

SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.
Strafrecht und Strafprozessrecht
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-
und Steuerstrafrecht

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.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henkel (Redaktionsassistent);
Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Passau;
Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ.
Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M.,
Univ. Frankfurt; Dr. Antje du Bois-Pedain,
MJur (Oxon), (Univ. Cambridge); 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 (Univ.
Tübingen); 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)

Publikationen

Prof. Dr. *Martin Heger*, HU Berlin – **Unionsrechtskonforme Auslegung des Betrugsstatbestandes?** Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 700 und 733 S. 467

RA Dr. *Tilman Reichling*, Frankfurt am Main – **Das Verwendungsverbot aus § 393 Abs. 2 S. 1 AO** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 622 S. 473

Wiss. Mit. *Christoph Henckel*, Bucerius Law School, Hamburg – **Verbesserter Schutz für Zeugen und Angeklagte durch veränderte Auslegung des § 252 StPO?** Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 879 S. 482

RA *Hans Meyer-Mews*, Bremen – **Ohne freien Willen – aber schuldfähig?** S. 487

Entscheidungen

EGMR **Unzureichende Strafzumessungslösung nach unzulässiger Tatprovokation (Furcht v. Germany)**

BVerfG **Ermittlungspflichten des Staates nach Todesfällen**

BVerfG **Fortsetzung des Unterlassens nach Verurteilung (Zäsur)**

BGHSt **Sonst niedrige Beweggründe bei außergewöhnlich brutalem und menschenverachtendem Tatbild**

BGHSt **Sexueller Missbrauch von Kindern durch akustische Wahrnehmung sexueller Handlungen**

BGHSt **Entziehung Minderjähriger durch Entfernung eines Elternteils**

BGHSt **Zeitpunkt der notwendigen Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren bei Mordverdacht**

BGHSt **Vernehmung trotz extremer Erschöpfung**

BGH **Tatort bei der Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Internet**

BGH **Betrug durch Verkauf von Eigentumswohnungen zu überhöhten Preisen**

BGH **Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung**

Die Ausgabe umfasst 63 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. Karsten Gaede
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
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, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; 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 (Univ. Tübingen); 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

15. Jahrgang, Dezember 2014, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1066. EGMR Nr. 54648/09 – Urteil der 5. Sektion vom 23. Oktober 2014 (Furcht v. Deutschland)

Unzulässige Tatprovokation (Anstiftung; verbleibende Opferstellung im Sinne der Individualbeschwerde: unzureichende Kompensation durch eine Strafzumessungslösung; Beweisverwertungsverbot; Fortwirkung; Fernwirkung; Verfahrenshindernis).

Art. 6 EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 110a StPO; § 161 StPO

1. Selbst wenn ein nationales Gericht eine Verletzung des Art. 6 EMRK durch eine unzulässige Tatprovokation ausdrücklich anerkennt, genügt dies nicht, um die Opfer-eigenschaft des Beschwerdeführers im Sinne des Art. 34 EMRK auszuschließen. Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von Straftaten kann die Verwendung von

Beweismitteln, die aus einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation stammen, nicht rechtfertigen. Ein Strafprozess kann nur fair sein, wenn alle Beweise, die durch eine unzulässige Tatprovokation gewonnen worden sind, aus diesem ausgeschlossen werden oder ein Verfahren angewendet wird, das vergleichbare Ergebnisse nach sich zieht. Jede staatliche Reaktion, die hierhinter zurückfällt, ist keine hinreichende Kompensation der eingetretenen Verletzung des Art. 6 EMRK. Selbst eine erhebliche Milderung der gegenüber dem Beschwerdeführer verhängten Strafe kann nicht als Verfahren betrachtet werden, das zu vergleichbaren Ergebnissen führt. Dies gilt erst Recht, wenn die Milderung nicht durch eine betragsmäßige Bestimmung messbar gestaltet wird.

2. Eine unzulässige Tatprovokation liegt vor, wenn der Staat den Betroffenen zurechenbar beeinflusst, um eine

Tat aufklären und aburteilen zu können, die es anderweitig nicht gegeben hätte.

3. Bei der Prüfung, ob eine Tatprovokation wegen eines bislang mangelnden Tatverdachts (einer mangelnden Tatbereitschaft) unzulässig war, kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem die Polizei an den Betroffenen (erstmalig) herantritt. Zu einem Einzelfall der unzulässigen Provokation eines Betroffenen, gegen den kein Tatverdacht bestand, der jedoch früher zu Straftaten bereit war.

1063. BVerfG 2 BvR 1568/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2014 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Klageerzwingungsverfahren (erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung von Ermittlungen wegen des Todes einer Offiziersanwärterin auf dem Bundeswehr-Segelschiff „Gorch Fock“; Recht auf Leben; staatliche Schutzpflicht; Anspruch auf Strafverfolgung Dritter nur in Ausnahmefällen; wirksame amtliche Ermittlungen; sorgfältige und effektive Strafverfolgung; Konventionsrecht als Auslegungshilfe bei der Auslegung von Grundrechten).

Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 1 EMRK; Art. 2 EMRK; § 222 StGB; § 152 Abs. 2 StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 StPO; § 173 Abs. 3 StPO

1. Wenngleich das Grundgesetz den Staat verpflichtet, Grundrechte des Einzelnen zu schützen, so besteht doch regelmäßig kein grundrechtlich begründeter Anspruch auf eine Strafverfolgung Dritter.

2. Anderes kann allerdings gelten, soweit der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter – wie insbesondere das Recht auf Leben – abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und zu einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und der Gewalt führen kann.

3. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf effektive Strafverfolgung kann auch in Betracht kommen, wenn der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben oder wenn sich Personen in einem strukturell asymmetrischen Rechtsverhältnis zum Staat befinden und diesem – wie etwa im Maßregel- oder Strafvollzug – eine spezifische Fürsorge- und Obhutspflicht obliegt.

4. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung bezieht sich auf das Tätigwerden aller Strafverfolgungsorgane, die zu gewährleisten haben, dass Straftäter für von ihnen verschuldete Verletzungen von Rechtsgütern auch tatsächlich zur Verantwortung gezogen werden. Die Erfüllung der Verpflichtung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle und setzt eine detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs ebenso voraus wie eine nachvollziehbare Begründung der Einstellungsentscheidungen.

5. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen decken sich weitgehend mit den Gewährleistungen der Europäi-

schen Menschenrechtskonvention, die bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind. Nach der maßgeblichen Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte müssen die Ermittlungen prompt, umfassend, unvoreingenommen, gründlich und außerdem geeignet sein, zur Identifizierung und Bestrafung der verantwortlichen Person zu führen. Konventionsrechtlich relevant sind Ermittlungsfehler allerdings nur dann, wenn sie den Untersuchungszweck gefährden.

6. Der grundrechtlich und konventionsrechtlich begründete Anspruch auf sorgfältige und effektive Ermittlungen steht – vermittelt über Art. 6 Abs. 1 GG – auch den Eltern eines zu Tode gekommenen Menschen zu.

7. Die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen den Schiffsarzt des Bundeswehr-Segelschiffs „Gorch Fock“ wegen des Verdachts der fahrlässigen Tötung einer Offiziersanwärterin ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, nachdem anhand der Einstellungsentscheidungen erkennbar ist, dass die Ermittlungen gewissenhaft durchgeführt worden sind und dass sich dabei keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen hinreichenden Tatverdacht ergeben haben.

1064. BVerfG 2 BvR 2545/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. September 2014 (OLG Düsseldorf / LG Duisburg / AG Wesel)

Schuldgrundsatz (Fortsetzung eines Unterlassens nach Verurteilung; Unterlassungsdauerdelikte; keine „Zäsurwirkung“ einer Verurteilung; Erforderlichkeit der Feststellung eines neuen Tatentschlusses; wiederholter Verstoß gegen Mitwirkungspflichten nach dem Aufenthaltsgesetz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 49 Abs. 2 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG

1. Aus dem Schuldgrundsatz, der seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip findet, folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall. Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen.

2. Bei Unterlassungsdauerdelikten müssen die Gerichte nach einer ersten Verurteilung klären, ob der Angeklagte durch das weitere Unterlassen einer von ihm geforderten Handlung erneut schuldhaft Unrecht verwirklicht hat. Der bloße Verweis auf eine „Zäsurwirkung“ der vorausgegangenen Verurteilung genügt hierbei nicht, weil damit die Voraussetzung für die weitere Verurteilung wegen einer vermeintlich neuen Tat vom Staat selbst geschaffen würde.

3. Eine weitere Verurteilung ist jedoch ohne Verstoß gegen das Schuldprinzip möglich, wenn festgestellt wird, dass der Verurteilte nicht allein sein Nichthandeln fortgesetzt, sondern einen neuen, von dem ersten qualitativ verschiedenen – weil die erste Verurteilung außer Acht lassenden – Tatentschluss gefasst hat. Aus einer einmal erfolgten Verurteilung folgt kein Freibrief für straffreies, obgleich strafbewehrtes zukünftiges Verhalten.

4. Ist ein Ausländer, der seiner Auskunftsspflicht zu Identität und Staatsangehörigkeit nicht nachgekommen war, deshalb strafrechtlich verurteilt worden, so ist es einer erneuten Sanktionierung zugänglich, wenn er nach der Verurteilung gegenüber dem zuständigen Sachbearbeiter des Ausländeramts ausdrücklich erklärt, er sei weiter nicht bereit, an der Identitätsfeststellung mitzuwirken und so zeigt, dass er einen neuen Tatentschlusses gefasst hat.

1062. BVerfG 1 BvR 3001/11 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. August 2014 (OLG Hamm / LG Hagen)

Strafvollzug; Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringung (Rechtsschutzgleichheit; hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung; Vorrang eines Verlegungsantrags; Zumutbarkeit der Einlegung eines förmlichen Rechtsbehelfs; überspannte Anforderungen an den Beteiligtenvortrag; unzulässige Vorwegnahme des Hauptsacheverfahrens).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 109 StVollzG; § 114 ZPO

1. Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Allerdings kann die Gewährung von Prozesskostenhilfe grundsätzlich davon abhängig gemacht werden, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint.

2. Die Prüfung der Erfolgsaussichten darf jedoch nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung selbst in das summarische Prozesskostenhilfverfahren zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen. Das Prozesskostenhilfverfahren will den Rechtsschutz nicht selbst bieten, sondern zugänglich machen. Daher dürfen im Prozesskostenhilfverfahren die Anforderungen an den Vortrag der Beteiligten nicht überspannt und grundsätzlich keine strittigen Rechts- oder Tatsachenfragen geklärt werden.

3. Begehrt ein Strafgefangener Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringung und trägt er dabei in einer durch Beweiserhebung nachprüfbarer Weise vor, wann er abschlägig beschiedene Verlegungsanträge gestellt habe, um eine menschenwürdige Unterbringung zu erreichen, so überspannt das Zivilgericht die Anforderungen an die Substantiierung seines Vortrags, wenn es verlangt, er hätte zusätzlich die Bediensteten der Vollzugsanstalt benennen müssen, bei denen er die Verlegungsanträge gestellt hat.

4. Das Zivilgericht nimmt das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens in unzulässiger Weise vorweg, wenn es die fehlenden Erfolgsaussichten einer Amtshaftungsklage auf die Erwägung stützt, aus anderen Verfahren sei eine hohe Fluktuation in der betreffenden Justizvollzugsanstalt mit der Folge (vorübergehend) frei werdender Einzelhafräume bekannt, so dass es dem Antragsteller zumutbar gewesen sei, einen Antrag nach §§ 109 ff. StVollzG zu stellen, um seine Verlegung zu erreichen.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1065. BGH 4 ARs 12/14 – Beschluss vom 11. September 2014 (BGH)

Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung (Gesetzlichkeitsprinzip; Unschuldvermutung); Hehlerei; Unterschlagung; Diebstahl.

Art. 6 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 259 StGB; § 246 StGB

1. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung zur ungleichartigen Wahlfeststellung fest. Danach ist eine wahldeutige Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei zulässig.

2. Die richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

3. Der Zulässigkeit der Wahlfeststellung steht im zugrundeliegenden Fall schließlich auch nicht entgegen, dass eine Verurteilung wegen eines dritten Tatbestandes möglich gewesen wäre, nämlich wegen des formell subsidiären Auffangtatbestands der Unterschlagung gemäß § 246 StGB.

1106. BGH 3 StR 105/14 – Beschluss vom 7. August 2014 (LG Trier)

Schwerer Bandendiebstahl (Fehlen einer die Annahme der Bandenabrede tragenden Beweiswürdigung; Tat als Ausfluss der Bandenabrede; Versuchsbeginn erst durch unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt: Teilverwirklichungsregel); Beweiswürdigung (keine Umdeutung von Beweisbehauptungen des Verteidigers in eine Einlassung des Angeklagten; keine Wertung des Schweigens zum

Nachteil des Angeklagten; zulässiges Verteidigungsverhalten; rechtsfehlerhafte Berücksichtigung von Teilen einer als Schutzbehauptung gewerteten Einlassung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244a StGB; § 22 StGB; § 261 StPO

1. Das unmittelbare Ansetzen zum Versuch eines (schweren) Bandendiebstahls erfordert regelmäßig das Ansetzen zur Wegnahmehandlung. Ein Versuchsbeginn scheidet daher aus, sofern diese einen weiteren, eigenständigen Willensentschluss des Täters erfordert. Das gilt auch dann, wenn bereits die im Rahmen von § 244a Abs. 1 StGB zum Tatbestandsmerkmal erhobene Voraussetzung des Einbrechens in einen Geschäftsraum erfüllt ist.

2. An einem unmittelbaren Ansetzen kann es allgemein ausnahmsweise dann trotz der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals fehlen, wenn der Täter damit noch nicht zu der die Strafbarkeit begründenden eigentlichen Rechtsverletzung ansetzt. Ob dies der Fall ist oder ob er sich noch im Stadium der Vorbereitung befindet, hängt von seiner Vorstellung über das „unmittelbare Einmünden“ seiner Handlungen in die Erfolgsverwirklichung ab. Gegen das Überschreiten der Schwelle zum Versuch spricht deshalb im Allgemeinen, dass es zur Herbeiführung des vom Gesetz vorausgesetzten Erfolges noch eines weiteren – neuen – Willensimpulses bedarf (BGHSt 31, 178, 182).

1101. BGH 4 StR 367/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Frankfurt (Oder))

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs: subjektive Sicht des Täters, mehraktiges Geschehen, Gesamtbetrachtung, Korrektur des Rücktrittshorizonts, Flugsuizidfall).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält, wobei es auf die Tätersicht nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ankommt. Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt oder hat

er eine entsprechende subjektive Vorstellung dahin, dass es zur Herbeiführung des Erfolges eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor (st. Rspr.).

2. Nimmt der Täter im Rahmen eines mehraktigen Geschehens verschiedene Handlungen vor, steht der Fehlschlag eines oder mehrerer der anfänglichen Einzelakte nicht notwendig und von vornherein einem Rücktritt vom Versuch entgegen. Sind diese Einzelakte untereinander sowie mit der letzten Tathandlung Teile eines durch die subjektive Zielsetzung des Täters verbundenen, örtlich und zeitlich einheitlichen Geschehens, so beurteilen sich die Fragen, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder ob der strafbefreiende Rücktritt andernfalls allein schon durch das Unterlassen weiterer Tathandlungen (unbeendeter Versuch) oder durch Verhinderung der Tatvollendung (beendeter Versuch) erreicht werden kann, ebenfalls allein nach der subjektiven Sicht des Täters nach Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung (vgl. BGH NStZ 2007, 399, Rn. 3).

3. Hält der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des angestrebten Erfolgs zwar zunächst für möglich, erkennt er aber unmittelbar darauf, dass er sich geirrt hat, so erlangt die an der wahrgenommenen Wirklichkeit korrigierte Vorstellung für den „Rücktrittshorizont“ maßgebliche Bedeutung mit der Folge, dass der Täter, dessen Handlungsmöglichkeiten unverändert fortbestehen, durch Abstandnahme von weiteren Ausführungshandlungen mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten kann (sog. Korrektur des Rücktrittshorizonts, vgl. BGHSt 36, 224). Entscheidend ist danach nicht, ob der Angeklagte seinen ursprünglichen Tatplan nicht verwirklichen konnte, sondern ob ihm infolge einer Veränderung der Handlungssituation oder aufkommender innerer Hemmungen das Erreichen seines Zieles ohne zeitliche Zäsur nicht mehr möglich erschien. War der Angeklagte aber noch Herr seiner Entschlüsse, hielt er die Ausführung der Tat – wenn auch mit anderen Mitteln – noch für möglich, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (vgl. BGH NStZ 2007, 91).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1116. BGH 5 StR 380/14 – Urteil vom 22. Oktober 2014 (LG Bremen)

BGHSt; Mord (niedrige Beweggründe; außergewöhnlich brutales und menschenverachtendes Tatbild; Missachtung des personellen Eigenwerts des Opfers); Schuldfähigkeitsprüfung bei besonders brutalem Tatbild; Unterbringung in psychiatrischem Krankenhaus; sexuelle Handlung (objektive Sexualbezogenheit).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 184g Nr. 1 StGB

1. Niedrige Beweggründe bei außergewöhnlich brutalem, eklatant menschenverachtendem Tatbild. (BGHSt)

2. Prüfung verminderter Steuerungsfähigkeit und Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus in Fällen dieser Art. (BGHSt)

3. Neben ungehemmter Eigensucht und krasser Rücksichtslosigkeit ist ein weiteres Leitprinzip für das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe die in der Tötung motivational zu Tage tretende Missachtung des personellen Eigenwerts des Opfers. Eine solchermaßen antisoziale Einstellung kann darin erblickt werden, dass der Täter das Opfer in menschenverachtender Weise tötet. (Bearbeiter)

4. In die Kategorie der Missachtung des personellen Eigenwerts des Opfers fallen Sachverhalte, in denen der Täter das Opfer vor oder während der Tat in besonders herabsetzender Weise quält und damit eine gesellschaftlichen Grundwerten kategorial zuwider laufende Einstellung dergestalt manifestiert, dass der Adressat des Angriffs nicht einmal mehr ansatzweise als Person, sondern nur noch wie ein beliebiges Objekt, mit dem man nach hemmungslosem Gutdünken verfahren kann, behandelt wird. (Bearbeiter)

5. Eine außerordentlich brutale und menschenverachtende Begehungsweise ist bei der forensischen Begutachtung des Täters im Rahmen der Diagnose sowie bei der Erörterung der Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB stets umfassend zu würdigen. (Bearbeiter)

1090. BGH 1 StR 79/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

BGHSt; sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind: akustische Wahrnehmung ausreichend; zeitgleiche Wahrnehmung).

§ 176 Abs. 4 StGB; § 184g Nr. 2 StGB

1. Es ist zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB ausreichend, dass die sexuelle Handlung von dem Kind zeitgleich akustisch wahrgenommen wird. (BGHSt)

2. Die Strafbarkeit von sexuellen Handlungen „vor“ einem anderen ist gemäß § 184g Nr. 2 StGB auf solche Handlungen beschränkt, die vor einem anderen vorgenommen werden, der den Vorgang wahrnimmt. Dies bedeutet aber nicht, dass sich Täter und Opfer bei der Tatbegehung zwangsläufig in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befinden müssen. Für die Verwirklichung des Straftatbestandes ist nicht die räumliche Gegenwart des Opfers bei Vornahme der sexuellen Handlungen ausschlaggebend, sondern dessen Wahrnehmung von dem äußeren Vorgang der sexuellen Handlung, die angesichts moderner Übermittlungsformen von der bloßen Gegenwart des Betrachters nicht abhängig ist. Allein dieses soll durch das Erfordernis des Handelns „vor“ einem anderen zum Ausdruck gebracht werden. (Bearbeiter)

3. Gesetzeswortlaut, Materialien und Sinn und Zweck des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB lassen deutlich werden, dass in Abgrenzung zu den Begehungsvarianten des § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4 StGB nur eine zeitgleiche Wahrnehmung genügen kann (vgl. BGHSt 53, 283). Das Abspielen von Aufzeichnungen fällt danach nicht unter § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB. (Bearbeiter)

1087. BGH 1 StR 387/14 – Beschluss vom 17. September 2014 (LG Mannheim)

BGHSt; Entziehung Minderjähriger (Taterfolg; räumliche Trennung von Minderjährigem und Erziehungsberechtigtem; Täterschaft des anderen Elternteils; Verhältnis zur Nötigung; Tateinheit)

§ 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB; § 240 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1. Entziehung Minderjähriger liegt auch dann vor, wenn ein sorgeberechtigter Elternteil zwangsweise für eine gewisse Dauer von seinem unter achtzehn-jährigen Kind entfernt wird. (BGHSt)

2. Entziehung Minderjähriger und Nötigung können in Tateinheit stehen. (BGHSt)

3. Den Eltern „entzogen“ ist der Minderjährige schon dann, wenn das Recht zur Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung durch räumliche Trennung für eine gewisse, nicht nur ganz vorübergehende Dauer so beeinträchtigt wird, dass es nicht ausgeübt werden kann (vgl. BGH NSTz 1996, 333, 334 mwN). (Bearbeiter)

4. Eine Entziehung im Sinne des § 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt nicht nur vor, wenn der Minderjährige unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift vom Elternteil entfernt wird, sondern auch, wenn der Elternteil unter diesen Voraussetzungen vom Minderjährigen entfernt und ferngehalten wird. (Bearbeiter)

5. Grundsätzlich kann eine Kindesentziehung auch von einem Elternteil gegenüber dem anderen begangen werden, sofern jedem Elternteil das Personensorgerecht zumindest teilweise zusteht (vgl. u.a. BGHSt 44, 355, 358). (Bearbeiter)

6. Jedenfalls wenn der angestrebte Nötigungserfolg über die Tatbestandserfüllung der Kindesentziehung hinausreicht, ist von Tateinheit zwischen § 240 StGB und § 235 StGB auszugehen. Erschöpft sich der Nötigungserfolg in der Kindesentziehung, so tritt allerdings § 240 StGB hinter § 235 StGB zurück. (Bearbeiter)

1113. BGH 3 StR 88/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Coburg)

Tatort beim Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Abrufbarkeit von aus dem Ausland hochgeladenen Internet-Inhalten in Deutschland; abstraktes Gefährdungsdelikt; Handlungsort; Erfolgsort; Begriff des Erfolgs); Öffentliches Verwenden von Kennzeichen durch Einstellen in Facebook-Profil; Ähnlichkeit eines Kennzeichens

§ 86a StGB; § 3 StGB; § 9 StGB

1. Lädt jemand Kennzeichen, deren öffentliche Verwendung nach § 86a StGB strafbar ist, von einem im Ausland befindlichen Server in das Internet hoch, ist ein die Anwendung deutschen Strafrechts begründender Tatort nicht dadurch gegeben, dass die Inhalte von Deutschland aus abrufbar sind (im Ergebnis abw. zu § 130 StGB BGHSt 46, 212, 221).

2. Das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 86a StGB umschreibt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, so dass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Var. 3 oder 4 StGB nicht begründet werden kann. Selbst wenn man der An-

sicht zustimmen wollte, dass die Frage nach dem Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB normspezifisch am Schutzzweck der jeweiligen Strafvorschrift ausgerichtet werden muss, die Regelung mithin nicht nur auf Erfolgsdelikte im Sinne der allgemeinen Deliktslehre abstellt, ist jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen ist oder gar nur umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten. Erforderlich ist vielmehr eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung.

3. Der Handlungsort wird bei aktivem Tun durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt. Dagegen ist ein Handlungsort nicht bereits dort gegeben, wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet (gegen KG NJW 1999, 3500, 3502). Aus denselben Erwägungen kommt es auch nicht in Betracht, den Standort des vom Täter angewählten Servers für ausschlaggebend zu erachten.

4. Ebenfalls eine Frage der Wirkung der tatbestandlichen Handlung wäre es, wenn man in dem Abruf der vom Angeklagten bereitgestellten Inhalte von Deutschland aus den Abschluss des Verwendens durch Verbreiten von Schriften sehen würde. Denn anders als bei der Beförderung durch andere Personen fehlt es bei der rein technischen Übertragung im Internet an der Möglichkeit, Handeln Dritter und damit deren Handlungsort selbst dem Täter gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 bzw. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

5. Der Senat verkennt nicht, dass seine Auffassung dazu führen kann, dass Personen gezielt die Grenze überqueren werden, um Kennzeichen in das Internet einzustellen, deren Verwendung im Inland mit Strafe bedroht wäre. Es ist jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, diese Strafbarkeitslücke zu schließen, falls er dies für erforderlich erachtet.

6. Eine Verwendung ist „öffentlich“, wenn das Kennzeichen durch die Art seiner Verwendung für einen größeren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis wahrnehmbar ist. Zwar besteht zwischen den als „Freunden“ gespeicherten Nutzern und dem Inhaber eines Facebook-Profiles jeweils eine Beziehung derart, dass die entsprechende Anfrage des einen zur Aufnahme in den Kreis der „Freunde“ durch den anderen bestätigt werden muss, die Verlinkung mithin auf einer kongruenten Willensbildung beruht. Damit ist über die persönliche Ebene dieser Beziehung jedoch noch nichts Hinreichendes ausgesagt. Jedenfalls bei einer Vielzahl von sogenannten Freunden (hier 844) ist regelmäßig auszuschließen, dass zu mehr als einem Bruchteil von diesen eine Verbindung bestand, die über eine zufällige, mitunter sogar nur virtuelle Bekanntschaft hinausging.

1099. BGH 4 StR 208/14 – Urteil vom 9. Oktober 2014 (LG Essen)

Räuberische Erpressung (Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben: Begriff der gegenwärtigen Gefahr); Aufklärungsgrundsatz (Anforderungen an die gerichtliche Aufklärungspflicht: Absiche-

lung der gewonnenen Überzeugung des Gerichts, Sich aufdrängen der Beweiserhebung).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

1. Mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben droht, wer eine Schädigung an Leib oder Leben in Aussicht stellt, die bei ungestörter (natürlicher) Weiterentwicklung der Dinge als sicher oder höchst wahrscheinlich zu erwarten ist, falls nicht alsbald eine Abwehrmaßnahme ergriffen wird. Erforderlich ist dabei nicht, dass das schädigende Ereignis mit Sicherheit unmittelbar bevorsteht. Es genügt eine Gefahr, die als „Dauergefahr“ über einen längeren Zeitraum in dem Sinne gegenwärtig ist, dass sie jederzeit – zu einem ungewissen Zeitpunkt, alsbald oder auch später – in einen Schaden umschlagen kann. Dabei erfordert es der wirksame Schutz von Erpressungsoffern, den Begriff der Gegenwärtigkeit angelegter Gefahren nicht zu eng zu verstehen (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 266, 267).

2. § 244 Abs. 2 StPO gebietet es, von Amts wegen Beweis zu erheben, wenn aus den Akten oder aus dem Stoff der Verhandlung noch Umstände und Möglichkeiten bekannt oder erkennbar sind, die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründete Zweifel an der Richtigkeit der – auf Grund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten – Überzeugung wecken müssen (vgl. BGH NStZ 2009, 468 f.). Ob die vom Gericht auf Grund der verwendeten Beweismittel gewonnene Überzeugung ausreicht oder ob zu ihrer Absicherung oder Überprüfung weitere Beweismittel heranzuziehen sind, ist auf der Grundlage von Verfahrensablauf und Beweislage des Einzelfalls zu beurteilen. Je weniger gesichert ein Beweisergebnis erscheint, je gewichtiger die Unsicherheitsfaktoren sind, je mehr Widersprüche bei der Beweiserhebung zu Tage getreten sind, desto größer ist der Anlass für das Gericht, trotz der erlangten Überzeugung weitere erkennbare Beweismöglichkeiten zu benutzen (vgl. BGH StV 1996, 249).

1093. BGH 2 StR 160/14 – Urteil vom 24. September 2014 (LG Fulda)

Heimtückemord (Voraussetzungen: bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit).

§ 211 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt; wesentlich ist, dass der Mörder sein keinen Angriff erwartendes, mithin argloses Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren, wobei für die Beurteilung die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs maßgebend ist. Bei einem offen feindseligen Angriff ist erforderlich, dass dem Opfer wegen der kurzen Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff keine Möglichkeit der Abwehr verblieben ist (vgl. etwa BGH NStZ 2012, 35).

2. Voraussetzung heimtückischer Begehungsweise ist weiter, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt. Dafür genügt es, wenn er die die Heimtücke be-

gründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH NStZ 2013, 232, 233).

1080. BGH 4 StR 363/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Paderborn)

Abgrenzung von Raub und Diebstahl (finale Verknüpfung).

§ 249 StGB; § 242 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung muss zwischen der Drohung oder dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub eine finale Verknüpfung bestehen; Gewalt oder Drohung müssen das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein. An einer solchen Verknüpfung fehlt es, wenn eine Nötigungshandlung nicht zum Zwecke der Wegnahme vorgenommen wird, sondern der Täter den Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung fasst.

2. Den Feststellungen muss sich dafür entnehmen lassen, dass der Angeklagte den Entschluss zur Wegnahme schon vor der Gewaltanwendung gefasst hat. Allein der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmeabsicht eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt, genügt für die Annahme eines Raubes nicht.

1117. BGH 5 StR 395/14 – Urteil vom 8. Oktober 2014 (LG Chemnitz)

Beendigung beim Diebstahl; Tatfrische beim räuberischen Diebstahl.

§ 242 StGB; § 252 StGB

Die Beendigung des Diebstahls setzt voraus, dass der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen bereits gefestigt und gesichert hat. Dies ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Verlässt der Täter den unmittelbaren Herrschaftsbereich des Opfers (hier: einen Supermarkt), befindet er sich aber noch in Sichtweite des ihn sofort verfolgenden Berechtigten und bleibt damit einem erhöhten Risiko ausgesetzt, die Beute infolge der Nacheile wieder herausgeben zu müssen, scheidet eine Beendigung selbst dann aus, wenn bis zur Konfrontation durch den Berechtigten mehrere Minuten vergehen.

1088. BGH 1 StR 389/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Bayreuth)

Räuberischer Diebstahl (Besitzerhaltungsabsicht: Voraussetzungen, Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung).

§ 252 StGB; § 261 StPO

Der Täter eines räuberischen Diebstahls muss in Besitzerhaltungsabsicht handeln; dies bedeutet, dass die Gewaltanwendung oder Drohung zum Ziel haben muss, sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Diese Absicht muss nicht der einzige Beweggrund des Täters für die Gewaltanwendung oder den Einsatz des Nötigungsmittels sein (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 340 mwN). Eine bloße Fluchtabsicht genügt jedoch nicht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

1084. BGH 1 StR 320/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Augsburg)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: Berücksichtigung von Verhalten in der Hauptverhandlung, zulässige Verteidigung).

§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB; Art. 6 EMRK

1. Zulässiges Verteidigungsverhalten darf weder hangbe gründend noch als Anknüpfungspunkt für die Gefährlichkeit eines Angeklagten verwertet werden (vgl. BGH NStZ 2001, 595, 596). Wenn der Angeklagte die Taten leugnet, bagatellisiert oder einem anderen die Schuld an der Tat zuschiebt, ist dies grundsätzlich zulässiges Verteidigungsverhalten.

2. Die Grenze ist erst erreicht, wenn das Leugnen, Verharmlosen oder die Belastung des Opfers sich als Ausdruck besonders verwerflicher Einstellung des Täters darstellt, etwa weil die Falschbelastung mit einer Ver-

leumdung oder Herabwürdigung oder der Verdächtigung einer besonders verwerflichen Handlung einhergeht (vgl. BGH StV 2011, 482).

1085. BGH 1 StR 350/14 – Urteil vom 8. Oktober 2014 (LG Weiden)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Revisibilität); tatrichterliche Strafzumessung bei unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Vorliegen eines minderschweren Falls: Revisibilität).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 3 StPO; § 30a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 BtMG

Entscheidend für das Vorliegen eines minder schweren Falles ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ob das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiver Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem so erheblichen Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten er-

scheint. Für die Prüfung dieser Frage ist daher eine Gesamtbetrachtung erforderlich, bei der alle Umstände heranzuziehen und zu würdigen sind, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen. Die Erschwerungsgründe und die Milderungsgründe auf diese Weise nach pflichtgemäßem Ermessen gegeneinander abzuwägen, ist Sache des Tatrichters. Seine Wertung ist vom Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar (st. Rspr.).

1119. BGH 5 StR 439/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Göttingen)

Unzureichende Darlegung der Voraussetzungen der verminderten Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit; rechtsfehlerhafte Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung einer unbefristeten Unterbringung (unspezifische Gefahr weiterer „Drogendelikte“ trägt die Unterbringungsanordnung nicht).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird und deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Zwar ist das im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedrohte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) bereits der mittleren Kriminalität zuzurechnen; ob es den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der

Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen, hängt indes von den Umständen ab. Jedenfalls ist die nicht näher konkretisierte Gefahr weiterer „Drogendelikte“ nicht geeignet, die Unterbringung nach § 63 StGB zu tragen.

1091. BGH 1 StR 474/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Passau)

Einziehung (Angabe der einzuziehenden Gegenstände im Urteil).

§ 74 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung müssen einzuziehende Gegenstände so genau angegeben werden, dass bei allen Beteiligten und den Vollstreckungsorganen Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Die Bezugnahme auf die Anklageschrift oder ein Asservatenverzeichnis genügt dafür nicht (vgl. BGH StraFo 2010, 424 mwN).

1095. BGH 2 StR 202/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Aachen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Bestehen einer Gesamtstrafenlage).

§ 54 StGB; § 55 StGB

Für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung ist die tatsächlich gegebene materielle Gesamtstrafenlage maßgeblich, so dass eine fehlerhaft gebildete frühere Gesamtstrafe aufzulösen und die Gesamtstrafenbildung insgesamt neu vorzunehmen ist (vgl. BGHSt 35, 243, 244 f.).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1114. BGH 5 StR 176/14 – Beschluss vom 20. Oktober 2014 (LG Berlin)

BGHSt; notwendige Verteidigerbestellung (Ermittlungsverfahren; verantwortliche Vernehmung wegen Mordverdachts; Anordnung von Untersuchungshaft); Unverzüglichkeitsgebot (keine Rückwirkung auf Entscheidung über Hinwirken auf Verteidigerbestellung; Verwertungsverbot bei bewusster Umgehung); Bestimmung des Prüfungsumfangs durch Angriffsrichtung der Revision; Vorabklärung des Verwertungswiderspruchs (kein Wiederholungserfordernis).

§ 115 StPO; § 140 StPO; § 141 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 136 StPO

1. Regelmäßig keine notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren schon vor einer verantwortlichen Vernehmung des Beschuldigten nach dessen Ergreifung aufgrund eines Haftbefehls wegen Mordverdachts. (BGHSt)

2. Der Senat sieht keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abzurücken, der zufolge nach geltendem Recht (§ 141 Abs. 3 Satz 2

StPO) auch mit Bedacht auf Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK keine Pflicht besteht, dem Beschuldigten stets bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines (auch schweren) Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen. Das gilt auch dann, wenn ein Haftbefehl besteht. (Bearbeiter)

3. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2274) den Zeitpunkt der rechtlich zwingenden Bestellung eines Pflichtverteidigers in § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO in Kenntnis der bestehenden Rechtsprechung bewusst auf den Beginn der Vollstreckung der Untersuchungshaft festgelegt. Den gesetzlichen Vorgaben wird daher mit der sofortigen Verteidigerbestellung nach Anordnung des Vollzugs der Untersuchungshaft entsprochen. (Bearbeiter)

4. Verstoßen Polizeibeamte gegen § 115 Abs. 1 StPO, indem sie die Angeklagte nach ihrer Ergreifung nicht unverzüglich dem zuständigen Gericht vorführen, sondern die Vorführung zum Zweck der Durchführung polizeilicher Beschuldigtenvernehmungen aufschieben, führt

dieser Verfahrensfehler nicht dazu, dass der der Staatsanwaltschaft in § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO übertragene Beurteilungsspielraum betreffend das Hinwirken auf sofortige Verteidigerbestellung verengt würde. (Bearbeiter)

5. Ein Verwertungsverbot für eine unter Verstoß gegen das Unverzüglichkeitsgebot des § 115 Abs. 1 StPO erlangte Aussage besteht dann, wenn die Polizeibeamten die gebotene Vorführung bewusst unterlassen, um die Verteidigerbestellung durch den Haftrichter zu umgehen. (Bearbeiter)

6. Die Angriffsrichtung bestimmt den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts; einem Revisionsführer steht es wegen seiner Dispositionsbefugnis zu, ein Prozessgeschehen nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu rügen, einen etwa zusätzlich begangenen Verfahrensverstoß aber hinzunehmen. (Bearbeiter)

1115. BGH 5 StR 296/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Berlin)

BGHSt; Vernehmung bei extremer seelischer und körperlicher Erschöpfung (Ermüdung; Geständnis; Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung; Verwertungsverbot); keine Pflicht zur Wiederholung des Verwertungswiderspruchs.

§ 136a StPO; § 136 StPO

1. Ermüdung im Sinne von § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO bei seelischer und körperlicher Erschöpfung. (BGHSt)

2. Hat eine Person außergewöhnlich lange nicht geschlafen (hier: mindestens 38 Stunden) und zudem eine extreme psychische und physische Belastung hinter sich (hier: Geburt eines Kindes unter schwierigsten Umständen ohne ärztliche Hilfe), liegt auf der Hand, dass sie einer „immer wieder und immer energischer“ geführten konfrontativen Befragung wegen ihres Erschöpfungszustands nicht mehr in freier Willensbetätigung würde standhalten können. Der Verwertung eines auf diesem Wege erlangten Geständnisses steht § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO entgegen. (Bearbeiter)

1104. BGH 4 ARs 20-1/14 (2 StR 104/14) – Beschluss vom 9. September 2014 (BGH)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Abgabe des Revisionsverfahrens an einen nachträglich zuständigen Spezialspruchkörper).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Eine Regelung im Geschäftsverteilungsplan, die dazu führt, dass ein Senat nach der Anberaumung eines Termins auch dann mit einer Sache befasst bleibt, wenn sich nach diesem Zeitpunkt die Zuständigkeit eines nach demselben Geschäftsverteilungsplan gebildeten Spezialspruchkörpers herausstellt, richtet sich nach allgemeinen Merkmalen und entzieht dem Angeklagten nicht seinen gesetzlichen Richter (vgl. BGH NStZ 1984, 181)

1089. BGH 1 StR 426/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Ravensburg)

Verständigung (Recht auf faires Verfahren: Offenlegung von Bewährungsweisungen vor der Verständigung, Anweisung der Anzeige des Wohnortwechsels).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 257c StPO; § 56c Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Zumindest bei der als Bewährungsweisung erteilten Anweisung der Anzeige jedes Wohnsitzwechsels erfordern es weder das Fairnessgebot noch sonstige Rechtsgrundsätze, dass das Gericht vor einer Verständigung (§ 257c StPO) offenlegt, solches anweisen zu wollen.

2. Die Rechtsprechung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zu den aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens resultierenden tatgerichtlichen Offenlegungspflichten bei Verfahrensverständigungen, bei denen eine zur Bewährung auszusetzende Freiheitsstrafe in Aussicht gestellt wird (BGH NJW 2014, 3173, 3174), steht nicht entgegen. Diese bezieht sich ausschließlich auf im Rahmen der Verständigung nicht offengelegte Bewährungsauflagen. Sie lässt sich nicht auf die nach ihrer Zwecksetzung und ihrer rechtlichen Natur völlig verschiedene Anweisung der Anzeige des Wohnsitzwechsels übertragen. Bewährungsweisungen dienen – anders als Bewährungsauflagen – nicht dem Ausgleich für das vom Täter schuldhaft verursachte Unrecht. Wie sich aus § 56c Abs. 1 Satz 1 StGB ergibt, kommt ihnen die Aufgabe zu, dem zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe Verurteilten zu helfen, zukünftig ein straffreies Leben zu führen.

3. Es kann offen bleiben, ob der Rechtsprechung des 4. Strafsenats uneingeschränkt zu folgen wäre.

1086. BGH 1 StR 352/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (nur Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung).

§ 243 Abs. 4 StPO

Die Informationspflicht gemäß § 243 Abs. 4 StPO soll dazu dienen, außerhalb der Hauptverhandlung stattgefundenen Gespräche in der Hauptverhandlung zur Sprache zu bringen, so dass die Möglichkeit eines informellen und unkontrollierbaren Verfahrens ausgeschlossen wird (vgl. BGHSt 58, 310, 312 f.). An dem Erfordernis einer Erörterung von Geschehnissen außerhalb der Hauptverhandlung in der Hauptverhandlung fehlt es aber, wenn die Führung von Verständigungsgesprächen in öffentlicher Hauptverhandlung, mithin für alle Verfahrensbeteiligten und für die Öffentlichkeit transparent, angeregt worden ist.

1100. BGH 4 StR 302/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (LG Arnsberg)

Abwesenheit des Angeklagten während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung (Verhandlung über die Entlassung eines (Opfer-)Zeugens nach Vernehmung in Abwesenheit des Angeklagten).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 Satz 1, 2 StPO

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen grundsätzlich ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung, die währenddessen fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 Satz 1 oder Satz 2 StPO entfernten Angeklagten also regelmäßig geeignet, den absoluten

Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO zu begründen (vgl. BGHSt 55, 87, 92).

2. Die das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angeklagten betreffenden Vorschriften bezwecken unter anderem, dem Angeklagten eine uneingeschränkte Verteidigung zu ermöglichen, insbesondere auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung. Das wird ihm durch seinen Ausschluss von der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen erschwert, weil er in unmittelbarem Anschluss an die Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Verfahrensausgang beeinflussen können. Gemessen daran kommt der ergänzenden Vernehmung einer Opferzeugin grundsätzlich erhebliche Bedeutung für das Verfahren zu, sodass der Angeklagte nach einer solchen ebenfalls stets die Möglichkeit haben muss, ergänzende Fragen oder Anträge zu stellen.

1122. BGH AK 31/14 – Beschluss vom 16. Oktober 2014

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung außerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union als Mitglied („Islamscher Staat“); Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; ausnahmsweise Rechtfertigung der fortdauernden Untersuchungshaft trotz vom Haftbefehl abweichender Anklage.

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

Nach den bisherigen Erkenntnissen operieren im syrisch-irakischen Grenzgebiet verschiedene selbständige terroristische Vereinigungen im Sinne der §§ 129a, 129b StGB, die dabei häufig die gleichen Zwecke und Ziele verfolgen. Darüber hinaus kommt es bei den dort operie-

renden Organisationen nicht nur zu gemeinsamen Aktionen, sondern einerseits auch zu personellen Annäherungen bis zu Zusammenschlüssen oder völligen Verschmelzungen, andererseits zu Abspaltungen und neuen Koalitionen. Diese – durch die Ermittlungen nur schwer zu entwirrende – Gemengelage führt dazu, dass die Frage, in welcher Vereinigung konkret sich ein Angeschuldigter mitgliederschaftlich betätigt hat, das Tatbild in wesentlich geringerem Umfang prägt, als in sonstigen Verfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung. Jedenfalls wenn die eigentlichen mitgliederschaftlichen Betätigungsakte unverändert bleiben, hat all dies zur Folge, dass die Haft wegen derselben Tat im Sinne des § 121 Abs. 1 StPO aufrechterhalten wird, selbst wenn in der Anklage auf eine andere Organisation Bezug genommen wird als im Haftbefehl.

1103. BGH 4 StR 397/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Detmold)

Verminderte Schuldfähigkeit (Krankhafte seelische Störung durch Alkoholgenuss: tatrichterliche Beweiswürdigung, Anforderungen an die Urteilsbegründung). § 21 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

Der Tatrichter muss Angaben eines Angeklagten zum Alkoholgenuss, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinnehmen (vgl. BGHSt 34, 29, 34). Hält er diese dennoch für glaubhaft oder unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes für nicht widerlegbar, so hat er, gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe, die Tatzeit-Blutalkoholkonzentration zu berechnen und seiner weiteren Beweiswürdigung zugrunde zu legen.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1068. BGH 1 StR 359/13 – Urteil vom 8. Oktober 2014 (LG Passau)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug durch Verkauf von Eigentumswohnungen zu überhöhten Preisen an überwiegend erheblich verschuldete und ohne Eigenkapital ausgestattete Kunden (Täuschung über eine Tatsache bei Prognosen über die Finanzierung eines Immobilienkaufs; verschwiegene Innenprovision; Bereicherungsabsicht; Stoffgleichheit; objektive Vermögensbewertung innerhalb der Prüfung des Vermögensschadens; objektive Zurechnung zwischen Vermögensschaden und Täuschung; Mittäterschaft; Tatvorsatz); Konkurrenzen (uneigentliches Organisationsdelikt).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 52 StGB

1. Angaben eines Immobilienvermittlers über die Finanzierungskosten, die monatlich zu leistenden Zahlungen und

andere mit dem Kaufobjekt zusammenhängende tatsächliche Umstände wie Mieteinnahmen und Steuervorteile sind als objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugängliche Tatsachen einzuordnen. Lediglich wenn nur pauschale Angaben – etwa zur gewinnbringenden Wiederverkäuflichkeit von Eigentumswohnungen – getätigt werden, die sich letztlich allein als bloße werbende Anpreisungen darstellen, liegen keine Tatsachenbehauptungen vor.

2. Dies gilt konkret für die Aussage, die Aufwendungen für den Kaufpreis einer Eigentumswohnung würden (bis auf eine näher bezeichnete monatliche Zuzahlung) durch Steuervorteile und Mieteinnahmen ausgeglichen.

3. Ob im Verschweigen einer hohen Innenprovision in einer Größenordnung von 20 bis 25 Prozent der Kaufpreissumme eine weitere tatbestandsmäßige Täuschung der Käufer liegen könnte, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

4. Bei einer Äußerung zu zukünftigen Entwicklungen, mithin einer Prognose, hängt die Frage, ob diese tauglicher Täuschungsgegenstand i.S.v. § 263 StGB ist, davon ab, ob sie Behauptungen über konkrete gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse enthält oder nicht. In einer Prognose kann daher trotz ihres Zukunftsbezuges bzw. des mit ihr verbundenen Werturteils eine Täuschung über Tatsachen liegen. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Täter seine eigene Überzeugung vom Eintritt dieser Prognose vorspiegelt; denn dann täuscht er über eine gegenwärtige innere Tatsache. Gleiches gilt, wenn die Prognose eine hinreichend bestimmte Behauptung über gegenwärtige tatsächliche Bedingungen ihres Eintritts enthält. Täuscht der Täter über von ihm zugrunde gelegte gegenwärtige Prognosegrundlagen, so täuscht er daher ebenfalls über Tatsachen.

5. Die Bewertung des Vermögens und des Vermögensschadens erfolgt nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten (BGHSt 57, 95, 115). Die Vorschrift des § 263 StGB schützt dabei weder das bloße Affektionsinteresse noch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit, noch die Wahrheit im Geschäftsverkehr, sondern allein das Vermögen. Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung des Schadens zwar eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen. Dementsprechend sind Leistung und Gegenleistung zunächst nach ihrem Verkehrs- bzw. Marktwert zu vergleichen. Auf die subjektive Einschätzung, ob der irrtumsbedingt Verfügende sich geschädigt fühlt, kommt es ebensowenig an wie auf die Frage, wie hoch der Verfügende subjektiv den Wert der Gegenleistung taxiert (st. Rspr.).

6. Die in BGHSt 58, 205 vertretene Auffassung, der „von den Parteien – auf der Grundlage übereinstimmender, von Willens- und Wissensmängeln nicht beeinflusster Vorstellungen über Art und Güte des Vertragsgegenstandes – bestimmte Wert“ habe „grundsätzlich auch die Basis der Schadensfeststellung im Rahmen des Betruges zu sein“, ist nicht auf jeden Fall anwendbar. Dies gilt insbesondere, wenn die Angeklagten – wie hier – nicht über ihre Leistungswilligkeit täuschten, sondern über wirtschaftlich bedeutsame Tatsachen, die für die Kaufentscheidung der Erwerber wesentlich waren. Demgemäß war für den Schadensumfang nicht die Werthaltigkeit eines Zahlungsanspruchs maßgeblich, sondern der Vergleich der objektiven Werte von Leistung und Gegenleistung des Wohnungsverkaufs. Für die Bestimmung des objektiven Werts einer Immobilie ist dann die Feststellung von deren Verkehrswert der zutreffende Ansatz.

7. Für die Verwirklichung des Betruges bedarf es keiner „Stoffgleichheit“ zwischen dem Gegenstand der Täuschung und dem entstandenen Vermögensschaden. Das

Erfordernis der Stoffgleichheit bezieht sich allein auf das Verhältnis des durch die Tathandlung verursachten Vermögensschadens und des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils, sie müssen einander entsprechen. Der Vorteil muss somit die Kehrseite des Schadens, d.h. unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung sein und dem Täter direkt aus dem geschädigten Vermögen zufließen.

8. Der Tatbestand des Betruges ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Angeklagten nicht über die Umstände getäuscht haben, welche die versprochene Leistung (hier: Immobilien) minderwertig machten. Es genügt, dass die Tatsachen, über die getäuscht wurde, jeweils einen Bezug zum Kaufobjekt aufwiesen und für die Kaufentscheidung der Erwerber ausschlaggebend waren. Die sich aus dem im Verhältnis zum Kaufpreis geringeren Wert der Wohnungen ergebenden Schäden hätten allenfalls dann nicht zugerechnet werden können, wenn sich die Käufer beim Erwerb der Immobilie dieses Minderwerts bewusst gewesen wären und somit ein Selbstschädigungsbewusstsein gehabt hätten.

1107. BGH 3 StR 17/14 – Beschluss vom 7. August 2014 (LG Hildesheim)

Bestimmen einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zum Fördern des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Eventualvorsatz als subjektive Mindestvoraussetzung in der Person des Minderjährigen)
§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG

§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG in der Variante des Bestimmens eines Minderjährigen zum Fördern einer der dort genannten Kataloghandlungen erfordert, dass der Minderjährige neben den objektiven auch die subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfehandlung im Sinne des § 27 StGB verwirklicht. Dies folgt vor allem aus systematischen Gründen sowie Sinn und Zweck der Regelung, wie sie sich unter Beachtung des den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Willens des Gesetzgebers ergeben.

1097. BGH 2 StR 276/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzungen eines täterschaftlichen Handelns: Eigennutz).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB

Täterschaftliches Handeltreiben mit Betäubungsmitteln setzt die Feststellung voraus, dass der Handelnde selbst eigennützige Bemühungen entfaltet, die darauf gerichtet sind, den Umsatz mit Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern. Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn ein Täter nur den Eigennutz eines anderen mit seinem Tatbeitrag unterstützen will (vgl. BGHSt 34, 124, 125 f.).

Unionsrechtskonforme Auslegung des Betrugstatbestandes?

Anmerkungen zu den Urteilen des BGH vom 5.3.2014 – 2 StR 616/12, HRRS 2014 Nr. 700, und vom 28.5.2014 – 2 StR 437/13, HRRS 2014 Nr. 733

Von Prof. Dr. Martin Heger, HU Berlin

Die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal einer Täuschung im Rahmen von § 263 StGB unter Einbeziehung der Vorgaben des Europarechts unionsrechtskonform auszulegen ist, beschäftigt schon länger die deutsche Strafrechtswissenschaft. Das veranschaulicht etwa das Eingangsreferat von Dannecker auf der Strafrechtslehrertagung 2005. Ging es dabei zunächst vor allem um einen Vorrang der Grundfreiheiten des (heute) AEUV, der einer Anwendung des Betrugs-Tatbestandes auf grenzüberschreitende Marketingmaßnahmen (besser wohl: „Marktschreierei“) entgegenstehen könnte, hat sich das Blatt heutzutage insoweit gewendet, als nach der Totalharmonisierung der nationalen Rechte in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken aus dem Jahr 2005 auch innerstaatlich das europäische (Sekundär-)Recht auf diesem Feld Einfluss gewonnen hat, so dass sich in den beiden zu besprechenden Fällen dem BGH jeweils die Frage gestellt hat, ob und ggf. wie die Täuschung in § 263 StGB richtlinienkonform ausgelegt werden sollte sowie ob hierüber letztlich der EuGH entscheiden müsste. Der BGH hat beide Fragen verneint und jeweils eine Betrugsstrafbarkeit im Lichte der tradierten deutschen Betrugsdogmatik bejaht; Martin Heger hält zwar dieses Ergebnis in concreto für nahe liegend, kritisiert aber die Begründung für die Nichtvorlage zum EuGH.

I. Zur Thematik

Binnen kaum eines Vierteljahres hatte der 2. Strafsenat des BGH gleich zweimal Gelegenheit, sich zur Frage einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Betrugstatbestandes zu positionieren.¹ Immerhin mag man ihm attestieren können, dass er konsequent vorgegangen ist, schon weil er sich in der zweiten Entscheidung (437/13, Rz. 24) schlicht auf einen Verweis auf das zuvor ergangene Urteil beschränkt; auch dürften letztlich die Ergebnisse als solche – die Bestätigung vorinstanzlicher Schuldprüche wegen Betrugs – nicht zu beanstanden sein. In der sich auch dem 2. Strafsenat nicht verschließenden „Gretchen-Frage“ „Wie hältst Du es mit dem EuGH?“ sind die Erkenntnisse aber eher mager.

¹ Im Folgenden werden die beiden Fälle zur besseren Unterscheidung mit ihrer laufenden Nummerierung als „616/12“ bzw. „437/13“ zitiert. Die streitgegenständliche EG-Richtlinie wird mit UGP-RL abgekürzt.

Positiv zu vermerken ist allerdings, dass sich der BGH über weiten Strecken des ersten Urteils (616/12, Rz. 21 – 32) mit Fragen einer richtlinienkonformen Auslegung des Betrugstatbestandes immerhin auseinandersetzt; zumindest in der Kürze der Begründung nicht wirklich zu überzeugen vermag dann allerdings die allenfalls kursorisch-knappe Verneinung einer Vorlagepflicht zum EuGH aus Art. 267 AEUV (Rz. 33). In den beiden vorliegenden Entscheidungen hat der BGH nicht nur aus meiner Sicht² eine Chance versäumt, ein erst langsam an Gewicht gewinnendes Rechtsinstitut wie die unionsrechtskonforme Auslegung im Strafrecht voran zu bringen, obwohl eigentlich die Voraussetzungen dafür jedenfalls im ersten der beiden Fälle durchaus gegeben sein dürften.

II. Die beiden Fälle

In beiden Fällen ging es um massenhafte „Abzocke“, sei es mittels Internet oder klassischer Medien. Im ersten Fall (616/12) hatte der Angeklagte als faktischer Geschäftsführer zweier Gesellschaften (zunächst der N-Ltd und dann der O-Ltd) einen Online-Routenplaner betrieben; wer mittels diesem eine Route planen wollte, verpflichtete sich zugleich zu einem kostenpflichtigen Abonnement des Routenplaners für drei Monate. Die dafür veranschlagten Kosten waren auch im Fußnotentext und in den AGB ausgewiesen, doch waren beiden Informationsquellen auf der normalen Schaltfläche des PC beim Anklicken der Seite verdeckt, so dass sie für den Leser nur erkennbar gewesen wären, wenn er die Seite heruntergerollt wäre. Vergleichbare Routenplaner werden ohne irgendein Abonnement und regelmäßig kostenfrei im Internet angeboten, so dass zumindest der flüchtige Leser der Homepage des Angekl., der eben vor dem Anklicken des vermeintlich „normalen“ Routenplaners nicht auch den bei der Bildschirmansicht verdeckten Fußnotentext studiert und erst recht nicht die AGB anklickt und aufmerksam liest, irrig davon ausgehen dürfte, eine einmalige und kostenlose Leistung zu beziehen.

² Vgl. die Besprechung des ersten Urteils von Hecker JuS 2014, 385 ff. und Hecker/Müller ZWH 2014, 329 ff. sowie – weniger kritisch – Rönnau/Wegner JZ 2014, 1064 ff.

Der zweite Fall (437/13) betrifft vermeintliche Rechnungen, d.h. Angebotsschreiben, welche zumindest beim flüchtigen Lesen den Eindruck erwecken, die dem Wortlaut nach nur angebotene (und regelmäßig für den Adressaten weitgehend nutzlose) Leistung sei bereits erbracht und nunmehr zu bezahlen. Vorliegend wurden Personen und Unternehmen angeschrieben, die kurz zuvor eine Anmeldung zum Handelsregister vorgenommen hatten; in einem bei der Lektüre des Schriftstückes zunächst unauffälligen Textteil wurde diesen angeboten, den Firmendatensatz zusätzlich auch in ein elektronisches Register aufzunehmen. Angesichts der Gestaltung dieses formal als Angebot formulierten Schreibens wurde bei vielen Adressaten der Eindruck erweckt, sie seien bereits verpflichtet, einen bestimmten, in Rechnung gestellten Betrag zu überweisen. Dieses Geschäftsmodell wurde danach auf Opfer übertragen, die zuvor eine Markenmeldung bei Deutschen Patent- und Markenamt vorgenommen haben.

III. Die Entscheidungen

In beiden Fällen bestätigte der BGH die erstinstanzliche Verurteilung der Angeklagten wegen – im ersten Fall nur versuchten³ – Betrugs. Zu klären war jeweils die Frage, ob die Vermögensverfügung der Geschädigten, die ihr Abonnement des Routenplaners oder die vermeintliche Rechnung für den Registereintrag bezahlt haben, aufgrund einer Täuschung durch die Angeklagten erfolgt ist. Auch wenn dem Wortlaut des jeweils zugrunde liegenden Angebots bei genauer Lektüre der wahre Sachverhalt entnommen werden konnte, hat doch in vergleichbaren Fällen die deutsche Strafrechtsprechung regelmäßig eine Täuschung bejaht, wenn und weil es dem Täter gerade darauf angekommen ist, durch eine undurchsichtige Gestaltung im Opfer zumindest einen falschen Eindruck von diesem Angebot hervorzurufen.⁴ Dahinter stand die kriminalpolitisch durchaus nachvollziehbare Erwägung, der Betrugstatbestand solle auch relativ leichtgläubige Opfer schützen. Von Hecker⁵ und anderen⁶ ist bereits vor mehr als einem Jahrzehnt darauf verwiesen worden, dass hinter Entscheidungen wie der des BGH in dem berühmten „Haarverdicker“-Fall⁷ letztlich ein Leitbild steht, das sich (durchgängig) nicht an einem mündigen, sondern an einem leichtgläubigen Verbraucher orientiert, und das deshalb möglicherweise vor den Schranken des Europarechts in Frage gestellt werden müsste, weil der EuGH und mit ihm auch Rechtsakte wie die in beiden Fällen diskutierte „Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern

(Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)⁸ (UGP-RL) auf dem Leitbild eines mündigen Verbrauchers aufbauen.⁹

Weil diese EG-Richtlinie nicht bloß – wie etwa die Richtlinien und Rahmenbeschlüsse auf dem Gebiet des Strafrechts (vgl. Art. 83 AEUV) – Mindestvorgaben für die Mitgliedstaaten formuliert, die diese (z.B. in Form schärferer Strafnormen) grundsätzlich noch „toppen“ können, sondern ausweislich ihres 6. Erwägungsgrundes eine Totalharmonisierung in Form einer Angleichung aller mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken „zwischen Unternehmen und Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts“ (Art. 3 Abs. 1 UGP-RL) bezweckt,¹⁰ muss der nationale Gesetzgeber die Richtlinienvorgaben wirklich „1:1“ in sein (Zivil-)Recht übernehmen. Bereits diese Zielsetzung der UGP-RL zeigt aber auch schon ihre Grenzen auf, welche auch für die Frage einer richtlinienkonformen Auslegung – und sei es daran anknüpfender Strafnormen – beachtlich sind. So zielt diese Richtlinie ihrem Wortlaut nach in persönlicher Hinsicht nur auf Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

Während im ersten Fall die ungewollten Abonnenten „Verbraucher“ im Sinne der Richtlinie sind, weil das Abonnement des Routenplaners zumindest im Regelfall „nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden“ kann (Art. 2 lit. a UGP-RL), stellt sich dies im zweiten Fall anders dar. Hier hatten die Opfer in der ersten Konstellation eine Anmeldung zum Handelsregister vorgenommen, so dass auf sie die genannte Legaldefinition des Verbraucher-Begriffs dieser Richtlinie nicht passt; allenfalls in der zweiten Konstellation – den vorausgegangenen Markenmeldungen – erscheint es denkbar, dass eine solche auch von Verbrauchern im genannten Sinne unternommen wird, so dass diese zur Zeit der inkriminierten Handlung – d.h. nach erfolgter Registeranmeldung – noch taugliche Opfer unlauterer Geschäftspraktiken im Lichte der UGP-RL hätten werden können. Wie bereits erwähnt, überträgt der 2. Strafsenat schlicht und ergreifend seine kurz zuvor entwickelte Verneinung einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des § 263 StGB und lässt deshalb – insoweit konsequent – offen, ob „die Richtlinie auch dann gilt, wenn sich die Geschäftspraktik an einen Unternehmer richtet“ (437/13, Rz. 24).¹¹ Dahinter steht der richtige Gedanke, dass eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur in Fällen bestehen kann, in denen die Richtlinie überhaupt in sachlicher oder persönlicher Hinsicht anwendbar ist.¹² Das richtet sich allein nach der Richtlinie und der dazu ergangenen Rechtsprechung des

³ An dieser Entscheidung des LG Frankfurt übt der 2. Strafsenat – m.E. in der Sache überzeugend – Kritik, verzichtet aber – weil die Verurteilung des Angeklagten „nur“ wegen versuchten Betrugs diesen nicht beschwert – auf eine Aufhebung (616/12, Rz. 40).

⁴ Zu Scheinrechnungen BGHSt 47, 1.

⁵ Grundlegend Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 320 ff.; ders., Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2012), § 9 Rn. 34 ff.

⁶ Z.B. Dannecker ZStW 117 (2005), 697, 711 ff.

⁷ BGHSt 34, 199.

⁸ ABL.EU 2005, Nr. L 149, S. 22.

⁹ Dazu ausf. Heim, Vereinbarkeit der deutschen Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) mit unionsrechtlichen Grundsätzen und Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführungen (2013). – Gegen eine Anknüpfung an das Verbraucherleitbild der UGP-RL insbes. Vergo, Verbrauchererwartung und Verbraucherschutzrecht (2009), S. 119 f. u. 301 ff. sowie wistra 2010, 86 ff.; Eisele NStZ 2010, 193, 196.

¹⁰ Hecker/Müller ZWH 2014, 329, 330.

¹¹ Dazu Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 565.

¹² Dazu Heger, in: Böse, Enzyklopädie des Europarechts, Bd. IX (2013), § 5 Rn. 116.

EuGH,¹³ nicht nach einer nationalen Umsetzung, die etwa auch – nicht von der Richtlinie gefordert – Regelungen zu (un)zulässigen Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen vorsehen könnte. Auch wenn die nationale (Zivil-) Rechtsprechung die (nationale) Umsetzungsnorm über den von Europarechts wegen gebotenen Anwendungsbereich einer Richtlinie hinaus auch auf andere Fälle erstrecken will, könnte das keine Pflicht der (Straf-)Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung begründen.

Käme für den BGH hingegen eine richtlinienkonforme Auslegung (auch) von § 263 StGB im Lichte der UGP-RL in Betracht, hätte daher entweder der Anwendungsbereich der Richtlinie – und zwar im Lichte der EuGH-Rechtsprechung – auch Nicht-Verbraucher im Sinne von Art. 3 lit. a UGP-RL erfassen müssen oder es hätte in den Feststellungen einer Aufschlüsselung bedurft, ob es sich bei den wohl im landgerichtlichen Urteil in acht Positionen als Geschädigten aufgeführten „Personen oder Unternehmen“ (437/13, Rz. 7) auch um Verbraucher gehandelt hat, was schon angesichts der Beschränkung des Verbraucher-Begriffs in Art. 3 lit. a UGP-RL auf „natürliche Personen“ jedenfalls alle Unternehmen vom unmittelbaren Anwendungsbereich einer richtlinienkonformen Auslegung ausgeklammert hätte.

Eine interessante – aber natürlich vorliegend schon deshalb vom BGH nicht zu klärende – Frage wäre es gewesen, ob eine differenzierte Anwendung des Instituts der unionsrechtskonformen Auslegung nur in den Fällen, in denen tatsächlich die Richtlinie einschlägig ist, statthaft oder gar geboten gewesen wäre mit dem dann freilich fragwürdigen Ergebnis, dass möglicherweise strafrechtlich die Verbraucher schlechter geschützt wären als die Unternehmer, die selbst bei offensichtlichster Leichtgläubigkeit im Lichte der tradierten deutschen Rechtsprechung zu § 263 StGB Opfer eines Betrugs sein könnten. Eine solch missliche Konsequenz – die natürlich auch der bewusst verbraucherschützenden Tendenz der Richtlinie Hohn sprechen würde – ließe sich allerdings unschwer ohne Verzicht auf eine richtlinienkonforme Auslegung zumindest bei einem von der Richtlinie erfassten Opfer-Kreis erreichen, denn neben der verpflichtenden unionsrechtskonformen Auslegung kann das nationale Recht ja auch im Rahmen der ihm möglichen Auslegungsmethoden auf die sog. unionsrechtsfreundliche Auslegung zurückgreifen,¹⁴ die hier – um Wertungswidersprüche nach Anwendung der richtlinienkonformen Auslegung zu vermeiden¹⁵ – dafür streiten würde, den Täuschungs-Begriff in § 263 StGB insgesamt (und nicht nur mit Blick auf bestimmte Opfer-Gruppen) grundsätzlich an den Wertungen der Richtlinie auszurichten. Diese sieht selbst eine Abweichung von dem genannten Verbraucher-Leitbild dann vor, wenn der Unternehmer sein Produkt einer Gruppe von Verbrauchern offeriert, „die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Prak-

tiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind“ (Art. 5 Abs. 3 UGP-RL).

Zumindest im ersten Fall – und an diesem hat der 2. Strafsenat ja seine Argumentationslinie „vorexerziert“ – ist aber die Anwendbarkeit der Richtlinie bzw. des zu ihrer Umsetzung ergangenen nationalen (Zivil-)Rechts in persönlicher wie zeitlicher Hinsicht nicht fraglich, so dass sich im Kern die Frage stellt, ob die Wertungen des europäisierten Lauterkeitsrechts bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Täuschung in § 263 StGB Berücksichtigung finden müssen oder nicht. Das Ergebnis einer solchen, im Schrifttum von vielen favorisierten richtlinienkonformen Auslegung wird vom BGH zusammengefasst in dem Sinne, es „liege eine strafrechtlich relevante Täuschung nur dann vor, wenn die im Geschäftsverkehr getätigte Aussage geeignet ist, eine informierte, aufmerksame und verständige Person zu täuschen“ (616/12, Rz. 23).¹⁶ Und dieser Position erteilt der 2. Strafsenat sodann eine ausdrückliche Absage.

IV. Zwei Argumentationsstränge

Bei der folgenden – und angenehm ausführlichen – Begründung dieser Absage changiert der BGH allerdings zwischen zwei Positionen, die im Lichte des Europarechts jedenfalls zu unterscheiden wären.

1. Ablehnung einer richtlinienkonformen Interpretation aufgrund nationaler Wertungen

Einerseits finden sich immer wieder Argumente, welche im konkreten Fall eine richtlinienkonforme Auslegung von § 263 StGB ablehnen, weil die Struktur des deutschen Betrugsstrafrechts dem entgegenstehe. Insbesondere wird darauf verwiesen, dass eine Neuinterpretation des Tatbestandsmerkmals der Täuschung in § 263 StGB im Lichte der Richtlinienvorgaben zu dessen Normativierung führen würde, während der deutsche Betrugstatbestand allein auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Fehlverständnisses beim Geschädigten abstelle (616/12, Rz. 30). Dies erinnert an die im Schrifttum ebenfalls kontrovers diskutierte Absage des 3. Strafsenats des BGH an eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung des Begriffs einer „kriminellen Vereinigung“ in § 129 StGB, weil die EU-rechtlich gebotene Erfassung auch nicht hierarchisch strukturierter Zusammenschlüsse von mehr als zwei Personen ihrerseits wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen in Deutschland widerspreche (hierzulande wäre der Zusammenschluss „nur“ als Bande zu qualifizieren).¹⁷ Eine solche prinzipielle, nicht auf die auch im

¹³ Vgl. zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung EuGH, Rs. C-79/11, NJW 2012, 2418 (Maurizio Giovanardi u.a.).

¹⁴ Dazu Heger (Fn. 11), § 5 Rn. 103.

¹⁵ Zu deren Funktionen vgl. schon Dannecker JZ 1996, 869, 872 f.

¹⁶ Unter Hinweis auf Soyka wistra 2007, 127, 132; Satzger, in SSW-StGB, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 113 f.; ders., Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), § 9 Rn. 104 f.; Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 17 u. 21; Ruhs, in: FS Rissing-van Saan (2011), S. 567, 579 ff.

¹⁷ BGHSt 54, 216 = HRRS 2010 Nr. 71 m. Anm. Zöller JZ 2010, 908 ff., Bader NJW 2010, 1986 ff. und Archangelskij NJ 2010, 172; vgl. dazu auch Eidam StV 2012, 373 ff. und Heger (Fn. 11), § 5 Rn. 110.

Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung zu beachtende Wortlautschränke in *malam partem*,¹⁸ sondern vielmehr allein dogmatische Fragen der Ausgestaltung der jeweils in Rede stehenden nationalen Strafnorm (die der deutsche Gesetzgeber auch anders fassen könnte und die in der früheren Rspr. auch schon anders verstanden worden sind!¹⁹) berücksichtigende Ablehnung einer unionsrechtskonformen Auslegung ist aus europarechtlicher Sicht „nicht ohne“; immerhin wird eine eigentlich von Europarechts wegen bestehende Pflicht allein mit Blick auf das nationale (Straf-)Recht in Abrede gestellt. Weil damit eine bestehende unionsrechtliche Pflicht schlicht aus nationalrechtlichen Motiven ignoriert wird, kann man die Frage der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens auch nicht sinnvoll dem EuGH vorlegen, zumindest solange es nicht doch einen europarechtlich anerkannten Anknüpfungspunkt für solche justizielle „Ignoranz“ geben kann.

Mit Blick auf das genannte Urteil zu § 129 StGB ist darauf verwiesen worden, dass – auch jenseits zwingender nationaler und damit auch aus Unionsrecht beachtlicher Auslegungsregeln wie eben des Analogieverbots – eine richtlinien- oder rahmenbeschlusskonforme Auslegung in Einzelfällen dann unterbleiben könne, wenn bei ihrer Vornahme der betroffene Teil der nationalen Strafrechtsordnung strukturell „aus den Angeln gehoben“ werden dürfte;²⁰ dafür spricht insbesondere, dass sich aus Art. 67 AEUV sowie der „Notbremsen“-Möglichkeiten in Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV ein Schutz auch der einzelnen nationalen Strafrechtstraditionen vor Unionseingriffen ablesen lässt.²¹ Auch wenn es sich bei der UGP-RL –

anders als bei dem Rahmenbeschluss zu kriminellen Vereinigungen, für den diese Ansicht formuliert worden ist – mangels kriminalstrafrechtlicher Vorgaben nicht um eine (zumindest auch) originär strafrechtliche Richtlinie handelt, so dass diese – unter Geltung des Vertrags von Lissabon (zzt. des Erlasses der UGP-RL galt ja noch der Vertrag von Nizza, so dass strafrechtliche Vorgaben in EG-Richtlinien ohnehin nur im Wege einer Annexkompetenz möglich gewesen wären²²) – nicht jedenfalls auch auf Art. 83 Abs. 2 AEUV gestützt werden müsste. Allerdings sollte außerhalb der Kernziele eines EU-Rechtsakts wohl in der Tat durch eine darauf gestützte Interpretationspflicht für ein einzelnes Tatbestandsmerkmal einer Strafnorm nicht die Grundstruktur der fraglichen Strafrechtsordnung ausgehebelt werden; vorliegend könnte man einen Zwang zur Normativierung der Tatbestandsmerkmale des Betrugs vielleicht als eine in Brüssel erzwungene Kehrtwende hinter die „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ sehen, doch spricht dagegen die bereits erfolgte partielle Normativierung des Täuschungs-Begriffs im deutschen Recht. Überdies würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass nach erfolgter Totalharmonisierung eines Politikfeldes innerhalb der EU letztlich die Ausnutzung der dabei freigegebenen Geschäftsmodelle nicht strafbar sein darf. Dieser Konflikt zwischen einer die Strukturen des nationalen Strafrechts – hier (möglicherweise) des Betrugstatbestandes – angreifenden richtlinienkonformen Interpretation eines Tatbestandsmerkmals (hier der Täuschung in § 263 StGB) könnte nämlich in den einschlägigen Fällen auch dadurch aufgelöst werden, dass zwar die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens zunächst bejaht wird, sodann aber entweder die nationale Umsetzungsnorm der UGP-RL als Rechtfertigungsgrund angesehen wird oder aber aufgrund des Vorrangs des Europarechts die Strafnorm im Einzelfall nicht zur Anwendung kommt.²³ Im Ergebnis dürfte dies aber wohl nichts ändern.

2. Ablehnung einer Konforminterpretation wegen des Inhalts der Richtlinie

Auf einer anderen Ebene spielen dagegen andere, vom 2. Strafsenat mit den prinzipiellen Erwägungen vermischte Argumente, die zusammengefasst dahin gehen, dass die Richtlinie angesichts des von ihr verfolgten Zwecks der vom BGH favorisierten Auslegung des Betrugs-Tatbestandes nicht entgegenstehen kann (616/12, Rz. 28). Maßgeblich ist hier also das europäische (Sekundär-)Recht. Insoweit geht es nicht um das prinzipiell Ob einer richtlinienkonformen Auslegung, sondern um deren Inhalt; kommt man in teleologischer Auslegung der Richtlinienvorgaben dazu, dass die hier Streitgegenständlichen Geschäftspraktiken nicht von Europarechts wegen uneingeschränkt erlaubt sein sollten, kann aus der Richtlinie natürlich auch keine Pflicht der Strafjustiz folgen, diese Praktiken – wiewohl sie nationale Straftatbestände erfüllen – in unionsrechtskonformer Auslegung straffrei zu stellen.²⁴ Allerdings wäre zur abschließenden Klärung

¹⁸ Vgl. dazu nur Heger (Fn. 11), § 5 Rn. 120.

¹⁹ Man denke nur mit Blick auf das Verhältnis von Bande und Vereinigung an die epochale Wende des Großen Senats im Jahr 2001 (BGHSt 46, 321), als er der bis dahin ganz herrschenden Rspr., wonach eine Bande auch bereits der Zusammenschluss von zwei Personen sein konnte, eine Absage erteilt hat; hätte der BGH an der überkommenen Auffassung zu den Mindestquantitäten festgehalten, wäre eine Abgrenzung zwischen Bande (mindestens zwei Personen) und Vereinigung (mindestens drei Personen) auch allein quantitativ und damit nicht bloß anders als nur durch ein Festhalten an dem Hierarchie-Element möglich gewesen. Und auch beim Betrug-Tatbestand gab es ohne gesetzgeberische Modifikation von § 263 Abs. 1 StGB Zeiten, in denen etwa der Vermögensschaden unter Zugrundelegung des rein juristischen Vermögensbegriffs stark normativiert war, während der rein ökonomische Vermögensbegriff zwischenzeitlich zu einer vollständigen Entnormativierung geführt hat (vgl. dazu nur Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 79 ff.); eine strakte (Re-)Normativierung erfährt der Vermögensbegriff dann wieder im „Rheinausbau“-Fall (BGHSt 38, 186), wenn allein aus dem Vorliegen eines Kartells darauf geschlossen wird, dass mangels echten Wettbewerbs ein höherer Preis bezahlt wird als der Wettbewerbs-Preis, so dass in der Differenz ein Schaden des Ausschreibenden gesehen wird, selbst wenn die Leistung eigentlich „ihr Geld wert“ ist. Eine solche Normativierung gab es jüngst auch in Bezug auf das Tatbestandselement der Täuschung, wie Hecker/Müller (ZWH 2014, 329, 335) mit Blick auf die Rspr. des BGH zu den Fußballwetten (BGHSt 51, 165 = HRRS 2007 Nr. 1 mit Anm. u.a. Gaede HRRS 2007, 16 ff.) überzeugend darlegen.

²⁰ Vgl. Zöller JZ 2010, 908, 912.

²¹ Heger (Fn. 11), § 5 Rn. 118.

²² Grundlegend EuGH, Slg. 2005, I-7879 („Umweltstrafrecht“).

²³ Dazu Heger (Fn. 11), § 5 Rn. 81 ff.

²⁴ Vgl. Heger (Fn. 11), § 5 Rn. 116.

dieser Frage ein Vorlageverfahren zum EuGH möglicherweise nahe liegend gewesen (dazu sogleich unter V.).

Der 2. Strafsenat stützt sich inhaltlich überzeugend zunächst auf das in der Rspr. des EuGH gebräuchliche Leitbild des Durchschnittsverbrauchers, das (nur) auf die Sicht eines situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers abstelle, nicht auf einen besonders aufmerksamen und gründlichen Idealverbraucher (616/12, Rz. 31). Stellt man auf die konkrete Situation bei dem irrigen Erwerb einer Routenplaner-Abos ab, spricht alles dafür, dass der Durchschnittsverbraucher, der einen solchen im Internet anklicken möchte, nicht damit rechnet, außerhalb des Sichtfeldes wesentliche Informationen zu einem für ihn ebenso unsinnigen wie kostspieligen Angebot zu bekommen. Dagegen ist die Situation der mit einer postalisch zugegangenen Scheinrechnung konfrontierten Adressaten im zweiten Fall (437/13) möglicherweise anders zu bewerten (angesichts seiner Pauschalverweisung auf sein vorausgegangenes Urteil geht der BGH darauf aber nicht ein); anders als bei einem typischerweise „leicht flüchtigen“ Bildschirm-Bild als Grundlage einer Routenplaner-Anfrage, ist bei den Scheinrechnungen ein dauerhaft verkörpertes Schriftstück gegeben, das auch ausdrücklich – nicht verdeckt, sondern nur verkleinert und damit auf den ersten Blick zumindest lesbar – auf den Charakter als Angebot sowie, dass es sich nicht um eine Rechnung handele, verweist.

Die weitere Argumentation, wonach unter bestimmten in Art. 5 Abs. 2 und 3 UGP-RL genannten Umständen die Richtlinie gerade auch leichtgläubige Verbraucher vor bewusster Ausnutzung dieser Leichtgläubigkeit schützen soll (616/12, Rz. 32), passt vielleicht für die Nutzer des Routenplaners, kaum aber für die Registeranmelder. Demgegenüber spricht für diese zweite Fallgruppe vor allem die vom BGH aber auch im ersten Fall bemühte nähere Bestimmung des Kreises verbotener Geschäftspraktiken – und damit den für den Betrugs-Tatbestand zweifellos offenen Bereich – in Nr. 21 der in Anhang I zu der UGP-RL aufgeführten „Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten“; dort ist als eine Fallgruppe genannt: „Werbematerialien wird eine Rechnung oder ein ähnliches Dokument mit einer Zahlungsaufforderung beigelegt, die dem Verbraucher den Eindruck vermittelt, dass er das beworbene Produkt bereits bestellt hat, obwohl dies nicht der Fall ist“. Zwar geht es hier nicht um Werbematerialien, sondern um eine Registereintragung, doch wird – soweit man bei den Adressaten von Verbrauchern ausgehen kann (dazu oben) – den Empfängern der Scheinrechnungen zumindest suggeriert, sie müssten für eine von ihnen bereits veranlasste Leistung – nämlich den Eintrag in das Handels- oder Markenregister – den dafür fälligen Betrag noch entrichten.

V. Die Ablehnung einer Vorlage zum EuGH

Seit bereits mit Art. 177 EWG-Vertrag (zwischenzeitlich Art. 234 EG-Vertrag) für letztinstanzlich zuständige, nationale Gerichte – wie hier den BGH – eine Pflicht zur Vorlage einer Rechtsfrage an den EuGH begründet worden ist, hat sich die deutsche Strafjustiz mit solchen Vorlagen schwer getan. Heute bestimmt Art. 267 AEUV:

(1) Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

a) über die Auslegung der Verträge,

b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union,

(2) Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedsstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

(3) Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.

(4) Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren, das eine inhaftierte Person betrifft, bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, so entscheidet der Gerichtshof innerhalb kürzester Zeit.

Dem 2. Strafsenat ist mittels der Revision der Angeklagten in beiden Fällen offenbar eine Frage zur Auslegung des Sekundär- bzw. Umsetzungsrechts gestellt worden; und – wie gesagt – wäre er angesichts des Vorliegens einer solchen Frage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV eigentlich zur Anrufung des EuGH verpflichtet gewesen. Er hat dies nicht getan, weil er die von der „Revision angeregte Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 AEUV“ ausweislich eines entsprechenden Klammerzitats aufgrund der sog. Acte-claire-Doktrin für „nicht veranlasst“ angesehen hat. Dass der 2. Strafsenat explizit auf eine europarechtlich anerkannte Ausnahme von der ebenfalls europarechtlich statuierten Vorlagepflicht rekurriert, zeigt den unbefangeneren Umgang der heutigen BGH-Richter mit dem Europarecht und den daraus fließenden eben nicht mehr primär national-rechtlich verankerten Pflichten.²⁵

Die Formulierung des 2. Strafsenats ist angesichts des Wortlautes eben von Art. 267 Abs. 3 AEUV allerdings möglicherweise missverständlich; es geht eigentlich nicht darum, ob die Revision eine Vorlage zum EuGH angeregt hat, sondern ob sie eine vorlegungsbedürftige Frage gestellt hat. Selbst wenn die Revision nur die Frage aufgeworfen hat, ohne dem Gericht zu deren Klärung ausdrücklich ein Vorlageverfahren ans Herz zu legen, wäre normalerweise ein letztinstanzlich zuständiger Strafsenat von Europarechts wegen zur Vorlage verpflichtet. Richtig ist allerdings, dass bereits unter Geltung der insoweit identischen Vorgängernormen seit Anfang der 1980er Jahre seitens des EuGH eine Ausnahme von dieser ausnahmslos formulierten Vorlagepflicht angenommen worden ist, wenn die Antwort auf diese Frage so klar und offenkundig ist, dass sie eigentlich nicht zweifelhaft sein kann. Diese in ständiger Rspr. des EuGH entwickelte Acte-claire-Doktrin hat allerdings relativ enge Voraussetzungen, mit denen sich der BGH vorliegend nicht wirklich auseinandersetzt.

²⁵ In BGHSt 43, 219, 224 ff., hatte der gleiche Senat 1997 in der Sache ähnlich argumentiert, aber gerade nicht auf die Acte-claire-Doktrin als das einschlägige europarechtliche Instrument hingewiesen (vgl. dazu Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts [2009] S. 41 f.).

Entscheidend für die Annahme eines aus europarechtlicher Sicht klaren Falles ist vor einer entsprechenden Entscheidung des EuGH, dass über die einzig richtige Auslegung der maßgeblichen Frage – wie sie der 2. Strafsenat hier ja mutmaßt – Gewissheit auch bei den Gerichten der anderen Mitgliedstaaten besteht.²⁶ Damit setzt sich BGH aber erkennbar nicht auseinander, hätte er doch dafür auf Judikate, mindestens aber Stellungnahmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten verweisen müssen. Im Gegenteil: Weil er davor ausschließlich auf der Grundlage deutscher Positionen argumentiert, entsteht zumindest vordergründig der Eindruck, die zur Verneinung einer Vorlagepflicht auf Grundlage der Acte-claire-Doktrin angeführte Formel, dass die „dargelegte Auslegung der Richtlinien ... offenkundig und zweifelsfrei“ sei, bedeutet aus seiner Sicht nur, dass innerhalb der deutschen Strafrechtspraxis und -wissenschaft die besseren Gründen für eine solche Auslegung sprechen mögen. Das wird noch dadurch unterstrichen, dass der BGH neben der die Acte-claire-Doktrin begründende Leitentscheidung des EuGH aus dem Jahr 1982²⁷ nur eine Entscheidung des BGH zur Frage der Auswirkungen von Art. 50 GRCh auf das EU-weit geltende Doppelbestrafungsverbot heranzieht,²⁸ in welcher der 1. Strafsenat – insoweit unter fast einhelliger Kritik aus der deutschen Literatur²⁹ – bei einer in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabten Frage (kann man auch unter Geltung von Art. 50 GRCh noch das Vorliegen eines Vollstreckungselements i.S. von Art. 54 SDÜ verlangen?) von einer Vorlage zum EuGH abgesehen hat.³⁰ Erst auf die Vorlage eines anderen deutschen Gerichts – des OLG Nürnberg³¹ – hat der EuGH dann Gelegenheit bekommen, zu dieser Frage abschließend von Europarechts wegen Stellung zu beziehen; er tat dies dann just am Tag vor dem Erlass des zweiten hier zu besprechenden Urteils des BGH (437/13), in welchem dieser aber – wie gesagt – schlicht auf seine Vorentscheidung verweist. Dass der EuGH³² zur Auslegung von Art. 50 GRCh die vom BGH antizipierte und vom OLG Nürnberg mitgetragene Position letztlich ebenfalls geteilt hat, ändert nichts daran, dass zur Zeit der BGH-Entscheidung dies eben noch nicht im Sinne der Acte-claire-Doktrin klar gewesen ist. Wieder – wie schon in der Vergangenheit – kann man

bei den Strafsenaten des BGH eine Zurückhaltung gegenüber Vorlagen zum EuGH geradezu mit Händen greifen; und wieder klingt das schon seit langem bestehende Missverständnis an, dass eine (Richter-)Vorlage zum EuGH letztlich faktisch so behandelt werden könnte wie eine Richtervorlage zum BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle gestützt auf Art. 100 GG.³³ Eine solche setzt ja in der Tat voraus, dass das vorliegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit der anzuwendenden Norm überzeugt ist und nicht bloß einzelne Verfahrensbeteiligte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit geäußert haben.³⁴ Dagegen stellt Art. 267 AEUV eindeutig nicht darauf ab, ob das zur Vorlage aufgeforderte Gericht selbst sich die Frage einer europarechtskonformen Auslegung gestellt hat oder nicht; ausreichend ist, dass ihm – dem Gericht – diese Frage gestellt worden ist, was natürlich dann auch durch einen Verfahrensbeteiligten geschehen kann (wie wohl hier durch die Revision). Ob das Gericht die gleichen Zweifel hegt oder aus seiner Sicht die aufgeworfene Frage bereits beantworten zu können vermeint, spielt eben – außerhalb der wenigen Acte-claire-Fälle – für die Frage einer Vorlagepflicht keine Rolle.

Es mag zwar durchaus nahe liegen, dass sowohl der EuGH als auch die Gerichte anderer Mitgliedstaaten in Fällen wie den beiden vorliegend zu besprechenden letztlich auch im Lichte der zwingenden Vorgaben der UGP-RL zu dem vom BGH favorisierten Ergebnis einer Strafbarkeit wegen (versuchten oder vollendeten) Betrugs gekommen wären.³⁵ Das setzt aber jedenfalls eine Analyse auch des fremden Rechts bzw. der Entscheidungspraxis voraus. Fehlt es (noch) an einer solchen EU-weit einheitlichen Auslegung des von Europarechts wegen inhaltsgleichen Rechts, muss man eben den EuGH dazu befragen; dessen Auslegungsergebnis wäre dann auch die Leitschnur für die (Straf-)Justiz in allen anderen Mitgliedstaaten. Erkennt man mit dem BVerfG auch den EuGH im Rahmen seiner europarechtlich begründeten Zuständigkeit als gesetzlichen Richter i.S.v. Art. 101 GG an,³⁶ geht es letztlich auch nicht so sehr um das konkrete Ergebnis – hier die in der Tat nahe liegende Bejahung einer Betrugsstrafbarkeit –, als vielmehr zumindest auch darum, dass dieses Ergebnis von der dazu berufenen Stelle – eben dem dazu gesetzlich bestimmten Gericht – und nicht von einer anderen Institution gefunden wird.

Allerdings ist festzuhalten, dass die Frage, ob nach nationalem (Verfassungs-)Recht – und damit letztlich im Lichte der Rspr. des BVerfG – in der Nichtanrufung des EuGH trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Art. 267 AEUV zugleich ein Verstoß gegen Art. 101 GG liegt, welche ihrerseits allein nach nationalem Recht und durch die zu dessen Anwendung berufenen nationalen Gerichte zu beantworten ist, ohne Einfluss auf die Beantwortung der (Vor-) Frage ist, ob Art. 267 AEUV eine Vorlage ge-

²⁶ Insofern war der 1. Strafsenat im Jahre 2006 schon „weiter“, rekurriert er doch auf die Rspr. des EuGH zu ähnlichen Vorlagen aus anderen Mitgliedstaaten (BGHSt 51, 124, 131 = HRRS 2006 Nr. 948).

²⁷ EuGH NJW 1983, 1257.

²⁸ BGHSt 56, 11, 16 (dazu u.a. Böse GA 2011, 504 ff. und Hecker JuS 2012, 261 ff.).

²⁹ So Swoboda JICJ 9 (2011), 243 ff.; Böse GA 2011, 504, 512; Satzger, FS Roxin II, 2011, S. 1515, 1525 f.; Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206, 212 f., Hecker JuS 2012, 261 ff. und Schomburg/Suominen-Picht NJW 2012, 1190, 1192); ebenso – wenngleich zu LG Aachen, StV 2010, 237 – bereits Burchard/Brodowski StraFo 2010, 179, 185 f. Vgl. auch Heger, FS Kühne (2013), S. 565, 574 f.

³⁰ Mittels eines Nichtannahmebeschlusses nicht beanstandet vom BVerfG (NJW 2012, 1202; vgl. dazu Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206 ff., Eckstein ZIS 2013, 220 ff. und Walther ZJS 2013, 16 ff.).

³¹ OLG Nürnberg, EuGH-Vorlage vom 19.3.2014, 2 Ws 98/14, NJW-Spezial 2014, 314.

³² EuGH, NJW 2014, 3007 = HRRS 2014 Nr. 484 („Spasic“) m. Bespr. Gaede NJW 2014, 2990 ff., Meyer HRRS 2014, 270 ff. und Hecker JuS 2014, 845 ff.

³³ Vgl. schon Heger (Fn. 25), S. 42 f.

³⁴ St. Rspr.; z.B. BVerfGE 78, 104, 117; 80, 54, 59; 86, 52, 57.

³⁵ So deutlich bereits Erb ZIS 2011, 368, 375 f., der allerdings für dieses Statement gerade keinerlei Rechtsvergleich betreiben hat, so dass es letztlich eher eine – wenngleich natürlich inhaltlich völlig nachvollziehbare – Argumentation auf der Basis natürlicher Vernunft ist (ihm freilich dezidiert beipflichtend Rönnau/Wegner JZ 2014, 1064, 1067 Fn. 37).

³⁶ BVerfGE 82, 159.

bietet oder nicht.³⁷ Nicht jede unter Verletzung von Art. 267 AEUV unterbliebene Vorlage zum EuGH stellt zugleich einen vor dem BVerfG zu rügenden Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters dar; insoweit beschränkt sich das BVerfG auf eine Willkürkontrolle,³⁸ was von Europarechts wegen nicht zu beanstanden ist, weil das EU-Recht selbst die Mitgliedstaaten nicht zu einer eigenständigen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Nichtvorlage auf Basis von Art. 267 AEUV verpflichtet. Damit lässt sich aber auch nicht aus einer mit Blick auf die BVerfG-Rspr. herzuleitenden Nicht-Verletzung von Art. 101 GG auf die (Unions-)Rechtmäßigkeit der Nicht-Vorlage zum EuGH schließen.³⁹

VI. Fazit

Im Ergebnis ist dem BGH sicherlich darin beizupflichten, dass es auch von Europarechts wegen im Lichte der UGP-RL nicht sein können sollte, dass die bewusste Ausnutzung von Leichtgläubigkeit ohne irgendeine erkennbare wirtschaftliche Sinnhaftigkeit für die Opfer straffrei sein muss.⁴⁰ Allerdings sollte man sich vor einer vorschnellen Postulierung dieses Ergebnisses als des einzig denkbaren vergegenwärtigen, dass in einem Binnenmarkt wie dem der EU nach erfolgter Vollharmonisierung eines Rechts-

gebietes in allen Mitgliedstaaten die gleichen Maßstäbe hinsichtlich der Zulässigkeit (hier) bestimmter Geschäftspraktiken gelten müssen und sich daran auch das jeweilige nationale Strafrecht orientieren muss, so dass nicht letztlich „durch die Hintertür“ von Europarechts wegen zulässige Verhaltensweisen in einzelnen Mitgliedstaaten einer Strafbarkeit unterfallen können. Deshalb und auch wegen der Position des EuGH als der vorrangig für die Entscheidung von solchen Fragen zuständige Institution (die als gesetzlicher Richter obendrein in Deutschland mittels Art. 101 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist) sollte man das Entscheidungsmonopol des EuGH nicht durch nationale Alleingänge unterlaufen. Der früher auch von mir⁴¹ angebrachte Einwand, ein Vorlageverfahren zum EuGH koste notwendig viel Zeit und verzögere dadurch ein (zumal in Wirtschaftsstrafsachen) ohnehin bereits langes Verfahren, obwohl das Ergebnis doch bereits offensichtlich (und eben nur noch nicht auch vom EuGH postuliert) sei, greift heute nicht mehr ein, gibt es doch seit einigen Jahren auch beim EuGH ein beschleunigtes Vorlageverfahren.⁴² Dass dieses auch tatsächlich zu einer immensen Zeitersparnis führt, zeigt ein Blick auf die bisherigen Fälle; so hat der EuGH in der oben angesprochenen Spasic-Entscheidung auf die Vorlage des OLG Nürnberg zu Art. 50 GRCh bereits binnen gut zwei Monaten seine Position darlegen und damit die zugrunde liegende Rechtsfrage letztlich mit Wirkung für die gesamte EU einer Klärung zuführen können.

³⁷ Heger (Fn. 25), S. 42 f.

³⁸ St. Rspr.; vgl. nur BVerfG, NJW 2014, 2489, 2490.

³⁹ Zur Frage einer Verletzung von Art. 101 GG durch die Nicht-Vorlage im vorliegenden Fall näher (und m.E. im Lichte der Praxis des BVerfG überzeugend) Rönnau/Wegner JZ 2014, 1064, 1067 f.

⁴⁰ Rönnau/Wegner JZ 2014, 1064, 1067.

⁴¹ Heger (Fn. 25), S. 44 ff.

⁴² Zu dieser Problematik ausf. Wolter, Vorabentscheidungsverfahren und Beschleunigungsgebot in Strafsachen (2011).

Aufsätze und Anmerkungen

Das Verwendungsverbot aus § 393 Abs. 2 S. 1 AO

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 622

Von Rechtsanwalt Dr. Tilman Reichling, Frankfurt am Main

Die Vorschrift des § 393 AO regelt das Verhältnis des Besteuerungsverfahrens zum Strafverfahren in (jedenfalls auf den ersten Blick) bemerkenswerter Klarheit. Dies gilt sowohl für das Strafverfahren als auch für das Verfahren wegen des Verdachts sonstiger Straftaten. § 393 Abs. 2 S. 1 AO enthält hierbei ein Verwendungsverbot für die Verfolgung dieser Taten für den Fall, dass der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat. In seiner

Entscheidung vom 16.4.2014 hat der 1. Strafsenat des BGH den Anwendungsbereich dieser Norm eingeschränkt. Überzeugend ist diese vom Senat vorgenommene Entwertung des Verwendungsverbot freilich nicht.

I. Der nemo-tenetur-Grundsatz und die Konzeption des § 393 AO

Die dem Steuerpflichtigen auferlegten und grundsätzlich erzwingbaren Erklärungsspflichten können mit der aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten Selbst-

belastungsfreiheit in Konflikt geraten. Denn die steuerlichen Mitwirkungspflichten können dazu führen, dass der Steuerpflichtige von ihm begangene Straftaten offenbaren muss. Dies gilt zum einen für Steuerstraftaten – hier liegt das Risiko der Selbstbelastung auf der Hand. Diese Gefahr ist deshalb besonders groß, weil das steuerstrafrechtliche Ermittlungsverfahren und das Besteuerungsverfahren gleichzeitig, gleichrangig und grundsätzlich nebeneinander herlaufen.¹

1. Die Selbstbelastungsgefahr hinsichtlich allgemeiner Straftaten durch die Erfüllung steuerlicher Pflichten

Das Risiko der Selbstbelastung besteht aber – und hierauf liegt der Schwerpunkt der nachfolgenden Darstellung – in gleicher Weise für Straftaten aus dem allgemeinen Strafrecht. Diese sonstigen Straftaten lassen sich (vereinfacht) in drei Gruppen einteilen. Zunächst einmal kann die Straftat die Art und Weise der Erzielung steuerpflichtiger Einkünfte betreffen. Aufgrund der Wertneutralität des Steuerrechts, die ihre normative Verankerung in § 40 AO hat, ist es nämlich für die Besteuerung unerheblich, ob ein Verhalten gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt. Denn ein tragendes Grundprinzip des Steuerrechts ist die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und für diese ist es unerheblich, ob diese aus einer erlaubten oder aus einer unerlaubten Tätigkeit resultiert.² Aus diesem Grund unterliegen nicht nur das häufig angeführte Honorar des Auftragskillers der Besteuerung, sondern ebenso erhaltene Bestechungs- und Erpressungsgelder. In diesem Fall liegen eine allgemeine Straftat sowie ein steuerlich relevanter Sachverhalt, nicht aber zwangsläufig eine Steuerstraftat vor.

Die zweite Konstellation liegt dann vor, wenn sich aus einer allgemeinen Straftat steuerliche Konsequenzen ergeben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das steuerliche Abzugsverbot aus § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG greift und derartige Ausgaben gleichwohl als Betriebsausgaben steuerlich geltend gemacht werden. Nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG dürfen die Zuwendung von Vorteilen sowie

damit zusammenhängende Aufwendungen nicht den zu versteuernden Gewinn mindern, wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Der Anwendungsbereich dieser Norm beschränkt sich auf Korruptionsstraftaten.³ Sofern ein solcher Sachverhalt der Finanzbehörde gegenüber offengelegt würde, würde diese nicht nur Kenntnis von der durch die unzulässige steuerliche Geltendmachung dieser Betriebsausgaben begangenen Steuerhinterziehung, sondern auch von der begangenen Korruptionsstraftat erhalten.⁴ Ausdrücklich hinzuweisen ist indes darauf, dass die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung hier keine zwingende Folge der Korruptionsstraftat ist, weil die steuerliche Geltendmachung der Bestechungszahlungen nicht in jedem Fall erfolgt und die Steuerverkürzung somit nicht zwangsläufig eintritt.

Schließlich ist es denkbar, dass – unabhängig von dem materiell-rechtlichen Konkurrenzverhältnis und der Frage, ob es sich um eine prozessuale Tat handelt – eine Steuerstraftat und eine allgemeine Straftat zeitlich parallel und aufgrund eines einheitlichen Tatentschlusses begangen werden. Dies ist etwa bei sog. Schwarzarbeit der Fall, bei der der Täter eine Lohnsteuerhinterziehung begeht und zugleich gemäß § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB Sozialversicherungsbeiträge vorenthält. In diesen Fällen geht mit der nachträglichen Offenlegung der zutreffenden steuerlichen Verhältnisse stets sowohl eine Selbstbelastung hinsichtlich der Steuerhinterziehung als auch der sonstigen Straftat einher.

2. Grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten

Dem Gesetzgeber stehen, hierauf hat Rogall⁵ zutreffend hingewiesen, grundsätzlich Gestaltungsmöglichkeiten auf fünf verschiedenen Ebenen offen, um den Anforderungen der Selbstbelastungsfreiheit gerecht zu werden. Er kann

- die Pflicht zur Auskunftserteilung bei Gefahr der Selbstbelastung zurücknehmen und dem Steuerpflichtigen in diesem Fall ein Auskunftsverweigerungsrecht einräumen (Suspendierung der Auskunftspflicht),
- die Auskunftspflicht bestehen lassen, aber auf eine Erzwingung dieser Pflichten verzichten (Verzicht auf Vollstreckbarkeit),
- Strafbefreiungsvorschriften schaffen, durch die dem Betroffenen Schutz vor Strafverfolgung gewährt wird (Strafbefreiungslösung),

¹ BFH NJW 2002, 2198, 2199; Graf/Jäger/Wittig/Bülte, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 393 Rn. 3; Klein/Jäger, AO, 12. Aufl. (2014), § 393 Rn. 1.

² Wulf wistra 2006, 89; vgl. hierzu auch BVerfG NJW 1996, 2086: „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt jedenfalls für die direkten Steuern, daß die Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ausgerichtet werden muß. Dies gilt insbesondere für das Einkommensteuerrecht (BVerfGE 82, 60 (86) = NJW 1990, 2869 m.w. Nachw.; BVerfGE 89, 346 (352) = NJW 1994, 991. Die Besteuerung bestimmt sich hier nach der durch das erworbene Einkommen vermittelten Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners. Für die Einkommensteuer erscheint § 40 AO damit als Klarstellung einer sich aus diesem Belastungsprinzip ergebenden Rechtsfolge. Demgegenüber müßte jede Ausnahme von der für alle Steuerschuldner gleichermaßen geltenden Steuerpflicht besonders geregelt und gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 40, 296 (327 ff.) = NJW 1975, 2331). Es ist jedoch kein rechtfertigender Grund erkennbar, weshalb die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Einkommenserwerbs eine Entlastung von der Einkommensteuer begründen sollte.“

³ Die Norm soll nach dem gesetzgeberischen Willen (vgl. insb. BT-Drucks. 14/23, S. 169) der Korruptionsbekämpfung dienen; aus diesem Grund kommen als „rechtswidrige Taten“ i.S.d. Vorschrift nur Korruptionsstraftaten in Betracht; vgl. hierzu Graf/Link NJW 2009, 409, 411.

⁴ In diesem Bereich besteht eine besondere Problematik, die über die nachfolgend dargestellten Fragen des § 393 Abs. 2 S. 2 AO hinausgeht. § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG ordnet eine unbedingte Unterrichtungspflicht in solchen Fällen an, in denen in strafbarer Weise Bestechungsgelder gezahlt und als Betriebsausgabe geltend gemacht werden. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 393 Abs. 2 S. 2 AO kommt in diesem Fall nicht an.

⁵ Rogall, Festschrift für Kohlmann (2003), S. 465, 471.

- die erteilten Auskünfte durch Weitergabeverbote für Zwecke der Strafverfolgung sperren (Geheimhaltungslösung) und schließlich
- eine Verwertung oder Verwendung der vom Betroffenen erteilten Auskünfte im Strafverfahren ausschließen (Verwertungs- oder Verwendungsverbotslösung).

3. Gewährleistung der Selbstbelastungsfreiheit im geltenden Recht

§ 393 AO enthält eine Kombination von vier dieser vorgenannten Gestaltungsmöglichkeiten. Der Gesetzgeber hat dabei – verfassungsrechtlich unbedenklich⁶ – aufgrund der gleichmäßigen Besteuerung, der Steuergerechtigkeit und der Notwendigkeit eines gesicherten Steueraufkommens keine Suspendierung der Auskunftspflicht vorgenommen. Nach § 393 Abs. 1 S. 2 AO sind Zwangsmittel gegen den Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit zu belasten.⁷ Dies stellt lediglich einen Verzicht auf die Vollstreckbarkeit der Auskunftspflicht dar. Die steuerliche Erklärungspflicht als solche bleibt demnach bestehen, ist aber nicht vollstreckbar.⁸ Zugleich hat der Gesetzgeber durch die Schaffung der Selbstanzeigevorschriften eine Strafbefreiungslösung geschaffen.⁹ Diese vorgenannten Regelungen, die den Verzicht auf die Vollstreckbarkeit steuerlicher Auskunftspflichten und die Strafbefreiungslösung enthalten, gewährleisten die Selbstbelastungsfreiheit im Hinblick auf Steuerstraftaten und -ordnungswidrigkeiten.

Für allgemeine Straftaten hat der Gesetzgeber einen anderen Weg gewählt: Hier soll die Selbstbelastungsfreiheit des Steuerpflichtigen durch eine Kombination der Geheimhaltungslösung mit der Verwertungs- oder Verwendungsverbotslösung sichergestellt werden. Ausgangspunkt ist dabei das Steuergeheimnis aus § 30 AO. Eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses ist nur ausnahmsweise zulässig; etwa gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 1b AO dann, wenn die Offenbarung der Durchführung eines Steuerstraf- oder -ordnungswidrigkeitenverfahrens dient. Ergänzt wird das Steuergeheimnis durch das Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO. Es handelt sich bei der Norm zum einen um die prozessuale Ausgestaltung des Steuerge-

heimnisses.¹⁰ Denn auch die Staatsanwaltschaft und das Gericht sind zwar an das Steuergeheimnis gebunden, diese Bindung bezieht sich aber nur auf das Verbot der unzulässigen Offenbarung. § 30 AO untersagt hingegen nicht, die Tatsachen, die dem Steuergeheimnis unterfallen, für die Verfolgung eines Allgemeindelikts heranzuziehen.¹¹ Dies wird erst durch die Norm des § 393 Abs. 2 S. 1 AO gewährleistet. Zum anderen liegt der Gesetzeszweck aber auch in dem Schutz des Steuerpflichtigen vor Selbstbelastung: Die Verwendung von Informationen, die im Besteuerungsverfahren (und damit zu Besteuerungszwecken) unter Zwang erlangt worden sind, zu Zwecken der Strafverfolgung wäre ein Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz. Die Norm des § 393 Abs. 2 S. 1 AO ist daher verfassungsrechtlich erforderlich.¹²

II. Überblick über die Voraussetzungen des § 393 Abs. 2 S. 1 AO

Werden der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese gemäß § 393 Abs. 2 S. 1 AO nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Die Norm gilt nach der Verweisung des § 410 Abs. 1 Nr. 4 AO auch für nicht-steuerliche Ordnungswidrigkeiten sowie entsprechend für Disziplinarverfahren¹³.

1. Bekanntwerden von Tatsachen und Beweismitteln aus Steuerakten

Gegenstand des Verwendungsverbotes sind nach § 393 Abs. 1 S. 2 AO Tatsachen und Beweismittel, die der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten bekannt werden. Über den Wortlaut der Norm hinaus ist diese auch auf die Polizei anzuwenden; denn wenn das Verwendungsverbot für die Polizeibehörden nicht gelten würde, könnte die Staatsanwaltschaft die Norm leicht umgehen, indem sie diese mit den Ermittlungen betraut.¹⁴ Unter Steuerakten sind die Akten des gesamten Besteuerungsverfahrens einschließlich der Außenprüfung zu verstehen.¹⁵ Bei Akten der Steuerfahndung ist danach zu differenzieren, in welchem Verfahren und unter Anwendung welcher Verfahrensordnung, d.h. unter dem Regime der Abgabenordnung oder der Strafprozessordnung, die Informationen ermittelt bzw. Beweismittel erhoben wurden. Nicht geschützt sind solche Aktenbestandteile, welche die Fi-

⁶ BVerfG wistra 1988, 302.

⁷ Die Norm gilt ausschließlich im Fall der Gefahr der Verfolgung wegen einer Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit; sie kann daher nicht – auch nicht entsprechend – auf allgemeine Straftaten angewandt werden, vgl. nur: Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, Steuerstrafrecht (Stand: 50. Lieferung, Sep. 2014), § 393 Rn. 48, 87.

⁸ Rogall, FS Kohlmann (Fn. 5), S. 465, 472, der darauf hinweist, dass die formale Aufrechterhaltung der Mitwirkungspflicht dazu dient, eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen nach § 162 AO zu ermöglichen.

⁹ Der Begriff der Strafbefreiung ist in diesem Kontext nicht im engeren (Wort-)Sinn zu verstehen, sondern erfasst neben dem Fall, dass der Strafaufhebungsgrund des § 371 AO (oder die Bußgeldbefreiung nach § 378 Abs. 3 AO) greift, auch die Fälle, in denen lediglich gemäß § 398a AO zwingend von der Verfolgung der Tat abzusehen ist.

¹⁰ Flore/Tsambikakis/Nikolaus, Steuerstrafrecht (2013), § 393 Rn. 66.

¹¹ Klein/Jäger (Fn. 1), § 393 Rn. 45.

¹² Rogall, FS Kohlmann (Fn. 5), S. 465, 477.

¹³ Vgl. VG Saarlouis, Gerichtsbescheid v. 7.2.2008, 7 K 131/07 = BeckRS 2008, 33925.

¹⁴ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hellmann, AO – FGO (Stand: 228. Lieferung, Juli 2014), § 393 Rn. 130; Rogall, FS Kohlmann (Fn. 5), S. 465, 487.

¹⁵ LG Göttingen wistra 2008, 231, 233; Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 59; Kohlmann/Hilgers-Klautzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 213.

nanzbehörde nach den Regelungen der Strafprozessordnung ermittelt hat.¹⁶

Umstritten ist, ob auch die Kenntniserlangung in einem Strafverfahren wegen eines Allgemeindelikts erfasst ist. Nach der wohl herrschenden Auffassung soll die Norm nur dann Anwendung finden, wenn die Strafverfolgungsorgane „in einem Steuerstrafverfahren“ Kenntnis vom Inhalt der Steuerakten erlangt haben. Bei Kenntniserlangung außerhalb eines Steuerstrafverfahrens soll die Norm demnach nicht greifen; vielmehr sei in diesem Fall ein Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus dem Verfassungsrecht herzuleiten, da der Steuerpflichtige die selbstbelastenden Informationen in Erfüllung steuerlicher Mitwirkungspflichten und der ihm drohenden Nachteile einer Verletzung dieser Pflichten offenbart habe.¹⁷ Nach der Gegenauffassung gilt § 393 Abs. 2 S. 1 AO hingegen in beiden Fällen.¹⁸ Für die letztgenannte Ansicht spricht neben dem Wortlaut der Norm auch Folgendes: Nach dem Schutzzweck der Norm kann es nicht darauf ankommen, ob die Strafverfolgungsbehörde Kenntnis von den selbstbelastenden Angaben des Steuerpflichtigen aus den Steuerakten im Rahmen eines Steuerstrafverfahrens oder auf anderem Wege erlangt.¹⁹ Vor allem aber ist fraglich, ob ein verfassungsrechtlich begründetes Verwertungsverbot nicht die Wertungen des § 393 Abs. 2 AO ignoriert. Auf der einen Seite ist das Verwendungsverbot aus § 393 Abs. 2 S. 1 AO weitergehend als ein bloßes Verwertungsverbot.²⁰ Auf der anderen Seite ist ungeklärt, ob die in § 393 Abs. 2 S. 2 AO statuierte Beschränkung der Selbstbelastungsfreiheit zur Verfolgung schwerer Straftaten auf das verfassungsrechtlich begründete Verwertungsverbot übertragbar ist. Für die h.M. spricht aber, dass § 393 Abs. 2 S. 1 AO weiterhin voraussetzt, dass der Steuerpflichtige Tatsachen oder Beweismittel „vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens“ offenbart hat. Mit dem Terminus „Strafverfahren“ bei diesem Teil der Norm kann indes nur das Steuerstrafverfahren gemeint sein, weil nur in diesem Fall ein Zwangsmittelverbot nach § 393 Abs. 1 S. 2, 3 AO besteht. Aus diesem Grund erscheint es nachvollziehbar, den Begriff des „Strafverfahrens“ in der Norm einheitlich und damit insgesamt eng i.S. eines Steuerstrafverfahrens auszulegen.

„Aus den Steuerakten“ bekannt ist jede Information, die dem Steuergeheimnis des § 30 AO unterliegt. Dies ergibt sich bereits aus der Ausnahmeregelung des § 393 Abs. 2 S. 2 AO. Somit unterfallen dem Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO auch (schriftliche und mündliche) Auskünfte, die die Finanzbehörde aus der Steuerakte

erteilt hat²¹ sowie durch die Vernehmung von Finanzbeamten gewonnene Erkenntnisse.²²

2. Offenbarung von Tatsachen und Beweismitteln in Erfüllung steuerlicher Pflichten

Nicht verwendet werden dürfen nur jene Tatsachen und Beweismittel, die in Erfüllung steuerlicher Pflichten offenbart werden. Tatsachen sind alle inneren und äußeren Vorgänge, die zumindest mittelbar einer sinnlichen Wahrnehmung und damit dem Beweis zugänglich sind.²³ Beweismittel sind solche i.S.d. § 92 AO sowie darüberhinausgehend alle weiteren Erkenntnisquellen, die geeignet sind, eine im Zusammenhang mit einer steuerlichen Straftat stehende Tatsache zu beweisen.²⁴ Relevant sind hierbei insbesondere Handelsbücher und sonstige Aufzeichnungen über Geschäftsvorfälle. Der Begriff „Offenbaren“ ist – wie bei § 30 AO – weit auszulegen.²⁵ Offenbart werden Tatsachen und Beweismittel, wenn sie der Steuerpflichtige (oder sein Vertreter) der Finanzbehörde freiwillig preisgegeben hat, die Kenntnis der Behörde daher auf dessen Tätigkeit beruht, weil eine ihr unbekannt oder jedenfalls nicht sicher bekannte Information bekannt gemacht wird.²⁶ Hierfür genügt auch, dass der Steuerpflichtige durch bloßes Dulden der Einsichtnahme die Kenntnisnahme der Finanzbehörde ermöglicht.²⁷

Hoch umstritten ist, ob § 393 Abs. 2 S. 1 AO auch dann greift, wenn der Steuerpflichtige Informationen oder Beweismittel zu Allgemeinstraftaten offenbart, obwohl seine Mitwirkung nicht erzwingbar gewesen ist. Hierfür spricht insbesondere der Wortlaut der Norm, der allein auf die Erfüllung der steuerlichen Pflichten abstellt. Diese bleiben aber auch dann bestehen, wenn sie nicht erzwingbar sind.²⁸ Daneben ist auch Folgendes zu berücksichtigen: Die Norm setzt weiter voraus, dass die Tatsachen oder Beweismittel vor der Einleitung des Straf- oder Steuerordnungswidrigkeitenverfahrens oder in Unkenntnis der Verfahrenseinleitung offenbart werden. Wurde ein Verfahren eingeleitet, ist die Erfüllung steuerlicher Pflichten insoweit nicht erzwingbar. Somit setzt eine Variante der subjektiven Komponente des § 393 Abs. 2 S. 1 AO gerade die Nichterzwingbarkeit der steuerlichen Pflicht voraus. Weshalb dann aber die entsprechende objektive Lage (die Nichterzwingbarkeit der Pflicht aufgrund der Verfahrenseinleitung) aus dem Anwendungsbereich der Norm fallen soll, erschließt sich nicht.

¹⁶ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 61.

¹⁷ So etwa: Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 79; Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hellmann (Fn. 14), § 393 Rn. 156.

¹⁸ OLG Stuttgart wistra 1986, 191, 192; Kohlmann/Hilgers-Klautzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 215; Rütters wistra 2014, 378, 382.

¹⁹ Rütters wistra 2014, 378, 382.

²⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen unter III.

²¹ LG Göttingen wistra 2008, 231, 233; Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 62.

²² Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. (2009), § 393 Rn. 59.

²³ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 188.

²⁴ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 63.

²⁵ Klein/Jäger (Fn. 1), § 393 Rn. 48.

²⁶ LG Göttingen wistra 2008, 231, 233; Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 64.

²⁷ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hellmann (Fn. 14), § 393 Rn. 133; Kohlmann/Hilgers-Klautzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 191.

²⁸ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 67.

Die h.M. lehnt gleichwohl eine Anwendbarkeit der Norm jedenfalls auf Angaben im Rahmen einer Selbstanzeige aufgrund der Ratio der Norm ab. § 393 Abs. 2 S. 1 AO soll den nemo-tenetur-Grundsatz absichern; dieses Schutzes bedürfte der Steuerpflichtige aber nur insoweit, als er ohne Anwendung der Norm zu einer Handlung gezwungen werden könne, durch die er sich strafrechtlich selbst belasten würde. Es würde den Schutzzweck der Norm überdehnen, schütze man den Steuerpflichtigen auch dann, wenn er weiß, dass die Mitwirkung nicht erzwingbar ist.²⁹ Gegen diese Auffassung hat Jäger³⁰ zu Recht vorgebracht: Das Ziel, sicherzustellen, dass derjenige, der im Besteuerungsverfahren wahrheitsgemäße Angaben macht, nicht befürchten muss, hinsichtlich durch diese Angaben offenbarten Allgemeindelikte strafrechtlich verfolgt zu werden, wird im Fall der Selbstanzeige nicht erreicht. Des Weiteren ist nicht auszuschließen, dass die berichtigenden – und ein Allgemeindelikt offenbarenden – Angaben in Erfüllung steuerlicher Pflichten gemacht werden, etwa durch die Abgabe einer Jahressteuererklärung mit richtigen und zutreffenden Angaben, durch die unrichtige Angaben in der Voranmeldung korrigiert werden.³¹ Noch problematischer aber ist die folgende Konstellation: Nach fragwürdiger³² Auffassung des BGH³³ soll sich aus § 153 AO eine strafbewehrte Pflicht (aus § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) auch im Falle einer vorangegangenen Steuerhinterziehung dann ergeben, wenn der Steuerpflichtige bei Abgabe der steuerlichen Erklärung mit Eventualvorsatz hinsichtlich der Unrichtigkeit der Angaben gehandelt hat. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung kann kein Zweifel daran bestehen, dass die bei der Berichtigung der Angaben aus seiner Steuererklärung mitgeteilten Tatsachen und Beweismittel in Erfüllung steuerlicher Pflichten i.S.d. § 393 Abs. 2 S. 1 AO offenbart wurden, so dass auch hier ein Verwendungsverbot aus dieser Norm anzunehmen ist.³⁴

3. Offenbarung vor Einleitung oder in Unkenntnis des Steuerstraf- oder -ordnungswidrigkeitenverfahrens

§ 393 Abs. 2 S. 1 AO erfasst nur solche Angaben, die der Steuerpflichtige oder sein Vertreter vor Einleitung des Steuerstraf- oder -bußgeldverfahrens gemacht hat. Die Beschränkung des Verwertungsverbot auf vor der Einleitung des Verfahrens offenbarte Tatsachen und Beweismittel in der ersten Variante folgt aus dem Sinn und Zweck der Norm: Derjenige, der objektiv vom Verwaltungszwang bedroht ist, soll vor einer strafrechtlichen Selbstbelastung geschützt werden.³⁵ Hieraus folgt zugleich, dass der Gegenstand des Steuerstrafverfahrens und der Gegenstand der Angaben des Steuerpflichtigen identisch sein müssen, also denselben Lebenssachverhalt

²⁹ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 67; Wulf wistra 2006, 89, 92 f.

³⁰ Klein/Jäger (Fn. 1), § 393 Rn. 50.

³¹ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 200.

³² Vgl. nur: Bülte BB 2010, 607 ff.; Höll/Hinghaus PStR 2010, 45 ff.

³³ BGH NJW 2009, 1984, 1985 f. = HRRS 2009 Nr. 480.

³⁴ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 69.

³⁵ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 74.

i.S.d. § 264 StPO betreffen müssen.³⁶ Auch die zweite Variante der Norm, die Unkenntnis des Steuerpflichtigen von der Verfahrenseinleitung, ergibt sich aus der Ratio der Norm: Der Steuerpflichtige ist jedenfalls subjektiv in einer Zwangslage, weil er von der Einleitung des Strafverfahrens und damit dem Eingreifen des Zwangsmittelverbotes keine Kenntnis hat.

III. Die Folge des § 393 Abs. 2 S. 1 AO

§ 393 Abs. 2 S. 1 AO enthält ein Verbot, offenbarte Tatsachen und Beweismittel zu verwenden. Nach inzwischen ganz h.M. handelt es sich bei der Regelung nicht lediglich um ein Verwertungsverbot³⁷, sondern vielmehr um ein umfassendes Verwendungsverbot.³⁸ Ein solches Verwendungsverbot ist weitergehend als ein Verwertungsverbot, weil das Verwendungsverbot ein Verbot jeglicher strafprozessualer Nutzung dieser Informationen und Daten statuiert.³⁹ Letzteres verbietet alle Ermittlungsmaßnahmen auf Grundlage dieser Informationen; dabei ist irrelevant, ob die Strafverfolgungsbehörde sich diese Information, auf die sich die Ermittlungshandlung stützt, auch rechtmäßig hätte beschaffen können.⁴⁰ Weil es sich um ein selbstständiges Verwendungsverbot handelt, gilt es unabhängig davon, ob eine Pflichtverletzung durch einen Amtsträger vorliegt.⁴¹ Da eine Verwendung der offenbarten Tatsachen und Beweismittel ohne Einschränkung verboten ist, dürfen die erhobenen Informationen auch nicht als Spurenansatz für weitere Ermittlungen verwendet werden. Daher gilt: Das Verwendungsverbot trägt die Fernwirkung ipso iure in sich.⁴²

Nach dem Wortlaut der Norm dürfen die Kenntnisse nicht gegen den Steuerpflichtigen verwendet werden. Bei Zusammenveranlagung von Eheleuten sind dabei beide Ehegatten geschützt.⁴³ Dritte schützt die Norm hingegen grundsätzlich nicht.⁴⁴ Somit können offenbarte Tatsachen und Beweismittel, die auf Straftaten Dritter hinweisen, verwendet werden. Allerdings kommt eine Verwendung solcher Angaben nicht in Betracht, hinsichtlich derer dem Steuerpflichtigen ein Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht aus §§ 101 ff. AO, §§ 52 ff. StPO zuzustehen würde. Dies ergibt sich aus §§ 101 Abs. 1 AO, 52 Abs. 3 StPO.⁴⁵

§ 393 Abs. 2 S. 1 AO verbietet die Verwendung für die Verfolgung einer Tat, „die keine Steuerstraftat ist“. Umstritten ist, wie der Begriff der Tat in dieser Norm zu verstehen ist. Eine Ansicht⁴⁶ vertritt ein enges (tatbe-

³⁶ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 75.

³⁷ Für ein Verwertungsverbot: Hübschmann/Hepp/Spietaler/Hellmann (Fn. 14), § 393 Rn. 159.

³⁸ Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 62; Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 80; Klein/Jäger (Fn. 1), § 393 Rn. 45.

³⁹ Rogall, FS Kohlmann (Fn. 5), S. 465, 482.

⁴⁰ Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 61.

⁴¹ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 83.

⁴² Rogall, FS Kohlmann (Fn. 5), S. 465, 485.

⁴³ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 221.

⁴⁴ Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 63; Klein/Jäger (Fn. 1), § 393 Rn. 55.

⁴⁵ Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 63.

⁴⁶ BayObLG wistra 1998, 117, 118; Spriegel wistra 1997, 321, 324.

standliches) Begriffsverständnis: Danach ist eine Verwendung ausschließlich insoweit zulässig, als es sich um die Verwirklichung eines Steuerstraftatbestandes handelt. Sie beruft sich dabei auf die Legaldefinition des § 369 AO, die ein tatbestandliches Verhältnis der „Steuerstraftat“ vorgebe. Eine andere Ansicht⁴⁷ wendet hingegen den materiell-rechtlichen Tatbegriff an: Hiernach gilt das Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO nicht für Allgemeindelikte, die mit der Steuerstraftat in Tateinheit gemäß § 52 StGB stehen. Denn diese Taten seien eben auch Steuerstraftaten. Wäre die Erstreckung des Verwendungsverbotes auf Tateinheitlichkeit mit der Steuerstraftat begangene Allgemeindelikte gewollt, so hätte der Gesetzgeber die Formulierung „Tat, die nicht ausschließlich Steuerstraftat ist“ benutzt und damit die in § 386 Abs. 2 Nr. 1, 2 AO enthaltene Differenzierung aufgegriffen. Eine dritte Ansicht⁴⁸ zieht den prozessualen Tatbegriff des § 264 StPO heran. Die vom Steuerpflichtigen offenbarten Tatsachen und Beweismittel dürfen demnach – unabhängig von dem materiell-rechtlichen Konkurrenzverhältnis zu dem Steuerdelikt – zur Verfolgung von Allgemeindelikten verwendet werden, die vom Täter in demselben geschichtlichen Vorgang verwirklicht wurden. Jede dieser Auffassungen ist mit dem Wortlaut der Norm des § 393 Abs. 2 S. 1 AO vereinbar; die Frage, welche Auffassung vorzugswürdig ist, kann daher nur unter teleologischen Gesichtspunkten beantwortet werden. Jedenfalls gegen die Heranziehung des strafprozessualen Tatbegriffs des § 264 StPO spricht, dass hiermit auch solche Allgemeindelikte aus dem Anwendungsbereich des Verwendungsverbotes herausfallen würden zu deren Offenbarung der Steuerpflichtige bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Mitwirkungspflichten verpflichtet war. Damit könnte die Norm ihren Zweck, den Steuerpflichtigen vor der Selbstbelastung durch die Erfüllung seiner erzwingbaren Mitwirkungspflichten zu schützen, insoweit nicht mehr vollständig erfüllen.⁴⁹ Diese Auffassung ist daher abzulehnen.

IV. Die Ausnahmevorschrift des § 393 Abs. 2 S. 2 AO: Durchbrechung des Verwendungsverbotes

1. Grundsätzliches und praktische Bedeutung

§ 393 Abs. 2 S. 2 AO enthält zum Zweck der Strafverfolgung solcher Taten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse i.S.d. § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO besteht, eine Ausnahme vom Verwendungsverbot. Der Verweis auf § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ist bereits deshalb problematisch, weil bislang nicht geklärt werden konnte, unter welchen Voraussetzungen ein zwingendes Verfolgungsinteresse anzunehmen ist, weil die Norm lediglich Beispielfälle nennt, in denen „namentlich“ ein solches gegeben

⁴⁷ *Meine wistra* 1985, 186, 186.

⁴⁸ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hellmann (Fn. 14), § 393 Rn. 164 ff.; *Maier wistra* 1997, 53, 53.

⁴⁹ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 89.

ist.⁵⁰ Aus diesem Grund wird zum Teil⁵¹ ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit angenommen.

Für den Bereich des Wirtschaftsstrafrechts ist dabei § 30 Abs. 4 Nr. 5b AO von Relevanz. Hiernach ist eine Offenbarung von Tatsachen, die unter das Steuergeheimnis fallen, zur Verfolgung von solchen Wirtschaftsstraftaten (i.S.d. § 74c GVG) zulässig, die nach ihrer Begehungsweise oder des Umfangs des durch sie verursachten Schadens geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen in die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern. Die Verfolgung einer Wirtschaftsstraftat nach § 74c GVG rechtfertigt somit nicht stets die Durchbrechung des Steuergeheimnisses. Vielmehr erfordert die Offenbarung die Eignung, die Wirtschaft zu stören, d.h. die Tat muss Auswirkungen auf das gesamtwirtschaftliche Gefüge haben durch ein großes Schadensausmaß bei einer Vielzahl von Geschädigten oder erhebliche Auswirkungen für eine Mehrzahl von Wirtschaftsteilnehmern haben können.⁵² Der BGH⁵³ hat eine solche Störung etwa in einem Fall von Beschaffungskorruption bei der Bundeswehr angenommen. Soweit sich eine Störungseignung mit der Höhe des Schadens begründen lässt, wird davon ausgegangen, dass hierfür jedenfalls erst sechsstellige Schadenssummen genügen;⁵⁴ zum Teil wird die Grenze auch erst bei einem Betrag in Millionenhöhe gezogen⁵⁵.

2. Die (zu Recht behauptete) Verfassungswidrigkeit der Norm

Die ganz herrschende Literaturauffassung⁵⁶ hält die Vorschrift des § 393 Abs. 2 S. 2 AO vor allem wegen eines die Freiheit von strafrechtlicher Selbstbelastung verletzenden Zwangs für verfassungswidrig. Der BGH hat das Problem der möglichen Verfassungswidrigkeit in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2004⁵⁷ und 2006⁵⁸ ebenfalls gesehen und versucht, über eine verfassungskonforme Anwendung der Norm zu lösen. Er geht davon aus, dass bei drohender Selbstbelastung mit strafrechtlichen Folgen geringere Anforderungen an die Erfüllung der steuerlichen Pflichten zu stellen seien. Der Steuerpflichtige sei lediglich gezwungen, den Betrag und die Steuerbarkeit der Einkünfte mitzuteilen, nicht aber Angaben zur Herkunft zu machen.⁵⁹

Gegen diese Lösung spricht aus praktischer Sicht bereits, dass jedenfalls im Fall regelmäßiger Einkünfte die Frage

⁵⁰ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 93.

⁵¹ *Dierlamm*, Festschrift für Krey (2010), S. 27, 37: „Die Erheblichkeitsschwelle wird ausschließlich durch unbestimmte, völlig konturenlose und inhaltsleere Generalklauseln beschrieben, die jeder Bestimmtheit entbehren.“

⁵² Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 83.

⁵³ BGH NJW 1982, 1648, 1649.

⁵⁴ FG Niedersachsen, EFG 91, 436 f.

⁵⁵ Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 85.

⁵⁶ Vgl. nur: Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 72 ff.; Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 100; Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hellmann (Fn. 14), § 393 Rn. 181.

⁵⁷ NStZ-RR 2004, 242 ff. = HRRS 2004 Nr. 602.

⁵⁸ NStZ 2006, 210 ff. = HRRS 2006 Nr. 123.

⁵⁹ BGH NStZ-RR 2004, 242, 243; NStZ 2006, 210, 214.

der Umsatzsteuer- und der Gewerbesteuerpflicht ohne Angaben über die Herkunft nicht beantwortet werden kann.⁶⁰ Auch deshalb bietet die Reduzierung der Anforderungen an die Mitwirkungspflichten nur unzureichenden Schutz vor den strafprozessualen Folgen einer Selbstbelastung.⁶¹ Daher wird zum Teil davon ausgegangen, die Strafbewehrung der Mitwirkungspflicht sei suspendiert, wenn der Steuerpflichtige seine Einkünfte durch solche Straftaten erworben hat, die gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO zu offenbaren und daher vom grundsätzlichen Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO nicht umfasst wären.⁶² Fraglich ist indes, ob dies genügt. Zum einen müsste dieser Wegfall der Strafbarkeit der unterlassenen Mitwirkung durch die Ausweitung des Zwangsmittelverbotes des § 393 Abs. 1 S. 2 AO auf die Fallkonstellation des § 393 Abs. 2 S. 2 AO ergänzt werden. Denn andernfalls wäre der Steuerpflichtige zwar nicht durch die drohende Strafbarkeit, wohl aber durch drohende steuerliche Zwangsmittel faktisch zur Offenbarung verpflichtet.⁶³ Ob eine solche entsprechende Anwendung des Zwangsmittelverbotes, die einen Bruch mit der inneren Systematik des § 393 AO bedeuten würde, sachgerecht ist, erscheint hingegen zweifelhaft. Zunächst ist aus Sicht der Steuerpflichtigen problematisch, dass – selbst bei umfassender Prüfung und Beratung – oft nicht feststellbar sein wird, ob im Einzelfall die Ausnahmevorschrift des § 393 Abs. 2 S. 2 AO greift.⁶⁴ Aufgrund der Unbestimmtheit des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO wird daher außerhalb krasser Ausnahmefälle für den Steuerpflichtigen keine Rechtssicherheit bestehen. Zudem hat *Bülte* zutreffend auf die verfassungsrechtlichen Probleme dieser Lösung hingewiesen. Aus § 40 AO folgt, dass auch durch Straftaten erlangte Einkünfte steuerbar und somit vom Steuerpflichtigen zu erklären sind; dies ist nach Auffassung des BVerfG⁶⁵ verfassungsrechtlich geboten. Diese Belastungsgleichheit würde durch die vorgenannte Lösung in einem Teilbereich aufgegeben. Auch aus diesem Grund ist sie abzulehnen.

Das LG Göttingen⁶⁶ hat sich in einem Beschluss aus dem Jahr 2007 der in der Literatur herrschenden Auffassung angeschlossen und im Wege eines konkreten Normkontrollverfahrens die Entscheidung des BVerfG darüber eingeholt, ob § 393 Abs. 2 S. 2 AO mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Gegenstand des Verfahrens vor dem LG Göttingen war der Vorwurf des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a Abs. 1 StGB mit einem Mindestbeitragsschaden von über einer Million Euro. Während des bereits laufenden Ermittlungsverfahrens gegen die Beschuldigten hatte die Finanzbehörde eine Betriebsprüfung sowie eine Lohnsteueraußenprüfung durchgeführt und sich von dem Beschuldigten Unterlagen aushändigen lassen, die für den Tatnachweis von Bedeutung waren. Konkret hatte eine Betriebsprüferin eine Liste mit fehlenden Unterlagen, die sie benötigte, erstellt. Sie erhielt daraufhin von dem Beschuldigten einen Ordner, in dem verfahrensrelevante Vertragsunter-

lagen waren, sowie ein Blatt Papier, auf dem es hieß, diese Verträge seien in der Praxis nie angewendet worden. Auf Nachfrage der Betriebsprüferin machte der Beschuldigte weitere Erläuterungen zu dem Vorgang und unterzeichnete das vorbenannte Schriftstück mit seinem Namen.⁶⁷

Das LG Göttingen hat in dieser Entscheidung ausgeführt, im vorliegenden Fall würden die Voraussetzungen des § 30 Abs. 4 Nr. 5b AO vorliegen, weshalb § 393 Abs. 2 S. 2 AO einschlägig sei und das Verwendungsverbot nach S. 1 der Norm nicht gelte. Nach dem Ergebnis der Nachermittlungen der Kammer durch Vernehmung der Betriebsprüferin sei – so das Gericht – davon auszugehen, dass der vom Beschuldigten unterzeichnete und übergebene Vermerk Anlass für die Mitteilung des Sachverhaltes an das Hauptzollamt gewesen sei. Diese Mitteilung habe einen Anfangsverdacht des Hauptzollamtes und die Aufnahme der strafrechtlichen Ermittlungen begründet, im Rahmen derer sämtliche weiteren Ermittlungsergebnisse gefördert wurden.⁶⁸ Der Beschuldigte sei mit der Aushändigung der Unterlagen und insbesondere seiner mündlichen und schriftlichen Auskunft seiner steuerlichen Mitwirkungspflicht nachgekommen. Diese sei auch nach § 328 AO erzwingbar gewesen.⁶⁹ Das Gericht legt im Folgenden – unter dem Gesichtspunkt der Fernwirkung – dar, dass die Verfassungswidrigkeit des § 393 Abs. 2 S. 2 AO zu einer Anwendbarkeit von S. 1 der Norm mit der Folge führen würde, dass auch die übrigen, im weiteren Ermittlungsverfahren erlangten Beweismittel nicht verwertbar seien.⁷⁰ Im vorliegenden Fall sei es ausgeschlossen, dass die Ermittlungen ohne den vom Beschuldigten überreichten Vermerk eingeleitet worden seien. Hier sei eine Fernwirkung erforderlich, da andernfalls das Verwertungsverbot ausgehöhlt werde.⁷¹

Die Kammer hat weiter ausgeführt, dass nach ihrer Überzeugung § 393 Abs. 2 S. 2 AO verfassungswidrig sei, weil die Norm insbesondere gegen den nemo-tenetur-Grundsatz verstoße. Sie hat dies u.a. damit begründet, dass die Erfüllung der Auskunftspflicht auch erzwingbar sei. Erfülle der Beteiligte die ihm obliegenden Mitwirkungspflichten aus den §§ 90, 93 ff., 200 AO nicht, so könnten die Finanzbehörden mit Zwangsmitteln gegen ihn vorgehen. Aus dem Zusammenspiel der gesetzlichen Regelungen ergebe sich, dass der Beteiligte zur Offenbarung strafbaren Verhaltens verpflichtet sei und hierzu mit Zwangsmitteln angehalten werden könne.⁷² Indem bei Straftaten, hinsichtlich derer ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung zu bejahen ist, eine Verwendung von im Steuerverfahren erzwungenen bzw. erzwingbaren Informationen auch im Strafverfahren für zulässig erklärt

⁶⁰ Wulf wistra 2006, 89, 94.

⁶¹ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 101.

⁶² So insb.: Wulf wistra 2006, 89, 94 f.

⁶³ Graf/Jäger/Wittig/Bülte (Fn. 1), § 393 Rn. 101.

⁶⁴ Franzen/Gast/Joelcks/Joelcks (Fn. 22), § 393 Rn. 76.

⁶⁵ BVerfG NJW 1996, 2086, 2086.

⁶⁶ LG Göttingen wistra 2008, 231 ff.

⁶⁷ Die Einzelheiten ergeben sich aus der Sachverhaltsdarstellung der Entscheidung: LG Göttingen wistra 2008, 231, 231.

⁶⁸ LG Göttingen wistra 2008, 231, 232.

⁶⁹ LG Göttingen wistra 2008, 231, 233.

⁷⁰ LG Göttingen wistra 2008, 231, 233.

⁷¹ LG Göttingen wistra 2008, 231, 234. Die Terminologie in dieser Passage der Entscheidung ist nicht eindeutig. Es werden die Begriffe Verwertungsverbot und Verwendungsverbot offenbar als Synonyme verwendet. An anderer Stelle der Entscheidung wird der sachliche Unterschied zwischen den Begriffen hingegen zutreffend klargestellt.

⁷² LG Göttingen wistra 2008, 231, 235.

werde, werde dem Beschuldigten die Entschließungsfreiheit bezüglich seiner Einlassung im Strafverfahren genommen. Er verliere also die einem Menschen zukommende und seine Würde ausmachende Bestimmung über sein eigenes Ich und werde zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt.⁷³ Grundrechtseingriffe dieser Art könnten, so das Gericht zutreffend weiter, weil es sich um Verstöße gegen die Menschenwürde und um Eingriffe in den Kernbereich des Art. 2 Abs. 1 GG handle, auch nicht mit Verhältnismäßigkeitserwägungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Schließlich scheidet auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 393 Abs. 2 S. 2 AO aus. Insbesondere könne das Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO auf diese Konstellation nicht angewendet werden, weil dies den ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen widerspräche.⁷⁴

3. Die Auffassung des BVerfG

Das BVerfG hat über diesen Vorlagebeschluss des LG Göttingen mit Beschluss vom 27.4.2010 entschieden. Allerdings hat es diesen als unzulässig betrachtet; es hat damit über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 393 Abs. 2 S. 2 AO nicht zu entscheiden gehabt. Die Unzulässigkeit hat es – mehr als zwei Jahre nach dem Vorlagebeschluss – damit begründet, dass die Darlegungen des LG zur Entscheidungserheblichkeit des § 393 Abs. 2 S. 2 AO in mehrfacher Hinsicht unzureichend seien.⁷⁵ So lege die Vorlage nicht ausreichend dar, dass die selbstbelastenden Angaben „in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten“ gemacht wurden. Zwar prüfe das LG die Erzwingbarkeit der Pflichten, lasse dabei indes wesentliche Gesichtspunkte unerörtert. Es erscheine naheliegend, dass die vom Beschuldigten offenbarten Informationen auch den Verdacht einer Steuerstraftat begründet hätten. Die Erzwingbarkeit der von diesem erfüllten steuerrechtlichen Pflichten könnte daher gemäß § 393 Abs. 1 S. 2 AO suspendiert gewesen sein. Die Vorlage befasse sich mit dieser Frage nicht.⁷⁶

Weiterhin genügten auch die Ausführungen des LG zur „Fernwirkung“ des Verwendungsverbotes den Darlegungsanforderungen nicht. Die Vorlage differenziere nicht hinreichend zwischen den einzelnen Mitwirkungshandlungen des Angeklagten, also der Übergabe des Ordners mit den Unterlagen und der Aktennotiz sowie den zusätzlich erteilten Auskünften. Nach der Rechtsprechung des BVerfG habe das Verbot des Selbstbelastungszwangs zum Kern, dass niemand gezwungen werden dürfe, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafrechtliche Verurteilung zu liefern.⁷⁷ Demgegenüber beträfen, so der Senat, gesetzliche Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten nicht den Kernbereich der grundgesetzlichen Selbstbelastungsfreiheit, selbst dann nicht, wenn diese Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten verwendet werden dürften. Vielmehr könnten solche Mitwirkungspflichten zum Schutz von Gemeinwohlbelangen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Daher hätte das LG zwischen diesen einzelnen Mitwirkungs-

handlungen unterscheiden müssen. Denn diese seien möglicherweise im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit, mit deren Schutz das LG die Fernwirkung des § 393 Abs. 2 S. 1 AO im Wesentlichen begründet hat, unterschiedlich zu beurteilen. Es erscheine nach dem mitgeteilten Sachverhalt als naheliegend, dass schon allein die Aushändigung der Unterlagen – ohne die weiteren Auskünfte – die Einleitung des Strafverfahrens nach sich gezogen hätte.⁷⁸

V. Die Auslegung des § 393 Abs. 2 S. 1 AO durch den 1. Strafsenat des BGH in seinem Urteil vom 16.4.2014

1. Sachverhalt und Revisionsvorbringen

Der 1. Strafsenat des BGH musste sich in seinem Urteil vom 16.4.2014⁷⁹ – 1 StR 516/13 – mit einer u.a. auf die Verletzung von § 393 Abs. 2 S. 1 AO gestützten Revision auseinandersetzen. Der Angeklagte war vom LG Landshut wegen 194 Fällen des Vorenthaltes und Veruntreuens von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt worden, wobei der Gesamtbeitragschaden 245.025,24 Euro betrug.⁸⁰

Im Rahmen der Revision machte der Angeklagte eine Verletzung des § 393 Abs. 2 S. 1 AO geltend. Dem lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Rahmen einer Außenprüfung bei einer vom Angeklagten geführten Gesellschaft wurden Kontrollmitteilungen über an Arbeitnehmer gezahlte Vergütungen erstellt. Zu diesem Zeitpunkt war dem Angeklagten nicht bekannt, dass gegen ihn bereits etwa fünf Monate zuvor ein Ermittlungsverfahren u.a. wegen Straftaten nach § 266a StGB im Zusammenhang mit diesen Arbeitsverhältnissen eingeleitet worden war. Diese Kontrollmitteilungen wurden im Selbstleseverfahren in die landgerichtliche Hauptverhandlung eingeführt und für die Feststellung der an die Arbeitnehmer gezahlten Beträge herangezogen, die die Grundlage für die Schadensberechnung bilden.⁸¹

2. Die Argumentation des 1. Strafsenats

Der BGH hat die Revision im Hinblick auf diese Rüge verworfen. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass Grundlage von im Rahmen einer Außenprüfung gefertigten Kontrollmitteilungen regelmäßig Unterlagen seien, die aufgrund gesetzlicher, nicht ausschließlich der Sicherstellung der Besteuerung dienender Aufzeichnungspflichten erstellt und in Erfüllung der Mitwirkungspflichten aus § 200 AO vorgelegt werden.⁸² Solche Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten beträfen den Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit auch dann nicht, wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straf-

⁷³ LG Göttingen wistra 2008, 231, 235.

⁷⁴ LG Göttingen wistra 2008, 231, 236.

⁷⁵ BVerfG wistra 2010, 341, 342.

⁷⁶ BVerfG wistra 2010, 341, 343 f.

⁷⁷ BVerfG wistra 2010, 341, 344.

⁷⁸ BVerfG wistra 2010, 341, 344.

⁷⁹ BGH HRRS 2014 Nr. 622.

⁸⁰ BGH HRRS 2014 Nr. 622, Rn. 1-4.

⁸¹ BGH HRRS 2014 Nr. 622, Rn. 34.

⁸² BGH HRRS 2014 Nr. 622, Rn. 35.

taten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen. Für diese Ansicht zitiert der Senat drei Entscheidungen des BVerfG; zum einen die oben dargestellte Entscheidung aus dem Jahr 2010⁸³, zum anderen aber auch eine Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Mitwirkungspflichten aus dem Gesetz über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr⁸⁴ und zur Verfassungsmäßigkeit einer Fahrtenbuchauflage nach der StVZO⁸⁵. Der 1. Strafsenat führt weiter aus, die Revision habe keine Tatsachengrundlage dafür vorgetragen, dass der Inhalt der Kontrollmitteilungen hier ausnahmsweise auf Angaben des Angeklagten als gesetzlichem Vertreter der von ihm geführten Gesellschaft und damit auf von ihm offenbarten Tatsachen beruhe. Ebenso wenig ließe sich ihrem Vortrag entnehmen, welche konkreten Tatsachen auf den Angaben des Angeklagten beruhen.⁸⁶

3. Bewertung

Die Argumentation des Senats kann nicht überzeugen. Soweit der BGH ausführt, gesetzliche Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten würden nicht den Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit betreffen – und zwar selbst dann nicht, wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen – kommt es vorliegend nicht darauf an, ob diese Auffassung tatsächlich zutreffend ist. Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 zu dem Vorlagebeschluss des LG Göttingen sich zwar in diese Richtung geäußert hat, aber in zweifacher Hinsicht Einschränkungen gemacht hat. Es hat wörtlich ausgeführt: „Denn die einzelnen Mitwirkungshandlungen waren im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit, mit deren Schutz das LG die *Fernwirkung* des § 393 Abs. 2 S. 1 AO im Wesentlichen begründet hat, *möglicherweise* unterschiedlich zu beurteilen.“⁸⁷ Dass das BVerfG somit davon ausging, dass lediglich „möglicherweise“ eine unterschiedliche Beurteilung von Aussagen auf der einen und der Erfüllung gesetzlicher Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten auf der anderen Seite besteht, greift der 1. Strafsenat vorliegend nicht auf. Auch thematisiert der Senat nicht, dass das BVerfG diese Frage lediglich an der „Fernwirkung“ festmacht – tatsächlich handelt es sich nicht um eine Frage der Fernwirkung, sondern das Verbot jeglicher strafprozessualer Nutzung dieser Informationen folgt aus dem Wesen des Verwendungsverbot, siehe hierzu unter III.

⁸³ BVerfG wistra 2010, 341 ff.

⁸⁴ BVerfGE 54, 144 ff.

⁸⁵ BVerfG NJW 1982, 568.

⁸⁶ BGH HRRS 2014 Nr. 622, Rn. 35.

⁸⁷ BVerfG wistra 2010, 341, 344; Hervorhebungen nicht im Original.

Vor allem aber wählt der Senat einen unzutreffenden Ausgangspunkt. Gegenstand seiner Prüfung konnte nicht die grundgesetzliche Selbstbelastungsfreiheit sein, sondern vielmehr die Norm des § 393 Abs. 2 S. 1 AO, die diese einfachgesetzlich gewährleistet. Die Prüfung einfachen Rechts kann diese verfassungsrechtlichen Erwägungen im Rahmen der Auslegung der Norm selbstverständlich heranziehen. Die Ausführungen des BGH erwecken indes den Anschein, dass weitere teleologische Erwägungen, der gesetzgeberische Wille und insbesondere der eindeutige Wortlaut des § 393 Abs. 2 S. 1 AO nicht hinreichend Berücksichtigung gefunden haben. Die Norm erfasst „Tatsachen oder Beweismittel“, die der Steuerpflichtige offenbart hat. Somit werden explizit auch vorgelegte Unterlagen erfasst. Daher ist es auf der Ebene des einfachen Rechts – hier: Auslegung des § 393 Abs. 2 S. 1 AO – lediglich von geringer Bedeutung, ob das Offenbaren von Beweismitteln durch die Überlassung von Buchhaltungsunterlagen „den Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit“ betreffen. Diese Erwägung könnte nur im Rahmen einer teleologischen Auslegung der Vorschrift Berücksichtigung finden. Diese müsste allerdings weitere Auslegungsmethoden einbeziehen. Eine derartige Auslegung stellt der Senat vorliegend indes nicht an.

Wie oben dargelegt genügt für ein „Offenbaren“ i.S.d. § 393 Abs. 2 S. 1 AO auch ein bloßes Dulden der Einsichtnahme der Finanzbehörde durch den Steuerpflichtigen.⁸⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend – wengleich aufgrund der Unkenntnis der landgerichtlichen Entscheidung und des Revisionsvorbringens des Angeklagten keine abschließende Bewertung möglich ist –, dass die Buchhaltungsunterlagen, die Grundlage der Kontrollmitteilungen waren, vom Angeklagten im Rahmen der Außenprüfung offenbart wurden. In diesem Fall hätte das Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO Anwendung finden müssen.

VI. Fazit

Die Norm des § 393 Abs. 2 AO wirft eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, die bislang durch die Rechtsprechung zum Teil nur unzureichend beantwortet wurden. Die von der h.L. zu Recht aufgeworfene Frage der Verfassungswidrigkeit des § 393 Abs. 2 S. 2 AO ist bis heute vom BVerfG nicht beantwortet worden. Die oben dargestellten Ansätze des BGH, die Norm verfassungskonform auszulegen, können nicht überzeugen. Ebenso wenig überzeugen kann die hier besprochene neuere Entscheidung des 1. Strafsenats zum Anwendungsbereich des § 393 Abs. 2 S. 1 AO. Unabhängig von den spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen steht diese Auslegung jedenfalls nicht mit dem eindeutigen Wortlaut der Norm im Einklang.

⁸⁸ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hellmann (Fn. 14), § 393 Rn. 133; Kohlmann/Hilgers-Klutzsch (Fn. 7), § 393 Rn. 191.

Verbesserter Schutz für Zeugen und Angeklagte durch veränderte Auslegung des § 252 StPO?

Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 879

Von Wiss. Mit. Christoph Henckel, Bucerius Law School, Hamburg

Regelmäßig kommt es vor, dass sich ein Zeuge, der im Ermittlungsverfahren noch ausgesagt hat, in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Zur Frage, inwieweit § 252 StPO dann den Rückgriff auf die Aussage in der ersten Vernehmung verbietet, stehen sich Rechtsprechung und herrschende Literatur nunmehr seit Jahrzehnten unversöhnlich gegenüber. Mit einem Anfragebeschluss an die anderen Senate hat der 2. Strafsenat des BGH neuerlichen Schwung in diese Diskussion gebracht.

I. Stand der Diskussion

1. § 252 StPO als Beweisverwertungsverbot

Seinem Wortlaut nach verbietet § 252 StPO nur die Verlesung des Protokolls über eine vorherige Vernehmung eines Zeugen, wenn dieser sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft.¹ Ein solches Verlesungsverbot ergibt sich allerdings bereits aus § 250 Satz 2 StPO. Somit wäre § 252 StPO überflüssig.² Seit Beginn seiner Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung in der Literatur³ entnimmt der BGH der Vorschrift jedoch außerdem ein allgemeines Verwertungsverbot bezüglich der außerhalb der Hauptverhandlung gemachten Aussage.⁴ Insbesondere darf die Verhörsperson nicht als Zeuge über den Inhalt der Vernehmung befragt werden.

¹ Nach ganz herrschender Auffassung ist § 252 StPO beim Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO uneingeschränkt, bei §§ 53, 53a StPO dann anwendbar, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht bereits bei der ersten Vernehmung bestand. Die Anwendbarkeit auf die §§ 54, 55 StPO ist umstritten. Vgl. zum Ganzen *Pauly*, in Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 252 Rn. 3 ff.

² BGHSt 2, 99; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (1995), Kap. 15 Rn. 44.

³ Vgl. nur *Sander/Cirener*, in L/R-StPO, Bd. VI-1, 26. Aufl. (2011), § 252 Rn. 7; *Velten*, in SK-StPO, Bd. V, 4. Aufl. (2012), § 252 Rn. 3; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), § 21 Rn. 419, jeweils mwN.

⁴ BGHSt 2, 99, 104 f.; 21, 218; 49, 72, 76 = HRRS 2004 Nr. 275; 57, 254, 256 = HRRS 2012 Nr. 804; anders noch das RG, etwa RGSt 5, 143; 16, 119; 48, 246.

Seine Rechtfertigung findet diese Auslegung im Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts. Der Zeuge soll wegen seines besonderen Verhältnisses zum Angeklagten zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens frei darüber entscheiden können, ob er aussagen möchte. Dieser Zweck würde jedoch vereitelt, wenn sein vielleicht voreiliges, in Unkenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechts abgegebenes Zeugnis gegen seinen Willen doch noch Einfluss auf die Entscheidung gewinnt.⁵ Nur wenn § 252 StPO ein umfangreiches Verwertungsverbot enthält, bleibt ihm diese Belastung erspart.

2. Ausnahme für richterliche Verhörspersonen?

Umstritten ist jedoch die Reichweite dieses Beweisverwertungsverbots. Ebenfalls in ständiger Rechtsprechung macht der BGH eine Ausnahme, wenn der Zeuge außerhalb der Hauptverhandlung von einem Richter vernommen und gemäß § 52 Abs. 3 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wurde.⁶ Wenn der Zeuge belehrt und freiwillig auf dieses verzichtet, bestünden keine schutzwürdigen Interessen seinerseits, die einer späteren Verwertung der Aussage entgegenstünden. In der Güterabwägung zwischen dem Grundsatz der Wahrheitserforschung und dem Schutz des dem Angeklagten besonders nahe stehenden Zeugen überwiege damit ersteres. Dies soll sowohl für Vernehmungen durch den Ermittlungsrichter als auch für Vernehmungen in anderen, nicht den strafprozessualen Regeln unterliegenden Verfahrensarten gelten.⁷

In seinen früheren Entscheidungen hat der BGH diese Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot vor allem mit der Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht begründet. Der Zeuge habe dann in Kenntnis der Tragweite seines Verhaltens ausgesagt.⁸ Da bis zum StPÄG 1964 eine solche Belehrungspflicht nur für Richter bestand, sollte eine Vernehmung der Verhörsperson nur für rich-

⁵ BGHSt 2, 99, 105; 77, 78; *Sander/Cirener*, in L/R-StPO (Fn. 3), § 252 Rn. 7; *Fezer* JuS 1977, 669, 670 f.

⁶ BGHSt 2, 99, 106; 17, 324, 326; 21, 218; 49, 72, 76 f.

⁷ BGHSt 17, 323, 327 f.

⁸ BGHSt 2, 99, 106.

terliche, nicht aber für polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmungen erlaubt sein.

Nach der Einführung einer Belehrungspflicht auch für Polizei und Staatsanwaltschaft (§ 52 Abs. 3 i.V.m. § 161a Abs. 1 Satz 2 bzw. § 163 Abs. 5 StPO) hat der BGH an dieser Unterscheidung festgehalten, sie nunmehr jedoch mit dem besonderen Vertrauen gerechtfertigt, dass das Gesetz der richterlichen Vernehmung entgegenbringe.⁹ Zudem seien dem Zeugen die Folgen seiner Aussage bei der für ihn erkennbaren und regelmäßig auch so empfundenen erhöhten Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren eher bewusst.¹⁰

Schließlich rechtfertigt der BGH die Ausnahme auch mit dem Missbrauchspotential, das sonst für den Zeugen entstehe, der über die Verwertbarkeit seiner einmal gemachten Aussage entscheiden könne. Dieser könne sich zum „Herrn des Verfahrens“ aufschwingen.¹¹

Diese Ansicht ist in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen. Es handele sich dabei um eine kriminalpolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung, die weder im Wortlaut noch im Regelungszweck des § 252 StPO eine Entsprechung finde.¹² Eine besondere „Qualität“ der richterlichen Vernehmung sei weder pauschal im Gesetz angelegt, noch lasse sie sich empirisch belegen.¹³ Eine solche Argumentation ginge aber vor allem am Telos der Norm vorbei: § 252 StPO diene nicht dazu, die Qualität der Beweiserhebung zu sichern. Vielmehr schütze er die freie Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts.¹⁴

Deshalb könne auch das Missbrauchsargument nicht überzeugen. Es sei vielmehr die gesetzliche Wertung der §§ 52 ff. StPO, dass der Zeuge gerade zu jeder Zeit frei über seine Aussage entscheiden könne. Diese ersetze der BGH aber durch seine eigene Wertung der Güterabwägung.¹⁵

Außerdem wird auf den offensichtlichen – auch von der Rechtsprechung erkannten¹⁶ – Widerspruch verwiesen, dass nach § 255a Abs. 1 StPO auf die Bild-Ton-Aufzeichnung einer richterlichen Vernehmung nicht, wohl aber auf das weniger zuverlässige Beweismittel der Vernehmung des Richters zurückgegriffen werden dürfe.¹⁷

Schließlich wird kritisiert, dass durch eine Ausnahme vom Verwertungsverbot das Konfrontationsrecht des

Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK umgangen würde. Durch sein Zeugnisverweigerungsrecht könne sich der Zeuge einer kontradiktorischen Befragung durch die Verteidigung in der Hauptversammlung entziehen. Gleichzeitig könne aber seine Aussage durch die Vernehmung der richterlichen Gehörsperson verwertet werden.¹⁸ Entsprechend hat auch der EGMR entschieden, dass eine solche Vorgehensweise gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verstößt, wenn die mittelbar eingeführte Zeugenaussage das einzige oder entscheidende Beweismittel für die Verurteilung ist und es an anderen kompensierenden Faktoren fehlt, die insbesondere die Belastbarkeit der Aussage absichern.¹⁹

II. Der Beschluss des 2. Senats vom 04.06.2014

Von der seit BGHSt 2, 99 nahezu unverändert gebliebenen Rechtsprechung möchte der 2. Strafsenat in einem Anfragebeschluss nunmehr teilweise Abstand nehmen.²⁰ Konkret geht es um die Frage, worüber der Zeuge bei seiner richterlichen Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung genau belehrt werden muss.

Zunächst legt der Senat die Grundlagen für die von ihm weiterhin vorgenommene Güterabwägung dar. Ziel des Strafprozesses sei die Ermittlung des wahren Sachverhalts. Diese finde jedoch seine Grenzen an den verfassungsmäßigen prozessualen Rechten der Verfahrensbeteiligten, zu denen insbesondere das sich unmittelbar aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, ergebende Zeugnisverweigerungsrecht des verwandten Zeugen gehören soll. Der Zwang zur Belastung eines Angehörigen sei mit dem Zwang zur Selbstbelastung vergleichbar. Allein die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 StPO in der Hauptverhandlung sei aber nicht geeignet, diese Zwangslage zu beseitigen, wenn bereits eine zuvor getätigte Aussage vorliegt, die über die Verlesung dieser Aussage oder auch über die Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden könnte. In seiner Auslegung als Beweisverwertungsverbot würde deshalb § 252 StPO den Konflikt zwischen Aufklärungsgrundsatz und Schutz des verwandten Zeugen grundsätzlich lösen.²¹

Eine weitere, gerechtfertigte Austarierung dieser Interessen schaffe die von der Rechtsprechung gemachte Ausnahme vom Verwertungsverbot für die Vernehmung einer früheren richterlichen Verhörsperson. Zur Begrün-

⁹ BGHSt 21, 218 f.; 36, 384, 385 f.

¹⁰ BGHSt 49, 72, 77.

¹¹ BGHSt 2, 99, 107 f.

¹² Sander/Cirener, in L/R-StPO (Fn. 5), § 252 Rn. 10; Eisenberg NSTz 1988, 488, 489; Hanack JZ 1972, 236, 238.

¹³ Beulke, Strafprozessrecht (Fn. 3), § 21 Rn. 420; Roxin/Schünemann, Strafprozessrecht, 28. Aufl. (2014), § 46 Rn. 29; Eisenberg NSTz 1988, 488.

¹⁴ Fezer, Strafprozessrecht (Fn. 2), Kap. 15 Rn. 47; Roxin/Schünemann, Strafprozessrecht (Fn. 13), § 46 Rn. 29.

¹⁵ Velten, in SK-StPO (Fn. 3), § 252 Rn. 4; Grünwald JZ 1966, 489, 497; vgl. auch Sander/Cirener, in L/R-StPO (Fn. 3), § 252 Rn. 10.

¹⁶ BGHSt 49, 72, 77.

¹⁷ Sander/Cirener, in L/R-StPO (Fn. 3), § 252 Rn. 10, Fn. 42; Roxin/Schünemann, Strafprozessrecht (Fn. 13), § 46 Rn. 32.

¹⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl. (2014), § 252 Rn. 16b; Roxin/Schünemann, Strafprozessrecht (Fn. 13), § 46 Rn. 32.

¹⁹ EGMR Hümmer v. Deutschland, Urteil v. 19.07.2012, Rn. 42, 45, 47 = HRRS 2014, 716. Vgl. zur „sole or decisive“-Regel auch EGMR Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien, Urteil vom 15.12.2011, Rn. 131 = HRRS 2012 Nr. 1. Diesem folgend BVerfG NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114, BGHSt 51, 150, 155 = HRRS 2007 Nr. 39.

²⁰ BGH NSTz 2014, 596 = HRRS 2014 Nr. 879.

²¹ BGH aaO., 597.

dung stützt sich der Senat auf die genannten Argumente vorheriger Entscheidungen.²²

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung²³ will der Senat ein Überwiegen der Strafverfolgungsinteressen jedoch nur annehmen, wenn der Zeuge vom Ermittlungsrichter neben seinem Zeugnisverweigerungsrecht auch darüber belehrt wurde, dass eine jetzt gemachte Aussage in der Hauptverhandlung verwertbar bleibe, wenn er sich später auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen sollte. Die besondere Bedeutung der Belehrung des Zeugen für die Verwertbarkeit der Aussage sei nur gerechtfertigt, wenn dieser nicht nur sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch die möglichen Konsequenzen seines Verzichts auf dieses kenne. Erst dies ermögliche eine verantwortungsvolle Entscheidung über die Wahrnehmung seiner Rechte. Für den regelmäßig rechtsunkundigen Zeugen läge es aber fern, sich Gedanken über eine solche spätere Verwertbarkeit zu machen. Vielmehr würde erst durch den richterlichen Hinweis dem Zeugen die bestehende Konfliktsituation bereits im Ermittlungsverfahren deutlich.²⁴

Ausführlich setzt der Senat sich mit möglichen Gegenargumenten auseinander.²⁵ Sollte man davon ausgehen, dem Zeugen sei die spätere Verwertbarkeit seiner Aussage durchaus bewusst, sei dies für die Belehrungspflicht irrelevant, da diese zumindest noch die „Ausnahmefälle“ erfassen würde, in denen es an einer solchen Kenntnis fehlt. Dass es, wie vom BGH früher vorgebracht,²⁶ an einer gesetzlichen Grundlage für die Belehrung fehle, könne ebenfalls nicht überzeugen, da auch die Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO ungeschrieben sei. Ausdrücklich gibt der Senat eine eigene Entscheidung aus dem Jahre 1983 auf, die eine Belehrungspflicht mit dem Argument verneint hatte, auch in der Hauptverhandlung sei ein Hinweis auf die jederzeitige Widerrufbarkeit des Verzichts auf das Aussageverweigerungsrecht nicht erforderlich.²⁷ Im Gegensatz zur Hauptverhandlung seien dem Zeugen im Ermittlungsverfahren die möglichen Folgen für den Angehörigen und damit seine besondere Zwangslage nicht so bewusst.

Schließlich sei die Belehrungspflicht keine nennenswerte Belastung für die Effektivität der Strafverfolgung. Vor allem entspreche es aber der gesetzgeberischen Wertung, dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen durch eine Einschränkung der Wahrheitsermittlung Rechnung zu tragen. Eine Effektivität der Strafrechtspflege, die sich im Wesentlichen darauf stützt, Personen, deren Recht dem Schutz des Gesetzes anvertraut sind, unzureichend über ihre Rechtsstellung zu belehren, sei eines Rechtsstaats aber nicht würdig.²⁸

Bemerkenswert ist noch, dass der Senat die Frage, ob die Ausnahme für richterliche Verhörspersonen auch bei Vernehmungen außerhalb des Ermittlungsverfahrens, etwa in einem familiengerichtlichen Verfahren, anzuwen-

den ist, zwar als nicht entscheidungserheblich offen lässt. Gleichzeitig verweist er aber auf die „beachtlichen Argumente“ der Gegenansicht in der Literatur.²⁹ Es bleibt abzuwarten, ob der Senat damit andeutet, auch diese Rechtsprechung aufgeben zu wollen.

III. Stellungnahme

Die von der Rechtsprechung vorgenommene Ausnahme für richterliche Verhörspersonen betrifft zwei unterschiedliche Rechtspositionen: Zum einen das Zeugnisverweigerungsrecht des Zeugen, zum anderen das Konfrontationsrecht des Angeklagten. Bezüglich beider könnte die vom 2. Senat angestrebte Rechtsprechungsänderung eine Verbesserung bedeuten.

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht, §§ 52 ff. StPO

Grundannahme der herrschenden Meinung ist, dass § 252 StPO zwar systematisch bei den Vorschriften über die Beweisaufnahme angesiedelt ist, jedoch in unmittelbarem Zusammenhang mit den Zeugnisverweigerungsrechten der §§ 52 ff. StPO steht und deren Schutz dient. Eine Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot kann der 2. Senat deshalb in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung damit rechtfertigen, dass bei einer belehrten richterlichen Vernehmung der Zeuge derart auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet habe, dass seine Interessen in ihrer Schutzwürdigkeit hinter das Ziel der Wahrheitsermittlung zurücktreten würden.³⁰

Bereits diese Annahme einer möglichen Abwägung zwischen Wahrheitserforschung und Schutz des dem Angeklagten nahe stehenden Zeugen begegnet Bedenken. Eine solche Einschränkung der Zeugnisverweigerungsrechte kennt das Gesetz gerade nicht. Vielmehr gewährt es sie absolut. Dem Zeugen soll es bis zur Hauptverhandlung zu jeder Zeit freigestellt bleiben, ob er mit seiner Aussage zum Verfahren beitragen möchte.³¹ Wie der Senat selbst sieht, ähnelt die Zwangslage, einen Verwandten belasten zu müssen, sogar dem Zwang zur Selbstbelastung so sehr, dass sich das Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen nach § 52 StPO in die Nähe des nemo-tenetur-Prinzips rücken lässt.³² Insofern sprechen auch verfassungsrechtliche Argumente für die Abwägungsfestigkeit der Zeugenrechte.

Der Wortlaut des § 252 StPO statuiert zwar nur ein absolutes Verbot der Protokollverlesung. Wenn man § 252 StPO über diesen Wortlaut hinaus aber einen umfassenden Schutz gegen Umgehungen des Zeugnisverweigerungsrechts entnehmen will, dann muss er wie dieses selbst abwägungsfest sein.³³ Man mag es für rechtspolitisch unbefriedigend halten, dass auf diese Weise Verfah-

²² BGH aaO., 597 f.

²³ Vgl. BGHSt 32, 25, 31 f.; NStZ 1985, 36.

²⁴ BGH NStZ 2014, 596, 598.

²⁵ BGH aaO., 598 f.

²⁶ BGH NStZ 1985, 36.

²⁷ BGHSt 32, 25, 31 f.

²⁸ BGH NStZ 2014, 596, 599.

²⁹ BGH aaO., 598.

³⁰ NStZ 2014, 596 f.

³¹ Velten in SK-StPO (Fn. 3), § 252 Rn. 4; Fezer, Strafprozessrecht (Fn. 2); Kap. 15 Rn. 47; vgl. auch Hanack JZ 1972, 236, 238.

³² So etwa BVerfG NStZ-RR 2008, 18, 19; Rogall in SK-StPO, Bd. I, 4. Aufl. (2013), vor §§ 48 ff. Rn. 148.

³³ Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. (1968), S. 345 Fn. 31; Fezer JuS 1977, 669, 671.

ren trotz optimaler Vorbereitung und eines fortgeschrittenen Verfahrens Stadium mit einem Freispruch wegen Mangels an Beweisen enden.³⁴ Dem kann aber nur durch eine Reform der gesetzlichen Regelung begegnet werden.

Wenn man sich jedoch einmal dafür entschieden hat, eine Abwägung zuzulassen, gewinnt die Ansicht des Senats erheblich an Plausibilität. Die Grundlage für ein Überwiegen des Interesses an der Wahrheitserforschung kann letztlich nur darin gesehen werden, dass der Zeuge sich autonom für eine Aussage und damit für einen Verzicht auf sein sich unmittelbar aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergebendes Zeugnisverweigerungsrecht entschieden hat. Basis einer solchen autonomen Entscheidung gegen die Wahrnehmung von Verfahrensrechten muss aber stets eine volle Kenntnis der Bedeutung des Verzichts und seiner möglichen Konsequenzen sein.³⁵ Der Zeuge muss erkennen können, dass er durch seine Aussage einen nicht wieder zu beseitigenden Konflikt für seine besondere Nähebeziehung zum Angeklagten schafft.

Die bisherige Rechtsprechung des BGH nimmt an, dass eine solche Kenntnis sich neben der Belehrung aus der besonderen Situation der richterlichen Vernehmung ergibt. Deren besondere Bedeutung mache dem Zeugen deutlicher als eine Befragung durch die Polizei, dass er seine Aussage nicht ohne Weiteres wieder beseitigen könne.³⁶

Zwar kommt es, wie der 2. Senat zu Recht feststellt, nicht auf eine besondere „Qualität“ oder „Dignität“ der richterlichen Vernehmung an.³⁷ Wichtig ist nicht ein gehobener Beweiswert der richterlichen Zeugenaussage. Entscheidend ist vielmehr, ob dem Zeugen allein durch die Situation der richterlichen Vernehmung die sich aus seinem besonderen Näheverhältnis zum Angeklagten ergebende Zwangslage und die Folgen einer möglichen Aussage deutlich werden. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass sich dem regelmäßig rechtsunkundigen Zeugen diese – einschließlich der richterrechtlich entwickelten Differenzierungen – intuitiv erschließen, nur weil er einem Richter und nicht einen Polizeibeamten oder Staatsanwalt gegenüber sitzt.³⁸ Die Argumentation der ständigen Rechtsprechung ist deshalb abzulehnen.

Erforderlich ist vielmehr, wie der Senat richtig erkennt, dass der Zeuge auf die Konsequenzen seiner Entscheidung ausdrücklich hingewiesen wird. Dies bedeutet eine qualifizierte Belehrung sowohl über sein Zeugnisverweigerungsrecht als auch über die Folgen eines Verzichts auf dieses. Gerade der rechtsunkundige Zeuge kann so am

³⁴ So schon BGHSt 2, 99, 107 f. und zuletzt etwa AE-Beweisaufnahme GA 2014, 1, 59.

³⁵ BVerfGE 9, 194, 199; BGH NJW 2005, 1440, 1445 f. = HRRS 2005 Nr. 310; *di Fabio*, in Maunz/Dürig GG, 71. Erg. Lfg. (2014), Art. 2 Rn. 229; *Schmidt-Aßmann*, in Maunz-Dürig GG (Fn. 35), Art. 19 Abs. 4, Rn. 247; vgl. auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe (2007), S. 746, 764 f.

³⁶ BGHSt 49, 72, 77; *Meyer-Götsner/Schmitt*, StPO (Fn. 16), § 252 Rn. 14; *Pauly*, in Radtke/Hohmann (Fn. 1), § 252 Rn. 25.

³⁷ BGH NStZ 2014, 596, 598.

³⁸ *Degener StV* 2006, 509, 512; *Eisenberg NStZ* 1988, 488, 489.

besten für seine Konfliktlage und die Folgen einer Aussage sensibilisiert werden.³⁹

Indem er wieder vermehrt die Belehrung als Voraussetzung einer Verwertbarkeit betont, führt der Senat damit die Begründung für die Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot zurück auf die bereits von BGHSt 2, 99 entwickelte Argumentation.⁴⁰ Dies führt allerdings dazu, dass sich nicht mehr erklären lässt, wieso nur richterliche Vernehmungspersonen, nicht aber Polizei und Staatsanwaltschaft zu der Zeugenaussage vernommen werden können.⁴¹ Da auch diese inzwischen zur Belehrung des Zeugen verpflichtet sind, wäre es ein Leichtes, ihnen ebenfalls eine solche qualifizierte Belehrung aufzuerlegen.

2. Das Konfrontationsrecht des Angeklagten, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Eine Verwertung der Aussage des Richters über das Verhör könnte außerdem die Rechte des Angeklagten verletzen, genauer gesagt, sein Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen, das sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ergibt. Folgt man der Ansicht des BGH, kann sich der Zeuge durch sein Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung einer kontradiktorischen Befragung entziehen, gleichzeitig kommt es aber zu einer (mittelbaren) belastenden Verwertung seiner Aussage.

Zwar sind Einschränkungen des Konfrontationsrechts nach Rechtsprechung des EGMR unter Umständen zulässig.⁴² Der Gerichtshof nimmt aber an, dass ein Urteil nicht allein oder entscheidend auf die Aussage eines Zeugen gestützt werden darf, den der Angeklagte nicht befragen konnte.⁴³

Für die richterliche Vernehmung des Zeugen im Ermittlungsverfahren gilt allerdings § 168c Abs. 2 StPO. Danach haben der Beschuldigte und sein Verteidiger ein Anwesenheits- und Fragerecht bei der Vernehmung.⁴⁴ Sie sind rechtzeitig über den Vernehmungstermin zu informieren, § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO. Wenn dieser Hinweis unterbleibt und die Verteidigung den Zeugen deshalb nicht befragen konnte, ergibt sich bereits aus § 168c StPO selbst ein Beweisverwertungsverbot für dieses Verhör. Dies gilt insbesondere für eine Vernehmung des

³⁹ BGH NStZ 2014, 596, 598; AE-Beweisaufnahme GA 2014, 1, 28.

⁴⁰ BGHSt 2, 99, 106 f.

⁴¹ So schon *Fezer*, Strafprozessrecht (Fn. 2), Kap. 15 Rn. 46; *ders.* JuS 1977, 669, 671 f.

⁴² EGMR *Monika Haas v. Deutschland*, Urteil v. 17. 11. 2005, Rn. 82 = HRRS 2006 Nr. 63; *Meyer-Götsner/Schmitt*, StPO (Fn. 16), Art. 6 EMRK Rn. 22c; *Paeffgen*, in SK-StPO, Bd. X, 4. Aufl. (2011), Art. 6 EMRK Rn. 155 ff.

⁴³ EGMR *Hümmer v. Deutschland*, Rn. 42, 45, 47; *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*, Rn. 131; *P.S. v. Deutschland*, Urteil v. 20. Dezember 2001, Rn. 24 = NJW 2003, 2893; so auch BVerfG NJW 2010, 925, 926; *Meyer-Götsner/Schmitt*, StPO (Fn. 16), Art. 6 EMRK Rn. 22 f.

⁴⁴ BGHSt 26, 332, 335; *Griefbaum*, in KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 168c Rn. 15; *Wohlers*, in SK-StPO, Bd. III, 4. Aufl. (2011), § 168c Rn. 38.

Ermittlungsrichters.⁴⁵ Da Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK dem Angeklagten nur das Recht gewährt, den Zeugen zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens zu befragen,⁴⁶ ist das Konfrontationsrecht deshalb bei einer späteren Vernehmung des Ermittlungsrichter grundsätzlich durch § 168c StPO geschützt.⁴⁷

Mit den sich aus § 168c StPO ergebenden besonderen Anforderungen an die ermittelungsrichterliche Vernehmung lässt sich die Differenzierung nach richterlichen und sonstigen Verhörspersonen erklären. Sie dient dem Schutz des Konfrontationsrechts des Angeklagten, der mangels Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmungen nicht besteht.⁴⁸

Ob allein die Gewährung des Anwesenheits- und Fragerechts ausreicht, um das Konfrontationsrecht vollumfänglich zu wahren, ist jedoch zweifelhaft. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist dem Angeklagten eine angemessene und geeignete Gelegenheit zur Befragung des Zeugen zu gewähren.⁴⁹ Geeignet, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen und seine Aussage zu hinterfragen, ist ein Fragerecht aber nur, wenn der Angeklagte über ausreichende Informationen zum Verfahrensstand und den ihm gemachten Vorwürfen verfügt. Nur so wird der Zeuge in die Lage versetzt, zielführende und treffsichere Fragen zu stellen.⁵⁰ Über die Rechte des § 168c Abs. 2 StPO hinaus ist dem Angeklagten und seinem Verteidiger deshalb vor der Vernehmung umfassende Akteneinsicht zu gewähren.⁵¹

§ 168c StPO gilt schließlich nur für richterliche Verhöre im strafprozessualen Ermittlungsverfahren. Der Senat lässt vorliegend offen, ob die von ihm angenommene Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot auch weiterhin für Vernehmungen gelten soll, die von Richtern außerhalb des Strafverfahrens durchgeführt wurden. Sollten

diese Anmerkungen so zu verstehen sein, dass er beabsichtigt, in Zukunft nur noch bei richterlichen Vernehmungen, die nach den strafprozessualen Regeln geführt wurden, eine Aussage der Verhörsperson verwerten zu wollen, wäre dies sehr zu begrüßen. Bereits aus der Perspektive des Zeugenschutzes ist es überaus fraglich, ob etwa bei einem zivilprozessrechtlichen Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 383, 384 ZPO die psychologische Situation des Zeugen angesichts der unterschiedlichen Interessenlagen vergleichbar ist.⁵² Eine qualifizierte Belehrung auch über die Möglichkeiten einer Verwertung im Strafprozess wird man im Zivilprozess allein aus Praktikabilitätsgründen nicht erwarten können. Die Voraussetzungen, die sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ergeben, sind aber noch weit weniger erfüllt. Weder kommen die Befragungsrechte der Partei im Zivilprozess denen des Angeklagten im Strafprozess gleich,⁵³ noch ist gesagt, dass der Angeklagte im zivilrechtlichen Verfahren überhaupt Partei war. Auch eine vorherige Einsicht in die strafprozessualen Ermittlungsakten wird sich bei einer Vernehmung im Zivilverfahren kaum garantieren lassen.

Zur Wahrung des Konfrontationsrechts darf deshalb allenfalls über richterliche Vernehmungen innerhalb eines Strafverfahrens, in welchem dem Angeklagten die Rechte nach § 168c StPO sowie eine vorherige Akteneinsicht gewährt wurden, durch Befragung der richterlichen Verhörsperson Beweis erhoben werden.

IV. Fazit

Der Beschluss des 2. Senats ist zu begrüßen. Zwar schafft auch er es nicht, alle Bedenken, die gegen die Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot für richterliche Verhörspersonen bestehen, auszuräumen. Weshalb das Zeugnisverweigerungsrecht einer richterlichen Abwägung zugänglich sein soll, kann die Rechtsprechung weiterhin nicht überzeugend begründen. Von ihrer Position aus ist die Argumentation des 2. Senats jedoch überzeugend und stellt die höchstrichterliche Auslegung des § 252 StPO auf rechtsstaatlich solidere Füße. Es bleibt zu hoffen, dass die anderen Senate sich dem Anfragebeschluss und seinem Bemühen um eine verbesserte Zeugenbelehrung anschließen werden. Außerdem muss abgewartet werden, ob der Senat die angedeutete Einschränkung auf Vernehmungen durch den Ermittlungsrichter tatsächlich so vollziehen wird. Im Interesse einer fairen Beweisaufnahme, die dem Beschuldigten bereits frühzeitige Partizipations- und Konfrontationsrechte gewährt und gleichzeitig die Entscheidungsfreiheit des Zeugen wahrt, wäre dies wünschenswert.⁵⁴

⁴⁵ BGHSt 26, 332, 335; StV 2011, 336 = HRRS 2011 Nr. 550; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO (Fn. 16); § 168c Rn. 6; Wohlers, in SK-StPO (Fn. 39), § 168c Rn. 42; Fezer, Strafprozessrecht (Fn. 2), Kap. 3 Rn. 49.

⁴⁶ EGMR Kostovski v. Niederlande, Urteil v. 20.11.1989, Rn. 41; Raykov v. Bulgarien, Urteil v. 22.10.2009, Rn. 71; BGHSt 46, 93, 96 f.; 51, 150, 154; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO (Fn. 16), Art. 6 EMRK Rn. 22a.

⁴⁷ El-Ghazi/Merold StV 2012, 250, 252. Wegen des Anwesenheitsrecht des Verteidigers ebenfalls unproblematisch ist die kommissarische Vernehmung nach § 223 StPO; vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO (Fn. 16), § 223 Rn. 19.

⁴⁸ Vgl. dazu Erb, in L/R-StPO, Bd. V, 26. Aufl. (2008), § 161a Rn. 31 f.; Wohlers, in SK-StPO (Fn. 39), § 161a Rn. 24 f.

⁴⁹ Vgl. etwa EGMR Kostovski v. Niederlande, Rn. 41; Windisch v. Österreich, Urteil v. 27.09.1990, Rn. 26; Isgrò v. Italien, Urteil vom 19.02.1991, Rn. 34.

⁵⁰ Gaede, Fairness durch Teilhabe (Fn. 35), S. 829 f.; Krausbeck, Konfrontative Befragung (2010), S. 126; Walther JZ 2004, 1107, 1110.

⁵¹ EGMR Bricmont v. Belgien, Urteil v. 07.07.1989, Rn. 79; Krausbeck, Konfrontative Befragung (Fn. 50), S. 126. Vgl. zur entsprechenden Diskussion zu den Mitwirkungsrechten der Verteidigung bei § 255a StPO Velten, in SK-StPO (Fn. 3), § 255a Rn. 24; Eisenberg/Zötsch NJW 2003, 3676, 3677 f.; Schlothauer StV 2003, 652, 653 f.; a.A. BGHSt 48, 268, 271 f.

⁵² Sander/Cirener, in L/R-StPO (Fn. 3), § 252 Rn. 30; Eser NJW 1962, 234, 236; Hanack JZ 1972, 236, 238; a.A. BGHSt 17, 337.

⁵³ Vgl. z.B. nur § 397 Abs. 1 ZPO, wonach die Parteien ihre Fragen grundsätzlich nur über den Richter an den Zeugen stellen können, dazu Damrau, in MüKo-ZPO, Bd. II, 4. Aufl. (2012), § 397 Rn. 2.

⁵⁴ Vgl. dazu den AE-Beweisaufnahme GA 2014, 1, 28, nach dem für eine Verwertbarkeit der richterlichen Aussage eine qualifizierte Belehrung und eine Einhaltung des § 168c StPO erforderlich ist.

Ohne freien Willen – aber schuldfähig?

Von Rechtsanwalt Hans Meyer-Mews, Bremen

I. Einleitung

§ 104 BGB regelt die Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit, während § 827 BGB die Voraussetzungen für die Deliktsunfähigkeit zum Gegenstand hat. Beide Vorschriften stehen in Beziehung zu § 20 StGB, der die Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit regelt.

Nachfolgend werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit einerseits und den Voraussetzungen und Eingangsmerkmalen der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB andererseits untersucht. Dies dient der Klärung der Frage, ob jemand einerseits zwar geschäfts- und/oder deliktsunfähig sein kann, ohne dass andererseits aber zugleich seine Schuldunfähigkeit beeinträchtigt ist.

Zur Verdeutlichung der hier zu behandelnden Problematik seien exemplarisch zwei Beispiele aus der Praxis vorangestellt:

1. Dem Angeklagten A. legt die Anklage Handel und Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in mehreren Fällen zur Last. Auf Anregung der Verteidigung beauftragt die Kammer einen Sachverständigen mit einem Gutachten zur Schuldunfähigkeit des A. Der A. steht seit fast 14 Jahren unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt. In den die Betreuung anordnenden Beschlüssen vorausgehenden Gutachten wird der Angeklagte A. mit einer lange zurückliegenden Ausnahme als geschäftsunfähig [§ 104 Nr. 2 BGB] eingestuft. Der Sachverständige, dem die Betreuungsakte vorlag, kommt zu dem Schluss, A. sei weder schuldunfähig noch vermindert schuldfähig.¹
2. Das Landgericht hatte die Unterbringung des Herrn B. in der Maßregel gem. § 63 StGB angeordnet. Daneben stand Herr B. unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt. Auf Betreiben von Herrn B. überprüfte das Vormundschaftsgericht die Voraussetzungen für die Fortdauer der Betreuungsanordnung und beauftragte einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens. Der Sachverständige kam zu dem Schluss, dass Herr B. nicht länger unter Betreuung ste-

hen müsse, auch sei er geschäftsfähig. In diesem Zusammenhang wies der Sachverständige darauf hin, dass auch die Maßregelvollzugsklinik, in der Herr B. untergebracht ist, Herrn B. schon vor Jahren für geschäftsfähig gehalten habe. Daraufhin wurde die Betreuung aufgehoben. Nach Kenntnis dieser Entscheidung hat die Klinik die bedingte Entlassung des Herrn B. aus der Maßregel befürwortet.²

Wenn die Gleichung § 104 BGB = § 827 BGB = § 20 StGB aufgestellt werden könnte, hätte dies zur Folge, dass der Angeklagte A. im ersten Beispiel entweder 14 Jahre rechtswidrig der Betreuung unterstellt worden ist oder dass er für eine Tat verurteilt worden ist, für die er strafrechtlich nicht verantwortlich war. Wenn die oben aufgestellte Gleichsetzung der Geschäftsfähigkeit mit der Schuldunfähigkeit zuträfe, dann wäre das Vorliegen der Voraussetzungen im zweiten Beispiel für die Maßregel bei Herrn B. zumindest zweifelhaft.

II. Vergleich der Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit und der Deliktsunfähigkeit mit den Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit

1. Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 BGB

Geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 2 BGB, wer sich in einem die *freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit* befindet, sofern der Zustand seiner Natur nach nicht nur vorübergehend ist.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts war der freie Wille ausgeschlossen, wenn er nicht mehr durch beherrschbare Erwägungen bestimmt wird, sondern an die Stelle der Selbstentscheidung ein Unterliegen unter nicht mehr durch den Willen kontrollierbare Triebe und Vorstellungen tritt.³ Nach dem an § 20 StGB angelehnten Maßstab des BGH ist der Ausschluss der freien Willensbildung zu bejahen, wenn der Betroffene nicht imstande

¹ Landgericht Oldenburg, Az.: 1 KLs 25/12.

² LG Bremen, Az.: 70 StVK 405/13; AG Bremen; Az.: 44 XVII K 235/13; vgl. zu diesem Fall Meyer-Mews NJ 2011, 369.

³ Vgl. RGZ 103, 71.

ist, (1.) seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer vorliegenden Geistesstörung zu bilden [*Einsichtsfähigkeit*] oder (2.) nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln⁴ [*Steuerungsfähigkeit*], wobei weniger die dem Betroffenen mögliche Verstandesleistung als die Freiheit der Willensausübung ausschlaggebend⁵ ist. Der BGH stellt mithin gleichermaßen auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Betroffenen ab. Diese Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB entspricht der Konzeption des § 20 StGB, wonach ohne Schuld handelt, wer aufgrund der in § 20 StGB genannten Eingangsmerkmale nicht in Lage ist, (1.) das Unrecht der Tat einzusehen oder (2.) nach dieser Einsicht zu handeln.

Überdies erstreckt der BGH die Fälle der Geschäftsunfähigkeit über den Wortlaut des § 104 Nr. 2 BGB hinaus auf alle Fälle einer Geistesstörung, womit auch die nicht krankhaften Geistesstörungen erfasst sind. Somit können neben einer psychischen Erkrankung auch Schwachsinn und schwere andere seelische Abartigkeiten zur Annahme der Geschäftsunfähigkeit führen. Diese weite Auslegung der Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB kann sich auf § 105 II BGB stützen, wonach eine Willenserklärung, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder im Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird, nichtig ist.⁶ Auch die nichtkrankhafte Störung der Geistestätigkeit führt also zur Nichtigkeit einer Willenserklärung, wenn die Störung vorübergehender Natur ist. An die nichtkrankhafte dauerhafte Störung der Geistestätigkeit kann aber schlechthin keine geringere Rechtsfolge geknüpft sein, als die für die vorübergehende nichtkrankhafte Störung der Geistesstörung nach § 105 II BGB vorgesehene Rechtsfolge.

Eine „verminderte Geschäftsfähigkeit“ gibt es im Unterschied zu § 21 StGB [*verminderte Schuldfähigkeit*] im bürgerlichen Recht nicht. Die psychische Krankheit oder die geistige oder seelische Behinderung des freien Willens muss überdies feststehen⁷, die Entscheidungsregel in dubio pro reo gilt im Zivilverfahren daher nicht. Allerdings wird diese Einschränkung durch die Anforderungen an die Darlegungslast relativiert. Danach ist es für die Frage der Darlegungslast ohne Bedeutung, wie wahrscheinlich der Parteivortrag ist.⁸ Der Vortrag unterliegt selbst dann der freien Beweiswürdigung des Gerichts, wenn er nicht wahrscheinlich ist, auch dann kann das Gericht die Geschäftsunfähigkeit feststellen.

Bei der die Geschäftsunfähigkeit begründenden Störung muss es sich um eine dauerhafte Störung handeln. Dagegen muss die Steuerungsfähigkeit, bzw. die Fähigkeit das Unrecht der Tat einzusehen nach § 20 StGB lediglich bei Begehung der Tat aufgehoben sein.

Zu den i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB schwersten chronischen krankhaften Störungen der Geistestätigkeit gehören unbestritten Erkrankungen aus dem schizophrenen Formenkreis. Gleichwohl führt nach der restriktiven Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs selbst die Diagnose einer Schizophrenie für sich gesehen noch nicht unbedingt zur Feststellung der Aufhebung der Steuerungsfähigkeit.⁹ Diese Rechtsprechung entspricht nicht den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft. Die Annahme der Voraussetzungen des § 20 StGB ist danach bei Schizophrenie in jedem Fall gerechtfertigt.¹⁰ Eine vergleichbare, der überwiegenden fachwissenschaftlichen Meinung entgegenstehende, Zurückhaltung der Gerichte ist für die Fälle, in denen es um die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit geht, nicht bekannt.¹¹

Der § 104 Nr. 2 BGB erfasst, wie vorstehend dargelegt, auch die nicht krankhaften Störungen der Geistestätigkeit. So genügt etwa die unter das Eingangsmerkmal Schwachsinn des § 20 StGB fallende Debilität bereits bei einem Intelligenzquotienten von unter 60 u.U. für die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit¹², während im Strafrecht erst bei Imbezillität, also bei einem Intelligenzquotienten von unter 50 die Annahme der Schuldunfähigkeit in Betracht kommen soll.¹³ Da jedoch im Strafrecht die Schuldunfähigkeit, anders als die Geschäftsfähigkeit, nicht feststehen muss, ist zutreffenderweise in dubio eher von Schuldunfähigkeit als von Geschäftsunfähigkeit auszugehen. Gleichwohl sind die Anforderungen der Rechtsprechung an die Annahme der Schuldunfähigkeit wegen Schwachsinn im Strafverfahren strenger als die Anforderungen an die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit in der zivilrechtlichen Praxis.

Auch für das Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit in § 20 StGB finden sich Entsprechungen in der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Die unter das Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit fallende Alkoholabhängigkeit kann zur Geschäftsunfähigkeit führen. Das soll u.a. dann der Fall sein, wenn der Missbrauch zu hirnologischen Veränderungen geführt hat und es infolge dessen zu einem Abbau der Persönlichkeit gekommen ist.¹⁴ Unter den gleichen Voraussetzungen führt der Alkoholabusus zum Ausschluss der Schuldfähigkeit wegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit.¹⁵ Ferner kann eine querulatorische Störung, die ebenso unter das Eingangsmerkmal schwere andere seelische Abartigkeit fällt¹⁶, zumindest zur Feststellung einer partiellen Geschäftsunfähig-

⁴ Vgl. BGH WM 1984, 1063, 1064 m.w.N.; BGH NJW 1970, 1680, 1681 m.w.N.; BGH NJW 1996, 918, 919.

⁵ Vgl. BGH WM 1984, 1064.

⁶ Damit erkennt das Gesetz in § 105 II BGB auch die Fälle vorübergehender Geschäftsunfähigkeit, die dem Eingangsmerkmal der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung in § 20 StGB entsprechen, an.

⁷ Vgl. BayOblLG FamRZ 1994, 720, 721.

⁸ Vgl. BGH NJW 1995, 1958, 1959; BGH NJW 1996, aaO (Fn. 4).

⁹ Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 39 = HRRS 2007 Nr. 1084; BGH, Beschl. v. 31.08.2010 – 3 StR 260/10 = HRRS 2010 Nr. 902; BGH NStZ-RR 2012, 239 = HRRS 2012 Nr. 511.

¹⁰ Vgl. *Venzlaff/Foerster*, Psychiatrische Begutachtung, 3. Aufl. (2000), S. 121.

¹¹ Nach MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. (2013), § 827, Rn. 9, rechtfertigt Schizophrenie die Feststellung der Deliktsunfähigkeit.

¹² Vgl. OLG Düsseldorf VersR 1996, 1494.

¹³ Vgl. *Fischer*, StGB, 61. Aufl. (2014), § 20 Rn. 35; BGH, Beschl. v. 20.07.2010 – 5 StR 240/10 = HRRS 2011 Nr. 196.

¹⁴ Vgl. OLG Naumburg NJW 2005, 2017, 2018; BayOblLG NJW 2003, 216, 219 f.

¹⁵ Vgl. *Fischer*, StGB, a.a.O. (Fn. 13), § 20, Rn. 41 m.w.N.

¹⁶ Vgl. *Fischer*, StGB, a.a.O. (Fn. 13), m.w.N.

keit führen.¹⁷ Die Geschäftsunfähigkeit ist vor allem in jenen Fällen nicht 1:1 auf die Feststellung der Schuldunfähigkeit übertragbar, in denen eine nur partielle Geschäftsunfähigkeit besteht. Hierfür ist allerdings die querulatorische Störung nicht exemplarisch, denn der Querulant neigt erfahrungsgemäß zu querulatorisch begründeten Straftaten.¹⁸

Sowohl die Voraussetzungen – fehlende Unrechtseinsicht oder Aufhebung der Steuerungsfähigkeit – als auch die Eingangsmerkmale des § 20 StGB entsprechen denen des § 104 Nr. 2 BGB. Das Eingangsmerkmal der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, das vorübergehender Natur ist, ist im Zivilrecht in den §§ 105 II, 827 BGB berücksichtigt.

2. Voraussetzungen der Deliktsunfähigkeit gem. § 827 BGB

Deliktsunfähig i.S.d. § 827 BGB ist, wer im Zustand der *Bewusstlosigkeit* oder in einem *die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störungen* einem anderen Schaden zufügt. Es fällt auf, dass der Regelungsgehalt der §§ 104 Nr. 2, 827 BGB, soweit in den Vorschriften auf den Ausschluss der freien Willensbildung abgestellt wird, identisch ist.¹⁹ Der Deliktsunfähige ist mithin zum Zeitpunkt zugleich auch geschäftsunfähig. Allerdings muss der Zustand der Deliktsunfähigkeit im Unterschied zur Geschäftsunfähigkeit nicht dauerhaft, sondern nur zum Zeitpunkt der Schadenszufügung vorliegen.²⁰ So ist etwa der Schädiger, der im Affektsturm²¹ gehandelt hat, u.U. deliktsunfähig, nicht aber zugleich geschäftsunfähig. Umgekehrt wäre nur vorstellbar, dass der dauernd geschäftsunfähige in einem lichten Moment eine unerlaubte Handlung i.S.d. §§ 823 ff BGB begeht²², für die er deliktsrechtlich (§§ 823 ff. BGB) voll verantwortlich wäre. Das Vorliegen der Deliktsunfähigkeit ist daher auch bei einem Geschäftsunfähigen zu prüfen, dies gilt insbesondere für die Fälle partieller Geschäftsunfähigkeit. Jedoch begründet die Geschäftsunfähigkeit eine starke Vermutung für die Deliktsunfähigkeit.²³ In der Praxis bedeutet das Fehlen der Deliktsfähigkeit daher durchweg auch das Fehlen der Geschäftsunfähigkeit und umgekehrt.²⁴

Wer sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand (§§ 104 Nr. 2, 105 II, 827 BGB) befindet, kann das Unrecht seines Handelns nicht einsehen, bzw. nicht nach dieser Einsicht handeln. Auch § 20 StGB stellt darauf ab, dass der Täter das Unrecht seines Handelns nicht einsehen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Die dem § 20 StGB zur Schuldunfähigkeit zu entnehmenden Eingangsmerkmale gelten daher nach h.M. entsprechend für § 827 BGB.²⁵ Die Kommentierungen zu § 827 BGB verweisen folgerichtig durchweg auf die Eingangsmerkmale des § 20 StGB.²⁶ Dabei ist aber zu bedenken, dass Deliktsunfähigkeit anders als die Schuldunfähigkeit nicht vorliegt, wenn die Verantwortlichkeit lediglich nicht sicher ausgeschlossen werden kann.²⁷ Gemessen an den gesetzlichen Voraussetzungen und unter Berücksichtigung der Entscheidungsregel in dubio pro reo ist einem Täter mithin eher die Schuldunfähigkeit als die Deliktsunfähigkeit zu attestieren. Die Praxis hält sich an diese Abstufung freilich nicht.

Der Wortlaut des § 827 BGB erfasst im Gegensatz zum § 20 StGB zwar nur die pathologischen Störungen, also die krankhafte seelische Störung i.S.d. § 20 StGB. Insofern ist der Wortlaut des § 827 BGB ebenso wie der des § 104 Nr. 2 BGB restriktiver als der Wortlaut des § 20 StGB. Gleichwohl berücksichtigt die zivilrechtliche Rechtsprechung aber bei der Prüfung der Deliktsfähigkeit auch die nicht krankhaften Störungen, soweit sie den Fallgruppen des § 20 StGB zuzuordnen sind.²⁸

Der akute Alkohol- oder Drogenrausch kann wegen seiner toxischen Beeinträchtigung der Hirntätigkeit zu einer krankhaften seelischen Störung (i.S.d. ersten Eingangsmerkmals des § 20 StGB) führen.²⁹ Er fällt damit auch unter die Voraussetzungen der Deliktsunfähigkeit gem. § 827 BGB.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Alkoholrausch eine die Deliktsunfähigkeit begründende Bewusstseinsstörung darstellt, ist nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte nicht allein der Blutalkoholspiegel maßgeblich.³⁰

Die Kommentierung zu § 827 BGB von *Oechsler* im *Staudinger* zeigt, wenn man bedenkt, dass die Schuldunfähig-

¹⁷ Vgl. BGHZ 18, 184, ebenso: BVerwG 30, 24 f. Noch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts konnte Querulanten zum Ausschluss der Geschäftsfähigkeit führen; vgl. RG SeuffA 51, 89; RG WarnRsp 33, 92; RGZ 162, 233. Diese Rechtsprechung hatte die BGH in BGH NJW 1953, 1342 zunächst fortgeführt, dann aber in BGHZ 18, 184 aufgegeben.

¹⁸ Vgl. hierzu *Dinger/Koch*, Querulanz in Gericht und Verwaltung (1991), S. 26 f.

¹⁹ Vgl. *Soergel/Spickhoff*, BGB, 13. Auflage (2005), § 827, Rn. 2; *MüKoBGB/Wagner*, a.a.O. (Fn. 11), § 827 Rn. 9.

²⁰ Vgl. *MüKoBGB/Wagner*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 10.

²¹ Der Affekt fällt in § 20 StGB unter das Eingangsmerkmal tiefgreifende Bewusstseinsstörung und kann zur Schuldunfähigkeit führen; vgl. BGH NJW 1958, 266, 267.

²² Vgl. *AnwaltK/Katzenmeier*, BGB, 1. Auflage (2005), § 827, Rn. 2 m.w.N.

²³ So schon das Reichsgericht in RG 108, 86, 90; RG JW 1912, 24.

²⁴ Vgl. *RGRK-BGB/Steffen*, BGB, 12. Aufl., § 827, Rn. 3.

²⁵ Vgl. *Prütting/Wegen/Weinreich/Schaub*, BGB Kommentar, 9. Aufl. (2014), § 827 Rn. 3; *AnwK/Katzenmeier*, a.a.O. (Fn. 22), § 827 Rn. 2.

²⁶ Vgl. *RGRK-BGB/Steffen*, a.a.O. (Fn. 24), § 827, Rn. 6; *AnwK/Katzenmeier*, a.a.O. (Fn. 22), § 827, Rn. 2; *Staudinger/Oechsler*, BGB (2009), § 827, Rn. 16: „Dieser zweite Tatbestand des § 827 S. 1 entspricht in seinen Voraussetzungen § 104 Nr. 2; auf die Kommentierung sowie die strafrechtliche Literatur zu § 20 StGB (...) kann hier verwiesen werden.“ Andererseits zweifelt *Oechsler* daran, dass eine Parallelisierung Geschäftsfähigkeit und Schuldfähigkeit möglich ist (Rn. 3). Indessen berücksichtigt *Oechsler* nicht den § 105 II BGB und die wohl auf einem aus § 105 II BGB abgeleiteten Erst-recht-Schluss beruhende Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB durch den BGH (vgl. Fn. 4).

²⁷ Vgl. BayObLG FamRZ 1994, 7201, 721; vgl. auch die Ausführungen unter Gliederungspunkt 2.1.

²⁸ Vgl. Fn. 4.

²⁹ Vgl. BGHSt 43, 66, 69.

³⁰ Vgl. BGH VersR 1965, 656; OLG Koblenz DAR 1974, 245, 246; OLG Hamm VersR1992, 818, 819; OLG Köln VersR 1995, 205.

keit im Strafrecht wegen der Entscheidungsregel in dubio tendenziell eher gegeben ist, als die Deliktsunfähigkeit, bemerkenswerte Unterschiede zur im Strafrecht herrschenden Meinung auf:

„Wichtigstes Indiz für eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung ist die *Blutalkoholkonzentration* (BAK). Allerdings existiert keine *allgemein maßgebliche BAK*, die stets den Schluss auf eine fehlende Zurechnungsfähigkeit zuließe (...), weil die *Alkoholtoleranz* individuell sehr unterschiedlich ausfallen kann (...). Selbst bei zurückgerechneten 2,93 %o steht daher der Beweis für die Schuldunfähigkeit noch nicht fest, wenn beim Täter jahrelanger Alkoholmissbrauch voranging, der zu erheblicher Alkoholtoleranz führte (...). – auch eine BAK von 3 %o lässt nicht zwingend auf Schuldunfähigkeit schließen (...), wobei indes das ältere Schrifttum dazu neigt, hier im Zweifel von den Voraussetzungen des § 827 S 1 auszugehen (...). Der *Bundesgerichtshof* hatte zunächst bei 2,26 %o (...) bzw. 2,5 %o (...) die fehlende Zurechnungsfähigkeit bejaht. In einer weiteren Entscheidung *verschärft das Gericht* indes die *Anforderungen* mit folgender Begründung: Die Erkenntnis, dass die Führung eines Kfz grob fahrlässig sei, sei mittlerweile so sehr in das Bewusstsein der Verkehrsteilnehmer eingedrungen, dass sich die entsprechende Hemmschwelle stark erhöht habe; folglich sei auch bei einem hohen Grad der Alkoholisierung im Zweifel die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit noch zu bejahen (...). Umgekehrt sind die Voraussetzungen des § 827 S 1 unterhalb der Schwelle von 2 %o im Zweifel nicht anzunehmen (...).“³¹

Für die Feststellung der Deliktsunfähigkeit kann in seltenen Ausnahmefällen sogar ein Blutalkoholwert von weniger als 2,5 %o ausreichen.³²

Während im Zivilverfahren die Deliktsunfähigkeit danach ab einer Blutalkoholkonzentration von mehr als 2,5 %o festgestellt werden kann, kommt es in Strafverfahren immer wieder vor, dass bei Alkoholintoxikationen von deutlich mehr als 3 %o das sachverständig beratene Gericht nur die deutlich verminderte Schuldfähigkeit festzustellen vermag.³³ Argumentativ knüpft die Rechtsprechung der Strafgerichte – zumeist sachverständig beraten – dabei an das durch die Tat zum Ausdruck gekommene Leistungsvermögen des Angeklagten an, das dadurch belegt werde, dass der schwer alkoholisierte Angeklagte zur Begehung komplexer Tathandlungen imstande war.³⁴

³¹ Staudinger/Oechsler, BGB (2009), § 827, Rn. 13; ähnlich: MüKoBGB/Wagner BGB, a.a.O. (Fn. 11), § 827, Rn. 8 m.w.N.

³² Vgl. RGRK-BGB/Steffen, § 827, Rn. 7 m.w.N.; MüKoBGB/Wagner, a.a.O. (Fn. 11), m.w.N.

³³ In einem Verfahren vor dem Schwurgericht des LG Oldenburg [5 Ks 5/09] hat selbst eine Blutalkoholintoxikation von rückgerechneten 4,8 %o dem Sachverständigen für die Feststellung der Voraussetzungen des § 20 StGB nicht genügt: Der Angeklagte konnte schließlich noch gehen, außerdem konnte er das spätere Opfer mit dem Messer attackieren. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB vermochte der von der StA beauftragte Sachverständige indessen nicht auszuschließen.

³⁴ Darauf kommt es nach der Rspr. des BGH nicht an; vgl. BGH, Beschl. v. 11.3.1992 – 2 StR 88/92; unter Hinweis auf BGHSt 1, 384, 385; BGH, Beschl. v. 05.08.1983 – 2 StR 427/83 m.w.N.; BGHR StGB 20 BAK 9 Gesamtverhalten.

Das ist zumindest zirkelschlüssig.³⁵ Schuldunfähigkeit ist kein bloß theoretisch denkbarer Zustand, dessen Vorliegen allein durch die Begehung einer zielgerichteten Tat widerlegt wird. Vielmehr bezieht sich der Ausschluss der Schuldfähigkeit regelmäßig auf eine bestimmte, tatsächlich begangene Tat. Nach dem in § 20 StGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers kann ausnahmslos jede Straftat im Zustand der Schuldunfähigkeit begangen werden. Ausschlaggebend sind dabei die Freiheit der Willensentscheidung und die Fähigkeit, danach zu handeln. Das Leistungsvermögen spielt – wenn überhaupt – eine nur untergeordnete Rolle. Der festgestellte Blutalkoholwert ist entgegen der Praxis vieler Instanzgerichte eben nicht von nur untergeordneter Bedeutung, sondern ein gewichtiges Indiz, neben dem die anderen Indizien regelmäßig zurücktreten.³⁶ Als psychodiagnostische Beurteilungskriterien sind daneben nur solche in Betracht zu ziehen, die aussagekräftige Hinweise darauf geben können, dass trotz Alkoholisierung das Leistungsvermögen des Täters erhalten geblieben ist.³⁷ Je höher der festgestellte Blutalkoholwert ist, desto gewichtiger ist seine Indizwirkung, desto mehr treten gegenläufige Indizien in den Hintergrund.³⁸

Bei vergleichbarer Auslegung und Anwendung des § 20 StGB und des § 827 S. 1 BGB in dem Sinne, dass vergleichbare Maßstäbe angesetzt werden, müsste unter Beachtung des Zweifelssatzes schon bei einem BAK von um die 2,5 %o i.d.R. nicht ausschließbar vom Ausschluss der Schuldfähigkeit auszugehen sein.

Da somit feststeht, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 104 Nr. 2, 827 BGB – soweit für die hier interessierende Fragestellung von Bedeutung – im Grunde deckungsgleich sind und sich die Feststellung der Deliktsunfähigkeit nach den Eingangsmerkmalen des § 20 StGB richtet, gilt Folgendes: Liegen die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB vor, dann liegen mit der (theoretischen) Ausnahme der Tatbegehung in einem lichten Moment ebenso die Voraussetzungen des § 20 StGB vor.

Die Bindung der Deliktsunfähigkeit und der Schuldunfähigkeit an die gleichen Voraussetzungen ist allein schon deshalb geboten, weil die Rechtsordnung eine Fallkonstruktion, die sich bei identischer Beweislage dadurch auszeichnet, dass etwa ein Betrüger wegen Deliktsunfähigkeit gem. § 827 BGB zivilrechtlich nicht haftet, im Strafverfahren gleichwohl als (voll) schuldfähig gilt und entsprechend abgeurteilt wird, nicht vorsieht.³⁹ Allerdings ist es denkbar, dass der Täter, bei dem die Deliktsunfähigkeit im Tatzeitpunkt nicht sicher festgestellt werden konnte und der deswegen zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen worden ist, in dubio i.S.d. § 20 StGB ohne Schuld gehandelt hat und wegen der Straftat, derenwegen er schadensersatzpflichtig ist, strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.

³⁵ Die Tat kann nicht ohne Schuld begangen worden sein, weil sie begangen worden ist.

³⁶ Vgl. BGHSt 37, 231; BGH NStZ-RR 1997, 162; BGH NStZ 1997, 383.

³⁷ Vgl. BGH DAR 2000, 193.

³⁸ Vgl. BGH NStZ 2000, 299

³⁹ Vgl. dazu die Regelungen in den § 154d StPO; §§ 148, 149 ZPO.

3. Gesetzliche Voraussetzungen für die Anordnung der Betreuung

Kann ein Volljähriger aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Vormundschaftsgericht gem. § 1896 I BGB auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Gegen den Willen eines Geschäftsfähigen darf ein Betreuungsverhältnis gem. § 1896 Ia BGB nicht eingerichtet werden. Der psychisch Kranke, der unter Betreuung gestellt werden soll, muss mithin geschäftsunfähig i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB sein, damit er gegen seinen Willen unter Betreuung gestellt werden kann. Eine unter einer psychischen Krankheit leidenden Person, die gleichwohl geschäftsfähig ist, müsste der Einrichtung einer Betreuung zustimmen.

Das Vormundschaftsgericht ordnet (soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist) an, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, gem. § 1903 BGB dessen Einwilligung benötigt [Einwilligungsvorbehalt]. Dass psychisch Kranke, bei denen eine Betreuung zwingend erforderlich ist, der Einrichtung einer Betreuung unter Einwilligungsvorbehalt freiwillig zustimmen, wird in der Praxis kaum geschehen. Psychisch Kranke empfinden ihre Erkrankung nämlich häufig nicht als Handicap, sondern schätzen sich als *normal* ein. Das gilt namentlich für Maniker.⁴⁰

Treten bei dem Betreuten aufgrund der durch den Betreuer veranlassten Therapie Behandlungserfolge mit der Folge ein, dass der Betreute nicht mehr geschäftsunfähig ist, so kann das Betreuungsverhältnis nicht gegen seinen Willen aufrechterhalten bleiben. Das wird, sofern der nicht mehr unter Betreuung stehende Betroffene die Therapie abbricht, oft zu einem Drehtüreffekt führen.

Die Anordnung einer Betreuung (§ 1896 BGB) mit Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) ist aus den vorgenannten Gründen im Rahmen des § 827 BGB ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer deliktsrechtlichen Unzurechnungsfähigkeit, führt aber nicht geradewegs zur Deliktsunfähigkeit.⁴¹ Die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit im Betreuungsverfahren führt – insbesondere wenn die Begutachtung länger zurückliegt – zwar nicht zwangsläufig zur Feststellung der Schuldunfähigkeit, dass Schuldunfähigkeit in derartigen Fällen aber nicht zumindest in dubio vorliegt, wird indessen nur in ganz außergewöhnlich gelagerten Einzelfällen festgestellt werden können. Kommt hinzu, dass die im Betreuungsverfahren festgestellte Geschäftsunfähigkeit zur Diskussion steht, wenn der Betroffene plötzlich wie im ersten Eingangsbeispiel womöglich sogar voll schuldfähig sein soll. Dies könnte zudem Schadensersatz- und/oder Schmerzensgeldansprüche gegen den Gutachter im Betreuungsverfahren auslösen.⁴²

⁴⁰ Vgl. *Ventzlaff/Foerster*, Psychiatrische Begutachtung, a.a.O.

⁴¹ Vgl. *MüKoBGB/Wagner*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 9 m.w.N.; *Baer*, Psychiatrie für Juristen (1988), S. 204.

⁴² Vgl. *Zimmermann* NJW 2014, 2479, 2481.

4. Kritik

Die Ursachen für die aufgezeigte Ungleichgewichtung der Voraussetzungen der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit einerseits und der Schuldunfähigkeit andererseits sind am ehesten dadurch zu erklären, dass das Recht von Menschen angewendet wird.

Es fängt damit an, dass im Strafverfahren gem. § 73 I 1 StPO das Gericht den Sachverständigen auswählt⁴³, wobei eine vorherige Anhörung des Beschuldigten gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Der Staatsanwalt kann im Ermittlungsverfahren aus eigener Machtvollkommenheit Sachverständige beauftragen. Hierbei soll er allerdings nach Nr. 70 I RiStBV den Beschuldigten bzw. dessen Verteidiger anhören.⁴⁴ Die Beauftragung eines Sachverständigen durch den Beschuldigten oder seinen Verteidiger kommt im Grunde nicht vor. Jedenfalls die hauptberuflich gerichtlichen Sachverständigen sind mithin von einer regelmäßigen Bestellung durch Gerichte und Staatsanwälte wirtschaftlich abhängig.⁴⁵ Daher kann es auch nicht verwundern, dass manchen Gutachten die Nähe des Sachverständigen zu den Interessen des Auftraggebers anzumerken ist.

Immer dann, wenn die Betreuung eines Betroffenen im Raum steht, ist es ein und derselbe – vom Vormundschaftsgericht bestellte – Sachverständige, der ein Gutachten über die Geschäftsfähigkeit und die Erforderlichkeit der Einrichtung einer Betreuung erstellt. Hält ein Sachverständiger die fürsorgliche Betreuung bei einem widerstrebenden Betroffenen für angezeigt, so wird er

⁴³ Die Gerichte neigen dazu, vorwiegend ihnen genehme Sachverständige zu bestellen. Der Richter *Föhrig* hat dazu freimütig ausgeführt: „Was aber, wenn das Ziel überzeugender Übereinstimmung nicht zu erreichen ist? Weil ich den Sachverständigen auf Gedeih und Verderb nicht verstehe, oder ihn zwar verstehe, sein Ergebnis indes nicht zu akzeptieren vermag, oder der Gutachter, weil mir von der Staatsanwaltschaft oktroyiert, meinen Qualitätsvorstellungen (...) nicht entspricht? Was dann? (...) Bleibt eigentlich nur „Lösung D“ – missfällt mir ein Sachverständiger, liege das nun an ihm oder mir, bestelle ich einen weiteren.“ [Kleines Strafrichter-Brevier, 2008, S. 73ff] Vgl. hierzu auch die Ausführungen des forensischen Psychiaters Prof. Dr. *Wolfgang de Boor* [Die kriminologische Prognose, Köln 2005 (Privatdruck)] über seine Erfahrungen als nicht genehmer Sachverständiger im Fall *Marcus Hildsberg*.

⁴⁴ Jedenfalls bei einem von der StA beauftragten Sachverständigen, dessen Gutachten für die Erhebung der Anklage [mit-]ursächlich war, streitet eine Vermutung für dessen Parteilichkeit; vgl. EGMR-E 3, S. 47, Bönisch/Österreich.

⁴⁵ Vgl. zu dieser Problematik *Gisela Friedrichsen*, Der Psychiater als Richter, *Der Spiegel* 30/2014, S. 46. Friedrichsen berichtet in diesem Artikel über den namhaften Berliner Psychiater Prof. Dr. Hans-Ludwig Kröber, der aufgrund seines Renommées im Gegensatz zur Schaar seiner namenlosen Kollegen in besonderem Maße unabhängig sein dürfte, und führt u.a. über eine seiner gutachterlichen Beurteilungen aus: „Emotional verroht, stur, faul – eine solche Einschätzung dürfte sich die Auftraggeberin, die Staatsanwaltschaft, von Kröber erwartet haben. Sie bekam das Gewünschte. (...) Heute gilt er als „Deutschlands bekanntester Psychiater“. Welcher Richter wagt noch, ihm zu widersprechen?“ (S. 47) Kröber ist, was die vorstehend von Friedrichsen skizzierte Begutachtungspraxis angeht, nur einer von vielen; vgl. auch *Meyer-Mews* StraFo 2010, S. 221.

ihm ohne Mühe die erforderliche Geschäftsunfähigkeit bescheinigen. Denn gegen den Willen eines geschäftsfähigen Betroffenen darf die Therapie nicht angeordnet werden, weil das Freiheitsgrundrecht auch das Recht zur Krankheit einschließt.⁴⁶ Eine gleichermaßen empathische Beurteilung seiner Persönlichkeit hätte der gleiche Betroffene als Beschuldigter im Strafverfahren, wenn es um seine Schuldfähigkeit geht, zweifellos nicht zu erwarten, und zwar selbst dann nicht, wenn im Strafverfahren der Sachverständige zum Zuge kommt, der schon im betreuungsrechtlichen Verfahren beauftragt worden war.

Aufseiten der Richter ist die Distanz zu privaten Parteien und Beteiligten seit jeher spürbar größer als zu Parteien oder Beteiligten, die dem öffentlichen Sektor oder gar der Justiz angehören. Die hierfür maßgebenden Gründe sind, soweit ersichtlich, rechtstatsächlich noch nicht untersucht worden.

III. Schluss

Der nach § 104 Nr. 2 BGB als geschäftsunfähig geltende Beschuldigte ist i.d.R. zugleich schuldunfähig. Diese Schlussfolgerung beruht darauf, dass einerseits Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit an die gleichen Voraussetzungen [*Einsichts- und Steuerungsfähigkeit*] und Eingangsmerkmale anknüpfen und andererseits darauf, dass die Eingangsvoraussetzungen der Deliktsunfähigkeit denen der Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB entsprechen.

Während aber Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit sicher feststehen müssen, liegen die Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB bereits vor, wenn die Tatbegehung im Zustand der Schuldunfähigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Dennoch neigen die Gerichte trotz vergleichbarer Voraussetzungen eher dazu, die Geschäftsunfähigkeit als die Schuldunfähigkeit festzustellen. Die Zurückhaltung bei der Feststellung der Schuldunfähigkeit ist eine rechtstatsächliche Paradoxie.

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für die Einrichtung einer Betreuung ist die psychische Erkrankung des Betreuten. Führt diese Erkrankung nicht zur Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen, so darf eine Betreuung gegen den Willen des Betroffenen gerichtlich nicht ange-

ordnet werden. Ist ein Betreuungsverhältnis eingerichtet, spricht daher viel dafür, dass der Betreute geschäftsunfähig ist.

Hieraus ergibt sich Folgendes:

- Die festgestellte Geschäftsunfähigkeit eines Beschuldigten oder die Einrichtung einer Betreuung für ihn sprechen indiziell für seine Schuldunfähigkeit.
- Ist die Geschäftsunfähigkeit des Beschuldigten gutachterlich/gerichtlich festgestellt worden und hält ihn der Psychosachverständige im Strafverfahren gleichwohl für (voll) schuldunfähig, so ist wegen der Amtsermittlungspflicht ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen.⁴⁷
- Die Geschäftsfähigkeit eines in der Maßregel nach § 63 StGB untergebrachten Verurteilten spricht tendenziell dagegen, dass die Voraussetzungen der Maßregel weiterhin vorliegen. Es verbleibt nur noch die Möglichkeit, dass der Sachverständige im Rahmen seiner Legalprognose feststellt, dass der Untergebrachte zukünftig Straftaten im Zustand verminderter Schuldunfähigkeit begehen werde. In diesem Fall müssten die Voraussetzungen des § 21 StGB sicher vorliegen.
- Für eine nur vermindert schuldunfähige Person kann eine Betreuung nicht gegen den Willen dieser Person eingerichtet werden, weil es keine „verminderte Geschäftsfähigkeit“ gibt und weil Geschäftsunfähigkeit die Voraussetzung für die Einrichtung eines Betreuungsverhältnisses ist, sofern dieses gegen den Willen des Betroffenen errichtet werden soll.

Steht die Frage der Schuldunfähigkeit im Raum und erhebt der Nebenkläger Adhäsionsklage, so ist stets auch die Deliktsunfähigkeit zu prüfen. Sofern das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 827 S. 1 BGB bejaht, kommt es um die Anwendung des § 20 StGB bzw. um die Verurteilung nach § 323a StGB i.d.R. nicht herum.

⁴⁶ Vgl. u.a. BVerfG, 2 BvR 882/09, vom 23.03.2011; m. Anm. Meyer-Mews NJ 2011, 388; zur gesamten Problematik siehe auch Ekaradt/Hyla/S. Meyer-Mews NJ 2012, 25, 26; Meyer-Mews StraFo 2013, 161.

⁴⁷ Vgl. BGHSt 8, 113, 116; BGHSt 10, 116; BGHSt 23, 176; auch EGMR-E 3, Bönisch/Österreich, a.a.O. (Fn. 44).

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1062. BVerfG 1 BvR 3001/11 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. August 2014 (OLG Hamm / LG Hagen)

Strafvollzug; Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringung (Rechtsschutzgleichheit; hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung; Vorrang eines Verlegungsantrags; Zumutbarkeit der Einlegung eines förmlichen Rechtsbehelfs; überspannte Anforderungen an den Beteiligtenvortrag; unzulässige Vorwegnahme des Hauptsacheverfahrens).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 109 StVollzG; § 114 ZPO

1063. BVerfG 2 BvR 1568/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2014 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Klageerzwingungsverfahren (erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung von Ermittlungen wegen

des Todes einer Offiziersanwärterin auf dem Bundeswehr-Segelschulschiff „Gorch Fock“; Recht auf Leben; staatliche Schutzpflicht; Anspruch auf Strafverfolgung Dritter nur in Ausnahmefällen; wirksame amtliche Ermittlungen; sorgfältige und effektive Strafverfolgung; Konventionsrecht als Auslegungshilfe bei der Auslegung von Grundrechten).

Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 1 EMRK; Art. 2 EMRK; § 222 StGB; § 152 Abs. 2 StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 StPO; § 173 Abs. 3 StPO

1064. BVerfG 2 BvR 2545/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. September 2014 (OLG Düsseldorf / LG Duisburg / AG Wesel)

Schuldgrundsatz (Fortsetzung eines Unterlassens nach Verurteilung; Unterlassungsdauerdelikte; keine „Zäsurwirkung“ einer Verurteilung; Erforderlichkeit der Fest-

stellung eines neuen Tatentschlusses; wiederholter Verstoß gegen Mitwirkungspflichten nach dem Aufenthaltsgesetz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 49 Abs. 2 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG

1065. BGH 4 ARs 12/14 – Beschluss vom 11. September 2014 (BGH)

Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung (Gesetzlichkeitsprinzip; Unschuldsvermutung); Hehlerei; Unterschlagung; Diebstahl.

Art. 6 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 259 StGB; § 246 StGB

1066. EGMR Nr. 54648/09 – Urteil der 5. Sektion vom 23. Oktober 2014 (Furcht v. Deutschland)

Unzulässige Tatprovokation (Anstiftung; verbleibende Opferstellung im Sinne der Individualbeschwerde: unzureichende Kompensation durch eine Strafzumessungslösung; Beweisverwertungsverbot; Fortwirkung; Fernwirkung; Verfahrenshindernis).

Art. 6 EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 110a StPO; § 161 StPO

1067. BGH 1 StR 217/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Hamburg)

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

1068. BGH 1 StR 359/13 – Urteil vom 8. Oktober 2014 (LG Passau)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug durch Verkauf von Eigentumswohnungen zu überhöhten Preisen an überwiegend erheblich verschuldete und ohne Eigenkapital ausgestattete Kunden (Täuschung über eine Tatsache bei Prognosen über die Finanzierung eines Immobilienkaufs; verschwiegene Innenprovision; Bereicherungsabsicht; Stoffgleichheit; objektive Vermögensbewertung innerhalb der Prüfung des Vermögensschadens; objektive Zurechnung zwischen Vermögensschaden und Täuschung; Mittäterschaft: Tatvorsatz); Konkurrenzen (uneigentliches Organisationsdelikt).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 52 StGB

1069. BGH 1 StR 430/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG München II)

Besonders zu beurteilende Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten für das Revisionsverfahren.

Art. 6 EMRK; § 349 StPO

1070. BGH 1 StR 432/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Ellwangen)

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

1071. BGH 1 StR 440/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

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

1072. BGH 1 StR 440/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

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

1073. BGH 2 StR 164/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (BGH)

Offensichtliches Schreibversehen.
§ 267 StPO

1074. BGH 2 StR 79/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Fulda)

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

1075. BGH 2 StR 286/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Bonn)

Sicherstellung von Betäubungsmitteln als bestimmender Strafzumessungsgrund (Erörterungsmangel).
§ 30a BtMG, § 30 BtMG; § 46 StGB

1076. BGH 2 ARs 371/14 (2 AR 259/14) – Beschluss vom 16. Oktober 2014 (AG Tiergarten)

Unbegründeter Antrag des Angeklagten auf Übertragung der Zuständigkeit (Wohnort; Reiseunfähigkeit des Angeklagten).
§ 12 StPO

1077. BGH 4 StR 253/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Kaiserslautern)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 45 Abs. 2 StPO

1078. BGH 4 StR 262/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Bochum)

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

1079. BGH 4 StR 286/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Halle)

Kein Vorbehalt eines Anspruchsübergangs bei Leistungsurteil (Adhäsionsurteil).
§ 116 SGB X; § 86 VVG

1080. BGH 4 StR 363/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Paderborn)

Abgrenzung von Raub und Diebstahl (finale Verknüpfung).
§ 249 StGB; § 242 StGB

1081. BGH 4 StR 376/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Essen)

Begriff der Tat im prozessualen Sinne (Abgrenzung zur Bestimmung der Reichweite der Einstellung); grundsätzlich keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bei Urteilsaufhebung im Revisionsverfahren.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 264 Abs. 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

1082. BGH 4 StR 553/13 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Essen)

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

1083. BGH 1 StR 294/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

Besetzungsrüge (Anforderungen an die Revisionsbegründung: Darlegungsanforderungen).
§ 338 Nr. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1084. BGH 1 StR 320/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Augsburg)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: Berücksichtigung von Verhalten in der Hauptverhandlung, zulässige Verteidigung).
§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB; Art. 6 EMRK

1085. BGH 1 StR 350/14 – Urteil vom 8. Oktober 2014 (LG Weiden)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Revisibilität); tatrichterliche Strafzumessung bei unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Vorliegen eines minderschweren Falls: Revisibilität).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 3 StPO; § 30a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 BtMG

1086. BGH 1 StR 352/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (nur Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung).
§ 243 Abs. 4 StPO

1087. BGH 1 StR 387/14 – Beschluss vom 17. September 2014 (LG Mannheim)

BGHSt; Entziehung Minderjähriger (Taterfolg: räumliche Trennung von Minderjährigem und Erziehungsberechtigtem; Täterschaft des anderen Elternteils; Verhältnis zur Nötigung: Tateinheit)
§ 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB; § 240 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1088. BGH 1 StR 389/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Bayreuth)

Räuberischer Diebstahl (Besitzerhaltungsabsicht: Voraussetzungen, Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung).
§ 252 StGB; § 261 StPO

1089. BGH 1 StR 426/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Ravensburg)

Verständigung (Recht auf faires Verfahren: Offenlegung von Bewährungsweisungen vor der Verständigung, Anweisung der Anzeige des Wohnortwechsels).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 257c StPO; § 56c Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB

1090. BGH 1 StR 79/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Stuttgart)

BGHSt; sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind: akustische Wahrnehmung ausreichend; zeitgleiche Wahrnehmung).
§ 176 Abs. 4 StGB; § 184g Nr. 2 StGB

1091. BGH 1 StR 474/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Passau)

Einziehung (Angabe der einzuziehenden Gegenstände im Urteil).
§ 74 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung müssen einzuziehende Gegenstände so genau angegeben werden, dass bei allen Beteiligten und den Vollstreckungsorganen Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Die Bezugnahme auf die Anklageschrift oder ein Asservatenverzeichnis genügt dafür nicht (vgl. BGH StraFo 2010, 424 mwN).

1092. BGH 2 StR 146/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (LG Hanau)

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

1093. BGH 2 StR 160/14 – Urteil vom 24. September 2014 (LG Fulda)

Heimtückemord (Voraussetzungen: bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit).
§ 211 StGB

1094. BGH 2 StR 162/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Erfurt)

Abweichung von Urteilsformel und Urteilsgründen zur Höhe der Strafe (eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts).
§ 267 StPO; § 46 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1095. BGH 2 StR 202/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Aachen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Bestehen einer Gesamtstrafenlage).
§ 54 StGB; § 55 StGB

1096. BGH 2 StR 235/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Aachen)

Schuldunfähigkeit (auf Wahnvorstellung basierender Verlust der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit).
§ 20 StGB

1097. BGH 2 StR 276/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzungen eines täterschaftlichen Handelns: Eigennutz).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB

1098. BGH 2 StR 99/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Mühlhausen)

Totschlag (Verhältnis zu unmittelbar vor der Tötungshandlung ausgeführten Körperverletzungen: Subsidiarität der Körperverletzung, mitbestrafte Vortat).
§ 212 Abs. 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

1099. BGH 4 StR 208/14 – Urteil vom 9. Oktober 2014 (LG Essen)

Räuberische Erpressung (Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben: Begriff der gegenwärtigen Gefahr); Aufklärungsgrundsatz (Anforderungen an die gerichtliche Aufklärungspflicht: Absicherung der gewonnenen Überzeugung des Gerichts, Sich aufdrängen der Beweiserhebung).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

1100. BGH 4 StR 302/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (LG Arnshausen)

Abwesenheit des Angeklagten während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung (Verhandlung über die Entlassung eines (Opfer-)Zeugens nach Vernehmung in Abwesenheit des Angeklagten).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 Satz 1, 2 StPO

1101. BGH 4 StR 367/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Frankfurt (Oder))

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs: subjektive Sicht des Täters, mehraktiges Geschehen, Gesamtbetrachtung, Korrektur des Rücktrittshorizonts, Flugsuizidfall).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1102. BGH 4 StR 377/14 – Beschluss vom 23. Oktober 2014 (LG Münster)

Verfall (Anforderungen an die Anordnung im Urteil); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit).

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

1103. BGH 4 StR 397/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Detmold)

Verminderte Schuldfähigkeit (Krankhafte seelische Störung durch Alkoholenuss: tatrichterliche Beweiswürdigung, Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 21 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1104. BGH 4 ARs 20-1/14 (2 StR 104/14) – Beschluss vom 9. September 2014 (BGH)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Abgabe des Revisionsverfahrens an einen nachträglich zuständigen Spezialspruchkörper).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1105. BGH 4 ARs 20-2/14 (2 StR 105/14) – Beschluss vom 9. September 2014 (BGH)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Abgabe des Revisionsverfahrens an einen nachträglich zuständigen Spezialspruchkörper).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Eine Regelung im Geschäftsverteilungsplan, die dazu führt, dass ein Senat nach der Anberaumung eines Termins auch dann mit einer Sache befasst bleibt, wenn sich nach diesem Zeitpunkt die Zuständigkeit eines nach demselben Geschäftsverteilungsplan gebildeten Spezialspruchkörpers herausstellt, richtet sich nach allgemeinen Merkmalen und entzieht dem Angeklagten nicht seinen gesetzlichen Richter (vgl. BGH NStZ 1984, 181)

1106. BGH 3 StR 105/14 – Beschluss vom 7. August 2014 (LG Trier)

Schwerer Bandendiebstahl (Fehlen einer die Annahme der Bandenabrede tragenden Beweiswürdigung; Tat als Ausfluss der Bandenabrede; Versuchsbeginn erst durch unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt: Teilverwirklichungsregel); Beweiswürdigung (keine Umdeutung von Beweisbehauptungen des Verteidigers in eine Einlassung des Angeklagten; keine Wertung des Schweigens zum Nachteil des Angeklagten; zulässiges Verteidigerverhalten; rechtsfehlerhafte Berücksichtigung von Teilen einer als Schutzbehauptung gewerteten Einlassung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244a StGB; § 22 StGB; § 261 StPO

1107. BGH 3 StR 17/14 – Beschluss vom 7. August 2014 (LG Hildesheim)

Bestimmen einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zum Fördern des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Eventualvorsatz als subjektive Mindestvoraussetzung in der Person des Minderjährigen)

§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG

1108. BGH 3 StR 261/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Stralsund)

Hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg als Maßstab für die Unterbringungsanordnung; keine Schuldinderung bei tatsächlicher Unrechtseinsicht trotz erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit.

§ 64 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1109. BGH 3 StR 340/14 – Beschluss vom 5. August 2014 (LG Lüneburg)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des „Handeltreibens“; Bewertungseinheit; Beihilfe durch Beteiligungshandlungen von untergeordneter Bedeutung).

§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

1110. BGH 3 StR 344/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Krefeld)

Konkurrenzverhältnis zwischen sexuellem Missbrauch von Kindern und schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern; Anwendung des mildereren Rechts bei Taten vor der Verschärfung des Sexualstrafrechts.

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 2 Abs. 3 StGB

1111. BGH 3 StR 411/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Osnabrück)

Unzulässigkeit der Gegenvorstellung bei Verwerfung der Revision durch Beschluss.

§ 394 Abs. 2 StPO; § 33a StPO

1112. BGH 3 StR 413/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Neubrandenburg)

Tateinheit bei zwei in der Ausführungshandlung teildentlichen Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln; Berücksichtigung der Aufklärungshilfe bei der Strafrahmenwahl.

§ 29 BtMG; § 31 BtMG; § 52 StGB

1113. BGH 3 StR 88/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Coburg)

Tatort beim Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Abrufbarkeit von aus dem Ausland hochgeladenen Internet-Inhalten in Deutschland; abstraktes Gefährdungsdeldikt; Handlungsort; Erfolgsort; Begriff des Erfolgs); Öffentliches Verwenden von Kennzeichen durch Einstellen in Facebook-Profil; Ähnlichkeit eines Kennzeichens

§ 86a StGB; § 3 StGB; § 9 StGB

1114. BGH 5 StR 176/14 – Beschluss vom 20. Oktober 2014 (LG Berlin)

BGHSt; notwendige Verteidigerbestellung (Ermittlungsverfahren; verantwortliche Vernehmung wegen Mordver-

dachts; Anordnung von Untersuchungshaft); Unverzögerlichkeitsgebot (keine Rückwirkung auf Entscheidung über Hinwirken auf Verteidigerbestellung; Verwertungsverbot bei bewusster Umgehung); Bestimmung des Prüfungsumfangs durch Angriffsrichtung der Revision; Vorabklärung des Verwertungswiderspruchs (kein Wiederholungserfordernis).

§ 115 StPO; § 140 StPO; § 141 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 136 StPO

1115. BGH 5 StR 296/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Berlin)

BGHSt; Vernehmung bei extremer seelischer und körperlicher Erschöpfung (Ermüdung; Geständnis; Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung; Verwertungsverbot); keine Pflicht zur Wiederholung des Verwertungswiderspruchs.

§ 136a StPO; § 136 StPO

1116. BGH 5 StR 380/14 – Urteil vom 22. Oktober 2014 (LG Bremen)

BGHSt; Mord (niedrige Beweggründe; außergewöhnlich brutales und menschenverachtendes Tatbild; Missachtung des personellen Eigenwerts des Opfers); Schuldfähigkeitsprüfung bei besonders brutalem Tatbild; Unterbringung in psychiatrischem Krankenhaus; sexuelle Handlung (objektive Sexualbezogenheit).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 184g Nr. 1 StGB

1117. BGH 5 StR 395/14 – Urteil vom 8. Oktober 2014 (LG Chemnitz)

Beendigung beim Diebstahl; Tatfrische beim räuberischen Diebstahl.

§ 242 StGB; § 252 StGB

1118. BGH 5 StR 405/14 – Beschluss vom 22. Oktober 2014 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1119. BGH 5 StR 439/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Göttingen)

Unzureichende Darlegung der Voraussetzungen der verminderten Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit; rechtsfehlerhafte Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung einer unbefristeten Unterbringung (unspezifische Gefahr weiterer „Drogendelikte“ trägt die Unterbringungsanordnung nicht).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1120. BGH 5 StR 449/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1121. BGH 5 StR 451/14 – Beschluss vom 22. Oktober 2014 (LG Görlitz)

Heimtücke (bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit).

§ 211 StGB

1122. BGH AK 31/14 – Beschluss vom 16. Oktober 2014

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung außerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union als Mitglied („Islamscher Staat“); Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; ausnahmsweise Rechtfertigung der fortdauernden Untersuchungshaft trotz vom Haftbefehl abweichender Anklage.

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

1123. BGH 5 StR 470/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1124. BGH 5 StR 478/14 – Beschluss vom 21. Oktober 2014 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Nichtberücksichtigung wesentlicher für den Angeklagten sprechender Umstände bei der Prüfung eines minder schweren Falles im Betäubungsmittelstrafrecht.

§ 30a Abs. 3 BtMG