

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

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf
Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten
Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr.
Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel (Redaktion-
assistent); Prof. Dr. Jochen Bung,
M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Chris-
toph Burchard, LL.M. (NYU), Univ.
Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko,
LLM, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz
Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; 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 Neu-
haus, Dortmund; RA Dr. Markus
Rübenstahl, mag. iur., Frankfurt a.M.;
Prof. Dr. Frank Saliger, LMU München;
RA Dr. Hellen Schilling, Frankfurt
a.M.; Prof. Dr. Christoph Sowada,
Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich
Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolf-
gang Wohlers, Univ. Basel

Publikationen

Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg – „Umstände, die sich erst in der Verhandlung ergeben“ – Was sind Nova im Sinne des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO? Zugl. Bespr. BGH HRRS 2019 Nr. 1054 S. 51

Dr. iur. Oliver Harry Gerson, Passau – Neues zur KG-Untreue: Unausgesprochenes, Verborgenes und verpasste Gelegenheiten Zugl. Besprechung von BGH HRRS 2019 Nr. 1010 S. 59

RA Dr. jur. Jörg Burkhard, Wiesbaden – Widerspruch gegen Vernehmung be-
hördlicher Zeugen S. 72

Entscheidungen

BVerfG **Auslieferung bei Defiziten im kalifornischen Strafvollzug**

BVerfG **Klageerzwingungsverfahren zu stundenlanger Fixierung**

BVerfG **Ausschluss politischer Verfolgung bei Auslieferung in die Türkei**

BGHSt **Haushaltsuntreue bei Auftragsvergabe**

BGHSt **Steuerhehlerei und Anstiftung zur Steuerhinterziehung**

BGHR **Besondere persönliche Merkmale bei der Beteiligung an der Hehlerei**

BGH **Garantenstellung beim Konsum von Rauschmitteln**

BGH **Verjährung beim Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt**

Die Ausgabe umfasst 94 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

SCHRIFTFÜHRUNG

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

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

RA Dr. Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; 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., Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Frank Saliger, LMU München; RA Dr. Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich Venzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Univ. Basel.

ISSN 1865-6277

21. Jahrgang, Februar 2020, Ausgabe

2

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

96. BVerfG 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (OLG München)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung wegen Mordes (Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; konkrete Hinweise auf aktuelle systemische Defizite im kalifornischen Strafvollzug; Überbelegung von Haftanstalten in Kalifornien; hinreichend sicherer Ausschluss der Todesstrafe; lebenslange Freiheitsstrafe und Möglichkeit der Reststrafaussetzung zur Bewährung; grundsätzliche Achtung fremder Rechtsordnungen; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR als Auslegungshilfen; Men-

schenwürdegarantie und Haftraumfläche pro Gefangenen; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Auslieferungsverkehr; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; gerichtliche Gefahrprognose trotz Zusicherung; Fehlen einzelfallbezogener Zusicherung; eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 102 GG; Art. 3 EMRK; § 12 IRG; § 73 IRG; Art. 12 AusIV D-USA; Art. 27 AusIV D-USA

1. Eine auslieferungsrechtliche Zulässigkeitsentscheidung verletzt den Verfolgten in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz, wenn das Oberlandesgericht die Haftbe-

dingungen im Zielstaat – hier: U.S.A., Kalifornien – nicht weiter aufgeklärt, sondern lediglich auf die abstrakte Zusicherung der U.S.-amerikanischen Behörden verwiesen hat, wonach die U.S.-Verfassung und das kalifornische Recht eine unmenschliche Behandlung nicht zuließen, obwohl der Verfolgte konkrete Anhaltspunkte für anhaltende strukturelle Defizite im kalifornischen Strafvollzug – wie insbesondere eine systemische Überbelegung der dortigen Haftanstalten – dargelegt hatte (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 16. Juli 2019 [= HRRS 2019 Nr. 906]).

2. Die Gefahr einer Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe ist mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen, wenn die dem Verfolgten im Zielstaat konkret vorgeworfene Anlasstat ausweislich der Auslieferungsunterlagen mit lebenslanger Freiheitsstrafe und nicht mit der Todesstrafe bedroht ist und wenn die zuständigen Behörden verbindlich zugesichert haben, dass die im Einzelfall einschlägigen Strafschärfungsgründe lediglich zu einer Verlängerung der zu erwartenden Freiheitsstrafe führen können. Einer Vorfestlegung des Tatgerichts oder eines übergeordneten Gerichts bedarf es demgegenüber nicht.

3. Das Oberlandesgericht hat allerdings aufzuklären, ob die Möglichkeiten einer Reststrafaussetzung hinsichtlich der dem Verfolgten im Zielstaat drohenden lebenslangen Freiheitsstrafe die zum auslieferungsrechtlichen Mindeststandard gehörenden Kriterien des Art. 3 EMRK erfüllen, wie sie der Rechtsprechung des EGMR zu entnehmen sind.

4. Angesichts der Eingliederung des vom Grundgesetz verfassten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft sind im Rechtshilfeverkehr die Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen grundsätzlich auch dann zu achten, wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen. Ein unüberwindbares Hindernis für eine Auslieferung besteht daher nur bei einer Verletzung der unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze sowie – insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind – des verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards.

5. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes erfordert eine Berücksichtigung der unabdingbaren Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes. Maßgeblich für die Beurteilung von Haftbedingungen ist insbesondere Art. 3 EMRK, der ein Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung enthält.

6. Das Recht eines Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde setzt der Belegung und Ausgestaltung von Hafträumen Grenzen. Vorzunehmen ist eine Gesamtschau der tatsächlichen, die Haftsituation bestimmenden Umstände, wobei eine Verletzung der Menschenwürde insbesondere durch die Bodenfläche pro Gefangenen und die Situation der sanitären Anlagen indiziert sein kann.

7. Dem ersuchenden Staat ist im Auslieferungsverkehr grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Dies gilt in

besonderem Maße gegenüber den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, im Grundsatz jedoch auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr. Das Vertrauen kann jedoch durch entgegenstehende Tatsachen – wie etwa systemische Defizite im Zielstaat – erschüttert werden, angesichts derer gerade im konkreten Fall eine beachtliche Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Mindeststandards nicht beachtet werden.

8. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind zwar grundsätzlich geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet die Gerichte jedoch nicht von der Pflicht, zunächst eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, um die Situation im Zielstaat und so die Belastbarkeit einer Zusicherung einschätzen zu können.

9. Die dem auslieferungsrechtlichen Zulässigkeitsverfahren nachfolgende Bewilligungsentscheidung ist der (verfassungs)gerichtlichen Überprüfung nur dann zugänglich, wenn sie zum Nachteil des Verfolgten von der Zulässigkeitsentscheidung abweicht, so dass das Oberlandesgericht in dieser nicht alle subjektiven öffentlichen Rechte des Verfolgten berücksichtigen konnte.

97. BVerfG 2 BvR 1763/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2020 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens gegen Ärzte und Pfleger wegen der Fixierung einer Patientin (Klageerzwingungsverfahren; Anspruch auf Strafverfolgung Dritter nur in Ausnahmefällen; staatliche Schutzpflicht; gravierender Eingriff in das Freiheitsgrundrecht durch nicht nur kurzfristige Fixierung; Erschütterung des Vertrauens in das staatliche Gewaltmonopol; strukturell asymmetrische Rechtsverhältnisse; Recht auf effektive Strafverfolgung; Verletzung bei unzureichender Ermittlung der Tatfolgen; Pflicht der Oberlandesgerichte zur Nachprüfung von Opportunitätseinstellungen; Strafbarkeit einer Richterin wegen einer Sachentscheidung nur bei gleichzeitiger Verwirklichung einer Rechtsbeugung).

Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 153 Abs. 1 StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO; § 223 Abs. 1 StGB; § 239 Abs. 1 StGB; § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 339 StGB; § 7 PsychKG

1. Die mehrere Stunden andauernde Fixierung einer Patientin an einem Krankenhausbett gegen deren erklärten Willen wegen des Verdachts einer lebensgefährlichen Hirnverletzung greift in gravierender Weise in das Freiheitsgrundrecht der Betroffenen ein. Dieser Eingriff ist geeignet, das Vertrauen in das staatliche Gewaltmonopol zu erschüttern; er begründet daher ein Recht der Betroffenen auf effektive Strafverfolgung. Dies gilt erst recht hinsichtlich der Mitwirkung eines Arztes.

2. Die Einstellung eines deshalb eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen die beteiligten Ärzte und Pfleger verletzt die Betroffene in ihrem Recht auf effektive Strafverfolgung, wenn keine Feststellungen zu

etwaigen physischen und psychischen Auswirkungen der Tat getroffen worden sind (zum Parallelverfahren betreffend die an demselben Vorfall beteiligten Polizeibeamten vgl. den Beschluss vom 25. Oktober 2019 – 2 BvR 498/15 – [= HRRS 2019 Nr. 1204]). Mit Blick auf die mögliche (Mit-)Verursachung einer posttraumatischen Belastungsstörung hätte es von Verfassungs wegen der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedurft.

3. Ein Oberlandesgericht verkennt die ihm zukommende Prüfungspflicht im Rahmen eines Klageerzwingungsverfahrens, wenn es sich hinsichtlich einer Verfahrenseinstellung nach § 153 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StPO allein zur Nachprüfung der prozessualen Einstellungs Voraussetzungen (kein Verbrechen vorwurf und kein Vergehen mit erhöhter Mindeststrafandrohung) berechtigt hält und deshalb davon absieht, die gesetzlichen Merkmale der lediglich geringen Tatfolgen und des öffentlichen Verfolgungsinteresses zu prüfen; letzteres wird regelmäßig durch ein Recht auf effektive Strafverfolgung begründet.

4. Hingegen ist die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens gegen eine Richterin am Amtsgericht, die wegen erheblicher Eigengefährdung der Betroffenen deren Unterbringung im geschlossenen Bereich eines Krankenhauses angeordnet hatte, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn Anhaltspunkte für eine durch die Richterin zugleich begangene Rechtsbeugung nicht substantiiert vorgetragen worden sind.

5. Wenngleich das Grundgesetz den Staat verpflichtet, das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen, so besteht doch regelmäßig kein grundrechtlich begründeter Anspruch auf eine Strafverfolgung Dritter.

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

7. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf effektive Strafverfolgung kann auch in Betracht kommen, wenn der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben, oder wenn sich Personen in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ im Sinne eines strukturell asymmetrischen Rechtsverhältnisses zum Staat befinden und diesem eine spezifische Fürsorge- und Obhutspflicht obliegt.

98. BVerfG 2 BvR 1832/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (OLG Hamm)

Auslieferung in die Türkei zum Zwecke der Strafverfolgung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; konkrete Hinweise auf drohende politische Verfolgung und menschenrechtswidrige Haftbedingungen; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher

Mindeststandard; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; Zweifel an der Belastbarkeit; eigene gerichtliche Gefahrprognose; vollständige Verweigerung von Akteneinsicht für den Verteidiger als mögliches Auslieferungshindernis).

Art. 16a Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 EMRK; § 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbk

1. Eine auslieferungsrechtliche Zulässigkeitsentscheidung verletzt den Verfolgten in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz, wenn das Oberlandesgericht die dem Verfolgten drohende Gefahr, im Zielstaat – hier: der Türkei – politischer Verfolgung und unmenschlichen Haftbedingungen ausgesetzt zu sein, nicht aufgeklärt und eigenständig gewürdigt, sondern lediglich auf die abstrakte Zusicherung der türkischen Behörden verwiesen hat, wonach das Auslieferungersuchen nicht politisch motiviert sei und die Haftbedingungen in der Türkei den Anforderungen des Art. 3 EMRK und den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen genügen, obwohl der Verfolgte detailliert dargetan hatte, dass er von den türkischen Behörden als Mitglied einer oppositionellen Gruppe angesehen und unter anderem wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung verfolgt werde und dass der türkische Strafvollzug erhebliche systemische Defizite aufweise (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 25. Oktober 2019 [= HRRS 2019 Nr. 1207]).

2. Die vollständige Verweigerung von Akteneinsicht für den Verteidiger in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren mit der Begründung, die Inhalte der Ermittlungs- und Haftakte seien geheim, kann ein erhebliches Defizit des Strafverfahrens im Zielstaat darstellen, durch das die insoweit zu stellenden Mindestanforderungen unterschritten werden und das daher zu einem Auslieferungshindernis führt. Dies gilt insbesondere, wenn nicht hinreichend feststeht, ob der Verteidigung die Akten in dem bevorstehenden Hauptverfahren zur Verfügung gestellt werden.

3. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Auslieferung haben die deutschen Gerichte zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze und das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie – insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind – den nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren.

4. Im Verfahren über die Zulässigkeit einer Auslieferung sind die Gerichte auch dann, wenn im konkreten Fall ein Asylanspruch nicht besteht, zu einer eigenständigen Prüfung verpflichtet, ob dem Verfolgten im Zielstaat politische Verfolgung droht, soweit hierfür Anhaltspunkte bestehen.

5. Dem ersuchenden Staat ist im Auslieferungsverkehr grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Dies gilt in

besonderem Maße gegenüber den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, im Grundsatz jedoch auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr. Das Vertrauen kann jedoch durch entgegenstehende Tatsachen – wie etwa Anhaltspunkte für eine drohende politische Verfolgung im Zielstaat oder systemische Defizite im dortigen Strafvollzug – erschüttert werden, angesichts derer gerade im konkreten Fall eine beachtliche Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Mindeststandards nicht beachtet werden.

6. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind zwar grundsätzlich geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet die Gerichte jedoch nicht von der Pflicht, zunächst eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, um die Situation im Zielstaat und so die Belastbarkeit einer Zusicherung einschätzen zu können.

99. BVerfG 2 BvR 2061/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (OLG Hamm / LG Essen)

Einstweilige Anordnung eines Vollstreckungsaufschubs bei einer Freiheitsstrafe (Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; mögliche Haftunfähigkeit wegen schwerwiegender psychiatrischer Erkrankung; abweichende Einschätzungen

eines amtsärztlichen Gutachtens und des Anstaltsarztes; Folgenabwägung zugunsten des Verurteilten; erhebliches Gewicht des Freiheitsgrundrechts und der körperlichen Unversehrtheit; ausstehende Entscheidung über eine Anhörungsrüge; Gefahr eines schweren und unabwendbaren Nachteils bei Verweisung auf den Rechtsweg).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; ; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfG; § 455 Abs. 1 StPO

1. Die Versagung eines Aufschubs der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe verletzt den Verurteilten möglicherweise in seinen Grundrechten auf körperliche Unversehrtheit und auf effektiven Rechtsschutz, wenn ein von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegebenes amtsärztliches Gutachten zu dem Ergebnis gelangt ist, der Verurteilte sei aufgrund einer schwerwiegenden psychiatrischen Erkrankung nicht haftfähig, während der Anstaltsarzt den Verurteilten in Kenntnis des Gutachtens, jedoch ohne persönliche Untersuchung – lediglich vorläufig – als haftfähig einschätzte.

2. Bei der vorzunehmenden Folgenabwägung kommen dem Freiheitsgrundrecht des Verurteilten und seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit erhebliches Gewicht zu. Dahinter hat das Interesse an einer sofortigen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs auch dann zurückzutreten, wenn die Fachgerichte über eine Anhörungsrüge des Verurteilten noch nicht entschieden haben.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

170. BGH 2 StR 563/18 – Urteil vom 11. September 2019 (LG Hanau)

Begehen durch Unterlassen (Garantenstellung aufgrund: Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft, tatsächlicher Übernahme kraft Kenntnis von Hilfsbedürftigkeit, abgebrochener Hilfeleistung, Ingerenz nach Abgabe nicht regulierter Rauschmittel, Eröffnung einer Gefahrenquelle bei eigenmächtigem Verhalten eines Dritten; eigenverantwortliche Selbstgefährdung).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 323c Abs. 1 StGB; § 212 StGB

1. Die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft kann gegenseitige Hilfspflichten und damit eine Garantenstellung begründen, wenn darüber hinaus erkennbar eine Schutzfunktion gegenüber Hilfsbedürftigen aus der Gruppe übernommen wird. Davon abzugrenzen sind lose Zusammenschlüsse etwa von Zechkumpanen oder auch von Rauschgiftkonsumenten, bei denen es regelmäßig an der Übernahme einer Beistandspflicht fehlen wird. Auch dass sich mehrere Personen zufällig in derselben Gefahrensituation befinden, begründet noch nicht die Annahme

einer gegenseitigen rechtlichen Pflicht zur Unterstützung.

2. Grund für eine Garantenstellung ist das Einstehenmüssen aufgrund einer tatsächlichen Übernahme von Verantwortung. Diese Voraussetzungen werden nicht ersetzt durch die bloße Kenntnis von Hilfsbedürftigkeit, die lediglich Pflichten nach § 323c StGB begründet. Soweit eine besondere Kenntnis über den Grad und das Ausmaß der Gefahr besteht, hat dies lediglich Einfluss auf das Maß dessen, was der nach § 323c StGB Hilfeleistungspflichtige zu unternehmen hat.

3. In einer ersten Hilfeleistung liegt keine konkludente Zusage, sich weiter um den Geschädigten zu kümmern, wenn sich sein Zustand nicht bessert. Allein daraus, dass jemand einem Hilfsbedürftigen beisteht, ergibt sich – jedenfalls dann, wenn damit keine wesentliche Veränderung der Situation des Hilfsbedürftigen eingetreten ist – noch keine Garantenpflicht zur Vollendung einer begonnenen Hilfeleistung.

4. Eine Garantenstellung kann sich auch aus einem pflichtwidrigen gefährdenden Vorverhalten ergeben. Voraussetzung für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist allgemein nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein pflichtwidriges Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht. Im Zusammenhang mit der Abgabe von Betäubungsmitteln bzw. der Unterstützung des Konsums von Rauschgift durch einen Dritten hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass dies jedenfalls dann pflichtwidrig ist, soweit dies strafbar ist.

5. Eine generelle Verpflichtung des Eigentümers eines weder vom Betäubungsmittel- noch vom Arzneimittelgesetz erfassten Mittels, besondere Vorkehrungen gegen selbstschädigenden Missbrauch zu treffen, führte zur Auferlegung von Verpflichtungen, die die freie Verfügbarkeit konterkarieren.

6. Ein nicht pflichtwidriges Verhalten, das zwar kausal eine Gefahr herbeiführt, die unmittelbar aber erst durch das verantwortungsvolle Handeln eines Dritten begründet wird, kann nicht zu einer Garantenstellung führen. Die Strafrechtsordnung verlangt grundsätzlich nur, dass jeder sein Verhalten so einrichtet, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber auch darauf, dass andere dies nicht tun.

7. Die Eröffnung der Gefahrenquelle muss die „nahe liegende Gefahr“ hervorrufen, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden. Daran fehlt es, wenn eine eingeräumte unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf den an sich gefährlichen Gegenstand nicht besteht, der Zugriff im Gegenteil sogar verweigert wird und im Übrigen nicht voraussehbar ist, dass ein anderer den Gegenstand gleichwohl an sich nehmen wird.

184. BGH 4 StR 500/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Arnsberg)

Rücktritt (Freiwilligkeit); Grundsätze der Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot: Altersgefälle bei Missbrauch eines Kindes).
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Freiwilligkeit liegt vor, wenn der Täter „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich gehalten hat, er also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert noch durch seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist insoweit nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

2. Die Berücksichtigung eines „großen Altersunterschiedes“ zwischen der Nebenklägerin und dem Angeklagten zu dessen Lasten kann bezüglich des sexuellen Missbrauchs eines Kindes einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB darstellen. Das Bestehen eines Altersgefälles zwischen Täter und Opfer

als solchem ist in dem Schutzzweck des Tatbestandes des sexuellen Missbrauchs eines Kindes und der Schutzaltersgrenze von 14 Jahren angelegt. Eine nicht unerhebliche Höhe dieses Altersgefälles ist für Taten des sexuellen Missbrauchs eines Kindes zumindest typisch.

113. BGH 3 StR 323/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Düsseldorf)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Betrug durch den Vertrieb von Aktien (Tatherrschaft; Interesse am Taterfolg; wertende Gesamtbetrachtung; untergeordnete Hilfstätigkeiten; keine Beteiligung am eigentlichen Verkaufsgeschehen).
§ 263 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

Wer im Rahmen einer dem betrügerischen Vertrieb von Aktien durch Telefonverkäufe dienenden Organisation lediglich untergeordnete Hilfstätigkeiten verrichtet (z. B. vorgefertigte Materialien versendet, Anrufe entgegennimmt und weiterleitet oder Rückruffbitten notiert), ohne in die eigentlichen Verkaufsvorgänge involviert zu sein, ist regelmäßig auch dann kein Mittäter der durch die Verkäufe begangenen Betrugsdelikte, wenn er ein erhebliches Interesse am Erfolg der Tat hat.

178. BGH 4 StR 348/19 – Beschluss vom 25. September 2019 (LG Arnsberg)

Vorsatz (dolus subsequens); Urteilsgründe (Widerspruchsfreiheit hinsichtlich des Vorsatzes).
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Bei einem Erfolgsdelikt muss der Täter im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung einen Vorsatz haben, der auf alle tatsächlichen Umstände bezogen ist, die die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erfüllen (§ 16 Abs. 1 StGB). Ein der erfolgsursächlichen Handlung nachfolgender Vorsatz (sog. dolus subsequens) ist bedeutungslos.

2. Sowohl die dazu getroffenen Feststellungen und Wertungen als auch die sie tragende Beweiswürdigung müssen dabei in sich widerspruchsfrei sein.

181. BGH 4 StR 485/19 – Beschluss vom 17. Dezember 2019 (LG Dessau-Roßlau)

Vorsatz (bedingter Vorsatz); Brandstiftung (Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes).
§ 15 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB

1. Bedingter Vorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles Willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Beide Elemente des bedingten Vorsatzes müssen in jedem Einzelfall umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls erfolgen, bei welcher die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Gegebenheiten zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tat

handlung einen wesentlichen Indikator sowohl für das kognitive als auch für das voluntative Vorsatzelement darstellt.

2. Bei der Prüfung eines auf die Inbrandsetzung eines Wohngebäudes gerichteten bedingten Vorsatzes sind in die vorzunehmende Gesamtabwägung aller im Einzelfall

maßgeblichen Umstände insbesondere die baulichen Gegebenheiten und die sonstige Beschaffenheit des Tatobjekts, die Vorgehensweise des Täters, die aus der konkreten Angriffsweise resultierende Gefährdung des Tatobjekts sowie die psychische Verfassung des Täters und seine Motivlage einzubeziehen.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

124. BGH 3 StR 521/18 – Urteil vom 17. Oktober 2019 (LG Osnabrück)

BGHR; banden- und gewerbsmäßige Hehlerei (persönliche Merkmale; Beihilfe; Durchbrechung der Akzessorietät; Mittäterschaft; Zurechnung von Bandentaten); Urkundenfälschung durch Verändern der Fahrzeugidentifikationsnummer eines Kfz (Gebrauchen einer Urkunde); mittelbare Falschbeurkundung (Zulassungsbescheinigung Teil I als öffentliche Urkunde); Geldwäsche; Einziehung von Taterträgen.

§ 27 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 und 4 StGB; § 271 StGB; § 261 StGB; § 73 StGB

1. Handelt der Gehilfe einer Hehlerei gewerbsmäßig und als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub, Diebstahl oder Hehlerei verbunden hat, macht er sich auch dann wegen Beihilfe zur gewerbsmäßigen Bandenhehlerei strafbar, wenn der von ihm unterstützte Haupttäter diese besonderen persönlichen Merkmale nicht erfüllt. Das gilt entsprechend für die Beihilfe zur banden- und gewerbsmäßigen Urkundenfälschung. (BGHR)

2. Auch der Gesetzeswortlaut in § 260a Abs. 1 StGB steht der Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB nicht entgegen, falls sich nicht der Täter der Hehlerei, sondern ausschließlich dessen Gehilfe als Bandenmitglied betätigt. Aus der Formulierung „wer die Hehlerei als Mitglied einer Bande ... gewerbsmäßig begeht“ ergibt sich nicht, dass die Qualifikationsmerkmale beim Haupttäter vorhanden sein müssen. Wenngleich der Terminus „begehen“ in den §§ 25 ff. StGB zur Beschreibung täterschaftlichen Handelns verwendet wird, ist der Wortsinn nicht darauf begrenzt. (Bearbeiter)

3. Aus einer Bande heraus begangene Straftaten werden dem einzelnen Bandenmitglied nicht allein aufgrund der von ihm getroffenen Bandenabrede als eigene zugerechnet. Vielmehr ist hinsichtlich jeder Tat nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, inwieweit sich das betreffende Mitglied daran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt oder ob es insoweit keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet hat. (Bearbeiter)

4. Derjenige, der eine fremde Tat fördert (vgl. § 27 Abs. 1 StGB), braucht um Einzelheiten dieser Tat nicht zu wis-

sen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr zu haben; von der Person des Täters braucht er keine Kenntnis zu haben. (Bearbeiter)

5. Bei der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) eines Kfz handelt es sich um ein vom Hersteller ausgestelltes Beweiszeichen, das mit dem Fahrzeug als Bezugsobjekt eine zusammengesetzte Urkunde bildet. Das Verändern der an einem Fahrzeug fest angebrachten FIN führt daher zu einer verfälschten Urkunde. (Bearbeiter)

6. Die Tathandlungsalternative des Gebrauchs einer Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB verwirklicht, wer die Urkunde demjenigen, der durch sie getäuscht werden soll, so gegenständlich zugänglich macht, dass dieser sie wahrnehmen kann. Dass der Täuschungsadressat vom Urkundeninhalt Kenntnis nimmt, ist nicht erforderlich. (Bearbeiter)

146. BGH StB 21/19 – Beschluss vom 22. August 2019

Fortdauer der Untersuchungshaft wegen des dringenden Tatverdachts der Beihilfe zu einem aus politischen Motiven verübten Mord („Fall Lübcke“); politische Motivation als niedriger Beweggrund; Gehilfenvorsatz (Konkretisierung der Haupttat); Strafgerichtsbarkeit des Bundes (spezifisch staatsgefährdender Charakter; besondere Bedeutung).

§ 112 StPO; § 120 Abs. 2 GVG; § 211 StGB; § 27 StGB

1. Eine politische Tatmotivation ist jenseits des Widerstandsrechts aus Art. 20 Abs. 4 GG nach allgemeiner sittlicher Anschauung grundsätzlich verachtenswert und steht auf tiefster Stufe, da die bewusste Missachtung des Prinzips der Gewaltfreiheit der politischen Auseinandersetzung durch physische Vernichtung politischer Gegner mit der Rechtsordnung schlichtweg unvereinbar ist. Die Tötung eines Menschen aus politischen Gründen erfüllt demnach regelmäßig die Voraussetzung eines Mordes (§ 211 StGB) aus niedrigen Beweggründen.

2. Der spezifisch staatsgefährdende Charakter eines Katalogdelikts im Sinne von § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a GVG ist insbesondere dann gegeben, wenn die Tat der Feindschaft des Täters gegen das freiheitlich-demokratische Staats- und Gesellschaftssystem der Bundesrepublik Deutschland entspringt und er seine Opfer

nur deshalb auswählt, weil sie dieses System als Amtsträger oder in sonstiger Weise repräsentieren, oder ohne jeden persönlichen Bezug lediglich deshalb angreift, weil sie Bürger oder Einwohner der Bundesrepublik Deutschland sind oder sich im Bundesgebiet aufhalten.

3. Die besondere Bedeutung im Sinne des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn es sich bei der Tat unter Beachtung des Ausmaßes der eingetretenen Rechtsgutsverletzung um ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht handelt, das die Schutzgüter des Gesamtstaats in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein die Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht geboten ist. Die Beurteilung der Bedeutung des Falles erfordert dabei eine Gesamtwürdigung der Umstände und Auswirkungen der Tat unter besonderer Berücksichtigung ihres Angriffs auf das jeweils betroffene Rechtsgut des Gesamtstaats, hier der inneren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland.

4. Allein die Schwere der Tat und das Ausmaß der von ihr hervorgerufenen Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter vermögen für sich die besondere Bedeutung im Sinne des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG nicht zu begründen; allenfalls können die konkrete Tat- und Schuld-schwere den Grad der Gefährdung bundesstaatlicher Belange mitbestimmen. Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung sind neben dem individuellen Schuld- und Unrechtsgehalt auch die konkreten Auswirkungen für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und ihr Erscheinungsbild gegenüber Staaten mit gleichen Wertvorstellungen in den Blick zu nehmen. Zudem ist zu beachten, welche Signalwirkung von der Tat für potentielle Nachahmer ausgeht.

5. Gehilfenvorsatz erfordert, dass der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Einzelheiten der Haupttat muss er dabei nicht kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr haben. Allerdings ist ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen. Zudem muss der Hilfeleistende wissen, dass seine Hilfe an sich geeignet ist, die fremde Haupttat zu fördern.

147. BGH 1 StR 182/19 – Urteil vom 19. Dezember 2019 (LG Kempten)

Untreue (Vermögensnachteil: keine Gesamtsaldierung bei einseitigen Geschäften; Konkurrenzverhältnis zum Betrug bei Täuschung durch Vermögensbetreuungspflichtigen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

1. In dem Fall, in dem Täter sich Geld der Geschädigten auf sein Konto überweist, um damit ohne den festen Willen, das Geld zurückzuführen, Anlagegeschäfte in seinem Namen durchführt, bedarf es für die Feststellung eines Vermögensnachteils keine weiteren Feststellungen zum Risiko beziehungsweise zu dem Wert der vom Täter

unter Einsatz der von den Geschädigten erlangten Beträge auf eigenen Namen abgeschlossenen Vermögensanlagen. Der Schaden beziehungsweise Vermögensnachteil ist mit dem Vermögensabfluss bei den jeweiligen Geschädigten eingetreten, ohne dass – anders, als bei einem erschlichenen Austauschgeschäft – für den anzustellenden Vermögensvergleich vor und nach der Vermögensverfügung ein etwaiger Gegenwert zu saldieren wäre.

2. Betrug und Untreue treffen tateinheitlich zusammen, wenn der Täter schon bei Vornahme der Täuschung in einem Treueverhältnis im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB zum Getäuschten oder dem zu Schädigenden steht (vgl. BGHSt 8, 254, 260 mwN). Die Untreue tritt in einem solchen Fall insbesondere nicht als mitbestrafte Nachtat zurück.

115. BGH 3 StR 342/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Koblenz)

Gewahrsam (Wegnahme; Raub; Diebstahl; Vollendung; kleine Gegenstände; Einstecken in die Kleidung; kurzfristige Übergabe; Gewahrsamslockerung).

§ 242 StGB; § 249 StGB

Bei leicht beweglichen Sachen geringen Umfangs wird neuer Gewahrsam (vgl. §§ 242, 249 StGB) in der Regel durch das Einstecken in die eigene Kleidung begründet. Eine vermeintlich kurzfristige Übergabe eines Gegenstands begründet demgegenüber regelmäßig zunächst nur eine Gewahrsamslockerung.

127. BGH 5 StR 333/19 – Urteil vom 9. Januar 2020 (LG Hamburg)

Geiselnahme (Bemächtigungslage; funktionaler Zusammenhang; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe); schwere Vergewaltigung (Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs; anales Einführen eines Dildos; konkludente Drohung).

§ 177 Abs. 5, Abs. 8 StGB; § 239b StGB

Das Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs „bei der Tat“ im Sinne des § 177 Abs. 8 Nr. 1 Var. 2 StGB liegt in zeitlicher Hinsicht vor, wenn es zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung der Tat eingesetzt wird. Ein Verwenden kann auch bei einer (konkludenten) Drohung mit dem gefährlichen Werkzeug vorliegen. Dies kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Täter aufgrund der Nähe zum Tatopfer diesem jederzeit ohne weiteres mit dem Tatmittel Verletzungen beibringen kann und das Opfer wegen fortbestehender Angst vor dem gefährlichen Werkzeug den ungewollten Geschlechtsverkehr über sich ergehen lässt.

168. BGH 2 StR 415/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Kassel)

Mord (gemeingefährliches Mittel: Abgrenzung zur Mehrfachtötung).

§ 211 Abs. 2 Var. 7 StGB

Das Mordmerkmal der Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel ist erfüllt, wenn der Täter ein Tötungsmittel einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine unbestimmte Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht

in seiner Gewalt hat. Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters. Von dem Mordmerkmal tatbestandlich nicht erfasst wird eine „schlichte“ Mehrfachtötung; eine solche liegt jedenfalls dann vor, wenn sich der Täter mit Tötungsabsicht gegen eine bestimmte Anzahl von ihm individualisierter Opfer richtet.

125. BGH 3 StR 529/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Krefeld)

Diebstahlsqualifikationen (schwerer Wohnungseinbruchsdiebstahl; schwerer Bandendiebstahl; Idealkonkurrenz; Konkurrenzen bei mehreren an einer Tatserie beteiligten Personen).

§ 242 StGB; § 244 Abs. 4 StGB; § 244a StGB; § 52 StGB

Der (hier versuchte) schwere Wohnungseinbruchdiebstahl und der (hier ebenfalls versuchte) schwere Bandendiebstahl stehen zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz. Das gilt unabhängig davon, ob der schwere Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Abs. 4 StGB (mangels Milderungsmöglichkeit in minder schweren Fällen) ein schwereres Unrecht darstellt als der schwere Bandendiebstahl nach § 244a StGB. Denn bei einem Zurücktreten des schweren Bandendiebstahls käme dessen gesonderter Unrechtsgehalt nicht zum Ausdruck.

Eine Idealkonkurrenz zwischen beiden Tatbeständen entspricht zudem dem mehrfach im Gesetzgebungsverfahren bei Schaffung des § 244 Abs. 4 StGB geäußerten Willen des Gesetzgebers.

166. BGH 2 StR 378/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Hanau)

Minder schwerer Fall des Totschlags (erforderlicher Zusammenhang zwischen Provokation und Tatbegehung).

§ 213 1. Alt. StGB

Die Provokation und der durch die Misshandlung hervorgerufene Zorn müssen im Zeitpunkt der Tatbegehung noch anhalten und als nicht durch rationale Abwägung unterbrochene Gefühlsaufwallung fortwirken.

140. BGH 5 StR 578/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Bremen)

Tateinheitlich begangene Waffendelikte bei gleichzeitiger Ausübung der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen.

§ 52 WaffG; § 52 StGB

Durch die gleichzeitige Ausübung der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen werden alle in Bezug auf diese Waffen in der Besitzphase begangenen Verstöße gegen das Waffengesetz zu Tateinheit (§ 52 StGB) verbunden.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

156. BGH 2 StR 172/19 – Beschluss vom 30. Juli 2019 (LG Darmstadt)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Anforderungen an die Darstellung des Vorliegens von Eingangsmerkmalen; Gesamtwürdigung mehrerer Ursachen der Schuldunfähigkeit; Gesamtwürdigung bei hoher Alkoholtoleranz; Aussicht auf einen Behandlungserfolg; Therapiewille); Vollrausch (Tenorierung).

§ 20 StGB; § 323a StGB

1. Bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei gesichertem Vorliegen eines psychiatrischen Befunds wie bei der Prüfung der aufgehobenen oder erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit handelt es sich um Rechtsfragen, auch wenn das Gericht für die Tatsachenbewertung auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen ist. Die Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Der Tatrichter hat sowohl bei der Entscheidung über die Bejahung eines der

Eingangsmerkmale des § 20 StGB als auch zur Frage der eingeschränkten Schuldfähigkeit nicht nur die Darlegungen des medizinischen Sachverständigen eigenständig zu überprüfen; er ist auch verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise zu begründen.

2. Das Zusammenwirken mehrerer Beeinträchtigungen erfordert stets eine besonders sorgfältige Gesamtwürdigung ihrer Auswirkungen auf das seelische Gefüge des Täters.

3. Ein Zustand der Schuldunfähigkeit kann nicht erst bei sinnloser Trunkenheit eintreten, sondern schon in einem früheren Stadium erreicht sein kann; wann dies der Fall ist, kann nur durch eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren Kennzeichen des Tatgeschehens und der Persönlichkeitsverfassung des Täters, in die auch der Blutalkoholwert einzubeziehen ist, entschieden werden.

4. Schließt sich der Tatrichter den Ausführungen eines Sachverständigen an, müssen dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergegeben werden, wie dies zum Verständnis des Gutach-

tens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist.

5. Das Fehlen von Ausfallerscheinungen oder alkoholbedingten Einschränkungen kann zwar grundsätzlich gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit sprechen; doch ist bei alkoholgewöhnten Tätern zu berücksichtigen, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit durchaus erheblich auseinander fallen können und sich gerade bei Alkoholikern oft eine durch „Übung“ erworbene erstaunliche Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten zeigt.

6. Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzt die hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg voraus. Erforderlich ist insoweit, dass sich in Persönlichkeit und Lebensumständen des Verurteilten konkrete Anhaltspunkte für einen erfolgreichen Verlauf der Therapie finden lassen. Die Aussicht auf einen Behandlungserfolg muss daher positiv festgestellt werden.

7. Fehlender Therapiewille allein hindert die Unterbringung nach § 64 StGB grundsätzlich nicht, er kann aber ein gegen die Erfolgsaussicht der Entwöhnungsbehandlung sprechendes Indiz sein. Ob der Mangel an Therapiebereitschaft den Schluss auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Maßregel rechtfertigt, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände beurteilen.

8. Bei einer Verurteilung wegen Vollrausches (§ 323a StGB) ist im Urteilstenor anzugeben, ob die Verurteilung wegen vorsätzlichen oder fahrlässigen Vollrausches erfolgte.

149. BGH 1 StR 415/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Aschaffenburg)

Gesamtstrafenbildung (Zumessung der Gesamtstrafe nach gesamtstrafenspezifischen Kriterien).
§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Bildung der Gesamtstrafe ein eigenständiger und zu begründender Strafzumessungsakt, der gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB durch die Erhöhung der höchsten Einzelstrafe (sog. Einsatzstrafe) erfolgt und sich nicht an der Summe der Einzelstrafen oder an rechnerischen Grundsätzen zu orientieren hat, sondern an gesamtstrafenspezifischen Kriterien. Dabei sind bei der erforderlichen Gesamtschau der Taten namentlich das Verhältnis der einzelnen Straftaten zueinander, insbesondere ihr Zusammenhang, ihre größere oder geringere Selbstständigkeit, ferner die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweise sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen. Ferner ist in einer Würdigung der Person des Täters seine Strafempfindlichkeit, seine größere oder geringere Schuld im Hinblick auf das Gesamtgeschehen und seine innere Einstellung zu den Taten zu erörtern.

169. BGH 2 StR 512/19 – Beschluss vom 18. Dezember 2019 (LG Aachen)

Zusammentreffen von Milderungsgründen (Gesamtwürdigung für die konkrete Strafzumessung; Auswahl bei zwei zur Verfügung stehenden Strafraumen).
§ 21 StGB; § 50 StGB

1. Für die konkrete Strafzumessung ist eine Gesamtbeurteilung aller Umstände geboten ist, darunter auch diejenigen, die eine Strafraumenmilderung bewirkt haben; diese sind mit verringertem Gewicht in die Gesamtwürdigung einzustellen. Wenn in einzelnen Entscheidungen darauf hingewiesen wird, der vertypte Milderungsgrund „als solcher“ dürfe bei der Strafzumessung im engeren Sinne nicht berücksichtigt werden, so ist damit nicht gemeint, dass ein bestimmter Milderungsgrund verbraucht sei, sondern lediglich klargestellt, dass das abstrakt-rechtliche Wertungsergebnis als solches, das die gesetzliche Grundlage für die Strafraumenmilderung bietet, selbst keinen strafzumessungserheblichen Umstand darstellt. Hingegen ist die Tatsache, dass der Angeklagte nur vermindert schuldfähig war, für die Bewertung der relevanten Strafzumessungstatsachen regelmäßig von wesentlicher Bedeutung und wirkt dann bei der Strafzumessung in engerem Sinne strafmildernd.

2. Ob die Verneinung eines besonders schweren Falles unter Berufung auf einen vertypten Milderungsgrund die Anwendung des § 50 StGB ohne weiteres nach sich zieht, weil der gesetzlich vorgesehene Milderungsgrund bereits „verbraucht“ sei, bedarf keiner Entscheidung.

3. In Fällen, in denen aufgrund besonderer Umstände – etwa verminderter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB – sowohl eine Strafraumenverschiebung als auch die Annahme eines minder schweren Falls möglich ist, stehen zwei unterschiedliche Strafraumen zur Wahl, von denen einer für den Angeklagten günstiger sein kann. Zwar ist das Tatgericht nicht verpflichtet, den jeweils für den Angeklagten günstigeren Strafraumen zugrunde zu legen. Welchen Strafraumen es wählt, unterliegt seiner pflichtgemäßen Entscheidung auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller für die Wertung von Tat und Täter in Betracht kommenden Umstände, gleichgültig, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen. Die Urteilsgründe müssen aber belegen, dass das Gericht die unterschiedlichen Möglichkeiten erkannt und geprüft hat. Ist ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falls gegeben, bedarf es einer Gesamtabwägung aller unter dem Aspekt des gerechten Schuldausgleichs erheblichen Umstände zur Prüfung, ob es beim Strafraumen des besonders schweren Falles bleibt, ob der Normalrahmen oder – bei vertypten Milderungsgründen – der nach § 49 StGB gemilderte Rahmen des besonders schweren Falles Anwendung finden soll.

160. BGH 2 StR 194/19 – Urteil vom 18. Dezember 2019 (LG Rostock)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Anwendbarkeit im Jugendstrafrecht).
§ 73 StGB; § 2 Abs. 2 GG; § 6 JGG; § 8 Abs. 3 JGG

1. Die Einziehung ist nach ständiger Rechtsprechung keine Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme eigener Art. Ihr fehlt es daher schon an dem Strafcharakter.

2. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verhängung der in §§ 73 ff. StGB vorgesehenen Maßnahmen auch im Jugendstrafrecht gemäß § 2 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 3 JGG zulässig, und zwar unabhängig davon, ob der Wert noch im Vermögen des Jugendlichen oder des nach Jugendstrafrecht zu behandelnden Heranwachsenden vorhanden ist. Dementsprechend sieht das Jugendgerichtsgesetz in § 76 Satz 1 JGG für das vereinfachte Jugendverfahren die Anordnung der Einziehung vor. Dass die Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB eine zulässige Nebenfolge im Sinne des § 8 Abs. 3 JGG ist, setzt auch § 459g StPO voraus, der unter anderem Regelungen für die Vollstreckung dieser Nebenfolge enthält. Vom Anwendungsbereich des § 8 Abs. 3 Satz 1 JGG nimmt § 6 JGG – als Ausnahmevorschrift – lediglich die dort genannten Nebenfolgen aus. Diese gesetzgeberische Entscheidung kann nicht allein mit dem allgemeinen Hinweis auf erzieherische Interessen unterlaufen werden.

3. Ob die Einziehung von Taterträgen im Jugendstrafrecht zwingend anzuordnen ist, muss der Senat hier nicht entscheiden.

141. BGH 5 StR 589/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wegen diagnostizierter Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ (Handeln aufgrund eines unwiderstehlichen Zwangs; Persönlichkeitsstörung allein ermöglicht keine Aussage über Schuldfähigkeit; Darlegungsanforderungen).

§ 63 StGB; § 20 StGB

Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ kann eine Unterbringung nach § 63 StGB nur dann rechtfertigen, wenn sicher feststeht, dass der Täter aufgrund der Persönlichkeitsstörung aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat. Zudem muss die diagnostizierte Störung auch nach rechtlichen Maßstäben bereits den Schweregrad des Eingangsmerkmals der schweren anderen seelischen Abartigkeit erreichen, was – insbesondere bei einem noch jungen Angeklagten – konkretisierende Darlegungen zum Ausprägungsgrad der Störung sowie zu ihrem Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Angeklagten erfordert (vgl. zum Ganzen bereits BGH HRRS 2018 Nr. 832).

132. BGH 5 StR 469/19 – Beschluss vom 11. Dezember 2019 (LG Berlin)

Sachlich-rechtlich fehlerhaftes Unterlassen der Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beschaffungskriminalität als Indiz sozialer Gefährdung).

§ 64 StGB

Für die Annahme eines Hangs zum übermäßigen Genuss von Betäubungsmitteln ist von erheblicher indizieller Bedeutung, dass der Betroffene sozial gefährlich oder gefährdet erscheint. Das kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Betroffene Rauschmittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass dadurch seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt werden, sondern insbesondere auch bei Beschaffungskriminalität.

137. BGH 5 StR 537/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Bremen)

Erstreckung der Einziehung von Wertersatz auf durch Betrug erlangte Sozialleistungen (Erlöschen eines dem Verletzten aus der Tat erwachsenen Anspruchs; keine Entstehung des Rückerstattungsanspruchs zu Gunsten des Leistungsträgers).

§ 73 StGB; § 73c StGB; § 73e StGB

§ 73e Abs. 1 StGB steht der Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73c Satz 1 StGB) in Bezug auf vom Angeklagten ertrogene Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II nicht entgegen, wenn mangels Rücknahme innerhalb der in § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X bezeichneten Jahresfrist kein Erstattungsanspruch nach § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X entstehen konnte. Die Ausnahmevorschrift des § 73e Abs. 1 StGB gilt vielmehr nur, soweit ein dem Verletzten aus der (rechtswidrigen) Tat erwachsener Anspruch „erloschen“ ist. Die Anwendung der Ausschlussklausel über ihren Wortlaut hinaus würde dem Ziel der §§ 73, 73c StGB zuwiderlaufen, dem Täter die erlangten Verbrechensgewinne wieder zu entziehen.

112. BGH 3 StR 277/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Osnabrück)

Gesamtschuldnerische Haftung bei der Einziehung von Taterträgen.

§ 73 StGB; § 421 BGB

Die Bestimmung der Quote, in Höhe derer ein Angeklagter als Gesamtschuldner im Rahmen der Einziehung von Taterträgen haftet, kann wegen der auf die Betroffenen begrenzten Rechtskraft weder dadurch beeinflusst werden, dass gegen weitere Tatbeteiligte in einem früheren Urteil keine Einziehung angeordnet wurde noch dadurch, dass weitere Tatbeteiligte bisher nicht verurteilt wurden; selbst der Umstand, dass diese nicht namentlich bekannt sind, hindert die Feststellung einer gesamtschuldnerischen Haftung nicht. Der Umfang der Gesamtschuldnerschaft ist vielmehr ohne Rückgriff auf frühere Urteile nach den Feststellungen in den Urteilsgründen zu bestimmen.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

155. BGH 2 StR 155/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Gießen)

Befugnis zum Anschluss als Nebenkläger (Antragsbefugnis des Betreuers).

§ 395 Abs. 1 Nr. 4 StPO; § 1896 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 BGB

1. Die Wahrnehmung höchstpersönlichen Rechte als Verletzter einer Straftat in einem Strafverfahren durch einen Betreuer bedarf grundsätzlich einer gesonderten Übertragung durch das Betreuungsgericht. Etwas anderes kann beispielsweise dann gelten, wenn der Betreuer anlässlich der Aufdeckung einer bestimmten, zum Nachteil des Betreuten begangenen Straftat eigens bestellt und mit umfassenden vermögensrechtlichen und persönlichen Befugnissen ausgestattet wird und das Betreuungsgericht hiermit erkennbar bezweckt, ihm die Durchsetzung der dem Betreuten aus der Straftat erwachsenen Schadensersatzansprüche gerade auch mit den Mitteln des Strafverfahrensrechts zu ermöglichen.

2. Der das Betreuungsrecht beherrschende Grundsatz, dass ein Betreuer nur für solche Aufgabenbereiche bestellt werden darf, in denen die Betreuung – zur Überzeugung des zur Prüfung und Entscheidung berufenen Betreuungsgerichts – erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 BGB), macht die ausdrückliche Übertragung (auch) des Aufgabenbereichs „Vertretung in Strafverfahren“ nur ausnahmsweise entbehrlich.

173. BGH 4 StR 158/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Freiburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine vom Generalbundesanwalt beantragte Schuldspruchänderung, welcher der Senat nicht folgen will, einer Verwerfung des Rechtsmittels durch Beschluss nicht entgegensteht. Daran ändert der Umstand, dass sich der Generalbundesanwalt auch auf Absatz 4 des § 349 StPO bezogen hat, nichts.

102. BGH 3 StR 249/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Köln)

Durchführung des Verfahrens zum Zwecke der selbständigen Anordnung der Einziehung (erforderliche Erklärung der Staatsanwaltschaft); erweiterte Einziehung.

§ 76a Abs. 3 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

1. Der in der Hauptverhandlung nach einer (Teil-) Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO grundsätzlich zulässige Übergang in das objektive Verfahren zum Zwecke der selbstständigen Anordnung der Einziehung gemäß § 76a

Abs. 3 StGB bedarf einer auf die Durchführung des objektiven Verfahrens gerichteten Erklärung der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung, die den entsprechend geltenden Anforderungen des § 200 StPO genügt. Ein bloßer Einziehungsantrag im Schlussvortrag der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft reicht insoweit nicht aus.

2. Die in § 73a Abs. 1 StGB geregelte erweiterte Einziehung von Taterträgen ist gegenüber der Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB subsidiär und kann nur angeordnet werden, wenn sich das Tatgericht außerstande sieht, die deliktisch erlangten Gegenstände eindeutig den abgeurteilten oder anderen konkreten rechtswidrigen Taten zuzuordnen.

151. BGH 1 StR 517/19 – Beschluss vom 5. Dezember 2019 (LG Augsburg)

Ablehnung eines Beweisantrages (Begriff der Unerreichbarkeit; zwingende Ablehnung in der Form eines Gerichtsbeschlusses).

§ 244 Abs. 3 Satz 1, Satz 3 Nr. 5; Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Ein Zeuge ist nur unerreichbar, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Beweises entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, dass der Zeuge in absehbarer Zeit von dem Gericht als Beweismittel herangezogen werden kann.

2. Auf die Beachtung der zwingenden Vorschrift des § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO können die Prozessbeteiligten nicht verzichten.

129. BGH 5 StR 391/19 – Urteil vom 11. Dezember 2019 (LG Dresden)

Beweiswürdigung (lediglich teilweise Glaubhaftigkeit der Angaben des einzigen Belastungszeugen).

§ 261 StPO

Zwar existiert kein Erfahrungssatz des Inhalts, dass einem Zeugen nur entweder insgesamt geglaubt oder insgesamt nicht geglaubt werden darf. Jedoch müssen die Urteilsgründe dann erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Wird dem Zeugen hinsichtlich weiterer Taten nicht gefolgt, so muss das Tatgericht jedenfalls regelmäßig außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe nennen, die es ihm ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben.

182. BGH 4 StR 496/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019 (LG Bielefeld)

Urteilsgründe (Darlegung wesentlicher Anknüpfungstatsachen aus Gutachten eines Sachverständigen: molekulargenetische Vergleichsuntersuchungen).
§ 267 StPO

1. Das Tatgericht hat in Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, grundsätzlich dessen wesentliche Anknüpfungstatsachen und Ausführungen so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind. Liegt dem Gutachten ein allgemein anerkanntes und weithin standardisiertes Verfahren zugrunde, wie dies etwa bei daktyloskopischen Gutachten, der Blutalkoholanalyse oder der Bestimmung von Blutgruppen der Fall ist, so genügt die bloße Mitteilung des erzielten Ergebnisses.

2. Entsprechend diesen Grundsätzen muss nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Darstellung molekulargenetischer Vergleichsuntersuchungen in den in der forensischen Praxis gebräuchlichen Verfahren lediglich das Gutachtenergebnis in Form der biostatistischen Wahrscheinlichkeitsaussage in numerischer Form mitgeteilt werden, sofern sich die Untersuchungen auf eindeutige Einzelspuren beziehen und keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen. Bei Mischspuren, d. h. solchen Spuren, die mehr als zwei Allele in einem DNA-System aufweisen und demnach von mehreren Personen stammen, ist jedoch in den Urteilsgründen weiterhin mitzuteilen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer anderen Person zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, ob dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war. Je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls können strengere Anforderungen gelten. Dabei wird sich regelmäßig die Angabe empfehlen, wie viele Spurenverursacher in Betracht kommen und um welchen Typ von Mischspur es sich handelt.

158. BGH 2 StR 175/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens des Vertreters an den Nebenkläger).

§ 44 StPO; § 345 StPO; § 85 Abs. ZPO

Wiedereinsetzung zur Behebung von Versäumnissen des Nebenklägervertreters bei der Revisionsbegründung kommt nicht in Betracht. Bereits ein Angeklagter muss sich Fehler seines Verteidigers und inhaltliche Mängel bei Fertigung der Revisionsbegründungsschrift zurechnen lassen. Dies gilt erst recht für den Nebenkläger. Nach dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des § 85 Abs. 2 ZPO müssen sich Verfahrensbeteiligte, die sich nicht gegen einen Schuldvorwurf verteidigen, das Verschulden ihres Vertreters stets zurechnen lassen.

161. BGH 2 StR 266/18 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Darmstadt)

Adhäsionsverfahren (Entscheidung über Rechtsmittel).
§ 406a Abs. 2 Satz 2 StPO

Ist nur über die Zubilligung einer Entschädigung zu befinden, kann das Rechtsmittelgericht dies nach § 406a Abs. 2 Satz 2 StPO ohne Hauptverhandlung tun. Dies erfordert, auch dann eine Entscheidung im Beschlusswege zuzulassen, wenn im Übrigen wegen der Schuld- und Strafrage die Voraussetzungen des § 349 Abs. 2 StPO vorliegen, da der Gesetzgeber vermeiden wollte, dass allein wegen der Adhäsionsentscheidung eine Hauptverhandlung stattfindet.

101. BGH 3 StR 229/19 – Beschluss vom 17. September 2019 (LG Oldenburg)

Eröffnung des Hauptverfahrens (schlüssige und eindeutige Willenserklärung des Gerichts; Verwendung von Vordrucken).
§ 203 StPO; § 207 StPO

Zur Eröffnung des Hauptverfahrens genügt die schlüssige und eindeutige Willenserklärung des Gerichts, die Anklage nach Prüfung und Bejahung der Eröffnungsvoraussetzungen zur Hauptverhandlung zuzulassen. Deshalb muss das den Eröffnungsbeschluss enthaltende Schriftstück aus sich heraus oder in Verbindung mit anderen Urkunden oder Aktenbestandteilen eindeutig erkennen lassen, dass der zuständige Richter die Eröffnung des Hauptverfahrens tatsächlich beschlossen hat. Dabei ist die Verwendung von Vordrucken grundsätzlich zulässig, sofern diese eindeutig abgefasst sind. Ein Vordruck, in dem weder die Anklage konkretisiert noch der Angeschuldigte bezeichnet ist, enthält in der Regel keinen wirksamen Eröffnungsbeschluss.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

128. BGH 5 StR 366/19 – Beschluss vom 8. Januar 2020 (LG Saarbrücken)

BGHSt; Untreue (Haushaltsuntreue; Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; Pflichtverletzung; evidente und schwerwiegende Verstöße; gravierende

Pflichtverletzung; individueller Schadenseinschlag bei Beauftragung rechtswidriger Dienstleistungen; Untreue durch Unterlassen); keine Verletzung des gesetzlichen Richters durch Überschreitung der zulässigen Tagesarbeitszeit; mitteilungspflichtige verständigungs-

bezogene Gespräche (Anregung der Verfahrenseinstellung; einseitiges Ansinnen des Verteidigers); prozessualer Tatbegriff.

§ 266 StGB; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 243 Abs. 4 StPO; § 264 StPO

1. Ein Entscheidungsträger handelt im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht stets pflichtwidrig, wenn er nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebots wählt. Beim Unterlassen eines Preisvergleichs oder einer Ausschreibung kommt eine Strafbarkeit nur bei evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstößen in Betracht. (BGHSt)

2. Ein Vermögensnachteil kann bei der Haushaltsuntreue auch nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseinschlags eintreten. (BGHSt)

3. Ein Verstoß gegen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kann eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen. Dieses Gebot stellt indes nur einen äußeren Begrenzungsrahmen des bestehenden Entfaltungs- und Gestaltungsspielraums dar und verhindert nur solche Maßnahmen, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind. (Bearbeiter)

4. Bei der Beauftragung einer Detektei durch die öffentliche Hand wird der Auftraggeber angesichts der Ungeregeltheit des Berufsbildes und der großen Unterschiede zwischen den am Markt vertretenen Detekteien ganz wesentlich auf Faktoren wie Seriosität, Auftreten am Markt, Größe, Dauer des Bestehens, Empfehlungen, Bewertungen und den persönlichen Eindruck abstellen dürfen. Gibt der öffentliche Auftraggeber diesen Faktoren gegenüber dem Preis den Vorrang, liegt ein evidenter und schwerwiegender Pflichtverstoß fern. (Bearbeiter)

5. Nimmt eine Detektei im Auftrag einer Kommune rechtswidrige Ermittlungshandlungen vor, sind diese für eine an Recht und Gesetz gebundene Kommune regelmäßig subjektiv ohne Wert. Die Zahlung der vertragsgemäßen Vergütung für solche Leistungen begründet daher regelmäßig einen Vermögensschaden in voller Höhe aufgrund eines individuellen Schadenseinschlags. (Bearbeiter)

6. Eine Überschreitung der zulässigen Tagesarbeitszeit durch den ursprünglich zutreffend bestimmten gesetzlichen Richter führt regelmäßig nicht zu einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Die Arbeitszeitvorschriften dienen nicht dem Schutz des Beschuldigten, sondern dem der in der Justiz tätigen Personen. Der Angeklagte kann sich demnach auf ihre Verletzung nicht berufen, weil sein Rechtskreis dadurch nicht berührt ist. Es kann insoweit dahinstehen, ob der Senat der Auffassung des 2. Strafsenats folgen könnte, wonach bei dem absoluten Dienstleistungsverbot des Mutterschutzes anderes gelten soll (vgl. BGH HRRS 2017 Nr. 143). (Bearbeiter)

7. Gespräche über eine vollständige Einstellung des Verfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO unterfallen regelmäßig der Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO. Das gilt jedoch regelmäßig nicht, wenn es sich lediglich um ein Ansinnen des Verteidigers handelt, das nicht auf Zu-

stimmung stößt. Einseitige Wünsche und Anregungen stellen noch keine verständigungsbezogenen Erörterungen dar, sondern sollen solche lediglich vorbereiten. (Bearbeiter)

154. BGH 1 StR 634/18 – Urteil vom 11. Juli 2019 (LG Frankfurt a. M.)

BGHSt; Steuerhhelei (Anstiftung zur Steuerhinterziehung als mitbestrafte Vortat einer späteren Steuerhhelei; Unterschied zur allgemeinen Hehlelei; Steuerhhelei durch Ankauf von Zigaretten ohne Steuerzeichen: keine gleichzeitige Strafbarkeit wegen des Verstoßes gegen die Pflicht zur Verwendung von Steuerzeichen und gegen die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung nach dem TabStG); Einziehung (Erlangtes Etwas bei der Steuerhhelei: kein Erlangen der durch den Lieferanten hinterzogenen Steuern).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2, 3 AO, § 374 AO; § 17 TabStG; § 23 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 TabStG; § 73 Abs. 1 StGB

1. Anstiftungshandlungen, die auf eine Verbringung von mit Verbrauchsteuern belasteten Waren gerichtet sind, an denen der Täter eine Steuerhhelei begeht, sind regelmäßig nicht als Anstiftung zur Steuerhinterziehung strafbar; im Verhältnis zur Steuerhhelei stellt sich die Anstiftung zur Steuerhinterziehung als mitbestrafte Vortat dar. (BGHSt)

2. Eine mitbestrafte Vortat liegt vor, wenn im Verlauf eines deliktischen Geschehens verschiedene Angriffsobjekte beeinträchtigt werden, die konkrete Sachverhaltsgestaltung aber ergibt, dass das Schwergewicht des Unrechts nur unter dem Gesichtspunkt des nachfolgenden Delikts zu behandeln ist. Dies ist insbesondere bei Durchgangsdelikten gegeben, deren Unrechtsgehalt deshalb nicht über den der „Haupttat“ hinausgeht, weil er sich darin erschöpft, einen intensiveren Angriff auf dasselbe Rechtsgut vorzubereiten. (Bearbeiter)

3. Eine unterschiedliche konkurrenzrechtliche Bewertung von Steuerhhelei und allgemeiner Hehlelei wird durch die unterschiedlichen Rechtsgutinhaber und das eingeschränkte Tatobjekt der Steuerhhelei gerechtfertigt. (Bearbeiter)

4. Das Erlangen eigener Verfügungsmacht über Zigaretten ohne Steuerzeichen fällt in den Anwendungsbereich der Steuerhhelei; dieser Tatbestand würde entwertet, wenn dieser Lebenssachverhalt zugleich unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die Pflicht zum Verwenden von Steuerzeichen nach § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO i.V.m. § 17 TabStG strafbar wäre. Die Übernahme der Zigaretten wird auch insoweit allein durch die Strafvorschrift des § 374 AO erfasst. Gleiches gilt für eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 23 Abs. 1 TabStG. Der eher formale Gesichtspunkt der Verkürzung eines in der eigenen Person des Steuerhheilers nach § 23 Abs. 1 Satz 1, 2 TabStG entstehenden Steueranspruchs hätte gegenüber der bereits vollendeten Schädigung des Tabaksteueraufkommens und seiner – jedenfalls aus steuerstrafrechtlicher Sicht – nach § 71 AO eingetretenen Haftung ohnehin kein zusätzliches strafwürdiges Gewicht. (Bearbeiter)

5. Der Steuerhheiler nach § 374 AO hat weder „durch die Tat“ noch „für sie“ die von seinem Lieferanten hinterzo-

genen Steuern und Abgaben erlangt. Er ersparte sich „durch die Tat“ auch keine Aufwendungen. Daran ändert sich auch nichts durch die mitbestraften Vortaten der Anstiftung des (späteren) Steuerhehlers zur Steuerhinterziehung; denn dadurch wird der Anstifter nicht zum Steuerschuldner. Vielmehr erlangt der Steuerhehler, indem er die Zigaretten ankauft oder sich sonst verschafft, zunächst die Zigaretten und durch den anschließenden Weiterverkauf den hieraus erzielten Erlös. (Bearbeiter)

153. BGH 1 StR 58/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Kiel)

Anfrage- und Vorlageverfahren; Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn).

§ 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG; § 266a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 78a Satz 1 StGB

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunktes zu laufen. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an – gegebenenfalls – entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

133. BGH 5 StR 486/19 – Beschluss vom 11. Dezember 2019 (LG Braunschweig)

Tätigkeit als Sparkassenangestellter als Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung (Daseinsvorsorge; Amtsträger; Kreditversorgung; Rückabwicklung von Kreditverträgen); Antrag als Voraussetzung einer Einziehung von Taterträgen im subjektiven Verfahren.

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB; § 73 StGB; § 435 StPO

Ein Sparkassenangestellter nimmt regelmäßig nur dann Aufgaben öffentlicher Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB wahr, soweit die Sparkasse im Rahmen ihrer Tätigkeit als Kommunalbank tätig wird. Der Senat kann insoweit offenlassen, ob die Ausreichung von Krediten in Ausübung des gesetzlichen Auftrags (vorliegend nach § 4 Abs. 1 NSpG) als Form der Daseinsvorsorge hierunter fällt. Jedenfalls wer ausschließlich mit der Rückabwicklung notleidender Kreditverträge befasst ist, nimmt regelmäßig keine Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahr, da dies lediglich der Minimierung des Verlustrisikos des Kreditinstituts dient.

110. BGH 3 StR 233/19 – Urteil vom 27. November 2019 (LG Lüneburg)

Vorsätzliches Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (keine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit; Anabolika als Arzneimittel; bedenkliche Arzneimittel; Arzneimittelbegriff; unionsrechtliche Vorgaben); Anforderungen an dynamische Verweisungen auf nichtstaatliche Regelungen (Gesetzlichkeitsprinzip; Bestimmtheit; Rechtsstaatlichkeit; Demokratie; Bundesstaatsprinzip).

§ 95 Abs. 1 AMG; § 6a AMG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Der Senat ist trotz geäußerter Bedenken (s. BGH HRRS 2019 Nr. 72) nicht von der Verfassungswidrigkeit des § 6a Abs. 2 S. 1 AMG in der vom 26.10.2012 – 12.08.2013 geltenden Fassung überzeugt.

2. Art. 103 Abs. 2 GG enthält – gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (siehe zum Ganzen BVerfG HRRS 2016 Nr. 1112) – die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Dabei muss der Gesetzgeber den Tatbestand nicht stets vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben, sondern darf auf andere Vorschriften, auch anderer Normgeber, verweisen.

3. Verweist ein Gesetzgeber dabei auf andere Vorschriften in ihrer jeweils geltenden Fassung (dynamische Verweisung), kann dies dazu führen, dass er den Inhalt seiner Vorschriften nicht mehr in eigener Verantwortung bestimmt und damit der Entscheidung Dritter überlässt. Damit sind dynamische Verweisungen zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber nur in dem Rahmen zulässig, den die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Bundesstaatlichkeit ziehen; grundrechtliche Gesetzesvorbehalte können diesen Rahmen zusätzlich einengen.

4. Eine allgemeine Aussage, welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nicht treffen. Vielmehr ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 Abs. 2 GG im Einzelfall nachgekommen ist. Zu prüfen sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen, wobei der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen muss, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist. Auch der Kreis der Normadressaten ist von Bedeutung.

5. Auch eine Verweisung auf Regelungen außerstaatlicher Stellen (hier das Übereinkommen gegen Doping) ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wenn deren Inhalt im Wesentlichen feststeht, liegt kein unzulässiger Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnis vor und ist den sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaats- sowie dem Demokratieprinzip ergebenden Anforderungen Genüge getan.

126. BGH 3 StR 561/18 – Urteil vom 14. November 2019 (LG Osnabrück)

Beihilfe zum Einschleusen mit Todesfolge (Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts; Unerlaubtsein der Einreise; das Leben gefährdende Behandlung; Hilfeleisten; Merkmal der „Geschleusten“).

§ 95 Abs. 1 AufenthG; § 96 AufenthG; § 97 AufenthG; § 27 StGB

1. Der Senat neigt dazu, das Merkmal der „Geschleusten“ in § 97 Abs. 1 AufenthG dahingehend zu verstehen, dass darin jeder geschleuste Mensch unabhängig von seinem Alter und seiner (strafrechtlichen) Handlungsfähigkeit zu sehen ist. Würde man mit der Gegenmeinung unter „Geschleusten“ im Sinne des § 97 Abs. 1 AufenthG nur

„taugliche Haupttäter“ gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG verstehen, würden gerade die schwächsten Personen aus dem Schutzbereich der Erfolgsqualifikation ausgenommen.

2. Bereits die Zusage einer Handlung (hier: betreffend die Unterstützung von illegal einzuschleusenden Personen) kann eine die objektiven Voraussetzungen der Beihilfe begründende Unterstützungshandlung sein; Voraussetzung ist indes, dass die Zusicherung selbst einen objektiven Nutzen entfaltet. Demgegenüber ist es nicht erforderlich, dass die Handlung des Gehilfen für den Eintritt des Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird.

172. BGH 4 StR 136/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Halle)

Subventionsbetrug (Beginn der Verjährung bei Auszahlung von Teilbeträgen).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Zwar setzt § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB den tatsächlichen Erhalt der unter Verwendung falscher Angaben beantragten Zuwendung nicht als Erfolg voraus. Ungeachtet dessen beginnt die Verjährung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber erst mit dem tatsächlichen Erhalt der Subvention. Soweit die Subvention ihrem Empfänger in Teilbeträgen zugewendet wird, beginnt die Verjährung mit dem Eingang der letzten Teilzahlung.

130. BGH 5 StR 464/19 – Beschluss vom 12. Dezember 2019 (LG Dresden)

Eigennützigkeit als Voraussetzung des (mit-)täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln; keine Anwendbarkeit der verbotenen Vernehmungsmethoden bei anderweitiger Beschaffung von Beweismaterial; Beschlagnahme (freiwillige Herausgabe).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 94 StPO; § 136a StPO

1. (Mit-)Täterschaftliches Handeltreiben erfordert das eigennützige Bemühen, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern. Eigennützig ist eine solche Tätigkeit nur, wenn das Handeln des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil verspricht, durch den er materiell oder immateriell bessergestellt wird. Hinsichtlich der Eigennützigkeit sind konkrete Feststellungen im Urteil erforderlich.

2. Die Vorschrift des § 136a StPO bezieht sich ausschließlich auf Vernehmungen. Sie ist demgemäß auf die anderweitige Beschaffung von Beweismaterial nicht anwendbar.

143. BGH 5 StR 610/19 – Beschluss vom 11. Dezember 2019 (LG Zwickau)

Bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln (jederzeit zu realisierende Herrschaftsmöglichkeit); Nachträgliche Gesamtstrafe (Härteausgleich bei Zusammenreffen mit Jugendstrafe).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 55 StGB

Eine das mit-sich-Führen i.S.d. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG begründende jederzeit zu realisierende Herrschaftsmöglichkeit ist regelmäßig auch dann anzunehmen, wenn die Waffe/der zur Verletzung geeignete und bestimmte Gegenstand sich in einer Tasche befindet, die sich der Beifahrer des den Pkw bei der Einfuhr steuernden Täters um den Hals gehängt hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn damit zu rechnen ist, dass sich der Beifahrer gegenüber einem Griff des Täters nach der Tasche nicht widersetzen würde.

163. BGH 2 StR 294/19 – Urteil vom 23. Oktober 2019 (LG Marburg)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen bei räumlicher Entfernung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Der Täter muss die Waffe oder den gefährlichen Gegenstand bei der Tatbegehung bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich haben, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand auch nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist.

2. Für den Qualifikationstatbestand gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG genügt es, dass die Schusswaffe bzw. der gefährliche Gegenstand sich so in der räumlichen Nähe des Täters befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann. Ein Tragen der Waffe oder des Gegenstandes am Körper ist nicht erforderlich.

3. Die räumliche Entfernung zwischen dem Aufbewahrungsort der Betäubungsmittel und dem der Waffe bzw. des gefährlichen Gegenstandes zu einem bestimmten Zeitpunkt – etwa dem der Durchsuchung einer Wohnung – hat allerdings lediglich indizielle Bedeutung für die Beurteilung einer jederzeitigen ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne größere Schwierigkeiten zu realisierenden Zugriffsmöglichkeit des Täters. Denn für das Mitsichführen ist angesichts des Zwecks der Qualifikation die Zugriffsmöglichkeit des Täters des Betäubungsmitteldelikts auf Waffen oder sonstige Gegenstände gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BtMG während irgendeines, aber näher zu bestimmenden Zeitpunkts im gesamten Tatverlauf ausschlaggebend.

„Umstände, die sich erst in der Verhandlung ergeben“ – Was sind Nova im Sinne des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO?

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2019 Nr. 1054

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg

I. Einleitung

Nur wer weiß, was Thema und mögliches Ergebnis eines Strafverfahrens ist, kann sich adäquat verteidigen.¹ Anklage und Eröffnungsbeschluss liefern diese Informationen und begrenzen das zu Erwartende. Stellt sich später heraus, dass die bisherige Begrenzung unzureichend war, sind zwei Konstellationen denkbar: Umfasst die neue Umgrenzung ein gänzlich anderes Geschehen, bedarf es der Nachtragsanklage, § 266 StPO. Bleibt es dagegen beim bisherigen Geschehen, soll sich lediglich der Vorwurf erheblich ändern, so genügt ein Hinweis seitens des Gerichts, § 265 StPO.² Eine *erhebliche* Änderung wiederum, die einen solchen Hinweis nötig macht, liegt zum einen dann vor, wenn dem Beschuldigten ein ganz anderes Delikt zur Last gelegt wird (etwa: Diebstahl statt Betrug), § 265 Abs. 1 StPO³, zum anderen dann, wenn eine bislang nicht behandelte Strafschärfung oder Rechtsfolge (Maßnahme, Nebenstrafe, Nebenfolge) ausgesprochen werden soll, weil sich in der Hauptverhandlung *neue Umstände* ergaben, § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO⁴.

Was nun sind derartige neue Umstände? Evident gemeint sind Tatsachen, die erst in der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung bekannt werden. Unklar und umstritten hingegen ist, ob auch die *neue rechtliche Bewertung* bereits bekannter Tatsachen zu den „neue Umständen“ zählen. Diese Thematik, die durch den Anfragebeschluss des 5. Strafsenats vom 18. Juni 2019 virulent wurde, möchte ich im Folgenden untersuchen.

Dazu werde ich im ersten Hauptteil des Textes den Vorlagebeschluss rekonstruieren (II.), indem ich den Sachverhalt auf die prozessuale Frage verkürzt wiedergebe (II.1.), dann die im Anfragebeschluss geäußerte Rechtsauffassung des 5. Strafsenats darstelle (II.2) und sie im bisherigen Streitstand verorte (II.3). Im zweiten Haupt-

teil werde ich eine hierzu alternative Auslegung von § 265 Abs. 2 StPO entwickeln (III.). Dazu argumentiere ich zunächst, dass dem 5. Strafsenat zwar in der Auslegung des Wortlauts zuzustimmen ist (III.1). Aus der zutreffenden Analyse folgt aber nicht, dass eine Hinweispflicht in Fällen „reiner Subsumtions-Nova“ nicht besteht; vielmehr ergibt sich dort die Pflicht zum Hinweis aus der analogen Anwendung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO (III.2. bis 6.). Den Gedankengang fasse ich abschließend zusammen und gebe einen Ausblick (IV.).

II. Der Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats

1. Die anlassgebende Verfahrensrüge

Dem Anfragebeschluss des 5. Strafsenats liegt die Verfahrensrüge des Angeklagten H zugrunde. Diesem wurde vorgeworfen, seine Dienstpflichten als Bürgermeister beim Verkauf eines Grundstücks, das teilweise im Eigentum seiner Gemeinde, teilweise im Eigentum der angrenzenden Stadt stand, verletzt zu haben: Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte H durch seine Einflussnahme dazu beigetragen, dass der Zuschlag für das Grundstück einer bestimmten Gesellschaft erteilt wurde. An dieser Gesellschaft, die die Grundstücke entwickelte und weiterveräußerte, war H über seinen Sohn, den er als Strohmann-Gesellschafter installiert hatte, de facto beteiligt. Als Gegenleistung für seine Einflussnahme erhielt H einen Teil der Ausschüttungen, die durch die Weiterveräußerung möglich wurden, teilweise direkt von seinem Sohn, teilweise über seine Ehefrau.⁵ Das Landgericht hatte H wegen Bestechlichkeit zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt und im Urteil zugleich die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet.

Die Verfahrensrüge von H bezieht sich nun darauf, dass weder Anklage noch Eröffnungsbeschluss den Sachverhalt als Grundlage für die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§§ 73, 73c StGB) gekennzeichnet hatten und ein entsprechender Hinweis auch in der Hauptverhand-

¹ Zum Zweck SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 2.

² Vgl. zum Regelungsregime Beulke/Swoboda, StPO, 14. Aufl. (2018), Rn. 384 f.

³ Siehe ausführlich die Beispiele aus der Rechtsprechung LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 38 f.

⁴ Mittlerweile wurde der Abs. 2 um weitere Nummern ergänzt, siehe zur Erweiterung III.1.

⁵ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 2-6.

lung nicht erfolgt war. H rügt daher die Verletzung der Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO.⁶

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hält die Verfahrensrüge für unbegründet, weil keine Hinweispflicht bestanden habe. Da sich der Senat jedoch an der Verwerfung der Revision durch die kürzlich ergangene Entscheidung des 1. Strafsenats⁷ gehindert sieht, fragt er (vorsorglich bei sämtlichen Senaten) an, ob an jener Rechtsprechung festgehalten werde.⁸

2. Die Auslegung von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO durch den 5. Strafsenat

Der 5. Strafsenat gelangt im vorliegenden Fall zur Ablehnung einer Hinweispflicht, indem er § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO folgendermaßen auslegt: Eine angeklagte Person sei ausweislich des Wortlauts auf Umstände, die eine Strafschärfung oder die Anordnung einer Maßnahme/Nebenstrafe/Nebenfolge rechtfertigten, lediglich dann hinzuweisen, wenn sich die Umstände „erst in der Verhandlung“ ergeben; für den Fall jedoch, dass die rechtfertigenden Tatsachen bereits zu einem früheren Zeitpunkt bekannt sind, bestünde eine Hinweispflicht nicht.⁹ § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO setzte also stets die Änderung der *Sachlage* voraus – eine Änderung der *rechtlichen Beurteilung* bereits bekannter Umstände genüge hingegen nicht.

Zwar lege die Rechtsprechung die Norm seit jeher so aus, dass *auch ohne die Veränderung der Sachlage* der Hinweis auf eine in der Anklage unerwähnte *Maßregel* nötig sei, weil deren nachträgliche Anführung ein neuer Umstand sei – und diese Ansicht sei vom 1. Strafsenat¹⁰ auf die Maßnahme der Einziehung übertragen worden.¹¹ Dieser Auslegung hält der 5. Strafsenat aber entgegen, dass § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO das nachträgliche Eintreten von relevanten *Anknüpfungstatsachen* erfordere. Ansonsten werde die Formel „erst in der Verhandlung“ überflüssig.¹² Weder überzeuge es, die einschränkende Formulierung („erst in der Verhandlung“) auf die erste Variante von Nr. 1, also die strafferhöhenden Umstände, zu begrenzen und folglich nicht für die sonstigen Varianten gelten zu lassen (dies sei die „Deutung der Rechtsprechung in der Literatur“¹³). Noch sei (entgegen zahlreicher Literaturstimmen) ein „neuer Umstand“ im Sinne der Vorschrift darin zu erblicken, dass das Tatgericht die bereits bekannten Anknüpfungstatsachen anders *bewerte*. Wenn auch für diese Auslegung (vermeintlich) der Schutzzweck

der Norm streite, lasse sich eine abweichende rechtliche Bewertung des bereits etablierten Sachverhalts eben nicht als neuer „vom Strafgesetz“ besonders vorgesehener Umstand verstehen.¹⁴

Weiter bringt der 5. Strafsenat einen systematischen Gesichtspunkt vor:¹⁵ Aus der Rechtsprechung, nach der bei *Maßregeln* ein Hinweis *stets* erforderlich sei, also auch für den Fall, dass keine neue Sachlage eingetreten sei, lasse sich für die Einziehung von Taterträgen kein Argument ableiten. Die hinweispflicht-bejahende Rechtsprechung zu den Maßregeln sei schon nicht einheitlich (teilweise werde auf nachträgliche *Tatsachen* überhaupt nicht verzichtet; teilweise werde ein Hinweis auch dort ausnahmsweise für entbehrlich gehalten). Zudem unterscheide sich die Fallgruppe der Maßregel wesentlich von der Fallgruppe der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen: Erstens seien die Maßregeln *strafähnlich* ausgestaltet, die Einziehung (des Wertes) hingegen *konditionsähnlich*. Die Anordnung der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen liege daher für den Angeklagten nahe: es sei offensichtlich, dass der Staat das rechtswidrig Erlangte nicht bei ihm belasse. Und zweitens sei die Anordnung der Einziehung, sofern die Anordnungsstatsachen gegeben sind, *zwingend* anzuordnen, wohingegen bei der Anordnung von Maßregeln – jedenfalls teilweise – ein *Beurteilungsspielraum* bestehe und eine Wahrscheinlichkeitsprognose notwendig werde.

Zuletzt, so der 5. Strafsenat, lasse sich auch dem Zweck der Hinweispflicht nicht entnehmen, weshalb für den Fall, dass die Anknüpfungstatsachen bereits bekannt sind, ein Hinweis auf Einziehung nicht entbehrlich sein sollte: Zwar diene die Hinweispflicht nach § 265 StPO den Verteidigungsrechten des Angeklagten. Sie sei allerdings – in Abgrenzung zum Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Recht auf faires Verfahren – keine „Generalklausel zum Schutz des Angeklagten vor jeglicher Überraschung“: sie wolle der Verteidigung lediglich die Auseinandersetzung mit den Grundlagen der potentiellen Verurteilung ermöglichen, wenn diese von der zugelassenen Anklage divergieren. Eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte liege indes nicht vor, „wenn eine Maßnahme bei Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen durch das Gericht zwingend auszusprechen ist und der Angeklagte durch die zugelassene Anklage die Möglichkeit hatte, von deren Vorliegen Kenntnis zu nehmen.“¹⁶

3. Verortung im Streitstand und Zwischenergebnis

Für das infrage stehende Szenario, dass also Anordnungsstatsachen im Sinne von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO bereits bekannt sind, später aber anders bewertet werden, finden sich unterschiedliche Lösungsansätze. Die Literatur möchte in diesen Fällen stets zur gerichtlichen

⁶ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 7-10.

⁷ BGH 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538, Rn. 23.

⁸ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 12 u. 34.

⁹ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 13.

¹⁰ BGH, 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538.

¹¹ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 16 f.

¹² BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 19.

¹³ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 20.

¹⁴ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 21. Auch die Gesetzesmaterialien sprächen gegen eine solche Ausweitung der Hinweispflicht, siehe Rn. 22.

¹⁵ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 23-30.

¹⁶ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 32.

Hinweispflicht gelangen, da auch die Novität der rechtlichen Bewertung als neuer Umstand im Sinne der Vorschrift zu verstehen sei (dazu sogleich bei III.1).¹⁷

In der Rechtsprechung lassen sich zwei Ansätze ausmachen¹⁸: So wurde im Fall der *Maßregeln* eine Hinweispflicht auch dann angenommen, wenn bekannte Tatsachen lediglich anders bewertet werden.¹⁹ Daran knüpft die vom 5. Strafsenat als entgegenstehend erwähnte Entscheidung des 1. Strafsenats²⁰ an, die auch in Bezug auf die mittlerweile²¹ von Abs. 2 Nr. 1 ebenfalls erfassten Fall der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen eine Hinweispflicht bei Änderung der rechtlichen Bewertung bejaht.

In anderen Entscheidungen wurde die rechtlich differente Beurteilung bereits bekannter Tatsachen nicht als hinweispflicht-auslösend erachtet, sondern vielmehr verlangt, dass für den angepassten Vorwurf oder die angepasste Rechtsfolge zusätzliche tatsächliche Voraussetzungen nötig werden, also *neue tatsächliche Umstände* hinzutreten.²² An dieses Verständnis²³, demzufolge also

¹⁷ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 22-24; Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 44; S/S/W-StPO/Rosenau, 3. Aufl. (2018), § 265 Rn. 24 u. 28; HK-StPO/Julius/Beckemper, 6. Aufl. (2019), § 265 Rn. 8; AK-StPO/Loos, 1993, § 265 Rn. 7; LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 40 (für den – nach alter Rechtslage mit Ausnahme der Maßregeln – nicht ausdrücklich erfassten Fall der Rechtsfolgen soll dies in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 2 dann gelten, wenn die Anordnung der Rechtsfolge von besonderen Umständen oder dem Gerichtsermessen abhängt, siehe Rn. 72); KMR-StPO/Stuckenberg, 94. Lfg. (2019), § 265 Rn. 32 (und Rn. 54 bzgl. Rechtsfolgen); MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 31 (der aber andeutet, dass der Wortlaut für die Herausnahme reiner Subsumtions-Nova aus Abs. 2 Nr. 1 spreche).

¹⁸ Vgl. Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 44; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 265 Rn. 17a und 20.

¹⁹ BGHSt 18, 288, 289 (= BGH 1 StR 54/63 – Urteil vom 12. März 1963); zustimmend Schlothauer StV 1986, 213, 218; siehe zur Kritik an der Ausdehnung der Rechtsprechung des 1. Strafsenats auf Maßregeln insgesamt (BGH, 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538.), welche durch Entscheidungen der anderen Senate nicht gestützt werde, die Ausführungen des 5. Strafsenats BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 (= HRRS 2019, Nr. 1054), Rn. 24 f. So weise der 3. Strafsenat in BGHSt 2, 85, 87 (= BGH 3 StR 596/51 – Urt. v. 27. September 1951) auf eine neue tatsächliche Subsumtions-Voraussetzung (dort: Ausnutzen der beruflichen Tätigkeit zu einem seinen Berufsaufgaben zuwiderlaufenden Zweck) hin.

²⁰ BGH 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538, Rn. 23. Diese Rechtsprechung bestätigend BGH 1 StR 471/18 – Beschl. v. 26. April 2019 Rn. 13.

²¹ Siehe dazu sogleich bei III.1.

²² BGHSt 29, 274, 279 (= BGH 4 StR 172/80 – Beschl. v. 8. Mai 1980); ebenso KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. (2019), § 265 Rn. 14.

²³ Aus BGHSt 29, 274, 279 lässt sich die für Subsumtions-Nova kritisierte Differenzierung zwischen den (ehemaligen) Alternativen des Abs. 2 (keine Hinweispflicht bei strafe erhöhenden Umständen; Hinweispflicht bei Maßregeln) nicht entnehmen. Für beide Fälle fordert der 4. Strafsenat dort die Notwendigkeit neuer Tatbestandsvoraussetzungen, insofern neue tatsächliche Umstände. Inso-

tatsächliche Nova für § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nötig sind, knüpft der 5. Senat mit seiner am Wortlaut orientierten Auslegung an. Für den vorliegenden Fall, in dem die Anknüpfungstatsachen für die Einziehung bereits in der Anklage enthalten waren, es also an tatsächlichen Nova fehlt, sei eine Hinweispflicht folglich zu verneinen.

III. Zur Auslegung des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO

Es stellt sich also die Frage, ob rechtliche Nova, also die neue Bewertung alter Tatsachen, stets, unter Umständen oder nie dem Begriff der „neuen Umstände“ zu subsumieren sind. Wie ich im Folgenden zeigen möchte, ist mit dem 5. Strafsenat die generell verneinende Wortlautauslegung überzeugender (III.1.). Doch auch wenn man dem 5. Senat darin folgt, ergibt sich im Ergebnis eine Pflicht zum Hinweis. Dies liegt daran, dass § 265 Abs. 2 StPO zu rein rechtlichen Nova keine Aussage trifft (III.2. und 3.). Aufgrund dieser Regelungslücke besteht Raum für eine Analogie, die sachgerecht zur Vorschrift § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO zu ziehen ist (III.4.). Eine Ausnahme von dieser Analogie ist für die Nebenfolge der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen nicht angezeigt (III.5.). Wie ein Blick auf die Rechtsfolgen deutlich macht, überzeugt die analoge Anwendung von § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO auch wertungsmäßig (III.6.).

1. Die Wortlautinterpretation des 5. Senats überzeugt

Ausweislich des Wortlauts des Gesetzes verlangt § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO einen Hinweis des Gerichts, wenn „sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen“. Zur Erleichterung der Auslegung erscheint es sinnvoll, auf die ursprüngliche Fassung von § 265 Abs. 2 StPO zu fokussieren, also sowohl die Bezugnahme auf *Maßregeln* (eingeführt 1934²⁴) als auch die Erweiterung der Hinweispflicht auf *Maßnahmen*, *Nebenstrafen* und *Nebenfolgen* (eingeführt 2017²⁵) sowie die damit ebenfalls neu eingefügten Nr. 2 und Nr. 3 des Abs. 2 zunächst auszuklammeren.

Erfasst nun dieser, auf die Fassung „Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen“²⁶ reduzierte Abs. 2 den Fall, in dem die Anordnungstatsachen zwar in Anklage und Eröffnungsbeschluss erwähnt sind, es an deren Subsumtion aber fehlt? Vor allem die Literatur bejaht²⁷ dies mit fol-

fern zutreffend die kritische Analyse des 5. Strafsenats bei BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 20 und 24 ff.

²⁴ RGBl. 1933, Teil I, S. 1000, 1002.

²⁵ BGBl. 2017, Teil I, S. 3202, 3210.

²⁶ Qualifikationen fallen unstrittig darunter. Siehe zur weiteren Auslegung HK-StPO/Julius/Beckemper, 6. Aufl. (2019), § 265 Rn. 7; S/S/W-StPO/Rosenau, 3. Aufl. (2018), § 265 Rn. 25.

²⁷ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 22 ff.; Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 44; S/S/W-StPO/Rosenau, 3. Aufl. (2018), § 265 Rn. 24; HK-

gender Überlegung fast durchgehend:²⁸ in solchen Fällen sei zwar die *Existenz* des Umstands bereits bekannt gewesen, nicht allerdings dessen *Bedeutung*.²⁹ Als der sich erst in der Verhandlung ergebende neue Umstand wird also, so lässt sich formulieren, die erst jetzt erkannte *Subsumtions-Relevanz* eines bekannten Faktums erachtet. Der Zweck der Vorschrift scheint für eine solche Auslegung zu sprechen. Denn genauso wie die Einführung völlig neuer subsumtions-relevanter Tatsachen scheint gleichermaßen die „Umwidmung“ bekannter, bislang nicht-subsumtions-relevanter Tatsachen hin zu subsumtions-relevanten Tatsachen eine Anpassung der Verteidigung zu erfordern: Wenn ich erkenne, dass ein bereits in der Anklage zutreffend beschriebener Gegenstand nun (doch) als gefährlichen Werkzeugs gewertet werden soll, könnte es nötig sein, die Verteidigungsvorbringen dahingehend anzupassen.³⁰

Wie der 5. Strafsenat anmahnt, lässt sich diese am Telos ausgerichtete Ansicht jedoch mit dem Wortlaut nicht vereinbaren.³¹ Dieser Hinweis auf den Wortlaut überzeugt. Zwar ist der am Zweck ausgerichteten Ansicht zuzugestehen, dass die Rede von „Umständen“ – obgleich sie vielleicht eher für ein Verständnis als *Tatsachen* spricht, vgl. die Begriffsverwendung in §§ 16, 46 StGB – wohl mehrdeutig ist, also genauso gut auf *rechtliche Umstände* bezogen werden könnte.

Die Unvereinbarkeit der vorgeschlagenen Auslegung mit dem Wortlaut wird jedoch deutlich, wenn man überlegt, was exakt denn diese Ansicht als „neuen Umstand“ betrachtet. Es bestehen zwei Möglichkeiten: entweder könnte der *Statuswechsel selbst* (a) der neue Umstand sein (nämlich der Statuswechsel von subsumtions-irrelevant hin zu subsumtions-relevant); alternativ könnte der neue Umstand der durch das Gericht zugeschriebene neue *Status der Tatsache* (b) sein (nämlich neuerdings subsumtionsrelevant zu sein). Zwar dürfte das zweite Verständnis näherliegen³². Man muss sich aber nicht ent-

scheiden, denn beide Möglichkeiten [(a) und (b)] passen mit dem übrigen Teilen des Satzes nicht zusammen: Der neue Umstand, so die umrandenden Satzteile von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO, müsste „vom Strafgesetz besonders vorgesehen[]“ sein und er müsste ein Umstand sein, der „die Strafbarkeit erhöh[t]“.

Offensichtlich ist *der Statuswechsel selbst* (a) nicht etwas, das das Strafgesetz vorsieht, ist also kein vom Strafgesetz vorgesehener Umstand. Der Statuswechsel *als solcher* erhöht desgleichen nicht die Strafbarkeit.

Aber auch die Interpretation, der zufolge der *neue Status der Tatsache* der neue Umstand sei (b), geht bei näherem Hinsehen nicht auf: Während sich hier vielleicht noch sagen ließe, dass der Umstand, eine bekannte Tatsache nunmehr einem Qualifikationsmerkmal zu subsumieren, also der neue Status der Tatsache „die Strafbarkeit erhöht“, so ist doch die Zuschreibung eines Status einer Tatsache nicht etwas *vom Strafgesetz Vorgesehenes*: nicht der *Status* einer Tatsache (nämlich: subsumtions-relevant zu sein) wird vom Gesetz vorgesehen; vom Gesetz vorgesehen wird das Vorliegen von Tatsachen, die der Merkmalsbeschreibung entsprechen. Beispielhaft: nicht die *erfolgreiche Sumtion des Stiftes unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs* ist ein vom Strafgesetz vorgesehener Umstand. Das Gesetz sieht vielmehr für die Straferhöhung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB die *tatsächliche Eigenschaft* vor, dass es sich bei dem Stift um ein gefährliches Werkzeug handelt. Kurz: Das Strafgesetz³³ sieht nicht *Bewertungen von vorliegenden Tatsachen* vor, sondern das *Vorliegen von Tatsachen*. (Selbstverständlich gelangt das Gericht zu rechtlichen Bewertungen der als gegeben betrachteten Tatsachen. Diese Bewertungen sind dann jedoch keine „vom Strafgesetz vorgesehen“ Umstände; sie ergeben sich im Vorgang der Sumtion der Tatsachen unter das Strafgesetz. Die Bewertungen, so ließe sich sagen, ergeben sich also *in Anwendung* des Strafgesetzes; sie werden nicht vom Strafgesetz *vorgesehen*.)

Gesteht man daher zu, dass auch der neue Status der Tatsache kein neuer Umstand i.S.d. § 265 Abs. 2 StPO sein kann, mag man vielleicht antworten, dass eine Tatsache, die neuerdings als subsumtions-relevant angesehen wird, doch eben *wie* eine neue Tatsache erscheint, demnach auch als solche zu behandeln sei. Dieser Erklärungsversuch wäre dann allerdings keine Auslegung innerhalb des Wortlauts mehr, sondern signalisiert bereits die – im Ergebnis auch überzeugende³⁴ – Behauptung einer Analogie: „wie“, „als ob“.

2. Jedoch: nicht *negative Regelung*, sondern *Nicht-Regelung*

Die Wortlautauslegung des 5. Strafsenats überzeugt also: Der Wortlaut von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO erfasst ausschließlich tatsächliche Nova, folglich keine „Subsumtions-Nova“. Entgegen der Analyse des 5. Senates ist

StPO/Julius/Beckemper, 6. Aufl. (2019), § 265 Rn. 8; KMR-StPO/Stuckenberg, 94. Lfg. (2019), § 265 Rn. 32; AK-StPO/Loos, 1993, § 265 Rn. 7; LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 40; MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 31.

²⁸ A.A. KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. (2019), § 265 Rn. 14.

²⁹ Schlothauer StV 1986, 213, 222; SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 24; S/S/W-StPO/Rosenau, 3. Aufl. (2018), § 265 Rn. 24; siehe i.E. auch – mit unterschiedlicher Nuancierung – die übrigen Ansichten in Fn. 27. Ebenfalls auf die erst in der Hauptverhandlung bekannt gewordene *Bedeutung* der Umstände abstellend BGH 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538, Rn. 23.

³⁰ Diese Schutzwürdigkeitsüberlegung unterstreicht der 1. Senat in seiner Reaktion auf den Anfragebeschluss, siehe BGH 1 ARs 14/19 – Beschl. v. 10. Oktober 2019 = HRRS 2019, Nr. 1228, Rn. 16: Die Sachverhaltskenntnis allein hilft nicht, es kommt vielmehr darauf an, dass der Angeklagte mit einer solchen Rechtsfolgenentscheidung rechnet und sich entsprechend verteidigen kann.

³¹ BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054, Rn. 21; Wortlautbedenken hegt auch MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 31, der jedoch Systematik und Funktion den Vorrang einräumt.

³² In Parallelität zur Aufklärung neuer tatsächlicher Umstände liegt die zweite Deutung nahe: denn neu ist nicht die Entdeckung, sondern das Entdeckte.

³³ Zumindest in den für Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 relevanten Vorschriften. Unter die Strafbarkeit erhöhenden Umstände (Var. 1) fallen unbestritten die von Qualifikationen beschriebenen Umstände. Siehe zur weiteren Auslegung etwa Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 46 ff.

³⁴ siehe dazu III.4.

daraus hingegen nicht zu schlussfolgern, dass bei Subsumtions-Nova keine Hinweispflicht besteht. Wie ich darlegen möchte, liegt das daran, dass der Gesetzgeber in § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nur *positiv* die Hinweispflicht für Tatsachen-Nova regeln wollte, den Fall reiner Subsumtions-Nova allerdings dadurch *nicht negativ* regeln wollte, sondern *nicht* geregelt hat.

Diese Überlegung ergibt sich aus dem der Konzeption des § 265 StPO: Der Regelung liegt ursprünglich neben der Sicherung der Subjektstellung des Angeklagten der Gedanke zu Grunde, dass das Recht dem Gericht bekannt ist: *iura novit curia*.³⁵ Kennt das Gericht nun nicht lediglich das Recht, sondern darüber hinaus im konkreten Fall auch noch die zutreffende Beschreibung des tatsächlichen Tatvorgangs, so kennt es folglich ebenfalls dessen zutreffende Subsumtion. Nach diesem Verständnis liegt es nahe, dass ein Hinweis nach § 265 StPO der Verteidigung lediglich ermöglichen sollte, sich neu ergebendes Tatsachenmaterial zu bestreiten (sei es, dass die Tatsachen völlig neu sind, sei es, dass es um die Konkretisierung oder Kontextualisierung bekannter Tatsachen handelt).

Den Fall *reiner* Subsumtions-Nova hingegen, dass also die identisch bleibende Tatsachenbeschreibung nunmehr anders bewertet wird, so lässt sich argumentieren, hatte der Gesetzgeber gar nicht als regelungsbedürftig erachtet. Der Fall reiner Subsumtions-Nova, oder besser: das Nachholen bislang unterlassener Subsumtion, ist also von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO *nicht negativ* geregelt, sondern dieser Fall ist dort *gar nicht* geregelt. Es besteht also eine Regelungslücke.

Die Analyse, dass Subsumtions-Nova dort *nicht* geregelt sind, kann man auch durch die Gesetzesmotive gestärkt sehen: so scheint es dem Gesetzgeber von 1877 vor allem darauf angekommen zu sein, den Fall reiner Tatsachen-Nova, dass also die Tatsachengrundlage bei konstant bleibender rechtlicher Wertung wechselt, von der Hinweispflicht nach Abs. 1 und Abs. 2 *auszunehmen*; dieser Fall sollte lediglich der fakultativen Aussetzung nach Abs. 4 zugänglich sein³⁶ – diese Herausnahme reiner Tatsachen-Nova von der Hinweispflicht wurde im Nachhinein als korrekturbedürftig angesehen³⁷ und korrigierend ausgelegt³⁸. Seit 2017 ist die korrigierende Aus-

legung in Abs. 2 Nr. 3 im Gesetz verankert.³⁹ Während der Gesetzgeber von 1877 also explizite Überlegungen zu *reinen Tatsachen-Nova* anstellt, findet der Fall des Subsumtions-Unterlassens, also der Fall *reiner Subsumtions-Nova*, hingegen keine Erwähnung. Diese Nichterwähnung könnte für deren Nichtregulierung sprechen.

3. Keine Regelungslücke wegen § 265 Abs. 1 StPO?

Gegen diese Sichtweise, dass also § 265 Abs. 2 reine Subsumtions-Nova überhaupt nicht regelt, ließe sich möglicherweise die Regelung von § 265 Abs. 1 StPO ins Feld führen, der reine Subsumtions-Nova, also etwa den Fall, dass das Gericht nach § 253 StGB statt den im Eröffnungsbeschluss aufgeführten § 249 StGB verurteilen will (oder § 25 statt § 26 StGB anwendet), also reine Subsumtions-Nova doch gerade zu erfassen scheint.⁴⁰ Sieht man reine Subsumtions-Nova dort geregelt, könnte das ein Argument dafür abgeben, dass der Gesetzgeber diese in Abs. 2 durch sein Schweigen sehr wohl, und zwar *negativ* regeln wollte.⁴¹

Ein solches Argument lässt sich allerdings entkräften. Eine Möglichkeit (1) der Entkräftung besteht darin, schlicht die gegenteilige These zu vertreten, nämlich dass von § 265 Abs. 1 StPO zwar reine Subsumtions-Nova erfasst werden, während bei Abs. 2 diesbezüglich eine Regelungslücke besteht.⁴² Eine Spielart dieser Antwort könnte lauten, hier eine *nachträgliche* Regelungslücke⁴³ anzunehmen, zumal eine bewusst negative Regelung der Hinweispflicht bei Subsumtions-Nova in Abs. 2 mit dem heutigen Verständnis vom strafprozessualen Rechtsstreit nicht mehr in Einklang zu bringen ist.⁴⁴

Eine andere Möglichkeit (2), dem angedeuteten Argument beizukommen, besteht darin, zu bestreiten, dass der Gesetzgeber reine Subsumtions-Nova bei § 265

³⁵ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 2; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, 2. Aufl. (1964), Rn. 377; Wachsmuth ZRP 2006, 121, 123.

³⁶ Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 3 Abteilung 2, 2. Aufl. (1886), 1587: "Umstände, welche, ohne den rechtlichen Charakter der That zu ändern, lediglich auf den Beweis derselben sich beziehen, gelangen nicht weiter in Betracht; jedoch können auch sie geeignet sein, das Gericht zu bestimmen, von einer sofortigen Aburtheilung der That abzusehen", also unter Abs. 4 fallen.

³⁷ Siehe etwa Gillmeister, in: Bandisch (Hrsg.), FG-Friebertshäuser, Die Hinweispflicht des Tatrichters, 1997, 223, 224 ff.

³⁸ Dazu Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 67: Obgleich „weitgehend Konsens“ bezüglich der Korrekturbedürftigkeit herrschte, bestand vor der Gesetzesnovelle Streit über die rechtliche Grundlage der Hinweispflicht (und damit auch über die Art und Weise des Hinweises und die Protokollierungsbedürftigkeit).

³⁹ Siehe zur Auslegung der neuen, „relativ unbestimmten“ Regelung der Nr. 3: BeckOK-StPO/Eschelbach, 35. Ed. (1.10.2019), § 265 Rn. 35 ff.; vgl. auch KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. (2019), § 265 Rn. 18b; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 265 Rn. 22 ff.

⁴⁰ So wohl SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 15; so lässt sich auch BGHSt 29, 274, 279 (= BGH 4 StR 172/80 – Beschl. v. 8. Mai 1980) lesen.

⁴¹ So etwa Wachsmuth ZRP 2006, 121, 123, die jedoch eine Beschränkung auf tatsächliche Umstände inhaltlich nicht für überzeugend hält. Statt die dadurch entstehenden Schutzlücken durch eine (nach Wachsmuth) inkonsistente entsprechende Anwendung von Abs. 2 zu auszugleichen, plädiert sie für eine Neufassung (ebd., 123 f.).

⁴² BeckOK-StPO/Eschelbach, 35. Ed. (1.10.2019), § 265 Rn. 9 für Abs. 1, Rn. 4 und 30 für Abs. 2 (die Pflicht folge aus Art. 103 Abs. 1 GG).

⁴³ Vgl. zum Vorliegen einer *nachträglichen* Regelungslücke bei § 265 StPO LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 75 (wegen der irrigen Einschätzung des Gesetzgebers, dass der Angeklagte Änderungen der Tatsachengrundlage in der Hauptverhandlung ohnehin erkennen werde) und Rn. 72 (bzgl. der überholten Vorstellung, dass der Angeklagte sich selbst über die Rechtsfolgen unterrichten müsse).

⁴⁴ Vgl. dazu Gillmeister (Fn. 37), 223, 236 („Der Anspruch auf ein Rechtsgespräch“).

Abs. 1 StPO überhaupt im Blick hatte. Auch Abs. 1 sollte Subsumtions-Nova, so könnte man vorbringen, nur *insofern* regeln, als sie auf neuen tatsächlichen Umständen beruhen. Überlegt man nämlich, welche Fälle von § 265 Abs. 1 StPO typischerweise erfasst sein sollen, wird erkennbar, dass diese Anwendungsfälle regelmäßig Tatsachen-Nova voraussetzen: Zunächst fällt unter die Regelung des Abs. 1 typischerweise das Szenario, in dem bisher völlig unbekannte Tatsachen auftauchen und insofern eine neue rechtliche Bewertung nötig wird; dass tatsächliche Nova von Abs. 1 erfasst sein sollen ergibt sich bereits aus der Regelung des Abs. 3, der explizit auf Abs. 1 Bezug nimmt und von neuen Umständen spricht („neu hervorgetretene Umstände, welche die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes (...) zulassen“).

Aber auch die sonst unter Abs. 1 zu subsumierenden Fällen der Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes beruhen insofern auf neuen Tatsachen, als sie eine *neue Beschreibung des tatsächlichen Geschehens* erforderlich machen:⁴⁵ Die normausfüllenden objektiven Tatsachen (und regelmäßig der Vorsatzinhalt) erfahren, wenn es sich um ein anderes Strafgesetz handelt, eine neue Beschreibung.⁴⁶ Es ändern sich also auch hier die tatsächlichen Umstände. Darunter fallen insbesondere die Szenarien der Konkretisierung (a) und Kontextualisierung (b) bereits bekannter Tatsachen durch neues Tatsachenmaterial:⁴⁷ So kann sich durch Konkretisierung⁴⁸ des Geschehens die Deutung des tatsächlichen Vorrangs ändern und damit zur Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes führen, wenn z.B. der Vorgang wegen der zusätzlichen Information doch mehr als „Hingeben“ denn als „Nehmen“ der Sache zu beschreiben ist (a). Entsprechendes gilt für Fälle, in denen ein bereits bekannter Vorgang durch von Hinzutreten weiterer Tatsachen in anderem Licht erscheint, dass etwa die (bereits vorher vollständig bekannte) Beteiligung an der Planungsbesprechung durch kontextualisierende Randinformationen nun doch als mittäterschaftlicher Beitrag und nicht lediglich als Anstiftungshandlung betrachtet wird (b). Beides [(a) und (b)] sind Fälle von Subsumtions-Nova, die auf *Tatsachen-Nova* beruhen, nämlich auf der Neubeschreibung der Geschehnisse.⁴⁹ Die davon abzugrenzenden, praktisch

⁴⁵ Dieser Differenzierung folgt auch AnwK-StPO/Martis, 2. Aufl. (2010), § 265 Rn. 5: Wenn sich eine Änderung gegenüber dem in der Anklage präzise dargelegten Sachverhalt ergibt, so soll ein Hinweis nötig sein; ist die Anklageschrift bzgl. gewisser Aspekte notwendig ungenau, ist ein Hinweis grundsätzlich nicht nötig, sofern die Konkretisierung sich aus dem Gang der Verhandlung ergeben.

⁴⁶ Küpper NSTZ 1986, 249, 253.

⁴⁷ Darunter passen (sofern sie auf neuer Sachverhaltserkenntnis fußen) danach ebenfalls die Fälle, in denen andere Begehungsforen innerhalb eines Straftatbestands angenommen werden (etwa widerrechtliches Eindringen statt unbefugtes Verweilen bei § 123 StGB), siehe dazu MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 22 ff.

⁴⁸ Vgl. zur nachträglichen Konkretisierung der Anklage BeckOK-StPO/Eschelbach, 35. Ed. (1.10.2019), § 265 Rn. 19-21, die tlw. unter den neuen Abs. 2 Nr. 3 fallen dürften.

⁴⁹ Siehe zur Frage einer Hinweispflicht bei Konkretisierungen der Anklage, die sich *nicht* auf die rechtliche Wertung auswirken SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 46.

seltenen⁵⁰ Fälle *reiner* Subsumtions-Nova hingegen, dass also die *identisch bleibende Schilderung* der Tatsachen anders als im Eröffnungsbeschluss bewertet wird, könnten demzufolge – zumindest nach dem ursprünglichen Regelungsgedanken des § 265 StPO – bei Abs. 1 ebenfalls nicht gemeint⁵¹, also überhaupt nicht behandelt sein.⁵² Zu dieser Sichtweise passt, dass auch nach heutiger Auslegung bloße Schreibfehler oder sonstige Versehen in der Anklage, sofern sie dazu führen, dass der Angeklagte den Vorwurf nicht zu erkennen vermag, unter § 265 Abs. 1 StPO lediglich in seiner *analogen Anwendung*⁵³ fallen sollen, also auch nicht direkt unter § 265 Abs. 1 gefasst werden.

Beide Antwortmöglichkeiten [(1) und (2)] führen also dazu, dass sich aus Abs. 1 zur dargestellten Sichtweise, nämlich dass in Abs. 2 Nr. 1 reine Subsumtions-Nova *überhaupt nicht geregelt* sind, kein überzeugendes Gegenargument ergibt.

4. Lösung für Subsumtions-Nova: § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO analog

Betrachtet man also Subsumtions-Nova als von § 265 Abs. 2 StPO *nicht* geregelt, besteht eine Regelungslücke, die – zumal ein solcher Fall erst überhaupt nicht bedacht wurde – außerdem planwidrig ist.⁵⁴

⁵⁰ Denkbar wäre dies fast nur theoretisch, wenn etwa in der Hauptverhandlung nach Verlesung der Anklage keine Beweisaufnahme stattfindet, der Angeklagte lediglich mit einem Satz bestätigt, dass es sich genauso zugetragen habe und das Gericht dennoch eine zum Eröffnungsbeschluss differente Subsumtion vornimmt.

⁵¹ Man mag begrüßen, dass der weite Wortlaut des Abs. 1 dennoch reine Subsumtions-Nova abdeckt, also den Wortlaut über den Regelungsgedanken stellen; doch auch wenn man den Regelungsgedanken priorisiert, ist freilich eine analoge Anwendung im Fall der reinen Subsumtions-Nova anzunehmen, wie sie hier für die Subsumtions-Nova in Abs. 2 Nr. 1 befürwortet wird (siehe III.4).

⁵² Überdies kann man fragen, ob das Szenario der Änderung der Rechtsprechung, das – neben dem Fall der geänderten Bewertung des Tatgerichts – als Fall rein rechtlicher Neubewertung bei gleicher Sachlage angeführt wird (BeckOK-StPO/Eschelbach, 35. Ed. [1.10.2019], § 265 Rn. 16), vom Gesetzgeber in Abs. 1 bewusst bedacht war. Denn dieser Fall der Rechtsprechungsänderung wäre doch für die straf erhöhenden Umstände in Abs. 2 ebenfalls als hinweispflicht-erfordernd zu regeln gewesen, wenn etwa infolge einer Rechtsprechungsänderung eine Qualifikation entgegen der bisherigen Auslegung als erfüllt angesehen wird (Darauf weist bereits Wachsmuth ZRP 2006, 121, 122 hin, die allerdings zu einer anderen Lösung gelangt, siehe Fn. 41.).

⁵³ So verstehe ich Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 14. Minimale Errata, die keine Auswirkungen für die Verständlichkeit des Vorwurfs durch den Angeklagten bewirken, lösen im Gegensatz dazu keine Hinweispflicht aus, siehe ebd.

⁵⁴ Diese Regelungslücke wurde, so lässt sich der Hinweis des 5. Strafsenats auf die Gesetzgebmaterialien verstehen (BGH 5 StR 20/19 – Beschl. v. 18. Juni 2019 = HRRS 2019, Nr. 1054. Rn. 15 u. 22), auch durch die Novelle aus dem Jahr 2017 nicht geschlossen.

Im Einklang mit der bereits für die direkte Anwendung des Abs. 2 Nr. 1 vorgetragenen Ansicht der Literatur⁵⁵ lässt sich mit Blick auf den Zweck der Vorschrift dafür argumentieren, dass sich die Interessenlage mit derjenigen des Abs. 2 Nr. 1 StPO vergleichen lässt.⁵⁶ Ob das Gericht nun tatsächlich Neues erkennt, oder aber tatsächlich Bekanntes anders subsumiert, ist für die Verteidigung gleichermaßen von Belang. Zum einen wird allein aus der Erwähnung der tatsächlichen Elemente in der Anklage deren Subsumtionsrelevanz nicht ersichtlich, insbesondere nachdem üblicherweise bestimmte Tatsachen lediglich „colorandi causa oder zur Individualisierung der Tat“ angeführt werden.⁵⁷ Zum anderen liegt zwar ursprünglich der Regelung der Gedanke zu Grunde, dass die Rechtsfindung allein beim Gericht liegt, doch wird diese Sichtweise (mittlerweile) durch verfassungsrechtliche Wertungen verdrängt: der Anspruch auf rechtliches Gehör soll auch das Vorbringen *rechtlicher* Argumente ermöglichen⁵⁸ und das Gericht darf die Verfahrensbeteiligten nicht darüber im Dunkeln lassen, welche Gesichtspunkte es für entscheidungserheblich hält.⁵⁹ Aufgrund dieser Überlegungen erscheint es überzeugend, dass die Verteidigung darauf vertrauen können sollte, dass die im Eröffnungsbeschluss angeführten Vorwürfe auch ihrem Grade⁶⁰ nach zutreffend bezeichnet sind.

Für den in Frage stehenden Fall reiner Subsumtions-Nova könnte es nun allerdings noch näher liegen, statt Abs. 2 Nr. 1 die Regelung des neu eingefügten Abs. 2 Nr. 2 analog anzuwenden: diese Regelung betrifft den Fall, dass das Gericht von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage abweichen möchte.⁶¹ Erfasst werden damit gerade Änderungen der rechtlichen Bewertung: Teilt das Gericht eine vorläufige Bewertung von Tatsachen mit, so begründet dies einen Vertrauenstatbestand, der bei Änderung der rechtlichen Bewertung einen Hinweis erfordert.⁶² Einen vergleichbaren Vertrauenstatbestand wird man wohl für die hiesige Konstellation in der vorläufigen Beurteilung der bekannten Tatsachen im Eröffnungsbeschluss erblicken können.⁶³ Zwar fehlt es hier an der expliziten Bewertungsmitteilung in der Verhandlung,

allerdings erscheint es plausibel, den Fall der Erwähnung der Anknüpfungstatsachen bei gleichzeitiger Nichterwähnung der darauf aufbauenden Rechtsfolgen wertungsmäßig als eine vergleichbare, nämlich konkludente Bewertungsmitteilung anzusehen. Insofern besteht die für eine Analogie vorausgesetzte Vergleichbarkeit der Interessenslage.⁶⁴

5. Analogiebeschränkung qua Konditionsähnlichkeit?

Im Vergleich zur ursprünglichen Fassung wurde die Hinweispflicht in Abs. 2 StPO ausgedehnt: zum einen auf die Fälle der Maßregeln (1934⁶⁵), zum anderen auf die Anordnung von Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen (2017⁶⁶). Ergeben sich deren Anknüpfungstatsachen in der Hauptverhandlung, ist nunmehr ein Hinweis in direkter⁶⁷ Anwendung des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nötig.

Für den Fall reiner Subsumtions-Nova ist, wie soeben erörtert, eine analoge Anwendung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO vorzugswürdig. Eine Ausnahme von dieser Analogie, könnte sich für die Einziehung im Hinblick auf die Argumentation des 5. Strafsenats ergeben: Ein Hinweis sei bei der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen (§§ 73, 73c StGB) überflüssig, zumal ihre Rechtsfolge nicht der Strafe, sondern der Kondition ähne. Der Angeklagte, so der 5. Strafsenat in einer verbotsirrtumähnlichen Konstruktion, müsse damit rechnen, dass er das durch die Tat Erlangte nicht behalten dürfe,⁶⁸ sei insofern nicht schutzwürdig.⁶⁹

Die besseren Gründe sprechen jedoch *gegen* eine solche Herausnahme von der Analogie. Zunächst fällt die Einziehung von Taterträgen eindeutig unter die in § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO bezeichneten Maßnahmen i.S.v. § 11 Nr. 8 StGB. Sedes materiae ist also das Strafgesetzbuch; es geht also gerade nicht um die zivilrechtliche Kondiktio. Nicht nur erschiene es daher als künstliche Aufspaltung des Instituts der Einziehung, wenn die Einziehung (des Wertes) von Taterträgen nach §§ 73, 73c StGB qua Konditionsähnlichkeit keiner Hinweispflicht unterfiele, wo doch andere Formen der Einziehung durchaus Straf(s. etwa die erweiterte Einziehung von Taterträgen bei

⁵⁵ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 22 ff.; Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 44; S/S/W-StPO/Rosenau, 3. Aufl. (2018), § 265 Rn. 24; HK-StPO/Julius/Beckemper, 6. Aufl. (2019), § 265 Rn. 8; KMR-StPO/Stuckenberg, 94. Lfg. (2019), § 265 Rn. 32; AK-StPO/Loos, 1993, § 265 Rn. 7; LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 40; MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 31. Siehe dazu bereits oben bei Fn. 27.

⁵⁶ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 24.

⁵⁷ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 24.

⁵⁸ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 48.

⁵⁹ Eindringlich Gillmeister (Fn. 37), 223, 238 f. (unter Heranziehung von BVerfG NJW 1996, 3202).

⁶⁰ Und nach der Erweiterung des Abs. 2 Nr. 1 auch bzgl. der dort aufgeführten Rechtsfolgen, dazu sogleich bei III.5.

⁶¹ Vgl. zu den nach Nr. 2 offenen Fragen KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. (2019), § 265 Rn. 17.

⁶² Vgl. bereits BVerfG NJW 1996, 3202, worauf Gillmeister (Fn. 37), 223, 237 f. hinweist.

⁶³ Freilich ist das Gericht nicht an die rechtliche Bewertung im Eröffnungsbeschluss gebunden, § 264 Abs. 2 StPO; macht es jedoch von dieser Freiheit Gebrauch, so greift der Schutz der Hinweispflicht des § 265 Abs. 1 und 2 StPO, siehe Beulke/Swoboda, StPO, 14. Aufl. (2018), Rn. 385.

⁶⁴ Zu beachten ist, dass die früher vertretene Auffassung, in Fällen der analogen Anwendung des § 265 StPO einen formlosen Hinweis genügen zu lassen (siehe dazu BGH 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538, Rn. 25), aufgrund der nunmehr expliziten Hinweispflicht bei Abweichungen von Bewertungen in Abs. 2 Nr. 2 nicht mehr überzeugt.

⁶⁵ RGBl. 1933, Teil I, S. 1000, 1002.

⁶⁶ BGBl. 2017, Teil I, S. 3202, 3210.

⁶⁷ Auch nach der Rechtslage vor 2017, war für Rechtsfolgen in der Literatur eine analoge Anwendung anerkannt, vgl. SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 47 m.w.N.

⁶⁸ Kritisch dazu BGH 1 ARs 14/19 – Beschl. v. 10. Oktober 2019 = HRRS 2019, Nr. 1228, Rn. 20, wo darauf hingewiesen wird, dass die Frage des Erlangten durchaus gesonderte Feststellung erfordern kann und so eine Verteidigung notwendig machen kann.

⁶⁹ BGH 1 StR 186/18 – Beschl. v. 6. Dezember 2018 = HRRS 2019, Nr. 538, Rn. 29 f.

Tätern und Teilnehmern nach § 73a StGB⁷⁰) oder Maßregelcharakter annehmen können (siehe etwa die Sicherungseinziehung nach § 74b StGB⁷¹) und demzufolge wohl eine Hinweispflicht auslösen müssten. Der Hinweis auf die *Zwangsläufigkeit* der Anordnung der Einziehung (des Wertes) der Taterträge als Grund dafür, diese von der Analogie auszunehmen, überzeugt zudem deswegen nicht, weil auch die Straferhöhungs-Umstände im Sinne des § 265 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StPO zwingend zur Straferhöhung führen müssen, sofern die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen.⁷² Hinzu kommt eine Überlegung des Schutzes der Verteidigung: Es ist nicht überzeugend dargelegt, weshalb die Angeklagte die Subsumtionslast treffen sollte, welche infolge eines Subsumtions-Unterlassens der Staatsanwaltschaft entstand,⁷³ und sie demnach gezwungen wäre, etwaige Verteidigungsvorbringen *vorsorglich* anzuführen und dadurch das Gericht möglicherweise erst darauf aufmerksam zu machen⁷⁴. Selbst wenn die Anordnung bei der mitgeteilten Sachlage *zwingend* anzuordnen ist, ermöglicht erst die Mitteilung der potentiellen Rechtsfolgen eine aufgeklärte Entscheidung darüber, ob sich die Angeklagte dahingehend verteidigen will oder nicht.⁷⁵ Darüber hinaus ist zu beachten, dass die grundrechtlichen Wertungen (rechtliches Gehör, Verfahrensfairness), die der 5. Strafsenat im Lichte seiner Wortlautfokussierung knapp abtut, nach dem hier entwickelten Verständnis tentativ stärker zum Tragen kommen: Wenn der Gesetzgeber nämlich reine Subsumtions-Nova in § 265 (Abs. 2) StPO überhaupt nicht geregelt hat, ist es *in besonderem Maße* notwendig, insofern auf verfassungsrechtliche Wertungen zurückzugreifen.⁷⁶

Womöglich ließe sich *für* eine Ausnahme von der Analogie anführen, dass die Rechtsfolge der Einziehung (zumindest nach verbreiteter Ansicht⁷⁷) im Eröffnungsbeschluss nicht notwendig anzuführen ist. Daraus könnte man folgern, dass ein Hinweis in der Hauptverhandlung nicht erforderlich sei, solange nur die Anknüpfungstatsachen bereits im Eröffnungsbeschluss enthalten waren. Gegen diese Sichtweise spricht zum einen, dass der Schluss von der Umgrenzungsfunktion der Anklage auf die Hinweispflicht nach § 265 StPO nicht zwingend ist.⁷⁸

⁷⁰ Siehe zum Strafcharakter etwa S/S-StGB/Eser/Schuster, 30. Aufl. (2019), § 73a Rn. 2a.

⁷¹ Siehe zum Sicherungscharakter nur S/S-StGB/Eser/Schuster, 30. Aufl. (2019), § 74b Rn. 2.

⁷² Ähnlich weist auch der 1. Senat darauf hin, dass etliche Maßregeln der Besserung und Sicherung zwingend anzuordnen seien und umgekehrt auch einige Einziehungsvorschriften Ermessen verlangen. Insofern sei das Kriterium der zwingenden Anordnung nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung von Einziehung und Maßregeln zu rechtfertigen, BGH 1 ARs 14/19 – Beschl. v. 10. Oktober 2019 = HRRS 2019, Nr. 1228, Rn. 18.

⁷³ MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 31.

⁷⁴ MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 47 mit Verweis auf Wachsmuth ZRP 2006, 121, 123.

⁷⁵ SK-StPO/Velten, V, 5. Aufl. (2016), § 265 Rn. 48.

⁷⁶ Das Verhältnis von § 265 StPO zum Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. zur Verfahrensfairness ist freilich komplex und umstritten, vgl. näher LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 6 m.w.N.

⁷⁷ Dazu MK-StPO/Norouzi, 2016, § 265 Rn. 47.

⁷⁸ Kritisch zu dieser Argumentation LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 72; ebenso Schlothauer StV 1986, 213, 220: „Allein durch den Rückgriff auf die Anfor-

Zum anderen streitet die Informationsfunktion der Anklage im Gegenteil ganz generell für die Aufnahme der in § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO angeführten – und neuerdings erweiterten – Rechtsfolgen in Anklage und Eröffnungsbeschluss⁷⁹. Diese Sichtweise nimmt auch der 1. Senat in seiner Reaktion auf den Anfragebeschluss ein.⁸⁰

6. Zwischenergebnis und Vorzug der Lösung

Wie dargelegt, ist bei reinen Subsumtions-Nova eine Hinweispflicht zu bejahen. Diese ergibt sich nach der hier vorgeschlagenen Ansicht aus der analogen Anwendung von § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO. Für diese Lösung spricht nicht nur die Sachnähe reiner Subsumtions-Nova zum Szenario des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO, sondern auch folgender Vorzug in der rechtspraktischen Anwendung: Während eine direkte oder analoge Anwendung von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO zu Folge hätte, dass dem Beschuldigten nach § 265 Abs. 3 Alt. 2 StPO ein Anspruch auf Aussetzung erwächst, ist dies bei der analogen Anwendung aus § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO nicht der Fall; denn dieser wird in Abs. 3 gerade nicht aufgeführt. Reine Subsumtions-Nova machen demnach in Übereinstimmung mit der gesetzgeberischen Wertung⁸¹ lediglich einen Hinweis nötig, geben aber keinen Anspruch auf Aussetzung. Eine Aussetzung steht hier im Ermessen des Gerichts, § 265 Abs. 4 StPO⁸².

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Auslegung des Wortlauts von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO durch den 5. Strafsenat überzeugt: Von der Vorschrift erfasst werden lediglich neue Tatsachen, nicht die neue Subsumtion bereits bekannter Tatsachen. Aus der zutreffenden Analyse, dass also der Wortlaut reine Subsumtions-Nova nicht erfasst, folgt allerdings nicht, dass eine Hinweispflicht nicht besteht. Dies liegt daran, dass der Gesetzgeber in § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO reine Sub-

derungen der gerichtlich zugelassenen Anklage lässt sich jedoch der Umfang der richterlichen Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 nicht bestimmen.“

⁷⁹ LR-StPO/Stuckenberg, V/2, 26. Aufl. (2013), § 265 Rn. 72; KMR-StPO/Stuckenberg, 94. Lfg. (2019), § 265 Rn. 54; Radtke/Hohmann/Radtke, 2011, § 265 Rn. 87. Das Argument von der Informationsfunktion der Anklageschrift dürfte nach der Erweiterung des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO noch stärker gelten.

⁸⁰ BGH 1 ARs 14/19 – Beschl. v. 10. Oktober 2019 = HRRS 2019, Nr. 1228, Rn. 24.

⁸¹ Es ließe sich argumentieren, dass die Verteidigung ein Bestreiten einer Tatsache erst bedenken dürfte, wenn Klarheit über die Subsumtionsrelevanz besteht – insofern die Situation derjenigen einer neuen Tatsache entspricht (insofern eine Analogie zu Abs. 2 Nr. 1 StPO, der die Folgen des Abs. 3 eröffnet, überzeugender wäre). Hiergegen spricht allerdings die klare Wertung des Gesetzgebers, dass Änderungen der rechtlichen Beurteilung nur dann zur Aussetzung führen sollen, wenn es dem Gericht angemessen erscheint (vgl. Abs. 2 Nr. 2).

⁸² Dieser fordert zwar eine veränderte Sachlage. Darunter fällt allerdings auch die Veränderung der Verfahrenslage (etwa wenn eine veränderte Strategie für Verteidigung oder Anklage nötig wird), siehe S/S/W-StPO/Rosenau, 3. Aufl. (2018), § 265 Rn. 41; KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. (2019), § 265 Rn. 32. Hierunter müsste man Subsumtions-Nova im Einzelfall fassen.

sumtions-Nova nicht negativ, sondern gar nicht geregelt hat. Aufgrund dieser Regelungslücke besteht Raum für eine Analogie.

Vorzugswürdig ist im Falle der Subsumtions-Nova § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO analog anzuwenden. Denn diese Vorschrift schreibt einen Hinweis für den Fall vor, dass das Gericht das Vertrauen in die vormals abgegebene Bewertung der rechtlichen Lage enttäuscht. Weshalb die Maßnahme der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen von einer solchen Analogie ausgenommen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Die analoge Anwendung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO für Subsumtions-Nova ist außerdem in der Rechtsfolge sachgerecht: der Beschuldigte wird auf den drohenden Vorwurf und dessen Folgen vollumfänglich hingewiesen. Im Gegensatz zum Bestreiten von Tatsachen-Nova, besteht jedoch kein Anspruch auf Aussetzung.

Man kann gespannt sein, wie die übrigen Senate auf den Anfragebeschluss reagieren. Der 1. Strafsenat hat bereits bekundet, an seiner hergebrachten direkten Anwendung des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO festzuhalten (Nova im Sinne der Vorschrift sind auch bekannte Tatsachen, deren Be-

deutung erst in der Hauptverhandlung erkannt wird).⁸³ Das ist mit Blick auf das Ergebnis überzeugend. Um den Wortlautbedenken des 5. Strafsenats Rechnung zu tragen, könnte jedoch als methodischer Weg dorthin eine Analogie die plausiblere Lösung sein. Darüber hinaus wird interessant sein, wie die Idee des 5. Strafsenates aufgenommen wird, die Einziehung (des Wertes) von Taterträgen qua Kondiktionsähnlichkeit einer besonderen Behandlung zugänglich zu erachten. Hier hat der 1. Strafsenat dargelegt, dass zur unterschiedlichen Behandlung von Maßregeln und Einziehung mit Blick auf die Hinweispflicht kein sachlicher Grund bestehe.⁸⁴

⁸³ BGH 1 ARs 14/19 – Beschl. v. 10. Oktober 2019 = HRRS 2019, Nr. 1228, Rn. 10 ff. Dabei belässt es der 1. Strafsenat bei dem Hinweis, dass es sich um „vom Wortlaut gedeckte[s] Verständnis“ handelt (ebd., Rn. 10). Siehe dazu die Bedenken bei III.1.

⁸⁴ BGH 1 ARs 14/19 – Beschl. v. 10. Oktober 2019 = HRRS 2019, Nr. 1228, Rn. 17 ff. Über das oben Angesprochene hinaus, erblickt der 1. Strafsenat in der Heranziehung der Offensichtlichkeit bzw. der Zwangsläufigkeit der Rechtsfolge (der Einziehung) eine Konfundierung mit dem revisionsrechtlichen Kontrollmaßstab der Beruhensprüfung bei § 337 StPO (ebd., Rn. 21).

Aufsätze und Anmerkungen

Neues zur KG-Untreue: Unausgesprochenes, Verborgenes und verpasste Gelegenheiten

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2019 Nr. 1010

Von Dr. iur. Oliver Harry Gerson, Passau*

I. Einführung: (Un-)Aufgeregtes und (Un-)Bekanntes

Im Beschluss des BGH v. 20. August 2019 (2 StR 381/17) geht es um Publikumsfonds, die mit Anlegergeldern Darlehen gewähren und Investitionsgesellschaften, die als Darlehensnehmerinnen mit diesen Geldern in Immobilien investieren (sollen).¹ Im Raum stehen

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau).

¹ Die Hintergründe sind spektakulär (vgl. *Brand* NStZ 2020, 38; *Bittmann* WJ 4/2019, 178): Es handelt sich bei einem der Beteiligten um ein bundesweit in die Schlagzeilen geratenes Unternehmenskonsortium im Immobiliensektor (sog. „S&K-Skandal“). Nach Angaben der Staatsanwaltschaft

Scheinrechnungen für nie erbrachte Beratungsleistungen – vereinbart zwischen den personell verbundenen Gesellschaften, beglichen aus den eigentlich für die Investitionen erhaltenen Valuten. Das kann nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB (Treubruchtatbestand) strafbar sein, wenn die Handelnden für fremdes Vermögen vermögensbetreuungspflichtig gewesen sind und diesem Vermögen durch pflichtwidriges Handeln ein unmittelbarer Nachteil zugefügt wurde.

Frankfurt sollen die S&K-Gründer rund 11.000 Anleger um mindestens 240 Millionen Euro gebracht haben. Zur S&K-Gruppe gehörten etwa 150 verbundene Unternehmen. Das LG Frankfurt verhängte gegen S. und K. jeweils Freiheitsstrafen (8J6M), vgl. LG Frankfurt, Urt. v. 29.03.2017 – 5-28 KLs 1/17. Die Revisionen wurden verworfen, s. BGH, Beschl. v. 20. August 2019 – 2 StR 101/18 = HRRS 2019 Nr. 994.

Die Tatsacheninstanz² machte es (sich) bei der rechtlichen Konstruktion besonders schwer. Sie verurteilte den Geschäftsführer der *darlehensgebenden* Gesellschaften (u.a.) wegen Anstiftung einer der Vorstände / Geschäftsführer der *darlehensnehmenden* Gesellschaften zum Nachteil der Anleger der *darlehensgebenden* Gesellschaften. Diese Konstruktion „über Bande“ befremdet.³ Zu Recht hebt der Beschluss die Verurteilung auf. Dazu setzt er sich mit den Voraussetzungen auseinander, unter denen eine Vermögensbetreuungspflicht bei Darlehensverträgen sowie bei „faktischer Herrschaft“ über fremde Vermögensinteressen angenommen werden könne. Hier findet sich noch wenig Überraschendes. Besonders macht den Fall allerdings seine gesellschaftsrechtliche Einkleidung. Es handelt sich um eine Abwandlung der sog. KG-Untreue, „aufgepeppt“ um eine Treuhandabrede zwischen den Anlegern und der Kommanditistin der potentiell geschädigten KG. Allein die Unterschiede in der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Bewertung der Befähigung von Personengesellschaften, Vermögensträger zu sein,⁴ hätten zu erhöhtem Argumentationsaufwand führen müssen; dennoch schweigt der Beschluss hierzu. Selbst wenn man mit der herrschenden Ansicht die Personengesellschaft weiterhin nicht als taugliche Vermögensträgerin i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB anerkennt – und folglich bei der Bemessung des Vermögensnachteils nur auf ihre *Gesellschafter* abstellt – bedarf diese Praxis bei solchen Anlegern, die aufgrund einer Treuhandabrede lediglich *mittelbare Kommanditisten* sind, der genaueren Prüfung.

II. Zusammenfassung des Sachverhalts und Leitlinien des Beschlusses

1. Sachverhalt

Erstinstanzlich wurde der Angeklagte U. wegen Anstiftung des gesondert Verfolgten S. zur Untreue zu Lasten der Anleger der Publikumsfonds des U. in sechs Fällen – sowie wegen einer weiteren Tat⁵ – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Der Verurteilung lag – vereinfacht⁶ – folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Angeklagte U. war beherrschender Gesellschafter einer Unternehmensgruppe, die mithilfe von Anlegergeldern verzinsliche Darlehen gewährte. Er gründete dazu die U.-GmbH, um mit dieser Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften insgesamt fünf Publikumsfonds (im Folgen: 1. bis 5. Fonds) aufzulegen. An den Fondsgesellschaften – jeweils als GmbH & Co. KG – konnten sich Anleger als Treugeber mittelbar über eine Treuhandkommanditistin beteiligen. Die Fondsgesellschaften

gewährten einer im Prospekt genannten Investitionsgesellschaft ein verzinsliches Darlehen. Investitionsgegenstand dieser Gesellschaft waren Projekte im Immobiliensektor. Die Zinszahlungen aus der Darlehensabrede zwischen Publikumsfonds und Investitionsgesellschaften sollten die prospektierten Ausschüttungen der Fondsgesellschaften erzeugen. Die Investitionsgesellschaften (AGs und GmbHs) wurden jeweils von den gesondert Verfolgten S. und K. als Vorstand bzw. Geschäftsführer geleitet.

Der 2. Fonds (eine GmbH u. Co. KG) fungierte als Darlehensgeberin der Investitionsgesellschaft AG-1 (geführt von S. und K.). Im Prospekt wurde ausgeführt, dass der Fonds mit dem ihm zur Verfügung stehenden Eigenkapital ein Darlehen an die AG-1 gewähren werde, wobei dem 2. Fonds keine Mitsprachemöglichkeit an den Investitionsentscheidungen der AG-1 eingeräumt sei. In Höhe der von den Anlegern geleisteten Kommanditeinlagen sollte der AG-1 ein Darlehen „zur Finanzierung von Investitionen in Immobilien [...] sowie sonstigen Investitionen im weitest gehenden Zusammenhang mit Immobilien“ gewährt werden. Der 2. Fonds konnte in drei Jahren etwa 39 Mio. Euro aus Einzahlungen von über 1700 Anlegern generieren. Mindestens in Höhe von 38 Mio. Euro wurden diese Gelder als Darlehensvaluta an die AG-1 weitergeleitet.

Gleichlaufend wurde der 5. Fonds (ebenfalls eine GmbH u. Co. KG) prospektiert. Dieser 5. Fonds sollte ausweislich des Verkaufsprospekts Kommanditkapital einwerben, um einer weiteren Investitionsgesellschaft GmbH-1 (geführt von S. und K.) ein Darlehen zu gewähren. Dieses Darlehen sollte „zur Umsetzung und Abwicklung von Immobiliengeschäften“ Verwendung finden. Die GmbH-1 war nach den Angaben in der Vereinbarung nicht an spezifische Investitionen gebunden, sondern „in der konkreten Verwendung und der Entscheidung, für welche Immobilieninvestition sie das Darlehen verwenden will“, frei. In den 5. Fonds investierten im Zeitraum von knapp einem Jahr über 2800 Anleger eine Gesamtsumme von mindestens 61 Mio. Euro. Davon wurden mindestens 57 Mio. Euro an die GmbH-1 als Darlehensvaluta weitergeleitet.

Die Unternehmensgruppe des U. geriet in der Folgezeit in finanzielle Schwierigkeiten. U. wollte daher unter Mitwirkung des S. außertourliche Rückzahlungen von den Investitionsgesellschaften an seine U.-Unternehmensgruppe erwirken. Er soll sich dazu an den gesondert Verfolgten S. (zu diesem Zeitpunkt Vorstand sowohl der AG-1 als auch Geschäftsführer der GmbH-1) gewandt haben. Die AG-1 (als Darlehensnehmerin des 2. Fonds), die GmbH-1 (als Darlehensnehmerin des 5. Fonds) sowie die weitere GmbH-2 (als Darlehensnehmerin des 1., 3. und 4. Fonds⁷) sollten zusätzlich 3 % der Darlehensmittel an die Unternehmensgruppe des Angeklagten U. zurückfließen lassen. Diese Zahlungen sollen – von U. und S. bewusst verschleiern – als „Beraterleistungen“ an eine extra dafür gegründete UG verbucht worden sein.

² LG Frankfurt, Urt. v. 05. Dezember 2016 – 5-28 KLS 2/16.

³ Lorenz FD-StR 2019, 421508.

⁴ Nach K.Schmidt JZ 2014, 878 ein „bemerkenswertes Auseinandergehen“.

⁵ Täterschaftliche Untreue in vier Fällen: Der Angeklagte hatte als Gesellschafter und Geschäftsführer des 5. Fonds zwei Mitarbeiter dieses Fonds angewiesen, viermal jeweils 400.000 Euro vom Gesellschaftskonto an die (sprich: „seine“) UG zu überweisen.

⁶ Das LG hatte bereits nach § 154a Abs. 2 StPO beschränkt.

⁷ Der 1., 3. und 4. Fonds der Unternehmensgruppe des Angeklagten wurden als Darlehensgeberinnen einer weiteren GmbH (GmbH-2) prospektiert.

Vom Angeklagten U. wurden in Vertretung der UG vier Rechnungen über insgesamt mehr als 750.000 Euro, gerichtet an die AG-1, erstellt, welche von S. beglichen wurden. Weitere zwei Rechnungen in Höhe von über 400.000 Euro wurden in gleicher Manier gegenüber der GmbH-1 ausgestellt und ebenfalls auf Veranlassung des S. beglichen. Von den bei der UG eingegangenen Geldern soll der U. zumindest 130.000 € auf ein eigenes Konto überwiesen haben.

2. Leitlinien des Beschlusses

Gegen die Verurteilung wendete sich U. mit der Sachrüge. Die Verurteilung des U. wegen Anstiftung des gesondert verfolgten S. zur Untreue in sechs Fällen wurde aufgehoben.⁸

Zum einen habe S. schon keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den *Anlegern der Fonds* des U. innegehabt. Als Verantwortlicher der Investitionsgesellschaften habe S. einerseits keine faktische Herrschaft über die Vermögensinteressen der Anleger der Fonds gehabt, da er mit den Darlehensvaluten nur eigenes Vermögen der Investitionsgesellschaften verwaltet habe. Als Vertreter der *Darlehensnehmerinnen* (die jeweilige Investitionsgesellschaft der S&K-Gruppe) sei er gegenüber den *Darlehensgeberinnen* (Publikumsfonds des U.) andererseits auch nicht treupflichtig gewesen. Zwar könne sich bei einem sog. zweckgebundenen Darlehen im Einzelfall eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Darlehensgeber ergeben. Aus den „kargen“ Feststellungen zu den Darlehensvereinbarungen ließe sich das aber nicht ableiten.

Aus den Feststellungen der Strafkammer sei zum anderen auch kein Vermögensnachteil *der Anleger* des 2. und 5. Fonds aufgrund der unberechtigten Zahlungen der Darlehensnehmerinnen an die UG ableitbar. Entscheidungserheblich sei dabei nicht, ob der Darlehensgeber die ausbezahlte Summe vollumfänglich zurückerhalte, sondern inwieweit der Rückzahlungsanspruch bereits unmittelbar nach dem zweckwidrigen Einsatz der überlassenen Mittel wirtschaftlich gemindert wurde.

III. Bewertung

Die Ablehnung der Untreuestrafbarkeit des S. gegenüber den Anlegern der Fonds kann zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung überzeugen.⁹ Nicht nur, dass der Versuch des Landgerichts, den U. wegen Anstiftung des S. zu einer Untreue zu Lasten der *Anleger des U.* zu verurteilen, Ockhams Rasiermesser missachtet. Die dazu erwogene Konstruktion der Vermögensbetreuungspflicht „über Bande“ (anstatt jeweils den U. in die Verantwortung gegenüber „seinen“ Publikumsgesellschaften und den S. in die Verantwortung gegenüber „seinen“ Investitionsgesellschaften zu nehmen) führt zudem zu weitrei-

chenden Ungereimtheiten,¹⁰ die der Beschluss nicht auflöst. Stattdessen wird erheblicher Aufwand¹¹ zur Abarbeitung unstrittiger Problemfelder betrieben – wie z.B. das Nicht-Genügen eines einfachen Darlehensvertrags zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber.¹² Tieferliegende Probleme der Untreuestrafbarkeit zum Nachteil von Personengesellschaften bleiben „unausgesprochen“.

Zunächst sollen die „unstrittigen“ Ausführungen des Beschlusses gewichtet werden (III.1.): Es ist zutreffend ein Fall des Treubruchs nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB angenommen worden (III.1.a.), aus einem einfachen Darlehensvertrag lässt sich keine Vermögensbetreuungspflicht ableiten (III.1.b.) und es wäre naheliegender gewesen, die jeweiligen „Binnenverhältnisse“ zu prüfen (III.1.c.).

Danach geht es um die „streitigen“ Ausführungen (III.2.): Es verwundert, dass das „tatsächliche Treueverhältnis“ als mögliche Quelle für eine Vermögensbetreuungspflicht des S. angedacht wurde. Diese ist bisher nur restriktiv für spezifische Fallgruppen herangezogen worden, nämlich unwirksame / unwirksam gewordene rechtsgeschäftliche Verpflichtungen sowie den sog. „faktischen Geschäftsführer“. Keine dieser Konstellationen drängt sich auf.

Zuletzt geht es um das „Unausgesprochene“ (III.3.): Es bleibt unklar, *gegenüber wem* S. bei der Konstruktion „über Bande“ eine Vermögensbetreuungspflicht innehaben sollte und woraus sich diese ergeben könnte. Fraglich ist auch, weshalb und unter welcher Prämisse der Darlehensvertrag erst nach Ablehnung des „tatsächlichen Treueverhältnisses“ diskutiert wird (III.3.a.).

Hinzu kommen diverse gesellschaftsrechtliche Problemstellungen (III.3.b.): Bei der Bestimmung des Vermögensnachteils wird auf „die Anleger“ der potentiell geschädigten Personengesellschaft abgestellt. Ein wesentliches – und nicht unbekanntes¹³ – Problem liegt hierbei zum einen im Auseinanderklaffen der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Bewertung der KG (hier in Form der GmbH & Co. KG) als taugliche Vermögensträgerin i.S.d. § 266 StGB, was der Beschluss nicht thematisiert. Daher bleiben die Hinweise, dass der Vermögensnachteil *der Anleger* nicht hinreichend festgestellt wurde, enigmatisch: Sie enthalten keine „Segelanweisung“¹⁴, wie dieser festgestellt werden sollte. Zweifelhaft ist zudem, ob „die Anle-

⁸ Die Verurteilung wegen (täterschaftlicher) Untreue in vier Fällen (Anweisung an die Mitarbeiter des 5. Fonds, vgl. Fn. 5) hielt der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

⁹ Ebenso Lorenz FD-StR 2019, 421508; a.A. Strauß GmbHR 2019, 1228, 1232, der Ergebnis und Begründung befürwortet.

¹⁰ Vgl. auch Brand NSTZ 2020, 38: bereits das Instanzgericht verfolgte sein Ziel „von hinten durch die Brust ins Auge“; nicht gesehen von Tomat GmbH-StB 2020, 17, 18: Beschluss sorgte für „Rechtsklarheit“.

¹¹ So auch Strauß GmbHR 2019, 1228, 1231.

¹² Nach Strauß GmbHR 2019, 1228, 1231: weitgehend gelöstes Problem; Brand NSTZ 2020, 38 f.

¹³ Vgl. nur Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 93, 168 ff.; Grunst BB 2001, 1537 ff.; Bittmann/Richter wistra 2005, 51 ff.; Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008; Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009; Stölting, Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens, 2010, S. 107 ff.; K.Schmidt JZ 2014, 878 ff.; Radtke NSTZ 2016, 639 ff.

¹⁴ Radtke NSTZ 2016, 639, 641.

ger“ der Fonds, die als Treugeber über eine Treuhanderkommanditistin an den Publikumsfonds partizipieren, überhaupt Gesellschafter der Fonds sin.

1. „Unstreitiges“

Weitgehend zustimmungswürdig sind die Einordnung der Konstellation als Treubruch i.S.d. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB, die Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht aus einfachem Darlehensvertrag sowie der Verweis auf die „Binnenverhältnisse“.

a) Vorliegen des Treubruchtatbestands

Der Beschluss beginnt unmittelbar mit der Prüfung des Treubruchtatbestands nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Er formuliert als Obersatz, dass „eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des gesondert verfolgten S. zum Nachteil der Anleger des 2. und 5. Fonds“ von den Feststellungen nicht getragen werde. Anschließend werden die Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB rekapituliert. Der Täter müsse eine gegenüber dem (potentiell) Geschädigten besonders herausgehobene, nicht nur beiläufige Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Geschädigten innehaben, die über die üblichen Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten und die allgemeine Pflicht hinausweise. Zudem müsse dem Täter Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen unter Wahrung einer gewissen Selbständigkeit verbleiben.¹⁵

Der Einstieg überrascht, wengleich das Ergebnis stimmt. Bei einem Unternehmensgeflecht, das diverse *rechtsgeschäftliche* Beziehungen untereinander und zu Dritten aufweist, wäre zunächst die Prüfung des speziellen¹⁶ – und damit vorrangigen – Missbrauchstatbestand zu erwarten gewesen. Sofern die erforderliche Vermögensbetreuungspflicht für die Missbrauchs- und die Treubruchvariante – jedenfalls nach der überwiegenden Auffassung – (teil-)identisch ist,¹⁷ wird die Einordnung in die Tatbestandsalternativen zwar gerne offengelassen. Methodisch sauber ist das jedoch nicht,¹⁸ zudem ist beim

späteren Wechsel vom Missbrauchs- in den Treubruchtatbestand ein rechtlicher Hinweis nach § 265 StPO erforderlich.¹⁹ Im Ergebnis liegt allerdings tatsächlich kein Fall der Missbrauchsvariante vor: Denn dem S. fehlt gegenüber den Anlegern des Fonds des U. die für den Missbrauchstatbestand erforderliche, rechtliche Legitimation (= *Befugnis*²⁰), über *deren* (d.h. fremdes) Vermögen zu verfügen.²¹

Selbst wenn man diese Annahme, fehlte es jedenfalls am Missbrauch. Der Missbrauch dieser Befugnis – der nur durch *hoheitliches* oder *rechtsgeschäftliches* Handeln möglich ist²² – verlangte die Ausübung der Befugnis unter Überschreitung der sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Pflichten.²³ Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung – die der Beschluss nicht weiter thematisiert²⁴ – ist die Begleichung der Scheinrechnungen des U. durch den S. als Geschäftsführer / Vorstand „seiner“ Investitionsgesellschaften. Diese müssten *wirksame* Verfügungen²⁵ des S. darstellen. *Tatsächliches* und *rechtsgeschäftlich unwirksames* Verhalten wird stattdessen vom Treubruchtatbestand erfasst.²⁶ Von beiden Seiten intendierte Scheinrechnungen über nicht erbrachte (und auch nicht zu erbringende) Beratungsleistungen sind nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Solche Geschäfte unterfallen damit nicht der Missbrauchsvariante.²⁷ Da sich S. und U. über die Zahlungen einig sind, könnte – mit dem gleichen Ergebnis – auch „kollusives Handeln“ angenommen werden.²⁸

Aufl. 2019, 5/2 Rn. 41 f. m.w.N. Es sei denn, man verstünde den Treubruchtatbestand als „Grunddelikt“ und den Missbrauchstatbestand als „Qualifikation“, vgl. zu diesem Aufbau *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 750; a.A. *Bittmann* Wj 4/2019, 178, 179, der die Prüfung des BGH an dieser Stelle „schulmäßig“ nennt.

¹⁹ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 181.

²⁰ MüKoStGB/Dierlamm, 3. Aufl. 2019, StGB § 266 Rn. 34.

²¹ Ob es sich um „fremdes“ Vermögen handelt, ist eine weitere Frage, dazu unten III.3.b.

²² *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 753.

²³ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 136; Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, StGB § 266 Rn. 18e; SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 21; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 17, 33 ff.; LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 4 Rn. 62.

²⁴ Deren Vorliegen ist vom Bestehen der Vermögensbetreuungspflicht zu trennen, vgl. SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 31, 42.

²⁵ Ausdrücklich *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 753 m.w.N.; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 27, 36.

²⁶ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 141; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 21; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 51; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 49.

²⁷ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 53; AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 142.

²⁸ So auch BGHSt 50, 299, 313 f. = NJW 2006, 925, 930 = HRRS 2006 Nr. 123 (Kölner Müllskandal); AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 141; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 60; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 38. Ebenso liegt ein Verstoß des S. gegen § 41 GmbHG (Verletzung von Buchführungsvorschriften) nahe, vgl. BGH, Beschl. v. 20. Juni 2018 – 4 StR 561/17 = NStZ-RR 2018, 349 = HRRS 2018 Nr. 748; BGH, Urt. v. 29. August 2008 – 2 StR 587/07 = BGHSt 52, 323, 333 f. = NJW 2009, 89 = NStZ

¹⁵ St. Rspr., vgl. nur BGH, Urt. v. 07. September 2017 – 2 StR 24/16, Rn. 49 = BGHSt 62, 288, 299 f. m.w.N. = HRRS 2018 Nr. 387; BGH, Beschl. v. 16. August 2016 – 4 StR 163/16, Rn. 9 = NJW 2016, 3253 = HRRS 2016 Nr. 974; BGH, Beschl. v. 26. November 2015 – 3 StR 17/15, Rn. 52 = BGHSt 61, 48, 62 f. = NJW 2016, 2585, 2590 = HRRS 2016 Nr. 522; BGH, Urt. v. 11. Dezember 2014 – 3 StR 265/14, Rn. 26 = BGHSt 60, 94, 104 f. = HRRS 2015 Nr. 488; sowie AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 37 ff. m.w.N.; SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 10.

¹⁶ Vgl. statt vieler Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 29, 65 m.w.N.; a.A. LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 2 Rn. 30 ff., der eine typologische Bestimmung präferiert, die zu einem Nebeneinander von Missbrauchs- und Treubruchtatbestand führt.

¹⁷ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 15 f., 33, 36, 82 ff.; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 6a f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 752 jeweils m.w.N. auch zur Gegenansicht; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Aufl. 2019, 5/2 Rn. 167; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 30.

¹⁸ Ebenso Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 11; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5.

b) Keine Vermögensbetreuungspflicht aus einfachem Darlehensvertrag

Die weiteren Ausführungen zur (Nicht-)Ableitbarkeit einer Vermögensbetreuungspflicht „aus Darlehensvertrag“ überraschen hingegen nicht: Der Beschluss statuiert, dass den Darlehensnehmer regelmäßig keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Darlehensgeber treffe.²⁹ Das durch den Darlehensvertrag erworbene, zeitlich befristete Kapitalnutzungsrecht³⁰ belasse dem Darlehensnehmer die freie Entscheidung beim Einsatz der erhaltenen Mittel.

Das ist einhellige Ansicht. Nicht jede einfache schuldrechtliche Verpflichtung aus einem zivilrechtlichen Austauschgeschäft kann genügen, um eine spezielle und herausgehobene Pflichtenstellung hinsichtlich des Vermögens des Vertragspartners zu begründen.³¹ Die Treuepflicht lässt sich nur aus einem „fremdnützig typisierten Schuldverhältnis“ ableiten.³² Regelmäßig scheidet es bei einfachen Austauschverträgen am Handeln des Täters im ausschließlich eigenen (statt im fremden) Interesse, bzw. am Fehlen der *fremdnützigen Geschäftsbesorgung*³³ für einen anderen in dessen Rechtskreis.³⁴ Ein Darlehensvertrag enthält keine solche über das gewöhnliche Synallagma hinausweisende Pflicht.³⁵ Der Darlehensgeber ist nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, dem Darlehensnehmer

den vereinbarten „Geldbetrag [...] zur Verfügung zu stellen“. Den Darlehensnehmer trifft im Gegenzug eine Abnahme und Zinszahlungspflicht bzw. Rückzahlungspflicht, § 488 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 bzw. Alt. 2 BGB.³⁶

Anders könne die Bewertung des Bestehens einer Vermögensbetreuungspflicht bei Kreditvereinbarungen nach Auffassung des Beschlusses ausfallen, wenn es sich um ein sog. „zweckgebundenes Darlehen“ handle.³⁷ Hierbei sei durch Einbeziehung auftragsähnlicher Elemente³⁸ im Einzelfall eine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber ableitbar.³⁹

Auch das leuchtet unmittelbar ein: Aufgrund der auftragsähnlichen Elemente einer entsprechenden Zweckvereinbarung würde die Geschäftsbesorgung als darlehensfremdes Charakteristikum in das Wesen des Vertrags inkorporiert.⁴⁰ Durch eine solche Zweckabrede beabsichtigen die Parteien, das ansonsten lediglich auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Geflecht aus wirtschaftlichen Interessen und Risikosphären zu domestizieren.⁴¹ Ohne besondere Abreden steht dem Darlehensnehmer das Darlehen hingegen zur freien Verfügung; er trägt damit auch dessen Verwendungsrisiko.⁴² Um aus einer Zweckabrede eine Vermögensbetreuungspflicht ableiten zu können, müssen die besondere Zweckbindung und die sich daraus ergebende Verpflichtungen des Darlehensnehmers zur zweckgerechten Verwendung der Valuta primär und im Sinne einer echten Hauptpflicht die Vermögensinteressen des Darlehensgebers schützen.⁴³

c) Prüfung der „Binnenverhältnisse“ ist naheliegender

Der Beschluss fügt an, dass anstelle der Untreue des S. zu Lasten der *Anleger des U.* eine Untreue des S. zum *Nachteil der Darlehensnehmerinnen* (also „seiner“ Gesellschaften) in Betracht komme, zu der der Angeklagte U. den S. angestiftet haben könnte.⁴⁴

2009, 95 = HRRS 2008 Nr. 1100; Urt. v. 27. August 2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266, 275 ff. = HRRS 2010 Nr. 839; Beschl. v. 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 303 = NJW 2011, 88 = HRRS 2010 Nr. 945; vgl. auch BGH, Urt. v. 10. Oktober 2012 – 2 StR 591/11 = NStZ 2013, 165 = HRRS 2013 Nr. 185 (Begleichung nichtiger Forderungen).

²⁹ Ebenso Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 26; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 121; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 50; LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 2 Rn. 161.

³⁰ So auch BGH, Urt. v. 16. Oktober 2007 – XI ZR 132/06, Rn. 15 = BKR 2008, 60, 61.

³¹ AnwK-StGB/Esner, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 45; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 36a; ERST-WSS/Saliger, 2017, § 266 StGB, Rn. 17; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 770; Brand NStZ 2020, 38 f.; Bittmann Wij 4/2019, 178, 179.

³² BGH, Urt. v. 13.0 Mai 2004 – 5 StR 73/03, Rn. 40 = NJW 2004, 2248, 2552 = HRRS 2004 Nr. 604; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02. Dezember 1988 – 1 Ws 943/88, Rn. 6 = NJW 1989, 1171; LG Flensburg, Urt. v. 24. August 2006 – I KLS 3/06, Rn. 56; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 64; einschränkend AnwK-StGB/Esner, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 17, 49; nicht zwingend; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 35; in der Regel.

³³ Zur Bedeutung dieses Elements BGH, Urt. v. 15. Juni 1976 – 1 StR 266/76 = BGH GA 1977, 18, 19; LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 4 Rn. 90; ERST-WSS/Saliger, 2017, § 266 StGB, Rn. 11; SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 11; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 770; einschränkend Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 39, der dabei die Abgrenzungsschärfe zu einfachen zivilrechtlichen Verpflichtungen vermisst.

³⁴ Anders Strauß GmbHR 2019, 1228, 1232, der ebenfalls auf die rechtliche Zuordnung des Vermögens sowie auf die Eigenständigkeit der Vermögensverwaltung abstellt.

³⁵ Zwischen den Parteien entsteht ein „unvollkommen zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis“, so MüKo-BGB/Berger, 8. Aufl. 2019, vor § 488 Rn. 10.

³⁶ Jauernig/Berger, 17. Aufl. 2018, § 488 Rn. 17 f. Diese Pflichten stehen im Gegenseitigkeitsverhältnis, vgl. *ders.* § 488 Rn. 3.

³⁷ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 26. März 2018 – 4 StR 408/17, Rn. 28 = NJW 2018, 1486, 1488 = HRRS 2018 Nr. 394.

³⁸ Instr. MüKo-BGB/Berger, 8. Aufl. 2019, § 488 Rn. 9; Der Vertrag ist hierzu nach §§ 133, 157 BGB auf die beabsichtigten Geschäftszwecke der Parteien auszulegen.

³⁹ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 26. März 2018 – 4 StR 408/17 = NJW 2018, 1486, 1488 = HRRS 2018 Nr. 394; sowie BGH, Urt. v. 06. März 1984 – 5 StR 997/83, Rn.10 = StV 1984, 326; AnwK-StGB/Esner, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 47.

⁴⁰ Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Aufl. 2019, 5/2 Rn. 155.

⁴¹ MüKo-BGB/Berger, 8. Aufl. 2019, vor § 488 Rn. 8.

⁴² HK-BGB/Wiese, 10. Aufl. 2019, § 488 Rn. 6.

⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 26. März 2018 – 4 StR 408/17, NJW 2018, 1486, 1488 = HRRS 2018 Nr. 394; ähnlich Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 97, 101, 121; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 35.

⁴⁴ Zustimmend auch Brand NStZ 2020, 38, 39. Da ein entsprechender Hinweis der Strafkammer nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO fehlte, scheidet eine Schuldpruchberichtigung durch den Senat aus. Zur Frage, ob U. Nachteile zu Lasten seiner Publikumsfonds oder „der Anleger“ der Publikumsfonds erwirkt hat s. III.3.b.

Das liegt nahe und stellt die Prüfung vom Kopf wieder auf die Füße. Der S. ist als Geschäftsführer bzw. Vorstand „seiner“ Investitionsgesellschaften zunächst gegenüber diesen vermögensbetreuungspflichtig,⁴⁵ denn der Geschäftsführer einer GmbH ist nach den §§ 35, 37, 41 ff. GmbHG befugt, über das Vermögen der Gesellschaft zu verfügen, sie anderen gegenüber zu verpflichten und ihre Vermögensinteressen wahrzunehmen. Er ist daher tauglicher Täter einer Untreue (in Form der Missbrauchsvariante) zu Lasten der Gesellschaft.⁴⁶ Durch diese Prüfung würde insbesondere die Konstruktion einer Untreue „über Bande“ vermieden.⁴⁷

2. „Streitiges“

Bei den „streitigen Ausführungen“ geht es um die Passagen zum „tatsächlichen Treueverhältnis“. Dieses wird bemüht, um die Vermögensbetreuungspflicht des S. gegenüber den Anlegern der Publikumsfonds des U. abzulehnen. Der Beschluss verneint, dass S. „faktische Herrschaft“ über das Vermögen der Anleger der Fonds gehabt habe.

Das Überraschende hieran ist nicht das Ergebnis, sondern die Prüfung selbst: Die Heranziehung des „tatsächlichen Treueverhältnisses“ zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht des S. gegenüber den Anlegern des U. ist für die vorliegende Fallgestaltung sehr ungewöhnlich. Es ist zwar anerkannt, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht auch aufgrund der faktischen Herrschaft über fremde Vermögensinteressen ergeben kann. Dafür genügt nicht lediglich die tatsächliche Verfügungsgewalt über ein bestimmtes Vermögen. Überdies müssen aus dieser Stellung spezifische Rechtspflichten in Bezug auf die Betreuung eines fremden Vermögens in der Art einer „anvertrauten fremdnützigen faktischen Herrschaftsbeziehung“ hervorgehen und das tatsächliche Vertrauen des Treugebers in eine pflichtgemäße Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen bestehen.⁴⁸ Da sich aus einem faktischen Treueverhältnis keine wirksame zivilrechtliche Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis i.S.d. Missbrauchstatbestands ergeben kann, ist diese

⁴⁵ BGH, Urt. v. 25. April 2006 – 1 StR 519/05, Rn. 9 = BGHSt 51, 29, 31 = NStZ 2006, 401, 402 = HRRS 2006 Nr. 472; AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 434, 456 m.w.N.; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 74.

⁴⁶ Vgl. auch BGH, Urt. v. 25. April 2006 – 1 StR 519/05, Rn. 9 m.w.N. = BGHSt 51, 29, 31 = NStZ 2006, 401, 402 = HRRS 2006 Nr. 472.

⁴⁷ Weitere Binnenverhältnisse zeigt *Bittmann* WjJ 4/2019, 178, 179 auf. Denkbar ist auch eine Untreue des U. zu Lasten „seiner“ Fondsgesellschaften.

⁴⁸ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 57; ERST-WSS/Saliger, 2017, § 266 StGB, Rn. 25: anvertraute faktische Machtstellung; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 41; BGH, Urt. v. 10. Juli 1996 – 3 StR 50/96, Rn. 35 = NStZ 1996, 540; BGH, Urt. v. 14. Juli 1999 – 3 StR 188/99, Rn. 5 = NStZ 1999, 558; BGH, Beschl. v. 21. August 2018 – 3 StR 292/17, Rn. 11 = NStZ-RR 2019, 52, 53 = HRRS 2019 Nr. 67.

Form der Einstehenspflicht⁴⁹ allein in der Treubruchvariante fassbar.⁵⁰

Es liegt jedoch keine der typischen Fallgruppen⁵¹ vor. Regelmäßig herangezogen wird die „tatsächliche Treuepflicht“ bei von Anfang an unwirksamen bzw. nichtigen oder erloschenen / nichtig gewordenen Rechtsgeschäften, die die vermögensbezogene Sonderbeziehung zwischen Treugeber und Treunehmer hätten ausgestalten sollen.⁵² Das ist hier nicht einschlägig. Auch erfasst ist die Konstellation des faktischen Geschäftsführers:⁵³ Ein „tatsächliches Treueverhältnis“ kann hierbei dadurch begründet sein, dass die organschaftlichen Aufgaben eines Geschäftsführers ausgefüllt wurden.⁵⁴ Auch die tatsächliche Übernahme eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises unter Vertrauen des Vermögensinhabers auf pflichtgemäße Wahrnehmung seiner Interessen kann eine Vermögensbetreuungspflicht begründen.⁵⁵ S. ist als Kopf der S&K-Gruppe jedoch nicht „dominant“⁵⁶ für die Geschäfte der U-Unternehmensgruppe und / oder der Fonds des Angeklagten bzw. dessen Treugeber aufgetreten.

Der Beschluss argumentiert indes – ohne die obigen Fallgruppen zu thematisieren – über die rechtliche Zuordnung des Vermögens: So wird ausgeführt, dass die Untreue in der Tatvariante des Treubruchs den „Innenangriff“ pönalisieren⁵⁷ und der Täter daher nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vermögensinhabers eine Einwirkungsmöglichkeit auf dessen Vermögen bedürfe. Nach Ansicht des Beschlusses betrafen die von S.

⁴⁹ So insbesondere LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 3 Rn. 38 sowie § 4 Rn. 43.

⁵⁰ NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 38; i.E. genauso AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 181.

⁵¹ Aufzählung bei *Reiß*, Das „Treueverhältnis“ des § 266 StGB, 2014, S. 54 ff. m.w.N.; *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 58 f.; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, § 266 Rn. 90 ff.; ERST-WSS/Saliger, 2017, § 266 StGB, Rn. 26 ff.; LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 4 Rn. 76 ff.; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 87 ff.

⁵² MüKo-StGB/Dierlamm, StGB, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 163; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 42 f.; Schönke/Schröder/Perron (30. Aufl. 2019), § 266 Rn. 30 f.; *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 58 f.

⁵³ Ein Überblick hierzu bei *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann*, 5. Aufl. 2019, 5/2 Rn. 308 ff.; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer*, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 22.

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 13. Dezember 2012 – 5 StR 407/12, Rn. 7 m.w.N. = NJW 2013, 624, 625 = HRRS 2013 Nr. 127; LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 61, 65; *Sahan/Altenburg* NZWiSt 2018, 161 f. m.w.N.; *Tsambikakis* GmbH 2005, 331, 333 f.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 13. Dezember 2012 – 5 StR 407/12, Rn. 6 = NJW 2013, 624, 625 = HRRS 2013 Nr. 127; BGH, Urt. v. 10. Juli 1996 – 3 StR 50/96, Rn. 35 = NStZ 1996, 540 f.; AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 434.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 10. Juli 1996 – 3 StR 50/96, Rn. 41 = NStZ 1996, 540, 541; BGH, Urt. v. 14. Juli 1999 – 3 StR 188/99, Rn. 5 = NStZ 1999, 558; s.a. *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 93; *Gaede*, NZWiSt 2018, 220 f.

⁵⁷ So insbesondere LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 2 Rn. 12, 13; ERST-WSS/Saliger, 2017, § 266 StGB, Rn. 3; SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 3; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 3; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer*, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 10; *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 33.

zugunsten der Unternehmensgruppe des Angeklagten veranlassten Zahlungen jedoch nicht mehr das Vermögen der Fondsgesellschaften, und damit auch nicht mehr das deren Treugeber. Durch Hingabe seien die Darlehensvaluten Bestandteil des Vermögens der jeweiligen Darlehensnehmerin geworden. Die Vermögensmacht des S. über die darlehensweise überlassenen Geldmittel bezog sich daher ausschließlich auf *eigenes* Vermögen der Darlehensnehmerinnen.

Die Begründung erscheint zunächst elegant. Der „Innenangriff“ zeichnet zutreffend die Angriffsrichtung der Untreue nach; Untreue ist ein Fremdschädigungsdelikt.⁵⁸ Der Täter muss sowohl beim Missbrauchs- als auch beim Treubruchtatbestand in einer speziellen *rechtlichen* Beziehung⁵⁹ zum geschädigten Vermögen eines *anderen* stehen⁶⁰ und dieses ihm fremde Vermögen in Form der Verletzung dieser rechtlichen oder faktischen Machtstellung schädigen.⁶¹ Die *faktische Herrschaft* des S. scheidet allerdings nicht allein daran, dass es sich *rechtlich* bereits um das Vermögen der Darlehensnehmerinnen handelt.⁶² Indes fehlt es am Anvertrautsein⁶³ des Vermögens „der Treugeber“ gegenüber dem S. Die bloße Verfügungsmacht über Vermögen genügt regelmäßig nicht.⁶⁴ Ansonsten stünde der Weg zu einer unbegrenzten Ausweitung der „tatsächlichen Treueverhältnisse“ auf jede Form faktischer Herrschaft über fremdes Vermögen offen.

3. „Unausgesprochenes“

Bei den „unausgesprochenen Ausführungen“ geht es um das Schweigen des Beschlusses zu gewichtigen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Vorfragen und deren Konsequenzen für die Lösung des Falles: Wen bindet der Darlehensvertrag? Wer ist Vermögensträger auf Seiten der Darle-

hensgeber? Sind die *Anleger* der Publikumsfonds tatsächlich *Gesellschafter* der GmbH & Co. KG?

a) Stoßrichtung der Vermögensbetreuungspflicht

Zum Darlehensvertrag verhält sich der Beschluss am intensivsten. Jedoch wird erst nach Ablehnung des „tatsächlichen Treueverhältnisses“ (s.o. III.2.) auf diesen abgestellt. Verneint wird das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht des S. gegenüber „den Anlegern“ wegen der fehlenden Zweckvereinbarung im Darlehensvertrag (s.o. III.1.b.).

Zur Begründung der Vermögensbetreuungspflicht können zwar mehrere Entstehungsgründe (kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses) gemeinsam vorliegen und sich überschneiden.⁶⁵ Es wird jedoch nicht klar, ob der Darlehensvertrag eine Vermögensbetreuungspflicht des S. „kraft Rechtsgeschäft“ begründen soll, oder ob es sich weiterhin um eine Prüfung des „tatsächlichen Treueverhältnisses“ handelt, in welchem der Vertrag als „Hintergrundrauschen“ einer zumindest wirtschaftlichen Aufeinanderbezogenheit von S. und den Anlegern des Fonds dient. Der Beschluss bleibt die Antwort auf diese Aufbaufolge schuldig.

Verwunderlich ist weiter, dass trotz Prüfung einer vertraglichen Beziehung *zwischen den Gesellschaften* mit keinem Wort thematisiert wird, ob sich daraus auch zwischen S. und den *Anlegern der Publikumsfonds des Angeklagten U.* eine (Treue-)Beziehung ableiten lassen könnte.⁶⁶ Vielmehr wird – in der Art einer „Rosintheorie“ – der Darlehensvertrag einmal als *zwischen den Gesellschaften* und einmal *als gegenüber den Gesellschaftern* bzw. „den Anlegern“ wirkend herangezogen:

So heißt es im Beschluss, die „allenfalls kargen Urteilsfeststellungen zum Inhalt der Darlehensverträge zwischen“ dem 2. Fonds und der AG-1 bzw. dem 5. Fonds und der GmbH-1 „vermögen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht des gesondert verfolgten S. [...] über das Vermögen der Treuhandkommanditisten ebenfalls nicht zu begründen“. Den Auszahlungsbetrag mit dem *Nachteil der Anleger* gleichzusetzen (wie es die Strafammer getan hatte), sei indes rechtsfehlerhaft. Unmittelbar danach heißt es, dass „die Zahlungen der Darlehensnehmerinnen an [die dafür gegründete Gesellschaft des U.] deren Darlehensrückzahlungsverpflichtung gegenüber den beiden Darlehensgeberinnen rechtlich unberührt“ lassen.

Der Beschluss prüft somit die Vermögensbetreuungspflicht „aus Darlehensvertrag“ *gegenüber den Kommanditisten der Fonds*, stellt aber beim Vermögensnachteil, wie man kurz darauf sieht, auf die *Anleger* der Fonds ab:⁶⁷

⁵⁸ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 748; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 2; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 10.

⁵⁹ „Besonders qualifizierte Stellung“, vgl. BVerfG, Beschl. v. 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 108 = NJW 2010, 3209, 3214 f. = HRRS 2010 Nr. 656; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 95.

⁶⁰ AnwK-StGB/Esner, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 10; Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 33 f. trennt in Missbrauch der „Freiheit nach außen“ (Missbrauchstatbestand) und Verletzung der „Freiheit nach innen“ (Treubruchtatbestand).

⁶¹ NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 6.

⁶² Bereits nach Leistung der Einlage durch die Anleger an die Treuhandkommanditistin handelt es sich um Vermögen der Fondsgesellschaften; so bereits Schäfer NJW 1983, 2850, 2851 ff.; a.A. Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 32: die fehlende Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters lasse keine Rückschlüsse auf die Vermögensträgerschaft der Gesellschaft zu.

⁶³ Ausdrücklich verlangt in BGH, Beschl. v. 21. August 2018 – 3 StR 292/17, Rn. 11 = NStZ-RR 2019, 52, 53 = HRRS 2019 Nr. 67; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Aufl. 2019, 5/2 Rn. 146.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 09. Mai 2012 – 4 StR 381/11, Rn. 12 ff. = NStZ-RR 2012, 310, 311 = HRRS 2012 Nr. 653; OLG Hamm, Beschl. v. 30. Juni 2016 – III-4 RVs 58/16, Rn. 61 = NZWiSt 2016, 479, 483 mit kritischer Anm. Schumacher, die das faktische Treueverhältnis weiterhin als unkonturiert bezeichnet (487).

⁶⁵ ERST-WSS/Saliger, 2017, § 266 StGB, Rn. 12.

⁶⁶ Weder von Strauß GmbHR 2019, 1228 ff. noch von Brand NStZ 2020, 38 ff. thematisiert. In diese Richtung hingegen auch Lorenz FD-StR 2019, 421508: „befremdliche Konstruktion“; Bittmann Wj 4/2019, 178, 179 erkennt, dass diese Frage offengelassen wurde.

⁶⁷ Auch von Strauß GmbHR 2019, 1228, 1231 gesehen, aber nicht weiterverfolgt.

„kein Vermögensschaden der Anleger [...] aufgrund der Zahlungen.“ Um was es sich beim „Vermögen der Kommanditisten“ handelt, über das S. vermögensbetreuungspflichtig sein könnte, bleibt im Dunkeln. Als *Vermögensinhaber* wird im Beschluss der einzelne Gesellschafter (hier unkritisch „die Anleger“ der Fonds, dazu sogleich III.3.b.) angenommen, zur *Begründung der Pflicht, dieses Vermögen zu betreuen* wird auf den Darlehensvertrag zwischen den Gesellschaften von U. und S. abgestellt (also der KG des U., nicht nur ihrer Kommanditisten). Zur Ablehnung des Vermögensnachteils bei den Anlegern wird wiederum darauf rekuriert, dass der Rückzahlungsanspruch gegenüber den *darlehensgebenden Gesellschaften* nicht gemindert wurde.

Das Wechselspiel ändert letztlich nichts am Ergebnis, macht den Weg dorthin aber schwer nachvollziehbar. Auch kann es sein, dass dieses „Adressatenhopping“ bereits aus der Argumentation der Strafkammer herrührt und der Beschluss lediglich versucht, auf diese Weise alle nicht vertretbaren Eventualitäten zu kontern. Gerade dann hätte es aber der Klarstellung bedurft, *welche Person aufgrund welcher sich woraus ergebenden Vermögensbetreuungspflicht gegenüber welcher anderen Person durch welche konkrete Handlung einen Vermögensnachteil in welcher Höhe erzeugt haben könnte* – oder eben all dies nicht hat.⁶⁸

b) Vermögensträgereigenschaft der KG

Nicht thematisiert wird vom Beschluss, dass sich die aufgezeigte gespaltene Betrachtung – womöglich – aufgrund der Rechtsform der Fondsgesellschaften als Personengesellschaften ergibt. Zum besseren Verständnis dieses Meinungsstreits sind die gesellschaftsrechtliche und die strafrechtliche Wertung zu trennen.

aa) Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

(1) Vertragspartner des Darlehensvertrages sind allein der jeweilige Publikumsfonds und die jeweilige Investitionsgesellschaft.

Der Angeklagte U. legt die Publikumsfonds als GmbH & Co. KG auf. Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist Kommanditgesellschaft, wenn zu mindestens bei einem Gesellschafter die Haftung auf seine Einlage begrenzt ist (Kommanditist), während bei einem anderen Gesellschafter eine Haftungsbeschränkung ausgeschlossen ist (Komplementär), § 161 Abs. 1 HGB. Die GmbH & Co. KG ist damit eine KG,⁶⁹ bei der *mindestens* der Komplementär eine GmbH ist.⁷⁰ Die KG ist, als Sonderform der OHG,⁷¹ eine rechtsfähige Personengesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 2 BGB und damit Trägerin von Rechten und Pflichten, §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2

HGB. Die GmbH & Co. KG kann somit selbst Vertragspartnerin werden. Die Geschäfte der KG führt ihre Komplementärin, hier (jedenfalls) die GmbH, §§ 125, 170 arg. e. contr. HGB. Für diese handelt ihr Geschäftsführer (hier U.), der sie auch nach außen vertritt, §§ 6, 35 Abs. 1 GmbHG.⁷²

Der jeweilige Publikumsfonds⁷³ der Unternehmensgruppe des Angeklagten U. als rechtsfähige Personengesellschaft konnte daher im Rahmen der Kreditvereinbarung einen Darlehensvertrag mit der jeweiligen Investitionsgesellschaft der S&K-Gruppe schließen (2. Fonds mit AG-1 sowie 5. Fonds mit GmbH-1).⁷⁴ Die Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaften beider Seiten wurden dadurch nicht Vertragspartner.⁷⁵

(2) Es liegt nahe, dass es sich auch beim Kommanditisten um eine GmbH handelt.⁷⁶

Publikums-KGs sind Massen-KGs, bei denen nach Prospektierung viel Geld (= Einlage) durch eine große Anzahl untereinander nicht näher verbundener Anleger erwirtschaftet werden soll.⁷⁷ Das lässt sich durch eine Kommanditisten-GmbH leichter bewerkstelligen. Diese beteiligt sich sodann mit ihrem durch die Anleger angesammelten Einlagevermögen als Kommanditistin neben der Komplementär-GmbH an der GmbH & Co. KG. Das Vermögen dieser Treuhandkommanditistin wäre nach Einzahlung durch die Anleger zunächst eigenes Vermögen, § 13 Abs. 1 GmbHG, danach Vermögen der KG, § 14 Abs. 2 BGB.

(3) Die Anleger des Publikumsfonds des U. sind (mit hoher Wahrscheinlichkeit) nicht Gesellschafter der Publikumsfonds.

Nach den Feststellungen sind die Anleger im Rahmen einer *Treuhandabrede* als Treugeber vertragliche Verpflichtungen zur Leistung an die *Treuhandkommanditistin* des

⁶⁸ So auch *Bittmann* *Wj* 4/2019, 178, 180, der aber zu dem Schluss kommt, der Beschluss hätte dies vorliegend getan.
⁶⁹ *Maurer/Odörfer* *GmbHR* 2008, 351: dies nähere sie wirtschaftlich der Kapitalgesellschaft an.
⁷⁰ Mit der Gründung einer GmbH & Co. KG entsteht eine Personengesellschaft, bei der keine natürliche Person unbeschränkt haftet, vgl. auch *MüKoHGB/Grunewald*, 4. Aufl. 2019, HGB § 161 Rn. 48, 50.
⁷¹ *Kindler*, *GK Handels- und Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 1.

⁷² *MüKoHGB/Grunewald*, 4. Aufl. 2019, HGB § 161 Rn. 73, 76; *Kindler*, *GK Handels- und Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 15 ff., 54.
⁷³ Grundlegend zu diesen Modellen *Binz/Sorg*, *Die GmbH & Co. KG*, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 1 ff.; *Färber*, *Die Publikumsgesellschaft*, 1990, S. 6, 33 ff.
⁷⁴ S. als Organ vertritt die Darlehensnehmerinnen als Vorstand bzw. Geschäftsführer rechtsgeschäftlich (§§ 78 Abs. 1 AktG, 35 Abs. 1 GmbHG), wird dadurch aber ebenfalls nicht Vertragspartner des Darlehensvertrages. Um ihn strafrechtlich verantwortlich machen zu können, ist die Zurechnung einer ihn treffenden Pflicht über § 14 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 StGB möglich; nach *NK-StGB/Kindhäuser*, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 40 bedürfte es hingegen keines Rückgriffs auf den allgemeineren § 14 StGB, wenn die Garantspflicht des Substituten schon aus seiner Tätigkeit für den (primär) Verpflichteten herrühre; ebenso *LPK-Untreue/Schünemann*, 2017, § 4 Rn. 82.
⁷⁵ Auch zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und den Kommanditisten innerhalb der GmbH & Co. KG bestehen keine vertraglichen Beziehungen, vgl. *Baumbach/Hopt/Grunewald*, HGB, 38. Aufl. 2018, § 161 Rn. 90.
⁷⁶ Zum einen ist dies bei prospektierten Fondsgesellschaften üblich; überdies spricht der Beschluss in der Wiedergabe der Feststellungen von „Treuhandkommanditistin“.
⁷⁷ *Binz/Sorg*, *Die GmbH & Co. KG*, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 1 ff.

jeweiligen Publikumsfonds⁷⁸ eingegangen. Beim echten⁷⁹ Treuhandmodell leitet der formelle Gesellschafter (Treuhandhänder) dem im Außenverhältnis nicht erkennbaren Treugeber (Anleger) die wirtschaftlichen Positionen aus der Gesellschaftsbeteiligung weiter.⁸⁰ Der Treuhänder ist dabei in vollem Umfang Gesellschafter. Der Treugeber hat zwar mittelbar über den Treuhandvertrag Zugriffsrechte auf die Gesellschaft, *ist selbst aber nicht Gesellschafter* – sondern lediglich „mittelbarer Kommanditist“.⁸¹ Nur unwesentlich anders kann es für Fälle der „Verzahnung“ von Gesellschafts- und Treuhandvertrag liegen. Hier erlangt der Treugeber zumindest im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter).⁸² Im Außenverhältnis wird aber auch unter diesen Umständen nur der Treuhänder echter Gesellschafter.⁸³ Besteht der Treuhandvertrag zwischen *Gesellschaft* und Treuhänder, handelt es sich sogar um

einen echten Vertrag zugunsten Dritter (nämlich der Anleger), § 328 BGB.⁸⁴

(4) Zusammenfassung der gesellschaftsrechtlichen Vorfragen

Die Publikumsfonds des U., die alleinige Vertragspartner der Darlehensabreden sind, bestehen somit mit hoher Wahrscheinlichkeit aus *einer* Komplementär-GmbH und *einer* Kommanditisten-GmbH, die als Treuhänderin Gesellschafterin der GmbH & Co. KG ist, *ohne* dass die Anleger dieser Treuhandkommanditistin Gesellschafter sind.⁸⁵ Das kann, je nach individueller Vereinbarung zwar im Einzelfall anders liegen; die Klärung dieser gesellschaftsrechtlichen Vorfragen ist für die Bemessung des Vermögensnachteils jedoch entscheidend (dazu noch unten ee.).

bb) Strafrechtliche Betrachtung

Bei der Untreue unter Beteiligung von Personengesellschaften löst sich die überwiegende Auffassung im Strafrecht teilweise von der zivilrechtlichen Bewertung. Der Streit dreht sich um die Frage, ob Personengesellschaften „Vermögensträger“ i.S.d. § 266 StGB sein können.

Die Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB ergibt sich aus dem Innenverhältnis von *Treugeber* (= Vermögensinhaber) und *Treunehmer*.⁸⁶ Die Pflichtenstellung des Vermögensbetreuungspflichtigen i.S.d. § 266 StGB bezieht sich stets auf den *Träger des Vermögens*.⁸⁷ Der Satzteil „*dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat*“ ist daher nicht nur Grundlage der Vermögensbetreuungspflicht, sondern auch Bestimmung des Geschädigten; im Vermögen gerade dieser Person muss der von § 266 Abs. 1 geforderte *Nachteil* eintreten.⁸⁸ Die betreuten und die geschädigten Interessen müssen dem identischen Inhaber zugeordnet sein.⁸⁹

Anders als im Zivilrecht⁹⁰ werden Personengesellschaften (GbR, OHG, KG) in der strafrechtlichen Wertung von der überwiegenden Auffassung – weiterhin – nicht als selbstständige *Vermögensträger* i.S.d. § 266 StGB angesehen.⁹¹

⁷⁸ Treuhandmodelle sind bei Publikumsgesellschaften besonders häufig, vgl. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl. 2018, § 105 Rn. 31; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 7

⁷⁹ Es kann weiter unterschieden werden in Verwaltungs-, Sicherungs-, sowie Vollrechts-, („echte“) und Ermächtigungs- / Vollmachtstreuhand („unechte“), dazu auch Assmann/Schütze/Wagner, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 17 Rn. 187; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Aufl. 2019, 3. Treuhänder, Rn. 231.

⁸⁰ Eine Treuhand zeichnet sich dadurch aus, dass der Treuhänder im Außenverhältnis im Vergleich zum Innenverhältnis eine überschießende Rechtsmacht hat, vgl. auch MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 662 Rn. 31; MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, BGB § 164 Rn. 51 ff. Für den Treugeber einer Treuhand-Kommanditistin, die als Teil eines Publikumsfonds Investitionen in gesonderte Gesellschaften tätigt, ist der Treuhandvertrag der primäre Bezugspunkt. Wesen des Treuhandvertrags ist regelmäßig ein Auftrag (§ 662 BGB) oder Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 Abs. 1 BGB), vgl. MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 662 Rn. 32; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl. 2018, § 105 Rn. 35d; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Hoppe/Mühling, Handbuch GmbH & Co. KG, 22. Aufl. 2020, Besonderheiten der Publikums-KG, Rn. 2_334.

⁸¹ BGH, Urt. v. 21. März 1988 – II ZR 135/87, Rn. 16 m.w.N. = NJW 1988, 1903, 1904 f.; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl. 2018, § 105 Rn. 31; Oetker/Oetker, 6. Aufl. 2019, HGB § 161 Rn 208; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 7, 87; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Notz, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2: 2 Die Publikumskommanditgesellschaft, Rn. 152; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Hoppe/Mühling, Handbuch GmbH & Co. KG, 22. Aufl. 2020, Besonderheiten der Publikums-KG, Rn. 2_331; Kindler, GK Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 1; Färber, Die Publikumsgesellschaft, 1990, S. 33, 35. Durch Einbeziehung der Treugeber in den Gesellschaftsverband können sie als sogenannte „qualifizierte Treugeber“ Träger der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse und Pflichten im Innenverhältnis sein; auch das kann jedoch keine Haftung nach außen begründen, vgl. BGH, Urt. v. 29. September 2015 – II ZR 403/13, Rn. 11 = NJW 2015, 3789 f.

⁸² BGH, Urt. v. 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09, Rn. 16 = NZG 2011, 1432, 1434.

⁸³ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Notz, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2: 2 Die Publikumskommanditgesellschaft, Rn. 157; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl. 2018, § 105 Rn. 34.

⁸⁴ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Notz, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2: 2 Die Publikumskommanditgesellschaft, Rn. 158.

⁸⁵ Das entspräche einem sehr häufig anzutreffenden Modell, vgl. Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 7; a.A. Bittmann Wj 4/2019, 178, der ohne Diskussion davon ausgeht, dass die Anleger „Anteilseigner der Fondsgesellschaften“ wurden und damit Gesellschafter der Fonds sind.

⁸⁶ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 15.

⁸⁷ Vgl. nur BGH, Urt. v. 23. Mai 2002 – 1 StR 372/01, Rn. 26 = NJW 2002, 2801, 2802; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 135; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 43.

⁸⁸ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 205.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 25. April 2006 – 1 StR 519/05, Rn. 7 = BGHSt 51, 29, 31 = NStZ 2006, 401, 402 = HRRS 2006 Nr. 472; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 110; Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 81.

⁹⁰ Vgl. insbesondere das Grundlagenurteil BGH, Urt. v. 29. Januar 2001 – II ZR 331/100, NJW 2001, 1056.

⁹¹ BGH, Urt. v. 10. Juli 2013 – 1 StR 532/12, Rn. 42 = NJW 2013, 3590, 3593 = HRRS 2013 Nr. 980; BGH, Urt. v. 18. Juni 2003 – 5 StR 489/02, Rn. 35 = NJW 2003, 2996,

Regelmäßig heißt es dazu, dass „im Rahmen des § 266 StGB eine Schädigung des Gesamthandvermögens einer Kommanditgesellschaft nur insoweit bedeutsam sein kann, als sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt.“⁹² Rechtspersönlichkeit wird der Kommanditgesellschaft nicht zuerkannt,⁹³ eine Untreue zu Lasten der KG ist damit nicht möglich.⁹⁴ Nur sehr vereinzelt finden sich Gegenstimmen in der Rechtsprechung.⁹⁵

Zwar wird nicht in Frage gestellt, dass die Kommanditgesellschaft eine rechtsfähige Personengesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 2 BGB ist, die gemäß § 124 Abs. 1 i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Dessen ungeachtet sei die Kommanditgesellschaft aber gerade keine juristische Person.⁹⁶ Nur diese seien Rechtspersönlichkeiten, welche Vermögensträger sein können. An diesen Unterschied knüpft die Andersbehandlung im Vergleich zur Kapitalgesellschaft an: bei den Auswirkungen des tatbestands-

mäßigen Verhaltens sei daher auf die Vermögen der *Gesellschafter* (als natürliche Personen) abzustellen.⁹⁷

Die herrschende Auffassung geht somit von folgenden Prämissen⁹⁸ aus: (1) Geschädigter im Sinne von § 266 StGB kann nur der mit dem vermögensbetreuungspflichtigen Treuehhaber nicht identische Träger des betroffenen Vermögens sein.⁹⁹ (2) Nur Rechtspersönlichkeiten können Träger von Vermögen sein. (3) Nur natürliche oder juristische Personen sind Rechtspersönlichkeiten. Die KG wiederum ist keine juristische Person, weshalb sie auch nicht Geschädigter i.S.d. § 266 StGB sein könne.

Diese gefestigte Praxis der strafrechtlichen Rspr. erlangt vor allem auf Ebene des Vermögensnachteils Bedeutung.¹⁰⁰ Bei der KG müsse bei der Frage der Nachteilszufügung zwischen einer Untreue zu Lasten des gesamthänderisch gebundenen Vermögens der *Gesellschafter* der KG und des sonstigen Vermögens des Komplementärs unterschieden werden.¹⁰¹

cc) Versuch der Dekonstruktion

Der Streit um die Vermögensträgereigenschaft der KG in Bezug auf die Untreue ist der fachsäulenübergreifende Wurmfortsatz des „Jahrhundertstreits“¹⁰² über die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft.¹⁰³ Dieses auch für das Strafrecht praxisrelevante¹⁰⁴ Problem provozierte gewichtige Schriften, die die Folgen der Umwälzung bis

2999; BGH, Beschl. v. 30. August 2011 – 2 StR 652/10, Rn. 23 = NJW 2011, 3733, 3735 = HRRS 2011 Nr. 1154; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 266 Rn. 113; NK-WSS/*Jahn/Ziemann*, 2016, StGB § 266 Rn. 45 m.w.N.; LPK-Untreue/*Schünemann*, 2017, § 11 Rn. 328; *Lackner/Kühl/Heger*, 29. Aufl. 2018, StGB § 266 Rn. 3; a.A. LG Bonn, Urt. v. 15. Januar 1980 – 13 R 4/78 IX = NJW 1981, 469 mit zust. Bespr. *Schäfer* NJW 1983, 2850 ff.; *Grunst* BB 2001, 1537 ff.; *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 49 ff. 259 ff. (dennoch „Gesellschafteruntreue“ konkurrenztechnisch vorrangig); *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 293 ff.; *Stölting*, Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens, S. 107 ff.; *K.Schmidt* JZ 2014, 878, 887; *Radtke* NStZ 2016, 639, 640; *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann*, 5. Aufl. 2019, 5/2 Rn. 364.

⁹² BGH, Beschl. v. 30. August 2011 – 2 StR 652/10, Rn. 23 = NJW 2011, 3733, 3735 = HRRS 2011 Nr. 1154; Urt. v. 18. Juni 2003 – 5 StR 489/02, Rn. 35 = NJW 2003, 2996, 2999; BGH, Beschl. v. 23. Februar 2012 – 1 StR 586/11, Rn. 10 = NStZ 2013, 38 f. = HRRS 2012 Nr. 326; Beschl. v. 22. Februar 1991 – 3 StR 348/90, Rn. 2; Urt. v. 17. März 1987 – 5 StR 272/86, Rn. 12; Urt. v. 29. November 1983 – 5 StR 616/83, Rn. 3; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 135; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer*, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 163; ERST-WSS/*Saliger*, 2017, § 266 StGB, Rn. 111 m.w.N.

⁹³ Gestützt wird das zum Teil durch § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 23. Februar 2012 – 1 StR 586/11, Rn. 10 = NStZ 2013, 38, 39 = HRRS 2012 Nr. 326; BGH, Urt. v. 18. Juni 2003 – 5 StR 489/02, Rn. 35 = NJW 2003, 2996, 2999; ERST-WSS/*Saliger*, 2017, § 266 StGB, Rn. 111; SSW-StGB/*Saliger*, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 110; AnW-StGB/*Esser*, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 485; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer*, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 63; *Maurer/Odörfer* GmbH 2008, 412, 414; *Bittmann/Richter* wistra 2005, 51; *Schulte* NJW 1984, 1671.

⁹⁵ Z.B. LG Bonn, Urt. v. 15. Januar 1980 – 13 R 4/78 IX = NJW 1981, 469; LG Tübingen, Urt. v. 10. Mai 2011 – 1 KLS 24 Js 10080/06, Rn. 100, jedoch aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 23. Februar 2012 – 1 StR 586/11 = NStZ 2013, 38 ff. = HRRS 2012 Nr. 326; vgl. aber BGH, Beschl. v. 27. August 2003 – 5 StR 254/03, Rn. 6 = BGH NStZ 2004, 205 (Prüfung des Vermögensnachteils gegenüber der KG, jedoch „stillschweigend“); zu den Stimmen in der Literatur Fn. 91.

⁹⁶ Vgl. nur BGH, Urt. v. 24. Januar 1990 – IV ZR 270/88, Rn. 10 = BGHZ 110, 127, 128; BGH, Urt. v. 10. Juli 2013 – 1 StR 532/12, Rn. 43 = NStZ 2014, 3590, 3593 = HRRS 2013 Nr. 980.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 10.07.2013 – 1 StR 532/12, Rn. 42 f. = NStZ 2014, 3590, 3593 = HRRS 2013 Nr. 980; vgl. die Besprechungen von *K.Schmidt* JZ 2014, 878 ff. und darauf bezogen *Radtke* NStZ 2016, 639 ff.; *Brand* NJW 2013, 3594 f.; *Lindemann/Hehr* NZWiSt 2014, 350 ff.; *Wessing* NZG 2014, 97 f.

⁹⁸ So von *Radtke* NStZ 2016, 639, 642 herausgearbeitet; vgl. auch *Stölting*, Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens, S. 20 ff.; s.a. *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 23 f., der zudem herausarbeitet, dass es § 105 Abs. 3 HGB sei, der auf die Regelungen des BGB zur Gesamthand verweist, auf den abgestellt werde.

⁹⁹ *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 279.

¹⁰⁰ So bereits BGH, Urt. v. 06. November 1986 – 1 StR 327/86, Rn. 10 = BGHSt 34, 221, 223; *Waßmer* Wj 1/2018, 1; *K.Schmidt* JZ 2014, 878, 879, 885 ff. zeigt auf, dass die getrennte Sichtweise auf die Konten der Gesellschafter Fehlschlüssen unterliegt. Auswirkungen ergeben sich auch für die Frage der Verletzeneigenschaft i.S.d. § 172 Abs. 2 StPO, vgl. OLG Celle, Beschl. v. 18. Juli 2013 – 1 Ws 238/13, Rn 6 = StV 2014, 99 mit zust. Bespr. *Kunkel* jurisPR-HaGesR 3/2014 Anm. 3. Nach *Kubiciel* in: *Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg* (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 153, 157 betreffe die Frage die Anforderungen an die Berechnung der Schadenshöhe, die prozessuale Stellung der Betroffenen und die Auswirkungen eines Einverständnisses von (Teil-)Gesellschaftern auf die Tatbestandsmäßigkeit der fraglichen Handlung; zum gleichen Schluss kommt *Radtke* NStZ 2016, 639, 640.

¹⁰¹ *Maurer/Odörfer* GmbH 2008, 412, 415.

¹⁰² Passend dazu das „Jahrhunderturteil“ des BGH, Urt. v. 29. Januar 2001 – II ZR 331/100, NJW 2001, 1056; vgl. *Waßmer* Wj 1/2018, 1, 2.

¹⁰³ Überblick bei *Kindler*, GK Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 10 Rn. 60 ff. m.w.N.

¹⁰⁴ Die GmbH & Co. KG ist eine der häufigsten Gesellschaftsformen, vgl. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, Erster Teil Rn. 37 ff.; *Waßmer* Wj 1/2018, 1.

in die letzte Verästelung diskutiert haben.¹⁰⁵ Eine Lösung des Streits kann an dieser Stelle nicht geleistet werden – und ist auch nicht erforderlich. Aufzuzeigen ist lediglich, dass sich die Argumente der Gegner der Untreuefähigkeit von Personengesellschaften nicht auf ein umfassend stimmiges Alternativmodell stützen können.¹⁰⁶ Der Beschluss hätte aufgrund der besonderen Gegebenheiten des Falles die Problemdiskussionen daher zumindest aufgreifen müssen (dazu im Anschluss ee.).

Das Konstrukt der herrschenden Praxis, die KG als Trägerin des Vermögens transparent zu behandeln, überzeugt jedenfalls nicht zur Gänze.¹⁰⁷ Häufig werden Argumente der gesellschaftsrechtlichen Verbandsorganisation,¹⁰⁸ des zivilrechtlichen Gläubigerschutzes,¹⁰⁹ der Haftung¹¹⁰ und der Reichweite von Einverständnissen der Gesellschafter in Vermögensentnahmen¹¹¹ vorgebracht, die jedoch mit der Schädigungsbefähigung (bzw. der Rechtssubjektivität) der Personengesellschaft nur bedingt zu tun haben.¹¹²

Gegen eine Vermögensträgerschaft der Personengesellschaft wird beispielsweise angeführt:

(1) Die Gläubiger der KG seien sonst weniger geschützt, da eine Entsprechung zu § 30 GmbHG fehle, die existenzgefährdende Beschlüsse der Gesellschafter verhindere.¹¹³

Die Strafbarkeit davon abhängig zu machen, inwieweit die Gläubiger eines Vermögensträgers geschützt sind, verkehrt allerdings den Sinn des § 266 StGB, der das

Vermögen – und nur dieses¹¹⁴ – des Vermögensinhabers (und nicht das seiner Gläubiger) im Blick hat.¹¹⁵

(2) Das Vermögen der Gesellschaft sei für die Gesellschafter nicht fremd.

Zutreffend ist, dass bei § 266 StGB das geschädigte Vermögen für den Schädiger „fremd“ sein muss. Fremdheit ist bei der Untreue ein doppel-relationaler Begriff: Er bezieht sich einerseits auf das Verhältnis des Treupflichtigen zum betreuten Vermögen, andererseits auf die Bestimmung des Vermögensträgers, wenn dieser aus mehreren Zurechnungsobjekten zusammengesetzt ist.¹¹⁶ Die Bewertung richtet sich dabei maßgeblich nach den zivilrechtlichen (z.T. auch öffentlich-rechtlichen) Kategorien.¹¹⁷ Zwar fehlt es an einer entsprechenden Vorschrift i.S.d. § 13 Abs. 1 GmbHG, der das Vermögen der Gesellschaft allein der juristischen Person zuordnet bei Personengesellschaften.¹¹⁸ Diese sind eben keine juristischen Personen.¹¹⁹ Der inzwischen herrschenden Doktrin im Zivilrecht kann jedoch entnommen werden, dass die Personengesellschaft *rechtsfähig* Vermögen innehaben und darüber *verfügen* kann,¹²⁰ was auch § 14 Abs. 2 BGB bestätigt, so dass das Vermögen der Personengesellschaft zumindest für deren *einzelne Gesellschafter* fremd ist.¹²¹

¹⁰⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 13 sowie Schramm, Untreue und Konsens, 2005.

¹⁰⁶ So bereits Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 137 f.; Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 61.

¹⁰⁷ Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 27 f. konstatiert, dass diese Auffassung zumindest konsequent sei, sofern man der „individualistischen“ Lehre zur Personengesellschaft folge; Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 170 ff. zeigt weitere Inkonsistenzen auf.

¹⁰⁸ Dazu K.Schmidt JZ 2014, 878, 881; a.A. Waßmer Wij 1/2018, 1, 4 f.

¹⁰⁹ Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 46.

¹¹⁰ Vertiefend zur unterschiedlichen Haftung von Komplementär und Kommanditist Kindler, GK Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4 ff., 17 ff.

¹¹¹ Eine schädigende Verfügung des Geschäftsführers ist bei Einverständnis aller Gesellschafter tatbestandslos, vgl. SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl. 2019, § 266 Rn. 110; vertiefend zur Rolle von Einwilligung und Einverständnis bei § 266 StGB Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 46 ff.; Wesels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 42. Aufl. 2019, § 20 Rn. 757 ff.; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 57 ff. und speziell bei Kapitalgesellschaften Rn. 65 ff. und Personengesellschaften Rn. 77.

¹¹² So auch Grunst BB 2001, 1537, 1539; Kubiciel in: Fischer/Hoven/Huber /Raum/Rönnau/Saliger/Trüg (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 153, 159 gesteht das zu, wenngleich er selbst – mit anderem Ansatz – der Linie der Rspr. folgt (S. 163).

¹¹³ Waßmer Wij 1/2018, 1, 6 m.w.N.; zur Grenze des Einverständnisses in Fällen des § 30 GmbHG AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 151, 444 ff.; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 148, 151 ff.; Anders NZWiSt 2017, 13 ff.

¹¹⁴ Statt vieler AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 1 m.w.N.; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 9: Schutz der Gläubigerinteressen allenfalls als Reflex.

¹¹⁵ Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 46; dagegen auch Anders NZWiSt 2017, 13, 21 f.; Radtke NStZ 2016, 639, 645.

¹¹⁶ Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 84, der aber i.E. für die herrschende Ansicht plädiert, die nicht die KG als Vermögensträgerin heranzieht; vgl. bereits Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 149 ff.

¹¹⁷ AnwK-StGB/Esser, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 130; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2016, StGB § 266 Rn. 43; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 29; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Aufl. 2019, 5/2 Rn. 103; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 60; LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 4 Rn. 87; Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 18.

¹¹⁸ Dazu auch Stöltzing, Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens, 2010, S. 21; Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 63.

¹¹⁹ Für eine Annäherung hingegen u.a. Timm ZGR 1996, 247, 252 und K.Schmidt AcP 2009, 181, 201 f.

¹²⁰ Kindler, GK Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 10 Rn. 74 m.w.N. So auch die dem folgende strafrechtliche Literatur, vgl. Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 46 ff.: „gewisse rechtliche Verselbstständigung des Gesellschaftsvermögens“. Den „Verfügungsaspekt“ betont auch Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 446 ff.: Herrschafts- und Dispositionsmacht; zustimmend Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 41 f.; a.A. Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 69 ff., der auf das geänderte Verständnis der Gesamthand rekurriert, vgl. S. 76 ff.

¹²¹ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 30; Waßmer Wij 1/2018, 1, 2 f. m.w.N.; Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 32 zieht daraus andere Schlüsse: die fehlende Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters sage nichts darüber aus, ob die Vermögensträgerschaft der Gesellschaft oder allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zukomme.

(3) Es komme zu einer Ausweitung der Strafbarkeit, da der einzelne Gesellschafter seine Dispositionsfähigkeit verliere und daher nicht mehr tatbestandsausschließend einwilligen könne.¹²²

Es verhält sich indes genau andersherum: Die Möglichkeit für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis jedes einzelnen Gesellschafters kann zu einem Bruch mit der Zivilrechtsakzessorietät führen, der die Strafbarkeit sogar erweitert: Unstreitig ist, dass für den Fall, in dem Gesellschafter selbst an der schädigenden Handlungen beteiligt sind bzw. der Vermögensminderung zustimmen, ein Nachteil nur in Hinblick auf die nicht beteiligten / nicht zustimmenden Gesellschafter in Betracht kommt.¹²³ Problematisch ist sodann die Konstellation, in der im Rahmen eines wirksamen Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafter der Vermögensminderung des Gesamthandvermögens zugestimmt wird. Im Innerverhältnis wäre damit keine Pflichtwidrigkeit mehr gegeben. Würde nun die Leitungsebene der Gesellschaft strafrechtlich dafür belangt, dass eine Minderheit unter den Gesellschaftern der Vermögensentnahme tatsächlich nicht zugestimmt hat und deren „anteiliger“ Vermögensnachteil den „Tätern“ entgegeng gehalten, wäre strafrechtlich verboten, was zivilrechtlich zulässig und erlaubt ist.¹²⁴

(4) Der Vermögensnachteil *der Gesellschaft* sei sonst nicht umfänglich abbildbar.¹²⁵

Dass die Feststellung des Vermögensnachteils *der Gesellschafter* einen Vorzug gegenüber der Feststellung gegenüber *der Gesellschaft* vorweisen kann, leuchtet nicht ein. Die Bestimmung des Schadens nach der herrschenden Ansicht ist indes komplex:¹²⁶ Bei der Bemessung des Vermögensnachteils muss auf die Gesellschafteranteile

¹²² So z.B. *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 61 ff., auch zu den Grenzen der Einwilligung wegen § 30 GmbHG; kritisch dazu, ob dieses Argument weiterhin haltbar ist *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 77.

¹²³ Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 163; *Waßmer* *Wij* 1/2018, 1, 7; *AnwK-StGB/Esser*, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 486; *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 61, 63, 105; *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 52 f.; BGH, Urt. v. 06. November 1986 – 1 StR 327/86 = MDR 1987, 247 f. (in Bezug auf § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB).

¹²⁴ Überzeugend *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 106 f.; zu dieser „negativen Akzessorietät“ auch *NK-WSS/Jahn/Ziemann*, 2016, StGB § 266 Rn. 8, 26.

¹²⁵ So *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 84 f.; *Waßmer* *Wij* 1/2018, 1, 6; a.A. *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 51 f. Auch komme es zu konkurrenzrechtlichen Verwerfungen, wenn in der GmbH & Co. KG der Geschäftsführer der Komplementärin zum Nachteil der KG und zugleich zum Nachteil der Komplementär-GmbH strafbar sein sollte, so *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 259 ff. Sofern der Täter gegenüber beiden Vermögensträgern vermögensbetreuungspflichtig ist (also Gesellschaft und Gesellschaftern), kann dieselbe Handlung jedoch beide unabhängig voneinander verletzen und so zur tateinheitlichen Untreue in zwei Fällen führen; ebenso *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 310 ff.

¹²⁶ So auch *Waßmer* *Wij* 1/2018, 1, 2; dezidiert aufgezeigt von *K.Schmidt* *JZ* 2014, 878, 884 ff.

der Gesellschafter im Verhältnis zur Gesamteinlage abgestellt werden.¹²⁷ Das ist zum einen aufwändig: Wenn sich die Beteiligungsquoten der Gesellschafter nicht entsprechen, ist der Gesellschaftsvertrag zur Bestimmung der Quoten heranzuziehen.¹²⁸ Bei einer GmbH & Co. KG kommt hinzu, dass die Komplementärin (hier: die GmbH) zugleich Gesellschafterin der KG ist.

Nimmt man hingegen die Personengesellschaft selbst als Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Vermögensnachteils, entfele der mit gewichtigen Hindernissen bestückte Pfad der Berechnung der Nachteile der Gesellschafter.¹²⁹ Für die Bestimmung des Vorliegens und der Höhe des Vermögensnachteils käme es dann ausschließlich auf einen Negativsaldo im *Gesellschaftsvermögen* an.¹³⁰ In einer GmbH & Co. KG könnte sich der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH somit sowohl wegen Untreue zu Lasten des Vermögens der Komplementär-GmbH *als auch* der KG strafbar machen.¹³¹

Keines der gegen die Untreuefähigkeit von Personengesellschaften vorgebrachten Argumente überzeugt somit zur Gänze.

(5) Zudem: Ungereimtheiten bei der Strafzumessung

Überdies führt der Ansatz der herrschenden Auffassung zu Aufspaltungen in der Strafzumessung: Hat eine KG beispielsweise 1000 gleichberechtigte Kommanditisten und entnimmt der Geschäftsführer der KG aus dem KG-Vermögen unrechtmäßig 50.000 Euro, beläuft sich der Schaden pro Kommanditist auf 50 €. ¹³² Damit dieser Vermögensnachteil in Höhe von 50.000 €, der zugleich einen besonders schweren Fall nach §§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 *Alt. 1* StGB verwirklicht,¹³³ angenommen werden kann, müsste wegen § 266 Abs. 2 i.V.m. § 248a StGB jeder Gesellschafter selbst Strafantrag stellen. Wird die Summe unterschritten, entfällt der besonders schwere Fall. Kommen dem Strafantragserfordernis allerdings ca. 15 Gesellschafter nach, wäre ein besonders schwerer Fall nach §§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 *Alt. 2* StGB gegeben,¹³⁴ wegen der Nachteilssumme

¹²⁷ BGH, Beschl. v. 23. Februar 2012 – 1 StR 586/11, Rn. 21 f. = NSZ 2013, 38, 39 = HRRS 2012 Nr. 32; BGH, Beschl. v. 30. August 2011 – 2 StR 652/10, Rn. 23 ff. = NJW 2011, 3733, 3735 = HRRS 2011 Nr. 1154; *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 87; in den Konsequenzen aufgezeigt bei *K.Schmidt* *JZ* 2014, 878, 880.

¹²⁸ *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 55.

¹²⁹ *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 160 f.; *Brand*, NJW 2013, 3594, 3495; *Lindemann/Hehr*, NZWiSt 2014, 350, 353; *Wessing*, NZG 2014, 97 f.; *K.Schmidt* *JZ* 2014, 878, 884; nicht so euphorisch *Bittmann/Richter* *wistra* 2005, 51, 54: geringfügige Erleichterung für die Praxis.

¹³⁰ So ausdrücklich *Radtke* *NSZ* 2016, 639, 640.

¹³¹ So *Radtke* *NSZ* 2016, 639, 644; gesellschaftsrechtlich bestätigt von *K.Schmidt* *JZ* 2014, 878, 885.

¹³² Beispiel nach *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 54, der die Konsequenz zu §§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB ebenfalls sieht, vgl. S. 56.

¹³³ Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 237; a.A. *AnwK-StGB/Esser*, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 358: 100.000 €.

¹³⁴ Zu den ebenso vertretenen Zahlen (10, 20, 50) *AnwK-StGB/Gaede*, 3. Aufl. 2020, § 263 Rn. 195; *Fischer*, StGB, 67.

von (15 x 50 € =) 750 € hingegen nicht §§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 *Alt. 1* StGB. Das erscheint unsinnig.¹³⁵

dd) Zwischenfazit zur „Vermögensträgerschaft“

Ob (und vor allem: wie) „Rechtsfähigkeit“ und „Rechtspersönlichkeit“ für *strafrechtliche* Zwecke zu trennen sind, ist weiterhin unklar.¹³⁶ Die Unterscheidung von Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit,¹³⁷ wenngleich sie auch im Wortlaut der § 14 Abs. 1 und Abs. 2 BGB Wiederhall findet, ist letztlich aber nicht so tragend, als dass sie die Andersbehandlung der Personengesellschaften im Vergleich zu Kapitalgesellschaften begründen kann.¹³⁸ Bei Eigentumsdelikten erfolgt diese Unterscheidung auch nicht: Sowohl eine GmbH als auch eine KG können Geschädigte einer Unterschlagung nach § 246 StGB sein.¹³⁹ Letzten Endes kann es keinen Unterschied machen, wer der Nutznießer der Vermögensbetreuungsverpflichtung des Täters ist, solange es sich nicht um den Täter selbst handelt und die betreuten sowie geschädigten Vermögensinteressen dem Täter „fremd“ sind.¹⁴⁰

ee) Widersprüche bei der Behandlung von Treuhandkommanditisten in Publikumsfonds

Die überwiegende Auffassung im Strafrecht bewältigt die Untreue zum Nachteil von Personalgesellschaften somit pragmatisch: Das Vermögen „gehört“ zwar der Gesellschaft, die Gesellschaft „gehört“ aber den Gesellschaftern. Denn es existiert kein Gesellschafter, der keine

Beteiligungs- bzw. Gesellschaftsanteile innehat.¹⁴¹ Daher mache es für die strafrechtlichen Zwecke keinen Unterschied, ob man auf den Vermögensnachteil der Gesellschafter oder den der Gesellschaft abstellt, auch wenn das Gesellschaftsrecht dies im Einzelnen anders beurteilt.

Selbst wenn man der herrschenden Auffassung folgte, findet sie ihre Grenzen jedoch in Fällen der Beteiligung von *mittelbaren Kommanditisten* einer KG, wie sie bei der echten Treuhand regelmäßig gegeben ist (s.o. III.3.b). In diesen Konstellationen sind die Anleger gerade *nicht Gesellschafter* der KG. Bei Anlegern, die zwar wirtschaftlich betroffen, rechtlich aber nicht Gesellschafter der Personengesellschaft sind, lassen sich auch keine Beteiligungsquoten an der Gesellschaft errechnen.

Im vorliegenden Fall kommt es daher maßgeblich auf die Struktur der Publikumsfonds des U. an. Liegt ein echter Treuhandvertrag zwischen den Anlegern der Fonds und der Treuhandkommanditistin vor – was naheliegt –, sind die Anleger *keine* Gesellschafter. Bei der Treuhandkommanditistin handelt es sich – was ebenfalls naheliegt – selbst um eine GmbH,¹⁴² die die Gelder der Anleger als Kommanditisten-Einlage in die KG einbringt. Wird – wie (wohl) hier – die Komplementär-GmbH nur durch eine Person geführt (nämlich den Angeklagten U.), entfällt der Vermögensnachteil bei dieser als Gesellschafterin der KG, wenn sie selbst Schädigerin ist.¹⁴³ Dann entspräche die Prüfung des Vermögensnachteils „der Gesellschafter“ der Prüfung des Nachteils der Treuhandkommanditistin, also der Kommanditisten-GmbH.¹⁴⁴ Ob dieser Nachteil damit abgelehnt werden kann, dass der Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB *der KG als Ganze* nicht gefährdet ist, entscheidet sich wiederum anhand der Kautelen der Gesellschaftsverträge der GmbH & Co. KGs.¹⁴⁵ Der Beschluss rekuriert indes nur auf die Erforderlichkeit der Feststellung, ob der jeweilige (Darlehens-)Rückzahlungsanspruch der Darlehensgeberinnen im Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zahlungen des S. an den U. (bzw. dessen UG) gemindert wurde.

IV. Zusammenfassung: Verpasste Chance zur Klärung ungelöster Rechtsfragen

Der Fall hätte die Möglichkeit geboten, die weiterhin ungelösten Probleme bei der Untreue zum Nachteil von

Aufl. 2020, § 263 Rn. 218; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 239.
¹³⁵ So aber in BGH, Beschl. v. 23. Februar 2012 – 1 StR 586/11, Rn. 19 f. = NStZ 2013, 38, 39 = HRRS 2012 Nr. 32 dargelegt; vgl. auch Waßmer Wij 1/2018, 1, 5 f., 7 m.w.N., der die Spaltung anhand von § 46a Abs. 1 StGB rechtfertigt (hierzu auch BGH, Urt. v. 09. August 2016 – 1 StR 121/16, Rn. 19 = HRRS 2016 Nr. 1070) und das gleiche Ergebnis für Fälle annimmt, in denen, z.B. im Familienunternehmen, § 247 StGB greift; LPK-Untreue/Schünemann, 2017, § 10 Rn. 278 ff. hält indes die komplette Verweisung des § 266 Abs. 2 StGB auf § 266 Abs. 3 StGB für „rechtsstaatswidrig und daher nichtig“.
¹³⁶ Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 63; instruktiv Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 35 ff., der aufzeigt, dass schon aus historischer Sicht die Rechtspersönlichkeit nicht das notwendige Merkmal gewesen sei, um Geschädigter einer Untreuehandlung zu sein (zum eigenen Ansatz: S. 99 ff., 102 ff.: externe Verselbstständigung gegenüber der Mitgliederensemblehand als Anknüpfungspunkt); Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 22 ff. bestätigt dies.
¹³⁷ Sofern eine solche überhaupt möglich ist; zweifelnd Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 97 sowie 100 ff.
¹³⁸ K.Schmidt JZ 2014, 878, 881; Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 96 ff.; Brand NJW 2013, 3594, 3595; ihm folgend Radtke NStZ 2016, 639, 644; a.A. dezidiert Waßmer Wij 1/2018, 4 f.
¹³⁹ Radtke NStZ 2016, 639, 642 mit Verweis auf K.Schmidt; in diese Richtung auch Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 45, 152.
¹⁴⁰ So treffend K.Schmidt JZ 2014, 878, 882, 884; in diese Richtung auch Brand, Untreue und Bankrott in der KG, 2009, S. 61; Brand NJW 2013, 3594; dafür, dass das Vermögen der KG für die Gesellschafter „fremd“ ist Schäfer NJW 1983, 2850, 2851.

¹⁴¹ So pointiert Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 44 ff.
¹⁴² Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § § 2 Rn. 9, 13 Rn. 7.
¹⁴³ Ein „existenzvernichtender Eingriff“ steht nicht im Raum; vgl. vertiefend Anders NZWiSt 2017, 13, 14 ff.
¹⁴⁴ In diese Richtung auch BGH, Beschl. v. 08. März 2017 – 1 StR 540/16, Rn. 18 f. = HRRS 2017 Nr. 490 sowie BGH, Beschl. v. 08. März 2017 – 1 StR 466/16, Rn. 9 = HRRS 2017 Nr. 513, wobei auch hier die Beschlüsse nicht thematisierten, ob die Anleger Gesellschafter sind.
¹⁴⁵ I.E. BGH, Urt. v. 25. April 2006 – 1 StR 519/05, Rn. 12 = BGHSt 51, 29, 31 = NStZ 2006, 401, 402 = HRRS 2006 Nr. 472 für den Fall der Beteiligung „stiller Gesellschafter“ an einer GmbH; kritisch hierzu K.Schmidt JZ 2014, 878, 883.

Personengesellschaften umfassend zu diskutieren. Diese Chance wurden vertan.

Bei der (weit verbreiteten) Beteiligung von Anlegern an einer GmbH & Co. KG über und durch eine Treuhandkommanditistin bedarf die Praxis zur Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht, des Vermögensträgers sowie des Vermögensnachteils bei der Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften einer weitaus genaueren Prüfung als sie durch den Beschluss – und in seiner „Segelanweisung“ – erfolgt ist.¹⁴⁶

Der Beschluss lässt im Dunkeln, weshalb der Darlehensvertrag, der von den Investitionsgesellschaften des S. (Darlehensnehmerinnen) *jedenfalls nicht* mit den Anlegern der Fonds des U. abgeschlossen wurde, zwar herangezogen werden kann, um eine Vermögensbetreuungspflicht der Leitungsebene der Investitionsgesellschaften gegenüber den *Anlegern der Fonds* abzuleiten (und diese im Ergebnis abzulehnen). Andererseits wird für die Vermögenssträgerschaft nicht auf die Fonds des U. (Darlehensgeberinnen) abgestellt. Damit bleibt unterbelichtet, ob die Vermögensbetreuungspflicht *gegenüber der Personengesellschaft* (mit mittelbarer Wirkung auf die Gesellschafter)

¹⁴⁶ So bereits gesehen von K.Schmidt JZ 2014, 878, 883; offen gelassen in BGH, Beschl. v. 08. März 2017 – 1 StR 466/16 = NJW 2017, 2052 ff. = HRRS 2017 Nr. 513.

oder *direkt gegenüber ihren Gesellschaftern* konstruiert werden soll. Die Prüfung der „faktischen Herrschaft“ des S. über fremde Vermögensinteressen, die für die vorliegende Konstellation keine Fallgruppenentsprechung findet, wirkt sodann wie der Versuch, die „Vermögenstransparenz“ der Personengesellschaft mittels eines „Durchwirkens“ ihrer Vertragsbeziehungen *ad absurdum* zu führen.¹⁴⁷

Zur abschließenden Klärung der aufgeworfenen Rechtsprobleme bedürfte es der Feststellungen, wie die Fondsgesellschaften des U. gesellschaftsrechtlich aufgestellt sind und ob es sich um eine echte oder eine unechte Treuhandabrede zwischen den Anlegern der Fonds und der Treuhandkommanditistin handelt. Dann nur wäre beantwortbar, ob da überhaupt „etwas“ ist, zwischen S. und den Anlegern des Fonds des U. „Unausgesprochen“ und ohne weitere Feststellungen auf „die Anleger“ der Publikumsfonds abzustellen, um sodann den Vermögensschaden bei „den Gesellschaftern“ konturieren zu wollen, die mit den Anlegern womöglich nicht identisch sind,¹⁴⁸ erscheint jedenfalls ungereimt.

¹⁴⁷ So bereits von Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 217 ff. gesehen, allerdings in Bezug auf die Leitungsebene und die Gesellschafterebene innerhalb einer Gesellschaft.

¹⁴⁸ A.A. wohl Bittmann Wj 4/2019, 178, 179, 180, der mehrfach betont: „Anleger = Gesellschafter“.

Aufsätze und Anmerkungen

Widerspruch gegen Vernehmung behördlicher Zeugen

Die Funktionsweise des menschlichen Gehirns und die Grundlage von Fehlurteilen in der Justiz

Von RA Dr. jur. Jörg Burkhard, Fachanwalt für Steuerrecht und Strafrecht, Wiesbaden

Problemstellung: in Verfahren mit Behördenbeteiligung studieren die Beamten/Funktionsträger der Verwaltung zur Vorbereitung auf die Aussage bei Gericht die Behördenakten.¹ Der Betriebsprüfer lässt sich sein Fallheft und

¹ Die Polizeibeamten haben die Pflicht, sich auf ihre Aussage vor Gericht gründlich vorzubereiten. Dazu ist ein Studium der entsprechenden Akten notwendig. Zudem sollte der Beamte über frühere Wahrnehmungen zur Tat mithilfe von Auszeichnungen berichten, damit seine Erinnerungen aufgefrischt werden. Sollte die Vorbereitung auf die Aussage nicht gründlich genug erfolgen, kann der Beamte auch zur Verantwortung gezogen zu werden. Das Oberlandesgericht Köln verwies in einem Urteil die Beamten auf ihre Vorbereitungspflicht. Ein Zeuge müsse sich, wenn er unter Eid stehen würde, bestimmter Hilfsmittel bedienen und auch Gedächtnishilfen benutzen. Jedoch wird die Vorbereitungspflicht durch ein Studium von Akten in der Literatur auch kritisiert. Jedoch sei ein Beamter ohne eine gezielte Vorbereitung auf seine Aussage nicht genug vorbereitet. Denn

die Steuerakten Wochen vor seiner Vernehmung schicken bzw. teilweise viele Wochen vor dem Vernehmungstermin aus dem Archiv holen und bereitet sich dann meist über mehrere Wochen oder Tage je nach Umfang der Akte 10-30, 40 oder 50 oder noch mehr Stunden lang auf seine Vernehmung vor, indem er die Akte mehr oder weniger auswendig lernt. Damit wird das alte Wissen wieder aufgefrischt². Erinnerungslücken gibt es nicht

das Studium der Akten helfe dem Beamten, sich an bestimmte Sachverhalte wieder zu erinnern, denn eine wichtige Rolle spiele auch die Erinnerungsfähigkeit. Manchmal fehle diese deswegen, weil der Vorfall bereits eine lange Zeit zurückliegen kann. Quelle: Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.

² Teilweise wird behauptet, der Polizeibeamte habe eine Pflicht zur Vorbereitung auf seine Aussage in der Hauptverhandlung durch ein vorheriges Aktenstudium vor (Vgl. Eisenberg, Persönliche Beweismittel in der StPO, S. 301;

mehr. Widersprüche oder Unklarheiten oder Verwechslungen mit anderen Akten werden ausgeschlossen. Ein behördlicher Zeuge hat daher nie Erinnerungslücken oder den Sachverhalt vergessen. Dies ist bei Fahndungs-

Artkämpfer, Polizeibeamte als Zeugen vor Gericht, S. 10.) Die Verwässerung und Manipulation seines ursprünglichen Wissens durch die Lektüre der Akte und die Veränderung seines ursprünglichen Wissens und auch des natürlichen Vergessens wird bei solchen Meinungsvertretern weder gesehen noch erörtert. Wie kann ein behördlicher Zeuge sich nach Jahren noch an einen x-beliebigen Fall erinnern? Müsste nicht seine Aussage so lauten, dass er so viele und vor allem ähnliche und gleichgelagerte Fälle hatte, dass er nicht mehr oder nicht mehr genau weiß, was er bei der Durchsuchung vor 5 Jahren in dem Haus des Steuerpflichtigen sah? Vielleicht kann er sich an wenige herausragende Details erinnern, vielleicht auch, dass er ein Schwarzbuch suchen sollte, es nicht fand oder es da oder dort fand, wie es aussah – aber Details? Stattdessen kommen nach Aktenlektüre die Aussagen wie aus der Pistole geschossen, als wäre die Durchsuchung vorgestern gewesen. Ist das nicht ein lächerliches Theater, was uns allen da im Gerichtssaal vorgegaukelt wird? Das soll Wahrheitsfindung in einem modernen Rechtsstaat sein? Von Amts wegen manipulierte Zeugen zur Wahrheitsfindung? Was ist Wahrheit? Was ist Show? Und warum dürfen dann die normalen Zeugen nicht auch die Akte vorher lesen? Die Anhänger dieser Auffassung, dass sich die behördlichen Zeugen vorbereiten dürfen oder gar müssen, haben wohl ein merkwürdiges Bild vom Zeugen und von Zeugenbeeinflussungen und setzen sich auch nicht damit auseinander, warum es dem "normalen" Zeugen verwehrt sein soll, den Sachverhalt etwa durch Aktenlektüre vorher noch mal zu vervollständigen. Beantragen Sie doch mal als Zeuge in einem Strafverfahren Akteneinsicht, damit Sie sich auf Ihre Zeugenaussage wie die behördlichen Zeugen auch vorbereiten können. Immerhin haben Sie als normaler Zeuge dieselben Rechte und Pflichten wie der behördliche Zeuge und können sich bei einer Falschaussage genauso strafbar machen, wie der behördliche Zeuge. Die Rechtsprechung unterstreicht die angebliche bedenkenlose Zulässigkeit von der Vernehmung von Behördenzeugen in diversen Urteilen – reflektiert aber die Ungleichbehandlungen zu normalen Zeugen und die Probleme durch die Manipulationen der gespeicherten Erinnerungen durch das Aktenlesen nicht. Es wird bei den Autoren, die die Vernehmung der behördlichen Zeugen nach Aktenlektüre bejahen nicht einmal das Problem erkannt, geschweige denn diskutiert – sie behaupten nur begründungslos und unreflektiert die Zulässigkeit. So stellte der BGH bereits 1950 fest, dass für den Polizeibeamten, der über Wahrnehmungen aussagen soll, die er in amtlicher Eigenschaft gemacht hat, die Pflicht besteht, sich früherer Aufzeichnungen als Gedächtnisstützen zu bedienen, um sein Erinnerungsbild aufzufrischen und gegebenenfalls zu berichtigen. Kommt der Zeuge dem nicht nach, setzt er sich sogar der Gefahr aus, wegen fahrlässigen Falscheides zur Verantwortung gezogen zu werden (vgl. BGHSt 1, 5, 8).

Auch das OLG Köln spricht dem Polizeibeamten eine Vorbereitungspflicht zu. Der Zeuge habe „die sich ihm bei der Eidesleistung darbietenden Anhaltspunkte und Hilfsmittel zur etwaigen Berichtigung seiner Vorstellungen benutzen und – soweit solche äußeren Hilfsmittel zur Änderung des Vorstellungsbildes zur Verfügung stehen – er sich ihrer bedienen muss und Gedächtnishilfen nicht außer Acht lassen darf.“ OLG Köln, in NJW 1966, 1420. Aber das Problem einer auch uneidlichen Falschaussage und der Strafbarkeit haben doch schließlich alle Zeugen – nicht nur die behördlichen. Das kann also nicht wirklich der Grund für die einseitige Verpflichtung der Behördenzeugen sein, sich vor der Vernehmung durch Aktenlektüre vorzubereiten.

prüfungen durch Steuerfahnder oder Prüfung des Hauptzollamtes oder auch Polizeibeamten nicht anders: Sie bereiten sich gemäß innerdienstlicher Anweisung pflichtgemäß auf ihre Aussage vor. Kein Wunder, dass die Beamten nichts vergessen haben und vollständig den Akteninhalt wiederholen können. Da sie auch vorher nicht vernommen werden, kann man ihnen nicht mal ihre frühere Aussage vorhalten. Widersprüche zu früheren Aussagen gibt es daher bei den behördlichen, professionellen Zeugen nicht. Die Messlatte bei Vernehmungen „normaler“ Zeugen ist damit völlig unterschiedlich. Die professionellen behördlichen Zeugen wiederholen den letzten Stand der Akte. Es ist ein Referat über den Akteninhalt. Eigene Erlebnisse treten in den Hintergrund. Auch Ermittlungsergebnisse von Kollegen und Ergebnisse von Begutachtungen von Sachverständigen fließen mit in die Berichte der behördlichen Zeugen ein.

Sind das aber noch Zeugenaussagen? Der normale Zeuge bekommt extra keine Kopie seiner Aussage bei der Polizei oder der Finanzverwaltung, damit er sich gerade bei einer späteren Aussage vor Gericht nicht auf diese Aussage vorbereiten kann und die Aussage nicht noch einmal zur Vorbereitung auf die Vernehmung lesen kann. Es soll der Wahrheitsgehalt seiner Aussage an dem Kriterium der Aussagekontinuität geprüft werden: ob er zumindest im Wesentlichen zum Kerngeschehen gleich aussagt. Er soll gerade nicht seine ursprüngliche Aussage bei der Polizei oder der Bußgeld- und Strafsachenstelle oder der Steuerfahndung auswendig lernen und dann wiederholen können, sondern soll nur das aussagen, an was er sich wirklich erinnert. Das ist der Grund, warum normale Zeugen keine Kopien ihrer Aussagen bei der Polizei bzw. Steuerverwaltung bekommen, damit sie das nicht später vor einer erneuten Vernehmung noch einmal lesen können, um so Erinnerungslücken dann zu schließen und das zu repetieren, was sie damals sagten.

Man misst den Wahrheitsgehalt daran, ob und wie sich der normale Zeuge erinnert, ob er zum Kerngeschehen aussagekonstant ist oder ob es minimale Abweichungen im Nebensächlichen gibt. Und sagt der Zeuge zu sehr das aus, was er damals in seiner Aussage sagte, kommt die Frage auf, mit wem er über die Aussage gesprochen hat, ob er von dem Beschuldigten oder dessen Anwalt eine Kopie der damaligen Aussage erhalten hat oder es erscheint dem Gericht so unglaubwürdig, dass sich der Zeuge an diesen für ihn so unbedeutenden Sachverhalt so genau erinnern kann, dass Gedächtnisauffrischungen durch Vorgespräche oder Kopien gemutmaßt werden.

Der Detailreichtum einer Aussage und die Aussagekonstanz sind dabei wichtige Parameter zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen ... aber warum ist das anders bei behördlichen Zeugen? Dabei ist es normal, dass der normale Zeuge Sachverhalte, die viele Jahre zurück liegen, nicht mehr genau weiß oder er sie vielleicht vollständig vergessen hat. Während also bei den normalen Zeugen darauf geachtet wird, dass er zumindest partielle Erinnerungslücken zeigt und vielleicht auch Sachverhalte nach vielen Jahren verwechselt oder nicht mehr alles ganz zusammenbringt, vielleicht je nach Erlebnis und emotionaler Befasstheit nur das Kerngeschehen in groben Zügen noch weiß, ist das bei den behördlichen Zeugen aufgrund deren pflichtgemäßer Aktenlektü-

re vor deren Vernehmungen gerade nicht der Fall: die behördlichen Zeugen vergessen nichts, repetieren noch nach Jahren Zahlen, Fakten, Zusammenhänge, als wären sie gestern erlebt, vergessen nichts, verwechseln nichts, haben keine Widersprüche, beten den Akteninhalt 1:1 herunter.

Das wirft nicht nur die Frage nach dem Sinn solcher Vernehmungen auf und lässt einen staunen, dass es offenbar zweierlei Maß bei den Zeugen und bei der Beurteilung deren Glaubwürdigkeit gibt, die keinen Anhalt in der StPO finden. Und warum der professionelle Zeuge glaubwürdig ist, wenn er nach Jahren aufgrund der Aktenlektüre den Sachverhalt berichten kann, als wäre er gestern erlebt und dem Zeugen nicht geglaubt wird, wenn er sich an vieles erinnert oder ihm unterstellt wird, er habe sich kurz zuvor den Sachverhalt durch Besprechungen wieder erarbeitet oder vom Beschuldigten erzählen lassen.

Die Vorbereitung des professionellen Zeugen wirft aber auch die Frage auf, ob diese professionellen Zeugen überhaupt noch Zeugen sind. Was ist eigentlich ein Zeuge im Sinne der StPO? Die StPO definiert den Begriff des „Zeugen“ nicht, was angesichts der praktischen Bedeutung dieses Beweismittels erstaunlich ist, aber in ZPO, FGO und VwGO, VwVfG ebenso gehandhabt wird. Die Verfahrensordnungen und insbesondere die StPO setzen voraus, dass man weiß, was ein Zeuge ist. Die StPO kennt auch keine spezifischen „Berufszeugen“. Sie unterscheidet nicht zwischen behördlichen, professionellen und normalen Zeugen. Es gibt nur Zeugen. Die hier gewählte Unterscheidung zwischen behördlichen (professionellen) und normalen ist daher in der StPO nicht zu finden – sie ist aber nötig, um die unterschiedlichen Positionen, die unterschiedlichen Rechte und Pflichten und die unterschiedliche Behandlung bei der Vorbereitung und der Behandlung der Beweiswürdigung dieser unterschiedlichen Zeugengruppen herauszuarbeiten.

In der StPO gibt es keine direkten Anweisungen für den Umgang mit den Zeugen und erst Recht keine Vorschriften über die unterschiedliche Behandlung der beiden Zeugengruppen – der normalen und der behördlichen (professionellen). Die StPO befasst sich in den §§ 48 – 71 StPO mit der Stellung des Zeugen im Strafprozess allgemein. Dort handelt es sich um sehr allgemeine Regelungen, dennoch lassen sie erkennen, dass der Gesetzgeber der StPO bestimmte Vorstellungen von den Eigenschaften eines Zeugen gehabt hat: § 58 Abs. 1 StPO ordnet an, dass die Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Zeugen zu vernehmen sind. Dies macht nur Sinn, wenn man unterstellt, dass die Zeugen nicht über die Sache vorher reden sollen und ihre Aussage nicht inhaltlich auffrischen sollen anhand des Inhalts, den die anderen gerade zuvor erzählt haben und sich die Zeugen auch nicht Stimmungen und Tendenzen und anderen Aussagen anpassen sollen und ihr Gehirn gerade unbeeinflusst von neuen oder anderen Erkenntnissen nur das selbst Erlebte unverändert und unbeeinflusst wiedergeben können soll. Das sieht der BGH genauso: „Der Zeuge soll, ohne zu wissen, was der Angeklagte angegeben hat und was andere Zeugen vor ihm bekundet haben, unbeeinflusst aussagen. Die darin liegende höhere Gewähr für die Ermittlung der Wahrheit war dem Gesetz also wichti-

ger als die uneingeschränkte Durchführung des Grundsatzes der Öffentlichkeit.“³ Nach § 69 Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Zeuge zu veranlassen, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben und nach § 69 Abs. 1 Satz 2 StPO sind dem Zeugen der Gegenstand der Untersuchung und die Person des Beschuldigten (erst) vor seiner Vernehmung zu bezeichnen. § 69 StPO geht also davon aus, dass der Zeuge entsprechend seiner konkreten Erinnerung Angaben macht. Zusammengefasst: Der Zeuge im Sinne der StPO soll vor seiner Vernehmung grundsätzlich nichts über den Gegenstand des Verfahrens wissen, auch nichts darüber, wer Beschuldigter ist oder was andere Zeugen gesagt haben. Er soll aus seiner Erinnerung vortragen, nicht aus der Erinnerung an die Aussagen anderer oder gar an den Akteninhalt.⁴

Diese aus den genannten allgemeinen Anforderungen ableitbaren Eigenschaften des Zeugen spiegeln sich auch in der mangels einer Legaldefinition von Rechtsprechung und Literatur erarbeiteten Definition des Zeugen wider. Nach ganz einhelliger Auffassung ist der Zeuge ein persönliches Beweismittel, das in einem nicht gegen ihn gerichteten Verfahren eine persönliche Wahrnehmung über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang bekunden soll.⁵

Andererseits kann natürlich ein Zeuge spätestens, wenn er die Ladung mit dem Beweisthema erhalten hat, darüber nachdenken, was damals geschah und wozu er befragt werden soll.

Bei professionellen Zeugen ist die Situation grundverschieden: da ist es normal, dass sie mit Kollegen und Vorgesetzten reden und die Akte noch einmal lesen und sie den Akteninhalt dann repetieren können. Kein Wunder: sie haben auch unmittelbar zuvor über Stunden, Tage, Wochen die Akte wiederholt und auswendig gelernt. Klar, dass sie dann den Akteninhalt präsent haben.

Noch einmal zum langsamen Verstehen: bei den normalen Zeugen untersucht man angeblich wissenschaftlich die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Glaubhaftigkeit dessen Aussage: Glaubwürdigkeit als Personenmerkmal ist jedoch erheblich, wenn Banden, Seilschaften oder besonders verbundene Interessenträger verwickelt und Zeugenabsprachen zu befürchten sind.

Die Glaubhaftigkeit im weiteren Sinne ist das Ergebnis der Beurteilung, ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogene Aussagen zutreffen. Vier potenzielle Fehlerquellen müssen berücksichtigt werden: Die Wahrnehmung des Sachverhalts, die Speicherung unter Berücksichtigung der jeweiligen Bewusstseinslage, die Wiedergabequalität (Aussagetüchtigkeit) und der Wahrheitsgehalt der Aussage in sich (Glaubhaftigkeit im engeren Sinne).⁶

³ BGHSt 3, 386, 388.

⁴ Krehl NSTZ 1991, 416.

⁵ Hof Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO?, HRRS 2015, 277.

⁶ Jahn: Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren. Universität Frankfurt,

Die Glaubhaftigkeit im engeren Sinne wird im Regelfall ggf. durch den Richter festgestellt; dazu bedient er sich eines Sachverständigen und geht folgendermaßen vor: Es wird zunächst davon ausgegangen, die Aussage sei unwahr (Nullhypothese).⁷ Diese Hypothese wird anhand folgender Positivindizien überprüft:⁸

- konkrete, anschauliche Schilderung
- Detailreichtum und Zugeben von Erinnerungslücken
- Schilderung abgebrochener Handlungsketten und von Unverstandenen
- Selbstkorrekturen und Belastungen
- Originalität
- Innere Stimmigkeit (logische Konsistenz)
- sachverhaltstypische Details.

Wenn das aber die richtigen Kriterien sind, warum werden sie bei den behördlichen Zeugen systematisch ausgehebelt und nicht angewandt?

Da staunt man über dieses System. Beides sind Zeugen, während es bei den Behördenzeugen als normal und pflichtgemäß angesehen wird, dass diese sich durch auswendig Lernen der Akte auf die Vernehmung vorbereiten und dann fehlerfrei und konstant den Akteninhalt wiedergeben, während dasselbe Verhalten bei „normalen“ Zeugen als anstößig, als habe es etwas ungehöriges an sich bewertet und es wird bei Gericht meist irritierend empfunden, wenn der normale Zeuge den Sachverhalt vorher gelesen hat und herunterbeten kann und sich nach Jahren noch genau an Einzelheiten erinnern kann – das ist dann da auffällig – beim behördlichen Zeugen sei derselbe Sachverhalt pflichtgemäß und normal.

Diese Irrationalität der Beweiswürdigung der Zeugenaussagen kann man nicht wirklich verstehen. Deswegen ist es ja auch angeblich „ureigenste Aufgabe“ des Richters, die Glaubwürdigkeit zu beurteilen. Da pfuscht ihm keiner rein. Mit ureigenste Aufgabe ist nur gemeint, dass er allein würdigen kann, wie er will und kein anderer da mitzureden hat, nicht einmal das Revisionsgericht. Da ist der Willkür Tür und Tor geöffnet. Die unterschiedlichen willkürlichen Bewertungsmaßstäbe sind schon in der unterschiedlichen Behandlung der Aussagen zwischen behördlichen und normalen Zeugen evident. Da soll die Bewertung des Richters unangreifbar sein – das versteckt sich hinter der Redewendung mit der „ureigensten Aufgabe“ – weil sie eben willkürlich und sachlich nicht verständlich ist. Es soll aber wegen dieser evidenten falschen und widersprüchlichen Bewertungen nicht jedes Urteil aufgehoben werden, deswegen werden die Bewertungen einer Überprüfbarkeit einer Anfechtbarkeit weitestgehend entzogen – ein Zaubertrick, der die Willkürlichkeit verbergen soll und als Wissenschaft verkaufen

S. 7, <https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029767/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf>.

⁷ Jahn: Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren. Universität Frankfurt, S. 10, <https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029767/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf>.

⁸ Jahn: Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren. Universität Frankfurt, S. 11, <https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029767/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf>.

soll, dem aber die Ungerechtigkeit und Beliebigkeit und Voreingenommenheit schon bei bloß grobem Hinsehen auf der Stirn geschrieben steht. Unangreifbar und ureigenste Aufgabe als Blankettversteck für systembedingte Willkür. Kurzum: Das System ist verlogen und unglaublich. Es ist ein Hokuspokus, der unseriös ist. Bei behördlichen Zeugen wird das Erinnern bei Gericht aber für normal gehalten. Damit gibt es zwei Klassen von Zeugen vor Gericht.

Aber warum ist das eigentlich problematisch, wenn ein behördlicher Zeuge die Akte liest? Er meint es doch nur gut, da ist doch nichts Böses dabei – oder?

Kammann⁹ weist darauf hin, dass der Polizeibeamte seine Vorbereitung jedoch nicht so gestalten sollte, dass der Inhalt der Akte auswendig gelernt und so vor Gericht wiedergegeben wird. Dies würde die Glaubhaftigkeit der Aussage eher schmälern. Vielmehr ist es geboten darauf hinzuweisen, an welche Einzelheiten des Sachverhalts sich der Polizeibeamte vor dem Aktenstudium noch selbst erinnerte und welche ihm erst wieder durch die Einsichtnahme bewusst wurden.¹⁰ Das ist ein nett gemeinter Vorschlag, nur spielt da das Gehirn nicht mit: die neuen Informationen werden mit den alten untrennbar vermischt und dann so abgespeichert. Das ist auch ein schleicher Prozess, da weitere Gespräche und weitere Aktenseiten zu lesen Stückchenweise die Erinnerung wieder bringt und neue Erkenntnisse hinzusetzt. Es ist gerade nicht möglich, die einzelnen Lernschritte separat abzulegen – das hilft dem menschlichen Hirn nicht und deswegen ist es darauf auch gar nicht ausgerichtet und trainiert. Das Gehirn funktioniert schon so seit vielen Jahr Millionen: es ist nicht wichtig, wann wer wie erlernte, wie die Beute am Besten gestellt und erlegt wird – es ist nur wichtig zu wissen, wie es am Besten, am Effektivsten und Schnellsten geht – das Ergebnis und der Erfolg zählen. Die einzelnen Lernschritte sich zu merken, war für den Bestand der Rasse Mensch noch nie wichtig. Und jetzt nach Jahr Millionen Entwicklung schaffen wir diesen für das Gehirn unwichtigen Schritt, wann was wie von wem gelernt wurde und wann was dazu kam zu sezieren? Wer glaubt das?

Wissen Sie noch, wer Ihnen zuerst beibrachte, was 8*7 ist? Nein! Es langt, dass Sie wissen, dass es 56 ist. So funktioniert Ihr Gehirn. Die Lernschritte im kleinen Einmaleins sind dabei dann nicht wichtig und daran kann sich auch keiner mehr erinnern. Und das ist bei gelesenen und erlernten Aktenwissen genauso: das ist dann untrennbar mit den alten ursprünglichen erfahrenen und erlebten Situationen untrennbar verbunden.

Das führt auf die Frage zurück, wie unser Gehirn, unser Gedächtnis funktioniert. Ist das Gehirn tatsächlich einfach nur eine Festplatte, kann der wahre erlebte Sachverhalt einfach nur abgerufen werden? Oder ist die Erinnerung stets vermengt mit neu Erlebtem und verändert sich

⁹ Kammann, Polizeibeamte als Zeugen im Strafprozess. Spannungsfeld zwischen Verteidiger und polizeilichen Ermittlungen? 2012, S 22.

¹⁰ Vgl. Artkämper, Polizeibeamte als Zeugen vor Gericht, S. 42.

die Erinnerung dauernd, je häufiger ein Sachverhalt wiederholt wird oder neu eingelesen wird oder weitere Informationen durch Gespräche hinzu kommen?

Der Bochumer Biopsychologe Prof. Onur Güntürkün beschreibt das Phänomen des Gehirns bzw. Gedächtnisses so: „Unsere Erinnerungen sind in größter Gefahr, wenn wir uns an sie erinnern. Dann werden sie sehr fragil und können zerstört oder modifiziert werden“.¹¹ Das Gehirn speichert zu einem fraglichen Thema immer neue weitere Informationen hinzu. Das muss auch eigentlich so sein, denn nur so können wir lernen. Beim Tanzen lernen wir Grundschriffe und in der nächsten Stunde lernen wir Modifikationen und Erweiterungen dazu. Nach drei Tanzstunden ist die Tanzfigur umfangreich und perfekt. Das ursprünglich erlernte, nämlich der Grundschriff und der Aufbau der einzelnen Figuren und Schritte sind dann im Gehirn längst verschmolzen zu einer einheitlichen Abfolge der Schritte. Nach der 10. Tanzstunde weiß keiner mehr, wie die einzelnen Figuren erarbeitet wurden und welche Sequenzen zur Erarbeitung der Gesamtfigur geübt wurden. Die Figuren werden dann automatisch abgerufen und ohne dass man sich darüber Gedanken macht, werden die Schritte automatisch abgerufen und umgesetzt. Die Schritte werden dann quasi zum Selbstläufer. Das menschliche Gehirn kann nicht mehr sich daran erinnern, wie anfangs die Grundschriffe, die ersten Modifikationen und Ergänzungen hinzukamen. Das ist für das Gehirn nicht mehr wichtig. Die Gesamtfigur ist nun das Ziel, das abgerufen werden soll. Das menschliche Gehirn kann hier nicht mehr die einzelnen Lernsequenzen, sich nicht mehr an die einzelnen Sequenzen der 1., 2. oder 3. Tanzstunde oder gar an die spezielle Sequenz in der 17. Minute der 2. Tanzstunde erinnern. Sich das zu merken ist für das menschliche Gehirn nicht wichtig. Das Gehirn definiert ein eigenes Ziel, nämlich die Gesamtfigur als wichtig abzuspeichern. Damit verlieren sich die einzelnen Übungs- und Lernsequenzen und werden von der Gesamtfigur überlagert und verdrängt. Könnte sich oder müsste sich der Mensch jeden Teilschriff merken, ähnlich wie ein PC auf der Festplatte jede Zeile behält, müsste jedes Detail abgespeichert werden und später wieder getrennt abgerufen werden können. Da spielt uns unsere Erinnerung einen Streich. Aus Rationalisierungsgründen wird das hier zusammengefasst und verändert und modifiziert. Das ist natürlich eine tolle lebenswichtige Sache. Das Gehirn schmeißt unerhebliche und überflüssige Informationen raus und behält damit Platz für weitere neue Informationen. Die menschliche Gehirn-Festplatte ist eben nicht irgendwann randvoll – dann auch mit für uns unnützen Informationen –, sondern behält nur die für uns wichtigen Informationen und die unwichtigen werden einfach gelöscht. Es wäre doch auch frustrierend für uns, wenn wir uns an jedes einzelne 1. Wort, das wir schon im Kleinkindalter lernten und falsch aussprachen oder in der 1. Klasse auch noch falsch geschrieben so merken würden und dies jederzeit abrufen könnten. Das menschliche Gehirn leistet hier exzellente Prozesse: das vom Erstklässler noch falsch geschriebene Wort „Foja“ entwickelt sich zum „Feuja“ und später zum „Feuer“. In diesem

Prozess ist es für das menschliche Gehirn nicht wichtig, wann und wieso der Entwicklungsprozess stattfand und warum Feuer nicht mit V sondern mit F geschrieben wird. Das Wort Feuer wird irgendwann abgespeichert, dass es eben so geschrieben wird. Ein fotografisches Gedächtnis etwa wie eine Festplatte, die hier die einzelnen Entwicklungssequenzen später noch abrufen könnte, gibt es nicht.

„Warum vergessen wir überhaupt etwas?“, fragt Prof Dr. Axmacher. „Wir haben doch so viele Nervenzellen.“ Oft sind Gedächtnisspuren schlicht nicht mehr auffindbar, obwohl sie grundsätzlich noch vorhanden sind, oder sie haben sich einfach nicht genügend stabilisiert. Sie können sogar aktiv gelöscht werden. Das beweisen Experimente. „Es ist möglich, Gedächtnisinhalte willentlich zu unterdrücken.“ Der Laterale Präfrontale Cortex spielt dabei eine große Rolle. „Er ist dafür verantwortlich, dass sich die Aktivität im Hippocampus als Zentrum des Erinnerns vermindert.“ Das Vergessen ist im Grunde eine alltägliche Angelegenheit.

Ähnlich ist es mit dem Verdrängen. Hier wird das Gedächtnis bewusst unterdrückt. „Unser Leben ist von Konflikten geprägt, nicht nur interpersonell, sondern auch intrapsychisch.“ Gerade die Konflikte innerhalb der eigenen Psyche wiegen schwer, „weil wir sie selbst lösen müssen“. Dabei geht es zum Beispiel um den Konflikt zwischen Nähe und Distanz oder Konflikte rund um das individuelle Selbstwertgefühl.¹²

So ist das beim Erlernen der eigenen Muttersprache, aber auch jeder Fremdsprache, so ist das beim Erlernen mathematischer Regeln oder bei Naturwissenschaften. Das Gehirn macht einfach immer wieder Platz für neue Informationen, wenn sie für erheblich gehalten werden, werden sie dann zu den bereits vorhandenen hinzugesetzt und die alten modifiziert. Auch bei technischen Fortschritten ist das natürlich so. Zu dem bisher Erlernen kommen neue Informationen hinzu und das bisher Erlernete verfeinert sich. Die neu hinzutretenden Informationen werden einfach zu den alten hinzugesetzt, hinein verarbeitet und damit untrennbar vermengt und dann als neues einheitliches Ganzes abgelegt. Später weiß man dann nicht mehr, wie man zu diesem Gesamtkunstwerk, zu diesem Gesamtergebnis des Abgelegten kam, man kann aber nur noch das Gesamtkunstwerk berichten. Es ist tatsächlich wie ein Ölgemälde: die Farben, die man hinzu mischt und auf der Leinwand vermengt, werden untrennbar mit den anderen zusammengesetzt. Die einmal aufgetragene und vermischte Farbe kann man natürlich nicht wieder extrahieren und isoliert betrachten oder scheinbarweise erläutern. Dieser an sich für das Überleben und die Weiterentwicklung der Menschheit bzw. des einzelnen Menschen lebenswichtige Vorgang ist eine Art Rationalisierungseffekt und wahnsinnig effizient. Diese tolle Funktionsfähigkeit des Gehirns macht es möglich, eine bereits bekannte Sache immer besser in den Griff zu bekommen, sei es durch Übung oder weiteres Anlernen und zu modifizieren. So kann man also quasi Schritt für Schritt sich voran arbeiten und sich ein

¹¹ Interview mit Prof. Dr. Güntürkün, <https://www.welt.de/regionales/nrw/article148824054/Wenn-die-Erinnerung-uns-einen-Streich-spielt.html>

¹² Prof. Dr. Güntürkün im Gespräch mit Neuropsychologe Prof Dr. Axmacher, http://www.magazin.uni-mainz.de/4561_DEU_HTML.php

Thema erarbeiten, sich perfektionieren und an sich arbeiten. Das macht jeder Athlet, das macht jeder Wissenschaftler, das macht jeder, der zielorientiert mit einem Thema vorankommen will oder Erfolg im Beruf oder Hobby oder eben anderen Themen haben möchte. Das ist kein aktiver Prozess, den der Mensch steuern könnte oder müsste, sondern ein automatischer Prozess, der im Gehirn abläuft. Stellen Sie sich nur vor, sie würden ein neues Auto kaufen und müssten nun ganz von vorne anfangen. Wie kuppelt man? Was ist ein Blinker und wo ist er? Wie sind die Verkehrsregeln? Hat das Auto eine Hupe und wo ist diese? Gibt es einen Rückwärtsgang? Wie parke ich ein? Was ist ein Navigationsgerät und wie bediene ich das? Hat das Auto überhaupt ein Radio, eine Rückwärtskamera, ein Navigationsgerät? Gott sei Dank fangen wir hier nicht bei Null an, nur weil das Auto neu ist. Wir kombinieren altbekanntes mit Neuem und verschmelzen das im Gehirn zu einem Wissen über das neue Auto. Es wäre sehr anstrengend für uns und ineffizient, wenn wir bei einem neuen Fernseher, dem neuen Auto, der neuen Kaffeemaschine, der neuen Zahnbürste alles von vorne wieder erlernen müssten. Das Gehirn hat bereits ganz viele Informationen gespeichert und nur das was neu ist fügt es einfach hinzu. Dann brauchen wir bei dem neuen Auto vielleicht nur zu lernen, dass statt des bislang üblichen Pkw-Schlüssels ein keyless go System eingebaut ist, bei dem wir weder Türen aufschließen müssen noch den Schlüssel in das Zündschloss stecken müssen, vielmehr aufgrund des mitgeführten Schlüssels der Pkw uns als berechtigten Besitzer erkennt, die Türen öffnet und der Wagen sich starten lässt. Die übrigen Informationen sind bekannt und damit wird die Frage, wie der Wagen zu benutzen ist schnell durch die neue Information ergänzt und spätestens am 10. Tag ist das Fahren ohne aktive Benutzung der Schlüssel zum Aufschließen oder zum Starten des Wagens völlig normal und selbstverständlich. Nach einem Jahr Fahrzeugnutzung kann man sich gar nicht mehr vorstellen, wie das früher war mit dem Aufschließen der Türen und dem Einstecken des Schlüssels in das Zündschloss und dem Startvorgang. So wird also durch ständig neu hinzukommend neue Informationen und ein ständiges Wiederholen und Einüben eines bestimmten Vorgangs das Gehirn modifiziert, ohne dass wir abspeichern könnten und würden, ob, warum und wann und durch was unser Wissen im Detail ergänzt und verändert wird. Die Fragen ob, wann und wie unser Wissen modifiziert wurde, sind für uns Menschen unerhebliche Informationen. Denn wann wir etwas lernten, ist für uns nicht wichtig, das uns zu merken wäre theoretisch vielleicht möglich, aber praktisch unerheblich – darauf sind wir nicht trainiert, sodass gerade nicht wie auf einer Festplatte oder in einer fotografischen Zeitlupenanalyse die einzelnen Sequenzen später reproduziert werden können, wann wir was durch wen und wie erlernten. Das was uns subjektiv wichtig ist, merken wir uns. Der Rest verschwindet im Nichts und wird vergessen. So wichtig dieses Phänomen des Gehirns für unsere Lernprozesse und die Aufnahme-fähigkeit neuer Informationen ist, so schwierig und gefährlich ist dieses Phänomen bei der Vernehmung von Zeugen und dem angeblichen Wahrheitsgehalt deren Zeugenaussagen. Dazu kommt in der Rechtsprechung, das einige Juristen meinen, sie könnten alles in ihrer Selbstherrlichkeit ermitteln und durch Fragen erkennen, wann welche Informationen in dem Gehirn verändert und ge-

speichert wurden und dabei verkennen, dass die Zeugenaussage natürlich gerade nicht eine Fotodokumentation des Erlebten ist, sondern den oben beschriebenen Veränderungen, Implementationen und Modifikationen und Manipulationen unterlegen ist. Dagegen kann sich auch kein Mensch wehren, da dies ein normaler menschlicher Prozess im Gehirn ist. Jedes Durchgehen und jedes Besprechen der Erinnerung führt denkwürdig zu neuen Erkenntnissen, zu Veränderungen und neuen Schwerpunktsetzungen und zum Einschleifen von vergessenen Punkten und zur Aufnahme neuer, für interessant oder wichtig erkannter Punkte. So kann das Besprechen eines damals erlebten Sachverhaltes etwa mit einem Kollegen, der den Sachverhalt auch erlebt hat, dazu führen, dass dessen Erinnerungen untrennbar mit den eigenen Erinnerungen vermischt, vermischt und optimiert werden – bei beiden Gesprächspartnern natürlich. Aus Sicht des Gehirns ein ganz normaler und sinnvoller Vorgang: das bereits vorhandene Wissen wird um neue, hinzugekommene Informationen ergänzt und diese als neuester Stand im Gehirn abgelegt. Wird dann dieser Vorgang wieder aufgerufen, wird natürlich die neue, beste Version aufgerufen und als aktuelle zutreffende Version benutzt. Stellen wir uns noch einmal für eine Sekunde vor, wir müssten erst einmal sortieren, wann wir was gelernt haben und in welchem Stadium wir was wussten, wäre das für den Menschen nicht fürchterlich, wenn er etwa flüchten müsste: wie laufe ich? Wie stehe ich? Wie kann ich schnell rennen? Wie mache ich Ausweichbewegungen? Diese Informationen sind, wann wir sie erlernten und wie wir sie perfektioniert und ergänzten, längst nicht mehr abgespeichert. In einer Gefahrensituation wird sofort abgerufen, wie man am besten flüchtet. Wann wir wie über wie viele Jahre das Laufen lernten, ist dabei nicht mehr wichtig. Das ist längst vergessen. Es wird einfach nur die Informationen abgerufen wie man am Schnellsten flüchten kann und diese wird in Bruchteilen von Sekunden umgesetzt. Nur diese Information ist wichtig und alle anderen nicht differenziert abrufbar. Auf die Frage, wie man flüchtet, würde der befragte Mensch immer nur die letzte Version als selbstverständlich richtige darstellen. An dieser Stelle kommen aber noch weitere interessante Aspekte des menschlichen Gehirns hinzu: je nach Kontext wird die Frage nach der Flucht anders ausfallen, die Antwort also, wie man am Besten flüchtet, völlig unterschiedlich darlegt werden. Derjenige, der gestern einer Prügelattacke ausgewichen und geflohen ist, wird die Flucht unter diesen Aspekten erzählen. Der Flüchtling, der aus Kriegs- und Krisengebieten geflohen ist, wird seine Flucht, auf die Frage, was Flucht ist, etwa über das Mittelmeer oder über andere Wege völlig anders erzählen. Derjenige, der noch nie geflohen ist, wird zwar abstrakt wissen, was eine Flucht ist, wird aber natürlich mit seiner Definition auf die Frage was Flucht ist, völlig anders antworten. Abstraktes, erlerntes und erlebtes Wissen vermischen sich also auch hier und bestimmen die Aussage. Das heißt aber bei einem professionellen Zeugen, etwa einem Polizisten, einem Steuerfahnder, oder einen Zollfahnder von der FKS mischen sich erlebte Vorgänge aus einem konkreten Fall mit späteren Erkenntnissen und Erzählungen von Kollegen, der Aktenlektüre und anderen Vorgängen, die er in ähnlichem Umfeld erfährt und zu dem Thema passen mit den konkreten Abläufen eines bestimmten Falles. Und je nachdem, welche Bilder oder Texte dem Befragten nun

vorgelegt werden, passt er unbewusst seine Aussage an. Deswegen kommen durch die Fragetechnik und einzelne Fangfragen bzw. Fangbegriffe andere Emotionen und Erinnerungen des Befragten zum Vorschein. Bleiben wir noch für eine Sekunde bei dem Fluchtbeispiel. Bei dem Zeugen, der einer Prügelattacke auswich und wegrannte, nicht getroffen wurde, kann die Frage wie akut die Bedrohung war oder ob er tatsächlich getroffen wurde oder wie fest der 1. Treffer war, bevor er rannte, natürlich zu neuen Interpretationen seinerseits führen. Ist der vermeintliche Angriff und die Flucht schon einige Zeit her, impliziert die Frage, wie heftig der 1. Schlag war und ob der 2. überhaupt traf, eine gewisse Ablenkung von der eigentlichen Thematik. Der Fragesteller impliziert mit seiner Fangfrage, dass es wohl Treffer gegeben habe. Ohne dass der Fragende vielleicht den Befragten manipulieren möchte und ohne dass der Befragte dies merkt, analysiert das Gehirn des Befragten diese neue Information: habe ich den 1. Schlag nur vergessen? Welcher von beiden Schlägen war der schlimmere? Blamiere ich mich, wenn ich jetzt sage, dass ich mich an einen Schlag bzw. Treffer gar nicht mehr erinnern kann? Ist das eigene Erinnerungsvermögen so sicher und so fest, dass der Zeuge jetzt standhaft versichert, dass es keinen 1. und keinen 2. Schlag gab und daher die Frage, welcher schlimmer war, sich erübrigt, weil es keinen Treffer gab, so dass die Frage nach dem „schlimmer“ so nicht beantwortet werden kann? Kommt da vielleicht noch Obrigkeitseingehorsam hinzu, wenn eine höher gestellte Person (Richter, Vorgesetzter, Chef) diese Frage stellt und der Zeuge diesem gefallen möchte und unterstellt, dass die hochgestellte Persönlichkeit natürlich keine unseriösen oder Fangfragen stellt oder falsche Vorhalte macht? Und selbst wenn eine solche unseriöse Fangfrage erkannt und etwa im Gerichtssaal beanstandet wird, ist sie jedoch in den Raum geworfen und das Gehirn des Befragten fängt schon an zu arbeiten, ob es nicht vielleicht doch so gewesen sein kann. Schon wird das Gehirn innerlich sich fragen, was der Fragesteller damit meint, ob er mehr oder besseres Erinnerungsvermögen hat als man selbst und ob die eigene Abspeicherung zutreffend ist oder nicht, ob die neu erlangte Information besser und richtiger ist. Schon fängt das Gehirn an zu lernen und die alte Information mit der neuen zu vermischen. Vielleicht ist der Zeuge bis dahin noch standhaft, wenn nur eine Person ihn nach der Intensität der Schläge fragt. Spätestens wenn zwei oder drei Personen unabhängig voneinander diese Frage stellen, wird der Zeuge davon ausgehen, dass es tatsächlich Treffer gab, gerade wenn der Sachverhalt schon länger her ist und diese Details damals nicht so richtig wichtig waren und das eigene Gehirn eigentlich andere Schwerpunkte ablegte und abspeicherte. Schon beginnt die Modifikation der abgespeicherten Vorgänge und der als richtig interpretierte Sachverhalt wird jetzt als optimal und vermeintlich zutreffend abgelegt. Finden dann weitere Besprechung über dieses Thema, über diesen Vorgang statt, kommen neue Informationen auf den Zeugen zu, legt er auch dies wieder in einer optimierten Version ab. Umgangssprachlich sagt man, der habe sich etwas eingeredet. Das ist durchaus richtig: durch ständiges Neubearbeiten des Vorgangs können Teile des Erlebten verdrängt und andere hinzugesetzt werden. Das sind die typischen Vergessens- und Erlernensregeln – das sind die typischen Funktionsweisen des Gehirns. Wird also ein Sachverhalt über drei Jahre alle drei Monate neu

besprochen, kann der Zeuge nicht mehr repetieren, wann welche Version aktuell war, sondern wird im Regelfall nur noch die letzte Version als einzig richtige darstellen. Dann kommen durch die Fragetechnik natürlich weitere Modifikationen hinzu. Das Wort Prügeln und Attacke sind natürlich sehr aktive Beschreibungen. Die Worte wirken schwer und aggressiv. Die Frage, ob der Zeuge einer drohenden Schlägerei ausgewichen ist oder ob der Zeuge nur einem drohenden Schlag ausgewichen ist oder woraus er entnehme, dass sich eine Bedrohung oder eine Gefahr entwickeln könnte oder ob der vermeintliche Angreifer überhaupt nur schon eine Faust geballt hätte oder etwa auch nur zu einem Schlag ausholte, führen in das Thema der Flucht natürlich ganz anders und unterschiedlich ein. Warum ist das so? Weil das Gehirn auch hier natürlich sofort anfängt zu interpretieren, was der Fragesteller wissen will. Diese Aktivität des Gehirns ist natürlich bei der Klausurenteknik in der Schule oder im Studium wichtig: wenn der Schüler oder Student weiß, was der Prüfer wohl mit dieser Frage gemeint hat, ist das Interpretieren der Frage wichtig und führt in der Regel zu einer richtigen und guten Beantwortung und damit zu den gewünschten guten Noten. Diese Interpretationen der Fragen sind aber in der menschlichen Diskussion oder Argumentation ebenfalls extrem wichtig: Wir interpretieren die Fragen und versuchen bestmöglich darauf zu antworten. Dies ist meistens höflich und zielführend. In der Fragesituation bei Gericht kann aber allein diese Frage mit unterschiedlich starken Verben oder Begrifflichkeiten oder Sinnbildern zu völlig unterschiedlichen Anpassungsverhalten des befragten Zeugen führen und folglich zu völlig unterschiedlichen Antworten, obwohl er eigentlich – und das ist der Irrglaube vieler Juristen – nur einen objektiven Lebenssachverhalt neutral und unbeeinflusst wiedergeben soll, wie ein damaliges Foto, das quasi damals festgehalten wurde. Das ist dann natürlich auch bei der Stellung des Zeugen zu erkennen, warum er auf Fragen des Gerichts oder Staatsanwalts anders reagiert als auf Fragen der Verteidigung oder des Angeklagten: Wenn in seiner Vorstellungswelt die einen die Guten und die anderen die Bösen sind, werden natürlich die Fragen entsprechend eingeordnet und eine offene Haltung oder eine Abwehrhaltung eingenommen, so dass die wörtlich gleiche Frage zu unterschiedlichen Antworten führen kann, weil der Befragte anders interpretiert. Deswegen ist es so verwunderlich, dass in manchem Gerichtssaal Fragen als unzulässig beanstandet werden, weil einer der vorhergehenden Fragesteller sie schon stellte... es wäre doch sehr spannend zu erkennen, ob dieselbe Frage von dem Zeugen nun anders beantwortet wird...

Aber selbst wenn also der Zeuge unbeeinflusst über all die Jahre gewesen wäre, hat er sich im Regelfall mit der Ladung zum Termin auf die Zeugenaussage vorbereitet, in dem er sich fragte, warum er geladen wird und worum es eigentlich geht und was er dazu wohl sagen könne und spätestens mit der Fragetechnik beginnen weitere Modifikationen und Manipulationen an seiner Aussage. Die behördlichen Zeugen, die allerdings hier über Tage und Wochen die Akten lesen, vielleicht mit Kollegen oder Vorgesetzten über den Sachverhalt sprechen und sich über Tage und Wochen mit diesem Alt-Sachverhalt beschäftigen, können unmöglich differenzieren, was sie damals erlebt haben und sich nun wieder angelesen haben oder durch Rückfragen bei beim Chef neuerlernt

haben. Sie können dann nur aufgrund der Funktionsweise des Gehirns die aktuelle letzte Version als optimale Version darstellen.

Es gibt aber auch die Gegenmeinung, die die Vernehmung von behördlichen Zeugen grundsätzlich für unproblematisch hält, und sinngemäß argumentiert, dass es „gefestigter Rechtsprechung entspricht“, dass Zeugen ihre Erinnerung anhand vorhandener Unterlagen aufzufrischen haben (§§ 48, 69 StPO, vgl. nur BGH St. 1, 5, 8; BGHSt 51, 298-317, Rz 58 – juris) und nachsetzen: liest ein Polizeibeamter oder behördlicher Zeuge zur Vorbereitung seiner Aussage bei Gericht die Akte(n) vorher nicht, verletzt er seine Zeugenpflichten (vgl. zu alledem: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. A., § 69 Rz. 8). Und das wäre nicht im Sinne der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO), denn die Erforschung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann, ist das zentrale Anliegen des Strafprozesses (BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1981 – 2 BvR 215/81 –, BVerfGE 57, 250-295). Dann fragt sich wieder, warum der normale Zeuge die Akten vorher nicht lesen darf und warum hierbei die hier dargelegten Probleme der Gedächtnismanipulation durch Nachlesen des Sachverhalts und mehrstündige und mehrtätige Vorbereitung auf die Vernehmung nicht reflektiert wird.¹³ Sind behördliche Zeugen mit einem anderen Gehirn ausgestattet? Erfolgen bei denen nicht die Überlagerungen durch neu Angelesenes und die Einordnung des Erlebten in den Inhalt der Akte? Wird bei denen nicht auch automatisch deren Erinnerung an den main stream der Akte angepasst und durch Selbsteinredung die eigene Erinnerung solange angepasst, bis sie zu dem Ermittlungsergebnis passt? Können sich die behördlichen Zeugen den normalen Informationsverarbeitungsprozessen entziehen? können die auf der Polizeischule und im Finanzamt lernen, die eigenen Gehirnprozesse zu filetieren und sich den üblichen Lernprozessen und Arbeitsweisen des Gehirns entziehen? Und wenn ja, wo lernt man das? Welche Ausbildungsgänge absolvieren die behördlichen Zeugen hierfür und wie bestehen sie die Prüfungen? Gibt es da nicht auch starke und schwache Absolventen? Muss man dies dann nicht bei der Vernehmung dieser behördlichen Zeugen erfragen, um den Vermischungsgehalt des Erlebten vom Erlernten zu differenzieren? Und da es ureigens-te Aufgabe des Richters sein soll, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu befragen – wie kann das alles der Richter wissen, erfragen und würdigen, und wo lernt er das im Studium und in der Ausbildung? Bisle hält die Vernehmung von Steuerfahndern für „zulässig und zumeist auch für sinnvoll. Die Verteidigung muss in diesen Fällen allerdings darauf achten, dass das Gericht strikt zwischen der Aufklärung des Sachverhalts und der Klärung von Rechtsfragen unterscheidet (iura novit curia). Unzulässig ist es jedenfalls, den Steuerfahnder zum Sachverständigen für steuerrechtliche Fragen heranzuziehen, der dem Gericht die Steuerverkürzung anhand der speziellen steuerlichen Vorschriften erklärt“. Insofern liegt dann

nach Auffassung von Bisle „regelmäßig ein Beweiswürdigungsfehler vor“.¹⁴

Dann gibt es immer wieder Gerichte, oder genauer gesagt Richter, die glauben, durch geschickte Befragungen das Erlernte von dem damals Erlebten herausfiltern zu können. Das ist nicht nur Selbstherrlichkeit und Selbstüberschätzung einiger Juristen, die glauben Gehirnfunktionen austricksen, ausermitteln und erkennen zu können, das gipfelt in einem Unverständnis der menschlichen Gehirnfunktionen, die sich nicht auseinanderdividieren lassen. Das ist eine Arroganz gegenüber den Erkenntnissen aus der Hirnforschung und Nicht-Wahrnehmung der menschlichen Funktionsweisen des Gehirns.

Und natürlich kann das kein Richter herausfinden und natürlich auch kein Zeuge sich erinnern und erklären, welchen Inhalt er zuerst erlebte und wie und durch was sich seine aktuelle Version wie veränderte. Der Zeuge müsste dann wie einen Zeitraffer jede Modifikation seiner Lernphasen zu dem Thema festhalten und getrennt wiedergeben können, wann er was erfuhr, später weitere Details dazu lernte und was wie sein Erinnerungsvermögen beeinflusste und modifizierte... 1.000 und mehr Zeitrafferaufnahmen mit Ort, Zeit und Datum, was wie sein Erinnerungsvermögen und die heutige Version beeinflusste oder auch nur beeinflusst habe könnte...

Dies führt natürlich auf die Frage zurück, inwieweit die behördlichen Zeugen sich durch die Anweisung,¹⁵ die Akten erneut komplett durchzulesen und sich auf die Vernehmung entsprechend vorzubereiten, sich nicht selbst ins Abseits stellen. Mit dieser Dienstanweisung, die Akten auswendig zu lernen und sich vorzubereiten, nicht vorsätzlich die Zeugen kaputt gemacht werden, da sie keine Zeugen dann mehr sind, sondern nur Aktenreferenten, die den jüngst erlesenen Sachverhalt berichten, aber Detailschritte aufgrund der Funktionsweise ihres

¹³ Bisle PStR 2013, 70 (März/2013)= <https://www.iww.de/pstr/schwerpunktthema/steuerstrafprozess-der-steuerfahnder-als-zeuge-in-der-hauptverhandlung-f64302>; Jäger in Klein AO, 2012, § 407 Rz. 6.

¹⁴ Bisle PStR 2013, 70 (März/2013)= <https://www.iww.de/pstr/schwerpunktthema/steuerstrafprozess-der-steuerfahnder-als-zeuge-in-der-hauptverhandlung-f64302>; ähnlich RAG Krumm: <https://community.beck.de/2014/09/22/auch-der-bgh-geht-davon-aus-dass-polizeibeamte-vor-der-zeugenaussage-nat-lich-ihre-unterlagen-lesen>: Ein sicher kontrovers zu diskutierendes Thema ist die Frage, was eine Zeugenaussage eigentlich Wert ist, die nicht mehr tatsächlich auf eigener Erinnerung beruht, sondern vielmehr darauf, dass man vor langer Zeit erstellte Unterlagen liest. Hier ist es dann natürlich schwer abzugrenzen, was noch Erinnerung bzw. wiedergekehrte Erinnerung ist und was nur Wiedergabe von Akteninhalt. Gerade Polizeibeamte greifen auf alte Unterlagen zurück – dies ist angesichts der Anzahl ihrer Vernehmungen meist auch gar nicht verwunderlich. Der BGH hält das auch nicht für anrücklich, sondern für normal: **Denn es liegt nahe anzunehmen, dass Polizeibeamte, die sich erfahrungsgemäß im Wege der vorherigen Durchsicht ihrer Ermittlungsunterlagen auf ihre Vernehmung intensiv vorbereiten, sich an Einzelheiten erinnern können und ihnen die entscheidenden Passagen wörtlich präsent sind** (BGH, Beschluss vom 9. Mai 2001 – 2 StR 111/01, BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 39), BGH, Urteil vom 17.7.2014 – 4 StR 78/14

¹⁵ Ein Dienstvergehen liegt vor, wenn eine Beamtin oder ein Beamter schuldhaft seine Pflichten verletzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG, § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG), sich also an behördliche Anordnungen nicht hält.

Gehirns natürlich nicht mehr auseinanderhalten können. Der Versuch der Verwaltung, diese Zeugen als ideale Zeugen darzustellen, ist natürlich absurd. Sie sind genauso Menschen wie jeder andere und das natürliche Vergessen bzw. auf das natürliche Modifizieren der erlebten Wirklichkeit durch neue ergänzende Informationen funktioniert bei diesen natürlich genauso wie bei jedem anderen Menschen auch. Es wäre ja geradezu schlimm, wenn die Beamten geistig nicht normal funktionieren würden und nicht weiter lernen könnten, sondern auf dem einmal Erlebten stehen bleiben würden. Sie haben natürlich grundsätzlich die gleiche Intelligenz und die gleichen menschlichen Gehirn-Mechanismen wie jeder andere Mensch auch. Vielleicht sogar noch bessere, deswegen sind sie Beamte geworden. Dann funktioniert die Arbeit dieser Optimierung und der Überschreibungsprozess des alten mit dem neuen noch besser. Umso gefährlicher ist es, wenn Sie die Akte dann noch einmal lesen, mit anderen sprechen und den Sachverhalt dann in einer neuen optimierten anderen Version abspeichern als in der ursprünglich erlebten. Damit aber sind sie eben per se keine tauglichen Zeugen mehr und spätestens mit der Aktenlektüre machen Sie ihren eigenen damaligen Wissensstand kaputt – ohnedies zu wissen und zu wollen – aber das ist eben die ganz natürliche menschliche Gehirn-Funktionsweise. Allein, um diese Prozesse deutlich zum Ausdruck zu bringen und dieses unzulässige Verhalten von Behörden-Zeugen endlich abzustellen, macht es natürlich nicht nur Sinn, sondern ist es meines Erachtens verpflichtend, darauf aufmerksam zu machen, dass dies keine echten Zeugen sind, sondern Referenten. Die Vernehmung eines Referenten sieht die StPO allerdings nicht vor. Daher muss ein Widerspruch gegen die Vernehmung eines solchen Referenten eingelegt werden. Der fragliche Sachverhalt kann natürlich auch anders in das Verfahren eingebracht werden, ohne dass solche manipulierten Referentenvorträge in Form von Schein-Zeugenvernehmungen den Prozessbeteiligten, dem Angeklagten und der Öffentlichkeit vorgegaukelt werden.

Bemerkenswert sind auch die Unterschiede, wenn ein Zeuge abliest: bei Behördenzeugen wird das als angeblich normal dargestellt, weil er sich Details nicht merken könne oder so viele Fälle hat, dass dies angeblich nur so geht. Bei den normalen Zeugen wird ein Ablesen im Regelfall unterbunden, da er sich selbst erinnern können muss und ein Vergessen ganz normal ist. Damit misst die Justiz mit zweierlei Maß. Bei Behörden-Zeugen gehen Richter dann davon aus, dass man irgendwie den Sachverhalt aufgrund des Mündlichkeitsgrundsatzes in das Verfahren einbringen müsse, während bei den normalen Zeugen eben ein Vergessen schulterzuckend als normal abgetan wird und dann der Beweis eben nicht durch diesen Zeugen erbracht werden kann. Da ist die Beweiserhebung schon von vornherein manipulativ und misst mit unterschiedlichen Maßstäben.

Und dann beginnt dauernd das Gezeter, wenn ein Zeuge abliest ... von seinen Unterlagen ... aber die behördlichen Zeugen lesen doch quasi auch den Akteninhalt vor – nicht direkt, aber sie haben ihn vorher auswendig gelernt und beten ihn dann aus dem ff herunter ... Teilweise nehmen sie auch ihre Behördenakten dann in der mündlichen Verhandlung ganz offen hervor – das wird in der Gerichtspraxis als normal angesehen während dies

der normale Zeuge eben gerade nicht machen darf. Mit der Gerechtigkeit ist das also schon auch in der Beweisaufnahme bei den Zeugenvernehmungen von vornherein sehr problematisch. Und die Verfahren entwickeln sich schon bei diesen unterschiedlichen Zeugenbehandlungen hinsichtlich des Beweisergebnisses sehr unterschiedlich und willkürlich. Es rentiert sich hier über die Gerichtspraxis weiter nachzudenken und diese Willkür und diese Missstände abzustellen. Es geht schon so los, dass die Fragestellungen nicht protokolliert werden und der Wortlaut der Zeugenaussagen nicht protokolliert wird. Jeder im Gerichtssaal vernimmt seine subjektive Wahrheit, die keineswegs identisch sein muss mit dem, was die anderen gehört, gesehen, kurzum erlebt haben. Das erklärt dann auch die subjektiv unterschiedliche Wahrnehmung, weil natürlich der Zuhörer zwar die Aussage des Zeugen genauso zu dem eigenen Vorwissen dieser neuen Informationen hinzu nimmt und dann neu ablegt, was ein neues Gesamtbild bei dem jeweiligen Zuhörer gibt, das natürlich nicht deckungsgleich mit dem Vorwissen und der Wahrnehmung des nächsten Zuhörers ist. Daher haben dann im Gerichtssaal vielleicht 3, 5 oder 8 Personen die Zeugenvernehmung erlebt, aber unterschiedlich wahrgenommen, die Aussage dann mit dem jeweils bereits vorhandenen Wissen unterschiedlich verknüpft und auf unterschiedliche Schwerpunkte geachtet wurde und bestimmte aus ihrer Sicht signifikante Teile herausgehört. Das führt dazu, dass die gleiche Aussage je nach Vorprägung und vorgefasster Einstellung einen unterschiedlichen Inhalt angeblich hatte – also nur unterschiedlich wahrgenommen wird.

Noch schwieriger ist es eigentlich bei professionellen Behördenzeugen, die „dauernd“ gleichförmige Sachverhalte erleben. Das Klischeedenken und das Erfahrungswissen von dem tatsächlich Erlebten im Einzelfall zu trennen, ist für das menschliche Gehirn auch dieser Zeugen kaum möglich, wenn nicht ganz besondere Umstände hinzutreten, warum sich der Beamte ausgerechnet an diesen Fall erinnern kann. Aber auch da finden natürlich dauernd Überlagerungen und Neuinformationen aufgrund hinzukommender neuer Erkenntnisse aus anderen und ähnlichen Fällen statt ...

Zu Recht erhebt Hof schwerwiegende Bedenken gegen die Funktion der behördlichen „Zeugen“ als Zeugen im Sinne der StPO. Er schreibt: „Bei Polizeizeugen bestehen Bedenken schon hinsichtlich der Wahrnehmung, diese setzen sich fort bei der Abspeicherung von Wahrnehmungen in der Erinnerung und der Kundgabe dieser Umstände in der Hauptverhandlung aus eigener Erinnerung, insbesondere, wenn der Zeuge sich durch Aktenlektüre vorbereitet hat oder diesem die Akte vorgehalten wird. Damit kann jedes einzelne Definitionsmerkmal von Polizeizeugen im Einzelfall nicht erfüllt sein. Sagen Polizeibeamte vor Gericht aus, stellt dies daher an das Gericht entgegen noch verbreiteter Auffassung nicht geringere, sondern höhere Anforderungen bei der Beweisaufnahme und -würdigung als bei anderen Zeugen, wenn deren Aussagen Grundlage des Urteils werden sollen.“¹⁶

Hofs Folgerungen sind zutreffend. Er führt wörtlich aus: „In vielen Fällen dürfte den Aussagen der Polizeizeugen

¹⁶ Hof HRRS 2015, 277 ff.

nur ein geringer Beweiswert zuzusprechen sein. Für die ihnen von Gerichten zugesprochenen besonderen Wahrnehmungs- und Erinnerungsfähigkeiten gibt es keine kognitionswissenschaftliche Bestätigung. Entsprechende gerichtliche Feststellungen sollten daher unterbleiben oder mit Rechtsmitteln angegriffen werden.“

Er hat damit völlig Recht. Die behördlichen Zeugen sind keine Zeugen im Sinne der StPO. Die Einführung von Sachverhalten durch Steufa, Zollfahnder im Rahmen von angeblichen Zeugenbefragungen sind in Wahrheit Aktenvorträge, die die StPO nicht kennt.

Da hilft nach der von BGH vertretenden Doktrin nur die Widerspruchslösung. Es bleibt zu hoffen, dass bald Fälle zum BGH dieser Art kommen, damit er Gelegenheit erhält, mit dieser Mogelpackung der angeblichen Zeugenvernehmung von behördlichen „Zeugen“ aufzuräumen.

So könnte ein Widerspruch gegen die Vernehmung des behördlichen Zeugen aussehen:

„In dem Strafverfahren widerspreche ich der

Vernehmung der Zeugin ...
HZA Karlsruhe

Begründung:

Die sog. „Zeugin“ hat die Akte des Vorverfahrens zur Verfügung und sie hat sich weisungsgemäß auf das heutige Verfahren und auf ihre Aussage durch Lektüre der

Akte vorbereitet. Damit aber erbringt sie keine Zeugenleistung, sondern repetiert lediglich das erst in den letzten Tagen sich wieder Angelesene.

Da eine Trennung zwischen wirklicher eigener Erinnerung und dem Angelesenen nicht möglich ist, sind es keine Erinnerungen, die sie als Zeugin darlegt, sondern optimiertes vermischtes erlerntes Wissen aus den Akten, kurzum Aktenvorträge. Dies aber sieht die StPO nicht vor (vgl. Hof, HRRS 2015, 277 ff.). Die Einführung von Akteninhalten durch eine Art Aktenvortrag eines Referenten ist der StPO fremd und weder ein zulässiges Beweismittel, noch entspricht es dem Unmittelbarkeitsgrundsatz.

Die Annahme, der Richter könne das herausfiltern, was angelesen, von Kollegen gehört und selbst erlernt ist, ist ein Irrglaube, da es den Funktionsweisen des menschlichen Gehirns zuwiderläuft, diese einzelnen Lern- und Erfassungsschritte extrahieren und separieren zu können.

Ich widerspreche daher der falschen Verfahrensführung und der unzulässigen Beweiserhebung, die in Wahrheit nur eine Art Aktenvorträge durch den Referenten sind. Eine Zeugin ist das jedenfalls nicht. Zumal der Referent den Sachverhalt nicht selbst miterlebt hat, sondern allenfalls Teile davon nachträglich erlernt oder erforscht und ermittelt zu haben glaubt. Einen Aktenvortrag oder eine Schilderung eines Ermittlers, der noch unbestimmter und unvollständiger und unzuverlässiger den Sachverhalt in Erfahrung gebracht hat, also ein Zeuge vom Hörensagen, sieht die StPO nicht vor.“

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

96. BVerfG 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (OLG München)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung wegen Mordes (Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; konkrete Hinweise auf aktuelle systemische Defizite im kalifornischen Strafvollzug; Überbelegung von Haftanstalten in Kalifornien; hinreichend sicherer Ausschluss der Todesstrafe; lebenslange Freiheitsstrafe und Möglichkeit der Reststrafaussetzung zur Bewährung; grundsätzliche Achtung fremder Rechtsordnungen; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR als Auslegungshilfen; Menschenwürdegarantie und Haftraumfläche pro Gefangenen; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Auslieferungsverkehr; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; gerichtliche Gefahrprognose trotz Zusicherung; Fehlen einzelfallbezogener Zusicherung; eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 102 GG; Art. 3 EMRK; § 12 IRG; § 73 IRG; Art. 12 AuslV D-USA; Art. 27 AuslV D-USA

97. BVerfG 2 BvR 1763/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2020 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens gegen Ärzte und Pfleger wegen der Fixierung einer Patientin (Klageerzwingungsverfahren; Anspruch auf Strafverfolgung Dritter nur in Ausnahmefällen; staatliche Schutzpflicht; gravierender Eingriff in das Freiheitsgrundrecht durch nicht nur kurzfristige Fixierung; Erschütterung des Vertrauens in das staatliche Gewaltmonopol; strukturell asymmetrische Rechtsverhältnisse; Recht auf effektive Strafverfolgung; Verletzung bei unzureichender Ermittlung der Tatfolgen; Pflicht der Oberlandesgerichte zur Nachprüfung von Opportunitätseinstellungen; Strafbarkeit einer Richterin wegen einer Sachentscheidung nur bei gleichzeitiger Verwirklichung einer Rechtsbeugung).

Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 153 Abs. 1 StPO; § 170 Abs. 2 StPO;

§ 172 Abs. 2 Satz 3 StPO; § 223 Abs. 1 StGB; § 239 Abs. 1 StGB; § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 339 StGB; § 7 PsychKG

98. BVerfG 2 BvR 1832/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (OLG Hamm)

Auslieferung in die Türkei zum Zwecke der Strafverfolgung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; konkrete Hinweise auf drohende politische Verfolgung und menschenrechtswidrige Haftbedingungen; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; Zweifel an der Belastbarkeit; eigene gerichtliche Gefahrprognose; vollständige Verweigerung von Akteneinsicht für den Verteidiger als mögliches Auslieferungshindernis). Art. 16a Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 EMRK; § 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbk

99. BVerfG 2 BvR 2061/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (OLG Hamm / LG Essen)

Einstweilige Anordnung eines Vollstreckungsaufschubs bei einer Freiheitsstrafe (Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; mögliche Haftunfähigkeit wegen schwerwiegender psychiatrischer Erkrankung; abweichende Einschätzungen eines amtsärztlichen Gutachtens und des Anstaltsarztes; Folgenabwägung zugunsten des Verurteilten; erhebliches Gewicht des Freiheitsgrundrechts und der körperlichen Unversehrtheit; ausstehende Entscheidung über eine Anhörungsrüge; Gefahr eines schweren und unabwendbaren Nachteils bei Verweisung auf den Rechtsweg). Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; ; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 455 Abs. 1 StPO

100. BGH 3 StR 225/19 – Beschluss vom 16. Oktober 2019 (LG Stade)

Tenorierung der Adhäsionsentscheidung bei teilweisem Absehen von der Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch.

§ 406 StPO

101. BGH 3 StR 229/19 – Beschluss vom 17. September 2019 (LG Oldenburg)

Eröffnung des Hauptverfahrens (schlüssige und eindeutige Willenserklärung des Gerichts; Verwendung von Vordrucken).

§ 203 StPO; § 207 StPO

102. BGH 3 StR 249/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Köln)

Durchführung des Verfahrens zum Zwecke der selbständigen Anordnung der Einziehung (erforderliche Erklärung der Staatsanwaltschaft); erweiterte Einziehung.

§ 76a Abs. 3 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

103. BGH 3 StR 262/19 – Beschluss vom 16. Oktober 2019 (OLG Celle)

Änderung eines fehlerhaft gefassten Schuldspruchs im Urteilstenor.

§ 260 StPO

104. BGH 3 StR 318/19 – Beschluss vom 30. Oktober 2019 (LG Wuppertal)

Unzulässige Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

105. BGH 3 StR 348/19 – Beschluss vom 15. Oktober 2019 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhafte Entscheidung über die Einziehung von Taterträgen.

§ 73 StGB; § 73c StGB

106. BGH 3 StR 461/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Osnabrück)

Einziehung von Taterträgen (Haftung mehrerer Beteiligter als Gesamtschuldner).

§ 73 StGB; § 421 BGB

107. BGH 3 StR 490/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Hannover)

Kognitionspflicht des Gerichts (keine Bindung an die rechtliche Beurteilung im Eröffnungsbeschluss); Konkurrenzen im Betäubungsmittelrecht (Handeltreiben; Einfuhr; Besitz; Beihilfe; Tateinheit).

§ 264 StPO; § 29 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

1. Das Tatgericht hat aufgrund seiner umfassenden Kognitionspflicht die angeklagten Taten so erschöpfend abzuurteilen, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellen, ohne an die dem Eröffnungsbeschluss und der unverändert zugelassenen Anklage zugrundeliegende rechtliche Beurteilung gebunden zu sein.

2. Beihilfe zur Einfuhr und zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge steht zu einem täterschaftlich begangenen Delikt des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit. Denn in diesem Fall ist der täterschaftliche Besitz kein unselbständiges Teilstück des Geschehens, das in der Einfuhr oder in dem Handeltreiben aufgeht.

108. BGH 5 StR 272/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

109. BGH 3 StR 222/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; fehlende Mitteilung der Tatzeit von Vorverurteilungen).

§ 55 StGB

110. BGH 3 StR 233/19 – Urteil vom 27. November 2019 (LG Lüneburg)

Vorsätzliches Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (keine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit; Anabolika als Arzneimittel; bedenkliche Arzneimittel; Arzneimittelbegriff; unionsrechtliche Vorgaben); Anforderungen an dynamische Verweisungen auf nichtstaatliche Regelungen (Gesetzlichkeitsprinzip; Bestimmtheit; Rechtsstaatlichkeit; Demokratie; Bundesstaatsprinzip).

§ 95 Abs. 1 AMG; § 6a AMG; Art. 103 Abs. 2 GG

111. BGH 3 StR 233/19 – Urteil vom 27. November 2019 (LG Lüneburg)

Vorsätzliches Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (keine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit; Anabolika als Arzneimittel; bedenkliche Arzneimittel; Arzneimittelbegriff; unionsrechtliche Vorgaben); Anforderungen an dynamische Verweisungen auf nichtstaatliche Regelungen (Gesetzlichkeitsprinzip; Bestimmtheit; Rechtsstaatlichkeit; Demokratie; Bundesstaatsprinzip).

§ 95 Abs. 1 AMG; § 6a AMG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Der Senat ist trotz geäußerter Bedenken (s. BGH HRRS 2019 Nr. 72) nicht von der Verfassungswidrigkeit des § 6a Abs. 2 S. 1 AMG in der vom 26.10.2012 – 12.08.2013 geltenden Fassung überzeugt.

2. Art. 103 Abs. 2 GG enthält – gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (siehe zum Ganzen BVerfG HRRS 2016 Nr. 1112) – die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Dabei muss der Gesetzgeber den Tatbestand nicht stets vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben, sondern darf auf andere Vorschriften, auch anderer Normgeber, verweisen.

3. Verweist ein Gesetzgeber dabei auf andere Vorschriften in ihrer jeweils geltenden Fassung (dynamische Verweisung), kann dies dazu führen, dass er den Inhalt seiner Vorschriften nicht mehr in eigener Verantwortung bestimmt und damit der Entscheidung Dritter überlässt. Damit sind dynamische Verweisungen zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber nur in dem Rahmen zulässig, den die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Bundesstaatlichkeit ziehen; grundrechtliche Gesetzesvorbehalte können diesen Rahmen zusätzlich einengen.

4. Eine allgemeine Aussage, welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nicht treffen. Vielmehr ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung mög-

licher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 Abs. 2 GG im Einzelfall nachgekommen ist. Zu prüfen sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen, wobei der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen muss, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist. Auch der Kreis der Normadressaten ist von Bedeutung.

5. Auch eine Verweisung auf Regelungen außerstaatlicher Stellen (hier das Übereinkommen gegen Doping) ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wenn deren Inhalt im Wesentlichen feststeht, liegt kein unzulässiger Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnis vor und ist den sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaats- sowie dem Demokratieprinzip ergebenden Anforderungen Genüge getan.

112. BGH 3 StR 277/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Osnabrück)

Gesamtschuldnerische Haftung bei der Einziehung von Taterträgen.
§ 73 StGB; § 421 BGB

113. BGH 3 StR 323/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Düsseldorf)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Betrug durch den Vertrieb von Aktien (Tatherrschaft; Interesse am Taterfolg; wertende Gesamtbetrachtung; untergeordnete Hilfstätigkeiten; keine Beteiligung am eigentlichen Verkaufsgeschehen).
§ 263 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

114. BGH 3 StR 323/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Düsseldorf)

Änderung der Einziehungsanordnung (Additionsfehler bei der Schadensberechnung).
§ 73 StGB

115. BGH 3 StR 342/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Koblenz)

Gewahrsam (Wegnahme; Raub; Diebstahl; Vollendung; kleine Gegenstände; Einstecken in die Kleidung; kurzfristige Übergabe; Gewahrsamslockerung).
§ 242 StGB; § 249 StGB

116. BGH 3 StR 401/19 – Urteil vom 12. Dezember 2019 (LG Düsseldorf)

Strafzumessung bei der Verurteilung wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (minder schwerer Fall; Alter des Tatopfers; Aufgabe des Tatgerichts; eingeschränkte Revisibilität; keine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle; Anforderungen an die Darlegung in den Urteilsgründen).
§ 46 StGB; § 176a StGB; § 267 StPO

Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in diese Einzelakte der Strafzumessung ist nur möglich, wenn dem Tatgericht ein Rechtsfehler unterlaufen ist, etwa weil es gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen hat oder sich die verhängte Strafe von ihrer Bestimmung löst,

gerechter Schuldausgleich zu sein. Diese Maßstäbe gelten auch für die vom Tatgericht vorzunehmende Prüfung, ob ein minder schwerer Fall vorliegt. Bei der dabei gebotenen Gesamtabwägung unterliegt es seinem pflichtgemäßen Ermessen, welches Gewicht es den einzelnen Milderungsgründen im Verhältnis zu den Erschwerungsgründen beimisst; seine Wertung ist vom Revisionsgericht nur begrenzt nachprüfbar.

117. BGH 3 StR 409/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Düsseldorf)

Teilbeschränkung innerhalb der Einziehungsentscheidung.
§ 423 Abs. 1 StPO

118. BGH 3 StR 414/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafte Bestimmung des vorweg zu vollstreckenden Teils der Freiheitsstrafe.
§ 67 Abs. 2 StGB

119. BGH 3 StR 436/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Düsseldorf)

Adhäsionsausspruch (Zeitpunkt des Zinsbeginns; Feststellungsausspruch).
§ 404 StPO; § 406 StPO

120. BGH 3 StR 437/19 – Beschluss vom 29. Oktober 2019 (LG Kleve)

Tenorierung bei Verurteilung wegen Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung/Zwangsprostitution nach altem und neuem Recht.
§ 232 StGB; § 232a StGB; § 260 Abs. 4 StPO

121. BGH 3 StR 499/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Stade)

Änderung des Schuldspruchs und Nachholung des Teilfreispruchs bei Verurteilung wegen Betäubungsmitteldeiktlen.
§ 29 BtMG; § 260 StPO; § 354 Abs. 1 StPO;

122. BGH 3 StR 501/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Mönchengladbach)

Fahrlässige Brandstiftung (teilweisen Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung).
§ 306d StGB; § 306a Abs. 1 StGB

123. BGH 3 StR 514/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Mönchengladbach)

Kurze Freiheitsstrafe (Unerlässlichkeit zur Verteidigung der Rechtsordnung); minder schwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung (fehlende Gesamtwürdigung).
§ 47 StGB; § 224 StGB

124. BGH 3 StR 521/18 – Urteil vom 17. Oktober 2019 (LG Osnabrück)

BGHR; banden- und gewerbsmäßige Hehlerei (persönliche Merkmale; Beihilfe; Durchbrechung der Akzessorität; Mittäterschaft; Zurechnung von Bandentaten); Urkundenfälschung durch Verändern der Fahrzeugidentifikationsnummer eines Kfz (Gebrauchen einer Urkunde); mittelbare Falschbeurkundung (Zulassungsbescheinigung Teil I als öffentliche Urkunde); Geldwäsche; Einziehung von Taterträgen.

§ 27 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 und 4 StGB; § 271 StGB; § 261 StGB; § 73 StGB

125. BGH 3 StR 529/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Krefeld)

Diebstahlsqualifikationen (schwerer Wohnungseinbruchsdiebstahl; schwerer Bandendiebstahl; Idealkonkurrenz; Konkurrenzen bei mehreren an einer Tatserie beteiligten Personen).
§ 242 StGB; § 244 Abs. 4 StGB; § 244a StGB; § 52 StGB

126. BGH 3 StR 561/18 – Urteil vom 14. November 2019 (LG Osnabrück)

Beihilfe zum Einschleusen mit Todesfolge (Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts; Unerlaubtsein der Einreise; das Leben gefährdende Behandlung; Hilfeleisten; Merkmal der „Geschleusten“).
§ 95 Abs. 1 AufenthG; § 96 AufenthG; § 97 AufenthG; § 27 StGB

127. BGH 5 StR 333/19 – Urteil vom 9. Januar 2020 (LG Hamburg)

Geiselnahme (Bemächtigungslage; funktionaler Zusammenhang; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe); schwere Vergewaltigung (Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs; anales Einführen eines Dildos; konkludente Drohung).
§ 177 Abs. 5, Abs. 8 StGB; § 239b StGB

128. BGH 5 StR 366/19 – Beschluss vom 8. Januar 2020 (LG Saarbrücken)

BGHSt; Untreue (Haushaltsuntreue; Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; Pflichtverletzung; evidente und schwerwiegende Verstöße; gravierende Pflichtverletzung; individueller Schadenseinschlag bei Beauftragung rechtswidriger Dienstleistungen; Untreue durch Unterlassen); keine Verletzung des gesetzlichen Richters durch Überschreitung der zulässigen Tagesarbeitszeit; mitteilungspflichtige verständigungsbezogene Gespräche (Anregung der Verfahrenseinstellung; einseitiges Ansinnen des Verteidigers); prozessualer Tatbegriff.
§ 266 StGB; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 243 Abs. 4 StPO; § 264 StPO

129. BGH 5 StR 391/19 – Urteil vom 11. Dezember 2019 (LG Dresden)

Beweiswürdigung (lediglich teilweise Glaubhaftigkeit der Angaben des einzigen Belastungszeugen).
§ 261 StPO

130. BGH 5 StR 464/19 – Beschluss vom 12. Dezember 2019 (LG Dresden)

Eigennützigkeit als Voraussetzung des (mit-)täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln; keine Anwendbarkeit der verbotenen Vernehmungsmethoden bei anderweitiger Beschaffung von Beweismaterial; Beschlagnahme (freiwillige Herausgabe).
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 94 StPO; § 136a StPO

131. BGH 5 StR 467/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Bremen)

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot durch strafschärfende Berücksichtigung der unterbliebenen Abstandnahme von der Tat.
§ 46 Abs. 3 StGB

132. BGH 5 StR 469/19 – Beschluss vom 11. Dezember 2019 (LG Berlin)

Sachlich-rechtlich fehlerhaftes Unterlassen der Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beschaffungskriminalität als Indiz sozialer Gefährdung).
§ 64 StGB

133. BGH 5 StR 486/19 – Beschluss vom 11. Dezember 2019 (LG Braunschweig)

Tätigkeit als Sparkassenangestellter als Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung (Daseinsvorsorge; Amtsträger; Kreditversorgung; Rückabwicklung von Kreditverträgen); Antrag als Voraussetzung einer Einziehung von Taterträgen im subjektiven Verfahren.
§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB; § 73 StGB; § 435 StPO

134. BGH 5 StR 516/19 – Beschluss vom 12. Dezember 2019 (LG Görlitz)

Fehlende nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Vorverurteilung; Zäsurwirkung Erledigung).
§ 55 StGB

135. BGH 5 StR 529/19 – Beschluss vom 9. Januar 2020 (LG Leipzig)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (widersprüchlich und lückenhaft; tragfähige Tatsachengrundlage; Verdacht; Zweifelssatz).
§ 261 StPO

136. BGH 5 StR 530/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Leipzig)

Ausschluss der Öffentlichkeit bei den Schlussanträgen nach Ausschluss während Teilen der Hauptverhandlung.
§ 171b GVG

137. BGH 5 StR 537/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Bremen)

Erstreckung der Einziehung von Wertersatz auf durch Betrug erlangte Sozialleistungen (Erlöschen eines dem Verletzten aus der Tat erwachsenen Anspruchs; keine Entstehung des Rückerstattungsanspruchs zu Gunsten des Leistungsträgers).
§ 73 StGB; § 73c StGB; § 73e StGB

138. BGH 5 StR 539/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Berlin)

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig.
§ 45 StPO

139. BGH 5 StR 564/19 – Beschluss vom 8. Januar 2020 (LG Chemnitz)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (mangelnde Therapiebereitschaft; Erfolgsaussicht der Unterbringung; Gesamtwürdigung).
§ 64 StGB

Zwar kann mangelnde Therapiebereitschaft gegen die Erfolgsaussicht der Unterbringung in einer Entziehungs-

anstalt sprechen. In einem solchen Fall ist es aber geboten, im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände (z. B. Alter, Einsicht in die Rauschmittelabhängigkeit) die Gründe des angenommenen Motivationsmangels festzustellen und zu prüfen, ob eine ernsthafte Therapiewilligkeit für eine erfolgsversprechende Behandlung geweckt werden kann.

140. BGH 5 StR 578/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Bremen)

Tateinheitlich begangene Waffendelikte bei gleichzeitiger Ausübung der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen.

§ 52 WaffG; § 52 StGB

141. BGH 5 StR 589/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wegen diagnostizierter Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ (Handeln aufgrund eines unwiderstehlichen Zwangs; Persönlichkeitsstörung allein ermöglicht keine Aussage über Schuldfähigkeit; Darlegungsanforderungen).

§ 63 StGB; § 20 StGB

142. BGH 5 StR 608/19 – Beschluss vom 9. Januar 2020 (LG Berlin)

Tateinheitliche Begehung des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern.

§ 176a StGB; § 52 StGB

143. BGH 5 StR 610/19 – Beschluss vom 11. Dezember 2019 (LG Zwickau)

Bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln (jederzeit zu realisierende Herrschaftsmöglichkeit); Nachträgliche Gesamtstrafe (Härteausgleich bei Zusammentreffen mit Jugendstrafe).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 55 StGB

144. BGH AK 62/19 – Beschluss vom 15. Januar 2020

Fortdauer der Untersuchungshaft wegen des dringenden Tatverdachts eines aus politischen Motiven verübten Mordes („Fall Lübcke“); politische Motivation als niedriger Beweggrund; Strafgerichtsbarkeit des Bundes (speziell staatsgefährdender Charakter; besondere Bedeutung).

§ 112 StPO; § 120 Abs. 2 GVG; § 211 StGB

1. Eine politische Tatmotivation ist jenseits des Widerstandsrechts aus Art. 20 Abs. 4 GG nach allgemeiner sittlicher Anschauung grundsätzlich verachtenswert und steht auf tiefster Stufe, da die bewusste Missachtung des Prinzips der Gewaltfreiheit der politischen Auseinandersetzung durch physische Vernichtung politischer Gegner mit der Rechtsordnung schlichtweg unvereinbar ist. Die Tötung eines Menschen aus politischen Gründen erfüllt demnach regelmäßig die Voraussetzung eines Mordes (§ 211 StGB) aus niedrigen Beweggründen.

2. Der spezifisch staatsgefährdende Charakter eines Katalogdelikts im Sinne von § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a GVG ist insbesondere dann gegeben, wenn die Tat der

Feindschaft des Täters gegen das freiheitlich-demokratische Staats- und Gesellschaftssystem der Bundesrepublik Deutschland entspringt und er seine Opfer nur deshalb auswählt, weil sie dieses System als Amtsträger oder in sonstiger Weise repräsentieren, oder ohne jeden persönlichen Bezug lediglich deshalb angreift, weil sie Bürger oder Einwohner der Bundesrepublik Deutschland sind oder sich im Bundesgebiet aufhalten.

3. Die besondere Bedeutung im Sinne des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn es sich bei der Tat unter Beachtung des Ausmaßes der eingetretenen Rechtsgutsverletzung um ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht handelt, das die Schutzgüter des Gesamtstaats in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein die Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht geboten ist. Die Beurteilung der Bedeutung des Falles erfordert dabei eine Gesamtwürdigung der Umstände und Auswirkungen der Tat unter besonderer Berücksichtigung ihres Angriffs auf das jeweils betroffene Rechtsgut des Gesamtstaats, hier der inneren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland.

4. Allein die Schwere der Tat und das Ausmaß der von ihr hervorgerufenen Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter vermögen für sich die besondere Bedeutung im Sinne des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG nicht zu begründen; allenfalls können die konkrete Tat- und Schuld schwere den Grad der Gefährdung bundesstaatlicher Belange mitbestimmen. Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung sind neben dem individuellen Schuld- und Unrechtsgehalt auch die konkreten Auswirkungen für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und ihr Erscheinungsbild gegenüber Staaten mit gleichen Wertvorstellungen in den Blick zu nehmen. Zudem ist zu beachten, welche Signalwirkung von der Tat für potentielle Nachahmer ausgeht.

145. BGH AK 64/19 – Beschluss vom 15. Januar 2020

Kein dringender Tatverdacht wegen Beihilfe zum Mord („Fall Lübcke“; Gehilfenvorsatz; Konkretisierung der Haupttat).

§ 112 StPO; § 211 StGB; § 27 StGB

Gehilfenvorsatz erfordert, dass der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Einzelheiten der Haupttat muss er dabei nicht kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr haben. Allerdings ist ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen. Zudem muss der Hilfeleistende wissen, dass seine Hilfe an sich geeignet ist, die fremde Haupttat zu fördern.

146. BGH StB 21/19 – Beschluss vom 22. August 2019

Fortdauer der Untersuchungshaft wegen des dringenden Tatverdachts der Beihilfe zu einem aus politischen Moti-

ven verübten Mord („Fall Lübcke“); politische Motivation als niedriger Beweggrund; Gehilfenvorsatz (Konkretisierung der Haupttat); Strafgerichtsbarkeit des Bundes (spezifisch staatsgefährdender Charakter; besondere Bedeutung).

§ 112 StPO; § 120 Abs. 2 GVG; § 211 StGB; § 27 StGB

147. BGH 1 StR 182/19 – Urteil vom 19. Dezember 2019 (LG Kempten)

Untreue (Vermögensnachteil: keine Gesamtsaldierung bei einseitigen Geschäften; Konkurrenzverhältnis zum Betrug bei Täuschung durch Vermögensbetreuungspflichten).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

148. BGH 1 StR 312/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019 (LG Hanau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

149. BGH 1 StR 415/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Aschaffenburg)

Gesamtstrafenbildung (Zumessung der Gesamtstrafe nach gesamtstrafenspezifischen Kriterien).

§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB

150. BGH 1 StR 475/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Baden-Baden)

Strafaussetzung zur Bewährung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 56 Abs. 2 StGB

151. BGH 1 StR 517/19 – Beschluss vom 5. Dezember 2019 (LG Augsburg)

Ablehnung eines Beweisantrages (Begriff der Unerreichbarkeit; zwingende Ablehnung in der Form eines Gerichtsbeschlusses).

§ 244 Abs. 3 Satz 1, Satz 3 Nr. 5; Abs. 6 Satz 1 StPO

152. BGH 1 StR 540/19 – Beschluss vom 5. Dezember 2019 (LG Stuttgart)

Mittäterschaft (Exzess des Mittäters: Raub nach fehlgeschlagenem Betrugsversuch).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 249 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

153. BGH 1 StR 58/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Kiel)

Anfrage- und Vorlageverfahren; Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn).

§ 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG; § 266a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 78a Satz 1 StGB

154. BGH 1 StR 634/18 – Urteil vom 11. Juli 2019 (LG Frankfurt a. M.)

BGHSt; Steuerhhehlerei (Anstiftung zur Steuerhinterziehung als mitbestrafte Vortat einer späteren Steuerhhehlerei; Unterschied zur allgemeinen Hhehlerei; Steuerhhehlerei durch Ankauf von Zigaretten ohne Steuerzeichen: keine gleichzeitige Strafbarkeit wegen des Verstoßes gegen die Pflicht zur Verwendung von Steuerzeichen und gegen die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung nach dem TabStG); Einziehung (Erlangtes Etwas bei der Steu-

erhhehlerei: kein Erlangen der durch den Lieferanten hinterzogenen Steuern).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2, 3 AO; § 374 AO; § 17 TabStG; § 23 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 TabStG; § 73 Abs. 1 StGB

155. BGH 2 StR 155/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Gießen)

Befugnis zum Anschluss als Nebenkläger (Antragsbefugnis des Betreuers).

§ 395 Abs. 1 Nr. 4 StPO; § 1896 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 BGB

156. BGH 2 StR 172/19 – Beschluss vom 30. Juli 2019 (LG Darmstadt)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Anforderungen an die Darstellung des Vorliegens von Eingangsmerkmalen; Gesamtwürdigung mehrerer Ursachen der Schuldunfähigkeit; Gesamtwürdigung bei hoher Alkoholtoleranz; Aussicht auf einen Behandlungserfolg; Therapiewille); Vollrausch (Tenorierung).

§ 20 StGB; § 323a StGB

157. BGH 2 StR 175/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Darmstadt)

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Unbeachtlichkeit der nachträglichen Präzisierung der Sachrüge).

§ 400 Abs. 1 StPO

Die erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist erfolgte Präzisierung der Sachrüge ist für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels unbeachtlich.

158. BGH 2 StR 175/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens des Vertreters an den Nebenkläger).

§ 44 StPO; § 345 StPO; § 85 Abs. ZPO

159. BGH 2 StR 175/19 – Urteil vom 20. November 2019 (LG Darmstadt)

Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

160. BGH 2 StR 194/19 – Urteil vom 18. Dezember 2019 (LG Rostock)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Anwendbarkeit im Jugendstrafrecht).

§ 73 StGB; § 2 Abs. 2 GG; § 6 JGG; § 8 Abs. 3 JGG

161. BGH 2 StR 266/18 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Darmstadt)

Adhäsionsverfahren (Entscheidung über Rechtsmittel).

§ 406a Abs. 2 Satz 2 StPO

162. BGH 2 StR 54/19 – Urteil vom 20. November 2019 (LG Köln)

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Erlangtes bei mehreren Beteiligten).

§ 73c Abs. 1 StGB

163. BGH 2 StR 294/19 – Urteil vom 23. Oktober 2019 (LG Marburg)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen bei räumlicher Entfernung).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

164. BGH 2 StR 354/19 – Beschluss vom 17. Dezember 2019 (LG Hanau)

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

165. BGH 2 StR 357/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Aachen)

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

166. BGH 2 StR 378/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Hanau)

Minder schwerer Fall des Totschlags (erforderlicher Zusammenhang zwischen Provokation und Tatbegehung).
§ 213 1. Alt. StGB

167. BGH 2 StR 404/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Wiesbaden)

Grundsätze der Strafzumessung (tateinheitliches Zusammentreffen des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln und des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln).
§ 46 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG

168. BGH 2 StR 415/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Kassel)

Mord (gemeingefährliches Mittel: Abgrenzung zur Mehrfachtötung).
§ 211 Abs. 2 Var. 7 StGB

169. BGH 2 StR 512/19 – Beschluss vom 18. Dezember 2019 (LG Aachen)

Zusammentreffen von Milderungsgründen (Gesamtwürdigung für die konkrete Strafzumessung; Auswahl bei zwei zur Verfügung stehenden Straffrahmen).
§ 21 StGB; § 50 StGB

170. BGH 2 StR 563/18 – Urteil vom 11. September 2019 (LG Hanau)

Begehen durch Unterlassen (Garantenstellung aufgrund: Zugehörigkeit zu einer Fahrengemeinschaft, tatsächlicher Übernahme kraft Kenntnis von Hilfsbedürftigkeit, abgebrochener Hilfeleistung, Ingerenz nach Abgabe nicht regulierter Rauschmittel, Eröffnung einer Gefahrenquelle bei eigenmächtigem Verhalten eines Dritten; eigenverantwortliche Selbstgefährdung).
§ 13 Abs. 1 StGB; § 323c Abs. 1 StGB; § 212 StGB

171. BGH 2 ARs 204/19 – Beschluss vom 30. Oktober 2019

Anschluss an die dem Anfragebeschluss zugrundeliegende Rechtsansicht.

172. BGH 4 StR 136/19 – Beschluss vom 10. Dezember 2019 (LG Halle)

Subventionsbetrug (Beginn der Verjährung bei Auszahlung von Teilbeträgen).
§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB

173. BGH 4 StR 158/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Freiburg)

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

174. BGH 4 StR 158/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Freiburg)

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

Eine vom Generalbundesanwalt beantragte Schuld-spruchänderung, welcher der Senat nicht folgen will, steht einer Verwerfung des Rechtsmittels durch Beschluss nicht entgegen. Daran ändert der Umstand, dass sich der Generalbundesanwalt auch auf Absatz 4 des § 349 StPO bezogen hat, nichts.

175. BGH 4 StR 187/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019 (LG Halle)

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

176. BGH 4 StR 306/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019

Adhäsionsverfahren (Antrag des Verletzten: gesonderte Entscheidung in jeweiliger Instanz).
§ 397a Abs. 1 StPO; § 404 Abs. 5 Satz 2 StPO

177. BGH 4 StR 331/19 – Beschluss vom 18. Dezember 2019 (LG Arnberg)

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

178. BGH 4 StR 348/19 – Beschluss vom 25. September 2019 (LG Arnberg)

Vorsatz (dolus subsequens); Urteilsgründe (Widerspruchsfreiheit hinsichtlich des Vorsatzes).
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

179. BGH 4 StR 359/19 – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (LG Bochum)

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

180. BGH 4 StR 440/19 – Beschluss vom 15. Januar 2020 (LG Nürnberg-Fürth)

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

181. BGH 4 StR 485/19 – Beschluss vom 17. Dezember 2019 (LG Dessau-Roßlau)

Vorsatz (bedingter Vorsatz); Brandstiftung (Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes).
§ 15 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB

182. BGH 4 StR 496/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019 (LG Bielefeld)

Urteilsgründe (Darlegung wesentlicher Anknüpfungstat-sachen aus Gutachten eines Sachverständigen: molekular-genetische Vergleichsuntersuchungen).
§ 267 StPO

183. BGH 4 StR 496/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019 (LG Bielefeld)

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

184. BGH 4 StR 500/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Arnsberg)

Rücktritt (Freiwilligkeit); Grundsätze der Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot: Altersgefälle bei Missbrauch eines Kindes).
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

185. BGH 4 StR 509/19 – Beschluss vom 18. Dezember 2019 (LG Paderborn)

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

186. BGH 4 StR 553/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Essen)

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

187. BGH 4 StR 560/19 – Beschluss vom 19. Dezember 2019 (LG Hamburg)

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

188. BGH 4 StR 582/19 – Beschluss vom 18. Dezember 2019 (LG Bielefeld)

Tateinheit (Deliktserie unter Beteiligung mehrerer Personen).
§ 52 Abs. 1 StGB

189. BGH 4 StR 582/19 – Beschluss vom 18. Dezember 2019 (LG Bielefeld)

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