

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 Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Passau; Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt;

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 Rübenthal, mag. iur. (Tsam-

bikakis & Partner, 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. Basel)

Publikationen

Wiss. Mit. Dr. Frauke Rostalski, Univ. Marburg – **Der Vermögensschaden als Tatbestandsmerkmal im Schatten des „Verschleifungsverbots“** S. 73

StA Dr. Stefan Biehl, Karlsruhe – **HRRS-Praxishinweis: Zur Auslegung der Staatsschutzklausel in § 89a StGB im Lichte der Rechtsprechung des BGH Anm. zu BGH HRRS 2015 Nr. 1112** S. 85

RiLG Dr. Gunnar Helmers, Hamburg – **Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2 StGB)** S. 90

Entscheidungen

EGMR **Konventionskonforme Therapieunterbringung (Bergmann v. Germany)**

BVerfG **Identitätskontrolle/Grundrechtsschutz bei Abwesenheitsverfahren (EU-Haftbefehl)**

BVerfG **Grenzen der Beruhensprüfung bei Absprachen**

BGHSt **Konkurrenzen bei Organisationsdelikten**

BGHSt **Vorbereitung eines Explosionsverbrechens**

BGH **Schwere andere seelische Abartigkeit bei Pädophilie**

BGH **Besorgnis der Befangenheit bei Entpflichtung des Verteidigers**

BGH **Großes Ausmaß des Vorteils bei der Bestechlichkeit eines Schöffens**

Die Ausgabe umfasst 80 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. 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 Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; 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. (Tsambikakis & Partner, 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. Basel).

ISSN 1865-6277

17. Jahrgang, Februar 2016, Ausgabe **2**

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

100. BVerfG 2 BvR 2735/14 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (OLG Düsseldorf)

Auslieferung eines in Abwesenheit verurteilten US-amerikanischen Staatsangehörigen nach Italien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls; Anwendungsvorrang des Unionsrechts (Anwendungsvorrang grundsätzlich auch vor nationalem Verfassungsrecht; Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs; Identitätskontrolle; Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit; europarechtsfreundliche Anwendung; Solange-Vorbehalt; Ultra-vires-Kontrolle; Unanwendbarkeit des Unionsrechts in eng begrenzten Einzelfällen; Feststellungsvorbehalt des Bundesverfassungsgerichts); Schutzgehalt der Verfassungsidentität (Menschenwürdegarantie; Rechtsstaatsprinzip; Schuldgrundsatz im

Strafrecht; Mindestgarantien für Beschuldigte im Strafprozess; Gewährleistung auch im Auslieferungsverfahren; Voraussetzungen einer Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils; ausreichende unionsrechtliche Sicherungen); Gewährleistungsverantwortung deutscher Gerichte im Einzelfall (Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens im Einzelfall; verfassungsrechtliche Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (erhöhte Darlegungsanforderungen für eine Aktivierung der Identitätskontrolle).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 4 EUV; Art. 4a Abs. 1 RbEuHb; Art. 6 EMRK; Art. 47 Abs. 2 GRCh; Art. 48 GRCh; Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh; § 73 IRG; § 83 IRG

1. Das Bundesverfassungsgericht gewährleistet im Wege der Identitätskontrolle den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und im Einzelfall. (BVerfGE)

2. Die strengen Voraussetzungen für eine Aktivierung der Identitätskontrolle schlagen sich in erhöhten Zulässigkeitsanforderungen an entsprechende Verfassungsbeschwerden nieder. (BVerfGE)

3. Der Schuldgrundsatz gehört zur Verfassungsidentität. Er muss daher auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit des Verurteilten ergangenen Strafurteils gewahrt werden. (BVerfGE)

4. Die deutsche Hoheitsgewalt darf die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen. Umfang und Ausmaß der Ermittlungen, zu deren Vornahme das Gericht im Hinblick auf die Einhaltung des Schuldprinzips verpflichtet ist, richten sich nach Art und Gewicht der vom Verurteilten vorgetragenen Anhaltspunkte für eine Unterschreitung des durch Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen Mindeststandards. (BVerfGE)

5. Mit der in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Ermächtigung, Hoheitsrechte auf die Europäische Union zu übertragen, billigt das Grundgesetz einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht, der grundsätzlich auch mit Blick auf das nationale Verfassungsrecht gilt und bei Kollisionen in aller Regel zu dessen Unanwendbarkeit führt. Daher sind sowohl Hoheitsakte der Europäischen Union als auch durch das Unionsrecht determinierte Akte der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen. (Bearbeiter)

6. Der Anwendungsvorrang findet seine Grenzen jedoch in den durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für Änderungs- und Integrationsfest erklärten Grundsätzen der Verfassung. Der Integrationsgesetzgeber kann der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen, mit deren Inanspruchnahme die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berührt würde. (Bearbeiter)

7. Im Rahmen einer Identitätskontrolle ist zu prüfen, ob eine Maßnahme der Europäischen Union die im Grundgesetz für unantastbar erklärten Grundsätze berührt. Diese Prüfung kann – wie der Solange-Vorbehalt oder die Ultra-vires-Kontrolle – im Ergebnis dazu führen, dass Unionsrecht in Deutschland in eng begrenzten Einzelfällen für unanwendbar zu erklären ist. Im Sinne einer europarechtsfreundlichen Anwendung von Art. 79 Abs. 3 GG bleibt die Feststellung einer Verletzung der Verfassungsidentität allerdings dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. (Bearbeiter)

8. So verstanden verletzt die Identitätskontrolle nicht den unionsrechtlichen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit; sie ist vielmehr der Sache nach im EU-Vertrag angelegt und entspricht auch den besonderen Gegebenheiten der Europäischen Union als Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund. Vorkehrungen zum Schutz der Verfassungsidentität und der Grenzen

der Übertragung von Souveränitätsrechten auf die Europäische Union finden sich im Übrigen auch im Verfassungsrecht zahlreicher anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union. (Bearbeiter)

9. Eine Verletzung des unabdingbaren Maßes an Grundrechtsschutz kann vor dem Bundesverfassungsgericht nur gerügt werden, wenn substantiiert dargelegt wird, dass die Garantie der Menschenwürde im konkreten Fall tatsächlich beeinträchtigt wird. (Bearbeiter)

10. Zu den Schutzgütern der Verfassungsidentität gehören insbesondere die Grundsätze des Art. 1 GG einschließlich des in der Menschenwürdegarantie und im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Schuldprinzips im Strafrecht. Der Schuldgrundsatz erfordert Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten im Strafprozess, die gewährleisten, dass der Beschuldigte entlastende oder für die Strafzumessung relevante Umstände im Einzelfall vorbringen und prüfen lassen kann. (Bearbeiter)

11. Die Gewährleistung dieser Mindestgarantien ist auch bei der konkreten Anwendung des Rechts der Europäischen Union oder unionsrechtlich determinierter Vorschriften durch die deutsche öffentliche Gewalt sicherzustellen. Sie müssen daher auch gewahrt werden, soweit ein Verfolgter in Vollziehung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl zur Vollstreckung eines in seiner Abwesenheit ergangenen Strafurteils ausgeliefert werden soll. (Bearbeiter)

12. Die Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils ist unzulässig, wenn der Verfolgte weder über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des betreffenden Verfahrens unterrichtet noch ihm eine tatsächlich wirksame Möglichkeit eröffnet war, sich nach Erlangung dieser Kenntnis nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen und effektiv zu verteidigen. (Bearbeiter)

13. Dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl kommt in der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich Anwendungsvorrang zu. Der Rahmenbeschluss enthält nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in Bezug auf die Auslieferung bei Abwesenheitsurteilen eine abschließende Regelung; danach wird die Pflicht, einem Europäischen Haftbefehl Folge zu leisten, bereits unionsrechtlich begrenzt. (Bearbeiter)

14. Die Regelungen des Rahmenbeschlusses tragen den vom Grundgesetz geforderten Mindestgarantien hinsichtlich der Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen Rechnung, so dass es einer Begrenzung des dem Rahmenbeschluss zukommenden Anwendungsvorrangs nicht bedarf. Insbesondere schreibt Art. 4a Abs. 1 Buchst. d (i) RbEuHb ein Verfahren vor, bei dem der Sachverhalt einschließlich neuer Beweismittel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht erneut geprüft wird und bei dem das Gericht befugt ist, die ursprüngliche Entscheidung aufzuheben. Dies entspricht auch den Anforderungen der Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention. (Bearbeiter)

15. Die deutschen Gerichte trifft im Einzelfall gleichwohl eine „Gewährleistungsverantwortung“ mit Blick auf den

ersuchenden Staat. Unbeschadet des einem Mitgliedstaat der Europäischen Union in besonderem Maße entgegenzubringenden Vertrauens haben die Gerichte auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls sicherzustellen, dass die verfassungs- und europarechtlich geforderten Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten im ersuchenden Mitgliedstaat tatsächlich beachtet werden. Soweit dies nicht möglich ist, haben sie von einer Auslieferung abzusehen. In diesem Umfang trifft die Gerichte auch eine verfassungsrechtlich begründete Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung. (Bearbeiter)

16. Die Entscheidung über eine Auslieferung – hier: eines US-amerikanischen Staatsangehörigen nach Italien wegen einer in seiner Abwesenheit erfolgten Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 30 Jahren wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung und der Einfuhr von Kokain – verletzt das Schuldprinzip, wenn es das Oberlandesgericht in Verkennung des Umfangs seiner Sachverhaltsaufklärungspflicht genügen lässt, dass eine erneute Beweisaufnahme in Italien jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, nachdem der Betroffene substantiiert dargelegt hat, dass ihm das italienische Prozessrecht nicht sicher die Möglichkeit eröffnet, eine erneute Beweisaufnahme im italienischen Berufungsverfahren zu erwirken. (Bearbeiter)

17. Ziel und Aufgabe des Strafverfahrens ist es, die dem Täter und der Tat angemessene Strafe auszusprechen. Im deutschen Rechtskreis ist mit Strafe weit mehr als ein belastender Rechtseingriff oder ein Übel, das den Täter trifft, gemeint. Als Charakteristikum der Kriminalstrafe wird hier neben einem solchen Eingriff oder Übel mit dem Strafausspruch auch ein Tadel oder Vorwurf zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich um einen sozial-ethischen Vorwurf oder um eine besondere sittliche Missbilligung. Mit Strafe im Sinne des Grundgesetzes ist also nicht nur der Vorwurf irgendeiner Rechtsverletzung gemeint, sondern die Verletzung eines Teils des Rechts, das eine tiefere, nämlich eine sozial-ethische Fundierung besitzt. (Bearbeiter)

101. EGMR Nr. 23279/14 (5. Kammer) – Urteil vom 7. Januar 2016 (Bergmann v. Deutschland)

Therapieunterbringung (Sicherungsverwahrung) bei schwerer psychischer Störung (Recht auf Sicherheit und Freiheit; psychische Krankheit; Fortdauerentscheidung; faktische Verlängerung der Sicherungsverwahrung); Begriff der Strafe (Wahrung des Abstandsgebotes; Abgrenzung von der Maßregel).

Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 ThUG; § 67d StGB

1. Eine Therapieunterbringung infolge einer schweren psychischen Störung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK ist auch dann mit der EMRK vereinbar, wenn sie in der Sache zur Fortdauer einer Sicherungsverwahrung führt, die den anderen enumerativen Gründen für Freiheitsentziehungen widerstreitet.

2. Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK ist eng auszulegen. Eine psychische Erkrankung muss so ernst sein, dass sie eine

Behandlung in einem Krankenhaus, einer Klinik oder in einer entsprechenden Institution erzwingt. Der in Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK gewählte Begriff „persons of unsound mind“ ist insofern tendenziell enger als der Begriff „psychische Störung“ in § 1 Abs. 1 ThUG.

3. Die Fortführung der Sicherungsverwahrung ist zwar grundsätzlich weiter als Strafe im Sinne des Art. 7 EMRK zu beurteilen. Eine Therapieunterbringung, die nach Maßgabe des Abstandsgebotes vollzogen wird und sich damit von einer Straftat tatsächlich signifikant unterscheidet, verstößt aber auch dann nicht gegen Art. 7 EMRK, wenn sie die Überschreitung einer früheren Höchstfrist der strafgleich vollzogenen Sicherungsverwahrung ermöglicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Untergebrachte in einer Einrichtung lebt, die vom Strafvollzug getrennt ist und den Fokus klar auf die Therapie legt.

97. BVerfG 2 BvR 1043/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (BGH / LG Berlin)

Absprachen im Strafverfahren (Verfahrensverständigung; Recht auf ein faires Verfahren; Transparenz- und Dokumentationsvorschriften; Protokollierungspflicht; Negativmitteilung als Kernbestandteil des gesetzlichen Regelungskonzepts; Indizwirkung für Gesetzesverstoß bei fehlendem Negativattest; Beruhensfrage; Unzulässigkeit von Protokollrügen; Ausschluss des Beruhens; umfassende Aufklärung der Verfahrenstatsachen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO

1. Das Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes sieht mit Blick auf das Recht auf ein faires Verfahren Schutzmechanismen in Form von Transparenz- und Dokumentationsvorschriften vor. Deren wesentliches Ziel ist es, über eine wirksame „vollumfängliche“ Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht sicherzustellen, dass Verständigungen in erster Instanz so ablaufen, wie das Gesetz es vorschreibt.

2. Die Vorschrift des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO, die eine Protokollierung auch insoweit anordnet, als eine Verständigung nicht stattgefunden hat (sog. „Negativattest“), darf nicht als bloße Ordnungsvorschrift verstanden werden; sie gehört vielmehr zum Kern des Regelungskonzepts des Verständigungsgesetzes.

3. Soweit es an dem vorgeschriebenen Negativattest fehlt, ist ein Beruhen des Urteils auf dem Gesetzesverstoß grundsätzlich nicht auszuschließen. Anderes gilt nur, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Urteil weder auf eine gesetzeswidrige informelle Absprache noch diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht. Dies ist der Fall, wenn sich das Revisionsgericht nach Aufklärung der Verfahrenstatsachen umfassend mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob eine gesetzeswidrige Absprache angestrebt oder getroffen wurde, und dies verfassungsrechtlich vertretbar eindeutig ausgeschlossen hat (Folgescheidung zu BGH, Beschluss vom 14. April 2015 – 5 StR 9/15 – [= HRRS 2015 Nr. 583]).

4. Ungeachtet der vom Fehlen des Negativattests ausgehenden Indizwirkung für einen Gesetzesverstoß spricht

von Verfassungs wegen allerdings nichts gegen die Annahme einer Unzulässigkeit sogenannter „Protokollrügen“, mit denen lediglich die Fehlerhaftigkeit der Sitzungsniederschrift gerügt wird, auf der das Urteil nicht beruhen kann. Ob eine Verfahrensbeanstandung als zulässig erhobene Rüge einer gesetzeswidrigen informellen Absprache oder als bloße Protokollrüge anzusehen ist, ist als Frage der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts den Revisionsgerichten übertragen.

98. BVerfG 2 BvR 2347/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2015

Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; Maßstäbe für die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes; Verein Sterbehilfe Deutschland e. V.; begleiteter Suizid; Recht zur Selbstbestimmung über das eigene Sterben; keine Beihilfestrafbarkeit des Suizidwilligen; notwendige Teilnahme; Folgenabwägung; Gefahr der Verleitung Schwerkranker zum Suizid; Schutz menschlichen Lebens); Zuständigkeit der Kammern des Bundesverfassungsgerichts.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 27 StGB; § 217 StGB; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 93d Abs. 2 BVerfGG

1. Die vorläufige Außerkraftsetzung eines Gesetzes im Wege einer einstweiligen Anordnung ist wegen des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nur aus besonders gewichtigen Gründen zulässig. Sie muss zur Abwehr schwerer Nachteile auch unter Berücksichtigung der erforderlichen Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts dringend geboten sein. Die vorausgesetzte Dringlichkeit ist als Unaufschiebbarkeit einer zumindest vorläufigen Regelung zu verstehen.

2. Die Mitglieder eines Vereins, der geschäftsmäßig einen begleiteten Suizid anbietet, sind durch die mit dem Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung eingeführte Strafvorschrift des § 217 Abs. 1 StGB zwar gehindert, die von ihnen grundsätzlich gewünschte konkrete Art einer begleiteten Selbsttötung mit Unterstützung des Vereins in Anspruch zu nehmen. Jedoch verhindert die Strafnorm die gewünschte Selbstbestimmung der Betroffenen über ihr eigenes Sterben nicht vollständig und schließt selbst die Inanspruchnahme professioneller ärztlicher Unterstützung nicht gänzlich aus.

3. Eine Strafverfolgung wegen Beihilfe zu einer Tat nach § 217 Abs. 1 StGB haben die Suizidwilligen nicht zu befürchten. Dies folgt aus den Grundsätzen der notwendigen Teilnahme, auf die auch die Gesetzesbegründung ausdrücklich Bezug nimmt.

4. Bei der im Rahmen des § 32 BVerfGG gebotenen Folgenabwägung ist nicht nur auf die Interessen derjenigen abzustellen, die sich aufgrund eines frei gebildeten Willens zu einer durch geschäftsmäßig tätige Helfer begleiteten Selbsttötung entschlossen haben. Zu berücksichtigen ist vielmehr auch die vom Gesetzgeber gesehene und nicht völlig fernliegende Gefahr, dass das geschäftsmäßige Angebot eines begleiteten Suizids Schwerkranker zur Selbsttötung verleiten könnte, die zu einer selbstbestimmten Entscheidung nur noch bedingt in der Lage sind.

5. Solange der zuständige Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht über die Annahme einer Verfassungsschwerde entschieden hat, ist für alle zu treffenden Entscheidungen die Kammer zuständig. Dies gilt auch für Entscheidungen über den Erlass einer einstweiligen Anordnung, soweit nicht die Anwendung eines Gesetzes ganz oder teilweise ausgesetzt wird.

99. BVerfG 2 BvR 2349/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Augsburg / AG Augsburg)

Einstweilige Anordnung gegen die Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung (DNA-Analyse; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Abwägung; Einzelfallbetrachtung; Folgenabwägung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 81g StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 32 Abs. 1 BVerfGG

1. Die Anordnung der Entnahme und der molekulargenetischen Untersuchung von Körperzellen zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren setzt eine Prognose bezüglich zu erwartender Taten des Verurteilten voraus, die einzelfallbezogen zu begründen ist.

2. Basiert die beabsichtigte DNA-Untersuchung auf einer Verurteilung wegen gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung, so ist ein Verfassungsverstoß nicht ausgeschlossen, wenn die gerichtlichen Entscheidungen sich lediglich auf eine aus der Anlasstat hergeleitete Gewaltbereitschaft stützen und keine Ausführungen dazu enthalten, dass der Verurteilte nicht vorbestraft ist und die verhängte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wurde.

3. Bei der Folgenabwägung im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG über eine Anordnung nach § 81g StPO wiegt das Interesse an einer sofortigen Vollziehung der Untersuchung regelmäßig weniger schwer als der drohende Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, der auch durch eine spätere Löschung der erhobenen Daten nicht vollständig rückgängig gemacht werden kann.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

110. BGH 3 StR 537/14 – Beschluss vom 9. Juli 2015 (LG Köln)

BGHSt; Konkurrenzen bei Organisationsdelikten (kriminelle/terroristische Vereinigung; mitgliedschaftliche Beteiligungsakte; Zusammenfassung zur tatbestandlichen Handlungseinheit; Reichweite; Tateinheit; Tatmehrheit; Klammerwirkung; Verwirklichung einer anderen Strafvorschrift; Gleichwertigkeit mehrerer Handlungen mit Blick auf Unrechts- und Schuldgehalt; Klammerwirkung; Entklammerung; Dauerdelikt); Anforderungen an die Feststellungen zum Merkmal der kriminellen Vereinigung (Abgrenzung zu Mittätern und Bande; koordiniertes Vorgehen zur Erreichung des übergeordneten ideologischen Ziels der Gruppierung).

§ 129 Abs. 1 StGB; § 129a Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

1. Zum Konkurrenzverhältnis von Handlungen, die mitgliedschaftliche Beteiligungsakte an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung darstellen und zugleich den Tatbestand einer anderen Strafvorschrift erfüllen. (BGHSt)

2. Der Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach alle mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst werden. Vielmehr unterbleibt diese Verknüpfung jedenfalls mit solchen Handlungen, die auch den Tatbestand einer anderen Strafvorschrift erfüllen und der Zwecksetzung der Vereinigung oder sonst deren Interessen dienen. Diese stehen zwar gemäß § 52 Abs. 1 Alt. 1 StGB in Tateinheit mit der jeweils gleichzeitig verwirklichten mitgliedschaftlichen Beteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 Var. 2 StGB, jedoch – soweit sich nach allgemeinen Grundsätzen nichts anderes ergibt – sowohl untereinander als auch zu der Gesamtheit der sonstigen mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte in Tatmehrheit. (Bearbeiter)

3. Mehrere mitgliedschaftliche Beteiligungsakte bilden grundsätzlich eine tatbestandliche Handlungseinheit. Das ergibt sich aus der pauschalisierenden Handlungsbeschreibung des § 129 Abs. 1 Var. 2 StGB. Der Tatbestand selbst, der vorrangig die Allgemeinsrechtsgüter öffentliche Sicherheit und staatliche Ordnung schützt und daher strukturbedingt keine Tatbestandsmerkmale enthält, die unmittelbar auf Individualrechtsgüter bezogene Angriffsobjekte, Angriffsarten oder Taterfolge umschreiben, lässt es angezeigt erscheinen, mehrere Tatbestandsverwirklichungen rechtlich zu einer Tat zusammenzufassen, um so

zu einer sinnstiftenden Bestimmung des Einzeldelikts zu kommen. (Bearbeiter)

4. Die tatbestandliche Handlungseinheit umfasst jedoch nicht ohne Weiteres ausnahmslos alle mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte unabhängig von ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und insbesondere unabhängig davon, ob sie neben § 129 Abs. 1 StGB auch einen anderen Straftatbestand verwirklichen. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite muss vielmehr der Umstand sein, dass es sich bei der Rechtsfigur der tatbestandlichen Handlungseinheit um eine Konstruktion handelt, die maßgeblich auf rechtlichen Bewertungen beruht. Die für sich betrachtet unnatürliche Zusammenfassung einzelner Handlungen zu einer Gesetzesverletzung bedarf einer materiellen Rechtfertigung. Fehlt eine solche hinsichtlich einer Handlung im natürlichen Sinne, wird diese nicht Teil der Einheit. (Bearbeiter)

5. Die materielle Rechtfertigung für eine Zusammenfassung kann mithin nur in der Gleichwertigkeit verschiedener Handlungen liegen, die anhand ihres jeweiligen Unrechts- und Schuldgehalts zu bestimmen ist. Geht es aber um eine derartige Bewertung einer Handlung, die den Tatbestand des Organisationsdelikts erfüllt, versteht es sich von selbst, dass auch in den Blick genommen werden muss, ob diese daneben weitere Straftatbestände verwirklicht und so einen gesteigerten Unrechtsgehalt aufweist. (Bearbeiter)

6. Der Unrechts- und Schuldgehalt aller Tätigkeiten, die allgemein dem Zusammenhalt und der „Arbeit“ der Organisation dienen, ohne für sich betrachtet strafbar zu sein, liegt in der bloßen Steigerung der genannten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und – mittelbar – noch unbestimmte (Individual-)Rechtsgüter. Sie sind einer weiteren Aufspaltung nicht zugänglich und deshalb zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zu verknüpfen. (Bearbeiter)

7. Demgegenüber ist die Begehung einer Straftat, die gerade den Zweck der Vereinigung bildet, stets von entscheidender Relevanz für den Unrechts- und Schuldgehalt dieser Handlung. Denn die Verletzung eines Individualrechtsguts kann gegenüber dessen bloßer Gefährdung, der § 129 Abs. 1 StGB (auch) entgegenwirken will, nicht untergeordnet sein. Deshalb unterfällt die diesbezügliche Tätigkeit nicht der tatbestandlichen Handlungseinheit, sondern tritt – idealkonkurrierend mit der eigenständigen, isolierten Erfüllung des § 129 Abs. 1 Var. 2 StGB – in Tatmehrheit zu dieser. (Bearbeiter)

8. Nichts anderes gilt – unabhängig von der Schwere des Unrechtsgehalts – auch für jede sonstige, lediglich den organisatorischen Zusammenhalt oder die Schlagkraft der Organisation fördernde Handlung durch ein Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, sofern dadurch ein gesonderter Straftatbestand verwirklicht wird; auch sie wird nicht Teil der übrigen Handlungseinheit. Dafür spricht zudem, dass auf diesem Wege Probleme bei der Schwerebestimmung vermieden werden, wie sie bereits heute im Zusammenhang mit der sog. „Entklammerung“ auftreten. (Bearbeiter)

9. § 129 Abs. 1 Var. 2 StGB ist kein Dauerdelikt. Ein solches ist gegeben, wenn der Täter einen von ihm begründeten rechtswidrigen Zustand aufrechterhält oder durch tatbestandserhebliche Handlungen weiter verwirklicht. Da es aber nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut laut des § 129 Abs. 1 StGB für die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift nicht ausreicht, bloß Mitglied in einer Vereinigung zu sein, begründet das Faktum der Mitgliedschaft keinen rechtswidrigen Zustand; vielmehr ist eine Beteiligung als Mitglied erforderlich, also eine aktive Förderungshandlung, in der sich die Eingliederung des Täters in die Organisation und seine Unterordnung unter deren Willen manifestiert. (Bearbeiter)

156. BGH 2 StR 312/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Köln)

Tötungsvorsatz (Voraussetzungen; Anforderungen an die Darstellung im Urteil beim Einsatz einer Schusswaffe: Gesamtbetrachtung, Bedeutung eines Motives, Denkkzettel).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen (vgl. BGH NStZ 2011, 699, 702). Die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ist dabei ein wesentlicher Indikator für das Vorliegen beider Elemente des bedingten Tötungsvorsatzes (vgl. BGH NStZ 2015, 216). Hinsichtlich des Willenselements sind neben der konkreten Angriffsweise regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation mit in die erforderliche umfassende Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

2. Zwar liegt es bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen, und dass er, weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH NStZ 2014, 35). Der Schluss von einer besonders gefährlichen Gewalthandlung auf einen bedingten Tötungsvorsatz ist jedoch nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch die im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die den Vorsatz in Frage stellen können (vgl. BGH NStZ 2015, 516, 517). Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Täter die Gefahr des Eintritts eines tödlichen Erfolgs ausnahmsweise nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten, ist der Tatrichter verpflichtet, sich hiermit auseinander zu setzen.

3. Diese Grundsätze gelten auch in Fallkonstellationen, in denen ein Angeklagter mit einer scharfen Schusswaffe auf sein Tatopfer schießt (vgl. BGH StV 1997, 7). Zwar handelt es sich in der Regel um eine besonders gefährliche Gewalthandlung, in der bedingter Tötungsvorsatz nahe liegt. Dies enthebt den Tatrichter indes nicht von der Verpflichtung, die subjektive Tatseite unter Berücksichtigung aller für und gegen sie sprechenden Umstände sorgfältig zu prüfen.

115. BGH 5 StR 397/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Saarbrücken)

Notwehr (Erforderlichkeit; fehlende Feststellungen zu Art und Ausmaß der Kampfplage; Schläge mit einer Eisenstange gegen den Kopf; milderer Mittel).

§ 32 StGB

1. Art und Ausmaß der „Kampfplage“ sind bestimmend für die Frage der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung; die Beurteilung muss auf der Grundlage einer objektiven Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung erfolgen.

2. An der Erforderlichkeit der Verteidigung durch zwei Schläge mit einer Eisenstange gegen den Kopf des Angreifers fehlt es jedenfalls nicht ohne Weiteres deshalb, weil Schläge gegen den Rumpf oder die Extremitäten ebenfalls möglich gewesen wären. Vielmehr ist zu erörtern, dass und warum dies zu einer sicheren und endgültigen Beendigung des Angriffs geführt hätten. Das kann jedenfalls dann zweifelhaft sein, wenn sich der Angreifer zuvor bereits durch andere Maßnahmen (hier: einen Schlag mit einer Bierflasche gegen den Kopf) sowie durch die offen geführte Eisenstange von weiteren Angriffshandlungen nicht hatte abhalten lassen.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

108. BGH 3 StR 438/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Oldenburg)

BGHSt; Vorbereitung eines Explosionsverbrechens (Sprengstoffe; Aggregatzustand; Gas-Luft-Gemisch; Sprengstoffgesetz; unterschiedliche Begriffe); Verhältnis von Vorbereitung und Verabredung beim Sprengstoffverbrechen (Tateinheit; kein Stufenverhältnis; höherer Strafrahmen der Verabredung).

§ 30 Abs. 2 StGB; § 308 Abs. 1 StGB; § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Sprengstoffe im Sinne von § 308 Abs. 1, § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind alle Stoffe, die bei Entzündung eine gewaltsame und plötzliche Ausdehnung dehnbarer (elastischer) Flüssigkeiten und Gase hervorrufen, und geeignet sind, dadurch den Erfolg einer Zerstörung herbeizuführen. Es kommt nicht darauf an, ob der Stoff fest, flüssig oder gasförmig ist, ob er Beständigkeit hat oder nur im Augenblick der Herstellung anwendbar und wirksam ist oder ob die Explosion auf Zündung von außen oder auf Selbstzündung beruht (im Anschluss an RGSt 67, 35). (BGHSt)

2. Der Versuch der Beteiligung an einem Verbrechen im Sinne von § 30 Abs. 2 StGB steht mit einer unter Strafe gestellten Vorbereitung dieses Verbrechens jedenfalls dann in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB), wenn die sich aus § 30 Abs. 1 und 2 StGB ergebende Strafandrohung diejenige für die Vorbereitungshandlung übersteigt (im Anschluss an BGH, Urteil vom 24. Januar 2001 – 3 StR 324/00, BGHSt 46, 266). (BGHSt)

3. Eine Übertragung der Begriffsbestimmungen des novellierten Sprengstoffgesetzes auf § 308 Abs. 1, § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB verbietet sich. Vielmehr weichen die im Strafgesetzbuch und im Sprengstoffgesetz jeweils verwendeten Begrifflichkeiten schon im Wortlaut voneinander ab und werden überdies auch jeweils in unterschiedlichen Zweckzusammenhängen verwendet. (Bearbeiter)

4. Zwar erfordert die Vorbereitung einer Straftat – hier gemäß § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB – weitergehende, über deren bloße Verabredung hinausgehende Schritte in Richtung auf die Vollendung. Die Annahme eines Stufenverhältnisses mit der Folge einer Verdrängung der Verab-

redung verbietet sich in den genannten Fällen jedoch schon aufgrund der in der höheren Strafandrohung für die Verabredung – hier nach § 308 Abs. 1, § 30 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB – zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung. (Bearbeiter)

109. BGH 3 StR 444/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Bad Kreuznach)

Gefährliche Körperverletzung (generelle Eignung zur Lebensgefährdung nach den Umständen des Einzelfalles; Messereinsatz); Gehilfenvorsatz.

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB

Trotz der generell hohen Gefährlichkeit eines Messereinsatzes versteht sich nicht von selbst, dass dieser i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nach den Umständen des Einzelfalles generell dazu geeignet ist, das Leben des Verletzten zu gefährden. Um dies zu beurteilen, muss vielmehr regelmäßig mitgeteilt werden, auf welche Körperregionen der Angriff mit welcher Intensität geführt wurde.

151. BGH 2 StR 261/15 – Urteil vom 9. Dezember 2015 (LG Erfurt)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind: subjektiver Tatbestand, Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Kind von handlungsleitender Bedeutung).

§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB

Seit der Neufassung der Vorschrift durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164) setzt das Vergehen der Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind zwar nicht mehr voraus, dass der Täter dabei in der Absicht handelt, sich, das Kind oder einen anderen sexuell zu erregen. Um eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Ausdehnung der Strafbarkeit zu vermeiden, hat der Bundesgerichtshof die Regelung der § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB aber insoweit einengend ausgelegt, als für die Annahme einer sexuellen Handlung vor einem Kind über deren Wahrnehmung durch das Tatopfer hinaus erforderlich ist, dass der Täter das Kind so in das sexuelle Geschehen einbezieht, dass für ihn die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von handlungsleitender Bedeutung ist (vgl. BGHSt 49, 376, 381).

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

107. BGH 3 StR 407/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Mönchengladbach)

Anforderungen an die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit bei Pädophilie (keine Aussagekraft der Diagnose als solcher; starker, mehr oder weniger unwiderstehlicher Zwang; eingeschliffene Verhaltensschablone; schizoide Persönlichkeitsstörung); unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Erforderlichkeit einer Einzelfallbeurteilung bei auf statistische Prognoseinstrumente gestützter Einschätzung des Sachverständigen).

§ 20 StGB; § 63 StGB

1. Die Diagnose einer Pädophilie hat für sich genommen kaum Aussagekraft für das Vorliegen des vierten Eingangsmerkmals der §§ 20, 21 StGB („schwere andere seelische Abartigkeit“) und erst recht nicht für die Überzeugung von einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit.

2. Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt, sondern bei der Begehung der Sexualtaten aus einem starken, mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus handelt. Die Steuerungsfähigkeit kann demzufolge etwa dann beeinträchtigt sein, wenn die abweichenden Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau von Raffinements und durch gedankliche Einengung auf diese Praktiken auszeichnet.

3. Bei der Prognose zukünftigen Verhaltens darf nicht einseitig das Ergebnis eines vom Sachverständigen genutzten statistischen Prognoseinstruments in den Blick genommen und dabei außer Acht gelassen werden, dass solche Instrumente zwar Anhaltspunkte über die Ausprägung eines strukturellen Grundrisikos liefern, indes nicht in der Lage sind, eine fundierte Einzelbetrachtung zu ersetzen.

140. BGH 1 ARs 31/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (BGH)

Bemessung von Schmerzensgeld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten); Anfrageverfahren.

§ 253 Abs. 2 BGB; § 132 GVG

Der 1. Strafsenat ist – entgegen der Ansicht des anfragenden Senats – nicht der Auffassung, dass weder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers noch des Geschädigten bei der Bemessung des Schmerzensgelds zu

berücksichtigen sind. An seiner diesbezüglichen Rechtsprechung hält der Senat mithin fest.

132. BGH 1 StR 321/15 – Urteil vom 1. Dezember 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Verfall (Absehen von der Anordnung wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte: Voraussetzungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit)

§ 73c Abs. 1 StGB

1. Zwar ist die Anwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB Sache des Tatrichters. Die Gewichtung der für das Vorliegen einer unbilligen Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 StGB maßgeblichen Umstände ist daher der inhaltlichen revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Mit der Revision kann jedoch eine rechtsfehlerhafte Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbillige Härte“ beanstandet werden. Eine solche ist etwa gegeben, wenn die Bejahung dieses Merkmals auf Umstände gestützt wird, die bei seiner Prüfung nicht zum Tragen kommen können.

2. Eine unbillige Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann in Betracht, wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde. Die Auswirkungen des Verfalls müssen mithin im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen. Es müssen besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer mit der Vollstreckung des Verfalls eine außerhalb des Verfallszwecks liegende zusätzliche Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen auch unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfalls nicht zugemutet werden kann. Eine unbillige Härte liegt demnach nicht schon dann vor, wenn der Verfallsbetrag nicht beigetrieben werden kann oder der Betroffene vermögenslos geworden ist.

3. Das Nichtmehrvorhandensein des Wertes des Erlangten im Vermögen des Betroffenen kann jedenfalls für sich genommen keine unbillige Härte darstellen kann (vgl. BGH NStZ 2000, 589, 590).

161. BGH 2 StR 399/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Wiesbaden)

Anordnung des Wertersatzverfalls (Vorliegen einer unbilligen Härte: Nichtmehrvorhandensein des Erlangten im Vermögen des Betroffenen, Darstellung im Urteil).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

Nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB kann eine Verfallsanordnung unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist. Es

ist deshalb zunächst festzustellen, was der Angeklagte aus der Tat erlangt hat, sodann ist diesem Betrag der Wert seines noch vorhandenen Vermögens gegenüber zu stellen. Ist auch ein Gegenwert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden, kann der Tatrichter von einer Verfallsanordnung absehen (vgl. BGH StV 2013, 630).

157. BGH 2 StR 350/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Darmstadt)

Strafmilderung bei verminderter Schuldfähigkeit (Ermessensentscheidung des Tatrichters: Gesamtbetrachtung, regelmäßige Verminderung des Schuldgehalts).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Ob bei Vorliegen verminderter Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB eine Strafmilderung vorzunehmen oder zu versagen ist, hat der Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. BGH StV 2006, 465, 466).

2. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung ist zu berücksichtigen, dass der Schuldgehalt der Tat bei einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit in aller Regel vermindert ist (vgl. BGHSt 7, 28, 30). Eine Strafrahmenverschiebung ist daher in der Regel vorzunehmen, wenn nicht andere, die Schuld des Täters erhöhende Umstände dem entgegenstehen oder der Täter die Begehung von Straftaten vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können, etwa, weil er aus früheren Erfahrungen weiß, dass er unter Alkohol- oder Drogeneinfluss zur Begehung von Straftaten neigt (vgl. BGHSt 43, 66, 78).

133. BGH 1 StR 379/15 – Beschluss vom 25. November 2015 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und begangener Tat: Beschaffungsdelikte); Nichtgewährung des letzten Wortes (Beruhen).
§ 64 StGB; § 258 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Ein symptomatischer Zusammenhang i.S.d. § 64 StGB liegt vor, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwar-

ten ist (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 309), mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzel findet (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75). Dieser Zusammenhang liegt bei Delikten, die begangen werden, um Rauschmittel selbst oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen, nahe (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75), auch wenn dies im Einzelfall dennoch auszuschließen sein mag (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 39).

164. BGH 2 StR 469/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Stralsund)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: keine Prognose allein auf Grundlage statistischer Wahrscheinlichkeiten).
§ 64 Satz 1 StGB

Eine nur auf statistische Wahrscheinlichkeiten gestützte Entscheidung über die Gefährlichkeitsprognose reicht als Grundlage für die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung nicht aus (vgl. BVerfGE 109, 190, 242). Herkunft und Bedeutung von Angaben aufgrund eines statistischen Prognoseinstruments sind unklar und erlauben für sich genommen eine revisionsgerichtliche Nachprüfung der Gefahrenprognose nicht. Stützt der Tatrichter seine Prognose auf ein von einem Sachverständigen verwendetes standardisiertes Prognoseinstrument, hat er darauf zu achten, dass es im Einzelfall tauglich ist. Selbst dann bedarf es zur individuellen Prognose über die Anwendung derartiger Instrumente hinaus einer differenzierten Einzelfallanalyse.

138. BGH 1 StR 564/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Stuttgart)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: Therapiebereitschaft des Angeklagten).
§ 64 StGB

Für die Gefährlichkeitsprognose i.S.d. § 64 StGB haben Möglichkeiten, Chancen und Maßnahmen einer therapeutischen Behandlung außer Betracht zu bleiben. Die Gefahr künftiger suchtbedingter Straftaten darf nicht deshalb verneint werden, weil der Angeklagte die Behandlungsbedürftigkeit seiner Sucht selbst einsieht und sich therapiewillig zeigt. Die Bereitschaft des Angeklagten, sich freiwillig einer stationären Therapie zu unterziehen, ist für sich genommen kein Grund, von der Anordnung einer zwangsweisen Unterbringung abzusehen.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

162. BGH 2 StR 434/14 – Urteil vom 23. September 2015 (Frankfurt a. M.)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Voraussetzungen; richterliche Verfahrensverstöße: rechtsfehlerhafter Widerruf der Bestellung eines Pflichtverteidigers); Betrug (Mittäterschaft: Voraussetzungen, wertende Gesamtbetrachtung)

Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 140 StPO; § 143 StPO; § 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Der rechtsfehlerhafte Widerruf der Bestellung eines Pflichtverteidigers kann den Verdacht der Befangenheit begründen, wenn er mit dem Ziel erfolgt, einen missliebigen Verteidiger aus dem Verfahren zu entfernen. Dies begründet den Verdacht, der Vorsitzende werde die Interessen des Angeklagten und seines Verteidigers auch sonst nicht ausreichend berücksichtigen und geneigt sein, auf nicht genehmes Verhalten in einer für diese nachteiligen Weise sachfremd zu reagieren.

2. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes im Sinne von § 24 Abs. 2 StPO ist grundsätzlich vom Standpunkt der Angeklagten zu beurteilen (vgl. BGHSt 24, 336, 338). Misstrauen im Hinblick auf die Unparteilichkeit eines Richters ist dann gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine Haltung ein, die dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann (vgl. BGH NJW 2014, 2372, 2373).

3. Diese Besorgnis lässt sich grundsätzlich nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar (st. Rspr), sondern nur dann, wenn die Entscheidungen unvertretbar sind oder den Anschein der Willkür erwecken.

4. Der Widerruf der Bestellung eines Pflichtverteidigers, der das Vertrauen der Angeklagten besitzt, berührt die Verteidigungsbelange auf das stärkste. Er setzt daher einen wichtigen Grund voraus. Es müssen Umstände vorliegen, die den Zweck der Pflichtverteidigung ernsthaft gefährden. Dieser besteht darin, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und einen geordneten Verfahrensablauf zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 39, 238, 245).

104. BGH 3 StR 312/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Stralsund)

Wirksamkeit der Revisionsrücknahme auch bei Einbeziehung in eine Verständigung (Gesamtlösung; Unwiderruflichkeit; Unanfechtbarkeit; Prozesssubjekt).

§ 302 StPO; § 257c StPO

Die Erklärung über die Rücknahme der Revision ist grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar. Es kann hier offenbleiben, ob sie tauglicher Gegenstand einer Verständigung sein kann. Denn selbst wenn man eine derartige Gesamtlösung unter Einbeziehung eines anderen Verfahrens für unzulässig hält, kann dies nicht dazu führen, dass eine entsprechende Erklärung unbeachtlich ist.

102. BGH 3 StR 310/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Verden)

Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (Anregung des Vorsitzenden; Gespräche zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft ohne Beteiligung des Gerichts; Dokumentation in der Akte); Beruhensprüfung (erforderlicher Tatsachenvortrag des Revisionsführers; Kausalität; keine „normative Beruhensprüfung“).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 337 StPO

1. Weder eine Anregung des Vorsitzenden gegenüber dem Verteidiger noch Gespräche zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft, an denen das Gericht nicht beteiligt ist, fallen in den Regelungsbereich des § 243 Abs. 4 StPO. Für diese verbleibt es vielmehr bei der Pflicht zur Dokumentation in der Akte.

2. Um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob verständigungsbezogene – und damit eine Unterrichtungspflicht auslösende – Gespräche stattgefunden haben, muss der Revisionsführer Tatsachen zum Inhalt der Erörterungen vortragen. Es reicht nicht, wenn er lediglich behauptet, es hätten solche Gespräche stattgefunden. Erforderlich ist vielmehr die Behauptung von Tatsachen, die eine Überprüfung dahin gestatten, ob dabei ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen.

3. Nach ständiger Rechtsprechung beruht ein Urteil auf einem Rechtsfehler, wenn es ohne diesen möglicherweise anders ausgefallen wäre. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dieser bereits vom Reichsgericht begründeten Auslegung des § 337 Abs. 1 StPO nicht entgegensteht und die maßgebend auf die Kausalität abstellende Beruhensprüfung auch bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO nicht um normative Gesichtspunkte zu ergänzen ist (vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 1125).

119. BGH 5 StR 467/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Dresden)

Verhältnis von verständigungsbezogenen (Vor-)Gesprächen zu sonstigen Erörterungen des Verfahrensstandes.

§ 257b StPO; § 257c StPO

Ein in der Hauptverhandlung durchgeführtes verständigungsbezogenes (Vor-)Gespräch ist ein Unterfall der „Erörterung des Verfahrensstandes“ im Sinne des § 257b StPO. § 257b StPO erfasst sämtliche kommunikativen Elemente, die der Transparenz und Verfahrensförderung dienen und auch eine einvernehmliche Verfahrenserledigung durch Verständigung vorbereiten können, aber nicht darauf gerichtet sein müssen. Für diese gelten die Bestimmungen des § 257c StPO, die eine gesonderte Regelung zur vorbereitenden Erörterung nicht treffen, sondern insoweit im regelungssystematischen Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 257b, 243 Abs. 4 StPO für verständigungsbezogene Vorgespräche in der bzw. außerhalb der Hauptverhandlung stehen.

141. BGH 2 StR 101/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Verurteilung auf Grund einer Aussage des Belastungszeugens: Anforderungen, Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Beruht die Überzeugung des Gerichts von der Täterschaft des Angeklagten allein auf der Aussage eines Belastungszeugen, ohne dass weitere belastende Indizien

vorliegen, so sind an die Überzeugungsbildung des Tatrichters strenge Anforderungen zu stellen. Die Urteilsgründe müssen in Fallkonstellationen der genannten Art erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, welche seine Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (vgl. BGHSt 44, 153, 159). Insbesondere die Aussage des Zeugen selbst ist einer sorgfältigen Glaubwürdigkeitsprüfung zu unterziehen (vgl. BGHSt 44, 153, 158).

2. Macht der einzige Belastungszeuge in der Hauptverhandlung in einem wesentlichen Punkt von früheren Tatschilderungen abweichende Angaben, so muss sich der Tatrichter mit diesem Umstand auseinandersetzen und regelmäßig darlegen, dass und aus welchem Grund insoweit keine bewusst falschen Angaben vorgelegen haben (vgl. 44, 256, 257). Darüber hinaus ist es in Fallkonstellationen, in denen die Angaben des einzigen Belastungszeugen in der Hauptverhandlung in wesentlichen Teilen von seinen früheren Angaben abweichen, geboten, jedenfalls die entscheidenden Teile seiner Aussagen in den Urteilsgründen wiederzugeben, da dem Revisionsgericht ohne Kenntnis des wesentlichen Aussageinhalts ansonsten die sachlich-rechtliche Überprüfung der Beweiswürdigung nach den oben aufgezeigten Maßstäben verwehrt ist (vgl. BGH NStZ 2012, 110, 111).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

113. BGH 5 StR 352/15 – Urteil vom 23. November 2015 (LG Hamburg)

Bestechlichkeit durch einen Schöffen (Gegenleistung für richterliche Handlung; Durchlaufposten; Drittanteil; spiegelbildliche Struktur der Bestechungstatbestände; „Lagertheorie“; versuchte Beteiligung); Wertgrenze beim besonders schweren Fall der Bestechlichkeit.

§ 332 StGB; § 335 StGB

1. Der Senat hält es für sachgerecht, die Rechtsprechung zum „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ im Sinne des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB sowie zu § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO auf die Bemessung des Vorteils großen Ausmaßes nach § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu übertragen. Danach ist die Wertgrenze nach objektiven Kriterien auf jeweils grundsätzlich 50.000 € festgesetzt.

2. Eine Zuwendung ist dann keine Gegenleistung für eine zugesagte richterliche Handlung i.S.d. § 332 Abs. 2 StGB, wenn es sich um einen bloßen „Durchlaufposten“ in der Hand des Empfängers handelt, der zur Weiterleitung an einen Dritten bestimmt ist.

3. Der Vorteilsgeber kann aufgrund der abschließenden Regelung der Sondertatbestände der Bestechung und Bestechlichkeit nicht zugleich Teilnehmer auf der Seite des Vorteilsempfängers sein. Diese Bewertung muss auf die

Vorstufe der versuchten Beteiligung durchschlagen. Dort darf in Fällen des § 334 Abs. 2 StGB nicht über die „Vorteilnehmerseite“ eine Strafbarkeit wegen versuchter Beteiligung herbeigeführt werden, obwohl der Gesetzgeber die „Richterbestechung“ mit den daraus resultierenden Konsequenzen bewusst nicht als Verbrechen ausgestaltet hat.

127. BGH 1 StR 154/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Chemnitz)

Subventionsbetrug (Verjährungsbeginn: Beendigung durch Zahlung der Subvention); Steuerhinterziehung (Steuerverkürzung durch verdeckte Gewinnausschüttung).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78a StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG

1. Die für das Vergehen des Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 StGB maßgebliche Verjährungsfrist von fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB) beginnt mit der Beendigung der Taten (§ 78a StGB). Diese tritt in den Fällen des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB erst mit der Zahlung der Subvention an den Begünstigten ein, bei Ausreichung in Teilbeträgen mit Eingang der letzten Rate (vgl. BGH wistra 2014, 481 f. mwN).

2. Die steuerstrafrechtlichen Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung hängen von den Angaben in der Steuererklärung ab. Eine verdeckte Gewinnausschüttung

ist weder steuerrechtlich noch strafrechtlich verboten und daher für sich allein keine Steuerhinterziehung. Eine Steuerverkürzung liegt vielmehr nur in dem Umfang vor, in dem die Verschleierung der verdeckten Gewinnausschüttung entgegen § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu einer scheinbaren Minderung des steuerlichen Einkommens der Gesellschaft geführt hat.

129. BGH 1 StR 256/15 – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (LG München II)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Schaumweinsteuer: Entstehen der Steuerschuld; Blankettvorschrift); Begriff der prozessualen Tat (eine Tat bei Verletzung unterschiedlicher, zeitlich auseinanderfallender Steuerklärungspflichten).

§ 370 Abs. 1 AO; § 14 SchaumwZwStG; § 264 StPO

Ist eine besondere rechtliche Verknüpfung gegeben, kann trotz zeitlichen Auseinanderfallens der Verletzung unterschiedlicher steuerlicher Erklärungspflichten eine Tat im prozessualen Sinn vorliegen. (vgl. BGHSt 49, 359, 362 ff.).

145. BGH 2 StR 144/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG Limburg)

Untreue (Abgrenzung von Begehung durch Tun und durch Unterlassen: Nichtweiterleiten von fremden Geldern, Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit; natürliche Handlungseinheit bei mehreren Untreuehandlungen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 13 StGB

Zwar kann der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen im Sinne des § 13 StGB liegen, wenn ein Rechtsanwalt den Tatbestand der Untreue allein dadurch verwirklicht, dass er pflichtwidrig seinem Mandanten oder einem Dritten zustehende Gelder nicht weiterleitet, sondern diese Gelder auf seinem Geschäftskonto belässt und der Vorwurf sich in einem bloßen Vorenthalten der Gelder erschöpft (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 357). Tritt zur bloßen Entgegennahme des Geldes ein aktives Tun des Rechtsanwalts hinzu, indem er die Gelder beispielsweise anfordert, sie für eigene Zwecke verwendet oder ihren Eingang auf seinen Geschäftskonten leugnet, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in aktivem Tun (vgl. BGH NJW 2015, 1190, 1191).

Aufsätze und Anmerkungen

Der Vermögensschaden als Tatbestandsmerkmal im Schatten des „Verschleifungsverbots“

Von Dr. Frauke Rostalski, Marburg*

I. Einleitung

Ein Gespenst geht um im deutschen Strafrecht – das Gespenst des „Verschleifungsverbots“. Seinen Ausgangspunkt findet solcher Spuk in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), das zunächst im Hinblick auf das strafbewehrte Verbot der Untreue gemäß § 266 StGB und etwas später auch in Bezug auf das Betrugsverbot des § 263 StGB klargestellt hat, dass eine „Verschleifung“ verschiedener Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Vorschriften nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Gesetzlichkeitsgrundsatzes entspreche.¹ Wer nach diesen – und grundsätzlich allen anderen² –

Sanktionsnormen des deutschen Strafgesetzbuchs strafbar sein soll, der muss nachweislich sämtliche gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt haben. Unzulässig sei es demgegenüber, unterschiedliche Merkmale derart miteinander zu „verschleifen“, dass das eine in dem anderen letztlich aufgehe. Bei den Vorschriften der §§ 263, 266 StGB können normative Gesichtspunkte zur Feststellung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen zwar „durchaus eine Rolle spielen“. Diese dürfen jedoch „wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen“, soll nicht der Charakter beider Delikte als „Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt“ verloren gehen. Den Bundesgerichtshof (BGH) haben diese Ausführungen offenbar das Fürchten gelehrt. So scheinen neuere Entscheidungen, die im Schatten des „Verschleifungsverbots“ getroffen worden

* Dr. Frauke Rostalski ist Habilitandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg (Inhaber: Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Freund).

¹ BVerfG NJW 2010, 3209 = 2 BvR 2559/08; NStZ 2012, 496, 504 = HRRS 2012 Nr. 27. Zu den nachfolgenden Zitaten s. BVerfG NJW 2010, 3209, 3215.

² Dem „Verschleifungsverbot“ kommt nach Auffassung des BVerfG NJW 2010, 3209, 3211 über den Bereich der

§§ 266, 263 StGB hinaus allgemeine Bedeutung zu, s. auch Gaede, in: Anwaltskommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 29; Saliger, in: Matt/Renzikowski, 2013, § 263 Rn. 159, 183; Schlösser HRRS 2011, 254, 255. S. aber noch unten IV. 2. a. dazu, dass in Strafgesetzen enthaltene Kriterien, die keine strafbarkeitseinschränkende Funktion aufweisen, keine Seltenheit darstellen, weshalb das „Verschleifungsverbot“ auf diese nicht erstreckt werden darf.

sind, von der Unsicherheit geprägt, wie fortan in Sachen Schadensdogmatik verfahren werden soll.³ In den Fokus rückt hinsichtlich der Betrugsstrafbarkeit insbesondere die Rechtsfigur des „individuellen Schadenseinschlags“.⁴ Zwar hat der BGH eine Entscheidung darüber, ob diese „in Teilen einer Korrektur bedarf“, bislang nicht als erforderlich erachtet. Die stete Wiederholung dieser Aussage lässt jedoch erahnen, dass sich dies künftig ändern könnte. Jüngst findet sie sich in einer höchstrichterlichen Entscheidung zum Eingehungsbetrug beim Erwerb von Inhaberschuldverschreibungen.⁵ Die Judikatur gibt daher Anlass, sich allgemein mit den Folgen des „Verschleifungsverbots“ für die Bestimmung eines Vermögensschadens unter Rückgriff auf den individuellen Schadenseinschlag zu befassen. Einer höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung, die eine (jedenfalls in Teilen unangemessene) Verabschiedung dieser Rechtsfigur zur Folge haben könnte, soll auf diese Weise entgegen gewirkt werden – damit es am Ende nicht die eigens gerufenen Geister sind, die der BGH nicht mehr loswird.⁶

II. Solar-Anleihen-Beschluss des BGH im Schatten des „Verschleifungsverbots“

Der Entscheidung aus dem Jahr 2014 liegt ein Fall des Eingehungsbetrugs zugrunde.⁷ Die Angeklagten vertrieben Inhaberschuldverschreibungen mit der Bezeichnung „EURO ANLEIHE – Expansionskapital Erneuerbare Energien: Zukunftsmarkt Solarenergie“ (Solar-Anleihe). Diese wurden interessierten Kapitalanlegern mit der Maßgabe angeboten, dass die eingeworbenen Gelder nahezu vollständig in den Bereich der erneuerbaren Energien investiert werden sollten. Die Angeklagten stellten diesen Markt als besonders zukunftsträchtig dar und versprachen den Erwerbern nach dem Ende der Laufzeit von sechs Jahren eine hundertprozentige Rückzahlung zum Nennwert. Dabei wiesen sie das Risiko eines Totalverlusts als besonders gering aus. Die Anleger zeichneten die Solar-Anleihe im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Angaben und zahlten inklusive Stückzinsen insgesamt rund fünfzig Millionen Euro an die von den Angeklagten als Vorstandsmitglieder geführte Aktiengesellschaft. Wie von Anfang an geplant, investierten die Angeklagten die eingeworbenen Gelder indes nicht im Bereich der erneuerbaren Energien, sondern schafften damit erheblich risikobehaftete Kunstobjekte an. Im

Übrigen verwendeten sie die Mittel zur Schuldentilgung, Deckung laufender Kosten und Vertriebskosten sowie zur Zahlung der Zinsen der Anleger. Dabei nahmen sie (billigend) in Kauf, dass es ihnen aufgrund dieser anderweitigen Investition und des dadurch bedingten Liquiditätsabflusses nicht möglich sein würde, den Anlegern die versprochenen Zinsen sowie mit Ende der Laufzeit die Anlagebeträge zum Nennwert zahlen zu können, sofern der Zufluss weiterer Gelder durch die Anwerbung neuer Anleger nicht kontinuierlich aufrechterhalten würde.⁸ Darüber hinaus hatten die Angeklagten Kenntnis von dem hohen Verlustrisiko, das mit dem Handel von Kunstobjekten einhergeht, und nahmen jedenfalls (billigend) in Kauf, dass diese Geschäfte nicht von Erfolg gekrönt sein könnten. Als sich der Handel mit Kunstobjekten tatsächlich als wenig erfolgreich herausstellte, beschlossen die Angeklagten zwar, ihre wirtschaftlichen Bemühungen fortan vornehmlich dem Bereich der erneuerbaren Energien zuzuwenden. Indes wurde ihr Geschäftsverhalten nunmehr bekannt und löste eine Vielzahl zivilrechtlicher Klagen aus, an deren Ende die Insolvenz der Aktiengesellschaft der Angeklagten stand. Die Anleger erlitten einen Verlust von mindestens 85% ihres angelegten Kapitals.

Das Ausgangsgericht wertete diesen Sachverhalt als Eingehungsbetrug der Angeklagten. Von Interesse für die vorliegende Untersuchung ist dabei vorrangig die Begründung des Vermögensschadens. Insoweit stellte das Ausgangsgericht darauf ab, dass die Anleger ihr Geld „in etwas völlig anderes“, „nämlich in ein aliud“ gegenüber dem ihnen Versprochenen investiert hätten. An diesem hätten sie aber kein Interesse. Grund dafür sei der Umstand, dass ihr Zins- und Rückzahlungsanspruch infolge der tatsächlich seitens der Angeklagten beabsichtigten Investitionsart bereits bei Zeichnung der Solar-Anlage mit einem erheblich größeren Verlustrisiko behaftet war, als dies bei der vereinbarten Investition im Bereich der erneuerbaren Energien der Fall gewesen wäre. Dieses mit dem abredewidrigen Kauf von Kunstobjekten einhergehende, ungewollt hohe Risiko sei nicht kompensiert worden.⁹

Auf die Revision der Angeklagten hat der BGH das Urteil des Landgerichts indes aufgehoben. Im Zentrum seiner Entscheidung steht die Rüge, das Ausgangsgericht habe den für die Verurteilung nach § 263 StGB erforderlichen Vermögensschaden nicht regelkonform bestimmt.¹⁰ Der Erwerb von Inhaberschuldverschreibungen stelle ein Risikogeschäft dar. Bei einem solchen käme es für die Bestimmung des Schadens entscheidend auf die „täuschungs- und irrtumsbedingte Verlustgefahr“ an.¹¹ Sofern ein Vermögensabfluss lediglich drohe, mithin ungewiss sei, könne allein dann von einem Schaden ausgegangen werden, „wenn der Geldwert des seitens des Getäuschten erworbenen Anspruchs infolge der Verlustgefahr geringer ist als derjenige der eingegangenen Verpflichtung“. Für

³ S. zu diesem Eindruck auch *Piel* NStZ 2015, 399.

⁴ Aus dem „Verschleifungsverbot“ wollen verschiedene Autoren die Verfassungswidrigkeit der Zweckverfehlungslehre (*Schlösser* HRRS 2011, 254 sowie *Fröba/Straube* StraFo 2014, 500) bzw. die Unmöglichkeit ableiten, unter Berufung auf die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags einen Schaden in voller Höhe der Investitionssumme beim Anlagebetrug zu begründen (*Piel* NStZ 2015, 399, 400; ähnlich *Gaede*, in: *Anw-StGB* [Anm. 2], § 263 Rn. 139 i.V.m. § 1 Rn. 29). S. zur Konjunktur eines Berufens auf das Verschleifungsverbot in verschiedenen Bereichen des Strafrechts *Krell* ZStW 126 (2014), 902.

⁵ BGH NStZ 2014, 318, 320. S. ferner BGH NStZ 2014, 517, 519 = HRRS 2014 Nr. 792.

⁶ *Goethe*, Der Zauberlehrling („Herr, die Not ist groß! Die ich rief, die Geister werd ich nun nicht los.“).

⁷ S. zur ausführlichen Sachverhaltsdarstellung BGH NStZ 2014, 318, 319.

⁸ Dem Urteil lässt sich nicht entnehmen, ob die Angeklagten auch damit rechneten, dass ihnen die Anwerbung neuer Anleger nicht fortdauernd gelingen würde. Hiervon soll im Folgenden ausgegangen werden.

⁹ S. BGH NStZ 2014, 318, 319.

¹⁰ BGH NStZ 2014, 318, 319 ff.

¹¹ BGH NStZ 2014, 318, 320.

die Berechnung komme es insoweit auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an, durch die der Schaden konkret festzustellen sei. Übertragen auf den zur Entscheidung stehenden Fall könne sich ein Schaden daher aus einem Minderwert der durch den Erwerb der Solar-Anleihe erlangten Gegenleistung ergeben. Dieser könne aus der Gefahr folgen, dass die Angeklagten nach Ende der Laufzeit nicht in der Lage sein werden, ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Anlegern zu erfüllen.

Anders als das Ausgangsgericht sieht es der BGH in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall nicht als erforderlich an, zur Begründung eines Vermögensschadens die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags und die zum Anlagebetrug ergangene „aliud“-Rechtsprechung heranzuziehen. Danach sei die gesamte Leistung des Anlegers als Schaden anzusehen, „wenn er über Eigenart und Risiko des Geschäfts derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte (aliud), die empfangene Leistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist“.¹² Weil der BGH diese Grundsätze nicht berührt sieht, hält er es auch nicht für erforderlich, auf deren etwaige Korrekturbedürftigkeit „angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG“ einzugehen. Sofern das seitens des Getäuschten Erlangte „einen für jedermann realisierbaren Geldwert aufweist“, komme es auf die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags nicht an. Die bloße Erhöhung der Verlustgefahr bei Abschluss eines Risikogeschäfts lasse aber die „Realisierbarkeit des dennoch verbleibenden Geldwerts prinzipiell unberührt“ und rechtfertige es daher nicht, einen Vermögensschaden anzunehmen. In der Konsequenz habe der „Aspekt des subjektiven Schadenseinschlags“ immer dann „keinen Einfluss“ auf die Bestimmung des Vermögensschadens, wenn sich der Minderwert der Leistung des Täuschenden allein aus einem erhöhten Verlustrisiko ergibt.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall sei die Begründung des Vermögensschadens durch das Ausgangsgericht daher nicht haltbar. Dass die Gelder der Anleger zu einem abredewidrigen Zweck eingesetzt worden seien, könne zwar die Verlustgefahr erhöhen, berühre aber nicht den Geldwert der gleichwohl in den Rückzahlungsansprüchen verkörpert sei. „Von dem erhöhten Risiko abgesehen“ sei die Anleihe in ihrer „Brauchbarkeit“ nicht eingeschränkt. Um einen Vermögensschaden anzunehmen, sei daher die Bestimmung des (verbleibenden) Geldwerts zwingend erforderlich. Diese lasse das tatrichterliche Urteil aber vermissen. Im Rahmen der im Anschluss an die erfolgreiche Revision neu durchzuführenden Hauptverhandlung müsse folglich geprüft werden, ob sich eine „Wertdifferenz zwischen dem zu zahlenden Anleihebetrag nebst Stückzinsen einerseits und dem im Gegenzug erworbenen Rückzahlungsanspruch inklusive Zinsanspruchs andererseits“ ergebe.¹³ Aus Sicht des BGH spreche zwar „vieles dafür, dass für die Anleger allenfalls eine geringe Aussicht bestand, nach dem Ende

der Laufzeit der Anleihe den Nennbetrag zurückzuerhalten“. Gleichwohl müsse aber „das zum Verfügungszeitpunkt bestehende Verlustrisiko anhand des vorhandenen Unternehmensvermögens und der in Anbetracht der Pläne der Angeklagten zu prognostizierenden Unternehmensentwicklung mit sachverständiger Hilfe nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen dargelegt werden“. Auf einen Vergleich mit dem hypothetischen Wert des Rückzahlungsanspruchs, der bei abredemäßiger Mittelverwendung zu erwarten gewesen wäre, komme es dabei nicht an. „Die Frage des Verlustrisikos im Falle einer tatsächlichen Investition in die Solarenergie“ könne allenfalls für die „Prüfung der Ursächlichkeit von Täuschung und Irrtum für die Vermögensverfügung“ auf der Basis der Vorstellung der Anleger eine Rolle spielen, nicht aber für die Bestimmung des Vermögensschadens.

III. Inkonsistenzen der Schadensbestimmung im Solar-Anleihen-Beschluss im Lichte der früheren aliud-Rechtsprechung

Dass die aktuelle Entscheidung des BGH auf einer Linie mit seiner früheren aliud-Rechtsprechung liegt und sich aus dieser mithin „auch nicht“ „etwas anderes“ ergibt, ist allerdings weniger eindeutig, als es die Ausführungen des BGH glauben lassen wollen. So hat es der BGH in einem Fall des Anlagenbetrugs für die Annahme eines Vermögensschadens noch als ausreichend erachtet, wenn der Getäuschte ein aliud erworben hat, das beim Versprechen einer wertbeständigen Kapitalanlage in dem Erhalt einer „höchst risikoreichen Beteiligung“ zu sehen sei.¹⁴ Weil die Anlageform bereits im Zeitpunkt der Zeichnung die „konkrete Gefahr des endgültigen Verlustes der zu leistenden Einlagen“ getragen habe, sei sie zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck „unbrauchbar“. Der Vermögensschaden sei daher in Höhe der gesamten Investitionssumme entstanden. Vor diesem Hintergrund unterscheidet sich die jüngere Entscheidung des BGH aber jedenfalls insoweit von seinen früheren Richtersprüchen, als es nunmehr sehr wohl auf eine weitere Bezifferung des Verlustrisikos ankommen soll. Während es vormals noch genügte, den Erwerb eines aliuds als Ausgangspunkt für einen Vermögensschaden in vollem Umfang der Einlage zu begründen, bedarf es nach Auffassung des BGH fortan weiterer Angaben, die notfalls unter Zuhilfenahme wirtschaftswissenschaftlicher Bewertungsverfahren zu ermitteln seien.

Ein inhaltliches Abweichen des Solar-Anleihen-Beschlusses gegenüber früheren Judikaten, das solch gravierende Unterschiede in der Bestimmung des Vermögensschadens rechtfertigt, ist indes nicht ersichtlich. Insbesondere ließen sich die in der Entscheidung zu den Solar-Anleihen entwickelten Grundsätze ohne Schwierigkeiten auf den Anlagenbetrugsfall übertragen. In Letzterem täuschten die Angeklagten über Art, Zweck und Qualität der Fondsanlagen, indem sie zwar vereinbarungsgemäß Immobilien erwarben, ihr gesamtes Ge-

¹² S. zu den nachfolgenden Zitaten BGH NStZ 2014, 318, 320 mit Hinweis auf die aliud-Rechtsprechung in BGH NStZ-RR 2006, 206 = HRRS 2006 Nr. 391; NJW 2006, 1679, 1681; NStZ 2010, 700.

¹³ S. zu den nachfolgenden Zitaten BGH NStZ 2014, 318, 321.

¹⁴ BGH NStZ-RR 2006, 206, 207. S. dazu auch BGH BeckRS 2011, 16674 Rz. 28 = HRRS 2011 Nr. 870.

schäftsmodell aber nicht auf die Gewinnerzielung für die Anleger richteten, sondern nach Art eines Schneeballsystems auf ihre eigene Bereicherung. Unter Heranziehung der Maßstäbe des höchstrichterlichen Beschlusses zu den Solar-Anleihen ließe sich auch im Anlagenbetrugsfall die Auffassung vertreten, dass die erworbenen Immobilien gleichwohl einen Wert für die Anleger hatten, anhand dessen das Verlustrisiko näher hätte beziffert werden müssen. Dass die Gelder in den erworbenen Grundstücken gebunden waren und die Anleger „als Kommanditisten der Fondsgesellschaften zudem gesellschaftsrechtlichen Vorgaben“ unterlagen,¹⁵ kann dem nicht entgegenstehen, kommt es doch nach jüngster Rechtsprechung des BGH auf den Wert der Rückzahlungsansprüche im Zeitpunkt der Zeichnung an.¹⁶ Die nunmehr aufgestellten Anforderungen an die Berechnung des Vermögensschadens implementieren damit in Fällen von Risikogeschäften stets ein prognostisches Element, das auch im Anlagenbetrugsfall in die Schadensbeziehung hätte einbezogen werden können.

Festgehalten werden kann vor diesem Hintergrund, dass sich aus der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags für die Entscheidung im Fall der Solar-Anleihen durchaus „etwas anderes“ in Bezug auf die Bestimmung des Vermögensschadens ergibt. Dass der BGH gleichwohl bemüht ist, diesen Umstand zu überspielen, lässt sich als Unsicherheit im Hinblick auf die Zukunft eines „normativen Vermögensbegriffs“ nach den Entscheidungen des BVerfG zum „Verschleifungsverbot“ interpretieren. Gemeint ist damit im vorliegenden Kontext ein Verständnis des Vermögens, das die Verfügungsbefugnis des Einzelnen in das Schutzinteresse einbezieht. Zum Vermögen gehört danach nicht allein das wirtschaftlich Messbare, sondern darüber hinaus die Freiheit des Betroffenen, über dessen konkreten Einsatz zu bestimmen.¹⁷ In der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags kommt ein solcher Vermögensbegriff unmittelbar zum Ausdruck: Sofern sich nach wirtschaftlicher Betrachtung kein Negativsaldo des Getäuschten errechnen lässt, kann ein Vermögensschaden gleichwohl angenommen werden, wenn

das durch einen Austauschvertrag Erlangte für ihn keinen oder nur einen geringeren „Wert“ aufweist. Dies kann etwa der Fall sein, wenn er es nicht bzw. nicht vollumfänglich zu dem vertraglich vereinbarten Zweck verwenden kann.¹⁸ In diesem Fall ist seine Dispositionsfreiheit über sein Vermögen enttäuscht, weshalb aus normativen Gründen ein individueller Schaden entstanden ist.

In der eingangs zitierten Aussage des BVerfG, wonach normative Kriterien die wirtschaftliche Betrachtung nicht verdrängen dürfen, scheint der BGH eine Gefahr für einen solchen Vermögensbegriff zu sehen.¹⁹ Nicht anders kann sein Bemühen ausgelegt werden, von der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags keinen Gebrauch machen zu wollen und den Vermögensschaden bei Risikogeschäften einer wirtschaftlichen Betrachtung zu unterziehen. Indes gelingt dem BGH dieses Vorhaben bei Lichte besehen allenfalls halbherzig: Indem er den Schaden anhand eines wirtschaftlichen Vergleichs des Anleihebetrags nebst Stückzinsen mit dem Rückzahlungsanspruch inklusive Zinsanspruchs vornimmt, wählt er selbst wiederum einen normativen Gesichtspunkt zum Ausgangspunkt seiner Schadensberechnung. Grund dafür ist der Umstand, dass es dem BGH bei dieser Berechnung darauf ankommt, ob der zu prognostizierende Rückzahlungsanspruch hinter der vertraglichen Vereinbarung zurückbleibt, immerhin den vollständigen Nennbetrag zurückzuerhalten. Auf diese Weise bezieht der BGH in seine Überlegung aber das ursprünglich zwischen den Vertragsschließenden vereinbarte Risiko ein, das nämlich eine Rückzahlung des Nennbetrags ermöglichen sollte. Anders als der BGH meint, spielt daher die „Frage des Verlustrisikos im Falle einer tatsächlichen Investition in die Solarenergie“ sehr wohl eine Rolle für die Annahme eines Vermögensschadens. So nimmt er selbst im Rahmen der Schadensbestimmung einen Vergleich beider Risiken vor, indem er zum Ausgangspunkt seiner damit nur vermeintlich rein wirtschaftlichen Betrachtung die ursprüngliche Vereinbarung eines Risikos wählt, das es

¹⁵ BGH NStZ-RR 2006, 206, 207.

¹⁶ BGH NStZ 2014, 318, 321.

¹⁷ Mit der in dieser Weise vorgenommenen – äußerst groben – Erfassung einer Vielzahl von Vermögensbegriffen sollen deren teils erhebliche inhaltliche Abweichungen nicht unterminiert werden (vgl. nur *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar StGB, Band 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 2 ff., 357 ff., 362 ff., 374 ff. sowie *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 1, 12. Aufl. 2012, Vor § 263 Rn. 20a unter Hinweis auf die sämtlichen dieser Auffassungen gemeinsame Annahme, die Freiheitsausübung müsse sich immerhin „auf das Gebiet der Wirtschaft und des Wirtschaftens mit Wirtschaftsgütern“ beziehen). Es geht dabei vielmehr um die Wahrung der Abgrenzung, die das BVerfG seinen Entscheidungen zum „Verschleifungsverbot“ zugrunde gelegt hat. Unabhängig von dem Stellenwert, der der individuellen Dispositionsfreiheit im Rahmen des jeweiligen Vermögensbegriffs eingeräumt wird, ist diese prinzipiell angesprochen, sofern es um eine Unterscheidung gegenüber einer dispositionsunabhängigen „wirtschaftlichen“ Betrachtung geht. Nachfolgend soll gezeigt werden, dass das Verschleifungsverbot einem solchen Vermögensverständnis nicht entgegensteht. S. zu weiteren Nachweisen zur Problematik des Vermögensbegriffs noch unten Anm. 22.

¹⁸ S. umfassend zur Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 692 ff. Freilich liegt in solchen Fällen bei konsequenter wirtschaftlicher Betrachtung bereits auf dieser Basis ein Vermögensschaden vor: Insoweit verdient die Rechtsprechung des BGH zum Vermögensschaden in Fällen des individuellen Schadenseinschlags ihrerseits Kritik, wenn ein Schaden abgelehnt wird, falls das bei einem Austauschvertrag Erhaltene für den Getäuschten zwar nutzlos ist, jedoch seinem Preis entspricht und von ihm „ohne finanziellen und zeitlichen Aufwand“ weiterverkauft werden kann (s. BGH NJW 2006, 1679, 1681). Dieser Position ist bereits aus wirtschaftlichen Gründen zu widersprechen: Auch nach wirtschaftlicher Betrachtung liegt hier ein Vermögensschaden vor, da das zum Erwerb der Sache eingesetzte Geld aufgrund des Minderwerts der mit dem Weiterverkauf verbundenen Bemühungen stets mehr wert ist als die ihrem Preis entsprechende Ware. S. dazu noch weiter unter IV. 1. – Ebenfalls kritisch zur Schadenskompensation durch eine Weiterveräußerungsmöglichkeit *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 700; *Schmoller* ZStW 103 (1991), 92, 98.

¹⁹ Zwar vertritt der BGH grundsätzlich einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff, räumt davon aber – etwa in Gestalt der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags – mitunter großzügige Ausnahmen ein, um „im Einzelfall“ sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Vgl. dazu *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 2), § 263 Rn. 153 f.

zulassen sollte, den Nennbetrag vollständig zurückzuzahlen. Auf diese Weise hält jedoch – in der höchstrichterlichen Rechtsprechung quasi durch die Hintertür – die Dispositionsfreiheit der Anleger wiederum Einzug in die Schadensberechnung, da berücksichtigt wird, dass diese sich mit den Angeklagten auf die Eingehung eines bestimmten Risikos für ihre Vermögensinvestition geeinigt haben.²⁰ Kurz: Indem das vereinbarte Risiko den Vergleichsmaßstab für die Errechnung eines Negativsaldos bildet, kommt darin der Schutz der Dispositionsfreiheit der Anleger zum Ausdruck, die allein dieses Risiko eingegangen sind. Wenn der Rückzahlungsanspruch dahinter zurückbleibt, ergibt sich aus diesem Umstand ein höheres Risiko als vereinbart, weshalb die ursprünglich bestimmte *spezifisch risikobezogene* Verwendung der Anlage verfehlt und damit die vermögensbezogene Dispositionsfreiheit der Betroffenen verletzt wird. Auch der letztlich eintretende entsprechende Vermögensnachteil steht außer Frage.

In der Konsequenz ist auch der BGH in seinem Solar-Anleihen-Beschluss auf die Einbeziehung normativer Kriterien zur Bestimmung des Vermögensschadens angewiesen. Die Dispositionsfreiheit der Anleger spielt darin nach wie vor eine Rolle, wenngleich die Tatsache, dass sich die Vertragsschließenden in diesem Fall fest auf die Rückzahlung des Nennwerts geeinigt haben, dem BGH die Möglichkeit bietet, diesen Umstand unausgesprochen zu lassen. Dies zeigt das Gedankenmodell eines Sachverhalts, der sich von dem der Entscheidung zugrunde liegenden nur dahingehend unterscheidet, dass eine solche Fixvereinbarung in den Vertrag nicht aufgenommen wurde. Eine Schadensbestimmung wäre dem BGH unter dieser Bedingung nur möglich gewesen, wenn er das ursprünglich vereinbarte Risiko mit dem aufgrund der Täuschung eingegangenen verglichen hätte. Selbst wenn der BGH dabei nicht ausdrücklich auf die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags Bezug genommen hätte, wäre in dieser Konstellation ganz deutlich der Schutz der Dispositionsfreiheit in den Vordergrund getreten, der in der ergangenen Entscheidung allein aufgrund der festen Abrede, den Nennwert zurückzuzahlen, überspielt werden konnte.

Ogleich die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags gemieden werden soll, nimmt der BGH in der Solar-Anleihen-Entscheidung mithin keinen Abstand von einer normativen Bestimmung des Vermögensschadens. Wenn aber die Dispositionsfreiheit des Einzelnen dafür nach wie vor eine Bedeutung entfaltet, ist unklar, weshalb es nicht bei einer Schadensberechnung nach den Grundsätzen der aliud-Rechtsprechung bleiben darf. Indem sich die Anleger auf Solar-Anleihen verständigt haben, mit denen ein bestimmtes wirtschaftliches Risiko

für ihre Investition einherging, wurde diese Disposition durch die Anschaffung von Kunstgegenständen in vollem Umfang enttäuscht. Vor diesem Hintergrund ist es aber inkonsequent, lediglich einen Vergleich des vereinbarten mit dem tatsächlich eingegangenen Risiko für die Schadensbestimmung vorzunehmen. Dies liefe darauf hinaus, den Anlegern zu unterstellen, sie hätten ihr Geld für irgendein Investitionsrisiko zur Verfügung gestellt.²¹ Hier von kann aber keine Rede sein, was letztlich auch der BGH anerkennt, indem er die Rückerstattung des Nennwerts als Ausgangspunkt für die Errechnung des Vermögensschadens wählt. Auch insoweit offenbart sich, dass in der Solar-Anleihen-Entscheidung keine abweichende Schadensbeurteilung denkbar ist als bereits in dem früheren Fall des Anlagenbetrugs, durch den ein Schneeballsystem finanziert wurde. Ein Unterschied beider Judikate kann sich nicht etwa aus dem denkbaren Einwand ergeben, das bei einer durch Täuschung bedingten Investition in ein Schneeballsystem eingegangene Risiko sei erheblich größer als im Solar-Anleihen-Fall, weshalb allein in dieser Konstellation von einem aliud ausgegangen werden könne. Eine solche Argumentation übersieht, dass die Annahme eines aliuds entscheidend davon abhängt, worauf die Beteiligten sich geeinigt haben. Sofern die getroffene Vereinbarung in Bezug auf die konkrete Verwendung zur Verfügung gestellter Mittel missachtet wird, liegt hierin ein aliud – unabhängig davon, ob die Abweichung der Verlustgefahr mehr oder weniger erheblich ausfällt. Der Charakter des eingegangenen Risikos hängt von spezifischen Eigenschaften des Geschäfts ab wie beispielsweise der Investition in eine bestimmte Branche. Weil die Verlustgefahren des Handels mit Kunstobjekten im Solar-Anleihen-Fall *anders* (im konkreten Fall: höher) ausfielen als bei der vereinbarten Investition in den Bereich der Solar-Energie, liegt hierin ein aliud, weshalb es nicht darauf ankommt, in welchem Ausmaß vereinbartes und tatsächlich eingegangenes Risiko letztlich voneinander abweichen. Die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berechnung des Vermögensschadens bei Risikogeschäften kann daher aus keiner denkbaren Perspektive überzeugen: Bei ihr handelt es sich weder um eine konsequente Hinwendung zu einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff noch wahrt sie die Grundsätze, die sich aus einem normativen Verständnis des Vermögens ergeben. Als trojanisches Pferd, in dessen Leib der normative Vermögensbegriff im Reich des „Verschleifungsverbots“ verborgen werden soll, erweist sie sich als ungeeignet und inakzeptabel. So wirft

²⁰ Vor diesem Hintergrund ist auch *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 704 zu widersprechen, der meint, bei einer Schadensberechnung durch den Vergleich „der hingegenommenen und der erlangten Vermögenspositionen“ auf „Erwägungen zur Zweckverfehlung“ verzichten zu können. Wie der BGH übersieht er, dass der Verwendungszweck bei Risikogeschäften gerade in der Vereinbarung eines bestimmten Verlustrisikos liegt. Wenn daher das vereinbarte mit dem erhaltenen Risiko verglichen wird, liegt hierin nichts anderes als die Prüfung, ob der mit der Investition verfolgte Zweck verfehlt wurde.

²¹ Die Kritik trifft auch *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 2), § 263 Rn. 231, der meint, für die Annahme eines Schadens komme es darauf an, ob die Verfügung des Anlegers zu einem Zeitpunkt stattgefunden hat, in dem der „Organisator eines Schneeballsystems (...) nicht mehr vorhat, das Geld zurückzuzahlen, oder nicht mehr in der Lage ist, die versprochene Mindestrendite zu erbringen.“ Dabei wird übersehen, dass ein Schaden der Anleger bereits darin zu sehen ist, dass ihre Gelder entgegen der getroffenen Risikovereinbarung zu einem im Schneeballsystem verkörperten, viel höheren Risiko verwendet werden. Hierin liegt keine zu weit gehende „Normativierung des Schadens“, sondern allein eine konsequente Anerkennung des spezifischen Charakters von Risikogeschäften, bei denen Vermögen zu einem konkreten Nutzen hingegeben werden kann, womit zugleich eine spezifische Risikovereinbarung getroffen wird.

sie mehr Fragen auf, als sie Antworten zu geben vermag, vor allem: Ist solches Versteckspiel wirklich erforderlich?

IV. Vereinbarkeit eines normativen Vermögensbegriffs mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum „Verschleifungsverbot“

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die Frage ist eindeutig mit „Nein“ zu beantworten. Bei genauerem Hinsehen erweisen sich die Befürchtungen des BGH, die ihn zu der aufgezeigten Inkonsequenz in der Bestimmung des Vermögensschadens beim Betrug bewegen haben können, als unberechtigt. Mit einem normativen Vermögensbegriff sind die Ausführungen des BVerfG zum „Verschleifungsverbot“ ohne Weiteres in Einklang zu bringen.

1. Notwendigkeit und Konsequenzen eines normativen Vermögensbegriffs

Insoweit bedarf es zunächst einer Vergewisserung der Berechtigung eines normativen Vermögensbegriffs. Wie bereits angeklungen, werden im vorliegenden Kontext unter dieser Bezeichnung all jene Positionen zusammengefasst, die das Vermögen als schutzwürdiges Interesse nicht lediglich im Wege einer reinen Saldierung wirtschaftlich relevanter Berechnungsposten bestimmen, sondern darüber hinaus die Freiheit des Einzelnen, über solche Vermögenswerte zu verfügen, in den Schutzbereich einbeziehen. Das Rechtsgut des Betrugs wird danach nicht etwa allein durch die allgemeine Dispositionsfreiheit definiert. Vielmehr muss diese einen Vermögensbezug aufweisen, weshalb dem Schutzinteresse der Vermögensdelikte eine Doppelnatur eigen ist: Es handelt sich dabei um die Freiheit des Einzelnen, über die seiner Person rechtlich zustehenden wirtschaftlich oder in sonstiger Weise wertvollen Güter zu verfügen.²² Hintergrund ist insoweit die Überlegung, dass eine sinnvolle Trennung von Dispositionsmacht und wirtschaftlichen Gütern aus Schutzgesichtspunkten nicht möglich ist. Bei dem Vermögen handelt es sich um die liquide Freiheit des Einzelnen.²³ Dieser kann wirtschaftlich Wertvolles zum Einsatz bringen, um seine Freiheitssphäre zu erweitern. Körperliche Verfasstheit und individuelle Fähigkeiten setzen der Person Grenzen in Bezug auf ihre Hand-

lungsmöglichkeiten. Beispielhaft kann ein Einzelner allein allenfalls unter großen Anstrengungen ein Haus bauen und wäre dabei gleichwohl hinsichtlich der zum Einsatz gebrachten Materialien in hohem Maße eingeschränkt, sofern er nicht auf die Unterstützung Dritter zurückgreifen könnte. Hierin offenbart sich die Angewiesenheit der Person auf andere, die in sämtlichen Lebensbereichen begegnet. Wirtschaftliche Werte ermöglichen vor diesem Hintergrund, Dritte für die eigene Sache in Anspruch zu nehmen – etwa eine Fachfirma für den Bau des Eigenheims zu beauftragen. Auf diese Weise sind sie geeignet, den persönlichen Freiheitsradius über die Grenzen der eigenen Fähigkeiten hinaus auszudehnen. Dies offenbart nicht zuletzt der Begriff des „Vermögens“ selbst: Sprachlich unterfallen diesem sämtliche Dinge, mit denen der Einzelne etwas zu tun „vermag“. Individuelles Können ist aber gleichbedeutend mit personaler Freiheit.

Wirtschaftliche Güter wären damit für ihren Inhaber nutzlos und zugleich nicht länger von „Wert“, wollte man sie von der Dispositionsmacht des Einzelnen lösen.²⁴ Sofern der Betreffende über deren konkrete Verwendung keine Entscheidungsbefugnis hätte, läge darin keine Erweiterung des individuellen Freiheitsradius, sodass etwa Geldscheine für ihn lediglich bunt bedrucktes Papier

²⁴ S. nur BGH NJW 1962, 309, 311: „Dabei ist zu beachten, daß der Wert eines Vermögens für die (...) wirtschaftliche Betrachtung sich nicht nur nach dem Betrag bemisst, der sich aus der Zusammenzählung des Wertes der einzelnen Vermögensgegenstände ergibt, sondern daß dieser Wert mitbestimmt wird durch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit, die vorhandenen Vermögensstücke entsprechend den sachlich anzuerkennenden Bedürfnissen des jeweiligen Vermögensträgers zu verwenden.“ S. ferner bereits Hauck ZIS 2011, 919, 922; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar StGB, Band 3, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 26; Pawlik, Verhalten beim Betrug (Anm. 22), S. 266; Schmoller ZStW 103 (1991), 92, 110. – Diesen relevanten Zusammenhang möchte Schlösser HRRS 2011, 254, 260 lediglich für die Fallgestalt des individuellen Schadenseinschlags, nicht aber die Zweckverfehlungslehre gelten lassen. Bei Letzterer verdränge der Freiheitsschutzaspekt die wirtschaftliche Betrachtung in Gänze, weshalb Schlösser (258) das Rechtsinstitut kategorisch für verfassungswidrig erklärt (sich ihm anschließend Fröba/Straube StraFo 2015, 500 ff.). Dieses Urteil fällt indes zu pauschal aus, solange davon auch Fälle der Verfehlung des mit der Vermögenshingabe verbundenen Verwendungszwecks erfasst sind (s. dazu weiter im Text sowie Anm. 28). Ohnedies trägt Schlössers Begründung für eine Andersbehandlung gegenüber dem individuellen Schadenseinschlag wenig: Die Annahme, dass in Fällen der Zweckverfehlungslehre nichts „empfangen“ werde, übersieht, dass bereits in der Hingabe von Vermögen dessen Nutzung liegen kann: Die Bestimmung seiner konkreten Verwendung gehört damit zum Kern des geschützten Interesses, weshalb deren Verfehlung den Grundfall eines vereitelten Nutzungsrechts bildet. Insofern liegt auch ohne Verstoß gegen ein „Verschleifungsverbot“ in diesen Fällen ein Vermögensschaden vor. Dass der Betreffende auch bei zutreffendem Einsatz seines Vermögens einen Negativsaldo erzielt hätte, stellt eine hypothetische Erwägung dar, die nicht nur für die Frage der rechtlichen Verhaltensmissbilligung des Täuschenden außer Acht bleiben muss, sondern auch den – davon zu trennenden – täuschungsbedingt real eingetretenen Vermögensschaden unberührt lässt. Zur Unbeachtlichkeit hypothetischer Verläufe im Strafrecht s. Rostalski JR 2015, 306.

²² Vgl. Bergmann/Freund JR 1988, 189, 192; Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 263. Auch im „normativ-ökonomischen Vermögensbegriff“ Hefendehls, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 374 f. spielt die Dispositionsfreiheit des Einzelnen eine hervorgehobene Rolle, wenngleich er selbst diese auf eine „akzessorische Bedeutung“ (Rn. 5) zurückstufte. Ähnlich Schünemann, in: LK (Anm. 17), § 266 Rn. 166 sowie Gaede, in: Anw-StGB (Anm. 2), § 263 Rn. 1. Auch Saliger, in: Matt/Renzikowski (Anm. 2), § 263 Rn. 188 nimmt an, „dass Vermögen immer auch den wirtschaftlichen Nutzungs- und Gestaltungswert des Vermögensinhabers repräsentiert“.

²³ So bereits Rostalski RW 2015, 1, 7 f. Vgl. auch Saliger, in: Matt/Renzikowski (Anm. 2), § 263 Rn. 1: „geronnene Freiheit“; Wostry, Schadensbeziehung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betrugs (§ 263 StGB), 2016, S. 33 ff., 42.

darstellten, mit dem nichts weiter anzufangen wäre. Damit wird deutlich, dass diese – wie andere wirtschaftliche Güter – ihren eigentlichen Wert aus Sicht des Individualrechtsgüterschutzes erst durch die ihnen unsichtbar anhaftende Freiheit erlangen, damit nach eigenem Belieben verfahren zu dürfen.²⁵ Allein im Wege einer solchen Zuschreibung individueller Verfügungsmacht über Wirtschaftsgüter erwachsen diese in ein für den Einzelnen relevantes Interesse, das auch des (straf-)rechtlichen Schutzes bedarf. Anderenfalls befände sich ihr Inhaber in einem ähnlichen Dilemma wie König Midas, der zwar die Fähigkeit besaß, durch eine bloße Berührung alles zu Gold werden zu lassen, jedoch am Ende verhungerte, weil er sein Talent nicht steuern konnte.

Vor diesem Hintergrund offenbart sich zugleich der Freiheitsverlust, der mit der Verfehlung der spezifischen Verwendungsabsicht des Inhabers wirtschaftlicher Güter einhergeht. Um im Beispiel zu bleiben, handelte es sich bei Geldscheinen für ihren Inhaber nicht lediglich dann um nutzloses Papier, wenn dieser sie nicht nach seinem Belieben verwenden dürfte. Ebenso verhält es sich, wenn er sie in einer für andere rechtsverbindlichen Weise zu einem bestimmten Zweck einsetzt, dieser aber konterkariert wird. Wer Tennisbälle kauft und vom Verkäufer Fußbälle erhält, wird die von ihm anvisierte Freizeitbeschäftigung nicht ausüben können. Die mit dem Einsatz der wirtschaftlichen Güter verbundene Absicht, den eigenen Freiheitsradius in spezifischer Weise zu mehren, wurde frustriert: Dem Betroffenen ist ein Schaden entstanden. Zur Klarstellung: Dieser betrifft nach dem Gesagten nicht lediglich seine allgemeine Dispositionsfreiheit. Weil es sich um die auf einen nach rechtlichen Grundsätzen zu bestimmenden wirtschaftlichen Wert gerichtete Freiheitsausübung des Einzelnen handelt, gehört diese selbst zu seinem Vermögen, weshalb ihre Enttäuschung einen *Vermögensschaden* begründet.²⁶ So darf jedenfalls nicht außer Acht gelassen werden, dass derjenige, der Fuß- anstatt Tennisbälle erhalten hat, erstere infolge ihrer für ihn und auch nach dem vertraglich vorausgesetzten Zweck bestehenden Nutzlosigkeit zur Generierung eines Wertes weiterverkaufen muss. Das zum Erwerb einer Sache eingesetzte Geld ist aufgrund der mit dem Weiterverkauf verbundenen Aufwendungen aber *stets* mehr wert als die ihrem Preis „an sich“ entsprechende Ware – und zwar auch und gerade bei wirtschaftlicher Betrachtung.

Diese Erkenntnis spiegelt sich grundsätzlich sowohl in der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags als

auch der Zweckverfehlungslehre. Letztgenannte ermöglicht bei bewussten Vermögenseinbußen prinzipiell auch dann die Annahme eines Vermögensschadens, wenn diese den damit verbundenen Zweck nicht erfüllt.²⁷ In beiden Rechtsinstituten kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass die vermögensbezogene Dispositionsfreiheit des Schutzes bedarf und bei ihrer Verletzung ein Vermögensschaden auch dann anzunehmen sein kann, wenn die erhaltene Leistung „an sich“ dem investierten Wert entspricht, sofern sich die Investition gerade nicht auf diese erhaltene Leistung bezieht.²⁸ Für den dem BGH im Solar-

²⁷ Saliger, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 2), § 263 Rn. 214, s. dort sowie unter Rn. 148 noch dazu, dass nach verbreiteter Auffassung auch bewusste Selbstschädigungen eine Vermögensverfügung i.S.d. § 263 StGB darstellen können.

²⁸ An dieser Stelle ist nicht der Raum, auf die Notwendigkeit einer Trennung beider Rechtsfiguren einzugehen. An einer solchen bestehen jedenfalls insoweit Zweifel, als sich beide Institute auf die grundsätzliche Überlegung reduzieren lassen, dass die vermögensbezogene Dispositionsmacht des Einzelnen nicht enttäuscht werden darf (bei der Frage, ob bewusste Selbstschädigungen betrugstaugliche Vermögensverfügungen darstellen können, handelt es sich um ein eigenständiges Problem, s. dazu den Nachweis in Anm. 27). Auf der Basis des hier vertretenen Vermögensbegriffs spricht einiges dafür, allein diese Gemeinsamkeit für Fragen der Betrugsstrafbarkeit als relevant zu erachten. Diese Position hat allerdings mitunter weitreichende Konsequenzen für die in Literatur und Rechtsprechung teilweise vertretenen Fallgestalten, die unter den Begriffen des individuellen Schadenseinschlags bzw. der Zweckverfehlungslehre zusammengefasst werden (ebenfalls für einen restriktiveren Umgang mit Fällen der Zweckverfehlung spricht sich *Hefendehl*, in: MK [Anm. 17], § 263 Rn. 24 aus). Nach hier vertretener Auffassung kann es sich allein unter der Voraussetzung um eine rechtlich missbilligte Täuschung i.S.d. § 263 StGB handeln, wenn diese einen Irrtum hinsichtlich der *legitimen Verwendung von rechtlich dem Einzelnen zustehendem Vermögen* hervorruft (vgl. demgegenüber den Überblick zu den gegenwärtig vertretenen Konkretisierungsansätzen im Hinblick auf beachtliche Zwecke bei *Hefendehl*, in: MK [Anm. 17], § 263 Rn. 725). Sofern etwa beim Spendenbetrug nicht über die konkrete Verwendung der Spende getäuscht wird, sondern lediglich über den Umstand, dass die Nachbarn des Getäuschten bereits hohe Summen gespendet haben, was diesen selbst zu einer großzügigen Gabe veranlasst, liegt hierin keine unter Betrugsaspekten rechtlich missbilligte Täuschung. Sofern es bereits an dieser fehlt, scheidet die Betrugsstrafbarkeit aber aus, sodass es auf die Frage, ob dem Betroffenen ein Vermögensschaden entstanden ist, nicht mehr ankommt – sie müsste freilich mit „Nein“ beantwortet werden. Aus dem besonderen Charakter des Vermögens als liquide Freiheit folgt, dass dieses allein vor Täuschungen geschützt wird, die die Verwendung der wirtschaftlichen Güter betreffen. Sofern Letztere jedoch zu dem Zweck eingesetzt werden, den der Vermögensinhaber damit verfolgt, ist seine vermögensbezogene Dispositionsfreiheit nicht betroffen, weshalb eine Täuschung über die Motive für die Vermögensverfügung unter Betrugsaspekten nicht rechtlich missbilligt ist (ebenso *Pawlik*, Verhalten beim Betrug [Anm. 22], S. 276). S. zu dem Beispiel aber die anderslautende Entscheidung des BayObLG NJW 1952, 798 sowie *Albrecht* JZ 2015, 841, 844, deren Orientierung am „faktischen Kriterium einer Einbeziehung oder Anerkennung des Zwecks durch den Täter“ deutlich die negativen Folgen aufzeigt, die ein Außerachtlassen normativer Erwägungen mit sich bringen kann: Mit der Zweckverfehlungslehre ist nicht intendiert, den „Täter“ pauschal „in die Verantwortung für die Selbstschädigung einzubeziehen“. Verantwortlich sein kann er von

²⁵ Vorausgesetzt ist dabei, dass sich die Gemeinschaft auf ein spezifisches Wertesystem geeinigt hat, dem etwa das Geld zugeordnet werden kann. Insoweit geht mit dem hier vertretenen Vermögensbegriff auch keine „Subjektivierung“ einher, die Gefahr läuft, Täuschung und Vermögensschaden miteinander gleichzusetzen. Worin ein wirtschaftlicher Wert liegt, ist durch insbesondere zivilrechtliche Grundsätze bestimmt, sodass die Frage, was einen Vermögensbestandteil ausmacht, nicht ins willkürliche Belieben des Einzelnen gestellt ist. S. dazu bereit *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 375 ff.

²⁶ Vgl. dazu *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 2), § 263 Rn. 189, der mit Recht davon ausgeht, dass bei § 263 StGB „ein zulässiger unselbständiger von einem unzulässigen selbständigen Dispositionsschutz“ zu unterscheiden ist.

Anleihen-Beschluss zur Entscheidung vorliegenden Fall ergibt sich daraus die Konsequenz, dass ein Vermögensschaden in vollem Umfang der getätigten Investitionen anzunehmen ist. Das Vermögen weist im Gegensatz zu anderen Rechtsgütern die Besonderheit auf, dass es anderen zeitweise zur Verfügung gestellt werden kann.²⁹ Sein Inhaber hat etwa zur langfristigen Verbesserung seiner wirtschaftlichen Lage die Möglichkeit, diese Rechtsposition auf andere zu übertragen. Ein gutes Beispiel dafür bilden insoweit Risikogeschäfte, bei denen der Vermögensinhaber seine Verfügungsmacht über wirtschaftliche Güter auf einen anderen überträgt, um diesen in die Lage zu versetzen, eine Mehrung des Vermögens herbeizuführen. Für die Annahme eines Vermögensschadens kommt es in diesen Fällen mithin entscheidend darauf an, den spezifischen Verwendungszweck zu bestimmen, den der Betreffende mit der Hingabe seines Vermögens verfolgt hat. Denkbar ist hier, dass anders als in dem Solar-Anleihen-Fall keine konkrete Zweckbindung mit der Investition verbunden ist. So könnten sich die Anleger mit ihren Vertragspartnern darauf einigen, bestimmte Gelder zur freien Verfügung hinzugeben. Selbst die Vereinbarung einer spezifischen Risikogrenze kann entfallen – insoweit sind der Verfügungsfreiheit der Investoren keine Grenzen gesetzt. Sofern in einem solchen Fall nach dem Ende der Laufzeit keine Gewinne erzielt worden wären, die Anleger ihre Investition mithin in vollem Umfang verlören, läge hierin gleichwohl kein Vermögensschaden. Schließlich entspräche die Eingehung eines solchen – maximalen – Risikos der freien Entscheidung der Vermögensinhaber, weshalb auch aus normativen Gründen kein Vermögensschaden angenommen werden könnte.

Indessen verhält es sich in dem Solar-Anleihen-Beschluss anders. Hier trafen die Anleger mit den Angeklagten eine konkrete Risikovereinbarung, die sich an der mit der Investition in den Bereich der Solarenergie einhergehenden Verlustgefahr orientierte. Die Investoren waren ausschließlich dazu bereit, ihr Vermögen zur Eingehung eines solchen Risikos zum Einsatz zu bringen. Weil ihre Gelder indes zu einem ganz anderen Risiko in Gestalt hoch spekulativer Geschäfte mit Kunstobjekten verwendet wurden, liegt hierin eine Verfehlung ihrer vermögensbezogenen Dispositionsfreiheit. Diese wurde in vollem Umfang enttäuscht, weshalb eine Verrechnung mit dem durch das tatsächlich eingegangene Risiko Erlangten – abgesehen von einer Berücksichtigung auf Strafzumessungsebene bei den verschuldeten Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB) – nicht in Betracht kommt. Wie ein Fußball sich wenig zum Tennisspielen eignet, gibt es eben auch einen Unterschied zwischen Risiken. Eine „Kompensation“ kommt nicht in Betracht, wenn das Erlangte nicht dem entspricht, worauf sich die Vertragsschließenden bei einem Risikogeschäft geeinigt haben. Alles andere liefe auf die Unter-

stellung hinaus, die Investoren hätten sich auf irgendein Risiko eingelassen, wovon aber im Solar-Anleihen-Fall keine Rede sein kann. Am Rande bemerkt sei außerdem, dass in diesem Fall selbst die Zulassung einer – hier abgelehnten – Kompensation und gerade eine wirtschaftliche Betrachtung zur Annahme eines Vermögensschadens führen muss: Ein finanzieller Minderwert ergibt sich zunächst aus dem erhöhten Risiko, das den tatsächlich erworbenen Anleihen anhaftet und eine Weiterveräußerung allenfalls unter Verlust ermöglicht. Daneben treten die für die Veräußerung zu tätigen Aufwendungen, die einen weiteren Minderwert begründen.

2. Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des normativen Vermögensbegriffs trotz „Verschleifungsverbots“

Bedarf es aber im Schatten der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum „Verschleifungsverbot“ einer Revision der dargelegten Grundsätze? Zur Erinnerung: In seinem Untreue-Beschluss hat das BVerfG zum Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils ausgeführt, dass diesem nach dem gesetzgeberischen Willen ein eigenständiger Stellenwert neben der Pflichtverletzung zukommt. Die Auslegung durch den Richter „darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, d.h., es in diesem Merkmal aufgehen lassen.“³⁰ Vielmehr seien „eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten“. Hieraus folgt nach Auffassung des BVerfG: „Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.“ Auch im Hinblick auf die Betrugsstrafbarkeit hat sich das BVerfG zur Geltung des Verschleifungsverbots geäußert. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Angeklagte Lebensversicherungen abgeschlossen, um die bei Eintritt des Versicherungsfalles erzielten Summen für die Finanzierung der Organisation Al Qaida einzusetzen.³¹ Zu diesem Zweck plante er bereits bei Vertragsschluss, zu einem späteren Zeitpunkt durch Vortäuschen eines tödlichen Unfalls die Versicherungssumme zu erlangen. Der BGH hatte den Abschluss der Verträge als vollendeten Eingehungsbetrug bewertet.³² Dem stehen nach Auffassung des BVerfG jedoch der Gesetzlichkeitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG und das daraus folgende „Verschleifungsverbot“ entgegen. Dahingehend findet sich in dieser Entscheidung erneut die Aussage, normative Gesichtspunkte könnten bei der Schadensbewertung zwar eine Rolle spielen, dürften die wirtschaftliche Betrachtung aber „nicht überlagern oder verdrängen“.³³

Vornherein nur für Selbstschädigungen, die unter Betrugsaspekten eine Relevanz aufweisen, weshalb eine normative Betrachtung zwingend geboten ist. Ebenfalls kritisch Saliger, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 2), § 263 Rn. 216 m.w.N.

²⁹ Allein aus diesem Umstand folgt, dass davon entgegen Schmidhäuser, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 1983, 11/1 nicht der Persönlichkeitsschutz umfasst ist, s. auch Tiedemann, in: *LK* (Anm. 17), Vor § 263 Rn. 27.

³⁰ BVerfG NJW 2010, 3209, 3215. S. dort auch zu den nachfolgenden Zitaten aus dem Untreue-Beschluss.

³¹ BVerfG NStZ 2012, 496.

³² BGH NJW 2009, 3448, 3463 ff. = HRRS 2009 Nr. 890.

³³ BVerfG NStZ 2012, 496, 504.

Diese Grundsätze habe der BGH allerdings nicht gewahrt, da er zwar – in grundsätzlich zulässiger Weise³⁴ – einen Gefährdungsschaden angenommen, diesen aber nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise beziffert habe.

a) Inhalt des „Verschleifungsverbots“

Das „Verschleifungsverbot“ kann vor diesem Hintergrund zunächst als allgemeines Gebot der Substantiierung eines Vermögensschadens angesehen werden.³⁵ Insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens verlangt das BVerfG trotz im Einzelfall schwieriger Berechnung eine wirtschaftlich nachvollziehbare Darlegung der konkreten Schadenshöhe.³⁶ Bei bestehenden Unsicherheiten sei immerhin ein „Mindestschaden im Wege einer tragfähigen Schätzung“ zu ermitteln.³⁷ Dieses Begehren des BVerfG verdient Zuspruch. Für den Schuldpruch ist es erforderlich, immerhin einen nicht ganz unerheblichen Vermögensschaden festzustellen.³⁸ Im Anschluss daran spielt es auf der Ebene der Strafzumessung eine maßgebliche Rolle, in welcher Höhe der Vermögensschaden eingetreten ist. Sachgerecht ist in diesem Kontext auch die Erleichterung des Substantiierungsgebots durch das BVerfG selbst: Die Angabe eines Mindestschadens trägt in angemessener Weise sowohl den Interessen der Strafverfolgung als auch des Angeklagten Rechnung und ermöglicht zugleich einen prozessökonomischen Umgang mit Fällen der anspruchsvollen Berechnung eines Vermögensschadens.

Darüber hinaus ist dem „Verschleifungsverbot“ die – grundsätzlich triviale – Aussage zu entnehmen, dass für die Annahme einer Strafbarkeit jedwedes Tatbestandsmerkmal der betroffenen Sanktionsnorm erfüllt sein muss. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs verlangt neben der Täuschung u.a. auch das Vorliegen eines Vermögensschadens, weshalb ein „Zusammenfallen“ beider Tatbestandsmerkmale in dem Sinne, dass bei Annahme einer

Täuschung „automatisch“ der Vermögensschaden vorliegt, ausgeschlossen ist. Auch diese Aussage verdient Zuspruch, zumal es sich dabei um ein unmittelbar aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung folgendes Gebot handelt.³⁹ Freilich sollte sie nicht so verstanden werden, dass jedwedes gesetzlichen Tatbestandsmerkmal eine eigenständige Eingrenzungsfunktion im Hinblick auf die Strafbarkeit zukommt.⁴⁰ In Strafgesetzen enthaltene Kriterien, die keine strafbarkeitseinschränkende Funktion aufweisen, stellen keine Seltenheit dar und erweisen sich außerdem als unschädlich in Bezug auf die Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben. Zu denken ist insoweit etwa an die in § 212 Abs. 1 StGB vorgenommene gesetzliche Formulierung „ohne Mörder zu sein“, die lediglich einen – überflüssigen – Hinweis auf eine Konkurrenzregel darstellt.⁴¹ Ebenso verhält es sich im Hinblick auf die formelle Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB.⁴² Beiden Formulierungen kommt keine eigenständige, die Strafbarkeit weiter eingrenzende Bedeutung zu. Ein Verstoß gegen ein „Verschleifungsverbot“ liegt darin nicht.

b) Wahrung der Vorgaben des „Verschleifungsverbots“ durch einen normativen Vermögensbegriff

Mit den auf diese Weise zusammengefassten Vorgaben, die sich aus dem „Verschleifungsverbot“ des BVerfG ergeben, ist das hier vorgeschlagene Konzept eines normativen Vermögensbegriffs einschließlich seiner Konsequenzen für die Bestimmung des Vermögensschadens in vollem Umfang in Einklang zu bringen. Dies gilt zunächst für das Substantiierungsgebote. Im Solar-Anleihen-Fall erstreckt sich der Vermögensschaden der Anleger in voller Höhe auf die von ihnen getätigten Investitionen. Zur Berechnung des Schadens bedarf es mithin lediglich eines Blicks auf die an die Angeklagten durch die Anleger ausgezahlte Summe. Schwierigkeiten können in diesem Zusammenhang hingegen die seitens des BGH aufgestellten Anforderungen zur Schadensbestimmung mit sich bringen. In Abkehr von der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags kommt es nach dessen Auffassung darauf an, das aufgrund der Täuschung eingegangene Risiko zu berechnen und in einen Vergleich zu der Investitionssumme zu bringen, die nach vertraglicher Abrede vollständig zurückgezahlt werden sollte.⁴³ In der Praxis

³⁴ BVerfG NStZ 2012, 496, 504.

³⁵ In diese Richtung auch *Heghmanns* ZIS 2015, 102, 108; *Wostry*, Schadensbeziehung (Anm. 23), S. 27, 46 ff., der dieses Gebot allerdings nicht als auf den Bereich des Gefährdungsschadens begrenzt ansehen möchte. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich es für die Annahme eines Vermögensschadens als ausreichend erachtet werden muss, dass ein Vermögensschaden von einer gewissen Erheblichkeit festgestellt werden kann. S. dazu weiter im Text sowie Anm. 38.

³⁶ S. zur Gefahr, die Praxis durch diese Anforderungen zu überfordern, *Schünemann*, in: LK (Anm. 17), § 266 Rn. 163.

³⁷ BVerfG NJW 2010, 3209, 3215; NStZ 2012, 496, 504.

³⁸ Eine Parallele bietet hier der Körperverletzungstatbestand. Für die Annahme einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung ist es lediglich erforderlich, eine nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung der Körperintegrität bzw. Gesundheit des anderen festzustellen. Erst auf Strafzumessungsebene ist eine weitere Gewichtung vorzunehmen, die einen Schweregrad-Vergleich mit anderen Fällen der Körperverletzung zulässt. Nicht anders verhält es sich in Bezug auf § 263 StGB: Die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift scheidet nicht daran, dass der genaue Betrag des Vermögensschadens nicht beziffert werden kann. Vielmehr genügt hier die Feststellung einer nicht ganz unerheblichen Vermögensbeschädigung, die allerdings auf Strafzumessungsebene einer weiteren Einordnung jedenfalls im Sinne eines Mindestwerts bedarf, um den Vergleich mit anderen Betrugsfällen zu ermöglichen.

³⁹ So auch BVerfG NJW 2010, 3209, 3211.

⁴⁰ Vgl. *Krell* ZStW 126 (2014), 902, 905. Problematisch erscheint es daher, das „Verschleifungsverbot“ mit *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 729 m. Fn. 2158 als allgemeinen Grundsatz zu interpretieren, „wonach jedem Tatbestandsmerkmal ein eigenständiger Bedeutungsgehalt zuzumessen ist“.

⁴¹ *Fischer*, Strafgesetzbuch, 62. Aufl. 2015, § 212 Rn. 2.

⁴² *Freund/Putz* NStZ 2003, 242, 245.

⁴³ S. dazu schon oben II. In diese Richtung auch *Gaede*, in: Anw-StGB (Anm. 2), § 263 Rn. 138 f. – Nicht überzeugen kann in diesem Zusammenhang die Annahme *Tiedemanns*, in: LK (Anm. 17), § 263 Rn. 178, wonach es zur Vermeidung der Grenzverwischung zwischen Vermögensdelikt und Delikt zum Schutz der bloßen Handlungsfreiheit in Fällen des individuellen Schadenseinschlags einer Orientierung an der Beurteilung einer objektiven „Maßfigur“ bedürfe. Die Frage, ob der mit einer Vermögensverfügung verbundene Zweck erreicht wurde, ist unter allen Umständen insoweit eine „subjektive“, als diese an den Vorstellungen des Vermögensinhabers im Verfügungszeitpunkt orientiert werden muss. Sie bleibt gleichwohl eine „objektive“, da zu

dürfte diese Berechnung erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen, sodass allenfalls die Festlegung eines Mindestschadens zu erwarten ist. Weil aber nach zutreffender Umsetzung der Vorgaben eines normativen Vermögensbegriffs ein Schaden in vollem Umfang der getätigten Investitionen entstanden ist, verkompliziert diese Lösung des BGH die praktische Handhabe nicht nur unnötig, sondern ist darüber hinaus sachlich nicht angemessen.⁴⁴

Das vorliegende Konzept eines normativen Vermögensbegriffs lässt sich außerdem auch insoweit mit dem verfassungsrechtlichen „Verschleifungsverbot“ in Einklang bringen, als darin Täuschung und Vermögensschaden nicht in eins fallen. Diese Gefahr besteht allein unter den Prämissen eines auf den Schutz der bloßen Handlungsfreiheit gerichteten Vermögensbegriffs. Ein solcher verwischt den Charakter des Betrugs als Vermögensdelikt.⁴⁵

ihrer Beantwortung nicht die (willkürliche) Meinung des Getäuschten im Nachhinein ausschlaggebend ist, sondern eine sachliche Beurteilung anhand seiner ursprünglichen Vorstellungen gemessen etwa an der mit dem Täuschenden getroffenen Vereinbarung. Zu einer Umwandlung des Betrugs in ein Delikt zum Schutz der Dispositionsfreiheit kommt es nicht, wenn in einem solchen Fall eine Zweckverfehlung auch dann angenommen wird, wenn der Betreffende das Erlangte zwar nutzen kann, seine Verfügung zu diesem Zweck aber nicht vorgenommen hat (Beispiel: A investiert auf der Basis seiner Vorstellung mehrere hundert Euro in den Erwerb von Tennisbällen, um seine Fähigkeiten in dieser Sportart künftig auszubilden, erhält aber täuschungsbedingt Fußballbälle: Hier ist ein Schaden unabhängig davon gegeben, ob A dem Beruf des Fußballprofis oder des Balletttänzers nachgeht [zum sogar bei rein wirtschaftlicher Betrachtung anzunehmenden Minderwert der Ware im Verhältnis zu den entsprechenden flüssigen Mitteln vgl. bereits oben III.]). Vielmehr garantiert die Beibehaltung des Betrugs als Vermögensdelikt allein die notwendige Bezugnahme der Dispositionsfreiheit des Einzelnen zu einem rechtlich anerkannten Wirtschaftsgut – die Perspektivfrage bei der Zweckverfehlung hat damit nichts zu tun, weshalb *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 693 die Maßstabsperson des „sachlichen Beurteilers“ auch lediglich zur Vermeidung einer Abhängigkeit von der „beliebigen Einschätzung des Vermögensträgers“ heranziehen möchte. S. dazu ferner *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 2), § 263 Rn. 208.

⁴⁴ Auch bei konsequenter Geltung eines normativen Vermögensbegriffs kann die Schadensberechnung Schwierigkeiten aufwerfen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn – anders als in der Solar-Anleihen-Entscheidung – der Getäuschte nicht etwas ganz anderes als das Vereinbarte erhält, sondern lediglich eine Sache, die sich in geringerem Umfang als zugesagt zu dem verfolgten Verwendungszweck eignet (s. zum klassischen Beispiel des Melkmaschinen-Falls BGH NJW 1962, 309 sowie *Hefendehl*, in: MK [Anm. 17], § 263 Rn. 690). Bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs bedarf es auf der Ebene der Schadensfeststellung der Berücksichtigung etwaiger Kompensationen, was mitunter anspruchsvolle Berechnungen nach sich ziehen kann.

⁴⁵ Der Vorwurf wird insbesondere gegenüber der personalen Vermögenslehre erhoben, wie sie sich bei *Bockelmann* JZ 1952, 461, 464; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2002, § 38 Rn. 7; *dems.*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 34 ff.; *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1990, S. 116 ff. findet, s. dazu *Schünemann*, in: LK (Anm. 17), § 266 Rn. 166 sowie allgemein *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263

Unter dieser Voraussetzung spielt der „Vermögensschaden“ als eigenständiges Tatbestandsmerkmal in der Tat keine Rolle: Sofern eine Täuschung erfolgt ist, liegt hierin die Verletzung der Dispositionsfreiheit des Einzelnen. Insoweit zeigt sich auch, dass die unter dem Begriff des „Verschleifungsverbots“ gehegten Bedenken des BVerfG für die Betrugsstrafbarkeit keinen wirklich neuen Gedanken aufwerfen: Das Reißen und Ziehen um den Charakter des Betrugs als Delikt zum Schutz des Vermögens und gerade nicht der reinen Dispositionsfreiheit bestimmt seit jeher die Diskussion um die zutreffende inhaltliche Bestimmung des Vermögensbegriffs und die daraus resultierenden Konsequenzen für die Annahme eines Vermögensschadens.⁴⁶ Im „Verschleifungsverbot“ kann im Hinblick darauf lediglich eine verfassungsgerechte Stellungnahme gegen den bloßen Schutz der Dispositionsfreiheit gesehen werden. Einen solchen intendiert der hier vertretene normative Vermögensbegriff indes nicht. Ursächlich dafür ist der Umstand, dass nicht jedwede Dispositionsfreiheit der Person in den Schutzbereich des Betrugsverbots aufgenommen wird. Vielmehr muss es sich nach dem Gesagten um die auf den Umgang mit wirtschaftlichen Gütern bezogene Dispositionsfreiheit handeln.⁴⁷ In der Folge kann sich ein Schaden daher unter keinen Umständen allein aus dem Vorliegen einer rechtlich missbilligten Täuschung ergeben. Vielmehr bedarf es dafür zwingend einer Vermögensverfügung – die Täuschung allein bewirkt eine solche gerade nicht.⁴⁸ In Fällen des individuellen Schadenseinschlags wie etwa der Solar-Anleihen-Entscheidung des BGH ergibt sich ein Schaden des Getäuschten jedenfalls aus dem Umstand, dass er eine auch wirtschaftlich betrachtet minderwertige Leistung erhalten hat. Dem Vermögensschaden kommt daher bei Geltung eines normativen Vermögensbegriffs durchaus ein eigenständiger Stellenwert gegenüber den übrigen Tatbestandsmerkmalen des Betrugs zu. Dies gilt im Übrigen nicht allein für das Verhältnis zwischen Täuschung und Schaden: Auch eine „Verschleifung“ von Vermögensverfügung und Schaden droht nicht, handelt es sich bei der erstgenannten doch nicht um ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Wenn das „Verschleifungsverbot“ auf sie gleichwohl Anwendung finden sollte,⁴⁹ bleibt es dennoch

Rn. 357 ff., 362 ff.; *Tiedemann*, in: LK (Anm. 17), Vor § 263 Rn. 29 f.

⁴⁶ S. insoweit nur die eindrucksvolle Auseinandersetzung *Kindhäusers*, in: NK (Anm. 24), § 263 Rn. 25 ff. mit einem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

⁴⁷ S. zu dieser entscheidenden Konkretisierung schon oben IV. 1.

⁴⁸ Ebenso in Bezug auf die Zweckverfehlungslehre *Hefendehl*, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 729.

⁴⁹ So *Schlösser* HRRS 2011, 254, 256 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des § 263 StGB. Weil das „Verschleifungsverbot“ Ausfluss des Gesetzlichkeitsgrundsatzes ist, erscheint es aber wenig überzeugend, seine Geltung auch auf ungeschriebene Tatbestandsmerkmale erstrecken zu wollen. Die historische Entstehung der heutigen Fassung des § 263 StGB ändert nichts daran, dass die Vermögensverfügung als eigenständiges Merkmal nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat. Darüber hinaus macht der bloße Umstand allein, dass die Vermögensverfügung als im Tatbestand des Betrugs „versteckt“ angesehen werden kann, diese nicht zu einem geschriebenen Merkmal. S. außerdem die weitere Kritik bei *Krell* ZStW 126 (2014), 902, 918.

allein die Ebene des Vermögensschadens, auf der Fragen einer etwaigen Schadenskompensation Bedeutung entfalten.⁵⁰

3. Das „Verschleifungsverbot“ bedeutet keine Absage gegenüber einem normativen Vermögensbegriff

Eine Unvereinbarkeit des normativen Vermögensbegriffs mit dem „Verschleifungsverbot“ ließe sich auf dieser Basis allein unter der Annahme begründen, dass sich darin eine generelle Absage der Verfassungsrichter gegenüber jedweder Einbeziehung normativer Gesichtspunkte zur Schadensbestimmung finde. Hiervon kann indes keine Rede sein.⁵¹ Gegen eine solche Interpretation des „Verschleifungsverbots“ sprechen bereits die Ausführungen des BVerfG selbst, das normativen Erwägungen lediglich die Berechtigung abspricht, die wirtschaftliche Betrachtung vollends zu verdrängen. Im Übrigen können sie bei der Bewertung von Schäden durchaus „eine Rolle spielen“. Dem entspricht aber ein Vermögensbegriff, der die auf wirtschaftliche Güter bezogene Dispositionsfreiheit umfasst. Normative und wirtschaftliche Gesichtspunkte stehen darin nebeneinander, weshalb es für die Annahme eines Vermögensschadens beim Betrug analog der Mahnung des BVerfG im Untreue-Beschluss nicht genügt, diesen „per se“ mit der abredewidrigen Verwendung des Vermögens zu begründen. Vielmehr muss diese auch einen Vermögensnachteil des Betroffenen bewirken haben, was aber gewährleistet ist, sofern – wie hier – der Schutz des Betrugsverbots nicht auf die bloße Dispositionsbefugnis ausgedehnt wird.

Insoweit liegen die verfassungsgerichtlichen Vorgaben des „Verschleifungsverbots“ auf einer Linie mit der Erkenntnis, dass eine rein wirtschaftliche Bestimmung von Vermögensschäden ihrerseits an Grenzen stößt. Ohne die Bezugnahme auf normative Gesichtspunkte kann ein Schaden nicht bestimmt werden. Grund dafür ist die an früherer Stelle dargelegte, zwingende Verknüpfung individueller Dispositionsfreiheit mit wirtschaftlichen Gütern, die allein es ermöglicht, letzteren einen „Wert“ zuzuschreiben.⁵² Gelöst von jener, dem jeweiligen Gut unsichtbar anhaftenden Verfügungsfreiheit seines Inhabers handelte es sich dabei um kein für ihn relevantes Interesse, das des (straf-)rechtlichen Schutzes bedürfte.

In der Konsequenz geht jedweder wirtschaftlichen Betrachtung notwendig eine normative voraus.⁵³

Gegen einen normativen Vermögensbegriff lässt sich zuletzt auch nicht die Entscheidung des BVerfG im Lebensversicherungsfall ins Feld führen. Zwar ist dem BVerfG darin zuzustimmen, dass kein vollendeter Eingehungsbetrag in dem Abschluss einer Lebensversicherung zu sehen ist, bei dem der Versicherungsnehmer bereits späteres deliktisches Verhalten zur Herbeiführung des Versicherungsfalles plant. Der Grund dafür liegt indes – anders als das BVerfG meint – nicht in dem Verstoß gegen das aus dem „Verschleifungsverbot“ resultierende Substantiierungsgebot. Dieses sah das BVerfG angesichts der Tatsache als verletzt an, dass der BGH sich in seiner Entscheidung zwar auf die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens berief, indes keine weitere Berechnung seiner genauen Höhe als erforderlich erachtete.⁵⁴ Wenngleich dem BVerfG im Ergebnis zuzustimmen ist, setzt dessen Kritik an der Entscheidung des BGH jedoch an zu später Stelle an. So kann in der Vereinbarung einer Lebensversicherung in der Absicht, zu einem späteren Zeitpunkt über den Versicherungsfall zu täuschen, keine unter Betrugsaspekten rechtlich missbilligte Täuschung gesehen werden. Zwar erweckt der Angeklagte durch den Abschluss des Vertrags möglicherweise konkludent den unzutreffenden Eindruck, künftig keine Handlungen vorzunehmen, die auf eine Vortäuschung des Versicherungsfalles hinauslaufen. Indes ist der auf diese Weise hervorgerufene Irrtum des Versicherungsgebers keiner, vor dem das Betrugsverbot schützt. Grund dafür ist der Umstand, dass der Plan späteren deliktischen Verhaltens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls die Annahme rechtfertigt, es hier mit einem in Bezug auf ein später zu erwartendes Vortäuschen des Versicherungsfalles gefährlichen Vertragspartner zu tun zu haben.⁵⁵ Die Vermögensinteressen der Versicherung sind bei Abschluss des Vertrags dadurch jedoch nicht berührt.⁵⁶ Zwar kann gesagt werden, dass für die Versicherung in einem solchen Fall tatsächlich ein höheres Risiko besteht, als es aus den vertraglichen Vereinbarungen ersichtlich ist.⁵⁷ In der Folge sei ihre vermögensbezogene Dispositionsfreiheit tangiert, weshalb von einem rechtlich relevanten Betrugsverhalten ausgegangen werden könne. Eine solche Argumentation übersieht jedoch den spezifischen Charakter der Risiken, auf die sich der Versicherungsgeber mit dem Versicherungsnehmer verständigt. Insoweit lohnt der Vergleich mit dem Beispiel des Verschweigens einer tödlich verlaufenden Erkrankung im

⁵⁰ Vor diesem Hintergrund problematisch ist die Annahme Hefendehls, in: MK (Anm. 17), § 263 Rn. 729, dass erst auf der Ebene des Vermögensschadens das Problem aufgeworfen werde, „inwieweit Fragen der Zweckverfehlung eine normative Relevanz entfalten“. Nach hier vertretener Auffassung müssen die unter diesem Gesichtspunkt allgemein diskutierten Problemkreise teilweise bereits auf der Ebene der rechtlich missbilligten Täuschung Berücksichtigung finden: Sofern die Fehlvorstellung des Getäuschten unter Betrugsaspekten keine Relevanz aufweist, fehlt es bereits an der betrugsrelevanten (spezifisch missbilligten) Täuschung. S. dazu Anm. 28, 60.

⁵¹ Auch Saliger, in: Matt/Renzikowski (Anm. 2), § 263 Rn. 184 kommt zu dem Ergebnis, dass das BVerfG lediglich eine „primär wirtschaftliche Schadenslehre“ verlangt (Hervorhebung f. R.).

⁵² S. oben IV. 1.

⁵³ In diese Richtung Saliger, in: Matt/Renzikowski (Anm. 2), § 263 Rn. 159: „(...) jede Vermögens- (und Schadens-)lehre ist auch normativ“ (Hervorhebung im Original).

⁵⁴ BVerfG NStZ 2012, 496, 504. Zustimmend Saliger, in: Matt/Renzikowski (Anm. 2), § 263 Rn. 229, 241.

⁵⁵ Die Gefährlichkeit einer Person kann für sich genommen keine rechtlichen Ver- oder Gebote begründen. Vielmehr kommen insoweit ausschließlich gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen in Betracht, s. Timm, Gesinnung und Straftat – Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012, S. 86 f., 111 ff., 118 ff.

⁵⁶ Auch Hefendehl, in: MK (Anm. 17) stuft das Verhalten als straflose Vorbereitung ein.

⁵⁷ In dieser Richtung BGH NJW 2009, 3448, 3464.

Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁵⁸ Hierbei handelt es sich um ein bereits bei Abschluss der Versicherung konkret vorliegendes Risiko, vor dem sich die Versicherung durch entsprechende Rückfragen an den Versicherungsnehmer schützen möchte. Im Gegensatz zu dem Vorhaben *späteren* deliktischen Verhaltens ist dieses Risiko Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen und nicht mehr von einer mitunter erheblichen Anzahl an weiteren Entscheidungen und Handlungen des Versicherungsnehmers abhängig. Der Vergleich gegenüber dem Verschweigen einer lebensbedrohlichen Erkrankung zeigt mithin, dass es sich bei dem bloßen Vorhaben deliktischen Verhaltens nicht um ein die Vermögensinteressen des Versicherungsgebers bei Vertragsschluss in rechtlich relevanter Weise berührendes Risiko handelt. Wenngleich eine rein wirtschaftliche Betrachtung wegen des gesteigerten Risikos für den Versicherungsgeber hier zur Annahme eines Schadens führen könnte, ist dieses Ergebnis aus normativen Gründen gesperrt.⁵⁹ Eine entsprechende Täuschung ist jedenfalls unter Betrugsaspekten nicht rechtlich relevant, weshalb bereits aus diesem Grund eine Strafbarkeit im Lebensversicherungsfall abzulehnen ist.⁶⁰

⁵⁸ Auch in dem Lebensversicherungs-Fall hatte der Angeklagte über eine Vorerkrankung getäuscht (BGH NJW 2009, 3448, 3464). In Abhängigkeit davon, inwieweit hieraus ein erhöhtes Risiko für die Versicherung resultierte, könnte dies eine rechtlich missbilligte Täuschung begründen, die auch einen Vermögensschaden hätte zur Folge haben können. Indes fehlen hierzu hinreichende Angaben in der Entscheidung des BGH, zumal die Annahme eines Gefährdungsschadens allein auf den deliktischen Plan des Angeklagten gestützt wird. Das BVerfG greift diesen Aspekt selbst nicht mehr auf.

⁵⁹ Ähnliche Probleme ergeben sich beim Anstellungsbetrug: Sofern der Bewerber Vorstrafen wegen Diebstahls verschweigt, und zugleich plant, seinen künftigen Arbeitgeber ebenfalls zu bestehlen, liegt hierin im Grundsatz noch keine rechtlich relevante Täuschung. Anders verhält es sich allenfalls, wenn es sich um die Bewerbung um eine Position handelt, die besonderes Vertrauen in den jeweiligen Arbeitnehmer voraussetzt (bspw. bei signifikanten Freiheitsräumen im Umgang mit dem Vermögen des Arbeitgebers; s. dazu Fischer, StGB [Anm. 41], § 263 Rn. 154).

⁶⁰ Hierin liegt im Übrigen keine „beim Opfer ansetzende normative“ Ausgrenzung, die Gefahr läuft, ihrerseits gegen das „Verschleifungsverbot“ zu verstoßen (zu entsprechen-

V. Fazit

Die Entscheidungen des BVerfG zum „Verschleifungsverbot“ beinhalten keine Absage gegenüber einem normativen Vermögensbegriff. Ohne normative Kriterien ist die Bestimmung eines Vermögensschadens beim Betrug ausgeschlossen. Dem trägt ein Vermögensbegriff Rechnung, der die Dispositionsfreiheit des Einzelnen im Hinblick auf die ihm rechtlich zustehenden wirtschaftlich oder in sonstiger Weise wertvollen Güter umfasst. Ihm gelingt sowohl die verfassungsrechtlich gebotene Substantiierung der konkreten Schadenshöhe als auch die Wahrung des eigenständigen Gehalts sämtlicher Tatbestandsmerkmale beim Betrug. Mit dieser Maßgabe sind gegen die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags sowie die Zweckverfehlungslehre keine Einwände zu erheben, soweit es dabei um den Schutz des Einzelnen geht, über die konkrete Verwendung eines ihm rechtlich zustehenden Vermögensbestandteils zu verfügen. Dem BGH ist vor diesem Hintergrund zu raten, sich in seiner bisherigen Anerkennung beider Rechtsinstitute nicht weiter irritieren zu lassen. Anderenfalls droht in dem Bemühen, vermeintlichen verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu entsprechen, Richtiges mit Unrichtigem verschliffen zu werden. Ein solches „Verschleifungsverbot“ gilt aber auch für höchstrichterliche Argumentationen und sollte im Rahmen künftiger Judikate zum Vermögensschaden Beachtung finden.

den Bedenken s. Saliger, in: Matt/Renzikowski [Anm. 2], § 263 Rn. 27). Die Erkenntnis, dass im Lebensversicherungsfall bereits das Vorliegen einer rechtlich missbilligten Täuschung abzulehnen ist, trägt vielmehr der Trennung von Verhaltens- und Erfolgsunrecht Rechnung, wie es § 263 StGB verlangt. Insoweit geht es nicht darum, bestimmte irrtumsbedingte Dispositionen des Opfers etwa im Sinne einer viktimodogmatischen Position als nicht schutzwürdig herauszustellen, weshalb die normative Betrachtung auch nicht am Opfer ansetzt, sondern an der erforderlichen rechtlichen Beurteilung des Täterverhaltens. S. grundsätzlich zur notwendigen normativen Betrachtung der Täuschung in § 263 StGB Gaede, in: Festschrift für Roxin, Band 2, 2011, S. 967, 974 ff.; Kubiciel HRRS 2015, 382, 384 f.

HRRS-Praxishinweis: Zur Auslegung der Staatsschutzklausel in § 89a StGB im Lichte der Rechtsprechung des BGH

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27. Oktober 2015 – 3 StR 218/15 = HRRS 2015 Nr. 1112

Von Staatsanwalt Dr. Stefan Biehl*

I. Einleitung

Der Tatbestand des § 89a StGB – Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat – ist eine Strafnorm, die für viele Strafuristen ein eher unbekanntes Terrain darstellt, jedoch für die heutige Terrorismusbekämpfung erhebliche Bedeutung erlangt hat. Zuletzt befasste sich der Bundesgerichtshof zweimal kurz hintereinander mit dieser Vorschrift. Der für Staatsschutzstraf-taten zuständige 3. Strafsenat hatte sich – nach 2014 – im Oktober 2015 erneut mit der Anwendung der Strafnorm des § 89a StGB zu befassen. Wiederum legte er Hand an diese Vorschrift an, so dass man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, dass dem Senat sowohl dieser Tatbestand als auch seine Rechtsanwendungspraxis nicht behagt. Das Urteil vom 8. Mai 2014¹ scheint vordergründig den § 89a StGB noch „retten“ zu wollen. Der Senat äußerte sich in den Gründen ausführlich zu der seit der Erschaf-fung der Vorschrift im Jahr 2009 laut gewordenen Kritik² an der Verfassungsmäßigkeit des § 89a StGB. Er versuch-

te die Zweifler zu beschwichtigen, indem er eine verfas-sungskonforme Auslegung der Norm vornahm. Hierfür wurde eigens das dem materiellen Strafrecht bislang unbekanntes subjektive Erfordernis des „Fest-Entschlossenseins“ des Vorbereitungstäters zur Bege-hung der eigenen späteren Gewalttat kreiert.³ In der neuen Entscheidung vom 27. Oktober 2015 ist es die Staatsschutzklausel in § 89a Abs. 1 StGB, die der 3. Strafsenat ins Visier nimmt. Er versucht – letztlich durch eine teleologische Auslegung – an dieser Stell-schraube zu drehen und die Anwendung der Vorschrift einzudämmen.

II. Urteilsinhalt

1. Dem 3. Strafsenat lag ein Urteil des Landgerichts München I zur Entscheidung vor. Nach den dortigen Feststellungen reiste die Angeklagte zu Beginn des Jahres 2014 gemeinsam mit ihren beiden minderjährigen Töch-tern nach Syrien, um dort als Zweitfrau eines Angehöri-gen der „Jabhat al-Nusra“, der gegen die Regierungstrup-pen kämpfte, in der dortigen Familie aufgenommen zu werden. Die Angeklagte besaß für beide Töchter das Sorgerecht, während dem getrenntlebenden Vater ein Umgangsrecht zustand. Sie selbst sympathisierte auch mit der Gruppierung „Jabhat al-Nusra“. Aufgrund der kriegerischen Auseinandersetzungen mussten sie mehr-fach den Wohnort wechseln. Während ihres Aufenthalts in Syrien wurde die Angeklagte von ihrem „Ehemann“ im Umgang mit einer Maschinenpistole und einem Sturm-gewehr der Marke Kalaschnikow unterwiesen. Sie besa-ßen zudem Handgranaten, um sich im Notfall gegen Soldaten der syrischen Armee oder Kämpfer gegnerischer Gruppierungen verteidigen zu können. Die Angeklagte war bereit, bei einem Angriff diese Waffen zur Verteidi-gung einzusetzen und dabei die Angreifer gegebenenfalls zu töten. Im Mai 2014 kehrte sie mit ihren Töchtern nach Deutschland zurück. Das Landgericht München I verur-

* Der Verf. ist derzeit abgeordnet an den Generalbundesan-walt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, und dort in der Terrorismusabteilung tätig. Der Aufsatz gibt die persönli-che Meinung des Verf. wieder.

¹ BGH, Urteil vom 8. Mai 2014, 3 StR 243/13, BGHSt 59, 218 = NJW 2014, 3459 = HRRS 2014 Nr. 929.

² Siehe *Backes* StV 2008, 654; *Beck* in FG Paulus (2009), S. 15 ff.; *Cancio Melia* GA 2012, 1; *Deckers/Heusel* ZRP 2008, 169; *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling* NStZ 2009, 593; *Gazeas* in HK-AnwK-StGB, 2. Aufl. (2015), § 89a Rdn. 6 ff.; *Gierhake* ZIS 2008, 397; *Hellfeld*, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (2011), S. 285 ff.; *Kauffmann* Jura 2011, 257; *Montag* DRiZ 2008, 141; *Mertens*, Das Ge-setz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staats-gefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009 (2012), S. 208 ff.; *Mitsch* NJW 2008, 2295; *ders.* NJW 2015, 209; *Paeffgen* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 89a Rdn. 1 ff.; *Radtke/Steinsiek* ZIS 2008, 383; *ders.* JR 2010, 107; *Schäfer* in MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 89a Rdn. 5 ff.; *Sieber* NStZ 2009, 353; *Valerius* GA 2011, 696; *Weißer* ZStW 121 (2009), 131; *Zöllner* Terroris-musstrafrecht – Ein Handbuch (2009), S. 562 ff.; *ders.* GA 2010, 607; *ders.* in SK-StGB, 132. Lfg. (April 2012), § 89a Rdn. 4 ff.

³ BGH, Urteil vom 8. Mai 2014, 3 StR 243/13, BGHSt 59, 218 (239) = NJW 2014, 3459 (3465) = HRRS 2014 Nr. 929 Rdn. 45.

teilte die Angeklagte wegen der Entziehung Minderjähriger gemäß § 235 StGB. Die Revision der Staatsanwaltschaft richtete sich allein gegen die unterbliebene Verurteilung wegen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB. Der Bundesgerichtshof verwarf die Revision der Staatsanwaltschaft und ergänzte den Urteilstenor des landgerichtlichen Urteils lediglich um den klarstellenden Ausspruch eines Freispruchs „im Übrigen“, d.h. im Hinblick auf den Tatbestand des § 89a StGB.

2. Das Revisionsurteil ist in zwei Teile zu untergliedern. Zum einen befasst es sich mit dem konkret vorgelegten Sachverhalt, darüber hinaus enthält es allgemeine Erwägungen zum Umgang mit dem der Entscheidung zugrundeliegenden Tatbestand des § 89a StGB.

Auf den vorgelegten Fall bezogen führt der 3. Strafsenat im Wesentlichen aus, dass die Handlungen der Angeklagten nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils die Voraussetzungen der in § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB normierten Staatsschutzklausel nicht erfüllen.⁴ Die Angeklagte habe sich zwar im Sinne des § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Syrien im Umgang mit einer Maschinenpistole und einem Sturmgewehr des Typs Kalaschnikow – mithin Waffen im Sinne dieser Vorschrift – unterweisen lassen. Die Unterweisung erfolgte jedoch nicht zur Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat im Sinne der Vorschrift. Denn die Angeklagte sei nicht fest entschlossen dazu gewesen, mit einer schweren Gewalttat im Sinne des § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB die innere oder äußere Sicherheit eines Staates zu beeinträchtigen. Vielmehr plante sie, die Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Bedienung der in der Familie vorhandenen Waffen im Notfall nutzen zu wollen, um sich und ihre Kinder gegen Angriffe von am bewaffneten Konflikt in Syrien beteiligten Gruppierungen zu verteidigen. Es gelte auch nichts anderes, soweit sich die Verteidigung auch gegen Angriffe staatlicher Streitkräfte richte, selbst wenn sich die handelnde bzw. sich verteidigende Person bei einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung aufhalte und sogar mit dieser Organisation sympathisiere.⁵ Der BGH begründet dies insbesondere mit der ratio legis, die auf die Verfolgung des terroristischen Einzeltäters abzielt, und „nicht auf Fälle, in denen wie hier eine Person, die sich in dem Gebiet eines im außereuropäischen Ausland stattfindenden bewaffneten Konflikts aufhält, ohne sich an diesem aktiv durch eigene Gewalttaten zu beteiligen, von einem Familienangehörigen in die Bedienung der der Familie zur Verfügung stehenden Waffen eingewiesen wird, um sich mit diesen bei einem Angriff einer der Konfliktparteien auf Leib und Leben gegen die konkret angreifenden Personen verteidigen zu können“.⁶

3. Über den entschiedenen Einzelfall hinaus greift der 3. Strafsenat die Anwendung der Staatsschutzklausel

allgemein an. Er fordert die Strafanwendungspraxis – quasi obiter dictum – dazu auf, die Vorschrift wegen ihres Sinn und Zwecks sowie aufgrund völkerrechtlicher Grundsätze – wie demjenigen der „Nichteinmischung“ – auf ausländische Sachverhalte, die sich insbesondere „in einem bereits lange andauernden bewaffneten Konflikt ereignen, der sich auf dem Gebiet eines oder mehrerer ausländischer Staaten zuträgt“ und „durch massive Gewalttaten der an dem Konflikt beteiligten zahlreichen Parteien geprägt wird“, zurückhaltend anzuwenden.⁷ Der Senat führt weiter aus, dass die Vorschrift ansonsten „bezüglich ihrer materiell-rechtlichen Voraussetzungen überdehnt bzw. entgrenzt [werde], wollte man sie in extensiver Weise auf die Vorbereitung jedweder die äußere oder innere Sicherheit eines beliebigen Staates dieser Welt gefährdenden Gewalttat anwenden“.⁸ Weitere Ausführungen, wie eine solche zurückhaltende Anwendung erfolgen soll, enthält die Entscheidung nicht.

III. Bewertung

Das Urteil des 3. Strafsenats vom 27. Oktober 2015 ist die zweite höchstrichterliche Entscheidung zu § 89a StGB. Auf den ersten Blick möchte man meinen, dass sie grundlegende Kriterien zum Umfang der Anwendbarkeit der Norm enthält. Doch in ihrer praktischen Bedeutung reicht sie bei weitem nicht an die Urteilsgründe der ersten höchstrichterlichen Entscheidung zu § 89a StGB vom Mai 2014 heran. Hierfür ist die aktuelle Entscheidung zu unkonkret und unbestimmt. Dennoch bedarf das Urteil in zweierlei Hinsicht der näheren Betrachtung.

1. Anwendung auf den konkreten Einzelfall

Bei der Anwendung auf den konkreten Einzelfall erfolgt zum ersten Mal im Rahmen des § 89a StGB eine nähere Definition der Staatsschutzklausel in § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB. Der 3. Strafsenat nimmt eine klare und deutliche Grenzziehung vor und bestimmt bei der Anwendung auf den konkret zu entscheidenden Sachverhalt, wieso dort die Grenzen der Anwendbarkeit der Strafvorschrift des § 89a StGB überschritten sind und eine Subsumtion unter die Norm nicht erfolgen kann. Hierzu wird festgestellt, dass es gerade nicht genüge, in die Bedienung von Waffen unterwiesen zu werden, wenn diese lediglich reaktiv und mit Verteidigungswillen eingesetzt werden sollen. Erweiternd wird festgestellt, dass dies auch dann gelten solle, wenn sich die unterwiesene Person im Dunstkreis einer terroristischen Vereinigung bewegt. Diesem Verständnis der Norm ist ausdrücklich zuzustimmen. Eine weitergehende Anwendung entspräche nicht der ratio legis. Die Staatsschutzklausel in § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB schützt den Bestand oder Sicherheit eines jeden völkerrechtlich anerkannten Staates. Hierunter zu zählen sind sowohl die äußere als auch die innere Sicherheit des Staates. Eine Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die vorbereitete Tat nach den Umständen geeignet wäre, das innere Gefüge eines Staates zu

⁴ Vgl. Urteil des BGH vom 27. Oktober 2015, 3 StR 218/15, Rdn. 8 = NJW 2016, 260 = HRRS 2015 Nr. 1112, Rdn. 8.

⁵ So der amtliche Leitsatz zum Urteil des BGH vom 27. Oktober 2015, 3 StR 218/15 = NJW 2016, 260 = HRRS 2015 Nr. 1112.

⁶ BGH, Urteil vom 27. Oktober 2015, 3 StR 218/15, Rdn. 14 = NJW 2016, 260 (261) = HRRS 2015 Nr. 1112, Rdn. 14.

⁷ BGH, Urteil vom 27. Oktober 2015, 3 StR 218/15, Rdn. 14 = NJW 2016, 260 (261) = HRRS 2015 Nr. 1112, Rdn. 14.

⁸ BGH, Urteil vom 27. Oktober 2015, 3 StR 218/15, Rdn. 14 = NJW 2016, 260 (261) = HRRS 2015 Nr. 1112, Rdn. 14.

beeinträchtigen.⁹ Eine restriktive Auslegung des Begriffs der inneren Sicherheit, wie sie *Paeffgen*¹⁰ vornimmt, indem nur Tötungen einer Vielzahl von Menschen mit gemeingefährlichen Mitteln aus politischen Beweggründen bzw. gezielte Geiselnahmen oder Tötungen von Repräsentanten des Staates hierunter subsumieren möchte, ist abzulehnen. Sie entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich von „Anschlägen“, „Selbstmordattentaten“ bzw. „terroristischen Verbrechen“¹¹ ausgeht, ohne weitere Eingrenzung oder Konkretisierung. Hierdurch wird auch deutlich, dass es sich um aktiv geplante schwere Gewalttaten handeln muss, zu deren Vorbereitung beigetragen wird. Solche sind geeignet, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates (weiter) zu beeinträchtigen. Die Urteilsgründe des landgerichtlichen Urteils stellen jedoch lediglich einen beabsichtigten Waffeneinsatz in quasi notwehrähnlicher Situation fest. Zu Recht geht der BGH deshalb davon aus, dass die Staatsschutzklausel weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht erfüllt ist.

2. Weitergehender allgemeiner Hinweis des Gerichts

a) Wesentlich beachtlicher ist jedoch, dass sich der 3. Strafsenat über den konkreten Einzelfall hinaus dazu veranlasst gesehen hat, einen allgemeinen Hinweis zu erteilen. Dieser ist näher zu betrachten, da er – mit ungenauen Formulierungen operierend – den Anspruch erhebt, völkerrechtlich zwingend auf eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift hinzuwirken und eine Änderung der bisherigen Strafanwendungspraxis zu erreichen. Interessant ist die Anmerkung des Senats, dass der Hinweis deshalb erfolge, weil nach dem „eindeutigen Gesetzeswortlaut“ von der Staatsschutzklausel alle ausländischen Staaten, auch soweit es sich hierbei um Diktaturen oder sonstige Unrechtsstaaten handle, mit umfasst seien.¹² Deshalb habe eine „zurückhaltende Anwendung“ der Vorschrift zu erfolgen.

b) Fraglich ist, ob hierbei tatsächlich die „Anwendung“ und nicht eine „Auslegung“ gemeint ist. Das deutsche Strafrecht kennt ein besonders normiertes Strafanwendungsrecht, welches den zeitlichen, örtlichen und sachlichen Anwendungsbereich von Strafvorschriften, deren tatbestandliche Normvoraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind, festlegt. Hierzu zählen z.B. die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts für Auslandssachverhalte, bestimmte formelle Erfordernisse wie Strafanträge und Ermächtigungen sowie die Verjährungsregelungen. Dies sind alles konkret im StGB normierte Bestimmungen. Darüber hinaus ist eine Ermessensentscheidung der Strafverfolgungsbehörden bei der Frage, ob ein konkreter Sachverhalt strafrechtlich verfolgt werden soll oder nicht, über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus nicht möglich. Bei einer Nichtverfolgung droht sogar eine strafrechtliche

Verfolgung gemäß § 258a StGB wegen Strafvereitelung im Amt.

Die Entscheidung des 3. Strafsenats ist vielmehr so aufzufassen, dass bei der Auslegung der Staatsschutzklausel entgegen dem „eindeutigen Gesetzeswortlaut“ Zurückhaltung geübt werden soll. Dies zum einen, soweit es sich um Diktaturen und Unrechtsstaaten handle, zum anderen wenn es um Vorbereitungshandlungen in lange andauernden bewaffneten Konflikten gehe, die wesentlich durch massive Gewalthandlungen geprägt seien. Der 3. Strafsenat spielt hier unzweifelhaft auf den Syrien-Irak-Konflikt an, ohne dies jedoch ausdrücklich zu benennen. Ihm scheint die derzeit gängige Anwendungspraxis, alle sich dort abspielenden Sachverhalte, in die deutsche Staatsangehörige involviert sind, unter § 89a StGB zu subsumieren, zu missfallen. Dies soll durch den Hinweis auf eine „zurückhaltende Anwendung“ unterbunden werden, also durch eine Auslegung der Staatsschutzklausel dahingehend, dass diese Fallgestaltungen nicht mehr unter diese Norm zu subsumieren sind. Wieso der Senat hier nicht Farbe bekennt und weder die Fallgestaltungen konkreter bezeichnet, noch ausdrücklich eine Nichtanwendung hierfür anordnet, ist auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar. Bei näherer Betrachtung kommt man jedoch zu dem Ergebnis, dass dies damit zusammenhängen könnte, dass der Senat erkannt hat, dass es sich ansonsten um eine Grenzziehung gegen den ausdrücklichen Wortlaut und auch gegen den Willen des Gesetzgebers, also *contra legem*, handeln würde. Deshalb operiert der BGH mit der vagen Formulierung der „zurückhaltenden Anwendung“ bzw. Auslegung, ohne dies näher auszugestalten. Vor allem werden keine weiteren Kriterien genannt, wie die Zurückhaltung konkreter ausgestaltet sein soll.

c) Die vom Senat eigens entwickelte Fallkonstellation ist als taugliches Abgrenzungskriterium unbrauchbar. Sie enthält in ihrer Beschreibung mehrere unkonkrete Merkmale, die eine Abgrenzung diffizil machen würden. So ist das Heranziehen der Zeitdauer eines bewaffneten Konflikts („lange andauernd“) einerseits schwierig hinsichtlich der Frage, wann ein hinreichend langes Andauern vorliegt. Zudem erschließt es sich nicht, warum eine kürzere oder längere Dauer des Konflikts Auswirkungen auf die Frage der Staatsgefährdung, also die Staatsschutzklausel, um die es dem BGH ja geht, haben soll. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung bestehen auch bei Definition der „massiven Gewalthandlungen“ und insbesondere bei der Festlegung, wann der Konflikt hierdurch „wesentlich geprägt“ wird. Diese zahlreichen und nicht näher konkretisierten Merkmale zeigen, dass sie für eine mögliche Unterscheidung zwischen strafrechtlich relevantem und nicht relevantem Unrecht untauglich sind.

d) Der Senat stellt sich mit seinem Ansinnen, diese Fallkonstellationen, die deutlich auf den Syrien-Irak-Konflikt ausgerichtet sind, von der Strafbarkeit auszunehmen, auch gegen den ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers. Zwar trat dieser so noch nicht in der ursprünglichen Gesetzesbegründung im Jahr 2009 zutage.¹³ Jedoch ist der Begründung des Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsge-

⁹ So *Schäfer* in *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2012), § 89a Rdn. 21.

¹⁰ *Paeffgen* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 4. Aufl. (2013), § 89a Rdn. 17.

¹¹ Siehe BT-Drs. 16/12428, S. 1 f.

¹² BGH, Urteil vom 27. Oktober 2015, 3 StR 218/15, Rdn. 14 = NJW 2016, 260 (261) = HRRS 2015 Nr. 1112, Rdn. 14.

¹³ Siehe BT-Drs. 16/12428.

fährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz, in Kraft getreten am 20. Juni 2015¹⁴) mehrfach in eindeutiger Weise zu entnehmen, dass gerade auch Vorbereitungshandlungen von „Foreign Terrorist Fighters“ in Krisengebieten, wie vor allem – dort ausdrücklich benannt¹⁵ – Syrien, von der Norm des § 89a StGB umfasst sind. Die dortigen Ausführungen stellen klar, dass gerade die Ausreise in Konfliktregionen wie Syrien, in denen islamistische Gruppierungen agieren und wo entsprechende Unterweisungen erfolgen, durch die neue Gesetzeserweiterung des § 89a Abs. 2a StGB strafrechtlich fassbar werden soll. Die Staatsschutzrelevanz dieser Reisen wird in der „unmittelbaren Unterstützung und Stärkung terroristischer Strukturen vor Ort“ gesehen.¹⁶ Dass sich diese terroristischen Strukturen vor Ort regelmäßig in auch länger andauernden bewaffneten Konflikten miteinander und mit den staatlichen Verteidigungskräften befinden, liegt in der Natur der Sache. Dies gilt auch dafür, dass während solcher Auseinandersetzungen regelmäßig massiv Gewalt gegeneinander angewandt wird. Es ist nicht nachvollziehbar und auch nicht mit objektiven Kriterien darlegbar, warum und wann bei länger andauernden, gewaltsamen Konflikten wie Bürgerkriegen u.ä. eine Staatsgefährdung einer entsprechenden Gewalttat ausscheiden soll. Dem Gesetzgeber war zum Zeitpunkt der Befassung im Jahr 2015 durchaus präsent, dass es sich in Syrien um eine solche Auseinandersetzung bewaffneter Gruppierungen handelte.

e) Darüber hinaus ist auch nicht nachvollziehbar und lediglich durch den pauschalen Verweis auf den Zweck der Norm und völkerrechtliche Grundsätze begründet, wieso solche Sachverhalte von der Staatsschutzklausel ausgenommen werden sollen. Bei Auslandssachverhalten im Rahmen des § 89a StGB erfolgt regelmäßig eine staatsschutzrechtliche Bewertung ausländischer Staatsformen und stellt die vorzubereitende Gewalttat in Relation dazu. Hierbei werden jedoch völkerrechtliche Regeln eingehalten, zudem erfolgt auch kein Eingriff in die Souveränität eines anderen Völkerrechtssubjekts. Unabhängig hiervon steht es dem deutschen Rechtssystem frei zu definieren, welche auch im Ausland begangene Straftat dem nationalen Strafrecht unterfallen soll, ohne dass Belange anderer Staaten hiervon berührt werden. Welche sonstigen völkerrechtlichen Grundsätze betroffen sein könnten, die eine Zurückhaltung bei der Anwendung des § 89a StGB gebieten, ist nicht ersichtlich. Insbesondere stellt die Norm formell alle Völkerrechtssubjekte unter ihren Schutz und möchte gerade diese schützen.

f) Um möglichen völkerrechtlichen Problemen entgegenzutreten zu können hat der Gesetzgeber vielmehr in § 89a Abs. 4 StGB eine Ermächtigungslösung vorgesehen. Dies ist das Mittel der Wahl, um eine Strafverfolgung, die zu völkerrechtlichen Verwicklungen führen und dem Wohl und Ansehen der Bundesrepublik Deutschland schaden könnte, zu verhindern.¹⁷ Hier hat eine politische Ent-

scheidung durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zu erfolgen. Dort sind alle auch außerhalb der konkreten Strafnorm liegenden Aspekte hinreichend zu berücksichtigen. Dies ist ausdrücklich eine Ermessensentscheidung,¹⁸ die der Strafverfolgungspraxis ansonsten – bis auf die Einstellungsmöglichkeiten in den §§ 153 ff. StPO – fremd ist.

Der 3. Strafsenat schafft mit seinem Hinweis einen Fremdkörper im System der Strafverfolgung, der überdies aufgrund der genannten Möglichkeit mittels Ermächtigungslösung auf Auslandssachverhalte reagieren zu können, überflüssig ist. Nicht den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten darf ein solcher Ermessensspielraum bei der Frage, ob ein Sachverhalt strafwürdig ist oder nicht, zugebilligt werden, sondern vielmehr der Justizverwaltung. Der BGH hat zwar die Regelung zur Erteilung von Strafverfolgungsermächtigungen aufgezeigt, diese Möglichkeit aber nicht für ausreichend erachtet. Vielmehr wird eine Überdehnung und Entgrenzung der Vorschrift heraufbeschworen bei „extensiver“ Anwendung auf Vorbereitungshandlungen in jedem beliebigem Staat dieser Welt. Doch hier verkennt der 3. Strafsenat, dass genau dies der eindeutig im Wortlaut der Norm zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wille war.

g) Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass vielfach die Vorbereitungshandlung (d.h. zum Beispiel das Beschaffen von oder die Ausbildung an Waffen sowie die Terrorismusfinanzierung im neuen Tatbestand des § 89c StGB mit ähnlicher Staatsschutzklausel) auch in Deutschland erfolgt mit dem Ziel der Begehung der Gewalttat in Syrien oder im Irak. Konsequenterweise würde die Entscheidung des 3. Strafsenats auch für diese Fälle gelten, da es für die Frage der Staatsgefährdung in § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB auf die gleiche bezogene Durchführungshandlung im Ausland ankommt. Hier handelt es sich um eine vorrangig die Bundesrepublik Deutschland betreffende Angelegenheit; ein anderer völkerrechtlich anerkannter Staat ist hiervon nur mittelbar betroffen. Dies zeigt jedoch deutlich, dass völkerrechtliche Gesichtspunkte eine generelle Anwendbarkeit der Norm, die auch Vorbereitungshandlungen in Deutschland umfasst, nicht in Frage stellen können.

IV. Fazit

Der BGH möchte sich – insbesondere für die Auslands-sachverhalte in Syrien und im Irak – einer unliebsamen Strafvorschrift entledigen. Vermeintlich von völkerrechtlichen Gründen getragen soll ein ganzer Landstrich voll von potentiellen Anwendungsfeldern aus ihrem Anwendungsbereich entfernt werden. In der Praxis würde hierdurch einem großen Teil der Strafverfolgung im Terrorismusbereich die Einstiegsmöglichkeit und damit der Boden entzogen; und dies durch eine Subsumtion fernab der Normkriterien. Dies gelingt dem Senat mit dieser Entscheidung jedoch nicht. Es muss deshalb davor gewarnt werden, aus vermeintlichem Gehorsam gegenüber dieser Entscheidung Sachverhalte vom Anwendungsbe-

¹⁴ BGBl. I 2015, 926 ff.

¹⁵ BT-Drs. 18/4087, S. 6 und 8.

¹⁶ BT-Drs. 18/4087, S. 8.

¹⁷ Der Gesetzgeber spricht ausdrücklich davon, dass hierdurch eine „(außen-)politisch sinnvolle Handhabung und Begrenzung der Strafrechtspflege“ ermöglicht werden solle, BT-Drs. 16/12428, S. 16.

¹⁸ Schäfer in MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 89a Rdn. 70; Paeffgen in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 89a Rdn. 61.

reich dieser Vorschrift aufgrund einer „zurückhaltenden“ Auslegung der Staatsschutzklausel auszunehmen.

Mit zu ungenauen und damit für die Praxis untauglichen Abgrenzungskriterien, die noch dazu dem Wortlaut des § 89a StGB entgegenstehen und nicht dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers entsprechen, vermag die vorliegende Entscheidung nicht zu überzeugen und das gewünschte Ergebnis nicht zu erzielen. Die in Angriff genommene Staatsschutzklausel ist im Gesetz so umfassend und unbedingt formuliert, dass sie auf alle entsprechenden ausländischen Sachverhaltskonstellationen – eingeschlossen solchen im Syrien-Irak-Konflikt – anzuwenden ist. Mehr als ein Impuls des 3. Strafsenats des BGH an den Gesetzgeber, sich die Norm an dieser Stelle nochmals vorzunehmen, kann hierin nicht gesehen werden.

Der Modifizierungsbedarf dieser Vorschrift ist jedoch mit einer etwas anderen Zielrichtung zu sehen. Um das Daseinserfordernis der Norm besser herauszustellen und den vorrangigen Anwendungsbereich des § 89a StGB deutlicher aufzuzeigen – nämlich für den terroristischen Einzeltäter, der organisatorisch (noch) nicht gebunden ist oder für dessen organisatorische Anbindung zumindest noch keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte vorhanden sind – wäre es sinnvoll, die Anwendbarkeit nur noch solange zuzulassen, bis sich für das der strafprozessualen Tat zugrundeliegende Verhalten ein Anfangsverdacht wegen des Vereinigungsdelikts der §§ 129a, 129b StGB ergibt. Es besteht dann keine Notwendigkeit einer Strafbarkeit aus den Vorbereitungsdelikten mehr, wenn die Verknüpfung zu einer entsprechend konkret zu bezeichnenden terroristischen Vereinigung hergestellt werden kann. Dies klingt auch bereits in der Gesetzesbegründung des GVVG an, worin es heißt, dass mit den Normen der §§ 89a, 89b und 91 StGB ausdrücklich Sachverhalte erfasst werden sollen, bei denen „mangels Bestehens oder Nachweisbarkeit einer terroristischen Vereinigung“ eine Verfolgung nach § 129a StGB ausscheidet.¹⁹ Gesetzestechnisch ist hierfür eine Lösung über die Konkurrenzen in Betracht zu ziehen. So wäre es sinnvoll, um dem Charakter der Regelungen in den §§ 89a ff. StGB als Auffangvorschriften für organisatorisch nicht gebundene Vorbereitungstäter gerecht zu werden, in den Normen der §§ 89a, 89b, 89c und 91 StGB eine

weitere Subsidiaritätsklausel aufzunehmen, wonach eine Strafbarkeit nur vorliegt, „wenn die Tat nicht in § 129a oder § 129b StGB mit Strafe bedroht ist“.²⁰

Eine solche Lösung ist nach einer neuen Entscheidung des BGH vom 9. Juli 2015 umso erforderlicher geworden. Der 3. Strafsenat hat hiermit seine bisherige Rechtsprechung zum Konkurrenzverhältnis von Handlungen, die mitgliedschaftliche Beteiligungsakte an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung darstellen und zugleich einen eigenen weiteren Straftatbestand erfüllen, aufgegeben. Wurden bislang alle mitgliedschaftlichen Betätigungshandlungen an einer solchen Vereinigung zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst, so unterbleibt diese Verknüpfung fortan „jedenfalls mit solchen Handlungen, die auch den Tatbestand einer anderen Strafvorschrift erfüllen und der Zwecksetzung der Vereinigung oder sonst deren Interessen dienen“²¹. Es steht zwar weiterhin Tateinheit gemäß § 52 StGB mit der mitgliedschaftlichen Beteiligungshandlung im Sinne von § 129 StGB oder § 129a StGB, jedoch stehen verschiedene Handlungen, die eigene Straftatbestände erfüllen, zueinander und zu sonstigen Betätigungsakten im Rahmen des Vereinigungsdelikts in Tatmehrheit (§ 53 StGB). Auch die §§ 89a ff. StGB stellen solche Vorschriften dar, die geeignet sind, eine Zäsur im Rahmen des Organisationsdelikts des § 129a StGB herbeizuführen. So sind die Ausreise, das Sich-Verschaffen von Waffen, die Ausbildung hieran und die Finanzierung terroristischer Straftaten mögliche eigenständige Straftaten gemäß § 89a bzw. § 89c StGB, die – sollten sie mit einer organisatorischen Anbindung an eine (ausländische) terroristische Vereinigung im Sinne der §§ 129a, 129b StGB erfolgen – nach der neuen Rechtsprechung zu einer Aufhebung der Klammerwirkung des Vereinigungsdelikts führen. Durch die tatmehrheitliche Bewertung erfolgt eine unnatürliche Aufspaltung eines an sich einheitlichen Lebenssachverhalts. Dem könnte durch die vorgeschlagene Subsidiaritätslösung zumindest für die Tatbestände der §§ 89a ff. StGB entgegengewirkt werden. Eine eigenständige weitere Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen wäre dann nicht mehr gegeben, während eine einheitliche Strafbarkeit aus einem verwirklichten Delikt gemäß § 129a StGB verbleiben würde.

¹⁹ BT-Drs. 16/12428, S. 2.

²⁰ So bereits *Biehl* JR 2015, 561 (570).

²¹ BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015, 3 StR 537/14, Rdn. 23.

Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2 StGB)

Der Maßstab der Bewertung; zugleich ein Vorschlag zur geplanten Reform des Mordtatbestands

Von RiLG Dr. Gunnar Helmers, Hamburg*

I. Einleitung

Die Formulierung des Mordtatbestands (§ 211 StGB) ist seit langem Kritik aus Rechtswissenschaft und -praxis ausgesetzt. Kritisiert werden nicht nur einzelne Tatbestandsmerkmale (insoweit vor allem die Merkmale der niedrigen Beweggründe und der Heimtücke¹). Die Kritik richtet sich generell gegen das vorhandene gesetzliche Konzept, wonach der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung eines anderen Menschen bei zusätzlichem Vorliegen mindestens eines der in § 211 Abs. 2 StGB abschließend aufgezählten Merkmale (Mordmerkmale) als Mord qualifiziert wird, dessen Verwirklichung die lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge zur Konsequenz hat. Derzeit werden von Seiten des Bundesjustizministeriums – wieder einmal – Reformbestrebungen betreffend die Systematik der Tötungsdelikte und insbesondere die Formulierung des § 211 StGB unternommen (zur Reformbedürftigkeit des Tatbestands sogleich II.).

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der inhaltlichen Ausfüllung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe. Er stellt zugleich einen Beitrag zur aktuellen Reformdiskussion um den Mordtatbestand dar: Kritisiert wird eine derzeit populäre Auffassung, die dahin geht, die Verwendung von „Gesinnungsmerkmalen“ sei zur Bestimmung der Mordvoraussetzungen illegitim². Diese

* Der Autor ist tätig als Richter am Landgericht in Hamburg und Strafrechtsreferent des Gemeinsamen Prüfungsamts der Länder Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

¹ Während die größten Bedenken unter Schuldgesichtspunkten im Zusammenhang mit dem Merkmal der Heimtücke aufgetaucht sind, hat das Merkmal der niedrigen Beweggründe wohl die größten Auslegungsprobleme aufgeworfen.

² Unter anderem *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NStZ 2014, 9, 16, fordern eine Abkehr von der Anknüpfung der Höchststrafe an „moralisch aufgeladene Gesinnungsmerkmale“; entsprechend Stellungnahme des *Deutschen Anwaltsvereins (DAV)* durch den sogen. „Ausschuss Strafrecht“ zur Reform der Tötungsdelikte aus Januar 2014, S. 3.; vgl. auch *Hörnle* NJW 24/2014, Beilage 2/2014, S. 37. Die vom Justizminister beauftragte Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte ist sowohl hinsichtlich der Einordnung des

Auffassung resultiert aus einer unzutreffenden Einordnung der subjektiven Mordmerkmale in die Kategorien von Unrecht und Schuld (III.) sowie aus dem bisherigen Misslingen, das Merkmal der niedrigen Beweggründe zu Tötungshandlungen durch eine allgemeingültige Formel sachhaltig mit Inhalt zu füllen (IV.). Eine allgemeingültige Bedeutungskonkretisierung dieses Merkmals ist jedoch möglich, so dass sich dieses Merkmal unter Schuldgesichtspunkten – wohl als einziges – zu einem Mordmerkmal sachhaltigen Sinnes eignet (V. – VII.).

II. Zur Reformbedürftigkeit des § 211 StGB

Die Erforderlichkeit einer gesetzgeberischen Änderung der Formulierung des § 211 StGB dürfte kaum zweifelhaft sein:

Die Reformbedürftigkeit beruht nicht etwa bloß auf dem unglücklichen Wortlaut der Norm, soweit dieser in atypischer Weise zunächst die Strafdrohung benennt (Absatz 1) und erst in Absatz 2 die Voraussetzungen für die Qualifizierung eines Menschen als „Mörder“ merkmalsartig aufgezählt werden. Diese – auf unhaltbare Vorstellungen eines *Tätertypus* zurückgehenden – Formulierungen in § 211 StGB wären zwar im Rahmen einer Reform zu bereinigen; sie haben jedoch heutzutage so gut wie keine begriffliche oder praktische Relevanz³. Soweit das Reform-

Mordtatbestands in die Kategorien von Unrecht und Schuld, als auch hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmungen zu keiner einheitlichen Auffassung gelangt, vgl. deren Abschlussbericht vom 29.06.2015, S. 40 ff., veröffentlicht auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums unter www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.html (Stand November 2015).

³ Allein relevant dürfte diese an eine Tätertypenlehre angelehnte Formulierung noch insoweit sein, wie nicht alle Strafsenate des BGH ihre – durch die atypische Formulierung wohl mitbegründete – unzutreffende Annahme aufgeben haben, es handele sich beim Delikt des Mordes um ein aliud gegenüber dem Totschlag mit „arteigenem Unrecht“ (so BGHSt. 1, 368, 370-371; BGHSt. 22, 375, 377; Aufgabe der Sache nach jedoch vorgenommen vom 5. Strafsenat mit Urteil vom 10.01. 2006, 5 StR 341/05 = HRRS 2006 Nr. 219). Eine praktische Relevanz dahingehend, dass

merfordernis der Norm mit bloß diesen Formulierungsschwächen begründet wird, erscheint die Diskussion auch ideologisch motiviert⁴.

Die Reformbedürftigkeit der Norm beruht vielmehr darauf, dass es unter Schuldgesichtspunkten nicht nachvollziehbar ist, weshalb das vorsätzliche Tötungshandeln aus einem der in der derzeitigen Gesetzesfassung beispielhaft benannten Vorstellungen (Beweggründe und Absichten, subjektive Mordmerkmale) oder die Verwirklichung bestimmter Tötungsausführungsweisen *stets und ausschließlich* einen anderen Schuldanspruch sowie den Strafausspruch der lebenslangen Freiheitsstrafe auslösen soll: Die Norm des § 211 StGB erfüllt inhaltlich ihre Funktion als allgemeines Strafrechtsgesetz nicht⁵. Der katalogartigen, positiv wie negativ abschließenden Aufzählung der Mordmerkmale fehlt es unter Schuldgesichtspunkten schon an einem erkennbaren *inneren Zusammenhang*⁶.

Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs hat im Jahr 1981 – im damals zu entscheidenden Fall konfrontiert mit dem Problem der Verwirklichung des

ein Richter oder Staatsanwalt bloß durch den *an die Tätery-
penlehre angelehnten Wortlaut an sich* zu unrechtlichen Entscheidungen verleitet würde, besteht jedoch nicht.

⁴ Es erscheint im Übrigen widersinnig, aus der – der Tätery-
penlehre entstammenden – Formulierung des § 211 StGB den Bedarf zur Änderung der nunmehr fast 75 Jahre alten Norm abzuleiten, während die *aktuelle* Strafgesetzgebung zur „Terrorismusbekämpfung“ ähnliche Fehler produziert. So wird etwa in § 89a Abs. 1 StGB zunächst die bloße und nicht weiter konkretisierte „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ unter Strafe gestellt, während diese Norm dann gemäß Absatz 2 nur unter bestimmten Voraussetzungen auf den – eben nur vermeintlich schon als solchen bestimmten – „Täter“ dessen (den Vorbereiter) „anzuwenden“ sein soll. Wird diese Formulierung ernstgenommen, so verstößt § 89a Abs. 1 StGB zweifellos gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) und das sogen. Übermaßverbot, während § 89a Abs. 2 StGB gegen das Legalitätsprinzip verstößt, welches gemäß § 3 GG ebenfalls Verfassungsrang hat. Ein nicht auf konkrete äußere Tathandlungen angewiesener (Un-)Begriff eines bösen/gefährlichen Terroristen – der schon als solcher eine Strafe verdient – liegt dem in dieser Normformulierung zum Ausdruck kommenden Denken offensichtlich unausgesprochen zu Grunde (strafrechtsbegrifflich absurd auch die nochmalige Vorverlagerung in § 89a Abs. 2a StGB durch Bestrafung bloßer Ausreiseversuche); zur Illegitimität einer solchen Präventivstrafgesetzgebung vgl. Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 5 ff.; ders. Strafrecht AT, 1997, S. 22 ff.; Zaczek, Staat und Strafe, in: Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, 1999, S. 73 ff.; Helmers ZStW 121 (2009), S. 516 ff.; deutlich gegen das „Bekämpfungsstrafrecht“ auch Fischer NSTZ 2004, S. 476, 478.

⁵ Dass „jede Strafe...in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen“ muss (BVerfG, Urteil vom 21. 6. 1977, 1 BvL 14/76), ist ein unbezweifelbares Verfassungsgebot.

⁶ Zutreffend stellt Köhler fest, dass etwa zwischen den Merkmalen der niedrigen Beweggründe und der Heimtücke ein gespanntes Verhältnis möglich sein kann, weil ein heimtückisches Tötungshandeln im Sinne der Ausnutzung einer auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit eines anderen keineswegs aus einem besonders verwerflichen Motiv bzw. Beweggrund geschehen muss; vgl. Köhler JuS 1984, 762, 765.

Heimtückemerkmals trotz offensichtlichen Fehlens von Höchstschuld – in „verfassungskonformer Rechtsfortbildung“ angenommen, bei Mord aus Heimtücke trete auf der Rechtsfolgenseite an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe der sich in Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB ergebende Strafraumen, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern (sogen. *Rechtsfolgenlösung*⁷). Eine in der Rechtslehre vorgeschlagene Auslegung des Tatbestands, wonach stets *zusätzlich* zur Feststellung der Verwirklichung eines Mordmerkmals eine umfassende Gesamtwürdigung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit daraufhin durchzuführen sei, ob die Tat ggf. als nicht besonders verwerflich erscheine (sogen. „Typenkorrektur“⁸) hat der BGH abgelehnt. Das Kriterium der „besonderen Verwerflichkeit“ sei von generalklauselartiger Weite und stelle infolgedessen Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der die Tatbestandsfrage betreffenden Rechtsanwendung in einem zentralen Bereich des Strafrechts in Frage. Wie im Einzelfall eine – nur noch indizielle – Bedeutung eines Mordmerkmals im Rahmen der Gesamtwürdigung zu veranschlagen sei, sei ungewiss⁹.

Die Gefahr, dass ein zusätzliches Erfordernis des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens einer „besonderen Verwerflichkeit“ einer Tötungshandlung nicht nach einem nachvollziehbaren – als solchem dargelegten – allgemeingültigen und zugleich konkretisierbaren Maßstab bestimmt werden würde, ist nicht zu leugnen.

Schon bei der Auslegung des ebenfalls auf eine *besondere Verwerflichkeit* (Vorwerfbarkeit) der Tötungstat abhebenden Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe zeigt sich nämlich dieses Problem: Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben es bislang nicht vermocht, das Merkmal der niedrigen Beweggründe im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB allgemeingültig – nach einer sachhaltigen Formel und nicht bloß kasuistisch – in seiner Bedeutung zu konkretisieren.

III. Zum Begriffsmangel betreffend die inhaltliche Ausfüllung des Merkmals der niedrigen Beweggründe

Die Formulierung des BGH zur Erläuterung dessen, was niedrige Beweggründe im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB bedeuten, lautet: Beweggründe sind niedrig, wenn sie „nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind“¹⁰.

Dies ist nur eine erneute, ggf. sogar missverständliche Umschreibung des Merkmals, dem keine inhaltlich bestimmende Wirkung zukommt; eine *allgemeingültige, sachhaltige Bestimmungsformel* ist es jedenfalls *nicht*. Missverständlich ist die Formulierung deshalb, weil die Bezugnahme auf „Sittlichkeit“ als eine Bezugnahme auf

⁷ BGH, Beschluss vom 19. Mai 1981, GStSt 1/81.

⁸ Darstellung etwa bei Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 29. Auflage 2014, § 211, Rn. 9 f. m.w.N.

⁹ BGH, a.a.O. (Fn. 7).

¹⁰ BGH, Urteil vom 25. Juli 1952, 1 StR 272/52 (BGHSt. 3, 132-134).

bloße Sitten im Sinne von auf Gewohnheit bzw. gesellschaftliche Übung beruhenden Handlungsregeln verstanden werden kann, obwohl es um „Sitten“-Verstöße in diesem Sinne unter Schuldgesichtspunkten *nicht* gehen kann.

Diese Sittlichkeits-Formulierung des BGH ist zwar durch Kasuistik erheblich unterfüttert; im Rahmen der einzelnen höchstrichterlichen Entscheidungen wurden inhaltliche Kriterien zur Bestimmung der Niedrigkeit eines Beweggrunds zu einer Tötungshandlung herausgearbeitet.

Die Legitimation der Rechtsprechung sowie die Legitimität des Merkmals der niedrigen Beweggründe als Tatbestandsmerkmal (Mordmerkmal) steht jedoch in Frage, solange eine Formel fehlt, die die *inhaltlichen Kriterien vorgibt bzw. determiniert*, nach welchen alle möglichen Einzelfälle gleichmäßig und richtig beurteilt werden können¹¹.

1. Auslegungsunsicherheiten, insbesondere bei Tötungen aus fremdkulturellen Sittenvorstellungen

Die Frage des *Maßstabs der Bewertung der Niedrigkeit* eines Beweggrunds ist in Rechtsprechung und Literatur explizit vor allem thematisiert worden, wenn es um Tötungen aus fremdkulturellen Wertvorstellungen ging („Ehrenmord“, „Blutrache“). Das ist merkwürdig; denn diese Frage stellt sich selbstverständlich *stets*, wenn eine vorsätzliche Tötungshandlung unter § 211 StGB subsumiert wird.

Der Umstand, dass dieses Thema explizit im Zusammenhang mit Tötungen aus fremdkulturellen Wertvorstellungen auftaucht, indem die Frage gestellt wird, ob auch fremdkulturelle Wertvorstellungen ohne Weiteres unter die „Wertmaßstäbe der BRD“ subsumiert werden können¹², ist Ausdruck einer Unsicherheit, die ihre Ursache eben darin hat, dass eine sachhaltige, *allgemeingültige* Bestimmung des Merkmals bislang nicht vorhanden ist. So wird die Floskel der „Wertmaßstäbe der BRD“ bemüht; inhaltlich hilft das nicht weiter.

¹¹ Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, eine inhaltliche Ausfüllung dieses Merkmals sei unvermeidlich bloß subjektiv (so etwa *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Band, 2. Auflage 2012, § 211, Rn. 10; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 48; *Müssig*, Mord und Totschlag, 2005, S. 116 f.) zunächst verständlich.

¹² Vgl. dazu *Saliger* StV 2003, 22 ff.; bejahend etwa BGH, Urteil vom 07.10.1994, 2 StR 319/94; Urteil vom 20.08.2004, 2 StR 281/04 = HRRS 2004 Nr. 784; Urteil vom 10.01.2006, 5 StR 341/05 = HRRS 2006 Nr. 219; *Kohlhaas* Anmerkung zu BGH LM Nr. 59 zu § 211; *Jähneke*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, § 211, Rn. 33-37; inhaltlich abweichend hingegen BGH JZ 1980, 238; BGH (3. Strafsenat), StV 1994, 182; BGH, Beschluss vom 27.11.1979, 5 StR 711/79; *Neumann*, in: Nomos Kommentar, Band IV, § 211, Rn. 30; *Köhler* JZ 1980, 238 ff.; *Sonnen* JA 1980, 747.

a) Kritik an der Heranziehung des Terminus der „Wertmaßstäbe der BRD“

Die Auffassung, es seien zur Bestimmung der Niedrigkeit eines Tötungsbeweggrunds nach „allgemeiner sittlicher Wertung“ die „Wertmaßstäbe der BRD“ zu Grunde zu legen, ist schon ihrem Anspruch nach nicht allgemein. Sie hat zwar die vordergründige Plausibilität für sich, dass die Judikatur der BRD eben auf die Wertmaßstäbe des Landes bzw. ihres Geltungsbereichs rekurriert. Sie lässt aber erstens offen, welches denn die „Wertmaßstäbe der BRD“ sind bzw. wie diese zu formulieren sind, sondern tut, als ob es sich dabei um eine empirische Frage handle (was nicht der Fall ist). Damit zusammenhängend bleibt die *Richtigkeit* des schon nicht klar benannten Maßstabs unausgewiesen¹³.

Anstatt die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen – nämlich auf die Verwendung der Floskel der „Wertmaßstäbe der BRD“ zu verzichten – vertritt *Hörnle* umgekehrt die These, es sei die in der Rechtsprechung verwendete Formel der „allgemeinen sittlichen Wertung“ aufzugeben, weil sie nicht „für multikulturelle Gesellschaften“ passe. Es sei auf eine ethische Wertung zu verzichten; aus „demokratiethoretischen Erwägungen“ und Gründen der Gleichbehandlung seien „die Maßstäbe der Rechtsgemeinschaft“ zu Grunde zu legen¹⁴.

Dies weicht der Lösung des Sachproblems – der Formulierbarkeit eines allgemeingültig-sachhaltigen Bewertungsmaßstabs für Beweggründe zu Tötungshandlungen unter Schuldgesichtspunkten – wohl auf Basis der (Fehl-)Vorstellung, dieses Problem sei unlösbar, offen aus. Einen solchen Vorschlag umzusetzen, bedeutete nicht nur keinerlei Verbesserung der Begriffslage. Im Gegenteil: Es soll demnach ganz bewusst auf ein Urteilen nach allgemeingültigen Rechtsbegriffen verzichtet werden und sich so des Legitimitätsanspruchs rechtlicher Entscheidungen entledigt werden – was unmöglich ist.

b) Kritik an der Berücksichtigung faktischer Kulturvorstellungen zur Maßstabsbestimmung

Allerdings stellt auch ein vertretener Gegenentwurf zum Abstellen auf die „Wertmaßstäbe der BRD“ – nämlich der *Einbezug anderer faktisch bzw. kulturell vorkommender Wertvorstellungen oder gar dem individuellen Werturteil des jeweiligen (Totschlags-)Täters* zur Bestimmung eines allgemein-niedrigen Beweggrunds – keine Alternative dar: Eine dahingehende Tendenz ließ die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Zeit zwischen 1979 und 1994 erkennen, indem entschieden wurde, es bedeute, wenn sich die Tat nach den Wertmaßstäben der BRD als niedrig

¹³ Insofern mit „Wertmaßstab der BRD“ etwa eine von den jeweils zuständigen Richtern gemutmaßte Mehrheitsmeinung gemeint sein könnte, bliebe gänzlich unverständlich, *weshalb ein Abweichen von diesen „Wertmaßstäben der BRD“ überhaupt schulderhöhende Bedeutung haben sollte* (denn das Andere ist nicht per se etwas Falsches).

¹⁴ *Hörnle* NJW 24/2014, Beilage 2/2014, S. 37.

darstelle, nicht, dass dies auch „nach allgemeiner sittlicher Wertung“ so sei¹⁵.

Wenn in diesem Sinne jedoch weitergehende faktische bzw. kulturelle Wertvorstellungen zur Bestimmung der (objektiven) Niedrigkeit eines Beweggrunds zu einer Tötungshandlung einzubeziehen wären, dann höbe dies das Merkmal der niedrigen Beweggründe überhaupt auf, weil – in letzter Konsequenz – der jeweils handelnde Totschlagstäter mit Durchführung der Tötungshandlung zeigt, dass diese Handlung für ihn aus seinen Beweggründen konkret vertretbar ist.

2. Zwischenfazit

Insofern lässt sich feststellen: Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB kann nur unter Zugrundelegung eines (absolut-) allgemeingültigen Bewertungsmaßstabs für Beweggründe zu vorsätzlichen Tötungshandlungen unter Schuldgesichtspunkten definiert werden und nur sofern ein solcher Maßstab formulierbar ist, hat dieses Merkmal seine Berechtigung.

IV. Einordnung der subjektiven Mordmerkmale in die Kategorien von Unrecht und Schuld

Es bedarf – als Voraussetzung der folgenden Stellungnahme sowohl zur Maßstabsbestimmung als auch zur Legitimität der gesetzlichen Verwendung des Terminus der „niedrigen Beweggründe“ als Mordmerkmal – zunächst einer Einordnung der subjektiven Mordmerkmale in die Kategorien von Unrecht und Schuld¹⁶.

Es ist strittig, ob es sich bei den subjektiven Mordmerkmalen um *subjektive Unrechtsmerkmale*¹⁷ oder um *besondere Schuldmerkmale* handelt.

¹⁵ BGH JZ 1980, 238; ebenso BGH (3. Strafsenat), StV 1994, 182; BGH, Beschluss vom 27.11.1979, 5 StR 711/79; ähnlich Köhler JZ 1980, 238(240). Zutreffend arbeitet Saliger in StV 2003, 22 ff. die mehrmalige Wandlung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der Frage, was ein (objektiv) niedriger Beweggrund sei, heraus und teilt die Rechtsprechung diesbezüglich in drei Phasen ein (der BGH thematisierte eine Rechtsprechungsänderung insoweit in den früheren Entscheidungen nicht explizit; nachholend BGH, Urteil vom 28.01.2004, 2 StR 452/03 = HRRS 2004 Nr. 261).

¹⁶ Diese Einordnung betrifft nicht nur die niedrigen Beweggründe der ersten Gruppe der Mordmerkmale, sondern gilt jedenfalls auch für die Mordmerkmale der dritten Gruppe als ebenfalls subjektive Merkmale (Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht). Das gilt unabhängig davon, ob diese Absichten als Ausprägungen der niedrigen Beweggründe betrachtet werden (so BGHSt. 11, 226, 228; 23, 39, 40; Kühl, Kommentar zum StGB, 24. Auflage, § 211, Rn. 13) oder nicht.

¹⁷ Subjektive Unrechtsmerkmale werden üblicherweise definiert als subjektive Tatbestandselemente, die den Handlungsunwert der Tat charakterisieren und die besondere Art und Weise der Verletzungs- oder Gefährdungshandlung näher kennzeichnen, etwa. Maurach/Zipf, Allgemeiner Teil

Viele halten die subjektiven Mordmerkmale für subjektive Unrechtsmerkmale¹⁸. Otto mutmaßt gar, das Vorliegen eines subjektiven Mordmerkmals zeige eine „höhere Sozialgefährlichkeit oder -schädlichkeit“ des Täters an¹⁹. Das ist verfehlt.

1. Subjektive Mordmerkmale als besondere Schuldmerkmale

Es kann, sofern Grundbegriffe des Rechtsdenkens leitend sind, kaum zweifelhaft sein, dass die subjektiven Mordmerkmale *keine subjektiven Unrechtsmerkmale*, sondern *besondere Schuldmerkmale* darstellen, die also einen besonderen Schuldgehalt der Tat anzeigen sollen, welcher eben nicht bloßer Reflex der Unrechtsverwirklichung ist²⁰.

Warum kann es sich bei den subjektiven Mordmerkmalen ausschließlich um besondere Schuldmerkmale handeln? Die rechtliche Verbindlichkeit bezieht sich in Abgrenzung zur ethischen Verbindlichkeit nur auf das *äußere* praktische Verhältnis einer Person zu einer anderen. Recht definiert allgemeingültig Zustehensbeziehungen zwischen Menschen, nämlich die dem jeweiligen Menschen als Person im Verhältnis zu jedem anderen zustehende äußere Handlungssphäre einschließlich der interpersonalen Zuordnung von Objekten zu (Sonder-)Gebrauchsbefugnis (Privatrecht)²¹.

Das Motiv einer Handlung bzw. der Beweggrund des Handelnden ist für die Bestimmung des Daseins von Recht und Unrecht irrelevant. Auch die Bestimmung von *Art und Umfang (Schwere)* von Unrecht – der qualitativen und quantitativen Bestimmung einer Überschreitung der allgemeingültig bestimmten äußeren Zustehenssphären

I, § 20, Rn. 4 ff; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 35. Auflage 2006, Rn. 136.

¹⁸ Der BGH hat in der Vergangenheit die Ansicht vertreten, die täterbezogenen Mordmerkmale (erste und dritte Gruppe) seien subjektive Unrechtsmerkmale (zuerst BGHSt. 1, 368). Diese Einordnung der subjektiven Mordmerkmale als subjektive Unrechtsmerkmale teilen viele mit dem BGH; vgl. etwa Horn, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Band 2, § 211, Rn. 3.; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 9. Auflage 2007, § 4, Rn. 11 ff.; Küpper, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 3. Auflage 2007, § 1 Rn. 37 ff.

¹⁹ Otto Jura 1994, 141, 143.

²⁰ Insoweit treffend Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1982, S. 231 ff.; siehe auch Wessels/Hettinger, Besonderer Teil I, 36. Auflage 2012, Rn. 93; Lenckner, in: Schönke/Schröder, 26. Auflage, vor § 13, Rn. 122 (ebenso Eisele in der 29. Auflage 2014); Köhler GA 1980, 121, 123.

²¹ Eine Handlung ist rechtmäßig, wenn sie mit jedermanns Willkür nach einem allgemeinen Zustandsgesetz zusammen bestehen kann; rechtswidrig ist ein Verhalten, wenn es im Verhältnis der Personen zueinander ein äußeres Verhalten ist und die dadurch gegenüber anderen zum Ausdruck kommende Zustehensbehauptung als solche nicht verallgemeinerbar und damit als solche nicht allgemeingültig ist; grundlegend Kant, Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797, §§ B – E; aufgrund der Verfasstheit des menschlichen Erkenntnisvermögens besteht eine *logische Notwendigkeit* der Konstruktion des Rechtsbegriffs im Sinne bedürfnisunabhängiger Zustehensbeziehungen zwischen Menschen (Personen), ausführlicher Helmers, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (im Erscheinen bei Duncker und Humblot), dort Hauptteil A.II.1.-3. sowie B.I. und II.3.; siehe auch Köhler, AT, a.a.O. (Fn. 4), S. 9 – 29.

(vgl. Fn. 21) – fragt in keiner Hinsicht nach der Triebfeder oder dem Motiv bzw. Beweggrund des Verhaltens. Eine nach der Triebfeder einer Handlung fragende Beurteilung ist nur für eine (im engen Sinne) ethische Qualifizierung derselben oder aber – betreffend eine Strafunrechtshandlung – für das Schuldmaß erforderlich.

Dementsprechend sind *subjektive Unrechtsmerkmale* solche in eine Handlung umgesetzte Vorstellungen bzw. Willensinhalte, die auf *Verwirklichung einer äußeren Handlungssphärenverletzung anderer* gerichtet sind, etwa der Tatbestandsvorsatz bzw. auf weitergehende Verletzung des tatbestandlich erfassten Rechtsguts gerichtete Willensinhalte wie die Zueignungsabsicht im Sinne des § 242 StGB²², die Absicht, ein bei Raubbegehung mitgeführtes Werkzeug zu verwenden, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (§ 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB) oder die Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr bei Fälschung einer Urkunde (§ 267 StGB).

Die *subjektiven Mordmerkmale* erfassen hingegen Triebfedern bzw. Beweggründe für eine Tötungshandlung; solche erhöhen oder qualifizieren das *Unrecht* der vorsätzlichen Tötung in keiner Weise²³. Das Unrecht der vorsätzlichen Tötung ist – abgesehen von Fällen der Einwilligung/des Verlangens in das Getötetwerden und Notwehrtötungen – *qualitativ stets Höchstunrecht*. Die Person des anderen wird subjektiv-objektiv vollständig vernichtet.

Eine etwaige „höhere Sozialgefährlichkeit“ eines Täters (*Otto*) hat mit Qualität und Maß des Tötungsunrechts nichts zu tun²⁴. Ebenfalls unzutreffend ist *Kleszczewskis* dahingehende Annahme, die Mordmerkmale enthielten zumindest dann auch Unrechtselemente, wenn in ihnen weitergehende (Unrechts-)Ziele zum Ausdruck kämen, wie dies beim Merkmal der Habgier, der Befriedigung des Geschlechtstriebes oder der Ermöglichungs-

/Verdeckungsabsicht der Fall sei²⁵: Solche weitergehenden Absichten betreffen weder Qualität noch Quantität des *Tötungsunrechts*; sie sind auf Unrechtsebene vielmehr vollständig irrelevant²⁶.

Zu pauschal ist auch die diesbezügliche Annahme *Merkels*: Dieser stellt zunächst zutreffend fest, dass auch oder gerade unter Zugrundelegung des freiheitlichen Rechtsbegriffs die Qualität des Unrechts maßgeblich durch Willensinhalte mitbestimmt wird (u.a. bei der Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht). Er nimmt jedoch an, wenn „Verletzungsunrecht“ vorliege seien bloße Motive geeignet, dessen Gewicht mitzubestimmen²⁷. Das übersieht gerade das maßgebliche Unrechtsbestimmungskriterium: Wenn eine Überschreitung (bzw. der Beginn einer Überschreitung) des *äußeren* rechtlichen Verhältnisses zur Person des anderen das *unrechtsbegriffsdefinierende* Moment ist, kann der Begriff des „subjektiven Unrechtsmerkmals“ nicht widerspruchlos *ohne jede Bezugnahme auf eben dieses Kriterium* gefasst werden. Subjektive Unrechtsmerkmale zeichnen sich also durch die Gerichtetheit des – zumindest teilweise im Handeln zur Ausführung kommenden – Willensinhalts auf eine äußere Handlungssphärenverletzung aus.

Bei dem Merkmal der niedrigen Beweggründe zu einer Tötungstat kann es sich somit nur um ein *besonderes Schuldmerkmal* handeln. Rechtsstaatliche Bedenken gegen die Verwendung solcher (Beweggrund-)Merkmale durch den Gesetzgeber ändern – unabhängig davon, ob diese Bedenken begründet sind oder nicht – nichts an dieser grundbegrifflich vorgegebenen allgemeinen Einordnung als besondere Schuldmerkmale. Jedoch trifft jedenfalls der Vorwurf, „Gesinnungsstrafrecht“ zu praktizieren – unter Zugrundelegung der vorgestellten Einordnung, die gerade aus der Einsicht in die *Irrelevanz von Motiven oder Beweggründen auf der Unrechtsebene* folgt – nicht zu.

²² So wird etwa das *Diebstahlsunrecht* durch das Merkmal der Zueignungsabsicht erst als solches – als Strafunrecht im Sinne einer Missachtung der Person des anderen als Eigentümer (zum Begriff des Strafunrechts *Helmers* ZStW 121 (2009), 516, 518 ff. m.w.N.) – *qualitativ bestimmt*. Die in jeder vorsätzlichen, nicht gerechtfertigten Wegnahme einer fremden Sache liegende Eigentümerrechteverletzung i.S.v. § 903 S.1 BGB ist nur dann eine *vollständige Verkehrung der Gegenstandszuordnung* (Diebstahl), wenn sie in der Absicht der Einverleibung der Sache sowie deren dauerhafter bzw. endgültiger Entziehung seitens des Wegnehmenden erfolgt.

²³ Insoweit ebenso *Karl Lackner* NStZ 1981, 348; *Köhler* JuS 1984, 762(763). Verfehlt hingegen *Sinn*, der irrig davon ausgeht, es sei mit der Anerkennung der Existenz subjektiver Unrechtsmerkmale anerkannt worden, dass „die Größe...des Tatunrechts auch von inneren Umständen (Absichten, Beweggründen) mitbestimmt werden“ könne; in: *Systematischer Kommentar* (2012), § 211, Rn. 4. Der Begriff des Rechts (vgl. Fn. 21) schließt ein solches Verständnis von subjektiven Unrechtsmerkmalen aus (und definiert diesen Begriff vielmehr selbst wie dargestellt).

²⁴ Treffend gegen jeden Versuch, eine besondere Gefährlichkeit von Täter oder Tat für ein Leitprinzip zur Abgrenzung von Mord und Totschlag zu halten *Merkel* ZIS 09/2015, S. 429 ff. (ein „Leitprinzip Gefährlichkeit“ sei „unplausibel, scheinrational und irreführend“, S. 433).

²⁵ Siehe *Kleszczewski*, Die limitierte Akzessorietät der Teilnahme am Mord. in: hrsg. C. Degenhart: Festschrift der Juristenfakultät zum 600. Jubiläum der Gründung der Universität Leipzig. Berlin 2009, S. 489(494 ff.).

²⁶ Zur Verdeutlichung: Wer mit seinem Kfz eine Trunkenheitsfahrt begeht, um am Zielort einen Diebstahl zu begehen, verwirklicht qualitativ dasselbe (abstrakte) Körpergefährdungsunrecht wie derjenige, der eine entsprechende Trunkenheitsfahrt begeht, um am Zielort einen Einkauf zu tätigen. Wer ein fremdes Kfz in Zueignungsabsicht wegnimmt, um damit demnächst eine Trunkenheitsfahrt zu begehen, verwirklicht dasselbe (Diebstahls-)Unrecht wie derjenige, der ein gleiches Kfz stiehlt, um es für seine ansonsten stets korrekte Lebensführung zu verwenden. Insbesondere liegt in den in diesen Beispielfällen genannten jeweiligen Tatausführungshandlungen kein „doppelter Rechtsgutsangriff“ (*Kleszczewski*). Die Parallele, die *Kleszczewski* zwischen einigen „Varianten des Mordes“ als angeblich selbständigen Qualifikationen des Totschlags einerseits und dem Raubunrecht im Verhältnis zu Diebstahl und Nötigung andererseits ziehen will, besteht nicht.

²⁷ *Merkel* ZIS 09/2015, S. 434 f. Die von *Merkel* als subjektive Unrechtsmerkmale benannten Beispiele (etwa: Tatbestandsvorsatz, Zueignungsabsicht im Sinne des § 242 StGB) treffen zu, *weil* es sich dabei jeweils um auf Verletzung des tatbestandlich erfassten Rechtsguts gerichtete Willensinhalte handelt (a.a.O., S. 435).

2. Konsequenz aus der Einordnung der subjektiven Mordmerkmale

Dementsprechend muss Mord aus niedrigen Beweggründen die vorsätzliche Tötung eines anderen in Höchstschuld bedeuten²⁸.

Schuld als selbständige Voraussetzung der Strafbarkeit ist der selbstbestimmte Entschluss zur Unrechtsmaxime (in diesem Sinne stets bezogen auf Strafunrechtsverwirklichung, Fn. 22). Sie setzt als Willensschuld lebensgeschichtlich erworbenes potentiell Normwissen und die dazu erforderliche Fähigkeit des praktischen Denkens voraus²⁹. Praktisches Handeln mit möglichen Auswirkungen auf andere vollzieht sich stets, indem die jeweilige Verhaltensmaxime – wenn auch meist wie selbstverständlich und aufgrund Verinnerlichung oder Habitualisierung oft nahezu unbemerkt – intersubjektiven Verhaltensregeln (hier relevant: dem Tötungsverbot) subsu-
miert wird³⁰. Das Maß der Tatschuld bemisst sich maßgeblich durch die „Tiefe der Grundsatzverkehrung“³¹ bzw. nach dem Grad der Allgemeinheit, mit welchem der Strafunrechtstäter das jeweilige Rechtsgesetz bzw. die implizierte interpersonal-allgemeingültige Zustehensbeziehung für sich selbst als ungültig/unbeachtlich erklärt.

Das die Höchstschuld indizierende Merkmal der niedrigen Beweggründe zu vorsätzlichen Tötungshandlungen erfordert vor diesem Hintergrund eine normative, jedoch weder eine „sittliche“, noch eine bloß „gesellschaftliche“ und auch keine unmittelbar-„rechtliche“ Bewertung der der Tat zu Grunde liegenden Beweggründe (weil solche eben unmittelbar rechtlich-irrelevant sind).

Die Indikation von Höchstschuld bei Vorliegen von „niedrigen Beweggründen“ zu Tötungshandlungen kann nur gegeben sein, wenn die Niedrigkeit anhand eines *allgemeingültig-ethischen* bzw. *-moralischen Verhaltensmaßstabs* bestimmt wird, der gerade unabhängig von gesellschaftlichen Konventionen und subjektiven Befindlichkeiten gültig ist.

²⁸ Ebenso Köhler GA 1980, 121, 123; ders. Jus 1984, 762 ff. Die kategorische Rechtsfolge der „lebenslangen“ Freiheitsstrafe hat darin (Höchstunrechtsverwirklichung in Höchstschuld) nicht nur ihre Legitimation, sondern – entgegen anderslautender Stimmen aus der Rechtswissenschaft (etwa Eser, Gutachten zum 53. DJT 1980; Deckers/Fischer/König/Bernsmann Fn. 2, S. 14; auch Köhler, AT, a.a.O. (Fn. 4), S. 635) – wohl auch *ihr Erfordernis*: Dem in qualitativer Hinsicht schwersten und höchstvorwerfbarsten Rechtsverstoß folgt die nicht zeitlich-begrenzte (insofern absolut-schwerste) Strafe.

²⁹ Zum Begriff der Schuld siehe statt vieler die präzisen, weitsichtigen und dicht-geschriebenen Ausführungen Köhlers, AT, a.a.O. (Fn. 4), S. 348 ff.

³⁰ In dem Sinne stellt sowohl schuldhaftes ebenso wie rechtskonformes und darüber hinaus verdienstliches Handeln stets auch das Ergebnis eines – im bisherigen Leben durchlaufenen – Entscheidungsprozesses (Gewissens-/Habitusbildung) dar; vgl. Köhler, a.a.O. (Fn. 29).

³¹ Köhler, Fn. 4, S. 364.

V. Allgemeingültige Bestimmbarkeit der Niedrigkeit eines Beweggrunds zu einer Tötungshandlung unter Schuldgesichtspunkten

Weil ein allgemeingültiger Verhaltensbestimmungsmaßstab möglich ist, ist auch eine allgemeingültige Bestimmung der Niedrigkeit eines Beweggrunds zu Tötungshandlungen möglich, so dass das Mordmerkmal seine Aufgabe als besonderes Schuldmerkmal erfüllen kann.

Ansatzpunkt ist dabei die menschliche Vernunftfähigkeit als gemeinsames Gleiches aller Menschen als Personen. Vorauszusetzen sind insofern bloß diejenigen Bedingungen, die uns als Menschen in die Lage versetzen, ein einheitliches, intersubjektiv-allgemeines (in diesem Sinne objektives) Begriffssystem überhaupt zu haben.

Wie demnach ein allgemeingültiger, also unabhängig von subjektiven Erfahrungen bzw. Begehren gültiger Maßstab für menschliches Handeln bzw. zur Bestimmung der Richtigkeit/Falschheit desselben zu formulieren ist, hat *Immanuel Kant* gezeigt: Es ist niemals anders zu verfahren, als so, dass man wollen könne, die Handlungsmaxime solle ein allgemeines Zustehensgesetz³² werden. Die Ausführung jeder Maxime als subjektivem Handlungsprinzip („Regel des Handelnden, die er sich selbst aus subjektiven Gründen zum Prinzip macht“, *Kant*, Fn. 33) bzw. die Setzung einer möglichen Maxime zur wirklichen ist so zu bedingen bzw. dergestalt zu bestimmen oder zu beschränken, dass jeder Mensch dabei immer auch als Zweck-an-sich-selbst vorkommt und nicht nur als bloßes Mittel zum Zweck eines anderen³³.

Was folgt daraus für die Frage der allgemeingültigen Bestimmbarkeit der Niedrigkeit von Beweggründen zu Tötungshandlungen unter Schuldgesichtspunkten?

Ein einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tötungshandlung zu Grunde liegender Beweggrund kann als Maxime im Sinne einer subjektiven Handlungsregel formuliert werden. Die einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tötungshandlung zu Grunde liegende Maxime ist nie verallgemeinerbar; sie kann per se kein allgemeines Zustehensgesetz sein. Die Handlungsmaxime bildet stets eine subjektive Gegennorm zum Tötungsverbot bzw. ist eine vom Täter für sich selbst zugelassene Ausnahme davon („Ich töte nicht, es sei denn x, y, z....“ oder: „Wenn x, y, z...der Fall ist, dann töte ich.“).

³² Zu diesem Terminus, der als Synonym für den von *Kant* verwendeten, jedoch heute vielfach unterschiedlich besetzten und deshalb zur Verständigung über einen Begriff problematischen Terminus „Freiheitsgesetz“/„Gesetz der Freiheit“ verwendet werden kann, ausführlich *Helmers*, a.a.O. (Fn. 21).

³³ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (GMS, 1785), S. 400 ff.; es bestehen weitere (sprachliche) Formulierungsmöglichkeiten für dasselbe, siehe GMS, S. 428-437 und *derselbe*, Kritik der praktischen Vernunft (1788), § 7 sowie *ders.*, Die Metaphysik der Sitten (1797), Einl. IV, S. 224-226. (Seitenangaben nach den Akademie-Ausgaben).

Insofern setzt der Täter sich durch seinen Beweggrund bzw. in seiner Handlungsmaxime in ein bestimmtes Verhältnis zum Opfer und – nämlich durch die Bedingungen, nach welchen er dieses Opfer aussucht – in ein Verhältnis zu allen anderen Personen.

Daraus folgt:

Der Beweggrund bzw. die Handlungsmaxime definiert den Grad der Allgemeinheit, mit welchem der Täter das Tötungsverbot für sich selbst außer Kraft setzt bzw. negiert. Das ist, eben weil es stets um Verwirklichung des qualitativ schwersten Unrechts, nämlich die vollständige (subjektiv-objektive) Vernichtung einer anderen Person geht, zugleich der Grad der Allgemeinheit, mit welcher der Totschlagstäter die Achtung des anderen als Person negiert.

Ein Beweggrund³⁴ ist demnach niedrig, wenn der Täter dadurch das Tötungsverbot mit hohem Allgemeingrad für sich selbst außer Kraft setzt, so dass seine Maxime eine prinzipiell-unbegrenzte Missachtung der Person des anderen offenbart.

1. Konkretisierung

Demnach wird ein Beweggrund als niedrig zu beurteilen sein, wenn die handlungsbestimmenden Faktoren bloß-subjektiv dem Belieben des Täters entspringen. Tötung bloß aus Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens („Mordlust“), Rassenhass oder ähnliche bloß subjektive Setzungen wie Differenzierungen nach Geschlecht, Alter, Aussehen etc. stellen solche prinzipiell-grenzenlosen, subjektiven Bedingungen dar.

Hingegen liegt unter einer der folgenden Voraussetzungen – mangels weiter subjektiver Bedingung des Tötungsverbots – *kein niedriger Beweggrund* zu einer Tötungshandlung vor:

a) Ein niedriger Beweggrund ist zu verneinen, wenn das Opfer zuvor normativ greifbar, das heißt rechtswidrig oder zumindest in erheblicher Weise durch ethisches Fehlverhalten in den Bereich des Täters eingedrungen war und dadurch die Tötungsmaxime mitbeeinflusst (wenngleich nicht im Sinne eines Er- oder gar Bewirkens mitbestimmt) hatte. In Betracht kommen durch das spätere Opfer begangene schwere Rechtsverletzungen zum Nachteil des Täters oder ihm nahestehender Personen sowie ethisch-verwerfliche Provokationen, wenn

³⁴ Zumindest missverständlich ist die übliche Formulierung des BGH, wonach das Vorliegen eines niedrigen Beweggrunds „in subjektiver Hinsicht“ voraussetze, dass sich der Täter „der Umstände bewusst ist, die seine Beweggründe als niedrig erscheinen lassen“ (so etwa BGH GA 1967, 244). Einen *Tatsachenirrtum* eines Totschlagstäters hinsichtlich des Inhalts seines eigenen Beweggrunds kann es nicht geben. Gegenstand der Prüfung und Subsumtion unter das Merkmal der niedrigen Beweggründe ist stets der *wirkliche Beweggrund des Täters* und nicht ein nach dem äußeren Anschein der Tat bestimmter hypothetischer anderer Beweggrund (der dem Täter dann deshalb nicht vorgeworfen wird, weil es nicht seiner war; dieser widersinnige Gedanken wird in der Entscheidung BGH GA 1967, 244 jedoch vollzogen).

diese Fehlhandlungen zur Fassung und Ausübung des Tötungsentschlusses mitbestimmend sind³⁵;

b) Auch nicht abgenötigte Einwilligungen oder gar Verlangen des späteren Opfers in das bzw. zum Getötetwerden, die für den Täter handlungsbestimmend sind, schließen das Vorliegen eines niedrigen Beweggrunds aus;

c) Veränderungen der Natur/Umwelt, die den zum Unverletzt-Aneinander-Vorbeikommen vorhandenen Raum für Täter und Opfer verengen, schließen das Vorliegen eines niedrigen Beweggrunds jedenfalls dann aus, wenn sie die Voraussetzungen von Notständen im Sinne von § 35 StGB erreichen bzw. der Täter davon zumindest in tatsächlicher Hinsicht ausgeht.

Solche Umstände – seien sie vom späteren Opfer personal gesetzt (a) und b)) oder sich Täter und Opfer äußerlich aufdrängend (Notstandssituationen, c) – verengen die Ausnahme bzw. subjektive Bedingung des Tötungsverbots, als welche die im Beweggrund auffindbare Handlungsmaxime zu betrachten ist.

2. Kasuistik (beispielhaft)

Die in der Rechtsprechung des BGH im Laufe der Zeit entwickelten Kriterien zur Bestimmung des Vorliegens/Nichtvorliegens eines „niedrigen Beweggrunds“ im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB sind weitgehend zutreffend, weil sie aus dem dargelegten Maßstab folgen bzw. letzterer – wenn auch bislang unformuliert – ihrer Genese zu Grund liegen dürfte.

Hier ist nicht der Rahmen, um die Rechtsprechung des BGH zu den niedrigen Beweggründen im Einzelnen auf Konformität mit dem genannten Begriff zu überprüfen. Beispielhaft sei lediglich angeführt, dass es dem hier Dargelegten in der Sache nahekommt, wenn der BGH etwa ausführt, Mord aus niedrigen Beweggründen könne auch dann vorliegen, wenn der Täter „in dem Bewusstsein handelt, keinen Grund für eine Tötung zu haben oder zu brauchen“ oder wenn er bewusst seine frustrationsbedingten Aggressionen an einem unbeteiligten Opfer abreagiert³⁶. Gegen diese Entscheidung wendet sich Saliger mit der Argumentation, schon der allgemeine Sprachgebrauch („grundlos“) verbiete es, eine solche Tötung aus einem Nicht-Grund als „niedrigen Beweggrund“ zu definieren³⁷. Das ist eine der Sache nach unbegründete Kritik. Zwar hätte der BGH den Terminus („keinen Grund für die Tötung“) vermeiden sollen. Jedoch lässt die Entscheidung ihre inhaltliche Richtigkeit aus sich heraus erkennen: Der BGH führt aus, dass die Tötung eines Menschen, zu der der Täter weder durch das Verhalten des Opfers noch durch sonstige, außerhalb seiner Person liegende Umstände veranlasst worden ist, das Vorliegen von niedrigen Beweggründen nahelegt³⁸. Wenn der für den Handelnden hinreichende Tötungs-

³⁵ Diese Voraussetzungen sind selbstverständlich weiter als die Voraussetzungen minderschwerer Totschlagfälle nach § 213 StGB.

³⁶ BGH, Urteil vom 19.10.2001, 2 StR 259/01.

³⁷ Saliger StV 2003, 38, 40.

³⁸ BGH, a.a.O. (Fn. 36).

grund darin liegt, einen (letztlich beliebig auserwählten) anderen Menschen als Mittel zum Abreagieren von eigener Wut, Gereiztheit oder sonstiger vom Opfer nicht zu verantwortender Emotionen durch Tötung zu benutzen, so stellt die im Beweggrund auffindbare Handlungsmaxime – wegen der grenzenlosen Reichweite der subjektiven Ausnahme vom Tötungsverbot – einen niedrigen Beweggrund dar: Wer aufgrund von eigenem Unwohlsein eine andere, an dem subjektiv als unbefriedigend eingeschätzten eigenen Zustand völlig unbeteiligte Person tötet, um sich abzureagieren, handelt aus einer Verhaltensmaxime, welche als Ausnahme vom Tötungsverbot so weite und beliebige Voraussetzungen hat, dass das Tötungsverbot für überhaupt aufgehoben erklärt wird („Ich töte nicht, es sei denn, dass es mir passt“). So etwas ist nicht wesentlich verschieden von der Tötung bloß aus Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens („Mordlust“)³⁹.

Was Tötungen aus fremdkulturellen Wertvorstellungen („Blutrache“, „Ehrenmord“) angeht, so werden niedrige Beweggründe vorliegen, wenn der Täter das Opfer in seinem Beweggrund unter *für das Opfer zufällige*, subjektive Wertvorstellungen presst⁴⁰. So sind Tötungen etwa der Schwester oder Tochter deshalb, weil diese einen nach Meinung des Täters unpassenden Partner ausgewählt hat oder sonst einen dem Täter nicht passenden Lebensstil ausübt, als Mord aus niedrigen Beweggründen zu qualifizieren. Ob ggf. eine Vielzahl anderer Personen oder gar ganze „Kulturen“ die subjektive Wertvorstellung des Täters teilen, spielt dabei keine Rolle. Auch die Biografie des Täters ist insoweit nicht von maßgeblicher Bedeutung⁴¹.

³⁹ Vgl. auch BGH, Urteil vom 22.10.2014, 5 StR 380/14 = HRRS 2014 Nr. 1116.

⁴⁰ Zutreffend BGH, Beschluss vom 10.01.2006, 5 StR 341/05 = HRRS 2006, 219: „...Eine Tötung aus dem Motiv der ‚Blutrache‘ ist in aller Regel deshalb als besonders verwerflich und sozial rücksichtslos anzusehen, weil sich der Täter dabei...gleichsam als Vollstrecker eines von ihm und seiner Familie gefällten Todesurteils über die Rechtsordnung und einen anderen Menschen erhebt. Ein niedriger Beweggrund wird in aller Regel in...Fällen...anzunehmen sein, in denen ein Angehöriger einer Sippe sich als Vergeltung für das Verhalten eines anderen Sippenangehörigen, an dem ihn keine persönliche Schuld trifft, getötet wird. Auch die Tötung...für ein als ehrenwidrig bewertetes Verhalten, das seinerseits nicht in der Tötung oder zumindest schweren Verletzung einer anderen Person bestand, wird regelmäßig als niedrig zu bewerten sein...“. Anders könne dies sein, wenn das spätere Opfer „seinerseits nachvollziehbar als schuldig an der Tötung eines anderen Menschen erachtet wird...“.

⁴¹ Dass solche die Tötung motivierenden – ggf. fremdkulturellen – Wertvorstellungen aufgrund des familiären/kulturellen Hintergrunds des Täters von anderen zunächst an diesen herangetragen und schließlich von ihm übernommen wurden, ändert nichts daran, dass sie unter Schuldgesichtspunkten als niedrig zu beurteilen sind. Die Akzeptanz des Zustehens des lebendigen Körpers eines anderen Menschen zu diesem (als vorausgesetztem intelligiblen Selbst) ist nichts anderes als die basale Anerkennung des anderen überhaupt. Dies ist von jedem zu erwarten und zu leisten, was das Erfordernis gründlichster Reflexion auch auf diejenigen Bedingungen beinhaltet, unter denen man töten zu können glaubt. Dem kategorischen Imperativ kann sich niemand entsagen; er ist durch seine Möglichkeit

Keine niedrigen Beweggründe liegen hingegen vor, wenn motivbildend- und handlungsbestimmend für die Tötungstat Enttäuschung aufgrund von ethischem oder rechtlichem *Fehlverhalten des Opfers* zum Nachteil (auch) des Täters war. Grenzwertig mag insofern etwa sein, wenn ein Mann eine Frau tötet (oder umgekehrt), weil – nachdem beide willentlich eine länger währende und ernsthafte Beziehung mit Exklusivitätsversprechen eingegangen waren – der andere heimlich etwa sexuelle Beziehungen mit anderen aufnimmt und so begründetes Vertrauen erheblich enttäuscht. Hier zeigt die Maxime einerseits zwar den überheblich erscheinenden Besitzanspruch des Täters; andererseits ist dieser Besitzanspruch jedoch *nicht* rein subjektiv gesetzt, sondern beruht auf einem frei abgegebenen (ggf. konkludenten) Versprechen des Opfers gegenüber dem Täter, dessen Inhalt für den späteren Täter selbst verhaltensbestimmend war und ein besonderes Vertrauen auslöste. In Abgrenzung dazu sind niedrige Beweggründe unproblematisch zu bejahen, wenn etwa eine Frau auf Drängen ihres Vaters oder Bruders diesen eine Unterwerfung ihres privaten Lebensstils unter die Familien- oder Heimatsitten verspricht, sie sich nicht daran hält und deswegen getötet wird: Dieser Versprechensinhalt geht den Vater oder Bruder nichts an. Ein solches Versprechen kam nur deshalb zu Stande, weil die Versprechensempfänger die Person der Tochter/Schwester schon zuvor unter eigene (Kultur-)Vorstellungen unterordneten und deren Selbstunterwerfung erwarteten; zur zukünftig-permanenten Befolgung von bloß gesellschaftlichen Sitten ohne objektiv-normative Gültigkeit⁴² kann sich niemand gegenüber einem anderen dauerhaft-bindend verpflichten.

VI. Affekttaten und Verhältnis des besonderen Schuldmerkmals zu allgemeinen Schuldmerkmalen

Die fortsetzbare Beurteilung weiterer Einzelfälle unter dem dargelegten Begriff der niedrigen Beweggründe muss an dieser Stelle unterbleiben. Es soll jedoch knapp skizziert werden, was aus dem genannten Maßstab für die Beurteilung von empirisch relativ häufig vorkommenden Affekt-Tötungstaten folgt (1.) und wie sich das Verhältnis des besonderen Schuldmerkmals der niedrigen Beweggründe (im beschriebenen Sinne) zu den allgemeinen Schuldmerkmalen darstellt (2.).

1. Affekttötungen

Affekte sind nicht per se gegennormbeschränkende – die Reichweite der subjektiven Ausnahme vom Tötungsverbot inhaltlich verengende – Umstände, weil sie *an sich ethisch indifferent* sind⁴³. In ihnen kommt jedoch meist

als verbindlicher Verhaltensmaßstab wirklich, vgl. Helmers, a.a.O. (Fn. 21), dort Hauptteil B.II.3.b); grundlegend Kant, a.a.O. (Fn. 33).

⁴² Vgl. Fn. 33 und Fn. 21.

⁴³ Aus demselben Grund ist auch der Gegensatz zur Affekttat – die *überlegte Tötung* – kein Kriterium, welches an sich Höchstschuld indizieren würde. Wenn etwa ein Vater oder eine Mutter denjenigen, der zuvor deren Kind grausam tötete, aus Rache vorsätzlich und geplant tötet, so stellt dies

(auch) eine Normeinstellung zum Ausdruck; es ist bei jeder Affekttat zu prüfen, welche das ist: Etwa dürften bei Vorliegen von auf Schwäche basierenden Affekttaten in Nähebeziehungen (Affekttötung als Ergebnis langfristig aufgestaunter Konflikte in vermeintlich auswegloser Situation) niedrige Beweggründe im dargestellten Sinne in der Regel nicht vorliegen. Die Umsetzung eines unmittelbaren Impulses zu einer vorsätzlichen Tötung stellt dann kein Töten aus niedrigen Beweggründen dar, wenn er auf Schwäche des Täters beruht, die in zurechenbarer Weise durch (Fehl-)Verhalten des späteren Opfers mitverursacht ist⁴⁴. Anders ist dies, wenn der Affekt selbst etwa auf einer Grundhaltung der über Individuumsgrenzen hinweggehenden Unbeherrschtheit im Sinne einer habitualisierten Überheblichkeit gegenüber anderen beruht⁴⁵.

2. Verhältnis zu allgemeinen Schuldmerkmalen

Das besondere Schuldmerkmal der niedrigen Beweggründe im hier dargelegten Sinne harmonisiert mit den allgemeinen Schuldmerkmalen:

Zur Feststellung des Vorliegens des besonderen Schuldmerkmals der niedrigen Beweggründe – bei der Prüfung des Allgemeinheitsgrades, mit welchem der Täter das Tötungsverbot in seiner konkreten Handlungsmaxime für sich selbst als unbeachtlich erklärt – werden die insoweit relevanten, *die Tatschuld betreffenden* Aspekte des § 46 Abs. 2 StGB miterfasst.

Umstände, welche eine Einschränkung bzw. Aufhebung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit begründen können, sind lediglich im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB maßgeblich. Das dargestellte allgemeinverbindliche Verfahren zur Inhaltsbestimmung des besonderen Schuldmerkmals der niedrigen Beweggründe ist also auf jede vorsätzliche Tötung anzuwenden; die Berücksichtigung von subjektbezogenen Unterschieden erfolgt nur unter den Voraussetzungen

eine rechtswidrige Verwirklichung schwersten Unrechts dar. Mord im Sinne der vorsätzlichen Tötung in Höchstschuld ist es nicht: Die subjektive Ausnahme, welche der Täter (bzw. die Täterin) im Beweggrund für sich selbst vom Tötungsverbot zulässt, hat wegen der durch das spätere Opfer begangenen (motivbegründenden) Kindstötung enge Voraussetzungen.

⁴⁴ Vgl. etwa Deckers/Fischer/König/Bernsmann NStZ 2014, 9, 11, 12: „...Die Praxis lehrt zudem, dass in Fallkonstellationen, denen Konflikt- und Spontanaten im personalen Nahbereich zu Grunde liegen – das dürfte die überwiegende Anzahl der Fälle sein – oft gerade die Betrachtung der gegenseitigen Abhängigkeit von inter- und intrapersonalen Konflikten den Schlüssel zur gerechten Beurteilung liefert“; die Schuldmaßbedeutung des Affekts zutreffend herausarbeitend Köhler, AT, a.a.O. (Fn. 4), 417 ff..

⁴⁵ Beispiel: Ein seine Partnerin permanent tyrannisierender Mann tötet diese aus Wut darüber, dass das Essen nicht auf dem Tisch steht, nach seiner Meinung nicht ausreichend aufgeräumt ist oder ähnliches (ein krasser Fall habitualisierter Überheblichkeit – hier endend in der Tötung des „Familiencyrannen“ durch seine Lebensgefährtin – liegt dem Urteil des BGH vom 25. März 2003, 1 StR 483/02, zu Grunde).

der §§ 20, 21 StGB⁴⁶. Dass ein unter den Voraussetzungen des § 20 StGB zur Tatzeit schuldlos Handelnder demnach den Tatbestand des Mordes verwirklichen kann, stellt – ebenso wie nach der aktuellen Fassung des Mordtatbestands – kein begriffliches Problem dar. Werden die Voraussetzungen des § 20 StGB in Bezug auf eine Tötung aus niedrigen Beweggründen festgestellt, bedeutet dies also die Feststellung einer für ein vernunftfähiges/zurechnungsfähiges Subjekt generell besonders vorwerfbarsten Höchstunrechtstat eines im Tatzeitpunkt Schuldunfähigen.

Die Voraussetzungen der §§ 33, 35 StGB schließen das Vorliegen von niedrigen Beweggründen nach dem dargelegten Begriff materiell aus, weil der Beweggrund unter diesen Umständen stets eine nur enge subjektive Ausnahme von Tötungsverbot beinhaltet.

Eine „individuelle Unzuständigkeit für die Fehlorientierung“ im Sinne Saligers⁴⁷, der etwa in Bezug auf ausländische Täter unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 17 StGB zur Prüfung einer „Quasi-Vermeidbarkeit“ eines Wertungsirrtums Aspekte wie Dauer des Inlandsaufenthaltes, Erkenntnisfähigkeiten des Täters, Maß der sozialen Integration und Alter bei der Einreise berücksichtigen will, gibt es nicht: Für das Urteilen und Handeln nach dem dargestellten Maßstab ist jeder Mensch aufgrund seines Menschseins – unabhängig von Staatsangehörigkeiten und persönlichen Kulturvorstellungen – „zuständig“.

Unter den Voraussetzungen, nach welchen niedrige Beweggründe zu bejahen sind, dürfte ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) einer vollverantwortlich handelnden Person – eben wegen der Allgemeinheit, mit der diese Person anderen das Lebensrecht absprechen müsste – kaum denkbar sein. Wenn man einen solchen, nur theoretischen Fall (eine zurechnungsfähige Person tötet einen anderen Menschen aus einem bloß subjektiv-beliebig gewählten Anlass und nimmt an, eine solche Tötung sei in der BRD nicht verboten) bloß probeweise unter dem dargelegten Begriff beurteilt, so ergibt sich diesbezüglich: Ein solcher Irrtum hätte keine schuld mindernde Bedeutung; die fehlende Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Tat wäre kein schuld mindernder, sondern ein schuldsteigernder Umstand. Es wäre rechtsfehlerhaft, hier die (fakultative) Strafmilderung gemäß §§ 17 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen⁴⁸.

⁴⁶ Eine in der Sache nicht anders denkbare Berücksichtigung solcher Unterschiede bei der Prüfung des besonderen Schuldmerkmals kommt nur dann in Frage, wenn etwa ein psychisch schwer Kranker im Hinblick auf einen seiner Wahnvorstellung entspringenden irrationalen Sachverhalt handelte, so dass sich möglicherweise keine Handlungsmaxime ermitteln lässt, anhand derer geprüft werden könnte, mit welchem Allgemeinheitsgrad dieser Mensch das Tötungsverbot für sich außer Kraft setzte (im bekannten „Katzenkönig“-Fall, BGH, Urteil vom 15.09.1988, 4 StR 352/88, war zwar ein Handlungsmaximeninhalt feststellbar; dieser beinhaltete jedoch ein irrationales Geschehen bzw. eine auf Aberglauben beruhende Zukunftsprognose für den Fall des Unterlassens der letztlich versuchten Tötung).

⁴⁷ Vgl. Saliger StV 2003, 22 ff., 25.

⁴⁸ Wenn das Reichsgericht die Auffassung vertrat, jede zurechnungsfähige Person müsse die den Strafnormen zugrundeliegenden Verbote und Gebote kennen (RGSt. 63,

VII. Niedrige Beweggründe als – unter dem Schuldprinzip – einzig maßgebliches Mordmerkmal

Wie dargelegt ist das Merkmal der niedrigen Beweggründe nach einer allgemeingültigen Formel in seiner Bedeutung konkretisierbar, so dass es sich als Mordmerkmal sachhaltigen Sinnes eignet, weil sein Vorliegen bei vorsätzlichen Tötungshandlungen Höchstschuld anzeigt. Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe dürfte sogar das *einzig* Mordmerkmal sein, welches diese Aufgabe erfüllt.

Diese These soll abschließend knapp begründet werden, indem die sonstigen, in § 211 Abs. 2 StGB genannten Mordmerkmale mit dem hier dargelegten Maßstab abgeglichen bzw. unter diesen subsumiert werden.

1. Tötung aus „Mordlust“ oder aus Habgier

Die Mordmerkmale der „Mordlust“⁴⁹ und der Habgier in ihren durch die Rechtsprechung erarbeiteten Bedeutungen⁵⁰ sind bloß Beispiele für niedrige Beweggründe im hier dargestellten Sinne. Deren Vorliegen zeigt stets Höchstschuld der vorsätzlichen rechtswidrigen Tötung an. Dies ergibt sich der Sache nach jedoch aus der hier dargelegten Formel zur Bestimmung der Niedrigkeit von Beweggründen zu Tötungshandlungen: Weder die Tötung aus bloßer Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens (dem reinen Belieben des Täters) noch aus eigenem Gewinnstreben verengen die subjektive Ausnahme, welche die entsprechende Handlungsmaxime des Täters in Bezug auf das Tötungsverbot darstellt; diese ist prinzipiell-grenzenlos⁵¹. Die gesetzliche Benennung solcher *Beispiele* für niedrige Beweggründe ist nicht zu beanstanden; sie ist jedoch sachlich nicht erforderlich.

218 f.; teilweise Einschränkung dieser Position durch BGHSt. 2, 194, 202) so gilt dies zumindest für das prinzipielle Tötungsverbot uneingeschränkt. Dahinter steht die unabdingbare Verpflichtung einer jeden in Gesellschaft mit anderen lebenden Person, ihre Vernunftfähigkeit zumindest bis zur Einsicht in die Notwendigkeit der generellen Respektierung des Lebensrechts (auch) der anderen auszubilden. Dies trotz Fähigkeit/Zurechnungsfähigkeit zu unterlassen, wäre ein Verschuldungsprozess.

⁴⁹ Die Benennung des Mordmerkmals als „Mordlust“ ist unsauber, weil die Feststellung einer Lust auf „Mord“ einen Begriff des Mordes voraussetzt, der nun nicht selbst durch den Terminus der „Mordlust“ definiert werden kann. Der eigentlich gemeinte Merkmalsinhalt ist trotzdem verständlich.

⁵⁰ Vgl. die Darstellung bei Fischer, StGB-Kommentar, 63. Auflage 2016, § 211, Rn. 8 m.w.N.: „Mordlust“ als „Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens... Kennzeichen von ‚Mordlust‘ ist daher gerade die (subjektive) Austauschbarkeit des Opfers...“; zur „Habgier“ *ders.*, ebenda, Rn. 10; zum Verhältnis der Merkmale der Habgier zu den „sonstigen niedrigen Beweggründen“ etwa BGH, Urteil vom 12.01.2005, 2 StR 229/04 = HRRS 2005 Nr. 135.

⁵¹ Etwa die reine Benutzung des Opfers als Objekt einer Willkürtötung, die mangels Befriedigung des Täters durch den Tötungsvorgang selbst keine „Mordlust“, sondern ein sonstiger niedriger Beweggrund ist (vgl. Fischer, a.a.O., Fn. 50), ist davon *unter Schuldgesichtspunkten nicht relevant zu unterscheiden*.

2. Tötung „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ oder in Ermöglichungs-/Verdeckungsabsicht

Diese Merkmale sollten im Rahmen einer Reform des Mordtatbestands entfernt werden. Sie sind nur insoweit Mordmerkmale sachhaltigen Sinnes (Höchstschuld der vorsätzlichen Tötung anzeigende Merkmale), wie ihr Vorliegen zugleich das Vorliegen eines niedrigen Beweggrunds im hier dargelegten Sinne ist. Das dürfte zwar in der Mehrzahl der praktisch vorkommenden Fälle von Tötungen zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat der Fall sein: Vorsätzliche Tötungen zur Triebablenkung werden in der Regel ebenso wie Tötungen zur Erreichung von bloß dem Belieben des Täters entspringenden Zwecken prinzipiell-grenzenlose subjektive Bedingungen des Tötungsverbots bzw. prinzipiell-grenzenlose Missachtungen des Lebensrechts anderer darstellen. Jedoch sind Verurteilungen wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe trotz Fehlens von Höchstschuld nach diesen Merkmalen *nicht ausgeschlossen*: So ist der Tötungsbeweggrund „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ dann kein im beschriebenen Sinne niedriger Beweggrund, wenn eine *Einwilligung* oder gar ein Verlangen des Opfers für den Täter *Bedingung der Ausführung des Tötungsentschlusses* ist. So war es im Fall des sogen. „Kannibalen von Rotenburg“⁵². Der BGH gab dem Landgericht Frankfurt a.M. bei Zurückverweisung der Sache nach Aufhebung des wegen Totschlags verurteilenden Urteils des Landgerichts Kassel die – dann auch erfolgte – Verurteilung wegen Mordes zur Befriedigung des Geschlechtstriebes sowie zur Ermöglichung der Störung der Totenruhe vor. Diese Entscheidung beruht auf dem geltenden Recht; sie stellt sich *unter Schuldgesichtspunkten* trotzdem als *verfehlt* dar: Nach den Feststellungen war die (faktische) Einwilligung des späteren Opfers zu seinem Getötetwerden sowie zu dem anschließenden Umgang mit der Leiche – die zudem keine bloße Zustimmung war, sondern in einem auch vom Opfer ausgehenden Drängen lag – für den späteren Täter *erforderliche Bedingung der Umsetzung seines Tötungsentschlusses*. Auch wenn die Einwilligung konkret kein bestimmendes Verlangen im Sinne von § 216 StGB gewesen sein mag, war sie für den Täter mit-handlungsleitend bzw. beweggrundbestimmend: Sie verengte die subjektive Bedingung des Tötungsverbots, die die im konkreten Beweggrund des Täters auffindbare Handlungsmaxime darstellt. Dies berücksichtigte der BGH in dieser Entscheidung in keiner Weise: Er beurteilte den – gewiss atypischen und mit als eklig zu bezeichnenden Details gespickten – Sachverhalt genau so, als hätte jemand ganz einseitig (beliebig) einen anderen Menschen ausgewählt und diesen ohne/gegen dessen faktischen Willen geschlachtet und teilweise verspeist. Letzteres wäre jedoch zweifellos ein *unter Schuldgesichtspunkten anderer Fall*⁵³, nämlich die Tötung aus einem niedrigen Beweggrund nach der dargelegten Formel⁵⁴.

⁵² BGHSt. 50, 80 ff. = HRRS 2005 Nr. 458.

⁵³ Ob die faktische Einwilligung des Opfers – auch wenn diese aufgrund grober Unvernunft im Selbstverhältnis keinesfalls wirksam/rechtfertigend war (anders als das bei Einwilligungen irreversibel-todkranker Personen jedenfalls im

Einen niedrigen Beweggrund in einem sachhaltigen Sinne stellt aus denselben Gründen auch die – in der Kannibalenentscheidung bejahte – Tötung zur Ermöglichung der Störung der Totenruhe nicht dar. Es ist unter Schuldgesichtspunkten unergründlich, weshalb angenommen wird, der Täter („Kannibale“) habe eine vorsätzliche Tötung eines anderen *in Höchstschuld* verwirklicht, weil er in der Absicht handelte, mit der Leiche wie vom Getöteten gewünscht umzugehen, was jedoch das „Pietätsempfinden“ anderer verletze (die nach Vorstellung von Täter und Opfer zudem nie davon erfahren sollten).

Gerade solche Entscheidungen zeigen, dass der Mordtatbestand tatsächlich reformbedürftig ist, weil Verurteilungen ohne Vorliegen von Höchstschuld vorkommen⁵⁵.

Das Mordmerkmal der Straftatverdeckungsabsicht ist als Mordmerkmal zumindest überflüssig: Wie *Schneider* zutreffend ausführt, ist etwa die Tötung zur Verdeckung einer bloßen Ordnungswidrigkeit oder „in dem Bestreben, das Bekanntwerden eines rechtlich belanglosen, nur moralisch anstößigen Verhaltens zu verhindern, um befürchtete sozialabträgliche Weiterungen bereits im Keime zu ersticken, *erst recht* als Mord aus niedrigen Beweggründen zu klassifizieren“⁵⁶. Insofern ist es nicht sinnvoll, die Straftatverdeckungsabsicht als bloß eine von zahlreichen sonstigen Absichten, die einen niedrigen Beweggrund zu einer Tötungshandlung darstellen können, in die gesetzliche Formulierung des Mordtatbestands aufzunehmen.

Endstadium ihrer Erkrankung der Fall sein kann, vgl. BGH, Urteil vom 25.06.2010, 2 StR 454/09 = HRRS 2010 Nr. 704) und auch kein hinreichend bestimmendes Verlangen im Sinne von § 216 StGB vorlag – sogar das *Unrecht der Tat* minderte, mag hier dahinstehen. Jedenfalls verengte diese für den Täter notwendige Bedingung der Umsetzung seines Entschlusses seine Handlungsmaxime (subjektive Ausnahme vom Tötungsverbot) in erheblichem Maße; dies hat evident schuld mindernde Bedeutung.

⁵⁴ Wobei es auf die besonderen Ekelelemente wie u.a. das Kannibalische dafür *nicht* entscheidend ankommt; maßgeblich ist die Reichweite der subjektiven Ausnahme vom Tötungsverbot in der Handlungsmaxime.

⁵⁵ Dass das *Bundesverfassungsgericht* in der Regel sehr zurückhaltend ist, in die Rechtsauslegung auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts, die „Sache der dafür zuständigen Strafgerichte“ ist (*BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 07. Oktober 2008, 2 BvR 578/07 = HRRS 2008 Nr. 1007), einzugreifen, ist aus seiner Funktion heraus verständlich und an sich richtig. Solange das *BVerfG* jedoch weder einen materiellen Verbrechensbegriff herausarbeitet, nach welchem *Strafunrecht qualitativ* von anderen Unrechtsformen abgegrenzt werden kann (so dass etwa auch gewisse Strafnormen als bloße Polizei- und Ordnungsnormen bestimmt und aus dem Bereich des Strafrechts zwingend ausgeschieden werden können; vgl. Fn. 4) noch die angeblichen „Strafzwecke“ in eine Systematik bringt, sondern beliebig nebeneinander stellt (vgl. *BVerfGE* 45, 187 ff.; zutreffende Kritik daran bei *Köhler*, AT, Fn. 4, 37 ff., 44, 67), sind dessen Entscheidungen im Bereich des materiellen Strafrechts eo ipso schwankend und nicht ohne Beliebigkeit. So lassen etwa die Cannabis-Entscheidung (*BVerfGE* 90, 145 ff.) und die Inzest-Entscheidung (*BVerfGE* 120, 244 ff.) denjenigen Leser, der nicht an kulturell bedingten Meinungen sondern an Strafrechtsbegriffen interessiert ist, verwundert zurück.

⁵⁶ *Schneider*, Anmerkung zu BGH NStZ 2005, 101, ebenda S. 104.

3. Zu den Merkmalen der Heimtücke, Grausamkeit und der gemeingefährlichen Mittel

Als Mordmerkmale sachhaltigen Sinnes – nämlich als zwingende Indikatoren für Höchstschuld – eignen sich die objektiven Mordmerkmale (Tatausführungsweisen) nicht. Durch eine vorsätzliche Tötung wird das Rechtsgut Leben total verletzt (die Person des anderen vernichtet). Das Maß der *diesbezüglichen Vorwerfbarkeit* hängt – für sich betrachtet – *nicht* davon ab, ob der Täter daneben auch noch sonstiges, ggf. schweres Unrecht verwirklicht.

Wird etwa bei der grausamen Tötung erhebliches Körperverletzungsunrecht zum Nachteil des später Getöteten verwirklicht, so muss dies zwar sowohl im Schuldanspruch als auch in der Rechtsfolge Berücksichtigung finden; Höchstschuld in Bezug auf die Tötung an sich indiziert es hingegen nicht. Wenn – um ein verwendetes Beispiel nochmals zu bemühen – ein Elternteil denjenigen, der zuvor dessen Kind grausam tötete, aus Rache vorsätzlich, geplant und grausam tötet, so verwirklicht die vorsätzliche Tötung qualitativ Höchstunrecht und die vorangegangene Körperverletzung weiteres schweres Unrecht; beides ist dem Täter (der Täterin) vorwerfbar und zieht notwendig eine schwere Strafe nach sich. Höchstschuld ist hier jedoch nicht gegeben (siehe Fn. 43).

Dass ein bestimmtes „Tatbild“ Anlass sein kann, das Vorliegen eines niedrigen Beweggrunds genauestens zu prüfen, weil darin ggf. ein solcher zu Ausdruck kommt, ist zutreffende Rechtsprechung des BGH⁵⁷. Das Tatbild bzw. die Tatausführungsweise *begründet aber eben an sich keine Höchstschuld*.

Dasselbe gilt für das Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel: Der Umstand, dass eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln oftmals aus einem im hier dargelegten Sinne niedrigen Beweggrund erfolgen wird, sollte nicht dazu verleiten, diese Tatausführungsweise als Mordmerkmal zu betrachten. Ein solches muss Höchstschuld allgemein – für jeden Fall seines Vorliegens – anzeigen.

Das Merkmal der Heimtücke ist im Rahmen einer Reform zu entfernen. Seine Verwirklichung indiziert keineswegs Höchstschuld.

VIII. Fazit

Entgegen einer häufig vertretenen Auffassung in der Diskussion um die Änderung des Tatbestands des § 211 StGB ist das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ nicht nur durch eine allgemeingültige (befindlichkeits- und kulturunabhängige) Formel in seiner Bedeutung strikt konkretisierbar, so dass es sich unter Schuldgesichtspunkten zur Differenzierung zwischen Mord und Totschlag eignet. Es handelt sich bei diesem besonderen Schuldmerkmal wohl um das einzig geeignete Mord-

⁵⁷ Siehe etwa BGH, Urteil vom 22.10.2014, 5 StR 380/14 = HRRS 2014 Nr. 1116.

merkmal: Die vorsätzliche rechtswidrige Tötung eines anderen Menschen ist nämlich ein *qualitativ nicht steigbares* und insbesondere weder durch subjektive Merkmale (Beweggründe, Absichten) noch durch bestimmte Tatusführungsweisen zu qualifizierenden *Unrecht* (die vollständige Vernichtung der Person des anderen). Die Tatuschuld bestimmt sich diesbezüglich maßgeblich durch den Grad der Allgemeinheit, mit welchem der Täter das Tötungsverbot für sich selbst (subjektiv) für ungültig erklärt. Der konkrete Beweggrund bzw. die darin auffindbare konkrete Handlungsmaxime als subjektive Handlungsregel definiert diesen Grad der Allgemeinheit der subjektiven Unbeachtlichsetzung des anderen als Person: Der Täter setzt sich in seinem Beweggrund bzw. in seiner Handlungsmaxime in ein bestimmtes Verhältnis zum Tötungsoffer und – durch die Bedingungen, nach welchen er dieses Opfer aussucht – in ein Verhältnis zu allen anderen Personen.

Beweggründe zu vorsätzlichen rechtswidrigen Tötungshandlungen sind somit niedrig, wenn der Täter dadurch das Tötungsverbot mit hohem Allgemeinitätsgrad für sich selbst außer Kraft setzt, so dass seine Maxime eine prinzipiell-unbegrenzte Missachtung der Person des anderen offenbart. Das ist der Fall, wenn die handlungsbestimmenden Faktoren bloß-subjektiv dem Belieben des Täters entspringen (Auswahl des Opfers nach bloß-subjektiven Differenzierungen wie Geschlecht, Alter, Aussehen, Nationalität etc.). Ausgeschlossen sind niedrige Beweggründe hingegen, wenn entweder das Opfer durch vorangegangenes, ethisch verwerfliches oder rechtswidriges Fehlverhalten zum Nachteil des Täters (oder ihm nahestehender Personen) in dessen Bereich eingedrungen war oder in sein Getötetwerden (ungenötigt) eingewilligt hatte und diese Verhaltensweise für die Setzung oder Ausführung der Tötungsmaxime mitbestimmend ist. Die Abhängigmachung der Tötung eines anderen von solchen Umständen verengt die subjektive Ausnahme, die der Täter für sich selbst vom Tötungsverbot zulässt. Dasselbe gilt, wenn es sich um Notstandstötungen handelt⁵⁸.

Nach diesem Begriff können vorsätzliche Tötungen ohne Rekurs auf etwa bloß kulturelle oder gar „emotionale“⁵⁹

⁵⁸ Ein Totschlag kann nach § 35 StGB entschuldigt sein; Mord und entschuldigender Notstand schließen sich hingegen materiell aus.

⁵⁹ DAV, Fn. 2.

Reflexe – sondern strikt nach ihrem Schuldumfang – als Mord identifiziert werden. Das trifft auf die sonstigen Mordmerkmale hingegen nicht zu, sofern diese nicht zugleich notwendig auch die Voraussetzungen niedriger Beweggründe im hier dargelegten Sinne enthalten⁶⁰.

Dass die gerichtliche Feststellung eines handlungsleitenden Beweggrunds schwierig sein kann, ist kein erheblicher Einwand gegen die Verwendung dieses „Gesinnungsmerkmals“: Subjektive Elemente (innere Geschehnisse) sind notwendiger Weise Gegenstand der Tatsachenfeststellung, weil sie als subjektive Unrechtsmerkmale (Tatbestandsvorsatz, weitergehende Verletzungsabsichten in Bezug auf das tatbestandlich erfasste Rechtsgut) *das Unrecht* und als Beweggründe, Ziele, Gesinnung und Willensaufwand (§ 46 Abs. 2 StGB) *die Schuld* maßgeblich definieren⁶¹.

Es dürfte nicht schwer fallen, im Rahmen einer – zweifellos gebotenen – Neufassung des Mordtatbestands das Merkmal der niedrigen Beweggründe zu Tötungshandlungen im dargelegten Sinne gesetzlich zu konkretisieren⁶². Auf weitere Mordmerkmale sollte verzichtet werden.

⁶⁰ Was lediglich bei den deshalb akzeptablen, jedoch überflüssigen Merkmalen der „Mordlust“ und der „Habgier“ der Fall sein dürfte.

⁶¹ Wenn sich ein im dargestellten Sinne als niedrig zu qualifizierender Beweggrund nicht zweifelsfrei feststellen lässt, dann hat eine Verurteilung wegen Mordes zu unterbleiben; das ist eine strafprozessuale Selbstverständlichkeit.

⁶² Keine befriedigende Lösung des Sachproblems stellte es hingegen dar, wenn § 211 StGB abgeschafft und in § 212 StGB als Rechtsfolge eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder die lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen würde, wodurch dem Tatgericht pauschal der Zugriff auf die Strafzumessungserwägungen gemäß §§ 46 ff. StGB eröffnet würde; so eine Forderung etwa des DAV im Rahmen der aktuellen Reformdiskussion; *ebenso Deckers/Fischer/König/Bernsmann* (jeweils a.a.O., Fn. 2). Nur eine gesetzliche Konkretisierung dessen, was eine besonders verwerfliche (vorwerfbare) Tötung ist, die rechtlich die lebenslange Freiheitsstrafe nach sich zieht, genügt dem Bestimmtheitserfordernis (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB). Die Umsetzung dieses Vorschlags stellte in erheblich größerem Ausmaß als eine vom BGH aus diesen Gründen abgelehnte „Typenkorrektur“ (BGH, a.a.O., Fn. 7) die Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung in diesem Bereich in Frage.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

97. BVerfG 2 BvR 1043/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (BGH / LG Berlin)

Absprachen im Strafverfahren (Verfahrensverständigung; Recht auf ein faires Verfahren; Transparenz- und Dokumentationsvorschriften; Protokollierungspflicht; Negativmitteilung als Kernbestandteil des gesetzlichen Regelungskonzepts; Indizwirkung für Gesetzesverstoß bei fehlendem Negativattest; Beruhensfrage; Unzulässigkeit von Protokollrügen; Ausschluss des Beruhens; umfassende Aufklärung der Verfahrenstatsachen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO

98. BVerfG 2 BvR 2347/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2015

Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; Maßstäbe für die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes; Verein Sterbehilfe Deutschland e. V.; begleiteter Suizid; Recht zur Selbstbestimmung über das eigene Sterben; keine Beihilfestrafbarkeit des Suizidwilligen; notwendige Teilnahme; Folgenabwägung; Gefahr der Verleitung Schwerkranker zum Suizid; Schutz menschlichen Lebens); Zuständigkeit der Kammern des Bundesverfassungsgerichts.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 27 StGB; § 217 StGB; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 93d Abs. 2 BVerfGG

99. BVerfG 2 BvR 2349/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Augsburg / AG Augsburg)

Einstweilige Anordnung gegen die Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung (DNA-Analyse; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Abwägung; Einzelfallbetrachtung; Folgenabwägung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 81g StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 32 Abs. 1 BVerfGG

100. BVerfG 2 BvR 2735/14 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (OLG Düsseldorf)

Auslieferung eines in Abwesenheit verurteilten US-amerikanischen Staatsangehörigen nach Italien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls; Anwendungsvorrang des Unionsrechts (Anwendungsvorrang grundsätzlich auch vor nationalem Verfassungsrecht; Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs; Identitätskontrolle; Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit; europarechtsfreundliche Anwendung; Solange-Vorbehalt; Ultra-vires-Kontrolle; Unanwendbarkeit des Unionsrechts in eng begrenzten Einzelfällen; Feststellungsvorbehalt des Bundesverfassungsgerichts); Schutzgehalt der Verfassungsidentität (Menschenwürdegarantie; Rechtsstaatsprinzip; Schuldgrundsatz im

Strafrecht; Mindestgarantien für Beschuldigte im Strafprozess; Gewährleistung auch im Auslieferungsverfahren; Voraussetzungen einer Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils; ausreichende unionsrechtliche Sicherungen); Gewährleistungsverantwortung deutscher Gerichte im Einzelfall (Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens im Einzelfall; verfassungsrechtliche Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (erhöhte Darlegungsanforderungen für eine Aktivierung der Identitätskontrolle).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 4 EUV; Art. 4a Abs. 1 RbEuHb; Art. 6 EMRK; Art. 47 Abs. 2 GRCh; Art. 48 GRCh; Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh; § 73 IRG; § 83 IRG

101. EGMR Nr. 23279/14 (5. Kammer) – Urteil vom 7. Januar 2016 (Bergmann v. Deutschland)

Therapieunterbringung (Sicherungsverwahrung) bei schwerer psychischer Störung (Recht auf Sicherheit und Freiheit; psychische Krankheit; Fortdauerentscheidung; faktische Verlängerung der Sicherungsverwahrung); Begriff der Strafe (Wahrung des Abstandsgebotes; Abgrenzung von der Maßregel).

Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 ThUG; § 67d StGB

102. BGH 3 StR 310/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Verden)

Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (Anregung des Vorsitzenden; Gespräche zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft ohne Beteiligung des Gerichts; Dokumentation in der Akte); Beruhensprüfung (erforderlicher Tatsachenvortrag des Revisionsführers; Kausalität; keine „normative Beruhensprüfung“).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 337 StPO

103. BGH 3 StR 312/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Stralsund)

Rüge desselben Sachverhalts hinsichtlich mehrerer Verfahrensfehler.

§ 344 StPO

104. BGH 3 StR 312/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Stralsund)

Wirksamkeit der Revisionsrücknahme auch bei Einbeziehung in eine Verständigung (Gesamtlösung; Unwiderruflichkeit; Unanfechtbarkeit; Prozesssubjekt).

§ 302 StPO; § 257c StPO

105. BGH 3 StR 403/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Bad Kreuznach)

Abänderung des Schuldspruchs nach Teileinstellung.

§ 154 StPO

106. BGH 3 StR 406/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Verden)

Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus einer gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Durchsuchung.

§ 161 Abs. 2 StPO; § 22 Nds. SOG; § 23 Nds. SOG

107. BGH 3 StR 407/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Mönchengladbach)

Anforderungen an die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit bei Pädophilie (keine Aussagekraft der Diagnose als solcher; starker, mehr oder weniger unwiderstehlicher Zwang; eingeschlifene Verhaltensschablone; schizoide Persönlichkeitsstörung); unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Erforderlichkeit einer Einzelfallbeurteilung bei auf statistische Prognoseinstrumente gestützter Einschätzung des Sachverständigen).

§ 20 StGB; § 63 StGB

108. BGH 3 StR 438/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Oldenburg)

BGHSt; Vorbereitung eines Explosionsverbrechens (Sprengstoffe; Aggregatzustand; Gas-Luft-Gemisch; Sprengstoffgesetz; unterschiedliche Begriffe); Verhältnis von Vorbereitung und Verabredung beim Sprengstoffverbrechen (Tateinheit; kein Stufenverhältnis; höherer Strafrahmen der Verabredung).

§ 30 Abs. 2 StGB; § 308 Abs. 1 StGB; § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

109. BGH 3 StR 444/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Bad Kreuznach)

Gefährliche Körperverletzung (generelle Eignung zur Lebensgefährdung nach den Umständen des Einzelfalles; Messereinsatz); Helfervorsatz.

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB

110. BGH 3 StR 537/14 – Beschluss vom 9. Juli 2015 (LG Köln)

BGHSt; Konkurrenzen bei Organisationsdelikten (kriminelle/terroristische Vereinigung; mitgliedschaftliche Beteiligungsakte; Zusammenfassung zur tatbestandlichen Handlungseinheit; Reichweite; Tateinheit; Tatmehrheit; Klammerwirkung; Verwirklichung einer anderen Strafvorschrift; Gleichwertigkeit mehrerer Handlungen mit Blick auf Unrechts- und Schuldgehalt; Klammerwirkung; Entklammerung; Dauerdelikt); Anforderungen an die Feststellungen zum Merkmal der kriminellen Vereinigung (Abgrenzung zu Mittätern und Bande; koordiniertes Vorgehen zur Erreichung des übergeordneten ideologischen Ziels der Gruppierung).

§ 129 Abs. 1 StGB; § 129a Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

111. BGH 3 StR 537/14 – Beschluss vom 9. Juli 2015 (LG Köln)

Fehlende Feststellungen zur subjektiven Tatseite bei der versuchten Körperverletzung; kein Teilfreispruch bei ursprünglich tatmehrheitlich angeklagten und sodann tateinheitlich abgeurteilten Taten.

§ 223 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 260 StPO

112. BGH 5 StR 351/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Frankfurt (Oder))

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

113. BGH 5 StR 352/15 – Urteil vom 23. November 2015 (LG Hamburg)

Bestechlichkeit durch einen Schöffen (Gegenleistung für richterliche Handlung; Durchlaufposten; Dritt Vorteil;

spiegelbildliche Struktur der Bestechungstatbestände; „Lagertheorie“; versuchte Beteiligung); Wertgrenze beim besonders schweren Fall der Bestechlichkeit.
§ 332 StGB; § 335 StGB

114. BGH 5 StR 392/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Neuruppin)

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

115. BGH 5 StR 397/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Saarbrücken)

Notwehr (Erforderlichkeit; fehlende Feststellungen zu Art und Ausmaß der Kampflege; Schläge mit einer Eisenstange gegen den Kopf; milderer Mittel).
§ 32 StGB

116. BGH 5 StR 422/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Chemnitz)

Unterbringungsanordnung (Erfolgsaussicht; fehlende Darlegung konkreter Umstände für einen die Behandlung im Maßregelvollzug überdauernden Therapieerfolg); Verhältnis von minder schwerem Fall der gefährlichen Körperverletzung und anderem gesetzlich vertypen Milderungsgrund.
§ 64 StGB; § 224 Abs. 1 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

117. BGH 5 StR 436/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Berlin)

Aufklärungshilfe (Zusammenhang mit aufgedeckter Tat; sichere Grundlage für Aburteilung von Mittätern).
§ 46b StGB

118. BGH 5 StR 463/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Saarbrücken)

Keine Tateinheit zwischen vollendetem und versuchtem Betrug.
§ 263 StGB; § 52 StGB

119. BGH 5 StR 467/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Dresden)

Verhältnis von verständigungsbezogenen (Vor-)Gesprächen zu sonstigen Erörterungen des Verfahrensstandes.
§ 257b StPO; § 257c StPO

120. BGH 5 StR 485/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Cottbus)

Teilfreispruch bei abweichender konkurrenzrechtlicher Beurteilung der angeklagten Taten; rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 55 StGB; § 260 StPO

121. BGH 5 StR 490/15 – Beschluss vom 25. November 2015 (LG Leipzig)

Fehlende Dokumentation der Ermessenserwägungen bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung.
§ 66 StGB

122. BGH 5 StR 509/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Berlin)

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

123. BGH AK 43-46/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015

Dringender Tatverdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („Oldschool Society“; Verfolgung gemeinsamer Zwecke in einem organisatorisch fest abgesteckten Rahmen; übergeordnete ideologische Zielsetzung; Begehung von Tötungsdelikten; Rädelsführerschaft); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus.
§ 129a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

124. BGH AK 43-46/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015

Dringender Tatverdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („Oldschool Society“; Verfolgung gemeinsamer Zwecke in einem organisatorisch fest abgesteckten Rahmen; übergeordnete ideologische Zielsetzung; Begehung von Tötungsdelikten; Rädelsführerschaft); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus.
§ 129a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

125. BGH AK 43-46/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015

Dringender Tatverdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („Oldschool Society“; Verfolgung gemeinsamer Zwecke in einem organisatorisch fest abgesteckten Rahmen; übergeordnete ideologische Zielsetzung; Begehung von Tötungsdelikten; Rädelsführerschaft); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus.
§ 129a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

126. BGH AK 43-46/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015

Dringender Tatverdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („Oldschool Society“; Verfolgung gemeinsamer Zwecke in einem organisatorisch fest abgesteckten Rahmen; übergeordnete ideologische Zielsetzung; Begehung von Tötungsdelikten; Rädelsführerschaft); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus.
§ 129a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

127. BGH 1 StR 154/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Chemnitz)

Subventionsbetrug (Verjährungsbeginn: Beendigung durch Zahlung der Subvention); Steuerhinterziehung (Steuerverkürzung durch verdeckte Gewinnausschüttung).
§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78a StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG

128. BGH 1 StR 236/15 – Urteil vom 15. Dezember 2015 (LG Deggendorf)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität).
§ 261 StPO

129. BGH 1 StR 256/15 – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (LG München II)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Schaumweinsteuer: Entstehen der Steuerschuld; Blankettvorschrift);

Begriff der prozessualen Tat (eine Tat bei Verletzung unterschiedlicher, zeitlich auseinanderfallender Steuererklärungs-pflichten).

§ 370 Abs. 1 AO; § 14 SchaumwZwStG; § 264 StPO

130. BGH 1 StR 265/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).

§ 63 StGB

131. BGH 1 StR 272/09 – Beschluss vom 12. Januar 2016

Vergütung des Revisionsverteidigers mit einer Pauschgebühr (Höhe: Ermessen des Gerichts).

§ 42 Abs. 1 Satz 1 RVG

132. BGH 1 StR 321/15 – Urteil vom 1. Dezember 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Verfall (Absehen von der Anordnung wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte: Voraussetzungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit)

§ 73c Abs. 1 StGB

133. BGH 1 StR 379/15 – Beschluss vom 25. November 2015 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und begangener Tat: Beschaffungsdelikte); Nichtgewährung des letzten Wortes (Beruhen).

§ 64 StGB; § 258 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

134. BGH 1 StR 435/15 – Beschluss vom 11. Januar 2016 (LG Mannheim)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (unverschuldete Fristversäumnis: keine Zurechnung von Verteidiger-verschulden).

§ 44 Satz 1 StPO

135. BGH 1 StR 479/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Regensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

136. BGH 1 StR 538/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Heimtückemord (Ausnutzungsbewusstsein trotz vollständig aufgehobener Steuerungsfähigkeit).

§ 211 StGB; § 20 StGB

137. BGH 1 StR 562/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Stuttgart)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Einbeziehung einer Bewährungsstrafe bei bereits abgelaufener Bewährungszeit).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB; § 56 Abs. 1 StGB; § 56a Abs. 1 StGB

138. BGH 1 StR 564/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Stuttgart)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: Therapiebereitschaft des Angeklagten).

§ 64 StGB

139. BGH 1 StR 602/14 – Beschluss vom 12. Januar 2016

Berichtigungsbeschluss

140. BGH 1 ARs 31/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (BGH)

Bemessung von Schmerzensgeld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten); Anfrageverfahren.

§ 253 Abs. 2 BGB; § 132 GVG

141. BGH 2 StR 101/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Verurteilung auf Grund einer Aussage des Belastungszeugens: Anforderungen, Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

142. BGH 2 StR 96/15 – Beschluss vom 5. November 2015 (LG Aachen)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB

143. BGH 2 StR 119/15 – Urteil vom 21. Oktober 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Rechtsfehlerhafte tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

144. BGH 2 StR 124/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Wiesbaden)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

145. BGH 2 StR 144/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG Limburg)

Untreue (Abgrenzung von Begehung durch Tun und durch Unterlassen: Nichtweiterleiten von fremden Geldern, Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit; natürliche Handlungseinheit bei mehreren Untreuehandlungen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 13 StGB.

146. BGH 2 StR 151/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

147. BGH 2 StR 226/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Wiesbaden)

Verminderte Schuldfähigkeit (Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 2 StPO

148. BGH 2 StR 231/15 – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

149. BGH 2 StR 257/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

150. BGH 2 StR 261/15 – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (LG Erfurt)

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

151. BGH 2 StR 261/15 – Urteil vom 9. Dezember 2015 (LG Erfurt)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind: subjektiver Tatbestand, Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Kind von handlungsleitender Bedeutung).
§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB

152. BGH 2 StR 288/12 – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

153. BGH 2 StR 299/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Bonn)

Betrug (Vorliegen einer Vermögensverfügung bei Überweisungen; Abgrenzung vom Computebetrug); Urkundenfälschung (Tateinheit bei einmaligem Gebrauch mehrerer Urkunden).
§ 263 Abs. 1 StGB; § 263a StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

154. BGH 2 StR 304/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Entscheidung über die Revision nach Rücknahme durch den Verteidiger (Gegenstandslosigkeit des Beschlusses).
§ 349 StPO

155. BGH 2 StR 310/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Aachen)

Besonders schwerer Landfriedensbruch (nur eigenhändige Verwirklichung der Regelbeispiele).
§ 125 StGB; § 125a Satz 2 StGB

156. BGH 2 StR 312/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Köln)

Tötungsvorsatz (Voraussetzungen; Anforderungen an die Darstellung im Urteil beim Einsatz einer Schusswaffe: Gesamtbetrachtung, Bedeutung eines Motives, Denkzettel).
§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

157. BGH 2 StR 350/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Darmstadt)

Strafmilderung bei verminderte Schuldfähigkeit (Ermessensentscheidung des Tatrichters: Gesamtbetrachtung, regelmäßige Verminderung des Schuldgehalts).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

158. BGH 2 StR 359/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Darmstadt)

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

159. BGH 2 StR 373/15 – Beschluss vom 5. November 2015 (LG Gießen)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: Berücksichtigung der Rückfallgefahr).
§ 64 StGB

160. BGH 2 StR 396/14 – Beschluss vom 4. Dezember 2015

Erfolgreiche Gegenvorstellung.

161. BGH 2 StR 399/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Wiesbaden)

Anordnung des Wertersatzverfalls (Vorliegen einer unbilligen Härte: Nichtmehrvorhandensein des Erlangten im Vermögen des Betroffenen, Darstellung im Urteil).
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB.

162. BGH 2 StR 434/14 – Urteil vom 23. September 2015 (Frankfurt a. M.)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Voraussetzungen; richterliche Verfahrensverstöße: rechtsfehlerhafter Widerruf der Bestellung eines Pflichtverteidigers); Betrug (Mittäterschaft: Voraussetzungen, wertende Gesamtbetrachtung)
Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 140 StPO; § 143 StPO; § 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

163. BGH 2 StR 445/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Darmstadt)

Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bandenmitgliedschaft als strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal).
§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB

164. BGH 2 StR 469/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Stralsund)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: keine Prognose allein auf Grundlage statistischer Wahrscheinlichkeiten).
§ 64 Satz 1 StGB

165. BGH 2 StR 495/14 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung: keine Zäsurwirkung einer bereits erledigten Vorverurteilung).
§ 55 Abs. 1 StGB; § 54 StGB

166. BGH 2 ARs 30/15 2 AR 1/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015

Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs.
§ 33a StPO

167. BGH 2 ARs 180/15 2 AR 135/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015

Beschwerde gegen einer versagte Änderung von Weisungen.
§ 56c Abs. 1 Satz 1 StGB

168. BGH 2 ARs 180/15 2 AR 135/15 – Beschluss vom 7. September 2015

Verwerfung der Beschwerde als unzulässig.
§ 309 Abs. 1 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

169. BGH 2 ARs 310/15 2 AR 212/15 – Beschluss vom 23. Dezember 2015

Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs.
§ 33a StPO

170. BGH 2 ARs 346/15 2 AR 237/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015

Zuständiges Gericht für die Vollstreckung einer Jugendstrafe bei Aufenthaltsortwechsel des Angeklagten.
§ 42 Abs. 3 JGG

171. BGH 2 ARs 359/15 2 AR 225/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

172. BGH 2 ARs 373/15 2 AR 234/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015

Verwerfung eines unzulässigen Ablehnungsantrags.
§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

173. BGH 4 StR 401/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Hagen)

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

174. BGH 4 StR 445/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Bochum)

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

175. BGH 4 StR 501/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Bielefeld)

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

176. BGH 4 StR 529/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Bielefeld)

Bemessung der Freiheitsstrafe (Freiheitsstrafe von über einem Jahr).
§ 39 StGB