

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.

Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich

(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA

Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Hendrik Schneider*, Univ. Leipzig – **Getarnte „Kopfprämien“ – Strafrechtliche Grenzen der Kooperation zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern** S. 484

Prof. Dr. *Christoph Gusy*, Univ. Bielefeld – **Verfassungsverwirklichung durch Verwendung und Nichtverwendung von Informationen im Strafprozess** (zugl. Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 890) S. 489

RA und Steuerberater Dr. *Ingo Flore*, Dortmund – **Strafzumessungsraster bei Steuerhinterziehung?** (zugl. Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 27) S. 493

Akad. Rätin a.Z. Dr. *Bettina Noltenius*, Univ. Bonn – **„Verhältnismäßige“ Gerechtigkeit im Strafmaß?** (zugl. Anmerkung zu LG Itzehoe HRRS 2009 Nr. 362) S. 499

RA Dr. *Jan Schlösser*, Berlin – **Die strafrechtliche Seite des Falles „Emmely“** S. 509

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR (Pietiläinen v. Finnland) **Unverhältnismäßiger Rechtsentzug durch Verwerfung eines Rechtsmittels infolge Abwesenheit des Angeklagten**

VerfGH Berlin **Menschenunwürdige Haftunterbringung in 5,25 m²-Zelle**

BVerfG **Nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus**

BVerfG **Freiheitsrecht auf Auslieferungsschutz und Substitution von Verfahrenshandlungen bei der Verjährung**

BGHR **Gewerbsmäßigkeit iS des § 146 I Nr. 2, II StGB**

BGH **„Andere Waffe“ iS des § 121 III 2 Nr. 2 StGB**

BGH **Revisionserstreckung bei Verstoß gegen § 67 II 2 und 3 StGB**

BGHSt **Rechtskraft des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts auch nach nachträglicher Abschaffung des Rechtsmittelverzichts**

BGHSt **Untreuestrafbarkeit von Zuwendungen an Betriebsräte**

BGHR **Belehrungspflicht nach Spontanäußerungen**

Die Ausgabe umfasst 97 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

SCHRIFTLICHTUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

10. Jahrgang, November 2009, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

981. EGMR Nr. 13566/06 – Urteil vom 22. September 2009 (Pietiläinen v. Finland)

Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren in Rechtsmittelverfahren (Verwerfung eines Rechtsmittels infolge unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten; Recht auf effektiven Verteidigerbeistand; Berufung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 329 StPO

1. Auch wenn der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung eine entscheidende Bedeutung zukommt, ist nicht zu verkennen, dass das Recht auf eine effektive Verteidigung durch einen Verteidiger für die Fairness des Strafverfahrens sowohl in der ersten Instanz als auch in einem Rechtsmittelverfahren von gleichermaßen entscheidender Bedeutung ist. Wenn der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung

unentschuldigter Abwesenheit nicht zur Verhandlung erscheint, geht das Recht auf effektiven Verteidigerbeistand vor. Die Gerichte müssen dem Verteidiger in diesem Fall die Möglichkeit geben, den Angeklagten in seiner Abwesenheit zu verteidigen.

2. Die nationale Gesetzgebung muss zwar in der Lage sein, der unentschuldigten Abwesenheit des Angeklagten entgegenzuwirken. Der Angeklagte darf sein Recht auf die Verteidigung durch einen Verteidiger aber nicht allein deshalb verlieren, weil er in der Hauptverhandlung nicht anwesend ist. Eine solche Verfahrenssanktion ist angesichts vorhandener milderer Mittel unverhältnismäßig.

3. Die EMRK ist geschaffen, um konkrete und wirksame Rechte zu garantieren. Das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK ist auch in Rechtsmittelverfahren

nur dann konkret und wirksam gewährleistet, wenn der Angeklagte tatsächlich effektiv angehört und sein Vortrag durch das Gericht angemessen geprüft wurde.

1029. VerfGH Berlin VerfGH 184/07 – Beschluss vom 3. November 2009 (KG/LG Berlin)

Menschenwürde; Haftraumgröße; JVA Berlin-Tegel; Einweisungsabteilung; LVerfGE; Minimalstandards (Wahrung bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse); Rechtsschutzinteresse nach Beendigung einer beanstandeten Inhaftierung (mögliche Verletzung der Menschenwürde); Rechtswegerschöpfung (offensichtlich aussichtslose Anhörungsrüge); keine Berufung auf „besondere Verhältnisse“ in einer Anstalt; Pflicht zur Verlegung); Kriterien für Menschenwürdeverstoß durch Unterbringung in der Haft (Fläche; Dauer; Gestaltung; Absehbarkeit des Endes).

Art. 6 Satz 1 VvB; Art. 15 Abs. 1 VvB; § 49 Abs. 2 Satz 1 BerlVerfGHG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 144 StVollzG; 33a StPO

1. Angesichts der besonderen Verantwortung des Staates für Strafgefangene, die der Staatsgewalt unmittelbar unterworfen sind, dürfen zur Wahrung der Menschenwürde auch bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse bestimmte Minimalstandards der Haftbedingungen nicht unterschritten werden. (LVerfGE)

2. Ob die Unterbringung in einem Haftraum (hier: Einzelhaftraum von 5,25 qm Bodenfläche mit räumlich nicht abgetrennter Toilette) gegen die Menschenwürde verstößt, ist im Rahmen einer Gesamtschau anhand der konkreten Umstände, insbesondere der Größe des Haftraums, der Gestaltung des Sanitärbereichs, aber auch der täglichen Einschlusszeiten und der Dauer der Unterbringung zu beurteilen. (LVerfGE)

3. In Verfahren, die die Haftraumunterbringung eines Gefangenen betreffen, entfällt das Rechtsschutzinteresse nicht mit der Beendigung der beanstandeten Unterbringung, sofern eine Verletzung der Menschenwürde durch die Art und Weise der Unterbringung möglich erscheint. (Bearbeiter)

4. Der Rechtsweg ist auch dann im Sinne des § 49 Abs. 2 Satz 1 BerlVerfGHG erschöpft, wenn der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde keine Anhörungsrüge (§ 33a StPO) erhoben hat, obwohl er sich zur Begründung seiner Verfassungsbeschwerde auch auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs beruft, wenn diese Rüge offensichtlich allein auf unzutreffenden Annahmen über Inhalt und Grenzen dieses Grundrechts beruht. (Bearbeiter)

5. Die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Der öffentlichen Gewalt ist danach jede Behandlung verboten, die die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt. (Bearbeiter)

6. Die durch das Sozialstaatsprinzip bekräftigte Verpflichtung des Staates zum Schutz der Menschenwürde schließt die Pflicht zu aktiver Gewährleistung der materi-

ellen Mindestvoraussetzungen menschenwürdiger Existenz ein. Für den Strafvollzug bedeutet dies, dass die Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins dem Gefangenen auch in der Haft erhalten bleiben müssen und der Staat zu den dafür erforderlichen Leistungen verpflichtet ist. (Bearbeiter)

7. Kann aufgrund der besonderen Verhältnisse in einer bestimmten Anstalt den Anforderungen, die sich aus der Pflicht zum Schutz der Menschenwürde ergeben, einem Gefangenen gegenüber nicht entsprochen werden, so ist dieser in eine andere Anstalt zu verlegen. (Bearbeiter)

8. Auch bei der Unterbringung in Einzelräumen muss dem Gefangenen ein ausreichender Raum verbleiben, damit er in der streng fremdbestimmten Welt des Strafvollzugs in seinem persönlichen Lebensbereich ungestört seinen Bedürfnissen nachgehen kann. (Bearbeiter)

9. Für die Frage, welche Haftbedingungen gegen die Menschenwürde des Gefangenen verstoßen, ist – neben der Gestaltung der Zelle und der Absehbarkeit der Beendigung der Unterbringung – auch auf die Dauer der Unterbringung abzustellen. Mit zunehmender Dauer der Haft wachsen die Belastungen, die sich aus der Unterbringung in einem kleinen Raum mit räumlich nicht abgetrennter Toilette ergeben, bis sie so schwerwiegend sind, dass die Schwelle einer Missachtung des Eigenwerts der Person erreicht ist. Während danach die Unterbringung eines Gefangenen in einem vergleichbaren Haftraum für eine von vornherein begrenzte zweiwöchige Übergangszeit unter Umständen zumutbar sein kann, ist diese Schwelle bei einem Zeitraum von 89 Tagen eindeutig überschritten. (Bearbeiter)

10. Im Fall der Unterbringung in einem Einzelhaftraum verstößt allein die fehlende Abtrennung der Toilette vom übrigen Raum nicht den Anspruch des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde, weil anders als im Fall der Mehrfachbelegung eines Raumes mit offener Toilette nicht in die Intimsphäre der Strafgefangenen eingegriffen wird (BVerfG, EuGRZ 2008, 83, 84). (Bearbeiter)

11. Einzelfall des Verstoßes bei einer 5,25 m² großen Haftzelle. (Bearbeiter)

1031. BVerfG 2 BvR 2098/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. August 2009 (BGH/ Frankfurt am Main)

Nachträglich angeordnete Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus); Rückwirkungsverbot; Doppelbestrafungsverbot; verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz (Rückbewirkung; Rückanknüpfung; Rechtskraft); Gleichbehandlungsgrundsatz; BGH 2 StR 320/08.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 66b Abs. 3 StGB; § 63 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 66b Abs. 3 StGB

1. Die Regelung des § 66b Abs. 3 StGB, nach der unter den dort genannten Voraussetzungen nachträglich eine Sicherungsverwahrung angeordnet werden kann, wenn

eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden ist, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder verminderte Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, ist verfassungsgemäß.

2. Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Als präventive Maßnahme, deren Zweck es nicht ist, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen, fällt die Sicherungsverwahrung daher nicht in den Anwendungsbereich des Rückwirkungsverbotes (vgl. BVerfGE 109, 133, 167 ff.; 109, 190, 219).

3. Das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG verbietet nur die erneute Bestrafung als missbilligende und vergeltende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes Unrecht; es betrifft nicht die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung.

4. Die Regelung des § 66b Abs. 3 StGB verletzt nicht das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot (Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG), insbesondere auch soweit sie so genannten Altfällen betrifft, nicht, da es sich im Grundsatz in diesen Fällen um eine verfassungsrechtlich gerechtfertigte tatbestandliche Rückanknüpfung handelt, die durch das überragende Gemeinwohlinteresse eines effektiven Schutzes der Allgemeinheit vor einzelnen hochgefährlichen Straftätern gerechtfertigt ist.

5. Soweit die Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB im Einzelfall zu einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen führen kann, sind die verfassungsrechtlichen Grenzen gewahrt, da das Rechtsstaatsprinzip, hier in Verbindung mit dem Freiheitsgrundrecht, einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen nur entgegen steht, soweit diese sich zum Nachteil eines betroffenen Grundrechtsträgers auswirkt (vgl. BVerfGE 109, 133, 183). Die nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 in Verbindung mit § 67d Abs. 6 StGB stellt im Kern nur die die Überweisung von einer zeitlich nicht begrenzten freiheitsentziehenden Maßnahme in eine andere dar, wobei verschärfte Anordnungsvoraussetzungen eingreifen.

6. Zwingende Gründe des gemeinen Wohls können auch eine Durchbrechung des grundsätzlichen rechtsstaatlichen Verbots der rückwirkenden Änderung von Rechtsfolgen zugunsten der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers rechtfertigen.

7. Es begegnet keinen Bedenken, wenn § 66b Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 67d Abs. 6 StGB für die Zukunft dazu führt, dass Strafurteilen, in denen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet, die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung jedoch abgelehnt wird, von vornherein auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Strafurteils (formelle Rechtskraft) nur begrenzte Bindungswirkung (materielle Rechtskraft) zukommt.

1030. BVerfG 2 BvR 1826/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. September 2009 (GStA München/OLG München)

Auslieferung (Europäischer Haftbefehl; Strafverfolgung; Verjährung; Substitution ausländischer Verfahrenshandlungen als verjährungsunterbrechend; Begrenzung der gegenseitigen Anerkennung durch die Grundrechte).

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG; § 9 Nr. 2 IRG; § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB

1. Der Zweck des Freiheitsrechts auf Auslieferungsschutz liegt nicht darin, den Betroffenen einer gerechten Bestrafung zu entziehen (BVerfGE 29, 183, 193; 113, 273, 293). Vielmehr sollen Bürger nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden. Jeder Staatsangehörige soll – soweit er sich im Staatsgebiet aufhält – vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen bewahrt werden (BVerfGE 29, 183, 193; 113, 273, 293).

2. Eine Auslegung von § 9 Nr. 2 IRG in der Weise, dass bei konkurrierender Gerichtsbarkeit die Auslieferung Deutscher zur Strafverfolgung auch dann zulässig ist, wenn die Tat im Inland wegen Verfolgungsverjährung nicht mehr geahndet werden kann, die Strafverfolgungsbehörden des ersuchenden Staates jedoch Handlungen vorgenommen haben, die „ihrer Art nach“ geeignet wären, die Verjährung nach deutschen Rechtsvorschriften zu unterbrechen, ist unvereinbar mit Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG.

3. Die sogenannte Substitution, d.h. die Ersetzung eines inländischen durch einen ausländischen Hoheitsakt, ist nicht generell verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Die bei der Suche nach Funktionsäquivalenten in fremden Rechtsordnungen regelmäßig entstehenden Übersetzungs-, Einordnungs- und Bewertungsfragen sind aber als verfassungskonforme Beschränkungen von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG nicht hinnehmbar. Sie genügen nicht dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG.

4. Die Zugeständnisse im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung können nicht weiter gehen, als dies die grundrechtlichen Spielräume bei der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger zulassen.

1032. BVerfGE 2 BvR 2115/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Oktober 2009 (OLG München/GStA München)

Auslieferung (Europäischer Haftbefehl; Strafverfolgung; gerichtliche Begründungsanforderungen; Vollständigkeit und Bestimmtheit der Auslieferungsunterlagen); Verjährung bei Betrug.

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 9 Nr. 2 IRG; § 10 Abs. 2 IRG; § 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG; § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 263 StGB

1. Im Auslieferungsverfahren folgen Begründungserfordernisse und Vorgaben für richterliche Sorgfalt unmittelbar aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG. Erforderlich ist eine den Umständen angemessene rechtliche und tat-

sächliche Prüfung durch das Gericht (vorliegend fehlende Auseinandersetzung mit einschlägigen innerstaatlichen Verjährungsvorschriften und Hinnahme unzureichender Beschreibung der Umstände, unter denen die Straftat begangen worden sein soll [§ 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG]).

2. Eine Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG angemessenen gerichtlichen Überprüfung ist nur möglich, wenn die Auslieferungsunterlagen vollständig und bestimmt genug sind (vgl. BVerfGE 113, 273, 315). Von besonderer Wichtigkeit ist dabei die hinreichend präzise Beschreibung derjenigen Umstände, unter denen die Straftat begangen worden sein soll. Zu den zu konkretisierenden Tatumständen zählen insbesondere Tatzeit, Tatort und Tatbeteiligung der gesuchten Person (§ 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG). Anforderungen an die Schilderung des historischen Sachverhalts hängen zwar von Besonderheiten des konkreten Falles ab. Der Tatvorwurf muss aber wenigstens so präzise konkretisiert sein, dass eine Subsumtion unter den jeweiligen Straftatbestand vorgenommen werden kann und die gerichtliche Nachprüfung von Auslieferungshindernissen und -voraussetzungen möglich wird.

1034. BVerfG 2 BvR 847/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2009 (LG Münster/AG Ibbenbüren)

Strafaußensetzung zur Bewährung; Widerruf eines Straflasses; Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensprinzip); Freiheit der Person; Willkürverbot.
Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 56g StGB

1. Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in Verbindung mit dem Vertrauensschutz des Rechtsstaatsprinzips kann sich ein Verurteilter, dessen Freiheitsstrafe erlassen worden ist, grundsätzlich darauf verlassen, dass die mit abgeschlossenen Tatbeständen verknüpfte Rechtsfolge anerkannt bleibt und eine durch Bewährung erlangte Rechtsposition nicht für ihn unvorhersehbar aufgehoben wird.

2. Die Auffassung, dass in der – wegen eines neuen Strafverfahrens zunächst erfolgten – Zurückstellung der Entscheidung über den Straferlass eine (konkludente) Verlängerung der Bewährungszeit liegt, mit der Folge, dass die Jahresfrist für den Widerruf des Straferlasses gem. § 56g Abs. 2 S. 2 StGB eingehalten worden sei, steht mit der Gesetzeslage nicht im Einklang.

3. Zum Verstoß gegen das Vertrauensprinzip durch eine unvorhersehbare und gesetzeswidrige Widerrufsentcheidung nach § 56g Abs. 2 StGB.

1033. BVerfG 2 BvR 448/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. September 2009 (OLG Zweibrücken/LG Frankenthal [Pfalz])

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Unterlassung eines geeigneten Rechtsbehelfs (Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit; Befangenheitsgesuch).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 24 StPO

1. Hat ein Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde die Nutzung eines Rechtsbehelfs unterlassen, der zwar nur zur Abwehr bestimmter Grundrechtsverstöße statthaft ist (vorliegend eines Befangenheitsantrages), bei erfolgreicher Nutzung aber auch zur Korrektur weiterer Grundrechtsverstöße hätte dienen können, so führt dies nach dem Grundsatz der Subsidiarität zur Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde auch insoweit, als sie die weiteren Grundrechtsverletzungen betrifft.

2. Die Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (vgl. BVerfGE 82, 30, 38; 108, 122, 126, stRSpr).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

971. BGH 4 StR 280/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Dessau)

Strafbefreiender Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit und Entdeckungsrisiko); Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; Auswahl des Verteidigers; Pflichtverteidigung).
§ 24 Abs. 2 StGB; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 c EMRK; § 142 StPO

1. Ein Versuch ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fehlgeschlagen, wenn der Erfolgseintritt

objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder aber wenn der Täter den Erfolgseintritt irrig nicht mehr für möglich hält. Ein Fall des fehlgeschlagenen Versuchs liegt hingegen nicht vor, sofern der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 22; Versuch, fehlgeschlagener 8; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 24 Rn. 11).

2. Eine Bestimmung des fehlgeschlagenen Versuchs nach Tatplankriterien ist rechtsfehlerhaft. Entscheidend ist vielmehr der Rücktrittshorizont der Täter. Das Tatgericht muss sich damit auseinandersetzen, ob die Angeklagten nach Vollzug der Tathandlung annahmen, den Tod des Opfers ohne zeitliche Zäsur überhaupt nicht mehr herbeiführen zu können.

3. Ein gesteigertes Entdeckungsrisiko ist allein für die Frage der Freiwilligkeit des Rücktritts von Bedeutung.

4. Es erscheint nicht unbedenklich, wenn das Tatgericht seine Entscheidung, dem Angeklagten nicht den von ihm gewünschten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beizusetzen, auf dessen Belastung mit Terminswahrnehmungen aus anderweitig übernommenen Mandatsverpflichtungen gestützt hat, ohne zuvor die Verfügbarkeit für die im vorliegenden Verfahren in Aussicht genommenen Hauptverhandlungstermine mit ihm geklärt zu haben. Im Übrigen kann das von § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO geschützte Kosteninteresse nach der ständi-

gen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei erheblichen Tatvorwürfen im Rahmen der gebotenen Abwägung aller Umstände hinter dem Interesse des Beschuldigten auf Verteidigung durch einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zurücktreten (vgl. dazu BGHSt 43, 153, 155 f.).

1006. BGH 3 StR 383/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Düsseldorf)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Tateinheit mit Vertriebs; Weltrechtsprinzip); teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 29a BtMG; § 6 Nr. 5 StGB; § 154a StPO

1. Die Vorschrift des § 6 Nr. 5 StGB, nach der für den unbefugten Vertriebs von Betäubungsmitteln das Weltrechtsprinzip gilt, erfasst nicht deren Besitz.

2. Der Senat hegt – nicht tragend – Bedenken gegen diese Rechtsprechung in Fällen, in denen der Besitz an Betäubungsmitteln mit deren Vertriebs in Tateinheit steht.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1011. BGH 3 StR 601/08 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Düsseldorf)

Geldfälschung (Gewerbsmäßigkeit).

§ 146 StGB

1. Der Täter handelt nicht gewerbsmäßig im Sinne des § 146 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB, wenn er sich eine Falschgeldmenge in einem Akt verschafft hat und seine Absicht lediglich darauf gerichtet ist, die falschen Banknoten in mehreren Teilmengen in Verkehr zu bringen. (BGHR)

2. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will. Liegt diese Absicht vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt. Eine Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Deliktsbegehung setzt daher nicht notwendig voraus, dass der Täter zur Gewinnerzielung mehrere selbstständige Einzeltaten der jeweils in Rede stehenden Art verwirklicht hat. Ob der Angeklagte gewerbsmäßig gehandelt hat, beurteilt sich vielmehr nach seinen ursprünglichen Planungen sowie seinem tatsächlichen, strafrechtlich relevanten Verhalten über den gesamten ihm anzulastenden Tatzeitraum. (Bearbeiter)

3. Für gewerbsmäßiges Handeln ist erforderlich, dass sich die Wiederholungsabsicht des Täters auf dasjenige Delikt bezieht, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist. (Bearbeiter)

978. BGH 4 StR 382/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Halle)

Gefangenenmeuterei (besonders schwerer Fall: Begriff der Waffe; unbenannter schwerer Fall); Gesetzlichkeitsprinzip.

§ 121 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Ob eine „andere Waffe“ im Sinne des § 121 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB auch die Waffe im nicht-technischen Sinn ist, könnte mit Blick auf die Gründe der zu § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB ergangenen Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 2008 (NJW 2008, 3627 ff.) zweifelhaft sein, der zufolge eine Waffe im nicht-technischen Sinne lediglich dem vom Gesetz in anderen Strafvorschriften verwendeten Begriff des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ (§ 177 Abs. 3 Nr. 1; § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB) unterfällt, nicht aber auch dem im Gesetz verwendeten Begriff der (anderen) Waffe.

2. Jedenfalls bei einem massiven Einsatz einer Schere bei der Tat durch den bereits mehrfach auch einschlägig verurteilten Angeklagten kann ein unbenannter besonders schwerer Fall der Gefangenenmeuterei angenommen werden. Jedenfalls die Verwendung einer „Waffe im nicht-technischen Sinn“ bleibt in ihrem Unrechtsgehalt und der Gefährlichkeit der Handlung regelmäßig nicht hinter den von § 121 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB unter Zugrundelegung des engeren Waffenbegriffs erfassten Fällen zurück.

951. BGH 2 StR 259/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Koblenz)

Räuberische Erpressung mit Todesfolge (erforderlicher Vorsatz oder Leichtfertigkeit bei Mittätern; Exzess).
§ 255 StGB; § 251 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Hat einer von mehreren Tatbeteiligten den qualifizierenden Erfolg des § 251 StGB verursacht, so sind die übrigen nach § 251 StGB strafbar, wenn sich ihr zumindest bedingter Vorsatz auf die Gewaltanwendungen oder die Drohungen erstreckt, durch welche der qualifizierende Erfolg herbeigeführt worden ist, und wenn auch ihnen in Bezug auf die Todesfolge wenigstens Leichtfertigkeit vorzuwerfen ist. Ein Beteiligter haftet somit gemäß § 251 StGB als Mittäter nur für die Folgen derjenigen Handlungen des den Tod des Opfers unmittelbar herbeiführenden Täters, die er in seine Vorstellungen von dem Tatgeschehen einbezogen hatte.

2. Die dem Opfer mit Tötungsvorsatz zugefügten Körperverletzungen dürfen nicht von wesentlich anderer Art und Beschaffenheit sein, als der Mittäter es wollte und sich vorstellte. Jedoch begründet nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan bzw. den Vorstellungen des Mittäters die Annahme eines Exzesses. Differenzen, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, und solche, bei denen die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt wird, werden in der Regel vom Willen des Beteiligten umfasst, auch wenn er sie sich nicht so vorgestellt hat. Ebenso ist der Beteiligte für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist und deswegen auf deren Billigung geschlossen werden kann (vgl. BGH NStZ 1998, 511, 512 f. m.w.N.).

984. BGH 3 StR 175/09 – Beschluss vom 11. August 2009 (LG Lübeck)

Eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts (Angemessenheit der Rechtsfolge; Anhörung des Angeklagten; Wegfall einer Alternative eines Qualifikationstatbestands; Schuldspruchänderung); rechtliches Gehör; Strafzumessung.

Art. 6 EMRK; § 354 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Für die Annahme eines hinterlistigen Überfalls im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB reicht die Feststellung (allein) eines plötzlichen Angriffs von hinten sowie des Ausnutzen des Überraschungsmomentes durch den Angeklagten nicht aus.

2. Beabsichtigt das Revisionsgericht, eine vom Tatrichter rechtfertigtermaßen verhängte Strafe gemäß § 354 Abs. 1a StPO als (gleichwohl) angemessen aufrecht zu erhalten, so genügt es zur Anhörung des Angeklagten, ihn auf die Strafzumessung des Tatrichters sowie dessen diesbezügliche Feststellungen zu verweisen, sofern dies den Angeklagten in ausreichender Art und Weise in die Lage versetzt, sich gegen die beabsichtigte Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts umfassend zu verteidigen.

3. Der Wegfall einer Tatbestandsalternative eines Qualifikationstatbestands bedingt keine Schuldspruchänderung, sofern ein andere Alternative desselben Tatbestands verwirklicht ist. Diese Konstellation ist einer Schuldspruchänderung auch nicht vergleichbar, da sich der Rechtsfehler auf den Schuldspruch in keiner Weise auswirkt, und hindert daher eine eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts nicht.

970. BGH 4 StR 254/09 – Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Essen)

Betrug und Diebstahl beim „Tanken ohne zu bezahlen“ (Irrtum; Vollendung; konkludente Täuschung über die Zahlungsfähigkeit).

§ 263 StGB; § 242 StGB

In den Fällen des Selbstbedienungstankens setzt die Annahme eines vollendeten Betruges voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen von Zahlungsbereitschaft bei dem Kassenpersonal einen entsprechenden Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis mit dem Tankvorgang) führt. An der erforderlichen Irrtumserregung fehlt es, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenpersonal überhaupt nicht bemerkt wird. Ist dies der Fall, liegt jedoch regelmäßig ein Betrugsversuch vor (vgl. BGH NJW 1983, 2827; OLG Köln NJW 2002, 1059).

976. BGH 4 StR 354/09 – Beschluss vom 8. September 2009 (LG Frankenthal)

Diebstahl (Tatvorsatz; Absicht rechtswidriger Zueignung; fehlgeschlagener Versuch).

§ 242 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

Will sich der Täter nicht das Behältnis, sondern in der Hoffnung auf möglichst große Beute allein dessen vermuteten Inhalt aneignen, fehlt es hinsichtlich des Behältnisses am Zueignungswillen zum Zeitpunkt der Wegnahme (BGH NStZ 2004, 333). Erlangt der Täter die erstrebte Beute nicht, liegt lediglich ein – aus Sicht des Täters fehlgeschlagener – Versuch des Diebstahls vor.

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

956. BGH 2 StR 305/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (BGH)

Anfragebeschluss; Revisionserstreckung bei einem Rechtsfehlers bei der Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB (Vorwegvollzug; Halbstrafenzeitpunkt).
§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB; § 357 StPO

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Die Aufhebung eines Urteils wegen eines Rechtsfehlers bei der Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB i.d.F. des Gesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I 1327) ist auf einen nicht revidierenden Mitangeklagten gemäß § 357 Satz 1 StPO zu erstrecken, wenn sich die vom Tatrichter festgestellte voraussichtliche Dauer der Unterbringung nach § 64 StGB auch für den Mitangeklagten aus den Urteilsgründen ergibt und der Tatrichter bei dem Mitangeklagten ebenso wie beim Revisionsführer sich bei der Bemessung des vorab zu vollstreckenden Teils der Freiheitsstrafe entgegen § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB nicht am Halbstrafenzeitpunkt orientiert hat.

973. BGH 4 StR 325/09 – Urteil vom 17. September 2009 (LG Essen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Unverhältnismäßigkeit infolge bestehender weiterer Unterbringungsanordnungen).
§ 63 StGB; § 61 StGB

Die erneute Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist zwar nicht schon deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil diese Maßregel bereits auf Grund eines in einem früheren Verfahren ergangenen Urteils gegen den Beschuldigten vollzogen wird. Maßgeblich ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne aber darauf abzustellen, ob die erneute Anordnung zur Erreichung des Maßregelziels der Besserung (Heilung) und Sicherung geeignet und erforderlich ist, weil von ihr Wirkungen ausgehen, die der erste Maßregelanspruch nach § 63 StGB nicht zeitigt, was insbesondere dann der Fall sein wird, wenn das neue Urteil erhebliche Auswirkungen auf Dauer und Ausgestaltung des Maßregelvollzugs haben kann (BGHSt 50, 199; BGH, Beschluss vom 9. Mai 2006 – 3 StR 111/06 = NStZ-RR 2007, 8; BayObLG NStZ-RR 2004, 295, 297).

995. BGH 3 StR 294/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Einfuhr; Strafzumessung; ausschließliche Gewinnerorientierung; Handeln zur Finanzierung eigener Abhängigkeit); Doppelbestrafungsverbot.
§ 30a BtMG; § 52 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Der Senat hat – nicht tragend – mit Blick auf das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB Bedenken, an seiner Rechtsprechung festzuhalten, wonach „ausschließlich gewinnorientiertes“ unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln verwerflicher ist als der Fall, dass der Täter nur deshalb Handel mit Betäubungsmitteln treibt, weil er keinen anderen Weg sieht, die Mittel für die Befriedigung seiner eigenen Rauschgiftabhängigkeit aufzubringen.

958. BGH 2 StR 323/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Limburg)

Berücksichtigung einer Aufklärungshilfe bei der Strafzumessung (Orientierung am Gewicht der geleisteten Aufklärungshilfe über die Taten des Angeklagten hinaus); Betäubungsmittelhandel (Konkurrenzen; Bewertungseinheit).
§ 31 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB; § 29 BtMG; § 52 StGB

1. Bei der Strafzumessung in Fällen des § 31 Nr. 1 BtMG ist es rechtsfehlerhaft, wenn sich das Tatgericht allein an dem Schuldumfang der vom Angeklagten begangenen Taten und nicht an dem Gewicht der von ihm geleisteten Aufklärungshilfe orientiert.

2. Wird eine zum Weiterverkauf erworbene Rauschgiftmenge in eine andere Menge umgetauscht, weil etwa die gelieferte Qualität nicht den Erwartungen entspricht, so sind auch die Bemühungen um die Rückgabe der mangelhaften und die Nachlieferung einer mangelfreien Ware auf die Abwicklung ein- und desselben Rauschgiftgeschäftes gerichtet (std. Rspr., vgl. BGH NStZ 2005, 232; StV 2007, 83; Senatsbeschl. vom 23. September 2009 – 2 StR 325/09).

1007. BGH 3 StR 413/08 – Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Duisburg)

Aufklärungserfolg (Grundlage für den Nachweis von Taten Dritter); Darstellungsmangel.
§ 31 Nr. 1 BtMG; § 267 Abs. 3 StPO

1. Die Vorschrift des § 31 Nr. 1 BtMG greift bereits ein, wenn der Täter durch konkrete Angaben die Voraussetzung dafür geschaffen hat, dass gegen den Belasteten ein Strafverfahren voraussichtlich mit Erfolg durchgeführt werden kann.

2. Auch der Täter, der Angaben zu Hintermännern macht, die sich mit Erkenntnissen der Strafverfolgungsbehörden decken, kann dadurch eine sicherere Grundlage für den Nachweis der betreffenden Taten und der Möglichkeit ihrer strafrechtlichen Verfolgung schaffen. Das genügt für die Anwendung des § 31 BtMG.

950. BGH 2 StR 253/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Trier)

Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (kein zwingendes Gebot der Nennung von Lieferanten; späterer Widerruf; gebotene Ermessswahrnehmung; Gesetzesänderung zum 1. September 2009).

§ 31 BtMG

1. Weder der Umstand, dass der Angeklagte seine Lieferanten nicht benannt hat noch, dass er seine Angaben später widerrufen hat (vgl. hierzu u. a. BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 11, 16, 20), steht der Anwendung des § 31 BtMG grundsätzlich entgegen.

2. Die am 1. September 2009 durch das 43. StrÄndG vom 29. Juli 2009 (BGBl. I 2009 S. 2288 ff.) in Kraft getretene Änderung des § 31 BtMG gemäß Art. 316d des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch ist nicht auf Verfahren anzuwenden ist, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wurde.

949. BGH 2 StR 233/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Gera)

Strafzumessung (rechtsfehlerhafte mangelnde Erörterung wesentlicher für den Angeklagten sprechender Umstände; nötige Gesamtwürdigung; geringe Folgen der Tat; unzulässige strafschärfende Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (gebotene Prüfung besonderer Umstände).

§ 46 StGB; § 56 StGB; Art. 6 Abs. 3 EMRK

Es ist bereits im Ansatz verfehlt, besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB zu verneinen, ohne sich mit der Frage zu befassen, ob dem Angeklagten eine günstige

Sozialprognose nach § 56 Abs. 1 StGB zu stellen ist. Dies gilt schon deshalb, weil zu den nach Absatz 2 zu berücksichtigenden Faktoren auch solche gehören, die schon für die Prognose nach Absatz 1 von Belang sein können.

994. BGH 3 StR 291/09 – Beschluss vom 25. August 2009 (LG Hannover)

Einziehung (Urteilsformel; Bezeichnung der Einziehungsgegenstände; Anlage).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 74 StGB

1. Einzuziehende Gegenstände sind so genau anzugeben, dass bei allen Beteiligten und den Vollstreckungsorganen Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht.

2. Die Bezeichnung kann bei umfangreichem Material in einer besonderen Anlage zum Urteilstenor erfolgen. Die Bezugnahme auf die Anklageschrift oder ein Asservatenverzeichnis genügt jedoch nicht.

943. BGH 1 StR 451/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG München I)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Durchbrechung der Rechtskraft); Anrechnung der in Ungarn erlittenen Auslieferungshaft im Verhältnis eins zu eins.

§ 55 StGB; § 51 StGB

§ 55 StGB ermächtigt und verpflichtet den Tatrichter, in rechtskräftige frühere Gesamtstrafen einzugreifen; die Rechtskraft einer Gesamtstrafe stellt auch dann kein Hindernis dar, wenn nicht alle in ihr zusammengefassten Einzelstrafen in eine neue Gesamtstrafe einzubeziehen sind, sie vielmehr zu verschiedenen Gesamtstrafen zusammengefügt werden oder als Einzelstrafe bestehen bleiben sollen (vgl. Senat in BGHSt 35, 243 m.w.N.; BGH NStZ-RR 2004, 137; NStZ 1996, 329).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

940. BGH 1 StR 376/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG München I)

BGHSt; Rechtskraft des absprachebedingt abgegebenen Rechtsmittelverzichts auch nach nachträglicher Abschaffung des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts.

§ 257c StPO; § 302 Abs. 1 StPO aF; § 302 StPO n.F.; § 349 Abs. 1 StPO

Der nach einer Verständigung wirksam erklärte Rechtsmittelverzicht führt – in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht der anderen rechtsmittelberechtigten Verfahrensbeteiligten – die Rechtskraft unmittelbar herbei (BGH – GS – BGHSt 50, 40). Der durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353)

eingeführte § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO – wonach ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen ist, wenn dem Urteil eine Verständigung nach § 257c StPO vorausgegangen ist – beseitigt die vor Inkrafttreten des Gesetzes bereits eingetretene Rechtskraft nicht. (BGHSt)

967. BGH 4 StR 170/09 – Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Paderborn)

BGHR; Belehrungspflicht bei sog. Spontanäußerungen eines Verdächtigen (Umgehung durch Aufschub der Belehrung nach pauschalem Geständnis zur Erlangung detaillierter Angaben; Gebot der qualifizierten Belehrung nach vorherigem Belehrungsfehler; Verwertungsverbot); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Zur Belehrungspflicht bei sog. Spontanäußerungen eines Verdächtigen. (BGHR)

2. Die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO soll sicherstellen, dass ein Beschuldigter nicht im Glauben an eine vermeintliche Aussagepflicht Angaben macht und sich damit unfreiwillig selbst belastet (vgl. BGHSt [GS] 42, 139, 147; BayObLG NStZ-RR 2001, 49, 51). Für den Fall der von einem Polizeibeamten durchgeführten Befragung von Auskunftspersonen ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum einen die Stärke des Tatverdachts, den der Beamte gegenüber dem Befragten hegt, bedeutsam für die Entscheidung, von welchem Zeitpunkt an die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO erforderlich ist (BGHSt 38, 214, 227 f.). Hierbei hat der Beamte einen Beurteilungsspielraum, den er freilich nicht mit dem Ziel missbrauchen darf, den Zeitpunkt der erforderlichen Belehrung möglichst weit hinauszuschieben (BGH aaO; vgl. auch BGH NStZ 1983, 86). Daneben ist zum anderen von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Beamten aus Sicht des Befragten darstellt. Polizeiliche Verhaltensweisen wie die Mitnahme eines Befragten zur Polizeiwache, die Durchsuchung seiner Wohnung oder seine vorläufige Festnahme belegen dabei schon ihrem äußeren Befund nach, dass der Polizeibeamte dem Befragten als Beschuldigten begegnet, mag er dies auch nicht zum Ausdruck bringen (BGHSt 38, 214, 228; 51, 367, 370 f.). (Bearbeiter)

3. Ob die vorstehend dargelegten Grundsätze ohne Einschränkung auch dann gelten, wenn der Polizeibeamte keine gezielte Befragung durchführt, sondern lediglich passiv spontane Äußerungen eines Dritten entgegennimmt, mit denen sich dieser selbst belastet, ist in der Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt. Eine Verwertbarkeit solcher Äußerungen trotz fehlender Belehrung über die Beschuldigtenrechte wird in der Regel für zulässig gehalten, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Belehrungspflichten nach § 136 Abs. 1 Satz 2, 163 a Abs. 2 Satz 2 StPO gezielt umgangen wurden, um den Betroffenen zu einer Selbstbelastung zu verleiten (BGH NStZ 1983, 86; BGH NJW 1990, 461). (Bearbeiter)

4. Dieses erschiene jedoch zumindest dann bedenklich, wenn sich Polizeibeamte von einem Tatverdächtigen nach pauschalem Geständnis einer schweren Straftat und der unmittelbar darauf erfolgten Festnahme über eine beträchtliche Zeitspanne Einzelheiten der Tat berichten ließen, ohne den von ihnen ersichtlich als Beschuldigten behandelten Täter auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen. Ein solches Verhalten käme einer gezielten Umgehung zumindest äußerst nahe. (Bearbeiter)

5. Ist eine Belehrung bei einer früheren Beschuldigtenvernehmung zu Unrecht unterblieben, ist der Beschuldigte bei einer späteren Vernehmung mit der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO darauf hinzuweisen, dass die zuvor gemachten Angaben unverwertbar seien (sog. qualifizierte Belehrung; vgl. BGH StV 2007, 450, 452, insoweit in BGHSt 51, 369 nicht abgedruckt; Senatsbeschluss NStZ 2009, 281). Daraus, dass dies nicht geschehen ist, würde jedoch nicht ohne Weiteres folgen, dass auch die Angaben, die der Angeklagte nach erfolgter Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter

gegenüber den beiden Vernehmungsbeamten gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterlagen. (Bearbeiter)

1019. BGH 5 StR 363/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Dresden)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; rechtsstaatswidrige Untersuchungshaft; (Kompensation; Vorrang der Naturalrestitution vor Schadensersatz; gesonderte Betrachtung neben allgemeinem Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot); Vollstreckungslösung. Art. 5 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 51 StGB

1. Die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR gebietet es, eine Verletzung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK (rechtswidrige, weil überlange Untersuchungshaft) neben einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (allgemeiner Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot) gesondert zu erwägen.

2. In Fällen einer noch möglichen Anrechnung konventionswidrig erlittener Untersuchungshaft ist der Vorrang der Naturalrestitution vor einer Verweisung eines Betroffenen auf den Schadensersatzanspruch des Art. 5 Abs. 5 EMRK zu beachten. Die Verletzung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK ist durch eindeutige und messbare Minderung der Strafe über die zwingende Anrechnung nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB hinaus wieder gut zu machen. Dies hat entsprechend der sog. „Vollstreckungslösung“ zu erfolgen; einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB bedarf es nicht.

953. BGH 2 StR 280/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhaft dokumentiertes Selbstleseverfahren (Dokumentation der Kenntnisnahme durch die Berufsrichter im Hauptverhandlungsprotokoll; Vorhalt; Beruhen; Untersagung des Freibewises). § 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; § 273 StPO

1. Macht das Tatgericht von der Möglichkeit des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO Gebrauch, müssen sowohl die Berufsrichter als auch die Schöffen vom Wortlaut der Urkunden Kenntnis nehmen, diese also tatsächlich gelesen haben. Eine Differenzierung hinsichtlich der Vorgehensweise zwischen Berufsrichtern und Schöffen ist unzulässig (BGH NStZ 2001, 161; 2005, 160; vgl. insoweit auch KK-Diemer, StPO 6. Aufl. § 249 Rdn. 36, 39). Die übrigen Beteiligten müssen Gelegenheit zur Kenntnisnahme vom Wortlaut gehabt haben.

2. Der Vorsitzende muss gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO die Feststellung über die Kenntnisnahme sowie die Gelegenheit hierzu in das Protokoll aufnehmen. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 StPO (vgl. BGH NStZ 2000, 47; 2001, 161; 2005, 160; StV 2000, 603, 604). Der Nachweis hierüber kann somit nur durch das Protokoll geführt werden (§ 274 StPO).

3. Wurde die Feststellung der Kenntnisnahme durch die Richter sowie der Gelegenheit hierzu für die übrigen Verfahrensbeteiligten nicht protokolliert, ist somit aufgrund der negativen Beweiskraft des Protokolls davon

auszugehen, dass das Beweismittel nicht zur Kenntnis gelangt ist bzw. die Gelegenheit hierzu nicht eingeräumt worden ist (vgl. BGH NStZ 2005, 160; NJW 2009, 2836).

4. Dem Revisionsgericht ist verwehrt, hierzu freibeweisliche Ermittlungen anzustellen. Die Beweiskraft des – hier auch nach Erhebung der Verfahrensrüge nicht berichtigten (vgl. dazu auch BGH NJW 2009, 2836) – Protokolls kann nur bei offenkundiger Fehler- oder Lückenhaftigkeit entfallen; solches ist hier nicht ersichtlich. Eine Lückenhaftigkeit ergibt sich nicht etwa schon daraus, dass die Anordnung des Selbstleseverfahrens, nicht aber die nach § 249 Abs. 2 StPO notwendige Feststellung über dessen erfolgreiche Durchführung vermerkt ist. Die Anordnung des Selbstleseverfahrens lässt keinen Schluss auf die weitere Beachtung des Verfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO zu (vgl. BGH NStZ 2000, 47 m.w.N.).

968. BGH 4 StR 174/09 – Urteil vom 17. September 2009 (LG Paderborn)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei Abstützung des Urteils auf möglicherweise tatbeteiligte Zeugen (bloße Vermutung; unzulässige Annahme von Erfahrungssätzen; Darstellungsobliegenheiten bei „Aufklärungsgehilfen“).
§ 261 StPO

1. Zwar dienen die Urteilsgründe nicht der Dokumentation durch die Darstellung aller Einzelheiten der Beweisaufnahme (vgl. BGH wistra 2004, 150; Meyer-Goßner aaO § 267 Rdn. 12 m.w.N.). Ist aber eine Würdigung und Bewertung der für die Urteilsfindung maßgebenden Zeugenaussagen erforderlich, weil der Angeklagte die ihm zur Last gelegten Taten bestreitet, genügt es nicht, im Rahmen der Beweiswürdigung pauschal darauf zu verweisen, dass ein Zeuge ein Tatgeschehen, soweit es seinen Wahrnehmungen unterlegen war, „entsprechend den getroffenen Feststellungen“ geschildert habe (vgl. Senatsbeschlüsse vom 29. Juni 1999 – 4 StR 271/99 = StraFo 1999, 384 und vom 17. März 2009 – 4 StR 662/08 Rdn. 7). Vielmehr ist es in einem Fall wie dem vorliegenden erforderlich, neben dem näheren Inhalt der den Angeklagten belastenden Aussagen auch die Umstände ihrer Entstehung darzustellen.

2. Gerade bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist es regelmäßig ein wichtiger Gesichtspunkt, ob sich ein Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn selbst gerichteten Verfahren im Hinblick auf § 31 BtMG entlasten wollte (vgl. BGH NStZ 2004, 691). In diesem Fall ist mitzuteilen, ob die Zeugen wegen ihrer Beteiligung an den hier ausgeurteilten Straftaten verurteilt worden sind. Insbesondere muss sich das mit einer nicht fern liegenden Gefahr auseinandersetzen, dass ein „Aufklärungsgehilfe“, der sich durch seine Aussage Vorteile verspricht, einen nicht Geständigen zu Unrecht belastet (vgl. BGH NStZ 2003, 245; 2004, 691).

969. BGH 4 StR 232/09 – Urteil vom 24. September 2009 (LG Magdeburg)

Anforderungen an den Freispruch vom Vorwurf des schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes (Fluchtverhalten als Indiz; Wahllichtbildvorlage; kindlicher

Zeuge: unbegründete Annahme des unbewusst ausgeübter Suggestionseinflüsse der Vernehmungsbeamten).
§ 261 StPO; § 176 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach ein Fluchtversuch als solcher nicht als Indiz für die Täterschaft des Angeklagten gewertet werden darf (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 33; BGH, Beschluss vom 17. November 1999 – 3 StR 462/99), erfasst nur diejenigen Fälle, in denen der Flüchtende bereits mit dem Tatvorwurf konfrontiert war oder in denen er auf Grund besonderer Umstände – beispielsweise seiner Anwesenheit am Tatort – mit polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen rechnen muss. Anderes gilt in dem Fall, in dem der Angeklagte bei seinem Fluchtverhalten, wenn er nicht der Täter war, gar nicht wissen konnte, dass ein Anlass zur Flucht gegeben war.

983. BGH 3 StR 174/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Kiel)

Gesetzlicher Richter; fehlerhafte Besetzung des Gerichts; Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren (Begründung); Geschäftsverteilungsplan; Überlastung; unzulässige Einzelzuweisung; Besetzungsrüge (Präklusion).
§ 338 Nr. 1 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 222b StPO

1. Gemäß § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG darf das Präsidium den Geschäftsverteilungsplan im Laufe des Geschäftsjahres ändern, wenn dies wegen Überlastung eines Spruchkörpers nötig wird. Eine solche liegt vor, wenn über einen längeren Zeitraum ein erheblicher Überhang der Eingänge über die Erledigungen zu verzeichnen ist, sodass mit einer Bearbeitung der Sachen innerhalb eines angemessenen Zeitraumes nicht zu rechnen ist und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres zurückgestellt werden kann.

2. Eine nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung kann auch verfassungsrechtlich geboten sein, wenn nur auf diese Weise die Gewährung von Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit erreicht werden kann. Das Beschleunigungsgebot lässt indes das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht vollständig zurücktreten. Vielmehr besteht Anspruch auf eine zügige Entscheidung durch diesen. Daher muss in derartigen Fällen das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden.

3. Die mit der Errichtung einer Hilfsstrafkammer verbundene Übertragung von Aufgaben der ordentlichen Strafkammer hat denselben Grundsätzen zu folgen, die für Regelungen der Geschäftsverteilung schlechthin gelten. Insbesondere ist auch insoweit das Abstraktionsprinzip zu beachten, das die Zuweisung von Aufgaben nach allgemeinen, sachlich-objektiven Merkmalen fordert. Eine spezielle Zuweisung bestimmter einzelner Verfahren ist unzulässig.

4. Obwohl die Umverteilung von Geschäftsaufgaben auf eine Hilfsstrafkammer grundsätzlich zulässig ist, birgt sie stets erhebliche Gefahren für das verfassungsrechtliche Gebot der Gewährleistung des gesetzlichen Richters. Dies gilt besonders bei Überleitung bereits anhängiger Verfahren in die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer, weil dann schon eine anderweitige Zuständigkeit konkretisiert und begründet worden war. Daher ist es dann geboten, die Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern, zu dokumentieren und den Verfahrensbeteiligten – jedenfalls auf Verlangen – zur Kenntnis zu geben, um dem Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung entgegen zu wirken.

5. Der Präsidiumsbeschluss muss hier so detailliert begründet sein, dass eine Prüfung seiner Rechtmäßigkeit möglich ist. Von Verfassungen wegen sind Regelungen der Zuständigkeit, anders deren Anwendung, nicht lediglich am Maßstab der Willkür, sondern auf jede Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen.

948. BGH 2 StR 229/09 – Urteil vom 2. September 2009 (LG Kassel)

Anforderungen an die Begründung eines Freispruchs (Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes; Widersprüche; Lücken; überspannte Anforderungen; falsche Anwendung von in dubio pro reo); Totschlag (Kindstötung); fahrlässige Tötung.

§ 212 StGB; § 261 StPO

1. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei oder sieht er von einer weiterreichenden Verurteilung ab, weil er Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Dieses hat insoweit nur zu beurteilen, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt worden sind (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ-RR 2004, 238; 2005, 147). Aus den Urteilsgründen muss sich auch ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11; Beweiswürdigung, unzureichende 1; BGH NStZ 1983, 133; 2002, 48; BGH NStZ-RR 2000, 45; 2004, 238). Die Anforderungen an eine Verurteilung dürfen nicht überspannt werden (vgl. BGH NStZ 1999, 153; 205; NStZ-RR 2000, 171; NJW 2007, 92, 94); es genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht aufkommen lässt (BGH, Urt. vom 4. Dezember 2008 – 4 StR 371/08).

2. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdi-

gung 24, 27). Es ist daher verfehlt, ihn isoliert auf einzelne Indizien anzuwenden; er kann erst bei der abschließenden Gesamtwürdigung zum Tragen kommen (vgl. BGHSt 49, 112, 122 f.; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 20; BGH NStZ 2001, 609; NStZ-RR 2004, 238, 239; Urt. vom 9. Mai 2006 – 1 StR 37/06).

3. Der Tatrichter ist nicht verpflichtet, einer Einlassung zu folgen, nur weil es für das Gegenteil keine unmittelbaren Beweise gibt, mittels derer die Behauptung sicher widerlegt werden kann. Das gilt besonders, wenn, die Angeklagte ihre ursprüngliche Einlassung so ändert, dass ein überprüfbarer Gesichtspunkt entfällt.

4. Anwendung auf einen Fall der sog. Kindstötung, bei der lediglich ein Fall der Fahrlässigkeit angenommen wurde.

966. BGH 4 StR 120/09 – Beschluss vom 10. September 2009 (LG Essen)

Wirksame Revisionsrücknahmeerklärung trotz behaupteter Eigenmächtigkeit des Pflichtverteidigers (fehlende ausdrückliche Ermächtigung; telefonische Beauftragung).

§ 302 Abs. 2 StPO

1. Zwar kann ein Verteidiger die Rücknahme des Rechtsmittels nur mit besonderer Ermächtigung des Angeklagten erklären (§ 302 Abs. 2 StPO). Eine bestimmte Form für diese Ermächtigung ist indes nicht vorgeschrieben; sie kann schriftlich oder mündlich – auch fernmündlich – erteilt werden (BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 6; BGHR StPO § 302 Abs. 2 Rücknahme 6). Der Nachweis der Ermächtigung kann auch noch nach Abgabe der Erklärung geführt werden (BGHSt 36, 259, 260 f.).

2. Der Nachweis der Ermächtigung kann sich aus schriftlichen Erklärungen des Pflichtverteidigers des Angeklagten in Verbindung mit der Erklärung seiner Kanzleikraft ergeben, dass der Angeklagte ihn fernmündlich mit der Rücknahme der Revision beauftragt und damit hierzu ermächtigt hat. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte von der erfolgten Revisionsrücknahme überrascht zeigt und den telefonischen Auftrag an seinen Verteidiger zur Rücknahme der Revision in Abrede stellt.

993. BGH 3 StR 273/09 – Urteil vom 30. Juli 2009 (LG Oldenburg)

Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen; lückenhafte); Doppelverfolgungsverbot (Zweifelssatz); Sachurteilsvoraussetzung; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 261 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 206a StPO; § 260 Abs. 3 StPO; § 29 BtMG

1. Voraussetzung für die Überzeugung des Tatrichters von einem bestimmten Sachverhalt ist nicht eine absolute, das Gegenteil oder andere Möglichkeiten denknotwendig oder „zwingend“ ausschließende Gewissheit. Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt. Der Tatrichter ist also nicht gehindert, an sich mögliche, wenn auch nicht zwingende Folgerun-

gen aus bestimmten Tatsachen zu ziehen, wenn diese tragfähig sind.

2. Im Sinne von §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO besteht ein Verfahrenshindernis immer schon dann, wenn es möglicherweise vorliegt. Insofern reichen indes bloß theoretische, nur denkgesetzlich mögliche Zweifel nicht aus; sie müssen sich vielmehr auf konkrete tatsächliche Umstände gründen und nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten unüberwindbar sein. Verbleiben jedoch Zweifel daran, ob die den Gegenstand des Verfahrens bildende (prozessuale) Tat anderweitig rechtskräftig abgeurteilt worden ist, so bildet der (möglicherweise) hierdurch eingetretene Strafklageverbrauch, so weit er reicht, ein von Amts wegen zu berücksichtigendes und zur Verfahrenseinstellung führendes Verfahrenshindernis.

941. BGH 1 StR 399/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Offenburg)

Aufklärungsrüge hinsichtlich der mangelnden erneuten Vernehmung eines früheren Mitangeklagten (unberechtigtes Zugeständnis eines Auskunftsverweigerungsrechts; mangelnde Einlegung des Zwischenrechtsbehelfs; erforderliche Darlegungen der Revision). § 244 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 55 StPO

1. Wenn ein früherer Mitangeklagter auch an weiteren, noch nicht abgeurteilten Straftaten beteiligt sein kann, kann nach der Rechtsprechung je nach den Umständen des Falles ein (umfassendes) Auskunftsverweigerungsrecht auch dann begründen, wenn der (potentielle) Zeuge wegen der Einzeltat, zu der er befragt werden soll, bereits rechtskräftig abgeurteilt ist (vgl. BGHR StPO § 55 Abs.1 Verfolgung 7, 8, 9 m.w.N.).

2. Es bei der Aufklärungsrüge prinzipiell Aufgabe der Revision, sich mit den für sie erkennbaren konkreten Umständen für eine weitere Beweisaufnahme in einer Weise auseinanderzusetzen, die es dem Revisionsgericht ermöglicht, auf der Grundlage des Revisionsvorbringens die Schlüssigkeit der Verfahrensrüge zu beurteilen.

3. Es bleibt offen, unter welchen Umständen es ein Gebot der Aufklärungspflicht sein kann, eine bereits als Mitangeklagte gehörte Auskunftsperson bei entsprechendem Verfahrensverlauf nochmals zum selben Thema als Zeugen zu hören.

982. BGH 3 StR 148/09 – Urteil vom 16. Juli 2009 (LG Hannover)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Feststellung des Vollstreckungsstandes); Urteilsgründe (notwendige Feststellungen); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Tatherrschaft); Beschränkung der Revision; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Feststellung; Bemessung der Kompensation). § 55 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 29a BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 51 StGB

1. Nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen mitteilen,

in dem die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Dies muss in einer geschlossenen Darstellung aller äußeren und – jeweils im Zusammenhang damit – auch der inneren Tatsachen in so vollständiger Weise geschehen, dass in den konkret angeführten Tatsachen der gesetzliche Tatbestand erkannt werden kann.

2. Wenn sich das tatrichterliche Urteil fehlerhaft auf die Mitteilung von Indiztatsachen beschränkt, ist es nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts, aus diesen eigene Schlüsse zu ziehen und die erforderlichen Feststellungen selbst zu treffen.

3. Die Angemessenheit der Frist, innerhalb derer über eine strafrechtliche Anklage gegen einen Angeklagten verhandelt werden muss und ein Urteil zu ergehen hat (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK), beurteilt sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalles, die in einer umfassenden Gesamtwürdigung gegeneinander abgewogen werden müssen. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich der durch die Verzögerungen der Justizorgane verursachte Zeitraum der Verfahrensverlängerung, die Gesamtdauer des Verfahrens, Umfang und Schwierigkeit des Verfahrensgegenstands, Art und Weise der Ermittlungen sowie das Ausmaß der mit dem Andauern des schwebenden Verfahrens für den Betroffenen verbundenen besonderen Belastungen.

4. Keine Berücksichtigung finden Verfahrensverzögerungen, die der Beschuldigte selbst verursacht hat, sei es auch durch zulässiges Prozessverhalten, sowie die Zeiträume, die bei zeitlich angemessener Verfahrensgestaltung beansprucht werden durften.

5. Zu beachten ist ferner, dass eine Verzögerung während eines einzelnen Verfahrensabschnitts für sich allein keinen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot begründet, wenn das Strafverfahren insgesamt in angemessener Zeit abgeschlossen wurde.

6. Bei der Bemessung des zur Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung als vollstreckt anzusehenden Teils der Freiheitsstrafe steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser ist jedoch in rechtsfehlerhafter Weise überschritten, wenn sich der Kompensationszeitraum dem Anrechnungsmaßstab des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB annähert.

996. BGH 3 StR 297/09 – Beschluss vom 3. September 2009 (LG Wuppertal)

Raub; räuberischer Diebstahl; besonders schwerer Fall (Urteilsformel). § 250 StGB; § 252 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1. Die von § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO geforderte rechtliche Bezeichnung der Straftat verlangt eine Kennzeichnung der Qualifikation in der Urteilsformel, bei welcher der gegenüber § 250 Abs. 1 StGB erhöhte Unrechtsgehalt der nach § 250 Abs. 2 StGB qualifizierten Taten zum Ausdruck kommt.

2. Nach § 250 Abs. 2 StGB qualifizierte Taten sind in der Urteilsformel als „besonders“ schwere Fälle des Raubes bzw. des räuberischen Diebstahls zu bezeichnen.

964. BGH 2 ARs 418/09 (2 AR 261/09) – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Koblenz)

Zuständigkeit über die Strafvollstreckung (befasstes Gericht; Übergang der örtlichen Zuständigkeit).

§ 67a StGB; § 67e StGB; § 462 a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 463 Abs. 1 StPO

Der Übergang der örtlichen Zuständigkeit von einer Strafvollstreckungskammer auf eine andere erfolgt mit der Aufnahme des Verurteilten in der anderen Justizvoll-

zugsanstalt oder Unterbringungsanstalt, soweit nicht die zunächst zuständig gewesene Strafvollstreckungskammer bereits konkret mit einer bestimmten Frage befasst war, über die sie dann noch zu entscheiden hat. Die zunächst zuständig gewesene Strafvollstreckungskammer bleibt nicht etwa solange zuständig, bis eine andere Strafvollstreckungskammer tatsächlich mit einer bestimmten Frage befasst wird (st. Rspr. vgl. nur Senatsbeschluss vom 21. Juli 2006 – 2 ARs 302/06 = NStZ-RR 2007, 95 m.w.N.).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1027. BGH 5 StR 521/08 – Urteil vom 17. September 2009 (LG Braunschweig)

BGHSt; Untreue (Treubruchstatbestand; Missbrauchstatbestand; Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrates); Betriebsrat (Ehrenamt; Unentgeltlichkeit; Vergütungsverbot); Vorsatz (Kenntnis der Pflichtwidrigkeit; Beweiswürdigung; Verschleierungshandlungen); Betriebsrat (VW; Volkswagen; Vergütung); vermeidbarer Verbotsirrtum; Strafantrag (Prokurist); Täterschaft und Teilnahme bei der Untreue; Betriebsratsbegünstigung und Begünstigung eines europäischen Betriebsrats.

§ 266 Abs. 1 StGB; § 119 Abs. 2 BetrVG; § 78 Satz 2 BetrVG; § 134 BGB; § 76 AktG; § 93 AktG; § 261 StPO; § 17 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Zur Untreuestrafbarkeit von Zuwendungen an Betriebsräte. (BGHSt)

2. Ist eine Aktiengesellschaft strafantragsberechtigter Unternehmer im Sinne des § 119 Abs. 2 BetrVG, ist eine Vertretung im Willen durch Prokuristen ausgeschlossen. (BGHSt)

3. Das Betriebsratsamt ist ein Ehrenamt ohne Entgelt. Die freigestellten Betriebsräte erhalten ihr ihnen als Arbeitnehmer zustehendes Arbeitsentgelt, denn das gewählte Betriebsratsmitglied bleibt stets Arbeitnehmer und ist als solcher zu vergüten. Eine Übernahme von Betriebsräten in die für Vorstände einer Aktiengesellschaft geltende Entlohnung ist ausgeschlossen. (Bearbeiter)

4. Einem Betriebsratsmitglied darf für die Wahrnehmung seines Amtes in keiner Weise irgendeine Vergütung zufließen, auch nicht in mittelbarer oder verdeckter Form. Der Charakter des Betriebsratsamtes als Ehrenamt und die innere Unabhängigkeit der Amtsführung würde auch hierdurch beeinträchtigt. Dem tritt das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG entgegen, das ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt. (Bearbeiter)

5. Zwar folgt aus dem Verbot, zu einem bestimmten Zweck Vermögen des Treugebers zu verwenden, nicht ohne Weiteres die Pflicht, das Vermögen insoweit auch zu erhalten. Ein pflichtwidriger Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht liegt aber jedenfalls dann vor, wenn der verbotene Vermögensabfluss zur Erzielung eines nicht kompensationsbegründenden Vorteils eingesetzt wird. (Bearbeiter)

6. Zahlungen an Betriebsratsmitglieder zur Erhaltung desjenigen Wohlwollens, zu dem sie bereits auf Grund von § 2 Abs. 1 i.V.m. § 51 Abs. 5 BetrVG verpflichtet sind, sind als kompensationslose Zahlungen anzusehen. Die Bezahlung einer etwaigen Übersteigerung des betriebsverfassungsrechtlich geschuldeten Wohlwollens wäre sittenwidrig und nicht in der Lage, den Vermögensnachteil zu beseitigen. (Bearbeiter)

7. Die nicht tatsachenfundierte Vorstellung eines Betriebsrates, dem Betriebsverfassungsrecht widersprechende Sonderbonuszahlungen seien legitim, weil sie ihm von einem einzelnen Vorstandsmitglied angeboten und zugewandt worden sind, muss nicht unter dem Gesichtspunkt eines Tatbestandsirrtums erörtert werden. Schon ein Verbotsirrtum infolge des angenommenen irrigen Erlaubnissatzes liegt fern. (Bearbeiter)

8. Die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten als Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 1 AktG) ist nicht eingeschränkt, wenn er das Amt des Aufsichtsrates als ein von den Arbeitnehmern gewähltes Mitglied entsprechend §§ 5 und 7 MitbestG erlangt hat. Die Vorschriften der §§ 25 ff. MitbestG lassen den aktienrechtlichen Grundsatz der individuell gleichen Berechtigung und Verpflichtung aller Aufsichtsratsmitglieder unberührt (vgl. BGHZ 83, 144, 147). (Bearbeiter)

9. Zwar ermächtigt die Prokura gemäß § 49 Abs. 1 HGB zu allen Arten von Geschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Hierzu gehört auch die Befugnis, Strafanträge zu stellen hinsichtlich des Ver-

dachts von Straftaten, aufgrund derer Rechte des Unternehmens verletzt worden sind. Um eine solche Rechtsverletzung handelt es sich bei § 119 Abs. 1 BetrVG aber nicht. (Bearbeiter)

987. BGH 3 StR 224/09 – Urteil vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Unerlaubtes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln (Möglichkeit und Willen zu eigener Verfügung); abstrakte Strafzumessung (besonders schwerer Fall; vertypete Milderungsgründe; Urteilsgründe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zweifelssatz); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; Interesse am Taterfolg).

§ 29 BtMG; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 25 StGB

1. Das unerlaubte Sichverschaffen von Betäubungsmitteln setzt – wie der Erwerb – voraus, dass der Täter die tatsächliche Verfügungsgewalt mit der Möglichkeit und dem Willen erlangt, über die Sache als eigene zu verfügen. Hierzu genügt es nicht, fremde Betäubungsmittel für begrenzte Zeit für Dritte zu verwahren, mögen sie auch während dieser Zeit dem freien Zugriff des Angeklagten ausgesetzt sein.

2. Bejaht der Tatrichter einen besonders schweren Fall trotz des Vorliegens eines vertypeten Strafmilderungsgrunds, so müssen die Darlegungen in den Urteilsgrün-

den dem Revisionsgericht erkennbar machen, dass er sich bewusst ist, trotz Verwirklichung des Regelbeispiels wegen dieses Milderungsgrundes – allein oder in Zusammenhang mit anderen Umständen – entweder den besonders schweren Fall verneinen oder aber den Strafrahmen des besonders schweren Falls gemäß § 49 StGB mildern zu können.

3. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 Satz 1 StGB setzt die sichere Feststellung eines Hangs voraus, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Kann dieser Hang lediglich nicht ausgeschlossen werden, so ist für eine Unterbringung kein Raum.

988. BGH 3 StR 226/09 – Beschluss vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Unerlaubter Besitz einer Schusswaffe; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; Strafzumessung (Beruhen).

§ 52 WaffG; § 46 StGB; § 54 StGB; § 337 StPO

Übt der Täter die tatsächliche Gewalt über eine Waffe außerhalb der eigenen Wohnung, Geschäftsräume oder des eigenen befriedeten Besitztums aus, so führt er sie. Eine Verurteilung wegen tateinheitlich verwirklichten unerlaubten Besitzes der Waffe kommt nur in Betracht, wenn festgestellt ist, dass der Täter die tatsächliche Gewalt über sie auch innerhalb der bezeichneten Örtlichkeiten ausgeübt hat.

Aufsätze und Anmerkungen

Getarnte „Kopfprämien“

Strafrechtliche Grenzen der Kooperation zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Universität Leipzig

I. Facetten der „Kopfprämie“

Das „Sommerloch“ 2009 wurde von den Medien durch die Berichterstattung über den „Skandal“ einer „Kopfprämie“ im Gesundheitswesen gefüllt und vorschnell mit dem amorphen Etikett „Korruption“ versehen.¹ Inhaltlich ging es um die Vergütung der Einweisung eines Patienten zur stationären Behandlung, die dem einweisenden Ver-

¹ FAZ vom 31.08.09: „Immer mehr Ärzte verkaufen ihre Patienten“; Süddeutsche Zeitung vom 31.08.09: „Reger Handel mit Kranken! Tausend Euro für einen Hüftpatienten?“; Wirtschaftswoche vom 07.09.09: „Im Wettbewerb um Patienten sind Kopfprämien gang und gäbe – Staatsanwälte ermitteln gegen die Korruption im Gesundheitswesen, der Schaden soll eine Milliarde Euro betragen“.

tragsarzt durch das aufnehmende Krankenhaus (nicht selten aus den „Drittmittelkonten“ der Kliniken) gezahlt wird. Trotz öffentlichkeitswirksam inszenierter „Überraschung“ einiger Entscheidungsträger im Gesundheitswesen vor laufenden Kameras und angeschalteten Mikrofonen der Journalisten ist das Phänomen als solches im Gesundheitswesen seit langem bekannt. Bereits in der Aprilausgabe der Zeitschrift für Wirtschafts- und Strafrecht erschienen zeitgleich die unabhängig voneinander verfassten Beiträge von Kölbel² und Schnei-

² Kölbel, Die Einweisungsvergütung – eine neue Form von Unternehmensdelinquenz im Gesundheitswesen? wistra 2009, 129 ff.

der/Gottschaldt³, die die strafrechtliche Relevanz der Zuweisungspauschale beleuchten. Zuvor waren bereits Aufsätze zu den mit der „Zuweisungspauschale“ verbundenen sozial- und wettbewerbsrechtlichen Fragen erschienen.⁴

Im Mittelpunkt der bisherigen strafrechtlichen Analysen stand die Problematik der Strafbarkeit der niedergelassenen Ärzte, die eine Vergütung der Einweisung vor allem in ländlichen Gebieten mit geringer Facharztdichte mit der Drohung durchsetzen, das Klinikum bei Verweigerung der Zahlung „auszutrocknen“ und keine Patienten mehr einzuweisen.

Insbesondere seit der Diskussion um die „Kopfprämie“ im vergangenen Sommer wählen die Akteure, die zudem häufig kongruente wirtschaftliche Interessen verfolgen, Formen der Umgehungsfinanzierung, für die sich insbesondere Kooperationsverträge zwischen dem niedergelassenen Arzt und dem Krankenhaus eignen.⁵ Das Krankenhaus bindet einen niedergelassenen Arzt in seinem Einweisungsverhalten, indem es die ambulante Nachsorge eines aus stationärer Behandlung entlassenen Patienten auf vertraglicher Grundlage durch den niedergelassenen Arzt erbringen lässt. Dieser hat aufgrund des Kooperationsvertrages mit dem Krankenhaus einen Vergütungsanspruch unmittelbar gegen das Krankenhaus, das ihn an der gegenüber der Kasse für die Behandlung geltend gemachten Vergütung beteiligt. Der Vorteil für den Vertragsarzt besteht bei diesem Modell darin, dass seine Leistung für das Krankenhaus frei vereinbart werden kann und außerhalb der budgetierten Gesamtvergütung (§ 85 SGB V) erbracht wird.

Die noch ungeklärte strafrechtliche Problematik bezieht sich auf die Reichweite des Abrechnungsbetruges gemäß § 263 StGB. Schließlich rechnet das Krankenhaus gegenüber der Krankenkasse des Patienten in der o.g. Fallgestaltung eine Leistung ab, die es zumindest teilweise nicht durch Angestellte des Krankenhauses, sondern durch einen niedergelassenen Arzt als „Erfüllungsgehilfen“ erbracht hat. Ist dieses Verhalten Täuschung im Sinne des § 263 StGB und entsteht der Kasse trotz lege artis ausgeführter Behandlung ein Vermögensschaden? Bei der Beantwortung dieser Fragen ist zu berücksichtigen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 StGB nicht ohne Rückgriff auf die sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen der Kooperationsverträge geprüft

³ Schneider/Gottschaldt, Zuweisungspauschale – Lukratives Geschäft oder Straftat? Zur Strafbarkeit niedergelassener Ärzte wegen Forderns einer Vergütung für die Überweisung eines Patienten zur stationären Behandlung, wistra 2009, 133 ff.

⁴ Walter, Pauschalentgelte von Krankenhäusern an niedergelassene Ärzte – zulässige Zuweiserbindung oder berufsrechtswidrige Provision? KHuR 2006, 71ff.; Wigge/Harney, Erbringung nachstationärer Leistungen für Krankenhäuser gemäß § 115a SGB V durch niedergelassene Vertragsärzte, Teil I, Das Krankenhaus 2007 (Heft 9), Teil II (Heft 11); Bonvie, Vergütung für ärztliche Dienstleistungen oder verbotene Provision? MedR 1999, 64 ff.

⁵ Hakenberg, Der verkaufte Patient. Zum ethischen Wert von Kopfprämien aus medizinischer Sicht, Der Urologe 2009, 858 ff.; Schramm, Der gekaufte Patient – zum ethischen Wert von Kopfpauschalen aus juristischer Sicht, Der Urologe 2009, 864 ff.

werden können. Denn das Strafrecht findet seine Grenze dort, wo die Leistungserbringung und -abrechnung in Einklang mit diesen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben erfolgt ist.⁶

II. Die sozialrechtlichen Grundlagen der Kooperationsverträge

Seit den Rechtsänderungen durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992⁷ ist es den Krankenhäusern gestattet, im Rahmen der vor- und nachstationären Behandlung eines Patienten ambulante Leitungen zu erbringen. Ziel dieser Reform war es, die Verweildauer der Patienten in der stationären Versorgung zu verkürzen, Doppeluntersuchungen zu vermeiden und die Gesamtbehandlungskosten zu reduzieren (§ 115a SGB V).⁸

Gemäß § 115a SGB V ist diese partielle Durchbrechung der Systematik der gesetzlichen Krankenversicherung, die eine konsequente Trennung zwischen der vertragsärztlichen Behandlung einerseits und der Krankenhausbehandlung andererseits vorsieht (§§ 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGB V),⁹ statthaft, wenn im Fall der Verordnung von Krankenhausbehandlung die Erforderlichkeit einer vollstationären Krankenhausbehandlung geklärt werden soll (vorstationäre Behandlung, § 115a Abs. 1 Nr. 1 SGB V) oder der Erfolg einer vollstationären Behandlung nach der Entlassung einer Sicherung und Festigung durch ambulante Maßnahmen bedarf (nachstationäre Behandlung, § 115a Abs. 1 Nr. 2 SGB V). Ferner dürfen die vorstationäre Behandlung die Höchstdauer von drei Behandlungstagen innerhalb von fünf Tagen vor Beginn der stationären Behandlung und die nachstationäre Behandlung die Höchstdauer von sieben Behandlungstagen innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung der stationären Krankenhausbehandlung nicht überschreiten, § 115a Abs. 2 Satz 1, Satz 2 SGB V.

Nach dem prononciert insbesondere vom Oberlandesgericht Schleswig¹⁰ vertretenen Standpunkt, berechtigt § 115a SGB V allerdings nur zu einer ambulanten Behandlung *im Krankenhaus*. Zur Begründung dieser Auffas-

⁶ Vgl. hierzu grundlegend Lüderssen, Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts, Band 2 (2007).

⁷ BGBl. 1992, 2266, 2285.

⁸ Vgl. die amtliche Begründung zu § 115a SGB V im „Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 05.11.1992“, BT-Drucks. 12/3608, 102 f.; ferner: Hauk/Noftz-Steegé SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Band (Stand: 2009), § 115a, Rn. 1.

⁹ Vgl. hierzu OLG Schleswig, Urteil vom 4. 11. 2003 – 6 U 17/03, NJW 2004, 1745 ff.: „Das System der gesetzlichen Krankenversicherung ... trennt zwischen ärztlicher Behandlung und Krankenhausbehandlung (§ 27 I Abs. 2 Nrn. 1-5 SGB V). Die Krankenhausbehandlung wird gem. § 39 I 1 SGB V voll- oder teilstationär, vor- oder nachstationär sowie ambulant i.S. des § 115b SGB V erbracht, während die Tätigkeiten der niedergelassenen Ärzte ambulante Behandlungen i.S. der §§ 72 ff. SGB V sind. Grundsätzlich ist damit die stationäre Behandlung von Patienten Aufgabe des Krankenhauses, die weitere Behandlung hingegen Sache der niedergelassenen Ärzte“.

¹⁰ OLG Schleswig, Urteil vom 4. 11. 2003 -- 6 U 17/03, NJW 2004, 1745 ff.

sung wird auf den Wortlaut des § 115a SGB V und die Systematik des Gesetzes verwiesen. Bereits die Überschrift des § 115a SGB V beziehe sich auf die „vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus“. Außerdem zeige die Ausnahmeregelung in § 115a Abs. 2 Satz 5 SGB V, dass die ambulante Behandlung, zu der § 115a SGB V die Krankenhäuser berechtige, im Regelfall gerade nicht „außerhalb des Krankenhauses“, sondern innerhalb erfolgen müsse.

Die Literatur hat sich dieser Auslegung des § 115a SGB V soweit ersichtlich ohne Gegenstimmen angeschlossen.¹¹ Denn wenn § 115a SGB V es den Krankenhäusern ausnahmsweise und nur in „geeigneten Fällen“ (§ 115a Abs. 1 SGB V) gestatte, im Bereich der ambulanten Versorgung anstelle der niedergelassenen Ärzte tätig zu werden, zeige die Übertragung der Tätigkeit auf den niedergelassenen, außerhalb des Krankenhauses tätigen Arzt, dass die Voraussetzungen des § 115a SGB V gerade nicht vorlägen. Eine Schnittmenge zwischen gemäß § 115a SGB V „geeigneten Fällen“ und Sachverhalten, die den niedergelassenen Ärzten zur Behandlung außerhalb des Krankenhauses übertragen werden können, sei daher nach der Konzeption des Gesetzes ausgeschlossen. Die Möglichkeit einer Behandlung durch niedergelassene Ärzte in deren Praxis während der Phase vor- und nachstationärer Krankenhausbehandlung beschränke sich deshalb auf anderweitige Erkrankungen (§ 115a Abs. 2 Satz 5 SGB V).

Wie sich aus den Gesetzmaterialien ergibt, deckt sich diese Auffassung nicht mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers. Nach der Begründung zu § 115a SGB V im „Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 05.11.1992“ sollte sich die Möglichkeit der Behandlung durch niedergelassene Ärzte außerhalb des Krankenhauses nämlich nicht auf die Fälle der Behandlung einer anderen Erkrankung, die während der Phase der vor- oder nachstationären Behandlung auftritt (sog. interkurrente Erkrankung), beschränken, sondern sich außerdem – bei Vorliegen bestimmter Indikationen – auch auf die nachstationäre Behandlung der Grunderkrankung selbst erstrecken. Dies ergibt sich explizit aus der (weder vom OLG Schleswig,¹² noch von der Literatur

herangezogenen) amtlichen Begründung zu § 115a Abs. 2 SGB V (eigene Hervorhebung):

„Ist während der Phase der vor- und nachstationären Behandlung im Krankenhaus eine ärztliche Behandlung aufgrund einer anderen Indikation erforderlich oder eine Behandlung der zur Krankenhauseinweisung führenden Erkrankung aus zeitlichen (z.B. Notfall), räumlichen (z.B. weite Entfernung des Krankenhauses vom Wohnort) oder anderen wichtigen Gründen außerhalb des Krankenhauses sinnvoll, kann diese Behandlung durch an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Ärzte durchgeführt werden.“¹³

Dieser Wille des Gesetzgebers hat im Wortlaut des § 115a SGB V insofern einen Niederschlag gefunden, als sich § 115a Abs. 2 Satz 5 SGB V allgemein auf die „notwendige ärztliche Behandlung außerhalb des Krankenhauses“ bezieht und deshalb grundsätzlich beide in den Materialien genannten Alternativen (Behandlung einer interkurrenten Erkrankung und Behandlung der Grunderkrankung) erfasst. Allerdings wird es auch in diesem Fall unzulässig sein, die gesamte nachstationäre Behandlung durch den niedergelassenen Arzt außerhalb des Krankenhauses erbringen zu lassen. Die Tätigkeit des niedergelassenen Arztes muss vielmehr auf einzelne Leistungen von untergeordneter Bedeutung beschränkt werden. Denn nur durch diese Einschränkung ist die nach der Systematik des SGB V erforderliche Differenzierung zwischen ambulanter Versorgung durch die Vertragsärzte (mit Vergütung durch die Kassenärztliche Vereinigung auf der Grundlage der budgetierten Gesamtvergütung) und vor- und nachstationärer Behandlung durch die Krankenhäuser (mit Vergütung durch die Kassen auf Grundlage der DRG-Fallpauschale) aufrecht zu erhalten.

Daraus folgt, dass die vor- und nachstationäre Behandlung in der Regel eine Behandlung im Krankenhaus darstellt.¹⁴ Ergibt sich aufgrund der Spezifika des Einzelfalles, dass im Rahmen einer nachstationären Krankenhausbehandlung eine Behandlung außerhalb des Krankenhauses sinnvoll ist, können einzelne Behandlungsleistungen außerhalb des Krankenhauses erbracht werden. Zuständig sind dann die niedergelassenen Vertragsärzte.

Wird die vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus durchgeführt, ist weiterhin fraglich, ob sie zwingend durch Krankenhausärzte zu erfolgen hat. Dagegen spricht § 2 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG, nach dem auch die „vom Krankenhaus veranlassten Leistungen Dritter“ „allgemeine Krankenhausleistungen“ darstellen. Nach der zutreffenden Auffassung der Rechtsprechung bezieht sich diese Regelung aber lediglich auf Tätigkeiten, die gegenüber der vom Krankenhaus zu erbringenden Haupt-

¹¹ Walter, Pauschalentgelte von Krankenhäusern an niedergelassene Ärzte – zulässige Zuweiserbindung oder berufsrechtswidrige Provision? KHuR 2006, 71ff.; Wigge/Harney, Erbringung nachstationärer Leistungen für Krankenhäuser gemäß § 115a SGB V durch niedergelassene Vertragsärzte, Teil I, Das Krankenhaus 2007 (Heft 9), Teil II (Heft 11); juris Praxiskommentar SGB V-Köhler-Hohmann, § 115a SGB V (2008), Rn. 21, 41.

¹² Das OLG Schleswig (Urteil vom 4. 11. 2003 – 6 U 17/03, NJW 2004, 1745 ff.) stellt in seiner Entscheidungsbegründung zwar auch auf den „Willen des Gesetzgebers“ ab, glaubt aber, diesen alleine aus dem Wortlaut (und nicht aus der amtlichen Gesetzesbegründung) ableiten zu können: „Der so verstandene Wille des Gesetzgebers ist ... aus dem Wortlaut der Normen abzuleiten“. Dieser Rückgriff auf die sog. „objektive Theorie“ ist hier deshalb problematisch, weil sich der ausgelegte Gesetzestext und der Wille des Gesetzgebers nicht widersprechen und seit 1992 im Anwendungsbereich des § 115a SGB V weder ein Wandel der Rechtstatsachen, noch ein Wandel der rechtlichen Wertungen stattgefunden hat.

¹³ BT-Drucks. 12/3608, 102.

¹⁴ So im Ergebnis auch Wigge/Harney, Erbringung nachstationärer Leistungen für Krankenhäuser gemäß § 115a SGB V durch niedergelassene Vertragsärzte, Teil II, Das Krankenhaus 2007 (Heft 11): „Nach der derzeitigen Rechtslage ist daher im Ergebnis weiterhin davon auszugehen, dass der Ort der ärztlichen Leistungserbringung (innerhalb oder außerhalb des Krankenhauses) als (mit-) ausschlaggebend für die Zuordnung als poststationäre Krankenhausbehandlung bzw. als ärztliche Leistung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung anzusehen ist“.

leistung ergänzende oder unterstützende Funktion haben.¹⁵ Die Hauptleistung müsse das Krankenhaus demgegenüber durch eigenes Personal erbringen. Eine Ausnahme ist weiterhin für den Fall denkbar, dass eine Behandlungsleistung zwar dem Versorgungsauftrag eines Krankenhauses entspricht, gegenwärtig (zum Beispiel aufgrund einer Stellenvakanz) aber nicht durch eigenes Personal erbracht werden kann.¹⁶

Zusammenfassend ergeben sich daher hinsichtlich der Beteiligung niedergelassener Ärzte an der vor- und nachstationären Behandlung eines Patienten folgende Prämissen:

- Die Behandlung muss in der Regel im Krankenhaus erbracht werden.
- Die Behandlung im Krankenhaus darf durch niedergelassene Ärzte nur dann ausgeführt werden, wenn sie gegenüber der vom Krankenhaus zu erbringenden Leistung von untergeordneter Bedeutung ist.
- Nur im Einzelfall (namentlich bei einem Notfall, bei weiter Entfernung des Krankenhauses vom Wohnort oder „aus anderen wichtigen Gründen“) dürfen bestimmte Maßnahmen der vor- und nachstationären Behandlung außerhalb des Krankenhauses durch die niedergelassenen Vertragsärzte erbracht werden.

Eine weitergehende Kooperation zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern (insbesondere die vollständige Übertragung der nachstationären Behandlung an niedergelassene Ärzte) widerspricht nicht nur den sozialrechtlichen Prämissen, sondern sie kann sich darüber hinaus als wettbewerbswidrig erweisen und einen Anspruch auf Unterlassen gemäß § 1 UWG begründen.¹⁷ Fraglich bleibt jedoch, ob derartige Kooperationsvereinbarungen darüber hinaus strafrechtlich relevant sind.

III. Konsequenzen für die Strafbarkeit nach § 263 StGB

Unter einem strafrechtlichen Blickwinkel ergeben sich bei einer unzulässigen Übertragung von Tätigkeiten im Rahmen des § 115a SGB V an niedergelassene Vertragsärzte für die im Krankenhaus für die Leistungsabrechnung verantwortlichen Personen strafrechtliche Risiken, wegen eines Kassenabrechnungsbetruges gemäß § 263 StGB zum Nachteil der Krankenkassen zur Verantwortung gezogen zu werden.

¹⁵ Sächs. LSG, Urteil vom 30.04.2008 – L 1 KR 103/07, GesR 2008, 548; BSG, Urteil vom 28.02.2007 – B 3 KR 17/06 R, NZS 2007, 657; Koller, Ärztliche Kooperationsformen unter haftungs- und berufsrechtlichen Gesichtspunkten (Diss. 2007), S. 238.

¹⁶ Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, Kommentar, 3. Aufl. (2006), § 2 KHEntgG, Rn. 4.

¹⁷ OLG Duisburg, Urteil vom 01.04.2008 – (zitiert nach Ratzel MedR 2008, 445); OLG Schleswig, Urteil vom 4. 11. 2003 – 6 U 17/03, NJW 2004, 1745 ff.; OLG Koblenz vom 20.05.03 – 4 U 1523/02, MedR 2003, 580 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.09.2009 – I-20 U 121/08.

Eine Täuschung der Verantwortlichen auf Seiten der Krankenkasse durch Vorlage der Abrechnungen wegen der vor- oder nachstationären Behandlung gemäß § 115a SGB V liegt in den hier denkbaren Fallgestaltungen in der Regel vor. Denn durch die Abrechnung wird seitens der Repräsentanten des Krankenhauses „miterklärt“¹⁸, dass die sozialrechtlichen Voraussetzungen einer vor- oder nachstationären Behandlung vorlagen, mithin die Leistung im Rahmen des § 115a SGB V im Krankenhaus und durch Personal des Krankenhauses erbracht wurde oder einer der oben genannten Ausnahmefälle vorlag. Wird die Leistung tatsächlich durch einen niedergelassenen Arzt außerhalb des Krankenhauses erbracht, täuschen die Repräsentanten der Krankenhäuser, die sich die Abrechnung zurechnen lassen müssen, über die Tatsache des Ortes der Leistungserbringung und der Person des Leistungserbringers.

Näherer Darlegung bedarf allerdings die Frage, ob den Kassen, die dem abrechnenden Krankenhaus hiernach irrtumsbedingt die Behandlungskosten in Höhe der DRG Fallpauschale bezahlen, ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB entsteht.

Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung¹⁹ liegt ein Schaden jedenfalls dann vor, wenn die Leistung dem Krankenhaus seitens der Kassen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 3 KHEntgG wegen Überschreitens der so genannten „Grenzverweildauer“ zusätzlich zur DRG-Fallpauschale honoriert wurde.²⁰ Denn wenn es sich in diesem Fall nach den oben genannten sozialrechtlichen Voraussetzungen „nur“ um eine ambulante vertragsärztliche Behandlung nach einem stationären Aufenthalt und nicht um eine nachstationäre Krankenhausbehandlung nach § 115a SGB V gehandelt hat, hat die Kasse diese Leistung schon im Rahmen der Gesamtvergütung an die Kassenärztliche Vereinigung bezahlt, § 85 Abs. 1 SGB V.

Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung könnte ein Schaden jedoch zu verneinen sein, wenn die Summe aus stationären und ambulanten Behandlungstagen die Grenzverweildauer der jeweiligen Fallpauschale nicht überschreitet. Werden hier Leistungen der nachstationären Behandlung unter Verletzung der dargelegten Grenzen des § 115a SGB V durch die Vertragsärzte erbracht, entstehen für die Kassen keine Mehrkosten, weil das Krankenhaus den niedergelassenen Arzt lediglich an der

¹⁸ Es liegt insofern eine konkludente Täuschung vor. Vgl. zu dem Begriff „miterklärt“ BGH, Urteil vom 15.12.1970 – I StR 573/70, GA 1972, 209.

¹⁹ Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht-Duttge, 1. Auflage (2008), § 263 StGB, Rn. 56; Fischer, 56. Auflage (2009), § 263, Rn. 71; vgl. BGH Urteil vom 10.07.1952 – 5 StR 358/52, BGHSt 3, 102.

²⁰ Durch die DRG-Fallpauschale wird die gesamte akutstationäre Behandlung in einem bestimmten zeitlichen Rahmen vergütet. Die zeitliche Obergrenze markiert die sog. Grenzverweildauer, die sich dem „Bundesweiten Entgeltkatalog für Fallpauschalen“ entnehmen lässt. Findet die nachstationäre Behandlung im Rahmen der jeweiligen Grenzverweildauer statt, wird sie nicht gesondert vergütet. Die Möglichkeit der nachstationären Behandlung ist insofern lediglich ein wirtschaftlicher Anreiz für die Krankenhäuser, die Rentabilität der DRG Vergütung durch Einsparung der Kosten für Unterbringung und Verpflegung des Patienten zu erhöhen.

bereits durch die stationäre Behandlung „verdienten“²¹ DRG-Fallpauschale beteiligt und das Verhalten insgesamt nicht als „negativer Beitrag zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen“ gewertet werden kann.²² Allerdings ist auch bei der Gesamtsaldierung der Wert der Gegenleistung zu berücksichtigen, für den die Person des Leistungserbringers maßgeblich sein kann (sog. „leistungsbezogenes Schadenselement“²³). Hierfür ist vorliegend bedeutsam, dass die Kasse mit der Überweisung der DRG-Fallpauschale eine durch im Krankenhaus tätige Ärzte erbrachte Krankenhausleistung honoriert, während in Wahrheit eine ambulante Anschlussbehandlung durch einen niedergelassenen Arzt durchgeführt wurde. Diese hat, wie §§ 73 Abs. 4, 115a SGB V entnommen werden kann, einen anderen (niedrigeren) Wert als die Krankenhausbehandlung. Denn § 115a SGB V stellt die nachstationäre Behandlung in das Ermessen des Krankenhauses und koppelt ihre Durchführung damit an medizinische Indikationen: Danach ist die nachstationäre Krankenhausbehandlung erforderlich, wenn die ambulante Behandlung durch die Vertragsärzte nicht ausreicht, um den Behandlungserfolg zu festigen. Auch die ambulante Krankenhausbehandlung ist gegenüber der ambulanten Behandlung durch niedergelassene Vertragsärzte daher nicht nur formal ein aliud, sondern auch eine qualitativ andere und deshalb anders vergütete Leistung.

Nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs kommt es indessen auf die vorstehenden Überlegungen zum leistungsbezogenen Schadenselement nicht an. Denn im Bereich des Sozialversicherungsrechts legt der BGH die sog. „streng formale Betrachtungsweise“²⁴ zugrunde, nach der eine Leistung insgesamt nicht erstattungsfähig ist, „wenn sie in Teilbereichen nicht den gestellten (sozialversicherungsrechtlichen) Anforderungen genügt“. Diese in der Literatur mit Blick auf das von § 263 StGB geschützte Rechtsgut²⁵ zu recht kritisierte Auffassung²⁶ führt dazu, dass ein Schaden bereits bei

einer Leistungsabrechnung unter Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen und unabhängig davon bejaht wird, ob die Leistung im Ergebnis fachgerecht erbracht wurde. Unter diesem Blickwinkel ist ein Schaden auch dann anzunehmen, wenn zum Beispiel im Rahmen eines Kooperationsvertrages grundsätzlich alle Leistungen der nachstationären Behandlung auf niedergelassene Ärzte übertragen werden oder wenn die Behandlung ohne wichtigen Grund außerhalb des Krankenhauses stattfindet.

IV. Ergebnis

Die Steuerung der Einweisungen über Kooperationsverträge birgt nicht nur wettbewerbsrechtliche und sozialrechtliche, sondern auch strafrechtliche Risiken, die bislang unterschätzt wurden.

Im Fall einer pauschalen Übertragung der nachstationären Behandlung auf niedergelassene Vertragsärzte kann ein Kassenabrechnungsbetrug seitens der Verantwortlichen im Krankenhaus vorliegen. Wer sich hiervoor schützen will, sollte die Kooperationsverträge gegenüber den Kassen offen legen. Sind sie auch unter diesen Voraussetzungen noch zur Leistung der DRG-Fallpauschale bereit, würde diese nicht aufgrund eines Irrtums gezahlt werden. Der Tatbestand des Betruges wäre nicht erfüllt. Ansonsten bleibt lediglich die durch § 20 Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV i.V.m. § 19a Abs. 2 Ärzte-ZV geschaffene Möglichkeit, dem niedergelassenen Arzt eine parallele Tätigkeit als angestellter Krankenhausarzt anzubieten oder ihm im Rahmen der nachstationären Behandlung in Einzelfällen untergeordnete Leistungen zu überantworten.

V. Rechtspolitische Schlussbemerkungen

Der Gesetzgeber hat die Krankenhäuser durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, das GKV-Modernisierungsgesetz 2004 und schließlich durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz 2007 in den Wettbewerb entlassen und verlangt von den Entscheidungsträgern an ökonomischen Prinzipien orientiertes Handeln. Dabei hat er sie aber nicht gleichzeitig auch mit den Werkzeugen ausgestattet, um sich in diesem Wettbewerb wirksam durchzusetzen. Da die Erlössituation der Krankenhäuser von den Patientenzahlen und der Fallschwere abhängt und der Patientenstrom in der Regel durch die niedergelassenen Ärzte in die einzelnen Häuser gelenkt wird, sind die verschiedenen Versuche, das Einweiserverhalten durch Kooperationsverträge zu beeinflussen, im Grundsatz gut nachvollziehbar.

Im Ergebnis wird die Branche daher die bestehenden Spielräume ausnutzen und sich in der Vertragsgestaltung entsprechend beraten lassen. Die Konsequenzen trägt vor allem der Patient. Denn die Krankenhäuser werden die Kooperationsverträge nicht mit dem qualifiziertesten Mediziner, sondern mit dem erfolgreichsten Einweiser

²¹ § 115a Abs. 3 SGB V sieht für die nachstationäre Behandlung zwar eine gesonderte Vergütungsregelung durch Normenvertrag vor. Zu einer zusätzlichen Vergütung kommt es aber nur in besonderen Fällen (z.B. bei Überschreiten der Grenzverweildauer oder wenn die vollstationäre Leistung nicht erfolgte, weil die Behandlung abgebrochen wurde). Im Regelfall sind die Kosten der Leistungen nach § 115a SGB V seit Geltung der DRG's in die Relativgewichte eingeflossen und somit mit der Fallpauschale abgegolten, juris Praxiskommentar SGB V-Köhler-Hohmann, 1. Auflage (2008), § 115a SGB V, Rn. 33.

²² BGH, Beschluss vom 28.09.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85 f.

²³ Volk, Zum Schaden beim Abrechnungsbetrug – Das Verhältnis von Strafrecht und Sozialversicherungsrecht, NJW 2000, 3385 ff.

²⁴ BGH, Beschluss vom 28.09.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85 f.

²⁵ Das in § 263 StGB geschützte Rechtsgut ist das Vermögen, (h.M.), vgl. Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht-Duttge (Fn. 19), § 263 StGB, Rn. 1; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, 27. Aufl. (2006), § 263, Rn. 1 (jeweils m.w.N.); zur historischen Rekonstruktion der heutigen Auffassung zum Betrug als Vermögensdelikt (mit Überblick zum Meinungsspektrum): Grau, Sozialadäquate Geschäftstüchtigkeit oder strafbarer Betrug? (2008), S. 43 ff.

²⁶ Grundlegend Volk, Zum Schaden beim Abrechnungsbetrug – Das Verhältnis von Strafrecht und Sozialversicherungsrecht, NJW 2000, 3385 ff.; Zusammenfassung des Mei-

nungsstandes bei Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. (2008), 549 ff.

abschließen und der niedergelassene Arzt wird den Patienten nicht in das Krankenhaus mit der jeweils optimalen Versorgung, sondern in Häuser einweisen, mit denen

er eine für ihn wirtschaftlich günstige Kooperationsvereinbarung unterzeichnet hat.

Aufsätze und Anmerkungen

Verfassungsverwirklichung durch Verwendung und Nichtverwendung von Informationen im Strafprozess

Zugleich eine Anmerkung zu BGH 3 StR 552/08 – Urteil vom 14. August 2009 = HRRS 2009 Nr. 890

Von Prof. Dr. Christoph Gusy, Bielefeld*

I. Einleitung

Die Frage nach den Verwendungsregeln von Informationen, die rechtswidrig erhoben worden sind, zählt zu den Standardproblemen des Strafverfahrensrechts. Die Suche nach Antworten ist gegenwärtig möglicherweise offener denn je. Dies liegt nicht zuletzt an dem aktuellen Stand der öffentlich-rechtlichen Diskussion.¹ Sie ist kaum geeignet, zuverlässige und konsentiertere Orientierungen zu vermitteln. Das Urteil bringt – aus der Perspektive eines sehr ungewöhnlichen Ausgangsfalls – einige neue Erkenntnisse, aber auch einige alte Fragen.

II. Divergierende Rechtsprechung zur Annahme unselbstständiger Verwertungsverbote

Das Bundesverfassungsgericht geht in einer Serie von Beschlüssen davon aus, dass die Bewältigung der Folgen rechtswidriger Beweiserhebung grundsätzlich eine Aufgabe des Gesetzgebers und der Fachgerichte sei.² Insbesondere wird die Geltung eines grundgesetzlichen Rechtssatzes verneint, wonach im Falle einer rechtswidrigen Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise *stets* unzulässig sei. Ein solcher Rechtssatz könne daher dem Strafprozessrecht vom Grundgesetz auch nicht vorgegeben sein. Die Auffassung der Strafgerichte, wonach im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und -anspruch einerseits sowie

den betroffenen Grundrechten andererseits geboten und zulässig sei, wird nicht beanstandet. Ein Beweisverwertungsverbot sei jedenfalls erst geboten, wenn „die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden.“³ Diese ursprünglich dem Strafprozessrecht entnommene *Schwereformel* wird inzwischen als die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts angesehen und ihrerseits von den Fachgerichten zugrunde gelegt. So zutreffend der genannte Ausgangspunkt sein mag, wonach nicht jede (!) Verletzung von Form- oder Verfahrensvorschriften bei der Informationserhebung ein Verwertungsverbot begründet, so überprüfungsbedürftig ist doch die daraus hergeleitete Konsequenz, dass die Rechtsverletzung stets eine schwerwiegende sein müsse. Was zunächst wie ein Bagatellvorbehalt anmutete, wird so ohne Begründung zu einem Qualifikationstatbestand von Eingriffsmaßnahmen, dem nicht nur die verfassungsrechtliche Begründung, sondern insbesondere auch die Leistungsfähigkeit als Abgrenzungskriterium weitgehend abgeht. So hat die bisherige Rechtsprechung weder befriedend gewirkt noch konsentiertere Maßstäbe herausgearbeitet.

Partiell wird auf den Rang des jeweiligen Richtervorbehalts in der Normenhierarchie abgestellt: Danach sollen grundgesetzlich angeordnete Vorbehalte eher als einfachgesetzliche zum rechtsstaatlichen Mindestbestand eines fairen Strafverfahrens zählen.⁴ Doch reicht diese Differenzierung allein offenbar nicht aus, wenn auch im Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 2 GG nicht stets ein Verwertungsverbot bejaht wird.⁵ Auch die Qualifikation ungeschriebener verfassungsrechtlicher Vorbehalte⁶ ist

* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld.

¹ Das Thema ist dort wieder, aber auch erst jetzt überaus aktuell. S. zuletzt *Dallmeyer* HRRS 2009, 429; *Schwabenbauer* NJW 2009, 3207 (beide m.w.N.).

² BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; jüngst BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 2009 – 2 BvR 2225/08 = HRRS 2009 Nr. 648. Zu Folgefragen etwa *Daleman/Heuchemer* JA 2003, 430.

³ BVerfGE 113, 29, 61; NJW 1999, 273, 274; NJW 2006, 2684, 2686; Beschluss vom 2. Juli 2009 (Fn. 2).

⁴ BVerfG NJW 2008, 3053, 3054 = HRRS 2009 Nr. 221. Ähnlich OLG Hamm NStZ-RR 2009, 185 f.

⁵ So jedenfalls BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 2009 (Fn. 2).

⁶ Dazu o. II.

hier noch offen. Im Falle eines Rechtsverstößes wird von den ordentlichen Gerichten nicht selten weiter differenziert, und zwar sowohl nach der Schwere des Eingriffs wie auch nach der Intensität des Rechtsverstößes. Wird etwa durch interne polizeiliche Anweisung die Einholung gesetzlich vorgeschriebener richterlicher Entscheidungen ausnahmslos untersagt, so kann dies ein Verwertungsverbot im Einzelfall begründen. Bei sonstiger Unterlassung wird weiter differenziert: Wenn ein den Beamten bekannter Richtervorbehalt „völlig missachtet“ wird, „gerade so, als ob die Vorschrift gar nicht existierte“, so könne sie ein Verwertungsverbot begründen.⁷ Ein solcher Fall wird aber nicht stets angenommen, wenn „die Polizeibeamtin sich darauf beruft, die Anordnung der Blutentnahme durch Polizeibeamte an ihrer Dienststelle sei gängige Praxis.“⁸ Die schwer zu erkennende Differenzierung führt dann zu der Folgefrage, ob der *Rechtsverstoß* *bewusst oder willkürlich* begangen worden ist. Dabei kann es auf die Frage, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit eine richterliche Anordnung ergehen würde, kaum ankommen.⁹ Die Zulassung polizeilicher Prognosen über diesen Umstand würde den Schutzzweck der Richtervorbehalte weitgehend entwerten. Stattdessen wird eher auf „fehlendes Problembewusstsein“ und „irrigere Rechtsauffassung“¹⁰ abgestellt, die allerdings wohl allein in rechtlichen Übergangssituationen herangezogen werden können. Ansonsten läge es in der Hand der Behörden, durch (unterlassene oder einseitige) Aus- oder Fortbildung ihrer Mitarbeiter den Grad ihrer Rechtsbindung zu beeinflussen. Doch schließt der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes gerade aus, dass die Adressaten einer Rechtsnorm über Inhalt und Umfang ihrer Bindung selbst disponieren. Als letztes Kriterium bleibt dann die im Einzelfall schwer aufklärbare Frage, ob „der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird oder wenn die den Richtervorbehalt begründende Rechtslage in gleichgewichtiger Weise gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt“ wird.¹¹ Schließlich findet sich auch eine gewisse Kritik der Rechtsprechung von einzelnen Richtervorbehalten,¹² verbunden mit dem Hinweis auf die relative Geringfügigkeit des Grundrechtseingriffs.¹³ Diese Rechtsprechung ist wenig geeignet, die Durchsetzung der Richtervorbehalte auch im Bewusstsein der Ermittlungsbehörden zu stärken und Rechtsklarheit herzustellen.

III. Wissenschaftliche Positionen

Ein Blick auf den Meinungsstand im Öffentlichen Recht ist gleichfalls kaum in der Lage, nähere Aufklärung zu vermitteln. Hier wird schon die Fragestellung offenbar nicht primär als eigene, sondern eher als eine solche des Strafverfahrensrechts angesehen.¹⁴ Die älteren Lehren

⁷ OLG Dresden NJW 2009, 2149.

⁸ OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148.

⁹ Anders aber OLG Köln NSz 2009, 406, 408. Umgekehrter Fall: OLG Hamm StV 2007, 69.

¹⁰ OLG Köln (Fn. 9).

¹¹ OLG Bamberg (Fn. 8). Siehe auch BGHSt 51, 285 = HRRS 2007 Nr. 463; LG Berlin DAR 2008, 534 („Willkür“).

¹² OLG Hamm (Fn. 9) („Massengeschäft“).

¹³ OLG Hamburg NJW 2008, 2597; OLG Köln (Fn. 9).

¹⁴ Jedenfalls findet sich bei *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 54. A. (2007), die Problematik allein im Kapitel über „Polizeihandeln im Strafverfahren“ (*Frister* ebd.,

vom Folgen- und Folgenbeseitigungszusammenhang rechtswidriger Datenerhebung oder -verarbeitung¹⁵ werden immer seltener diskutiert und fortentwickelt. Ein Grund hierfür mag der *procedural turn* im Datenschutzrecht sein: Seitdem werden Fragen der Informationsverarbeitung eher als solche des korrekten Informationsmanagements gesehen. Aus dieser Sicht sind Rechtsfolgen unzulässiger Datenerhebung dann eher Speicherungs- oder Übermittlungsverbote, Löschungs- oder Vernichtungsgebote. Die Frage nach der möglichen Verwendung rechtswidrig erhobener, gespeicherter oder übermittelter Daten gilt aus jener Sicht eher als *old-fashioned*. Fest steht aber wohl: Materielle und formelle Rechtsfragen, also das korrekte Informationsverwaltungsrecht und das materielle Informationsverwendungsrecht, sind nicht einfach identisch, sondern jede für sich und unter im Einzelfall möglicherweise divergierenden rechtlichen Bedingungen zu beantworten. Für das Verwendungsrecht wird der Meinungsstand hierzu jüngst kurz und knapp so resümiert: „Soweit eine Heilung (des Rechtsfehlers) nicht möglich ist, muss man mit einer normgeleiteten Abwägung operieren. Dafür kann man allgemein geltende, allerdings gegebenenfalls bereichsspezifisch auszufüllende Kriterien anführen: Auf der einen Seite fließen Inhalt, Umfang und Gewicht der Rechtsgüter oder der öffentlichen Belange ein, die im Falle einer Rechtswidrigkeit der weiteren Verarbeitung der Daten nicht geschützt oder realisiert werden könnten. Auf der anderen Seite spielen das überindividuelle Interesse an der Rechtmäßigkeit exekutiven Handelns („Disziplinierungsgedanke“), die Schutzfunktionen des Tatbestandselements, gegen das verstoßen worden ist, die Schwere der Rechtsverletzung sowie die Schutzwürdigkeit des individuell Betroffenen eine Rolle.“¹⁶ Dies gibt den Stand der Diskussion wohl zutreffend wieder, ist aber im Einzelfall von Behörden und Gerichten nicht immer einfach zu operationalisieren.

Als mögliche Parameter zur Konkretisierung jener Ideen bei der Gesetzesanwendung werden etwa genannt:

- *phasenübergreifende gesetzliche Regeln für Datenverarbeitungsprozesse* (etwa: der Gedanke der Zweckbindung), und zwar entweder allgemeiner oder aber bereichsspezifischer Art; der Kausalitäts- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang, namentlich die Möglichkeit hypothetischer Ersatz- oder Wiederholungseingriffe;
- das *Übermaßverbot*;

S. 768 ff.), nicht hingegen in dem Kapitel über Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht (*Petri* ebd., S. 825 ff.). Ganz unterbelichtet ist die Fragestellung allerdings leider auch bei *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. A. (2009), Rn. 179 ff., 268 ff.

¹⁵ Zu ihnen etwa noch *Gusy* DÖV 1980, 431; *Eberle*, in *GS Martens* (1985), S. 351; ganz grundlegend *Stoermer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote (1992).

¹⁶ *Albers*, in *Hoffmann-Riem* u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II (2008), § 22 Rn. 143 (m.w.N.). Grundlegend für das prozedurale Paradigma *dies.*, Informationelle Selbstbestimmung (2005); *dies.*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge (2001).

- der Grundgedanke der *Heilbarkeit bestimmter Verfahrensfehler* sowie der Unbeachtlichkeit anderer Verfahrensrechtsverstöße.¹⁷

Jene Kriterien sollen bereichs- und einzelfallabhängige Entscheidungsfreiräume für die Fachgerichte eröffnen, diese aber umgekehrt auch eingrenzen. Sie sind gewiss allgemein genug, um über den unmittelbaren Bereich des Verwaltungsrechts hinaus auch in anderen Rechtsgebieten Anwendung zu finden.

IV. Fragwürdiges in der Entscheidung des BGH

Vor diesem Hintergrund steht das hier besprochene Urteil des BGH. Sein expliziter Ausgangspunkt ist die These vom „Überwiegen der Belange der Allgemeinheit, insbesondere des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung – einem Prinzip mit Verfassungsrang (BVerfGE 44, 353, 374; BVerfG StV 1985, 177)“ (Rn. 47, 51). Wenn dieses Prinzip „überwiegt“, entsteht daraus nahezu zwangsläufig ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Die Verwendung erlangter Informationen, ist die rechtlich allgemein vorausgesetzte oder angeordnete Regel, das Verwendungsverbot die rechtlich begründungsbedürftige Ausnahme (so explizit Rn. 47). Solche Ausnahmen sucht der BGH mangels allgemeiner Regelungen durch Auslegung der strafprozessualen Einzelbestimmungen für die hier vorliegende Konstellation, namentlich des § 100d Abs. 5 (Nr. 3) StPO, zu gewinnen. Dieser enthält explizit einzelne Verwendungsverbote, andere hingegen – mehr oder weniger planmäßig – nicht. Dabei darf die im entschiedenen Einzelfall einschlägige Konstellation als durchaus atypische Konstellation gelten, welche nicht in jeder konkreten Einzelfallregelung Berücksichtigung finden kann und muss: Hier hatte der BGH über einen Fall der partiellen Verfassungswidrigkeit einer Informationserhebungsbefugnis des Polizeirechts während der Andauer eines vom BVerfG für parallele Gesetze gesetzten Übergangsfrist unter der faktischen Prämisse zu entscheiden, dass der vom BVerfG festgestellte Verfassungsverstoß in den geltenden Ermächtigungsnormen möglicherweise keine Auswirkungen auf die im Einzelfall durchgeführten Wohnungsüberwachungen hatte. Um so wichtiger ist dann die rechtliche Geltung und inhaltliche Feststellbarkeit allgemeiner Verwendungsregeln, die aber vom Gesetzgeber bislang nicht erlassen worden sind. Die tastenden Versuche differenzierender Einzelregelungen deuten bislang eher darauf hin, dass der Gesetzgeber entweder nicht von einem allgemein verbindlichen Gesamtkonzept von Informationsverwendungsregeln ausgeht oder aber ein solches jedenfalls bislang nicht in Gesetzesform verbindlich machen will.

Jener Ausgangspunkt ist verfassungsrechtlich zumindest diskussionsbedürftig. Der Zweck des Strafverfahrens mag verfassungsrechtlich vorgegeben sein; die Rechte der Beteiligten und Betroffenen sind es aber auch. Beide Interessen sind sowohl zur Verwirklichung individueller wie auch kollektiver Rechtspositionen vorgegeben und

stehen daher verfassungsrechtlich gleichrangig nebeneinander, nicht hingegen in einem Verhältnis von Vor- und Nachrangigkeit, welches dann das geschilderte Regel-Ausnahme-Verhältnis begründen könnte. Die ältere, bisweilen noch von der Diskussion um die Abwehr und Aburteilung des RAF-Terrorismus überschattete Rechtsprechung samt den von ihr verwendeten allgemeinen Formeln kann gegenwärtig jedenfalls nicht mehr ohne Weiteres als Beleg für das Gegenteil herangezogen werden.¹⁸ Inzwischen haben sich sowohl die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wie auch die Verfassungswissenschaft erheblich pluralisiert.¹⁹ Der Schluss vom Zweck auf die Mittel begründet für sich keine Eingriffsrechtfertigung mehr. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des Strafverfahrensrechts: Der StPO geht es nicht darum, durch zahlreiche Form- und Verfahrensregelungen, materiellrechtliche Eingriffsschranken und Befugnisgrenzen das grundgesetzlich anerkannte „öffentliche Interesse an der Strafverfolgung“ zu *beeinträchtigen*, sondern vielmehr dieses Interesse in seiner grundgesetzlich geschuldeten Form zu *verwirklichen*. Strafverfolgung nach Maßgabe und in den Grenzen von Verfassung und verfassungskonformen Gesetzen – dies zu ermöglichen und zu garantieren, ist Sinn und Zweck des Strafverfahrensrecht, seiner Befugnisse und Grenzen insgesamt. Grundgesetz und Strafprozessordnung wollen den staatlichen Strafanspruch nicht ver- oder behindern, sondern rechtsstaatlich ermöglichen und organisieren. *Verfassungsrechtlich gesprochen ist die Durchführung des Strafverfahrens zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs demnach nicht die Voraussetzung, sondern das Ergebnis eines grundgesetzkonformen Strafprozesses auf der Grundlage eines grundgesetzkonformen Strafprozessrechts.* Zugegeben: Diese Feststellung mag derart banal sein, dass man sie als Verfassungsrechtler nicht ohne Not den Fachgerichten und -wissenschaftlern des Strafprozessrechts zumuten sollte. Aber dahinter steckt der daraus herzuleitende methodische Gedanke: Die Abwägung zwischen dem Recht des Prozesses einerseits und demjenigen seiner Beteiligten und Betroffenen andererseits hat aus grundgesetzlicher Perspektive vom Prinzip der Gleichrangigkeit der Rechtsgüter auszugehen.²⁰ Danach wäre sie also vom Grundgesetz her offener als dies vom BGH zugrunde gelegt worden ist.²¹ Rechtfertigungsbedürftig wäre dann nicht bloß das Verwendungsverbot, sondern gleichermaßen die Verwendungsbefugnis. Es versteht sich keineswegs von selbst, dass eine rechtswidrig erhobene Information wie eine rechtmäßige weiterverarbeitet und -verwendet wird. Dem können nicht nur Sinn und Zweck des Erhebungs-

¹⁸ BVerfGE 44, 353, aus dem Jahre 1977, aber nicht zu einem RAF-Thema. Übrigens ist in den Entscheidungsgründen selbst von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der „Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ und zulasten der Grundrechte Betroffener keine Rede. S. nun aber BVerfG HRRS 2009 Nr. 648, wo offenbar gleichfalls ein Regel-Ausnahmeverhältnis postuliert wird. Darin liegt vielleicht eher eine „Geburt“ als eine „Wiedergeburt“ auf Verfassungsebene.

¹⁹ Vgl. dazu nur *Amelung/Wirth* StV 2002, 161; *Gusy* StV 2002, 153 (beide m.w.N.).

²⁰ Darstellung und Kritik von Gegenauffassungen bei *Dallmeyer* (Fn. 1), S. 432 f.

²¹ S. noch Rn. 47 am Anfang, wo noch relativ offen formuliert worden ist. Im Laufe dieser Rn. wird der Abwägungsprozess immer mehr und weiter als hier eingeschränkt.

¹⁷ Der zuletzt genannte Grundgedanke findet sich explizit in §§ 45 f. VwVfG; Kriterien nach *Albers*, Grundlagen (Fn. 16) m.w.N.

verbots, sondern auch der Gedanke der Folgenbeseitigungspflicht und der Effektivierung des staatlichen Datenverarbeitungs- und -schutzrechts entgegenstehen.

Was wären die Konsequenzen im Einzelfall?

(1) Sie lägen zunächst darin, dass die Frage nach den Verwendungsverboten nicht ausschließlich aus den geltenden grundgesetzlichen oder gesetzlichen Verwertungsgrenzen als Ausnahmebestimmungen zu beantworten wäre. Vielmehr stellt sich die Frage ihrer Weiterentwicklung als eigenständige Aufgabe von Gesetzgebung und Rechtsprechung dar. Dabei wäre letztere nicht allein *intra legem* (Art. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG), sondern auch darüber hinaus zu einer verfassungsgeleiteten Rechtsfortbildung berechtigt und verpflichtet. Insbesondere ist die Rechtsprechung nicht auf die expliziten Beweisverwendungsregeln der StPO festgelegt.

(2) Sie lägen weiter darin, dass die vom BGH anerkannten Verwendungsgrenzen der Überschreitung gesetzlicher Beschränkungen (Rn. 52), der „bewussten“ Umgehung des Gesetzes (Rn. 58) und der Verletzung besonders hochrangiger Informationserhebungsgrenzen aus dem Grundgesetz begründet und hinsichtlich ihrer Reichweite geklärt werden könnten und müssten. Verfassungsverwirklichung könnte dann eben nicht nur die Informationsverwendung, sondern auch ihre Nichtverwendung sein. Am Beispiel: So ist etwa im Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 2 GG die Notwendigkeit eines gerichtlichen Durchsuchungsbeschlusses die Regel und nicht die Ausnahme der Informationserhebung.²² Dieser Umstand kann für die Frage nach der Verwendbarkeit ohne einen solchen Beschluss erhobener Informationen nicht ohne Bedeutung bleiben. Jedenfalls darf jene konkrete Regel des GG auf der Verwendungsebene nicht durch entgegengesetzte allgemeine Regel-Ausnahme-Verhältnisse außer Kraft gesetzt werden. Dies gilt erst recht, wenn der edukatorische Effekt von Rechtsnormen und ihrer Anwendung Berücksichtigung findet. Ihm kommt im Kontext polizeilicher Aufklärungsmaßnahmen eine gesteigerte Bedeutung zu, da hier der nachträgliche Rechtsschutz regelmäßig auf vollendete Tatsachen trifft. Die Garantie von Rechtsbindung und Rechtsdurchsetzung durch Kontrollverfahren ist regelmäßig kaum möglich. Umso wichtiger ist die Durchsetzung eigenverantwortlicher und „freiwilliger“ Normdurchsetzung bei den Behörden im Wege des – auch sanktionsbewehrten – Lernens. Wohlgemerkt: Dies hängt an der wahrgenommenen Aufgabe, nicht an der sie wahrnehmenden Stelle. Es geht um die Besonderheiten heimlicher Informationserhebung durch Grundrechtseingriffe, nicht um die Besonderheiten gerade der Polizei.

(3) Und sie lägen nicht zuletzt darin, dass die so näher hergeleiteten – und ggf. weitere, noch herzuleitende – Verwendungsregeln den Gerichten und Behörden klarere Anhaltspunkte für ihre Rechtsanwendung vermitteln könnten. Dann könnte auch ein System strafprozessualer Beweiserhebungs- und -verwendungsrechte entstehen. Doch liegt nahe, dass ein solches System eher am Ende

²² BVerfGE 103, 142. Restriktiv zum Folgenmangement möglicherweise nun aber BVerfG HRRS 2009 Nr. 648; dagegen Dallmeyer (Fn. 1).

als am Anfang eines solchen Diskussionsprozesses stehen kann.

V. Zutreffende Erwägungen des BGH

Das hier besprochene Urteil enthält auch zahlreiche Passagen, denen aus der Sicht des Öffentlichen Rechts zugestimmt werden kann. Wenn sich die Informationserhebung nach dem Polizeirecht richtet, so ist deren Rechtmäßigkeit auch nach polizeirechtlichen Grundsätzen zu überprüfen (Rn. 61 ff.) Hier hat sich die Dogmatik zum Gefahraufklärungseingriff – und um einen solchen ging es hier – allerdings über den in Rn. 62 mitgeteilten Stand hinaus entwickelt.²³ Der Informationstransfer aus dem Polizei- in das Strafprozessrecht ist grundsätzlich zulässig. Die Zulässigkeit der Verwendung so transferierter Daten richtet sich grundsätzlich nach dem Strafprozessrecht (Rn. 31 ff.), soweit und solange sichergestellt ist, dass im Einzelfall weder rechtliche Erhebungsgrenzen des Polizei- noch des Strafprozessrechts umgangen werden.²⁴ Informationen, welche zur Aufklärung schwerer Straftaten erhoben werden dürfen, dürfen auch nur zur Aufklärung schwerer Straftaten übermittelt und verwendet werden.²⁵ Bei der Verwendung präventivpolizeilich erhobener Daten zu repressiven Zwecken muss dieser Grenze sinnhaft Genüge getan werden. Dies ist hier geschehen.

Somit bleibt die Frage nach den Folgen der partiellen Verfassungswidrigkeit des § 29 RPOG a.F. Dieser hielt zwar die äußeren Befugnisgrenzen des Art. 13 Abs. 4 GG ein (Rn. 38), ihm fehlten jedoch Regelungen hinsichtlich der Schutzes des unantastbaren Kernbereichs der Privatsphäre und des zu seinem Schutz notwendigen Verfahrens. Im Lauschangriffsurteil hat das BVerfG für einen Parallelfall (§§ 100c, 100d, 101 StPO) die Grundgesetzwidrigkeit gerügt, aber keine Nichtigkeit erklärt und zugleich eine Übergangsfrist gesetzt. Die allgemeinen Folgen einer solchen Erklärung sind extrem umstritten.²⁶ Das Meinungsspektrum reicht vom grundsätzlichen Anwendungsverbot der betroffenen Norm bis hin zu ihrer weiteren Anwendungsanordnung, ggf. unter be-

²³ Dies gilt umso mehr, als der unter Bezug auf BVerfGE 17, 232, 251 f. mitgeteilte Satz (dringende Gefahr liegt auch vor, wenn „die Beschränkung des Grundrechts dem Zweck dient, einen Zustand nicht eintreten zu lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr ... darstellen würde.“) möglicherweise für Gefahrbeseitigungseingriffe Anwendung finden kann. Doch ging es hier erst einmal um die Aufklärung einer Situation im Hinblick auf das mögliche Vorliegen dringender Gefahren. Dieser Eingriff verhindert selbst noch nichts und ist daher als vorgelagerte Maßnahme nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässig. Ob diese im Einzelfall vorlagen, kann aus dem Urteil nicht vollständig geklärt werden liegt aber unter Zugrundelegung von Rn. 62 a.E., 63 eher nahe.

²⁴ Dies wiederum richtet sich nach Polizeirecht; insoweit zutr. Wolter in SK-StPO, Losebl. (60. Lfg. 2009), § 100d Rn. 64; in solchen Fällen könnten tatsächlich die in Rn. 32 a.E. als „nicht stimmig“ bezeichnete Konsequenzen auftreten.

²⁵ Grundsätzlich BVerfGE 100, 313, 388 ff.; dort auch zu den verfahrensrechtlichen Folgerungen (am Beispiel der Kennzeichnungspflicht).

²⁶ Überblick bei Blüggel, Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht (1998).

stimmten Bedingungen. Das BVerfG verweist stets auf den Kontext der konkreten Entscheidung und das Bedürfnis nach Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes. Von daher erscheint der Schluss vertretbar: Wenn – wie im Lauschangriffsurteil²⁷ – schon kein Anwendungsverbot im Kontext der von dem Urteil unmittelbar betroffenen StPO ausgesprochen wurde, so entsteht ein solches auch nicht eo ipso hinsichtlich anderer, nicht betroffener Gesetze. Dies gilt umso mehr, als die maßgeblichen Verfassungsnormen – Art. 13 Abs. 3 GG einerseits, Art. 13 Abs. 4 GG andererseits – gewisse inhaltliche Differenzen aufweisen. Der Kernbereichsschutz war also in materiell- wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht *intra legem* unmittelbar aufgrund des Art. 13 GG in der Auslegung des BVerfG sicherzustellen. Das ist zwar keine verfassungskonforme Auslegung, wohl aber verfassungsgeleitete Auslegung. Entscheidend war hier, dass die handelnden Behörden jene Anforderungen nach

²⁷ BVerfGE 109, 279, 381.

den Feststellungen der Instanzgerichte offenbar erfüllt hatten (Rn. 74 ff.). Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte allerdings ein Informationserhebungsverbot – und dann wohl auch ein Verwendungsverbot – vorgelegen. Ähnliches hätte nach Ablauf der vom BVerfG gesetzten Übergangsfrist gegolten.

VI. Fazit

Es sind also eher die verwendeten Obersätze und die angewandten Methoden, welche das vorliegende Urteil als so diskussionswürdig erscheinen lassen. Ein weiteres Mal zeigt sich: Datenschutzrecht stellt weniger neue Probleme; es stellt vielmehr die alten Probleme neu. Hier bedürfen sie nicht nur neuer Lösungen, sondern auch neue Wege zur Lösungsfindung. Der vorliegende Fall war aufgrund seiner Gestaltung im Einzelfall hierfür vielleicht nicht optimal. Umso wichtiger ist es, die in ihm liegenden rechtlichen Weichenstellungen zu reflektieren.

Aufsätze und Anmerkungen

Strafzumessungsraster bei Steuerhinterziehung?

Anmerkung zu BGH 1 StR 516/08 vom 2. Dezember 2008 (HRRS 2009 Nr. 27).

Von Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Ingo Flore, Dortmund

I. Präambel

Der BGH im Mainstream. Im Zuge der Finanzkrise schleifen die europäischen Regierungen die Bankgeheimnisse, um in einem zweiten Schritt etatmotivierte supranationale Steuererhöhungen ins Auge zu nehmen. Die Steuerhinterziehung als gesellschaftlich begrenzt geduldetes Kavaliersdelikt wird politisch kriminalisiert; der Steuerhinterzieher, der sich bis vor kurzem schulterklopfendem, zuweilen augenzwinkendem Verständnis sicher wusste, findet sich in das populistische OutLaw abgewrackt.

Die Versagensängste der Politik, dass das Desaster öffentlicher Banken und öffentlicher Aufsicht privater Banken, erkannt, benannt und personifiziert wird, hat in einer einmaligen Medienkampagne den Steuerhinterzieher als den Sündenbock aller haushalts-wirtschaftlicher Malaise als nunmehr außerhalb der gerechtigkeitsempfindenen steuerzahlenden Solidargemeinschaft verortet. Diese einfache Suche ist medial: Die Jagd nach Sündenböcken ist von allen Jagdarten bekanntlich die einfachste. Bonus- und Abfindungszahlungen geschmackloser Größenordnungen – mit einem immerhin

prostitutiven hälftigen Besteuerungsanteil – sind der Transmissionsriemen Engelmanscher Manier „Ihr da oben, wir da unten“, um das rechtsstaatliche Normengefüge neu zu justieren:

Wer Steuern als *Allgemeingut* hinterzieht, hat keinen Rechtsanspruch auf eine *individualgerechte* Strafe; allgemeine fallübergreifende und unabhängige Kodizi einfachster Blockkastenstruktur als höchste Stufe gesellschaftlicher Diskriminierung „Im Namen des Volkes“ sind die *poison pill*.

Der 2. Dezember 2008 markiert einen Wendepunkt, gewiss aber anders, als vom BGH intendiert.

II. Retrospektive

Der Tatbestand der Steuerhinterziehung erwies sich schon immer als Experimentallabor der Rechtsprechung. Die Schwierigkeiten des Gesetzgebers, Blankettstrafrechtsnormen rechtsstaatlicher Bestimmtheit sprachlich zuzuführen, (miss-)verstand die Rechtsprechung als pädagogischen Auftrag, Einzelfallgerechtigkeit allgemeinpräventiv aus den unterschiedlichsten

Sachverhalten und Steuerarten patchworkartig zu entwickeln. Im Blick zurück wird dieser Befund durch den Wortlaut des § 359 RAO (RGBl. 1919, 1993) geschärft:

„Wer zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erschleicht oder vorsätzlich bewirkt, dass Steuereinnahmen verkürzt werden, wird wegen Steuerhinterziehung mit den in den einzelnen Gesetzen hierfür angedrohten Strafen bestraft. Der Mindestbetrag einer Geldstrafe ist, soweit kein anderer Betrag bestimmt ist, zwanzig Mark...“

Die zentrale Handlungsalternative, *„bewirken, dass Steuereinnahmen verkürzt werden“*, war so weit gefasst, dass sich aus dem Wortlaut des Gesetzes weder hinreichend bestimmt eine sanktionierte tatbestandsmäßige Handlung, noch das Handlungsobjekt, noch der Taterfolg mit hinreichender, rechtsstaatlich gebotener Bestimmtheit entnehmen ließ (Kohlmann, Steuerstrafrecht, Kommentar, [38. Aufl. Aug. 2008] § 370 Rdnr. 7 unter Hinweis auf BVerfG vom 08.05.1974 – 2 BvR 636/72 -, BVerfGE 37, 201 (208)).

Das RG setzte in der Folgezeit die gesetzliche Formulierung *„bewirken“* mit *„verursachen“* gleich und postulierte damit jede beliebige Handlung, die eine Verkürzung von Steuereinnahmen verursachte, als tatbestandsmäßig (vgl. Kohlmann, a.a.O., Rdnr. 8). Die Literatur bewertete diesen Ansatz als mehr Verwirrung denn Klarheit schaffend (nochmals: Kohlmann, a.a.O., Rdnr. 7).

Ein weiteres Beispiel für den Versuch, die Tatbestandsmäßigkeit der Steuerhinterziehung betragsmäßig zu verbalisieren, nicht aber präzise zu beziffern, zeigte sich am Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz vom 19.12.2001 (BGBl. I 2001, 3922). Die Steuerhinterziehung war in den Hype gesetzgeberischen Aktionismus nach dem *„September eleven“* geraten. Es wurde der Qualifikationstatbestand des § 370 a AO eingeführt. Die gewerbs- oder bandenmäßig begangene Steuerhinterziehung mutierte zum Verbrechenstatbestand. Diese wurde mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bedroht. Wesentlich(er) für den Gesetzgeber dieser Zeit war indessen der Link als taugliche Vortat der nach § 261 StGB strafbaren Geldwäsche, einem der Targets im Zeitalter des internationalen Terrorismus.

Den Staatsanwaltschaften wurde in der Folge das empfindlichste Schwert gegen die Steuerhinterzieher genommen, die den Hinterziehungserfolg absaugende Geldauflage, weit wirksamer und spezialpräventiver als die bedrohungsschwache Aussicht auf eine mögliche Freiheitsstrafe infolge eines amts- oder landgerichtlichen, zuweilen jahrelangen Prozesses. Die Freiheitsstrafe nimmt dem Täter einer Steuerhinterziehung in dessen Verständnis nicht die Vorteile der Tat, macht aus *„mein“* – anders als die bankkontosensible Geldauflage – nicht *„dein“*.

Die Qualifizierung als Verbrechen sperrte die jahrzehntelange Philosophie des *„Auge um Auge, Zahn um Zahn“*, deren Stilblüte die bemerkenswerte *„Praxis“* der Bochumer Schwerpunktstaatsanwaltschaft in den sog. Liechtenstein-Fällen ist: bei Geständnis oder – verunglückter –

Selbstanzeige: Bezahlung der Steuer zuzüglich einer Geldauflage in Höhe des Einfachen der hinterzogenen Steuer, bei Tatentdeckung ohne Reue wird die Geldauflage schlicht mit dem Doppelten des Hinterziehungserfolges bemessen.

Erste Reflexe hatten sich bereits auf den Gerichtsfluren herausgebildet. Die Neigung, einen Tatbestand als gewerbsmäßig zu qualifizieren, nahm spürbar ab. Die Aussicht auf verstopfte gerichtliche Sanktionstribunale ließ Staatsanwälte und Verteidiger wieder auf dem Radarschirm des § 153 a StPO verorten. Der Gesetzgeber reagierte prompt. Bereits durch das Gesetz vom 23.07.2002 (BGBl. I 2002, 2715) wurde aus dem Upgrade des § 370a AO ein Downsizing.

Im Weiteren erfüllte nicht jede gewerbsmäßige Steuerhinterziehung den Qualifikationstatbestand, hinzutreten musste das Merkmal *in großem Ausmaß*.

Diese verbale Umschreibung einer merkantilen Größenordnung eines Qualifikationsmerkmals musste zwangsläufig am verfassungsrechtlichen Gebot der Bestimmtheit scheitern. In der Folge wurde noch im gleichen Jahr § 370a AO durch das Gesetz vom 22.12.2007 gestrichen (BGBl. I 2007, 3198), nicht ohne aber gleichzeitig die Steuerhinterziehung in großem Ausmaß als Regelbeispiel nach § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO zu normieren.

Abgesehen von fortbestehenden verfassungsrechtlichen Zweifeln mangelnder rechtsstaatlicher Bestimmtheit zeigt dieser kurze Fokus auf die historischen Bemühungen des Gesetzgebers, dass in keinem Fall einfach namhaft zu machende betragsmäßige Grenzen in den Tatbestand, seine Regelbeispiele oder einer Qualifikationsnorm eingezogen wurden, sondern dass der Gesetzgeber mit einer bewusst vagen Umschreibung von Tatbestandsmerkmalen auf der einen Seite gerade keine mathematisch-strafrechtliche Einordnung normierte und sich dieserhalb sprachlich-artistischen Übungen am Hochseil verfassungsrechtlicher Bestimmtheit ausgesetzt sah.

III. Exegese

1. Entscheidungstenor

Das Landgericht Landshut hatte den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in 48 Fällen, Beihilfe zur Steuerhinterziehung in vier Fällen und wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 43 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr und 11 Monaten verurteilt. Die Revision führte (lediglich) zur Berichtigung eines offensichtlichen Schreibversehens in der Urteilsformel.

2. Sachverhalt

Nach den Urteilsfeststellungen betrieb der Angeklagte ein Trockenbau-Einzelunternehmen, das für verschiedene Auftraggeber als Subunternehmer tätig war. Aufgrund der Preisvorgaben der Auftraggeber war dem Angeklagten in den Jahren 2001 bis 2005 ein *„auskömmliches“*

Wirtschaften“ nur dadurch möglich, dass er den wesentlichen Teil seiner Arbeitnehmer „schwarz“ beschäftigte. Er erklärte die Umsatzerlöse, die er aufgrund der Tätigkeit der nicht gemeldeten Arbeitnehmer erzielte, in denen für die betreffenden Zeiträume abgegebenen Umsatzsteuervoranmeldungen und -jahreserklärungen nicht. Um andererseits den Auftraggebern zu ermöglichen, die an ihn als Subunternehmer geleisteten Zahlungen ertragsteuerlich als Betriebsausgaben anzusetzen und umsatzsteuerlich einen Vorsteuerabzug geltend machen zu können, unterstützte der Angeklagte die Auftraggeber bei der Beschaffung und Ausstellung sog. Abdeckrechnungen.

Insgesamt verkürzte der Angeklagte nach den Urteilsfeststellungen Umsatzsteuern in Höhe von mehr als 373.000,-- € sowie Lohnsteuern in Höhe von 354.000,-- € und enthielt den Einzugsstellen Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von mehr als 947.000,-- € vor. Zudem ermöglichte er durch das Ausstellen von Scheinrechnungen zu Gunsten Dritter, dass diese unge rechtfertigt Vorsteuern in einer Gesamthöhe von mehr als 220.000,-- € geltend machen konnten.

3. Conclusio

Das Ergebnis konnte nun wirklich nicht verwundern, nimmt man nur die Feststellung des BGH (Rz. 55) in den Blick, wonach der Angeklagte einschlägig vorbestraft und die abgeurteilten Taten in die Bewährungszeit der Vorstrafe fielen, der Täter mithin zudem noch ein „Bewährungsversager“ war.

Der BGH hätte mithin die Revision ohne dezidierte Begründung der rechtsstaatlich überaus kritischen statistischen Größe nicht erfolgreicher Revisionen zuführen können. Mit dem Wechsel der Senatszuständigkeit wollte der nunmehr zuständige 1. Strafsenat unter dem Vorsitz des Vorsitzenden Richters am BGH *Nack* dem Steuerstrafrecht offensichtlich ein neues Korsett anziehen.

4. Urteilsstrukturierung

Die auf 28 Seiten mit 55 Rz. gefertigte Entscheidung befasst sich im Teil III. von Tz. 5 bis Tz. 18 mit dem Sozialversicherungsbetrug. Der Teil IV., beginnend ab Tz. 19 ist den Feststellungen und Ausführungen zur Steuerhinterziehung vorbehalten.

5. Entscheidungsaufbau

Der BGH sieht sich offensichtlich im Blick auf die nachfolgenden – auch mit einer Presseerklärung des Gerichts medial zur Kenntnis gebrachten – Ausführungen veranlasst, folgende Feststellung quasi vor die Klammer zu ziehen:

„Grundlage für die Zumessung der Strafe ist bei einer Steuerhinterziehung – wie bei jeder anderen Straftat auch – die persönliche Schuld des Täters.“

Allgemeinplatz, Fluchtburg, Selbstverständlichkeit, Erinnerung an etwas, was es zu verabschieden gilt, fallen als

Stichwörter beim Lesen dieser Eröffnungsrochade ein. Der BGH macht sich dann auf den langen Weg vom Hochplateau der persönlichen Schuld als des bestimmenden Merkmals der Strafzumessung in die Bauplätze des Fundaments der Einzelfeststellungen und bemerkt:

„Bei der Zumessung einer Strafe wegen Steuerhinterziehung hat das von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB vorgegebene Kriterium der „verschuldeten Auswirkungen der Tat“ im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung besonderes Gewicht. „Auswirkungen der Tat“ sind insbesondere die Folgen für das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut. Das durch § 370 AO geschützte Rechtsgut ist die Sicherung des staatlichen Steueranspruchs, d. h. des rechtzeitigen unvollständigen Steueraufkommens. ...Deshalb ist die Höhe der verkürzten Steuern ein bestimmender Strafzumessungsumstand. ...

Das gilt nicht nur für die Strafraumenwahl (§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO), sondern auch für die konkrete Strafzumessung in dem ... zugrunde gelegten Strafraumen des § 370 Abs. 1 AO. Dass der Hinterziehungsbetrag nicht nur ein bestimmender Strafzumessungsfaktor, sondern darüber hinaus dann, wenn er hoch ist, ein auch für die konkrete Strafzumessung gewichtiger Strafschärfungsgrund ist, zeigt insbesondere die gesetzgeberische Wertung in § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO.“

Der BGH hebt damit unmittelbar auf den besonders schweren Fall der Verkürzung von Steuern in großem Ausmaß ab.

Zur Erinnerung: Obwohl sich der Gesetzgeber der Problematik des großen Ausmaßes zum Zeitpunkt der Einfügung als Regelbeispiel in § 370 Nr. Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO durchaus bewusst war, ist dieser unbestimmte Tatbestandsbegriff weder im Gesetzestext näher definiert noch lassen sich aus den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/5846, S. 74 ff.) Anhaltspunkte für das Rechtsverständnis, insbesondere für eine konkrete Größenordnung, erkennen (*Kohlmann*, a.a.O., § 370, Rdnr. 1099.1).

Der BGH zieht dann in seiner Exegese der Norm den Vergleich zu § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB und zitiert die Entscheidung des BGH im 48. Band (BGHSt 48, 360), mit der bei einem Vermögensverlust von mehr als 50.000,-- € das Regelbeispiel des besonders schweren Falles des Betruges im Merkmal „in großem Ausmaß“ erfüllt sei.

„Der Begriff des Vermögensverlustes großen Ausmaßes ist nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen. ... Die Abgrenzung, die sich für § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB wertmäßig an einem Vermögensverlust in Höhe von 50.000,-- € ausrichtet, schafft für die Praxis Rechtssicherheit. Im Einzelfall bleibt genügend Spielraum für eine gerechte Straffindung.“

Diese Ausführungen zielen auf die Feststellung ab, dass selbst bei grundsätzlicher Befürwortung eines Schwellenwertes den Gerichten im Einzelfall ein erheblicher Spielraum zukommt, ob trotz des Erreichens oder des Überschreitens des Schwellenwertes aufgrund der weiter

zu beachtenden Gesamtumstände im konkreten Einzelfall nicht eine Bestrafung aus dem Grundtatbestand zu erfolgen hat.

Die Vergleichbarkeit mit dem Betrugstatbestand in § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB rechtfertigt der BGH unter Rückgriff auf eine Entscheidung des 5. Strafsenats (BGHSt 50, 299, 309):

„Für eine Vergleichbarkeit mit dem Betrug spricht auch, dass der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in BGHSt 50, 299, 309 zu Recht ausgeführt hat, es sei geboten, dem drohenden Ungleichgewicht zwischen der Strafpraxis bei der allgemeinen Kriminalität und der Strafpraxis in Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren entgegenzutreten und dem berechtigten besonderen öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung schwerwiegender Wirtschaftskriminalität gerecht zu werden.“

um aber zugleich feststellen zu müssen,

„Dem steht nicht entgegen, dass sich, anders als bei der Einfügung des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB (vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 43), in den Materialien zur Gesetzesentstehung des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO n. F. keine Anhaltspunkte dafür finden, ab welchem Grenzwert der Gesetzgeber eine Steuerhinterziehung von „großem Ausmaß“ als gegeben erachte.“

Normen des Steuerstrafrechts sind mit Normen des allgemeinen Strafrechts nicht zu vergleichen. Steuerstrafrecht ist Blankettstrafrecht, Betrugsstrafbarkeit ist keine Blankettstrafbarkeit. Das Steuerrecht hebt zur Konkretisierung des Soll-/Ist-Vergleichs der geschuldeten Zahllast auf das materielle Steuerrecht ab. Es gibt kein materielles Betrugsrecht.

Perpetuierendes Element des Steuerrechts ist der in den Einzelsteuergesetzen normierte Appell der revolvierenden Abgabe von Steuererklärungen in den dort jeweils genannten Fristen. Die multiple Tatbegehung im Steuerrecht ist Reflex der Verpflichtung zur wiederholten Abgabe von Steuererklärungen. Der Betrug ist ein strukturelles Einmaldelikt, das objektbezogen wiederholt begangen werden kann. Die Steuerhinterziehung ist strukturell auf die Wiederholung angelegt. Nur wenige Einzelsteuergesetze regeln Einmal-Sachverhalte, wie z. B. die Abgabe einer Erbschaftsteuererklärung.

Der gesetzgeberische Appell zur steten Wiederholung der äußeren Form der Tatbegehung, Abgabe einer Steuererklärung, unterscheidet sich somit bereits strukturell vom Betrugstatbestand.

Der Betrug kennt einen Rücktritt, die Steuerhinterziehung die Selbstanzeige. Diese „goldene Brücke zur Steuerehrlichkeit“ kann auch als Selbsterkenntnis des Gesetzgebers verstanden werden, dass dem perpetuierenden Element der Steuerhinterziehung ein selbstreinigendes Instrumentarium zur Seite gestellt werden muss. Der Staat verzichtet nicht nur auf seinen Strafanspruch, sondern gibt dem Täter zugleich auch die Möglichkeit, durch eine selbst erstellte Erklärung ohne staatliche Mitwir-

kung Straferlass zu erreichen. Die Selbstanzeige ist damit auch Ausdruck der – anders als der vom BGH eingangs beschriebenen – gesetzgeberischen Wertung, dass das Steueraufkommen offensichtlich nicht das monstranzgleiche, unbedingte, schützenswerte Rechtsgut ist, wenn der staatliche Strafanspruch – unabhängig vom großen Ausmaß der zuvor erfolgten Hinterziehung – selbstjustizgleich beseitigt werden kann.

Die strukturelle tatbestandliche Unterschiedlichkeit des Betruges zur Steuerhinterziehung markiert sich auch an dem Befund, dass sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen hat, bei einer Steuerhinterziehung in großem Ausmaß gem. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO über § 376 Abs. 1 AO die Verjährungsfrist auf 10 Jahre heraufzusetzen, während bei einem betrügerischen Handeln großen Ausmaßes gem. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB die Verfolgungsverjährung bei fünf Jahren verharret.

Bei einem vom Gesetzgeber erkannten Gleichlauf beider Tatbestände, beider Regelbeispiele hätte es nahegelegen, die Verfolgungsverjährungen ebenfalls einem Gleichlauf zuzuführen.

Es ist an dieser Stelle nicht Aufgabe zu bewerten, ob es angezeigt ist, dass sich die Strafmaße steuerrechtlicher Verurteilungen denen des Betruges nähern, ob es ein Ungleichgewicht oder ein drohendes Ungleichgewicht zwischen der jeweiligen Strafpraxis zu beklagen gibt, ob der BGH überhaupt für sich in Anspruch nehmen darf, öffentliche Interessen effektiver Strafverfolgung zu reklamieren oder ob dieser Platz aus guten – auch historischen – Gründen gerade nicht für die Judikative, sondern für die Legislative reserviert ist.

Ganz sicher ist indessen eins: Steuerhinterziehung ist mit dem Betrug bereits strukturell auf der Ebene der objektiven Tatbestandsmerkmale nicht zu vergleichen.

Die Brüchigkeit einer Argumentation außerhalb des Normengefüges materiellen Steuerrechts zur Ausfüllung der Blankettstrafrechtsnorm zeigt sich auch an der seufzergleichen Feststellung des BGH (Rz. 36), bevor im Einzelnen ein Sanktionsschemata entwickelt wird:

„Eine solche Relation von Geschäftsvolumen und Steuererschaden kann allerdings das Gewicht des Hinterziehungsbetrags bei der Strafzumessung vermindern.“

Was versteht der BGH unter Geschäftsvolumen? Diese Bezugsgröße hat weder eine steuer- oder handelsrechtliche noch allgemein strafrechtliche Tatbestandsmäßigkeit. Es handelt sich um eine umgangssprachliche Begrifflichkeit, deren diffuse Füllmenge keinen Platz im Normengefüge strafrechtlicher Bestimmtheit hat.

IV. Strafrahmen-Kaskade

Ausgehend von der Feststellung struktureller Gleichwertigkeit des Betruges und der Steuerhinterziehung greift der BGH die Rechtsprechung zum Begriff des „großen Ausmaßes“ in § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB auf und kommt zu folgender Sanktionskaskade:

1. Stufe: Hinterziehungsbetrag bis 50.000,- € im Falle der Erlangung ungerechtfertigter Zahlungen vom Finanzamt, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle bzw. in dem Fall, in dem sich das Verhalten des Täters darauf beschränkt, die Finanzbehörde pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen, Wertgrenze 100.000,- €: *Geldstrafe*
2. Stufe: Hinterziehungsbetrag oberhalb 50.000,- € bzw. 100.000,- € bis max. 1 Mio. €: *Freiheitsstrafe mit Aussetzung zur Bewährung.*
3. Stufe: Hinterziehungsbetrag oberhalb 1 Mio. €: *Freiheitsstrafe ohne Aussetzung zur Bewährung.*

Innerhalb dieser Strafrahmen-Kaskade hat die Differenzierung zwischen 50.000,- € bzw. 100.000,- € danach zu erfolgen, ob der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte oder durch Einschaltung von sog. Serviceunternehmen, ob sich mithin ein Steuerschaden realisiert hat.

Beschränkt sich das Verhalten des Täters dagegen darauf, dass Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis gelassen werden und führe dies lediglich zu einer *Gefährdung* des Steueranspruchs, hält der Senat die Wertgrenze von 100.000,- € für angemessen.

Bereits diese willkürliche betragsmäßige Wertdifferenzierung zwischen Gefährdung und Schaden, für die der Wortlaut der Norm wie auch die Entstehungsgeschichte keinerlei Anhaltspunkte liefern, zeigt signifikant den Unterschied zum Betrug. Dort sah sich der BGH bekanntlich nicht veranlasst, die Wertgrenze von 50.000,- € zur Ausfüllung der Begrifflichkeit *in großem Ausmaß* mit einem Dopplereffekt bei einer bestimmten passivisch orientierten Tatvariante auf 100.000,- € heraufzusetzen.

Die normative Arbeit der Auslegung wird ersetzt durch legislative, mithin originär politische Erwägungen, wonach bei Steuerverkürzungen im Millionenbetrag *„in der Regel das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Wahrung der Gleichbehandlung vor Gericht“* nur durch eine *„öffentliche Hauptverhandlung“* am *„besten“* gewährleistet ist (UA S. 22, 23).

V. Strafrahmen-Kaskade durchbrechende Individualisierungen

Der BGH spricht der betragsmäßigen Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des *„großen Ausmaßes“* eine Regelindizwirkung im Blick auf die Sanktionstrios

- Geldstrafe,
- Freiheitsstrafe ausgesetzt zur Bewährung,
- Freiheitsstrafe ohne Bewährung

zu:

„Liegt nach diesen Maßstäben eine Hinterziehung von „großem Ausmaß“ vor, so hat dies – unabhängig von der Frage, ob die Regelwirkung einer besonders schweren Steuerhinterziehung im konkreten Fall zur Anwendung kommt – „Indizwirkung“, freilich auch nicht mehr, für die zu findende Strafhöhe.“

Regelindizwirkungen und damit Automatismen und damit quasi in Stein gemeißelte Vorverurteilungen widersprechen zwangsläufig dem – eingangs der Entscheidung zitiertem Postulat -, wonach Grundlage für die Zumessung der Strafe bei einer Steuerhinterziehung – wie bei jeder anderen Straftat auch – die persönliche Schuld des Täters sei. Dieses individualisierende, verfassungsrechtlich verankerte, in der Menschenrechtskonvention unter Schutz gestellte höchstwertige Momentum der nachzuweisenden Schuld des Täters würde subversiv demaskiert, wenn *„die Strafe gestaffelt nach der Höhe des Hinterziehungsbetrags schematisch und quasi „tarifmäßig“ verhängt wird“*. Und obwohl der BGH mit dieser Textpassage eine feigenblattgleiche Distanzierung formuliert, ist genau das intendiert, um – wie der BGH an anderer Stelle entlarvend formuliert, *„größere Rechtssicherheit für die Praxis“* sicherzustellen. Der BGH sieht dabei nur die Gerichte in öffentlicher Hauptverhandlung zu tauglichen Akteuren qualifiziert. Die *„Praxis“* entpuppt sich damit als das erklärte Ziel, engmaschig einen Zuständigkeitsgewinn zu reklamieren. Dieses Verständnis von der Regelindizwirkung des großen Ausmaßes als der mathematischen Grundrechenart verpasst dem tradierten Juristenwitz vom *Judex non calculat* eine schallende Ohrfeige.

1. Sonstige Milderungsgründe

Die Indizwirkung des großen Ausmaßes kann durch *sonstige Milderungsgründe* beseitigt sein. Nach dieser Formel ist in der Grundrechenart der schlichten Addition von 1 + 1 das Ergebnis nicht *im Regelfall* = 2, sondern differiert < 2. Der BGH nennt sonstige Milderungsgründe:

- a) Ein die Indizwirkung des Hinterziehungsbetrages beseitigender Milderungsgrund ist etwa gegeben, wenn sich der Täter im Tatzeitraum *„im Wesentlichen steuerehrlich“* verhalten hat und die Tat nur einen verhältnismäßig geringen Teil seiner steuerlich relevanten Betätigungen betrifft. Bedeutsam sei daher das Verhältnis der verkürzten zu den gezahlten Steuern.
- b) Hat sich der Täter vor der Tat über einen längeren Zeitraum steuerehrlich verhalten, sei auch dies in den Blick zu nehmen.
- c) In die vorzunehmende Gesamtwürdigung sei die Lebensleistung des Täters einzubeziehen.
- d) Das Verhalten des Täters nach Aufdeckung der Tat, ein (frühzeitiges) Geständnis,
- e) die Nachzahlung verkürzter Steuern oder jedenfalls das ernsthafte Bemühen hierzu, wirke ebenfalls strafmildernd.

Dass sich das Blankettsteuerstrafrecht vom die Norm materiell ausfüllenden tatbestandsmäßigen Soll/Ist-Vergleich zu einem – Täter des Betruges in der Tat kenn-

zeichnenden kühlen Erfolgsabgleich – „gezahlte Steuern versus verkürzte Steuern“ mutiert, markiert die Treibsandigkeit der Argumentation.

In der Skala der Wirkungskräfte der sonstigen Milderungsgründe sieht der BGH keine Begrenztheit. Diese reichen bis zur Beseitigung der Indizwirkung. Die Regelwirkung entfällt, wenn diese Faktoren jeweils für sich oder in ihrer Gesamtheit so gewichtig sind, dass sie bei der Gesamtabwägung die Regelwirkung entkräften.

2. Strafschärfungsgründe

Die Skalierung endet nicht an der Nulllinie; den sonstigen Milderungsgründen stellt der BGH bipolar Strafschärfungsgründe gegenüber und erkennt anders als bei den sonstigen Milderungsgründen zudem Regelwirkungen von Lebenssachverhalten für die Strafverschärfung.

- a) Gegen eine Geldstrafe oder – bei entsprechend hohem Hinterziehungsbetrag – einer aussetzungsfähigen Freiheitsstrafe spreche es insbesondere, wenn der Täter Aktivitäten entfaltet hat, die von vornherein auf die Schädigung des Steueraufkommens in großem Umfang ausgelegt waren. Der BGH nennt als Beispiel den Täter, der unter Vorspiegelung erfundener Sachverhalte das „Finanzamt als Bank“¹ betrachtet und in erheblichem Umfang ungerechtfertigte Vorsteuererstattungen erlangt hat.
- b) Strafschärfend wirke, wenn der Täter die Steuerhinterziehung in sonstiger Weise gewerbsmäßig oder gar „als Gewerbe“ betreibe.
- c) Gleiches gelte auch für den Aufbau eines aufwändigen Täuschungssystems, der systematischen Verschleierung von Sachverhalten und der Erstellung oder Verwendung unrichtiger oder verfälschter Belege zu Täuschungszwecken.
- d) Strafschärfende Bedeutung habe es zudem, wenn der Täter besondere Unternehmenstrukturen aufgebaut habe, die auch der Bereicherung durch Steuerhinterziehung dienen sollen,
- e) Wenn der Täter das Ziel verfolgt habe, das Steueraufkommen durch wiederholte Tatbegehung über einen längeren Zeitraum nachhaltig zu schädigen,
- f) Wenn er andere Personen verstrickt habe,
- g) Wenn er systematische Scheingeschäfte getätigt oder Scheinhandlungen vorgenommen habe oder
- h) wenn er in größerem Umfang buchtechnisch Manipulationen vorgenommen oder
- i) gezielt durch Einschaltung von „Domizilfirmen“ im Ausland oder Gewinnverlagerungen ins Ausland schwer aufklärbare Sachverhalte geschaffen habe.

In dem rechtssystematischen Verständnis des BGH gibt es dabei nicht nur eine Regelindizwirkung des großen

¹ Der wertvollkommene Vergleich mit einer „Bank“ dürfte schon aus aktuellen Geschehenssachverhalten sehr fade sein.

Ausmaßes, sondern zugleich eine *Regeltatbestandserfüllung* strafscharfender Merkmale, wenn

- anpassungsfähige Hinterziehungssysteme wie etwa die Umsatzsteuerkarussellgeschäfte
- Kettengeschäfte unter Einschaltung von sog. „Serviceunternehmen“
- illegale Arbeitnehmerüberlassung

festgestellt sind.

VI. Strafrahmenwahl

Das perpetuierende Element der Steuerhinterziehung setzt sich *nicht* im Bereich der Strafrahmenwahl fort. In § 370 Abs. 1 AO ist eine Treibstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe als Sanktion vorgesehen. § 370 Abs. 3 Satz 1 AO nennt für besonders schwere Fälle der Steuerhinterziehung eine Strafe in Gestalt einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

Das *große Ausmaß* versteht sich bei der Strafrahmenwahl nicht als Additionswert einzelner Taten. Ob die vorgenannte Schwelle überschritten ist, ist für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen (*Spatschek*, Steueranwaltsmagazin 2009, 122, 124 unter Hinweis auf BGH vom 05.02.2004, 5 StR 5801/03, wistra 2004, 185). Die *einzelne Tat* ist die auf die Steuerart und den Veranlagungszeitraum jeweils begrenzte Steuerhinterziehungshandlung. Die jährliche Steuerhinterziehung von z. B. 15.000,-- € führt im nicht verfolgungsverjährten Zeitraum von fünf Jahren nicht zu einem Tatvolumen von 75.000,-- €. Es verbleibt bei fünf Taten zu je 15.000,-- €. Erst im Rahmen der Bildung einer Gesamtstrafe ist das gesamte Volumen abwägend in den Blick zu nehmen.

Die einzeltatbezogene Zuordnung der Strafrahmenkaskade durch den BGH mit dem Ergebnis, dass die beschriebenen (Rechts-)folgen einer Steuerhinterziehung je Tat erfüllt sein müssen, dürfte der zentrale Malus der Entscheidung aus Sicht der Ermittlungsbehörden sein. Aus den Straf- und Bußgeldsachenstellen ist in der praktischen Arbeit zu vernehmen, dass die betragsmäßige Grenze des BGH – vollziehbare Freiheitsstrafe ab einem Hinterziehungsvolumen von einer Million € – durch die Einzeltat kaum je erreicht werden dürfte, so dass die Entscheidung in der Ebene keinerlei Veränderungen in der Sanktionspraxis nach sich ziehen dürfte.

VII. Bindung oder Appell?

Salditt untersucht diese von ihm gestellte Frage im Blick auf den möglichen Versuch des BGH, den revisionsrechtlich respektierten Spielraum einzuengen (*Salditt* PStR 2009, 15, 18). Rechtliche Beurteilungen des BGH binden den Tatrichter selbstverständlich nur in dem Umfang, in dem sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils tragen, § 358 Abs. 1 StPO (*Salditt* a. a. O.)

Der BGH, der eingangs seiner Entscheidung feststellt, dass die Revision lediglich zur Berichtigung eines offensichtlichen Schreibversehens in der Urteilsformel führt,

vermag mit diesen obiter dictum gleichen Langausführungen *keine* Bindungswirkung der Tatgerichte herbeiführen.

Die Bindungswirkung bzw. Befolgenskraft derartiger gerichtlicher Ausführungen für die Staatsanwaltschaft wird in der Literatur divergierend bewertet (*Meyer-Gößner*, StPO, [52. Aufl.] Rdnr. 11 vor § 141 GVG). Mit *Salditt* ist festzustellen, dass die Entscheidung des BGH auch keine indirekte Bindungswirkung entfaltet. Ein Tatrichter, der Strafzumessung nicht im mathematisch vorgegebenen Raster des BGH versteht, ist in seiner Entscheidung völlig frei.

VIII. Praxisreflexe

Der Entscheidung des BGH kommt weder eine direkte noch eine indirekte Wirkung auf die Tatgerichte zu. Welches Verhaltensmuster die Staatsanwaltschaft in Reaktion auf diese Entscheidung *de iure* zu pflegen hat, wird kontrovers diskutiert. Und die Anwaltschaft?

Sie knickt zuweilen ein. Wenn das Gesamtfazit einer Besprechung des Urteils so ausfällt, dass dem die Feststellung vorangestellt wird, dass mit der neuen Entscheidung des BGH weiterhin „garantiert“ bleibe, dass es keine genormten Strafen für Steuerhinterziehung gebe, diese Feststellung im laufenden Text aber mit dem ausdrücklich als „Praxisrat“ gekennzeichneten Hinweis verbunden werden, wonach die „Betragsgrenzen zwar nicht zwingend“ seien, die davon ausgehenden „Signalwirkungen“ vorsorglich einzubeziehen seien und dieses in der beispielhaften Empfehlung mündet, dass im Falle einer

Betriebsprüfung mit „steuerstrafrechtlichem Hintergrund“ darauf geachtet werden solle, „Einigungsergebnisse entsprechend zu gestalten, das heißt auf das Nichterreichen der Grenzen zu achten“, weil negative steuerliche Zinsfolgen „möglicherweise das wesentlich kleineren Übel“ seien (*Mack*, Stbg 2009, 270, 272), liegt darin faktisch die Aufgabe der Abwehr.

An anderer Stelle wird das Instrumentarium der Anwaltschaft indessen präzise formuliert. Wenn der BGH mit seinem schlichten Sanktionsschema nachhaltig wirken sollte, werden „sich die beschuldigten Bürger wieder intensiver verteidigen müssen.“ Diese Aussicht führt bei der Justiz zu der unweigerlichen Erkenntnis, dass der Stau bei den großen Strafkammern der Landgerichte aus dem bislang erreichten Maß mit einem nahezu Automatismus die rechtsstaatswidrige Schwelle der Verfahrensverzögerung überspringt. Dies wiederum führt in der Rechtsprechung der Vollstreckungslösung des BGH zu dem wirkungsvollsten „Strafmilderungsgrund“, der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

In gleicher Weise, wie die aufgehobene Regelung des § 370a AO mit der Sperre der Verfahrenserledigung durch eine Einstellung gem. § 153a StPO das „Verständnis für eine raumgreifende Tatbestandsmäßigkeit des Grundtatbestandes des § 370 AO“ weitete, um den Anwendungsrahmen des § 153a StPO zu erreichen, wirkt die Perspektive multipler Hauptverhandlungstage in seit dem Jahreswechsel hier zu beobachtender Praxis überaus förderlich auf die „sehr flexible und kreative Praxis bei Absprachen“ (*Salditt* PStR 2009, S. 28). Die Praxis versteht sich nicht nur auf die Grundrechenarten.

„Verhältnismäßige“ Gerechtigkeit im Strafmaß?

Zugleich eine Anmerkung zu LG Itzehoe, Beschluss vom 12. März 2009
= HRRS 2009 Nr. 362

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Bettina Noltenius, Bonn*

I. Problemstellung

Der Satz „Tatbestand und Rechtsfolge müssen aufeinander bezogen sein“ klingt zunächst selbstverständlich. Soll er nicht nur eine Gesetzeskonstruktion des Verwaltungs-, Zivil-, Strafrechts usw. *beschreiben*, sondern auch eine sachgedanklich notwendige innere Verknüpfung beinhalten,

müssen Tatbestand und Rechtsfolge auf einen gemeinsamen Grund zurückgeführt werden können. Warum ein schädigendes Verhalten eine bestimmte Rechtsfolge nach sich zieht, ist nicht immer leicht zu begründen. Während es beispielsweise einleuchtet, dass derjenige, der *fahrlässig* ein Kunstwerk beim Besuch eines Bekannten zerstört, zum Schadensersatz verpflichtet ist, bedarf es schon einer näheren Begründung, warum derjenige, der *vorsätzlich* die Sache eines anderen beschädigt, nicht nur zum Schadensersatz verpflichtet ist, sondern auch mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit

* Die Autorin ist Akademische Rätin am Rechtsphilosophischen Seminar der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn (Prof. Dr. Rainer Zaczyk).

Geldstrafe belegt werden darf. Da die Strafe in einem besonderen Maße in das Recht des Einzelnen eingreift, bedarf sie ihm gegenüber einer Begründung. Diese muss sich aus der Unrechtstat selbst ergeben, sollen Tatbestand und Rechtsfolge tatsächlich aufeinander bezogen sein. Ein bloßer Verweis auf den Gesetzestext genügt dafür nicht.

Das Bundesverfassungsgericht nennt in seinen Entscheidungen zum Strafrecht für die sachgerechte Abstimmung von Tatbestand und Rechtsfolge folgenden Grund:

„Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe gestellten Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein.“¹

Danach müssen also Tatbestand und Rechtsfolge aufgrund des Schuld- bzw. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes notwendig aufeinander bezogen sein. Welches ist aber der Maßstab für die Frage der Angemessenheit und

wie verhält er sich zur Gerechtigkeit? Diese Fragen bleiben in den Aussagen des Gerichts offen. Warum soll zudem aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgen, dass Tat und Verschulden in einem gerechten Verhältnis stehen müssen? Ist nicht die Gerechtigkeit Grund für eine angemessene Strafe und nicht seine Folge?

Anlass zur Frage, ob und wenn ja, in welchem Zusammenhang die Setzung gerechter Rechtsfolgen im Strafrecht und der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen, ist ein Vorlagebeschluss des Landgerichts Itzehoe vom 12. März 2009. Das Gericht hat ein Verfahren ausgesetzt und es gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung mit der Frage vorgelegt, ob § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB aufgrund seiner starren Strafrahmenregelung verfassungswidrig ist. Nach § 306b Abs. 2 S. 2 StGB verurteilt der Täter eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren, wenn er eine schwere Brandstiftung nach § 306a StGB begangen und dabei in der Absicht gehandelt hat, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken. Das LG vertritt die Ansicht, dass Tatbestand und Rechtsfolge des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht sachgerecht aufeinander abgestimmt seien, da dem Richter in Ansehung der hohen Mindeststrafe und mangels herabgesetzten Strafrahmens für minder schwere Fälle (ein solcher liege im von ihm zu entscheidenden Fall vor) kein ausreichender Spielraum verbleibe, um im Einzelfall zu einer schuldangemessenen Strafe kommen zu können.²

Der vorliegende Beitrag kann selbstverständlich nicht vorwegnehmen, wie das Bundesverfassungsgericht entscheiden wird. Vielmehr werden im Folgenden nach einer

kritischen Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechtsprinzipien herausgearbeitet, aus denen sich ergibt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Grundlage für ein gerechtes Strafmaß bilden kann.

Bereits sprachlich zeigt sich die notwendige Unterscheidung der Begriffe Gerechtigkeit und Verhältnis-mäßigkeit: Während letzterer auf eine Relation von unterschiedlichen Beziehungen zueinander hinweist und damit ein relativer Begriff ist (unter II.), geht dem Begriff der Gerechtigkeit etwas Absolutes voran, an dem das Recht zu messen ist (unter III.).

II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und seine Bedeutung für das Strafrecht nach dem Bundesverfassungsgericht

Zu erörtern ist im Folgenden, ob der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf das Strafrecht ohne weiteres übertragbar ist. Lohnend ist es dabei, sich seine Herkunft und seinen Gegenstand zu vergegenwärtigen.

1. Ursprung und Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Ursprünglich stammt der Begriff der Verhältnismäßigkeit aus dem Verwaltungsrecht (Polizeirecht). Er beschränkte sich dabei auf den heute sogenannten Grundsatz der Erforderlichkeit.³ Das preußische Oberverwaltungsgericht hat Polizeiverfügungen nicht nur daraufhin untersucht, ob überhaupt legitimer Weise eingeschritten wurde, sondern auch, ob es „notwendig“ war einzuschreiten.⁴ Die einzelnen Hoheitsrechte sollten damit nicht nur daraufhin überprüft werden, ob sie einen zulässigen Zweck verfolgten, sondern auch daraufhin, ob die von der Verwaltung (Polizei) ergriffene Maßnahme in ihrer Intensität nicht über das hinausging, was der Zweck verlangte (Zweck-Mittel-Kontrolle).⁵ Die damit ursprünglich aus der Eingriffsverwaltung stammende Frage der Verhältnismäßigkeit hatte es folglich mit empirischen Verhältnissen, mit konkreten Situationen zu tun, wie z.B. eine Gefahr in einer bestimmten Situation für die öffentliche Sicherheit am wirksamsten abgewehrt werden kann, ohne in die Rechte des betroffenen Einzelnen übermäßig einzugreifen.

Erst wesentlich später wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erweitert und ist insbesondere auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts inzwischen zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz geworden. Eine staatliche Maßnahme muss zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet sein und das mildeste Mittel darstellen (Erforderlichkeit). Zudem darf der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen (Verhältnismäßigkeit i.e.S.,

¹ BVerfGE 120, 224, 241 = HRRS 2008 Nr. 260; vgl. auch BVerfGE 90, 145, 173; 54, 100, 108.

² LG Itzehoe Jug 3, Beschluss v. 12. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 362.

³ Vgl. näher hierzu Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (sic!) (1981), S. 2 ff.

⁴ Vgl. hierzu auch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., AT (1973), S. 70.

⁵ Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, (1981), S. 3 ff.

Angemessenheit, Proportionalität).⁶ Angewendet wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber nicht mehr nur im Rahmen der Eingriffsverwaltung, sondern in nahezu allen Rechtsbereichen (z.B. im Arbeits- und Verfassungsrecht).⁷

Das Bundesverfassungsgericht leitet den Grundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Wesen der Grundrechte ab. Letztere dürften als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden, als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich sei.⁸

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezieht sich damit vornehmlich auf eine Relation zwischen dem Zweck einer bestimmten staatlichen Maßnahme und dem zu ihrer Realisierung eingesetzten Mittel, welches im Verhältnis zum Zweck angemessen sein muss. Damit geht es insbesondere im Rahmen der Geeignetheit und Erforderlichkeit um empirische Fragestellungen, um Fragen finalen Handlungen: Wenn der Staat diesen Zweck erreichen will, benötigt er hierzu dieses Mittel. Stehen ihm nun mehrere Mittel zur Auswahl, dann muss das verwendete Mittel tatsächlich die angemessene Wirkung haben und ein Mittel sein, das den Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt. Auch die Verhältnismäßigkeit i.e.S. bezog sich ursprünglich nur auf ein Zweck-Mittel-Verhältnis. Im Rahmen der Eingriffsverwaltung, vor allem auf dem Feld der Gefahrenabwehr zur Bekämpfung zukünftiger drohender Schäden, durfte und darf der Einsatz eines geeigneten und erforderlichen Mittels nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen.⁹ Zwar werden im Rahmen dieser letzten Stufe Wertungen vorgenommen, indem konkurrierende Rechtsgüter gegeneinander abgewogen werden, jedoch findet eine *konkrete* Bewertung der Mittel-Zweck-Relation statt: Es werden keine neuen Abwägungskriterien eingebracht, sondern die Wertigkeit des Mittels wird im Verhältnis zur Wertigkeit des angestrebten Zwecks im bestehenden Einzelfall untersucht.

Mit der Erweiterung des Anwendungsbereiches auf andere Rechtsgebiete als der Eingriffsverwaltung ist indessen die Voraussetzung eines Mittel-Zweck-Zusammenhanges bei der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne z.T. entfallen.¹⁰ Das zeigt sich insbesondere im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Strafrecht:

⁶ Vgl. zum Inhalt des Begriffs der Verhältnismäßigkeit und seiner Teilelemente ausführlich Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 2, 43 ff.; E. Grabitz AöR 98 (1973), 568, 571 ff.

⁷ Zur Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes insgesamt Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 28 ff.

⁸ BVerfGE 76, 1, 50 f. m.w.N.; hierzu näher E. Grabitz AöR 98 (1973), 568, 584 ff.

⁹ Vgl. näher Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 44 f.

¹⁰ Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 45.

2. Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Strafrecht durch das Bundesverfassungsgericht

Es wurde oben schon darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne mit dem Gebot des schuldangemessenen Strafens gleichsetzt. Gerade bei der Androhung von Freiheitsstrafe gebiete der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit diene.¹¹

„Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.“¹²

Die angedrohte Strafe dürfe dabei nach Art und Maß der unter Strafe gestellten Handlung nicht schlechthin unangemessen sein. Sie müsse vielmehr in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen.¹³

Beschrieben wird hier nicht ein Mittel-Zweck-Verhältnis, sondern es werden die Strafe und die Schwere der Tat bzw. das Verschulden in ein Verhältnis gesetzt. Diese können aber nicht miteinander, wie Zweck und Mittel abgewogen werden, sondern es müssen die Schwere der Tat und das Verschulden des Täters im konkreten Fall bestimmt werden.¹⁴ Dazu ist aber ein Maßstab notwendig, der dem konkreten Einzelfall vorgelagert ist. Das begangene Unrecht und die Schuld liegen dabei nicht außerhalb der Strafe, sondern stellen gerade ihren internen Maßstab dar. Die Strafe muss der Schuld entsprechen. Es handelt sich somit gerade nicht um kollidierende Rechtsgüter, die gegeneinander abgewogen werden können.¹⁵

Dennoch nimmt das Bundesverfassungsgericht auf dieser Ebene eine Abwägung zwischen der „Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe“ vor.¹⁶ Für die Beurteilung des Eingriffs auf der einen Seite soll die der Strafnorm zugrunde liegende Verhaltensnorm maßgeblich sein, beispielsweise beim Geschwisterinzeß (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB) die Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung.

¹¹ BVerfGE 45, 187, 253 ff.; 120, 224, 239 = HRRS 2008 Nr. 260; 90, 145, 172.

¹² BVerfGE 120, 224, 240. = HRRS 2008 Nr. 260.

¹³ BVerfGE 50, 125, 136; 73, 206, 253; 45, 187, 253 ff.

¹⁴ Huster JZ 1994, 543; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 45 ff.

¹⁵ Huster JZ 1994, 543; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 45 ff.

¹⁶ BVerfGE 120, 224, 241 = HRRS 2008 Nr. 260.

mung.¹⁷ Auf der anderen Seite stehen die Rechtsgüter, die die Strafnorm schützen soll (beispielsweise bei § 173 Abs. 2 S. 2 StGB die „familiäre Ordnung“ und Schutz vor „schwerwiegenden genetisch bedingten Erkrankungen“). Welche Bedeutung der Schuld des Betroffenen zukommt und wie sich hierzu eine „gerechte“ Strafe verhält, wird demgegenüber nicht erläutert. So soll beispielsweise die Inzeststrafbarkeit zwischen Geschwistern nach Ansicht der Senatsmehrheit¹⁸ deshalb angemessen sein, da sie nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung berühre und viel dafür spreche, dass aufgrund der Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen seien. Zudem sei die Strafandrohung – Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe – moderat und auch eine Mindeststrafe nicht vorgesehen.¹⁹ Demgegenüber stünde die institutionelle Bedeutung der Familie (vgl. Art. 6 GG) und die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten. Das Gericht verweist damit auf eine rein quantitative Abwägung: Weil von § 173 StGB zahlenmäßig nur wenige Geschwisterpaare und auch nur sexuelle Handlungen (ein kleiner Bereich des Lebens) berührt werden, auf der anderen Seite aber die besondere Bedeutung der Familie und ihre Gesundheit stehe, falle die Gewichtung eindeutig zugunsten der letzteren aus. Das Gericht geht also gar nicht auf die Begriffe Schuld und gerechtes Strafmaß ein, sondern argumentiert utilitaristisch: Das Recht des Einzelnen ist umso bedeutungsloser je weniger Menschen davon betroffen sind, solange es einen Nutzen für die Allgemeinheit mit sich bringt. Das „Wohl der Allgemeinheit“ kann aber keinen Grund angeben, warum es gegenüber dem Einzelnen ein Recht beanspruchen kann.²⁰ Vielmehr zeigt schon die Betrachtung der beiden Abwägungskriterien, die Allgemeinheit auf der einen Seite und das „Verbot“ gegenüber dem Einzelnen auf der anderen Seite, dass der Einzelne bei der Verhältnismäßigkeitsbestimmung immer unterlegen sein muss.²¹ Allerdings räumt das Verfassungsgericht ein, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren aus Opportunitätsgründen einstellen oder das Einzelgericht von Strafe absehen könnte, wenn sich herausstellen sollte, dass die Schuld des Einzelnen oder die Gefährdung der durch die Verhaltensnorm geschützten Rechtsgüter so gering sei, dass eine Bestrafung nicht mehr angemessen wäre.²²

Diese Erwägungen haben allerdings mit der Frage der Strafandrohung der jeweiligen Norm und seiner Verfas-

sungsmäßigkeit nichts zu tun. Sie betreffen einerseits jedes Vergehen und andererseits stellt eine Strafbarkeitsbegründung keine Frage der Opportunität dar, die dem Beurteilungsspielraum eines Staatsanwaltes überlassen werden könnte.²³ Sie liegt vielmehr außerhalb jeder konkreten Strafdrohung.

Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. kann, wie aber die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts suggerieren, keinen Maßstab dafür angeben, ob die Rechtsfolge der Strafe für eine bestimmte Handlung gerechtfertigt ist oder nicht. Es ist daher zumindest irreführend, wenn das Gericht meint, der Schuldgrundsatz decke sich mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbots.²⁴

Aber auch die der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.e.S. vorgelagerten Fragen der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Strafnorm, den von ihr erstrebten Zweck zu erreichen, bieten keine Konkretisierung.²⁵ Das ist kurz auszuführen:

Das Bundesverfassungsgericht arbeitet zunächst den vom Gesetzgeber mit der jeweiligen (Verhaltens-)Norm verfolgten Zweck der Strafandrohung heraus. Im Rahmen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe hat es beispielsweise erklärt:

„Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken (...) nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte (vgl. BTDrucks. V/4094, S. 4f.; [...]). Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die (...) versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen.“²⁶

Dabei geht das Bundesverfassungsgericht aber weiter davon aus, dass es oberstes Ziel des Strafens sei, die „Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewah-

¹⁷ BVerfGE 120, 224, 241, 252 = HRRS 2008 Nr. 260.

¹⁸ Eine andere Auffassung vertrat der Bundesverfassungsrichter Hassemer.

¹⁹ BVerfGE 120, 224, 252 = HRRS 2008 Nr. 260.

²⁰ Kant: „Der Nutzen vieler gibt ihnen kein Recht gegen einen“, Reflexionen der Moralphilosophie, Akademie-Ausgabe XIX 6586.

²¹ Vgl. insgesamt zur Kritik gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Strafrecht Köhler ZStW 107 (1995), 10, 15 ff.; ders., in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts, (1994), S. 78 f.; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht (2005), S. 290 ff.; vgl. auch die Kritik von Appel, Verfassung und Strafe (1998), S. 190, 192 ff.; Noltenius ZJS 1/2009, 15, 20; Roxin StV 2009, 544, 547 f.; Zabel JR 2008, 453, 454 f.

²² BVerfGE 120, 224, 252 = HRRS 2008 Nr. 260; 90, 145, 191 ff.; kritisch auch Appel, Verfassung und Strafe (1998), S. 181, 185 f.

²³ So auch Köhler ZStW 104 (1992), 3, 41.

²⁴ BVerfGE 50, 205, 215; 73, 206, 253; 92, 277, 327; vgl. insgesamt kritisch zur Verhältnismäßigkeit Ladeur ARSP 1983, 464, insbes. 471 ff.

²⁵ Auffällig ist schon, dass das Bundesverfassungsgericht insbesondere bei der Prüfung der Strafbewehrung und der Strafbemessung, soweit es um eine Geldstrafe geht, nicht zu erkennen gibt, anhand welcher Grundrechte es Strafrechtsvorschriften prüft. Manchmal misst es die Strafbarkeit anhand der dem Strafgesetz zugrunde liegenden Verhaltensnorm und den darauf bezogenen Grundrechten und manchmal misst es sie an Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Vgl. auch die Kritik von Appel, Verfassung und Strafe (1998), S. 167). Nur wenn es um die Androhung oder Verhängung von Freiheitsstrafe geht, wird das einschlägige Grundrecht vergleichsweise klar benannt, nämlich Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (BVerfGE 45, 187, 223; 90, 145, 172; 92, 277, 338).

²⁶ BVerfGE 45, 187, 253; vgl. grundlegend zur Kritik gegenüber den Vereinigungstheorien, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, Köhler, Strafrecht AT (1997), S. 50 m.w.N.

ren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen („allgemeine Generalprävention“).²⁷

Bei der Frage, ob eine Strafnorm *geeignet* und *erforderlich* ist, den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck (Generalprävention) zu erreichen, räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative ein. So soll ein Strafgesetz bereits dann geeignet sein, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt“.²⁸ Zudem soll die Verfassungswidrigkeit einer Norm nur dann aus der mangelnden Geeignetheit folgen, wenn sie vollkommen wirkungslos ist. In der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe führt das Gericht beispielsweise aus, dass zwar die generalpräventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord für den potentiellen Täterkreis nicht festgestellt werden könne, aber immerhin nicht von einer völligen Wirkungslosigkeit der Strafdrohung auszugehen sei.²⁹

Das Bundesverfassungsgericht spricht dem Gesetzgeber also deswegen einen weiten Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Zweckbestimmung, der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Strafnorm zu, weil es der Auffassung ist, dass die Festlegung eines bestimmten Strafraums nur in einem begrenzten Maße rational nachvollziehbar ist und das Grundgesetz dem Gesetzgeber bei der Bestimmung von Strafnormen einen weiten Gestaltungsspielraum zuerkannt habe.³⁰ Folge eines solchen Spielraums im Rahmen der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Strafnorm ist, dass damit letztlich die Begründung, eine geringere, mildere Strafdrohung wäre ebenso geeignet, den angestrebten Rechtsgüterschutz zu gewährleisten, nicht tragen könnte.³¹ Die Bestimmung wird dann für die einzelnen Bürger nicht vorhersehbar. Das Bundesverfassungsgericht billigt dem Gesetzgeber aus mangelnden empirischen Erfahrungen über die Generalprävention einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Es fragt sich jedoch, ob dann nicht möglicherweise der Maßstab schon falsch ist, wenn er letztlich gar nicht als Richtschnur fungieren kann. Ob sich der Gesetzgeber zutreffend von generalpräventiven Aspekten leiten lassen darf und wenn ja, warum, obwohl sie gerade empirisch nicht nachweis-

bar sind, bleibt offen.³² Folge einer solchen Vorgehensweise bei der Strafbewehrung ist, dass sie letztlich beliebig weit ausgedehnt werden kann. Denn erfasst werden können auch ganz abstrakte oder mittelbare Gefährdungshandlungen, die so ohne größere Schwierigkeiten gerechtfertigt werden können.³³

Ein gerechtes Strafmaß, wie es ja auch das Bundesverfassungsgericht fordert, wenn es erklärt, dass die Höhe der Strafe und das Verschulden des Täters in einem „gerechten Verhältnis“ stehen müssten, setzt aber in seiner Begründung eine Konsistenz und eine Widerspruchsfreiheit von Straftatbestand und Straffolge voraus.³⁴ Voraussetzung dafür ist, dass sich das Gericht über den zugrunde gelegten Strafgrund im Klaren ist. Erst dann kann eine konkrete Begrenzung der staatlichen Strafgewalt erfolgen.³⁵

Im Folgenden soll kurz auf die der Strafe notwendigerweise zugrunde liegende Begründung eingegangen werden. Ist hier ein Maßstab gefunden, kann auch eine Antwort auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Strafmaßes von § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB gefunden werden (unter IV.).

III. (Straf-)Gerechtigkeit und Strafmaß

Der Begriff der Gerechtigkeit kann – anders als der der Verhältnismäßigkeit – kein empirischer sein, da er im Rahmen der praktischen Philosophie steht.³⁶ Er ist ein Prinzip des Rechts, „zur Beurteilung von Handlungsnormen“ und eine „Idee zur vernünftigen Gestaltung des Zusammenlebens“.³⁷ Maßstab für die Gerechtigkeit ist das freie (praktische) menschliche Handeln überhaupt: Der Einzelne und zwar jeder, auch der spätere Täter, hat grundsätzlich die Möglichkeit, nach selbst gesetzten (vernünftigen) Prinzipien zu handeln.³⁸ Im äußeren Agieren miteinander³⁹ verhalten sich die Menschen nicht wie ferngesteuerte Marionetten zueinander, sondern handeln im Bewusstsein ihrer Freiheit und erkennen sich gegenseitig als freie Subjekte an. Danach ist eine Handlung als gerecht („richtig“) zu bezeichnen, wenn sie „in Selbstbestimmung fremde äußere Freiheit wahrt und

²⁷ BVerfGE 45, 187, 254.

²⁸ BVerfGE 120, 224, 240 = ; 90, 145, 172 f.

²⁹ BVerfGE 45, 187, 255 f.; vgl. auch die Kritik von *Appel*, *Verfassung und Strafe*, (1998), S. 176. Auch bei der sog. Inzest-Entscheidung räumt das Bundesverfassungsgericht ein, dass der Geschwisterinzent vorwiegend in „sozial schwachen und bereits gestörten Familienverbänden vorkommt, die möglicherweise für die psychologische Wirkung der Strafdrohung wenig empfänglich sind (...). Dies kann aber – bereits aus grundsätzlichen Erwägungen – die Berechtigung des Gesetzgebers nicht in Frage stellen, ein als sozialschädlich eingeschätztes (sic!) Verhalten ungeachtet dessen zu pönalisieren, dass eine abschreckende Wirksamkeit der Strafnorm zumindest nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag“, vgl. BVerfGE 120, 224, 240, 249 = HRRS 2008 Nr. 260.

³⁰ BVerfGE 120, 224, 240 f. = HRRS 2008 Nr. 260; 90, 145, 173.

³¹ So zutreffend *Appel*, *Verfassung und Strafe* (1998), S. 191.

³² Vgl. auch *Appel*, *Verfassung und Strafe* (1998), S. 183.

³³ Zutreffend auch *Appel*, *Verfassung und Strafe* (1998), S. 185.

³⁴ Vgl. zunächst nur *Köhler*, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung* (1983), S. 26 ff.

³⁵ Vgl. zutreffend auch *Roxin* StV 2009, 544, 545.

³⁶ *Zaczyk* ARSP-Beiheft 56 (1994), 105.

³⁷ *Metzler*, *Philosophielexikon*, 2. Aufl. (1999), S. 200 f.

³⁸ Grundlegend *E. A. Wolff*, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, in: *Winfried Hassemer* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik* (1987), S. 137, 162 ff.

³⁹ Für die Bestimmung des Rechts ist das äußere Handeln und nicht die innere Einstellung der einzelnen Subjekte zueinander entscheidend. Vgl. zur Unterscheidung von Recht und Moral, *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*. (Dieses Werk wird im Folgenden zitiert nach der zwölfbändigen Ausgabe von *Wilhelm Weischedel*, F.a.M. 1977 [u.ö.]; die Seitenzahlen der jeweils ersten [A] bzw. zweiten [B] Auflage einer Schrift werden mitzitiert), AB 15ff.; vgl. auch *Zaczyk* *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 14 (2006), 311 ff.; *Geismann* *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 14 (2006), 4 ff.

anerkennt“.⁴⁰ Davon geht auch unser Strafrecht aus, wenn es für die Verhängung von Strafe die Schuld des Täters voraussetzt. Ein Sich-Verschulden kann dem Einzelnen allein dann vorgeworfen werden, wenn man ihm autonomes Handeln zutraut. Denn nur wenn man die Fähigkeit des Einzelnen, sich selbstbestimmt zum Richtigen zu entschließen, annimmt, kann man ihm auch vorwerfen, dass er sich – entgegen seiner Vernunftfeinsicht – zum Unrecht bestimmt hat.

Zusätzliches Merkmal unserer Strafrechtsordnung ist, dass nicht der Verletzte selbst die Strafe und ihr Maß bestimmt, sondern die öffentliche Gewalt. Bedingung für die Verhängung von Strafe ist das Bestehen eines Staates.⁴¹ Im Staat erfährt nun der Begriff der Gerechtigkeit zwar keine inhaltliche Änderung, denn gerade in ihm wird das autonome Handeln des Einzelnen und seine Anerkennung vorausgesetzt. Es existiert aber eine öffentliche (rechtliche) Instanz, die Gerechtigkeit gewährleistet, das Recht der Einzelnen gegeneinander und gegenüber dem Staat sichert und durchsetzt.⁴² Zur öffentlichen Gerechtigkeit gehört dann auch die Strafgerechtigkeit: „Die bloße Idee einer Staatsverfassung unter Menschen führt schon den Begriff einer Strafgerechtigkeit bei sich (...)“.⁴³ Die dargelegten freiheitlichen Maßstäbe im Recht finden sich ebenso im Unrecht wieder und bedürfen bei begangenem Unrecht einer Reaktion, die an die äußere Unrechtstat selbst anknüpft. Nach den vorigen Ausführungen kann die Strafe in ihrer Form und in ihrem Maß nicht beliebig sein, sondern ruht ebenfalls auf freiheitlichen Rechtsprinzipien.

„Willkürlich Strafen für sie (die Verbrechen, Anm. der Verf.) zu verhängen ist dem Begriff einer Strafgerechtigkeit buchstäblich zuwider. Nur dann kann der Verbrecher nicht klagen, daß ihm unrecht geschehe, wenn er seine Übeltat sich selbst über den Hals zieht und ihm, wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geist des Strafgesetzes gemäß, das widerfährt, was er an anderen verbrochen hat.“⁴⁴

Soll sich also staatliche Strafe an Gerechtigkeitskriterien messen, so muss ein notwendiger Zusammenhang bestehen zwischen dem Handeln des freien Einzelnen (und damit auch dem späteren Täter), seinem äußeren Verhältnis zu anderen und der Staatskonstitution. Die Begriffe des Rechts und des Unrechts sind damit aufeinander bezogen. Nur aus ihnen kann sich die Form der Strafe und das Strafmaß als gerechte Reaktion auf begange-

nes Unrecht ableiten. Sollen Tatbestand und Rechtsfolge nicht auseinander fallen, muss der Grund identisch sein, auf dem sie ruhen. „Die Gründe der Strafbarkeit in abstracto sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto“.⁴⁵ Den Zusammenhang zwischen Recht, Unrecht und Strafe stiftet damit der einzelne Täter mit seiner schuldhaft begangenen Unrechtstat selbst und zwar einerseits als Mitbegründer des (allgemeinen) Rechts und andererseits als Verletzer desselben. Das ist auszuführen:

1. Rechtsgrund der Strafe

Einmal anerkannt, dass es eine Strafgerechtigkeit gibt, die ihren Ursprung in der (staatlich anerkannten) Freiheit des Einzelnen hat, wird schon deutlich, dass Strafe in ihrem Grund nicht als empirisches Übel verstanden werden kann.⁴⁶ Auch wenn sich freilich die Strafe für den Betroffenen nachteilig auswirkt, so liegt in der Übelzufügung nicht ihr Grund. Dieser liegt vielmehr in der von ihm begangenen (schuldhaften) Unrechtstat und hängt damit auch mit dem Rechts- bzw. Unrechtsbegriff zusammen. Sind letztere Grund für die Strafe und auch für das Strafmaß, wird deutlich, dass generalpräventive oder spezialpräventive als primäre Begründungsansätze fehlgehen müssen. Denn sie knüpfen in erster Linie nicht an das begangene Unrecht an, sondern an das Rechtsbewusstsein der Gesellschaft (sei es als Abschreckung oder Normstabilisierung) bzw. haben den Anspruch, den Täter zu bessern oder ihn einfach einzusperrn, um die Gesellschaft vor ihm zu schützen. Damit wird zum einen nicht mehr die Tat selbst als Bezugspunkt genommen, sondern die Gesellschaft oder die Persönlichkeit des Täters; zum anderen wird der Täter nicht als freies Subjekt begriffen, sondern zum Objekt für andere gemacht bzw. im wohlgemeinten Erziehungsfall als Unmündiger behandelt.⁴⁷ Schließlich fehlt ein objektiver Maßstab. Denn das „Übel“ der Strafe kann nur subjektiv empfunden werden und ist damit von der konkreten Situation des betroffenen Subjekts abhängig.⁴⁸ Eine niedrige Geldstrafe kann

⁴⁵ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. 1 (1799), S. 196.

⁴⁶ Näher Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (1983), S. 14.

⁴⁷ Vgl. zur Kritik gegenüber spezialpräventiven Ansätzen E. A. Wolff ZStW 97 (1987), 786, 795 ff.; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (1983), S. 30, 36 f.

⁴⁸ Hegel hat die Folgen einer empirischen Begründung der Strafe 1821 in seiner Anmerkung zu § 99 der „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ anschaulich zusammengefasst: „Wenn das Verbrechen und dessen Aufhebung, als welche sich weiterhin als Strafe bestimmt, nur als ein Übel überhaupt betrachtet wird, so kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist (...). Dieser oberflächliche Charakter eines Übels wird in den verschiedenen Theorien über die Strafe, der Verhütungs-, Abschreckungs-, Androhungs-, Besserungs- usw. Theorie, als das Erste vorausgesetzt, und was dagegen herauskommen soll, ist ebenso oberflächlich als ein Gutes bestimmt. Es ist aber weder bloß um ein Übel noch um dies oder jenes Gute zu tun, sondern es handelt sich bestimmt um Unrecht und um Gerechtigkeit. Durch jene oberflächlichen Gesichtspunkt aber wird die objektive Betrachtung der Gerechtigkeit, welche der erste und substantielle Gesichtspunkt bei dem Verbrechen

⁴⁰ Zaczyk ARSP, Beiheft 56 (1994), 105, 118f.

⁴¹ Im staatlichen Zustand wird das Recht des Einzelnen auf einen sicheren Boden gestellt. Denn erst hier kann im Falle des Rechtsstreits eine für alle verbindliche Entscheidung getroffen werden. Immanuel Kant hat das in seiner Rechtslehre formuliert: „Der rechtliche Zustand ist dasjenige Verhältnis der Menschen unter einander, welches die Bedingungen enthält, unter denen allein jeder seines Rechts teilhaftig werden kann, und das formale Prinzip der Möglichkeit desselben, nach der Idee eines allgemein gesetzgebenden Willens betrachtet, heißt die öffentliche Gerechtigkeit“ (Die Metaphysik der Sitten, § 41, AB 154).

⁴² E. A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik (1987), S. 137, 203 ff.

⁴³ Kant, Die Metaphysik der Sitten, B 170.

⁴⁴ Kant, Die Metaphysik der Sitten, B 172.

beispielsweise einen Hartz IV-Empfänger wesentlich empfindlicher treffen, als eine hohe Geldstrafe den Chef einer Großbank.

Soll die schuldhaft begangene Unrechtstat in der Straf begründung als Maßstab nicht verloren gehen, muss auch das konkrete Strafmaß an ihr orientiert sein. Vollzieht sich gerechtes Handeln in der autonomen gegenseitigen Wahrung der äußeren Freiheit des anderen und seiner Anerkennung, ist das interpersonale Verhältnis (und damit auch das Verhältnis vom späteren Täter und Opfer) in seiner Qualität von den Beteiligten selbst abhängig und kann ebenso verletzt werden.⁴⁹ Die Unrechts begründung hat zwar auch eine empirische Seite, die objektive Verletzung selbst, beispielsweise die Verletzung der körperlichen Integrität oder des Eigentums. Die besondere Qualität, die in der Begründung des Rechtsverhältnisses und damit auch in seiner Negation liegt, ist jedoch die geistige Seite, die Anerkennungsseite. Mit der Unrechtstat missbraucht der Täter das Vertrauen des Verletzten, als Subjekt behandelt und nicht zum bloßen Objekt degradiert zu werden. Der Täter handelt wider seine vernünftige allgemeine Einsicht, sein Gegenüber als gleich anzuerkennen. Anders als gegenüber Tieren oder Naturgewalten vertraut der Einzelne grundsätzlich darauf und kann auch darauf vertrauen, dass sich der andere ihm gegenüber vernünftig verhält, ihn nicht verletzt.⁵⁰ Das Strafunrecht zeichnet sich also auch dadurch aus, dass das gegenseitige Vertrauensverhältnis in fundamentaler Weise bewusst (schuldhaft) verletzt wird. Damit wird schon deutlich, dass nicht allein ein Eingriff in einen bestimmten Bestand an Gütern der Person das Kriminalunrecht ausmacht. Erforderlich ist vielmehr, dass die „Qualität des Verhältnisses“ verschlechtert wird,⁵¹ also eine bedeutende Lädierung des Anerkennungsverhältnisses erfolgt ist. Zudem ist das zunächst anerkannte und durch die Tat verletzte Interpersonalitätsverhältnis nicht nur ein vereinzelt, sondern ist Teil der staatlichen Allgemeinheit, so dass mit der Unrechtstat gerade auch

das Recht in seiner Allgemeinheit verletzt wird, welches der Täter ursprünglich mitkonstituiert hat.⁵²

Aufgabe der Strafe ist die Aufhebung der begangenen schuldhaften Unrechtstat: Durch die Unrechtstat wurde das Recht in seiner Allgemeinheit verletzt und es bedarf durch die Strafe wieder seiner Herstellung. Es geht damit nicht – wie beispielsweise im Zivilrecht – um eine Form von Schadensersatz, ebenso wenig geht es um die Genugtuung des Verletzten durch die Bestrafung des Täters, sondern das begangene Un-Recht muss als Recht wieder hergestellt werden. Die geschehene Verletzung kann zwar nicht rückgängig gemacht werden, aber das in ihr liegende Unrecht kann durch die Strafe ausgeglichen werden. Allein das ist die Aufgabe der Strafe. Rechtsgrund der Strafe ist die Restitution des durch die (schuldhafte) Tat in seiner Allgemeingültigkeit verletzten Rechtsverhältnisses durch die Negation bzw. Aufhebung der Unrechtstat.⁵³

Die schuldhaft begangene Unrechtstat ist also Anlass für die geschehene fundamentale Freiheitsverletzung und bildet damit auch Grund und Maß für die Rechtsfolge „Strafe“.⁵⁴

2. Gerechtigkeit im Strafmaß

Um die staatliche Strafe widerspruchsfrei aus Gerechtigkeitsprinzipien begründen zu können, ist die Autonomie des Einzelnen denknotwendig. Grund und Grenze (gerechten) staatlichen Handelns ist das praktische freie Handeln des Einzelnen. Rechtsgrund der Strafe ist das vom jeweiligen Täter (schuldhaft) realisierte Unrecht. Verfassungsrechtlich ergibt sich die Notwendigkeit einer gerechten Rechtsstrafe aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und 2 GG und dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip. Insoweit ist auch dem Bundesverfassungsgericht zuzustimmen, wenn es erklärt, dass die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur „Schwere der

ist, beiseite gestellt, und es folgt von selbst, daß der moralische Gesichtspunkte, die subjektive Seite des Verbrechens vermischt mit trivialen psychologischen Vorstellungen von den Reizen und der Stärke sinnlicher Triebfedern gegen die Vernunft, von psychologischen Zwang und Einwirkung auf die Vorstellung (...) zum Wesentlichen wird.“ Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Werke in 20 Bänden (hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel) F.a.M. 1970 u.ö., Bd. 7.

Daraus ergibt sich auch, dass die vom Bundesverfassungsgericht wohlgemeinte Vereinigung unterschiedlicher Strafzwecke nicht den Strafgrund bilden kann. „Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht“ sind Zwecke, die sich gegenseitig ausschließen. Vgl. auch ausführlich die Kritik Köhlers, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (1983), S.15 ff.

⁴⁹ Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht (2005), S. 198 m.w.N.

⁵⁰ E. A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik (1987), S. 137 (212 f.).

⁵¹ Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht (2005), S. 198.

⁵² Vgl. Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat (1989), S. 196ff., der genauer die Verletzungen von Daseinselementen der Person und der Gesellschaft sowie des Staates unterscheidet.

⁵³ Köhler, Strafrecht AT (1997), S. 37; Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Werke in 20 Bänden (hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel) F.a.M. 1970 u.ö., Bd. 7, § 99 Anm.: Entscheidend für die Strafe ist, „daß das Verbrechen, und zwar nicht als Hervorbringung eines Übels, sondern als Verletzung des Rechts aufzuheben ist, und dann, welches die Existenz ist, die das Verbrechen hat und die aufzuheben ist; sie ist das wahrhafte Übel, das wegzuräumen ist, und worin sie liege, der wesentliche Punkt (...)“

⁵⁴ Vgl. auch E. A. Wolff ZStW 97 (1985), 786, 826, der die Autonomie des Einzelnen mit der staatlichen Strafe anschaulich in Verbindung gebracht hat: „Die Strafe ist eine besondere Art der Aufrechterhaltung, die sich auf die fundamentale Verletzung des schon geleisteten Verhältnis bezieht. So fällt die Aufgabe, die geschehene Verletzung auszugleichen, zusammen mit der Aufgabe, die Existenz des Anerkennungsverhältnisses herzustellen. Zusammengehalten werden die beiden Momente durch den selbstbewussten Einzelnen, der je zum Teil das Ganze des gegenseitigen Verhältnisses ist (es repräsentiert) und es mit je eigenem Part vorantreibt.“

Tat und zum Verschulden“ des Täters stehen muss.⁵⁵ Dieser Maßstab muss auch durchgehalten und darf nicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und relative Strafzwecke durchbrochen werden. Sollen Strafgrund, Strafantrohung und Strafzumessung in sich widerspruchsfrei begründet werden, dann muss sich auch das gerechte Strafmaß aus dem Unrecht der Tat und dem Verschulden des Täters ergeben. Das gilt dann freilich nicht nur für den Rechtsanwender im Einzelfall, sondern ebenso für den Gesetzgeber: (Straf-) Tatbestand und Rechtsfolge müssen in sich stimmig aufeinander bezogen sein.

Für das strafrechtliche Unrecht war neben der jeweiligen Rechtsgutsverletzung (Körper, Leben, Eigentum etc.) entscheidendes Merkmal die fundamentale Verletzung des staatlich verfassten Anerkennungsverhältnisses; ebenso muss für die Bestimmung des Strafmaßes der vom Täter bewirkte Vertrauensbruch von besonderer Bedeutung sein. Bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt wird das Anerkennungsverhältnis vollständig negiert, die Person als solche übergangen. Demgegenüber wird das äußere Anerkennungsverhältnis bei einer Sachbeschädigung oder beim Hausfriedensbruch nur partiell verletzt. Das drückt sich auch im Strafmaß des StGB aus: Die bewusste Tötung eines anderen stellt ein Verbrechen dar, während es sich bei der Sachbeschädigung lediglich um ein Vergehen handelt. Zudem lassen sich Differenzierungen danach vornehmen, ob es zu einer Anerkennungsverletzung gekommen ist oder nicht, ob die Verletzung „nur“ versucht wurde oder ob eine konkrete oder abstrakte Gefährdung vorliegt usw. Für die Bestimmung des Verschuldens spielt es eine Rolle, ob und inwieweit der Täter im Konkreten die grundlegende Anerkennung des Gegenübers verweigert. Die Schuld ist dort besonders groß, wo der Täter ein (intaktes) Vertrauensverhältnis zum anderen Subjekt fundamental missbraucht und damit seine egoistischen Ziele über die Freiheitsrechte des anderen stellt.⁵⁶ Maßgeblich ist zudem die Allgemeinbedeutung der Tat, denn – wie ausgeführt – bei der Straftat wird nicht nur ein besonderes Rechtsgut verletzt, sondern auch die Allgemeinheit des Rechts. Es macht daher einen Unterschied, ob es sich nur um vereinzelte Taten handelt, oder ob die Anzahl bestimmter Taten wächst und damit die Allgemeinbedeutung der Deliktsart zunimmt. Die Strafrahmen sind insofern auch historisch bedingt und können bestimmten Situationen angepasst werden.⁵⁷

⁵⁵ BVerfGE 120, 224, 241 = HRRS 2008 Nr. 260 m.w.N. Näher zum Strafrahmen auch *Hans-Jürgen Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 2.Aufl. (1985); *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz (1960); *Dreher*, Über Strafrahmen, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Hrsg.: Wolfgang Frisch/Werner Schmid (1978), S. 141 ff.; *Arthur Kaufmann* JZ 1963, 425 ff.

⁵⁶ Vgl. zum Begriff der Schuld allgemein *Zaczyk*, Schuld als Rechtsbegriff, in *Ulfrid Neumann und Lorenz Schulz* (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral (2000), S. 103 ff.; vgl. zur Bewertung einzelner Schuldmerkmale und ihrer Begründung *Kelker*, Zur Legitimation von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht (2007).

⁵⁷ *Köhler*, Strafrecht AT (1997), S. 582 f. Dem Gesetzgeber kommt insoweit auch hinsichtlich der Einzelstrafbestimmungen ein gewisser Einschätzungs- und Bewertungsspielraum zu. Auch das Bundesverfassungsgericht kann sich nicht einfach an die Stelle des Gesetzgebers setzen und ihm

Das Verfassungsgericht kann und muss somit prüfen, ob die vom Gesetzgeber zugrundegelegten Maßstäbe gerecht sind, d.h. im Strafrecht zum einen, dass sich die Strafdrohung nach dem Unrecht der Tat und dem Verschulden des Täters bestimmen muss (also keine verfassungsfremden Zweckerwägungen zugrunde gelegt werden) und zum anderen, dass der Gesetzgeber in sich konsistente und widerspruchsfreie Straftatbestände schafft. Danach beurteilt sich, ob Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sind. Es muss ein einheitlicher Maßstab für die Beurteilung von Strafgrund, Strafantrohung und Strafzumessung zugrunde gelegt werden, der an dem Tatumrecht und an der Schuld des Täters anknüpft. Nur dann ist eine widerspruchsfreie Strafrechtsbegründung möglich.

Nach den vorgestellten Maßstäben ist nun zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB überzugehen.

IV. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

Die Brandstiftungsdelikte der §§ 306ff. StGB sind unter dem Abschnitt „Gemeingefährliche Straftaten“ gefasst. Die besondere Gefährlichkeit von Feuer aufgrund seiner Unbeherrschbarkeit und die damit verbundene Gefahr für Eigentum, Leben und Gesundheit anderer prägen das Unrecht dieser Delikte. Jedoch setzen nicht alle Tatbestände auch tatsächlich eine konkrete gemeine Gefahr voraus, wie die Überschrift suggeriert. Erfasst werden vielmehr auch nur abstrakte Gefahren, vgl. z.B. §§ 306a I, 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB. Letzterer wurde mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz eingeführt, welches u.a. die Brandstiftungsdelikte insgesamt vollständig neu regelte.⁵⁸ § 306b Abs. 2 Nr. 2 lautet:

„Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter in den Fällen des § 306a in der Absicht handelt, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.“⁵⁹

eigene Kriterien vollumfänglich vorschreiben. Es ist daher zutreffend, wenn das Bundesverfassungsgericht erklärt, dass es nicht seine Aufgabe sei zu prüfen, ob der Gesetzgeber die „zweckmäßigste“ Regelung getroffen habe. Vgl. BVerfGE 90, 145, 173.

⁵⁸ Das Gesetz trat am 1. April 1998 in Kraft. Vgl. insgesamt zur Kritik gegenüber dem 6. Strafrechtsreformgesetz *Lackner* in: *Kühl/Lackner*, StGB, 23. Aufl. (1999), Vor § 38 Rn. 18 ff.

⁵⁹ Die Neufassungen der §§ 306 ff. StGB haben von Anfang an in der Literatur Kritik erfahren: Vgl. z.B. *Fischer* NStZ 1999, 13 ff.: „Der Gesetzgeber des am 1.4.1998 in Kraft getretenen 6. Strafrechtsänderungsgesetzes kann gleich mehrere Superlative für sich in Anspruch nehmen: Die umfassendste Änderung des StGB seit 1871 mit den meisten grundlegenden Veränderungen einzelner Vorschriften in der kürzesten Zeit, mit knappsten Beratungsfristen und mit einer an Kürze wohl nicht mehr unterbietbaren Übergangsfrist von 2 Monaten geschaffen zu haben. Nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint freilich, dass sich in der Eile des Reformwerks Fehler eingeschlichen haben, die die Rechtspraxis vor erhebliche Probleme stellen können.“; vgl. auch *F.-C. Schroeder* GA 1998, 571.

Um die verfassungsrechtliche Problematik der „Besonders schweren Brandstiftung“ zu verdeutlichen, ist der Sachverhalt des LG Itzehoe kurz darzustellen:

Die Angeklagte X befand sich in einer extremen persönlichen Konfliktsituation und in großer wirtschaftlicher Not. Sie beschloss daher gemeinsam mit den Angeklagten Y und Z ihr mit einem Darlehen belastetes Haus in Brand zu setzen, um infolge des Schadensfalls die Versicherungssummen aus der Gebäude- und Hausratsversicherung zu erlangen und damit die bei den Banken bestehenden Darlehen und Grundpfandrechte abzulösen. X, Y und Z waren sich bei ihren Besprechungen darüber einig, dass dafür gesorgt werden müsse, dass bei dem Brand kein Mensch und kein Tier zu Schaden kommt. In der Nacht vom 26. Oktober 2007 auf den 27. Oktober 2007 gegen Mitternacht zündeten Y und Z – wie besprochen – das Haus der X an. Durch das Feuer wurden wesentliche Teile des Hauses und sein Inventar zerstört. Die Angeklagte X meldete am 28. Oktober 2007 ihrer Hausratsversicherung, dass die versicherten Sachen (Hausinventar) bei einem Brandschaden zerstört worden seien, um die Auszahlung der Versicherungssumme zu erreichen. Auf diese hatte die Angeklagte (wie sie wusste) keinen Anspruch. Der Schaden wurde auf 75.819,- EUR geschätzt. Die Angeklagte erhielt eine Sofortzahlung in Höhe von 5.000,- EUR. Zu einer Auszahlung weiterer Beträge kam es nicht mehr. Am 29.10.2007 meldete die Angeklagte X ihrer Gebäudeversicherung, dass das versicherte Haus abgebrannt sei, um hierdurch die Auszahlung der Versicherungssumme zu erreichen, auf die sie – wie sie ebenfalls wusste – keinen Anspruch hatte. Der Schaden wurde auf 374.412,50 EUR geschätzt. Zu einer Auszahlung kam es jedoch nicht, da der wahre Sachverhalt bekannt wurde.

Nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung hält das LG Itzehoe insbesondere die Angeklagten X und Z wegen gemeinschaftlich begangener besonders schwerer Brandstiftung für schuldig (§§ 306b Abs. 2 Nr. 2, 306a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB): Die Angeklagten haben eine gemeinschaftliche Brandstiftung im Sinne von § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB begangen, indem sie ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, in Brand gesetzt haben. § 306b Abs. 1 Nr. 2 StGB ist auch erfüllt, da der Brand hier gelegt wurde, um der Eigentümerin zu ermöglichen, von der Gebäude- oder Hausratsversicherung die Versicherungssumme dadurch zu erlangen, dass sie den Brandschaden anzeigt, ohne die vorsätzliche Brandlegung zu erwähnen (§ 263 StGB).

Die verfassungsrechtliche Problematik hinsichtlich des § 306b Abs. 2 Nr. 2 ergibt sich daraus, dass er auch den Fall erfasst (wie er dem LG Itzehoe zugrunde lag⁶⁰), in dem der Täter z. B. sein Haus oder seinen Wohnwagen anzündet/anzünden lässt mit dem Ziel seine Versicherung zu betrügen. Die Norm stellt damit gewissermaßen einen besonderen Fall des Versicherungsmisbrauchs nach § 265 StGB dar (dieser sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor) und bedroht ihn mit einer Mindeststrafe von 5 Jahren.⁶¹ Die Hoffnung

der Literatur⁶², der BGH würde diese Fälle durch eine restriktive Auslegung des Tatbestandes hinausnehmen, indem beispielsweise zusätzlich das „Ausnutzen einer schweren Brandgefahr verlangt“ wird, wurde nicht erfüllt: „Wie der eindeutige Wortlaut und die Anknüpfung auch an den Absatz 2 des § 306a StGB ergeben, setzt § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB eine Steigerung und Ausnutzung der brandbedingten Gemeingefahr nicht voraus.“⁶³ Der BGH begründet den besonderen Unwert der schweren Brandstiftung damit, dass diese der Begehung kriminellen Unrechts dienen solle. Die erhöhte Verwerflichkeit ergebe sich aus der Bereitschaft des Täters, Unrecht mit weiterem Unrecht zu verknüpfen. Der Täter setze für seine kriminellen Ziele ein abstrakt (§ 306a Abs. 1 StGB) oder konkret (§ 306a Abs. 2 StGB) gefährliches Brandstiftungsdelikt ein.⁶⁴

Dem BGH ist insoweit zuzustimmen, als der Wortlaut des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht zwischen abstrakter und konkreter Gefährlichkeit der Brandstiftung unterscheidet, sondern beide gleichsetzt. Fraglich ist jedoch, ob diese vom Gesetzgeber vorgenommene Gleichsetzung des Unrechts gerechtfertigt ist oder ob nicht notwendiger Weise eine Differenzierung vorzunehmen ist.

Nach den oben vorgestellten Maßstäben stellt sich schon die Frage, ob die Brandstiftung, soweit mit ihr nur eine abstrakte Gefahr verbunden ist, überhaupt Kriminalunrecht darstellen kann, denn hier wird ein Verhalten mit Strafe belegt, welches nicht tatsächlich gefährlich ist, sondern bloß gefährlich erscheint.⁶⁵ So wurde im Fall des LG Itzehoe das Anzünden des Hauses zum einen mit dem Einverständnis der Eigentümerin begangen. Zum anderen haben sich die Mittäter auch erfolgreich versichert, dass sich kein Tier oder Mensch im Haus aufgehalten hat. Allerdings liegt bei der Brandstiftung eine Besonderheit vor, die zu berücksichtigen ist: Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der Täter hier ein Mittel einsetzt, dass für ihn letztlich unbeherrschbar ist. Auch wenn er darauf vertraut, dass andere nicht verletzt werden, ist dieses Vertrauen zumindest sorgfaltswidrig, da er das von ihm verwendete Mittel und seine Nichtbeherrschbarkeit gerade kennt.⁶⁶ Es handelt sich damit auch bei den Brandstiftungsdelikten, die nur eine abstrakte Gefahr voraussetzen, zutreffend um Strafunrecht.

Davon zu trennen, ist jedoch die Problematik, ob auch das Strafmaß des hier in Frage stehenden § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB (nicht unter fünf Jahren Freiheitsstrafe) dem Unrecht einer solchen abstrakten Gefährdung entspricht. Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, dass der Strafrahmen des § 306b Abs. 1 StGB, der für die Fälle des § 306a StGB, in denen der Täter durch die Brandstiftung

⁶² Hecker GA 1999, 332ff.; vgl. auch Fischer, StGB-Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 306b Rn. 9 ff. m.w.N.

⁶³ BGHSt 45, 211, 216.

⁶⁴ BGHSt 45, 211, 217; kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung Anm. Schlothauer StV 2000, 138; s. auch Fischer, StGB-Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 306b Rn. 9 f.

⁶⁵ Vgl. kritisch zum Unrecht des Tatbestandes der Volltrunkenheit Arthur Kaufmann JZ 1963, 425 ff.

⁶⁶ E. A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik (1987), S. 137, 219 f., der diesen Fall daher auch der Fahrlässigkeit zuordnet.

⁶⁰ Vgl. hierzu die Feststellungen des LG Itzehoe Jug 3, Beschluss v. 12. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 362, Rn. 12 ff.

⁶¹ Fischer, StGB-Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 306b Rn. 9b.

eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen verursacht, nur eine Freiheitsstrafe von nicht unter zwei Jahren vorsieht, obwohl sich in diesen Fällen die in § 306a Abs. 1 StGB unter Strafe gestellte abstrakte Gefahr gerade realisiert hat. Das sei mit sachlichen Gründen nicht mehr zu rechtfertigen.⁶⁷

Dieser systematische Gedanke kann freilich nicht allein eine Rechtsbegründung dafür liefern, dass der Strafrahmen des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB verfassungswidrig ist, d.h. die hohe Mindeststrafe dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat nicht entspricht. Denn, so könnte man einwenden, es könnte auch genauso gut sein, dass der Strafrahmen des § 306b Abs. 1 StGB eben zu niedrig ist.

Es kommt daher auf den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat in diesen Fällen an. Die Angeklagten haben hier eine Brandstiftung begangen und damit ein Mittel eingesetzt, welches von ihnen – wie sie wussten – nicht mehr beherrschbar war. Würde § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht in der jetzigen Fassung existieren, käme der Strafrahmen des § 306a Abs. 1 StGB zur Anwendung, der eine Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 15 Jahren vorsieht. Das LG Itzehoe würde beispielsweise für die Angeklagte X – unter Einbeziehung der Betrugstaten gegenüber ihren Versicherungen – auf eine Gesamtstrafe von zwei Jahren erkennen.⁶⁸ Es ist daher zu fragen, ob die drastische Anhebung des Mindeststrafrahmens in dem vorliegenden Fall deswegen gerechtfertigt ist, weil der Täter „in der Absicht handelt, eine andere Straftat zu ermöglichen“, also die Bereitschaft zeigt – wie der BGH meint, Unrecht mit weiterem Unrecht zu verknüpfen. Die Gefährlichkeit des Angriffs durch die Brandstiftung auf die Rechte anderer wird aber mit der bloßen Absicht nicht erhöht, denn die Gefahr bleibt weiterhin eine abstrakte Gefahr für das Leben und die Gesundheit und wird nicht durch das subjektive Merkmal (Ermöglichungsabsicht) zu einer konkreten Gefahr. In Betracht kommt daher lediglich, die Möglichkeit, dass durch die Gesinnung des Täters die Schuld erhöht ist.

So kann man im Rahmen des § 211 Abs. 2 StGB, der sich mit der Begrifflichkeit des § 306b Abs. 2 Nr. 2 insoweit deckt, immerhin sagen, dass hier der Täter das Strafgut Leben unterordnet, um eine andere Tat zu ermöglichen. Der Täter stellt damit seinen Egoismus in besonderem Maße über das Leben eines anderen. Es macht dann einen Unterschied, ob der Täter zur Erreichung seiner eigenen (z.B. finanziellen) Interessen das Anerkennungsverhältnis gegenüber einem anderen grundlegend missachtet oder ob der Täter beispielsweise aus Mitgefühl einen anderen tötet.⁶⁹ Die Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, kann also im Fall der Tötung schulderhöhend sein.

⁶⁷ LG Itzehoe Jug 3, Beschluss v. 12. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 362, Rn. 40; vgl. weitere Beispiele, die auf Systembrüche aufmerksam machen, bei Hecker GA 1999, 332, 335 f.; Fischer, StGB-Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 306b Rn. 9b.

⁶⁸ LG Itzehoe Jug 3, Beschluss v. 12. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 362, Rn. 34.

⁶⁹ Ausführlich Kelker, Zur Legitimation von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht (2007), S. 634 ff. (insbesondere zur Verdeckungsabsicht).

Fraglich ist jedoch, ob dies auch für den Fall der Brandstiftung gelten kann, bei dem die Gefahr bloß abstrakt ist und das Leben oder die Gesundheit eines anderen weder konkret gefährdet noch verletzt wurden, der Täter sogar eine solche Gefährdung ausschließt. Hier kann nicht behauptet werden, dass er seinen Egoismus bewusst über das Rechtsgut Leben eines anderen hebt. Die Absicht, eine andere Tat zu ermöglichen, kann daher seine Schuld in einem solchen Fall, wie dem vorliegenden, nicht erhöhen. Anders zu beurteilen wäre jedoch beispielsweise der Fall, in dem der Täter die spezifischen Auswirkungen einer Brandsituation und damit der konkreten Gefahr nutzt (wie Panikreaktionen anderer, das Zurücklassen von Wertgegenständen usw.), um weitere Straftaten begehen zu können.⁷⁰ In solchen Fällen nimmt der Täter die Verletzungen anderer bzw. ihre Ängste bewusst als Mittel, um seine weiteren Ziele erreichen zu können. Er stellt damit die Erreichung seines Ziels über die Rechtsgüter anderer.

Die starre Strafrahmenregelung des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB kann die möglichen unterschiedlichen Schuldhöhen nicht erfassen, so dass eine gerechte Entscheidung im Einzelfall nicht möglich ist. Der Strafrahmen ist daher entweder durch die Einführung eines minder schweren Falles oder durch eine flexiblere Strafrahmenregelung aufzuheben. In der jetzigen Form verstößt § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB gegen das Verfassungsgebot des gerechten (an Unrecht und Schuld zu messenden) Strafmaßes.

Schließlich ist auch eine verfassungskonforme Auslegung⁷¹ des Tatbestandes des § 306 b Abs. 2 StGB nicht möglich.⁷² Wie dargelegt wurde, kann die Norm nicht restriktiv dahingehend ausgelegt werden, dass sie tatsächlich eine Steigerung oder die Ausnutzung einer brandbedingten Gemeingefahr voraussetzt. Eine solche teleologische Reduktion würde die Wortlautgrenze überschreiten, da § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB gerade nicht zwischen abstrakter und konkreter Gefährlichkeit der Brandstiftung unterscheidet. Zudem würde dies dem deutlich erkennbaren Willen des Gesetzgebers und dem Schutzzweck der Norm zuwider laufen.⁷³

Ebenso wenig ist eine verfassungskonforme Auslegung auf der Rechtsfolgenseite des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB möglich, da die gesetzliche Regelung hier eindeutig ist.⁷⁴ Die Gesetzesmaterialien zeigen, dass bewusst auf eine Reduzierung des Strafrahmens für minder schwere Fälle verzichtet wurde.⁷⁵ Eine Analogie zu den gesetzlich vertypen Milderungsgründen und eine Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB bei Vorliegen bedeutender sonstiger Milderungsgründe scheidet daher aus.

⁷⁰ Vgl. im Ergebnis auch Fischer, StGB-Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 306b Rn. 9.

⁷¹ Vgl. zu den Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung Bleckmann JuS 2002, 942, 946 f.

⁷² LG Itzehoe Jug 3, Beschluss v. 12. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 362, Rn. 26ff., 44.

⁷³ Vgl. BT-Drucks. 13/8587, 49 und 88 (Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BT-Drucks. 13/8587, 70). Vgl. auch die Ausführungen hierzu in BGHSt 45, 211, 217.

⁷⁴ LG Itzehoe Jug 3, Beschluss v. 12. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 362, Rn. 31, 45.

⁷⁵ BT-Drucks. 13/8587, 70, 80, 88.

V. Ergebnis

Das Bundesverfassungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass Tatbestand und Rechtsfolge im Strafrecht sachgerecht aufeinander bezogen sein müssen. Die Ausführungen haben aber gezeigt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht für die Frage einer gerechten Strafe als Maßstab taugt. Zum einen ist der vom Bundesverfassungsgericht für die Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit häufig zugrunde gelegte (empirische) Zweck der Generalprävention kein zuverlässiger Maßstab, da die generalpräventive Wirkung nicht erwiesen ist, wie das Gericht selbst einräumt. Zum anderen wechselt das Gericht seine Maßstäbe und kann so keine widerspruchsfreien Aussagen treffen, wie sie das Strafrecht fordert, sollen Unrecht und Strafe widerspruchsfrei zusammenhängen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S. führt schließlich dazu, dass es überhaupt keinen Maßstab nennt, sondern dieser willkürlich, sei es vom Gesetzgeber oder Anwender, eingesetzt werden kann und so für den von Strafe betroffenen Einzelnen zu unvorhersehbaren Ergebnissen führt.

Maßstab für die Frage einer sachgerechten Beziehung von Tatbestand und Rechtsfolge im Strafrecht ist das Recht und das darauf bezogene begangene schuldhaft Unrecht. Die Androhung und ebenso die Verhängung von Strafe bedürfen eines Rechtsgrundes, der in sich widerspruchsfrei auf Unrecht, Schuld und Sanktion bezogen sein

muss. Gerade an dem Beispiel des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB konnte gezeigt werden, dass es hier an einem gerechten Strafmaß fehlt. Denn diese Norm beinhaltet nur eine rein abstrakte Gefährdung und kann nicht dadurch exorbitant im Strafmaß erhöht werden, dass die Brandstiftung dazu dient, eine andere Tat zu ermöglichen. Der Fall des Landgerichts Itzehoe hat zudem gezeigt, dass § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB selbst die Fälle erfasst, in denen der Täter es gerade ausgeschlossen hat, dass es zu einer konkreten Gefährdung oder gar Verletzung von anderen Menschen kommt. In einem solchen Fall eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren zu verhängen, ist nicht unrechts- und schuldangemessen. Der Richter muss eine gerechte Strafe im Einzelfall verhängen können, was hinsichtlich § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nur durch die Aufhebung des starren Strafmaßes möglich wäre.

Der Vorlagebeschluss des LG Itzehoe sollte für das Bundesverfassungsgericht Anlass sein, in sich widerspruchsfreie Prinzipien zu nennen, auf die es seine Entscheidungen aufbaut, damit nachvollziehbare und vorhersehbare Entscheidungen getroffen werden. Es geht dann um die Frage einer gerechten Strafe bzw. eines gerechten Strafmaßes und nicht um die Frage der Verhältnismäßigkeit im empirischen Sinne. Die Antwort auf die Ausgangsfrage lautet also: Es gibt eine Gerechtigkeit im Strafmaß, aber keine „verhältnismäßige Gerechtigkeit“, sollen Unrecht und Schuld des einzelnen Täters mit der angedrohten und verhängten Strafe widerspruchsfrei zusammenhängen.

Aufsätze und Anmerkungen

Die strafrechtliche Seite des Falles „Emmely“

Von Rechtsanwalt Dr. Jan Schlösser, Berlin*

I. Einleitung

Die Entlassung von *Barbara Emme*, genannt *Emmely*, wegen eines Bagatelldeliktes nach über 30-jähriger Betriebszugehörigkeit bei der Supermarktkette Kaiser's Tengelmann AG beschäftigt Gerichte und Öffentlichkeit gleichermaßen. Nachdem das *ArbG Berlin* und das *LAG Berlin-Brandenburg* die fristlose Kündigung der Kassierererin bestätigt haben, liegt der „Fall Emmely“ nunmehr beim BAG, das Ende Juli 2009 die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Falles zugelassen hat.¹ Die

Prozessparteien sind bei der gerichtlichen Auseinandersetzung nicht allein geblieben. *Emmely* sprang unter anderem die Gewerkschaft *ver.di* zur Seite², für die Arbeitgeberseite stieg – zumindest rhetorisch – beispielsweise der Münchner Arbeitsrechtler *Rieble* mit einem Beitrag in der *NJW* in den Ring³. Die in der Öffentlichkeit sehr emotional geführte Debatte um die Bewertung von *Emmelys* Verhalten hat jedoch bislang einen wesentlichen Punkt des Falles unberücksichtigt gelassen oder, genauer gesagt, falsch bewertet, der für die arbeitsrechtliche Entscheidung des Rechtsstreits aber höchst bedeutsam sein dürfte. Es handelt sich nämlich um den Umstand, dass

* Der Autor ist Strafverteidiger in Berlin – www.strafverteidiger-berlin.eu. Für die Anregung und Diskussion der folgenden Überlegungen danke ich Herrn Rechtsanwalt *Frank Johnigk*, Berlin.

¹ BAG, Beschluss vom 28. Juli 2009 – 3 AZN 224/09, *NJW* 2009, 2763 ff. Hiernach hat das BAG die Revision bezüglich der Rechtsfrage zugelassen, ob das spätere prozessuale

Verhalten eines gekündigten Arbeitnehmers bei der erforderlichen Interessenabwägung als mitentscheidend berücksichtigt werden kann.

² Dazu beispielsweise *Wiemann* Spiegel-Online vom 25. März 2009.

³ *Rieble* *NJW* 2009, 2101 ff.

Emmely – entgegen der Annahme der mit dem Fall bislang beschäftigten Gerichte – zumindest keine Bagatelldelikt zu Lasten ihrer Arbeitsgeberin begangen hat, sondern allenfalls eine – nicht ohne weiteres verfolgbare – zu Lasten eines unbekanntem Dritten. Dieses Ergebnis wird im folgenden Beitrag begründet, der sich allein auf die strafrechtliche Seite des Falles *Emmely* konzentriert.

II. Sachverhalt

Dem Urteil des *LAG Berlin-Brandenburg* zum Fall *Emmely* kann folgender Sachverhalt entnommen werden:

Am 12. Januar 2008 fand eine Kollegin (*K*) von *Emmely* (*E*) im Kassenbereich des Backstops zwei noch nicht abgezeichnete Leergutbons im Wert von 48 Cent und 82 Cent. Beide Pfandbons trugen das Datum 12. Januar 2008 und waren zu unterschiedlichen Zeiten am Flaschenautomaten erstellt worden, der in der Filiale für die Rückgabe von Leergut bereit steht. *K* übergab die Bons dem Marktleiter (*M*). Dieser wiederum gab sie an *E* – die für ihre Arbeitgeberin seit 1977 als Verkäuferin mit Kassentätigkeit arbeitet⁴ – zur Verwahrung weiter, falls ein Kunde sie für sich reklamieren sollte. Andernfalls sollten die Pfandbons später als Fehlbons bei der Leergutabrechnung verbucht werden. *E* legte daraufhin die Pfandbons in das allen Mitarbeitern zugängliche Kassensbüro.⁵

Am 22. Januar 2008 überreichte *E* bei einem Einkauf in der Filiale nach Ende ihrer Arbeitszeit zwei auf den 12. Januar 2008 datierte unabgezeichnete Leergutbons, die von *K* im Kassensystem registriert wurden. Sie sind im so genannten E-Journal anhand der Eingabenummern als eingescannt ausgewiesen, mit den Werten 48 Cent und 82 Cent aufgeführt und haben den von der Klägerin für den Einkauf zu zahlenden Preis um 1,30 € reduziert.⁶ Nachdem *E* die Pfandbons eingelöst hatte, waren die von *K* gefundenen Kassensbons nicht mehr im Kassensbüro und wurden auch nicht als Fehlbons verbucht.⁷

Pfandbons werden beim Einlösen durch Kunden an der Kasse von der Kassiererin mit der Hand abgezeichnet. Sofern Mitarbeiter Leergut abgeben wollen, müssen sie dieses nach einer Anweisung der *Kaiser's Tengelmann AG* zunächst bei Betreten der Filiale dem Filialverantwortlichen vorzeigen und später den Pfandbon von diesem abzeichnen lassen, bevor sie ihn an der Kasse abgeben. Beim Einlösen an der Kasse werden die Leergutbons der Mitarbeiter von der Kassiererin ein zweites Mal abgezeichnet.⁸

Zwischen den Prozessparteien ist streitig, ob es sich bei den von *E* überreichten Bons um die beiden am 12. Janu-

ar 2008 gefundenen Leergutbons handelt.⁹ Das *LAG Berlin-Brandenburg* bejaht dies und folgt damit der Argumentation der Arbeitgeberseite.¹⁰

III. Strafrechtliche Würdigung

Sowohl im erstinstanzlichen Urteil des *ArbG Berlin* als auch in der Berufungsentscheidung des *LAG Berlin-Brandenburg* wird davon ausgegangen, dass *E* – indem sie die Pfandbons an sich nahm und einlöste – eine Straftat zu Lasten ihrer Arbeitgeberin begangen hat.¹¹ Während das *ArbG Berlin*¹² darin einen Betrug sieht, lässt das *LAG Berlin-Brandenburg*¹³ diese Frage ausdrücklich offen und führt aus, dass es auf die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens (Diebstahl, Unterschlagung und Betrug) für dessen kündigungrechtliche Bedeutung nicht entscheidend ankommt. *Rieble* schloss sich dieser Einschätzung der Gerichte an. Seiner Ansicht nach reicht die strafrechtliche Wertung von der Unterschlagung der ihr als Kassiererin vom Marktleiter zur Aufbewahrung anvertrauten Kundenkassensbons bis zum (Sicherungs-) Betrug beim Einlösen der Bons durch zumindest konkludente Täuschung über die Einlöseberechtigung.¹⁴

Diese Einmütigkeit in der Beurteilung des Sachverhalts überrascht. Denn selbst wenn man einmal annimmt, dass

⁹ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 5.

¹⁰ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 27, 41.

¹¹ Gleichwohl sind die Ausführungen des *LAG Berlin-Brandenburg* in diesem Punkt erstaunlich unpräzise. Zwar wird in den Entscheidungsgründen beispielsweise davon gesprochen, dass *E* „ein Vermögensdelikt gegenüber dem Arbeitgeber begangen (hat)“, *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 52 (vgl. auch Rn 25, 56, 57). Demgegenüber findet sich in den Urteilsgründen aber auch die Formulierung, dass „der Klägerin ... jedenfalls das Pfand nicht zu(stand)“; *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 45. Die letzte Formulierung lässt aber zumindest offen, ob es sich um eine Straftat zu Lasten der *Kaiser's Tengelmann AG* oder eines Dritten handelt. Im Ergebnis kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass auch das *LAG Berlin-Brandenburg* in seiner Entscheidung von einer Straftat der *E* zu Lasten ihrer Arbeitgeberin ausgegangen ist. Dies folgt schon daraus, dass im 1. Leitsatz des Urteils auf eine Entscheidung des *BAG* Bezug genommen wird, in der gerade eine solche Sachverhaltskonstellation zur revisionsrechtlichen Überprüfung stand (*BAG*, Urteil vom 11. Dezember 2003 – 2 AZR 36/03).

¹² *ArbG Berlin*, Urteil vom 21. August 2008 – 2 Ca 3632/08, Rn 29, 46: „Die Klägerin hat durch die Einlösung der Leergutbons die Inhaberschaft einer gegen die Beklagte gerichteten Forderung vorgetauscht. Dadurch hat die Beklagte gegenüber der Klägerin auf die Erhebung des vollen auf Grund des Mitarbeitererkaufs nach § 433 Abs. 2 BGB geschuldeten Kaufpreises verzichtet und einen Vermögensschaden erlitten ... Die Beklagte hatte den vollen Kaufpreisanspruch, auf den sie in Höhe der vorgetauschten Gegenforderung verzichtet hat. Aus diesem Grund liegt ein Vermögensschaden in Höhe der geringeren Einnahme in Erfüllung des Kaufpreisanspruchs vor.“

¹³ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 46.

¹⁴ *Rieble NJW* 2009, 2101, 2102; vgl. auch *Reuter NZA* 2009, 594 f.

⁴ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 2.

⁵ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 3 f., 20.

⁶ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 5, 28.

⁷ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 42.

⁸ *LAG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 3.

es sich bei den von *E* eingelösten Pfandbons um die selben Bons handelt, die *K* einige Tage zuvor gefunden hat, stellt das Verhalten von *E* jedenfalls *keine Straftat zu Lasten ihrer Arbeitgeberin* dar (1.). In Betracht kommt allenfalls eine veruntreuende Unterschlagung zu Lasten eines unbekanntem Dritten (2.). Dies ergibt sich aus Folgendem.

1. Keine Straftat zu Lasten der Kaiser´s Tengelmann AG

Die Ansichnahme der beiden Leergutbons aus dem Kassenbüro und deren spätere Einlösung an der Kasse der Supermarktfiliale stellen weder eine Unterschlagung oder einen Diebstahl (a)] noch einen Betrug (b)] zu Lasten der Kaiser´s Tengelmann AG dar. Auch eine Untreue von *E* zu Lasten ihrer Arbeitgeberin scheidet aus (c)].

a) Unterschlagung oder Diebstahl

Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung liegt vor, wenn man sich oder einem Dritten eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig zueignet (§ 246 Abs. 1 StGB). Eine Sache ist nach der Rechtsprechung des *BGH* fremd, wenn sie nach bürgerlichem Recht im Eigentum einer anderen Person steht.¹⁵ Diese andere Person ist der Geschädigte der Unterschlagung. Eine Straftat von *E* zu Lasten ihrer Arbeitgeberin würde also voraussetzen, dass die im Supermarkt gefundenen Leergutbons zum Zeitpunkt ihrer Einlösung durch *E* im Eigentum der Kaiser´s Tengelmann AG standen. Dies ist indes nicht der Fall. Eigentümer der Pfandbons war vielmehr weiterhin ein unbekannter Dritter, dessen dingliche Rechtsposition allein dadurch, dass die Bons im Geschäftsbereich eines Supermarktes gefunden worden sind, (noch) nicht beeinträchtigt wurde.

Die Pfandbons, die *K* an sich nahm, lagen im Kassenbereich des Backstops. Der Kunde, dem die Bons nach Rückgabe von Leergut zuvor vom Flaschenautomaten erstellt worden sind, hatte damit die tatsächliche Gewalt über sie verloren. Dieser Besitzverlust im Sinne von § 856 Abs. 1 BGB geschah nicht in der Absicht, auf das Eigentum an den Bons zu verzichten. Folglich wurden diese nicht herrenlos (§ 959 BGB), so dass die Kaiser´s Tengelmann AG – indem *K* die Bons an sich nahm und *M* übergab – auch nicht durch eine *Aneignung* nach § 958 BGB Eigentum an diesen erwerben konnte. Auch ein Eigentumserwerb durch *Vermischung* (§ 948 Abs. 1 BGB) scheidet im vorliegenden Fall aus, weil die Pfandbons in das Kassenbüro gelegt wurden und eine untrennbare Vermischung mit anderen Sachen nicht stattfand.

Die Kaiser´s Tengelmann AG hat aber auch nicht aufgrund der Regelungen zum *Fund* (§§ 965 ff. BGB) Eigentum an den Pfandbons erlangt. Danach erwirbt bei einer verlorenen Sache, die nicht mehr als zehn Euro wert ist, der Finder mit dem Ablauf von sechs Monaten seit dem Fund das Eigentum an der Sache, es sei denn, dass vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt ge-

worden ist oder der Finder den Fund auf Nachfrage verheimlicht (§ 973 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB). Vor dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs erlangt der Finder ein Anwartschaftsrecht an der Sache.¹⁶ Nach einer Entscheidung des *VIII. Zivilsenats* des *BGH* hat ein Supermarkt an den Sachen, die beispielsweise Kunden in seinen Geschäftsräumen verloren haben, unmittelbaren Besitz.¹⁷ Vor dem Hintergrund dieses Judikates ist damit bereits fraglich, ob *K*, indem sie die beiden Bons aufhob, überhaupt eine verlorene Sache im Sinne von § 965 Abs. 1 BGB an sich genommen hat. Fraglich ist dies deshalb, weil der Begriff des Verlorenseins gerade voraussetzt, dass die Sache besitzlos ist.¹⁸ Dieser Zustand der Besitzlosigkeit ist aber nie eingetreten, da nach dem Besitzverlust des unbekanntem Kunden der Supermarkt diesen sofort erlangt hat. Aber auch wenn man einmal unterstellt, dass die Vorschriften über den Fund auch auf eine solche Konstellation Anwendung finden können, hätte nach diesen die Kaiser´s Tengelmann AG zum Zeitpunkt der Einlösung der Pfandbons durch *E* an diesen (noch) kein Eigentum erlangt. Da *K* die Leergutbons am 12. Januar 2008 fand, war am 22. Januar 2008 – dem Tag, als *E* diese an der Kasse einlöste – die sechsmonatige Frist des § 973 BGB noch nicht abgelaufen. Am 22. Januar 2008 standen die Pfandbons folglich weiterhin im Eigentum des unbekanntem Verlierers beziehungsweise eines Dritten. Folglich scheidet auch unter dem Gesichtspunkt des Fundes eine Straftat zu Lasten der Kaiser´s Tengelmann AG aus. An dieser Bewertung ändert sich auch nichts dadurch, dass der Finder der Pfandbons ein Anwartschaftsrecht an diesen erworben hat. Eine Unterschlagung zu Lasten eines Anwartschaftsberechtigten kennt das Strafgesetzbuch nicht. Auch der Umstand, dass *M* der *E* bezüglich des Umgangs mit den Pfandbons eine konkrete Anweisung erteilt hat, ändert an der sachenrechtlichen Zuordnung und damit an dem Eigentum des unbekanntem Kunden an den Pfandbons nichts.

Zum Zeitpunkt der Einlösung der Leergutbons an der Kasse des Supermarktes waren diese folglich nicht nur für *E*, sondern auch für ihre Arbeitgeberin – die Kaiser´s Tengelmann AG – fremde bewegliche Sachen. Vor diesem Hintergrund scheidet nicht nur eine Unterschlagung, sondern auch ein Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB), der die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraussetzt, zu Lasten der Kaiser´s Tengelmann AG aus.

b) Betrug

Bei Beantwortung der Frage, ob *E* sich wegen Betruges (§ 263 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht hat, stehen die Tatbestandsmerkmale Täuschung (aa)] und Schaden (bb)] im Vordergrund.

aa) Täuschung

Der Tatbestand des Betruges setzt voraus, dass durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen ein Irrtum erregt oder

¹⁵ *BGH*, Urteil vom 7. Mai 1953 – 3 StR 485/52, *BGHSt* 6, 377, 378.

¹⁶ *Bassenge* in: Palandt (68. Aufl.) 2009, § 973 Rn 1.

¹⁷ *BGH*, Urteil vom 24. Juni 1987 – VIII ZR 379/86, *BGHZ* 101, 186 ff.

¹⁸ *Bassenge* in: Palandt (68. Aufl.) 2009, Vorb vor § 965 Rn 1.

unterhalten wird. Eine solche Täuschungshandlung kann durch ein – ausdrückliches oder konkludentes – Tun oder Unterlassen erfolgen.

(1) Täuschung durch ein Tun?

Die Ansichnahme der Pfandbons aus dem Kassenbüro ist kein kommunikativer Akt, so dass dieses Verhalten keine Täuschungshandlung und deshalb auch keinen Betrug darstellen kann.¹⁹ Eine Täuschungshandlung könnte aber darin gesehen werden, dass *E* die Pfandbons daraufhin an der Kasse eingelöst hat.

In diesem Verhalten an der Kasse liegt keine *ausdrückliche Täuschung* der *K*. *E* hat dieser gegenüber weder geäußert, Inhaberin einer gegen die Arbeitgeberin gerichteten Forderung zu sein, noch behauptet, dass sie zur Einlösung der Pfandbons überhaupt berechtigt ist.²⁰ Und auch eine *konkludente Täuschung* der *K* durch Vorlage der Kassenbons ist nicht begründbar.

Nach der Rechtsprechung des *BGH* ist eine konkludente Täuschung ein irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsauffassung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. Davon sei auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht *expressis verbis* zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsauffassung durch sein Verhalten miterklärt.²¹ Dieser unausgesprochene Kommunikationsinhalt werde wesentlich durch den dem Erklärenden bekannten Empfängerhorizont und damit durch die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten bestimmt.²² Entscheidende Kriterien für die Auslegung eines rechtsgeschäftlich bedeutsamen Verhaltens sind neben der konkreten Situation der jeweilige Geschäftstyp und die dabei typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Parteien.²³ Zu dem vorliegend in Rede stehenden Geschäftstyp, dem Einlösen eines Pfandbons, liegt – soweit ersichtlich – eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur typischen Pflichten- und Risikoverteilung nicht vor. Überträgt man jedoch die anhand anderer Fallkonstellationen ergangenen Entscheidungen des *BGH* auf den vorliegenden Sachverhalt, scheidet die Annahme einer konkludenten Täuschung der *K* durch *E* – indem diese ihr zwei Pfandbons zur Einlösung respektive Verrechnung an der Kasse vorlegte – über ihre Forderungsinhaberschaft respektive Einlösebefugnis aus.

Pfandbons sind Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff. BGB).²⁴ Bei der Einlösung von unterschlagenen Inhaberschuldschreibungen – bei denen es sich ebenfalls um Inhaberschuldverschreibungen handelt (Art. 5 Abs. 2 und 3 ScheckG)²⁵ – durch einen Nichtberechtigten verneint das *BayObLG* die Annahme einer konkludenten Täuschung der Bank über die Berechtigung zur Scheckeinlösung. Begründet wird dies damit, dass die Einreichung gegenüber der Bank nicht den objektiven Erklärungswert hat, materiell berechtigter Scheckinhaber zu sein.²⁶ Der Einreicher eines Inhaberschuldschreibens werde durch dessen Besitz – und, so wird man das *BayObLG* wohl verstehen müssen, nicht durch eine konkludente Erklärung – legitimiert, wodurch die Vermutung einer materiellen Berechtigung des Scheckinhabers begründet wird.²⁷ Der 2. Senat des *BGH* hat sich dieser Auffassung in einer Entscheidung aus dem Jahre 2007 angeschlossen.²⁸

Bei Inhaberschuldverschreibungen tritt ferner der Umstand hinzu, dass der Aussteller – hier die Kaiser's Tengelmann AG – auch durch Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit wird (§ 793 Abs. 1 S. 2 BGB). Dies bedeutet, dass die eigene Rechtsposition des Supermarktes durch die Einlösung eines Pfandbons nicht berührt wird; er ist zu einer nochmaligen Leistung an den eigentlich – das heißt materiell und nicht nur formell – Berechtigten nicht verpflichtet.²⁹ Dieser Umstand hat wiederum Rückwirkungen auf die Annahme einer konkludenten Täuschung. Eine solche ist auch aufgrund der zuvor beschriebenen Risikoverteilung im Rahmen dieses Geschäftstyps zu verneinen. Das folgt aus der Rechtsprechung des *BGH* zur Vorlage eines Schecks bei nicht mehr bestehender Schuld. Danach werden bei der Einforderung einer Leistung konkludent nur solche wahrheitswidrigen Umstände mit erklärt, die eine Vermögensgefährdung auf Seiten des Geschäftspartners herbeiführen können.³⁰

Zudem beschreiben die Begriffe Forderungsinhaberschaft und Einlösebefugnis zunächst einmal nur eine Rechtsposition, über die – da § 263 StGB eine Täuschung über Tatsachen erfordert³¹ – nicht getäuscht werden kann. Behauptungen über Rechte können nach dem *BGH* nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, soweit sie zugleich konkludente Tatsachenbehauptungen enthalten. Die bloße (unzutreffende) Behauptung eines An-

¹⁹ Zum Betrug als Kommunikationsdelikt *Tiedemann* in: LK (11. Aufl.) 2005, § 263 Rn 4 m. w. N.

²⁰ Zum konkreten Ablauf des Kassenvorganges LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08, Rn 29, 34. Danach hat *E* an der Kasse zwei Bons vorgelegt, *K* diese über den Scanner gezogen, abgezeichnet und in das Kassenfach gelegt. *K* war dabei aufgefallen, dass die beiden Bons nicht abgezeichnet waren, hat *E* aber auf diesen Umstand nicht angesprochen.

²¹ *BGH*, Urteil vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165, 169 f. Rn 19 m. w. N. = HRRS 2007 Nr. 1.

²² *BGH*, Urteil vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165, 169 f. Rn 20 = HRRS 2007 Nr. 1.

²³ *BGH*, Urteil vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165, 169 f. Rn 21 m. w. N. = HRRS 2007 Nr. 1.

²⁴ Zur wertpapierrechtlichen Einordnung von Bons *Sprau* in: Palandt (68. Aufl.) 2009, § 807 Rn 1 f.; vgl. auch die Beispiele bei *Marburger* in: Staudinger (2009) § 807 Rn 5.

²⁵ *Sprau* in: Palandt (68. Aufl.) 2009, § 793 Rn 6.

²⁶ *BayObLG*, Beschluss vom 21. Januar 1999 – 1 St RR 265/98, NJW 1999, 1648 (3. Leitsatz).

²⁷ *BayObLG*, Beschluss vom 21. Januar 1999 – 1 St RR 265/98, NJW 1999, 1648, 1649.

²⁸ *BGH*, Urteil vom 18. Juli 2007 – 2 StR 69/07, Rn 6 = HRRS 2007 Nr. 666.

²⁹ Zur Unterscheidung von formellen und materiellen Berechtigungen bei Inhaberschuldverschreibungen *Sprau* in: Palandt (68. Aufl.) 2009, § 793 Rn 10.

³⁰ *BGH*, Beschluss vom 6. September 2001 – 5 StR 318/01, NStZ 2002, 144, 145 Rn 3. Zur Vorlage eines Sparbuches durch einen Nichtberechtigten und der grundsätzlich fehlenden konkludenten Erklärung der Berechtigung zum Empfang der Geldleistung *Tiedemann* in: LK (11. Aufl.) 2005, § 263 Rn 44 m. w. N.

³¹ *Fischer*, StGB (56. Aufl.) 2009, § 263 Rn 6 ff.

spruchs ist vor diesem Hintergrund nicht geeignet, eine Täuschungshandlung im Sinne von § 263 StGB zu begründen.³² Da beim Einlösen eines Pfandbons eine solche weitergehende Tatsachenbehauptung aber nicht ersichtlich ist, erschöpft sich der Erklärungswert dieses Vorganges folglich auch in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion.³³ Auch unter Heranziehung dieser Rechtsprechung zu bankinternen Fehlbuchungen muss die Annahme einer konkludenten Täuschung durch die unberechtigte Einlösung eines Pfandbons folglich verneint werden.

Diese wahrscheinlich schwer auf einen gemeinsamen Nenner zu bringende höchstrichterliche Rechtsprechung verdeutlicht zum einen, dass die Dogmatik der konkludenten Täuschung in ihren normativen Grundlagen schwer durchschaubar ist.³⁴ Zum anderen zeigt sie aber auch, dass die normativen Wertungen im vorliegenden Fall eindeutig sind. Diese weisen aus unterschiedlichen Richtungen auf die Notwendigkeit der Verneinung einer konkludenten Täuschung. Vor diesem Hintergrund tritt deshalb auch der Umstand in seiner normativen Relevanz zurück, dass der Supermarkt – indem die Pfandbons in seinem Herrschaftsbereich aufgefunden wurden – (gegebenenfalls) ein Anwartschaftsrecht an diesen erlangt hat, so dass durch die Einlösung der Pfandbons insofern auch seine Vermögensposition berührt worden sein könnte. Und auch der Umstand, dass *E* einen Kundenbon eingereicht und *K* dies offensichtlich erkannt hat, ist normativ irrelevant und rechtfertigt keine andere Bewertung des Geschehens.

(2) Täuschung durch ein Unterlassen?

Auch eine Täuschung durch Unterlassen scheidet aus (§§ 263 Abs. 1, 13 StGB). Eine Täuschung durch Unterlassen würde voraussetzen, dass *E* rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg eines Betruges, das heißt ein Vermögensschaden, bei ihrer Arbeitgeberin durch die Einlösung der Leergutbons an der Kasse nicht eintritt. Eine solche Garantienpflicht hatte *E* gegenüber der Kaiser's Tengelmann AG nicht.

Eine Garantienpflicht aufgrund der *arbeitsvertraglichen Beziehung* zwischen *E* und der Kaiser's Tengelmann AG scheidet aus, weil diese für sich gesehen eine Handlungspflicht nicht zu begründen vermag.³⁵ Hinzutreten muss vielmehr noch ein besonderes Vertrauensverhältnis.³⁶ Ob ein solches durch eine über 30-jährige Betriebszugehörigkeit mit Kassierertätigkeit begründet wird, mag hier dahinstehen. Bei dem Vorgang des Einlösens der Pfandbons stand sich *E* und die Kaiser's Tengelmann AG nämlich nicht als Arbeitnehmer und Arbeitgeber, son-

dern (nach der Arbeitszeit) als Käufer und Verkäufer gegenüber – woran auch der Umstand nichts ändert, dass es sich vorliegend um einen Mitarbeiterereinkauf handelte. Zwischen Käufer und Verkäufer in einem Supermarkt besteht ein im Rahmen von § 13 StGB gefordertes besonderes Vertrauensverhältnis nicht. Aus diesem Grund folgt zudem aus dem allgemeinen Grundsatz *Treu und Glauben* keine Handlungspflicht von *E*.³⁷

Auch unter dem Gesichtspunkt der *Ingerenz* scheidet eine Aufklärungspflicht der *E* gegenüber der Kaiser's Tengelmann AG aus. Diese Garantienstellung folgt aus vorangegangenen pflichtwidrigem Gefährdungsverhalten.³⁸ Ob *E* durch die Ansichnahme der Leergutbons eine Straftat zu Lasten eines unbekanntem Dritten begangen hat, muss in diesem Zusammenhang nicht entschieden werden. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, würde dieser Umstand kein im zuvor genannten Sinne pflichtwidriges Vorverhalten darstellen. Zum einen wird allein durch eine Straftat zu Lasten eines unbekanntem Dritten das Vermögen der Kaiser's Tengelmann AG nicht gefährdet. Zum anderen würde eine Handlungspflicht aus Ingerenz voraussetzen, dass die Pflichtwidrigkeit gerade in der Verletzung eines solchen Gebotes besteht, das dem Schutz des gefährdeten Rechtsguts zu dienen bestimmt ist (Pflichtwidrigkeitszusammenhang).³⁹ Auch dies ist nicht der Fall. Das Gebot, zu Lasten des unbekanntem Pfandbonverlierers keine Straftaten zu begehen, dient nicht dem Schutz der Kaiser's Tengelmann AG.

bb) Schaden

Zum Zeitpunkt der Einlösung der Leergutbons besaß die Kaiser's Tengelmann AG (gegebenenfalls) ein Anwartschaftsrecht an diesen. Durch den Vorgang der Einlösung ist dieses Recht erloschen. Der Verlust eines Anwartschaftsrechts kann einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB darstellen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Aussicht auf den Eigentumserwerb nicht nur die Stufe einer flüchtigen, wirtschaftlich noch nicht fassbaren Hoffnung erreicht, sondern eine solche Gewissheit erlangt hat, dass ihr nach der Verkehrsauffassung ein messbarer Vermögenswert zugesprochen wird.⁴⁰ Ob dies so ist, kann angesichts einer bereits zu verneinenden Täuschungshandlung dahingestellt bleiben. Würde man einen Vermögensschadens bejahen, müsste dieser nach der jüngsten Rechtsprechung des *1. Senats* des BGH zum Gefährdungsschaden dann (wohl) – da er mit dem Wert des Vollrechts in Höhe von 1,30 € nicht identisch ist – berechnet werden.⁴¹

³² BGH, Beschluss vom 8. November 2000 – 5 StR 433/00, BGHSt 46, 196, 198 f.

³³ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2000 – 5 StR 433/00, BGHSt 46, 196, 199.

³⁴ Dazu zuletzt *Kasíske* GA 2009, 360 ff.

³⁵ Zur Begründung von Aufklärungspflichten aufgrund von vertraglichen Beziehungen BGH, Urteil vom 16. November 1993 – 4 StR 648/93, BGHSt 39, 392, 399; *Tiedemann* in: LK (11. Aufl.) 2005, § 263 Rn 61 ff.

³⁶ BGH, Beschluss vom 8. November 2000 – 5 StR 433/00, BGHSt 46, 196, 203.

³⁷ Dazu, dass auch dieses Rechtsinstitut ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Begründung einer Aufklärungspflicht erfordert, BGH, Beschluss vom 22. März 1988 – 1 StR 106/88, wistra 1988, 262 f. m. w. N.

³⁸ BGH, Urteil vom 6. Juli 1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 115; *Fischer*, StGB (56. Aufl.) 2009, § 263 Rn 29.

³⁹ BGH, Urteil vom 6. Juli 1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 115 f. m. w. N.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 20. Februar 1962 – 1 StR 496/61, BGHSt 17, 147, 148.

⁴¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 StR 731/08, NJW 2009, 2390, 2391 Rn 15 = HRRS 2009 Nr. 318.

c) Untreue

Weiterhin ist in Betracht zu ziehen, dass *E* durch die Ansichnahme und Einlösung der Pfandbons eine Untreue zu Lasten der Kaiser's Tengelmann AG begangen hat (§ 266 Abs. 1 StGB). Letztendlich scheidet aber auch diese Möglichkeit aus. Denn sie würde – sowohl beim Missbrauchs- als auch beim Treubruchstatbestand⁴² – voraussetzen, dass *E* gegenüber dem Vermögen der Kaiser's Tengelmann AG vermögensbetreuungspflichtig war. Eine solche qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht lag jedoch nicht vor. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob *E* diese Position als Verkäuferin mit Kassentätigkeit innehatte.⁴³ Bei der Ansichnahme und Einlösung der Bons an der Kasse wurde *E* nämlich nicht als KassiererIn, sondern allenfalls als Angestellte der Kaiser's Tengelmann AG tätig – und damit in einem Bereich, für den eine Vermögensbetreuungspflicht nicht besteht.⁴⁴ Eine in der Ansichnahme und Einlösung der Bons gegebenenfalls bestehende Pflichtverletzung lag somit zumindest nicht innerhalb des durch das Treueverhältnis begründeten Pflichtenkreises. Nach der Rechtsprechung des BGH scheidet in einer solchen Situation – wegen des Fehlens eines so genannten funktionalen Zusammenhanges zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung – eine Strafbarkeit wegen Untreue aus.⁴⁵ In Betracht kommt also nur, dass *E* in die Stellung eines qualifiziert Vermögensbetreuungspflichtigen durch die Übergabe der Leergutbons, die mit der Weisung, mit diesen in einer bestimmten Art und Weise zu verfahren, verbunden wurde, einrückte. Aber auch dieser Gesichtspunkt begründet keine Vermögensbetreuungspflicht von *E* gegenüber dem Vermögen der Kaiser's Tengelmann AG. Diese setzt nämlich die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung über das Vermögen innerhalb eines gewissen Ermessensspielraumes voraus.⁴⁶ Ein solcher Ermessensspielraum bestand aufgrund der Weisung ihres Vorgesetzten aber gerade nicht.

2. Straftat zu Lasten eines unbekanntem Dritten?

In Betracht kommt also nur, dass *E* – indem sie die Leergutbons an sich nahm und an der Kasse einlöste – eine Straftat zu Lasten eines unbekanntem Dritten began-

gen hat. Ein Betrug scheidet aber auch in dieser Hinsicht mangels Täuschung aus. Eine Untreue liegt nicht vor, weil *E* gegenüber dem Vermögen eines unbekanntem Dritten nicht vermögensbetreuungspflichtig ist. In Betracht kommt also nur ein Diebstahl oder eine Unterschlagung der Pfandbons respektive des darin verkörpertem Sachwertes. Ob ein Diebstahl oder eine Unterschlagung vorliegt, richtet sich danach, ob *E* die Bons im Sinne von § 242 Abs. 1 StGB *weggenommen* oder sich diese nach § 246 Abs. 1 StGB *zugeeignet* hat.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen umfasste tatsächliche Sachherrschaft, deren Annahme sich wiederum entscheidend nach der Verkehrsauffassung richtet.⁴⁷ Nach dieser soll ein Arbeitnehmer an den ihm zum alleinigen Gebrauch zugewiesenen Sachen Alleingewahrsam haben.⁴⁸ *E* wurden von *M* die Pfandbons zur Verwahrung übergeben, die sie daraufhin in das allen Mitarbeitern zugängliche Kassenbüro legte. Geht man einmal davon aus, dass eine Gebrauchszuweisung einer Verwahrungsübergabe hinsichtlich der dadurch begründeten tatsächlichen Sachherrschaft entspricht, ist – obwohl sämtlichen Mitarbeitern der Zugang zum Kassenbüro möglich war – von einer Alleingewahrsamsinhaberschaft von *E* auszugehen. Indem diese die Bons an sich nahm und einlöste, liegt folglich nicht der Bruch fremden Gewahrsams, so dass ein Diebstahl der Bons durch *E* ausscheidet.

Eine Zueignung liegt vor, wenn die Sache oder der in ihr verkörperte Sachwert mit Ausschlusswirkung gegenüber dem Eigentümer beispielsweise dem eigenen Vermögen zugeführt wird. Nach der vom BGH vertretenen Manifestationstheorie reicht dafür aus, dass der Zueignungswille des Täters durch eine nach außen erkennbare Handlung betätigt wird.⁴⁹ Eine solche Handlung liegt in der Einlösung der Pfandbons an der Kasse durch *E*. Durch diesen Vorgang hat sich *E* zumindest den in den Leergutbons verkörpertem Sachwert zugeeignet.⁵⁰ Dieser wurde *E* von *M* durch die Weisung, mit den Bons in einer bestimmten Art und Weise zu verfahren, im Sinne von § 246 Abs. 2 StGB anvertraut.⁵¹ Da es sich um die Unterschlagung einer geringwertigen Sache gehandelt hat, wäre diese – da ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung nicht besteht – nur dann verfolgbar, wenn der unbekanntem Dritte, zu dessen Lasten die Unterschlagung

⁴² Dazu, dass sowohl der Missbrauchs- als auch der Treubruchstatbestand eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht erfordern, BGH, Urteil vom 26. Juli 1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24, 386, 387; Urteil vom 13. Juni 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 250.

⁴³ Zur qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht von Kassierern BGH, Urteil vom 11. Dezember 1957 – 2 StR 481/57, BGHSt 13, 315, 318 f.; Urteil vom 2. April 1963 – 1 StR 66/63, BGHSt 18, 312, 313.

⁴⁴ Zur fehlenden qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht von Arbeitnehmern gegenüber dem Vermögen des Arbeitgebers BGH, Urteil vom 4. November 1952 – 1 StR 441/52, BGHSt 3, 289, 293 f.; Urteil vom 3. März 1953 – 1 StR 5/53, BGHSt 4, 170, 172; Urteil vom 17. Dezember 1953 – 4 StR 483/53, BGHSt 5, 187, 188 f.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 23. Mai 2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 297 f.

⁴⁶ Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder (27. Aufl.) 2006, § 266 Rn 23a m. w. N.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 28. Oktober 1955 – 2 StR 171/55, BGHSt 8, 274, 275; Beschluss vom 6. Oktober 1961 – 2 StR 289/61, BGHSt 16, 271, 273; Urteil vom 12. Juni 1968 – 2 StR 106/68, BGHSt 22, 180, 182.

⁴⁸ Fischer, StGB (56. Aufl.) 2009, § 242 Rn 14 m. w. N.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 17. März 1987 – 1 StR 693/86, BGHSt 34, 309, 312.

⁵⁰ Zur Vereinigungslehre und zur Zueignung von Inhaberschuldverschreibungen BGH, Beschluss vom 16. Dezember 1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 157 f.

⁵¹ Dazu, dass eine Sache auch von einem Dritten – Nichteigentümer – im Sinne von § 246 Abs. 2 StGB anvertraut werden kann, wenn die Überlassung dem Interesse des Eigentümers entspricht, Fischer, StGB (56. Aufl.) 2009, § 246 Rn 16 f. m. w. N. Zum Verhältnis der Begriffe „Anvertrautsein“ im Sinne von § 246 Abs. 2 StGB und „Vermögensbetreuungspflicht“ im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB BGH, Urteil vom 13. März 1956 – 2 StR 70/56, BGHSt 9, 90, 92.

ging, einen Strafantrag gestellt hätte (§§ 248a iVm 77 Abs. 1 StGB).

IV. Ergebnis

Das LAG Berlin-Brandenburg stützt seine Entscheidung auf zwei unterschiedliche Gesichtspunkte. Zum einen darauf, dass *E* eine Straftat zu Lasten ihrer Arbeitgeberin begangen haben soll.⁵² Zum anderen auf das Verhalten von *E* nach der Tatbegehung und im arbeitsgerichtlichen Verfahren.⁵³ Während letzterer Gesichtspunkt Gegenstand

⁵² LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08 – Leitsatz 1 und 2.

⁵³ LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. Februar 2009 – 7 Sa 2017/08 – Leitsatz 3 und 4.

des Revisionsverfahrens vor dem BAG ist, wurde der zuerst genannte Umstand durch die bislang mit der Sache betrauten Gerichte falsch und zu Lasten von *E* bewertet. Ob auch eine Bagatelldelikt zu Lasten eines unbekanntes Dritten – gegebenenfalls bei einem noch nicht einmal bestehenden Strafverfolgungsverlangen dieser Person – eine Kündigung zu rechtfertigen vermag, erscheint äußerst fragwürdig, soll hier aber dahingestellt und der weiteren Einschätzung durch Arbeitsrechtler überlassen bleiben.⁵⁴

⁵⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Klueß NZA 2009, 337 ff. In den dort genannten arbeitsgerichtlichen Entscheidungen geht es immer um Delikte zu Lasten des Arbeitgebers.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Martin Müller. Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren; Erlanger Juristische Abhandlungen für Anwaltsrecht und Anwaltspraxis, Bd. 4, 509 Seiten, 98 €; Carl Heymanns, Köln 2008.

Nachdem das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009 am 3.8.2009 verkündet (BGBl. I S. 2353) verkündet und am 4.8.2009 in Kraft getreten ist, scheint eine Arbeit, die umfassend Probleme einer gesetzlichen Regelung untersucht, überholt zu sein. Müller führt dazu in der Einleitung aus, der Gesetzgeber stehe in der Pflicht, eine in sich stimmige, konsequente und kohärente Lösung der Absprachen zu schaffen. Er nimmt an, die Regelung im Gesetz werde einen Meilenstein setzen und der Diskussion ein neues Gesicht geben. Deshalb könne ein erheblicher Teil der Literatur zum

„vielversprechenden Kandidaten für eine Verlegung in die rechtshistorische Abteilung der Bibliothek werden“ (S. 4). Hätte der Gesetzgeber einen „Meilenstein“ gesetzt und wäre ihm eine überzeugende Lösung gelungen, dann müsste sich eine Besprechung darauf konzentrieren, ob vom Verf. erörterte Vorschläge ihren Niederschlag im Gesetz gefunden haben. Da die zentrale Vorschrift des § 257c StPO von einer stimmigen und konsequenten Lösung weit entfernt ist, verdienen die Überlegungen Müllers de lege ferenda weiterhin Aufmerksamkeit.

Seine Abhandlung beschränkt sich auf verfahrensbeendende Urteilsabsprachen (S. 20). Sie streift deshalb nur kurz andere „konsensorientierte Verfahrensweisen“ (S. 11 ff.). Dies ist vernünftig, weil nahezu alle Vorschläge für eine gesetzliche Neuregelung keine vorsichtige Fortentwicklung der bislang schon gesetzlich ermöglichten einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen vorgesehen haben, sondern sämtliche Verfahren von leichten Verge-

hen bis zum Mord erfassen wollten. Der Gesetzgeber ist dem in § 257c StPO gefolgt (vgl. dazu *Meyer-Goßner*, Ergänzungsheft zur 52. Aufl. 2009, § 257c, Nr.6).

In dem nächsten Abschnitt beschäftigt *Müller* sich mit der Phänomenologie und der aktuellen Absprachensituation in Deutschland und ihren Ursachen (S. 32 ff). Im Wesentlichen gleichgerichtete Interessen von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung begründeten nach seiner Ansicht die Bereitschaft zu Absprachen. Dagegen sei die Situation des Opfers und des Angeklagten ambivalent (S. 48 ff.). Im Hinblick auf den Angeklagten, von dessen möglicher Unschuld ein rechtsstaatliches Prozesskonzept ausgehen müsse, legt *Müller* überzeugend dar, der Angeklagte trage allein das Risiko des Fehlschlags, das Gefälle zwischen ihm und dem Staat verschärfe sich, es entstehe ein erhebliches „Missbrauchspotential“ (S. 65). Dies führt ihn nach der Erörterung der Bindungswirkung (S. 66 ff) zu dem Zwischenergebnis, eine grundsätzliche Bindung der Beteiligten sei unter Fairnessgrundsätzen geboten. Es handele sich um eine „vertragsähnliche Vereinbarung sui generis“ (S. 76). Wirft man einen Blick auf § 257c StPO, so sieht man, dass der Gesetzgeber diese Analyse übernommen, nämlich an die Stelle der bisherigen gerichtlichen Zusage eine Vereinbarung des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten gesetzt hat, ohne freilich in der Frage der Bindungswirkung die Vertragsähnlichkeit konsequent zu sein, weil zwar Angeklagter und Staatsanwaltschaft an die Absprache gebunden sind, das Gericht sich aber sehr leicht gem. § 257c IV, 1 und 2 StPO von ihr lösen kann (zutr. Kritik bei *Meyer-Goßner*, Ergänzungsheft zur 52. Aufl. 2009, § 257c, Nr. 26 f). Durch diese erleichterte Lösungsmöglichkeit vergrößert sich das Gefälle zwischen Staat und Angeklagtem und erhöht sich das „Missbrauchspotential“.

Im nächsten Hauptteil der Arbeit (S. 79 ff) setzt sich *Müller* mit der Zulässigkeit von Absprachen auseinander. Die Argumente pro und contra stellt er ausführlich und unter nahezu vollständiger Auswertung des umfangreichen Schrifttums dar. Sie sind bekannt und brauchen nach der Entscheidung des Gesetzgebers nicht wiederholt zu werden. Von bleibendem Interesse sind *Müllers* verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz, auf die Unschuldsvermutung und auf das Recht auf ein faires Verfahren als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Sie werden in der weiteren Diskussion eine erhebliche Rolle spielen, denn die Bedenken bestehen auch gegen die Neuregelung des § 257c StPO. Aus Platzgründen sei hier nur die Erörterung *Müllers* zum Gleichbehandlungsgebot (S. 91 ff) erwähnt. Diesbezügliche Bedenken hat der Gesetzgeber in den Wind geschlagen, weil er schon den Anwendungsbereich von Absprachen gänzlich unbestimmt gelassen hat. Wenn § 257c I 1 StPO von „geeigneten Fällen“ spricht, dann überlässt er die Auswahl der Fälle, der Willkür des Gerichts. Ein „geeigneter Fall“ kann dann auch ein Fall sein, bei der für eine Absprache die Bequemlichkeit von Richtern oder die Schwierigkeit der Sache maßgeblich sein lässt (vgl. dazu bereits *Hettinger*, Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 280: Welche Fälle geeignet sein sollen, bleibe offen, geeignet seien eben nur geeignete Fälle; vgl. auch *Meyer-Goßner* a.a.O., Nr.6: Es sei nicht vorstellbar, welche Fälle ungeeignet sein sollten). Sind alle Fälle geeignet, so

müsste die Neuregelung nach dem Gleichbehandlungsgebot auch auf alle Fälle angewandt werden – die alte Strafprozessordnung bliebe dann auf der Strecke.

Der nächste Hauptteil der Arbeit hat nur noch historische Bedeutung. *Müller* schildert ausführlich die Entwicklung der Rechtsprechung bis zur Entscheidung des Großen Senats in BGHSt 50,40 (S. 177 – 277). Er hält die vom BGH formulierten Leitlinien für eine Kompromisslösung, die weder theoretisch, noch praktisch überzeugen konnte (S. 278 f). Im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren ist es interessant, noch einmal die Abhilfeversuche aus Wissenschaft und Praxis, die *Müller* zuverlässig und in allen Details, auch rechtsvergleichend, referiert (S. 281-362), Revue passieren zu lassen. *Müller* zeigt auf, dass es in den von ihm untersuchten ausländischen Rechtsordnungen keine Initiative des Gerichts für eine Absprache gibt und das Gericht, wenn es nach hergestelltem Einvernehmen der Parteien in die Konsensfindung eingreift, dies als neutrale und unabhängige Instanz tut, mit dem Vorteil, dass die Drohung mit einer Sanktionsschere kaum Bedeutung hat. *Müller* betont zu Recht, die deutsche Absprachenpraxis und die Gesetzgebung müssten sich schwerpunktmäßig mit dem Schutz des Angeklagten und der Wahrung seines Subjektstatus, insbesondere auch mit der Frage der Willensbildungsfreiheit des Angeklagten, beschäftigen. Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen hätten diese Gesichtspunkte in der deutschen Rechtsprechung nur eine sekundäre Rolle gespielt (S. 362). Man wird nicht behaupten können, daran habe sich durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung etwas geändert. Allein schon die Möglichkeit des Gerichts, sich sehr einfach von der Absprache zu lösen (vgl. dazu *Meyer-Goßner*, a.a.O. Nrn. 26 f), zeigt, dass der Gesetzgeber dem Schutz des Angeklagten nur geringe Bedeutung zugemessen hat.

In dem nächsten Abschnitt schildert *Müller* wiederum ausführlich und präzise die Gesetzgebungsinitiativen (S. 363-460), beginnend mit der Forderung des Deutschen Juristentags 1990 nach einem Eingreifen des Gesetzgebers bis zum Gesetzesantrags Niedersachsens im März 2006. Er befürwortet nachdrücklich ein Eingreifen des Gesetzgebers (S. 369 ff) und geht davon aus, der Gesetzgeber sei sogar wegen des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Vorbehalt des Gesetzes und aufgrund der Wesentlichkeitstheorie zu einer gesetzlichen Regelung verpflichtet (S. 369 f). Nachdem der Gesetzgeber gesprochen hat, sind die Anforderungen, die *Müller* verfassungsrechtlich an eine gesetzliche Regelung stellt, nach wie vor von besonderem Interesse, weil durchaus fraglich ist, ob die gesetzliche Regelung mit der Verfassung in allen Punkten vereinbar ist (vgl. dazu bereits *Meyer-Goßner*, a.a.O., Nrn.3, 5,11,27). Im Rahmen einer Besprechung können hier nur einige Anforderungen an das „Idealbild einer gesetzlichen Regelung“ (S. 402 ff) aufgezeigt werden, denen der Gesetzgeber nicht gefolgt ist. *Müllers* Absage an ein richterliches Initiativrecht (S. 402) ist nicht Gesetz geworden (vgl. § 257c III 1 StPO). Dies wäre hinnehmbar, wenn das Gesetz konkret den Anwendungsbereich von Absprachen umschriebe. *Müller* verdient uneingeschränkt Zustimmung, wenn er ausführt, es müsse ein Anwendungsbereich für das konsensuale Verfahren festgelegt werden, um sicherzu-

stellen, dass nicht willkürlich entschieden werde, wann welches Verfahren zur Anwendung kommt; nur so lasse sich Gleichheit vor dem Gesetz garantieren (S. 403). In diesem Punkt hat der Gesetzgeber versagt. Das von Müller zu Recht geforderte dogmatische Konzept, also die Anerkennung des Konsensgedankens und seine Widerspiegelung im Gesetz (S. 403), ist in der Neuregelung nicht zu erkennen, weil die Fortgeltung der Inquisitionsmaxime (§ 257c 2 StPO) ein „bloßes Lippenbekenntnis“ (zutr. Meyer-Gofßner, a.a.O., Nr.3) ist. Bei der zentralen Frage der Bindungswirkung einer Absprache lässt das Gesetz das Interesse des Angeklagten an einem gewissen Grad von Sicherheit unberücksichtigt (§ 257c IV StPO; vgl. dazu die zutr. Kritik Meyer-Gofßners, a.a.O., Nrn. 12 ff). Und schließlich ist völlig unberücksichtigt geblieben, dass die Schwächung der Sachverhaltsaufklärung in der Hauptverhandlung und die Aufwertung der Aktenlage (S. 457 f.) nur bei einer Neugestaltung des Ermittlungsverfahrens hinnehmbar sind. Es verwundert deshalb nicht, dass Müller den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 18.5.2006 und den Gesetzesantrags Niedersachsens vom 29.3.2006 in diesen zentralen Punkten nachdrücklich kritisiert (S. 411 ff., 422 ff., 426 ff.). Diese Kritik trifft auch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, weil die Antworten des Gesetzgebers gerade in den zentralen Fragen „sowohl unter theoretischen als auch unter praktischen Gesichtspunkten nicht ausreichen, um der alltäglichen Herausforderung der Absprachen gerecht zu werden“ (S. 465).

Nach alledem gehört die umfassende Untersuchung Müllers nicht in die Abteilung „Rechtsgeschichte“, sondern hat ihren Wert und ihr Gewicht auch in der zukünftigen Diskussion über die Auslegung des neuen Gesetzes und seiner verfassungsrechtlichen Überprüfung.

Prof. Dr. **Heinz Wagner**, Ahrensburg/Universität Kiel (em.)

Markus Thier. Zurechenbarkeit von Retterschäden bei Brandstiftungsdelikten nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts; (Gießener Schriften zum Strafrecht und zur Kriminologie, Bd. 29). Diss. Bern, 2008, 232 Seiten, 54 €, Baden-Baden 2009.

I. Die Frage, inwieweit dem Täter Schäden objektiv zurechnet werden können, die ein Dritter dadurch erleidet, dass er sich um die Rettung des vom Täter in Gefahr gebrachten Tatopfers oder Tatobjekts bemüht, gehört zu den klassischen Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts. Thier nimmt die Änderungen, die das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts im Bereich der Brandstiftungsdelikte mit sich brachte, zum Anlass, diese klassische Frage neu zu erörtern. Als Gegenstand seiner Untersuchung nennt Thier „die Gesamtheit all jener Fälle, die im Zusammenhang mit der Brandstiftung stehen, und in denen das Opfer nach Vornahme bestimmter Verhaltensweisen durch andere oder parallel zu diesen

selbst noch irgendwelche Handlungen vornimmt, aufgrund derer es zu Beeinträchtigungen an seinen Rechtsgütern kommt oder zu kommen droht“ (S. 17 f.). Aus dieser Umschreibung ergibt sich, dass der Autor sowohl die Fälle der Retterschäden als auch die der Rettergefährdung behandelt. Entsprechend gliedert sich seine Arbeit: Während sich Kapitel 1 mit der Zurechnung von Retterschäden befasst, geht es in Kapitel 2 um die Zurechenbarkeit von Rettergefahren. Kapitel 3 behandelt die Problematik der Zurechenbarkeit von Erfolgsqualifikationen im Brandstiftungsdeliktsrecht. Schließlich werden hier die im Rahmen der ersten beiden Kapitel abstrakt gewonnenen wissenschaftlichen Befunde anhand von praktischen Beispielfällen vertieft.

II. Thier eröffnet seine Ausführungen in Kapitel 1, in dem es um die Zurechenbarkeit von Retterschäden geht, mit der Feststellung, dass angesichts der Vielgestaltigkeit der zu untersuchenden Situationen hinsichtlich der Frage der objektiven Zurechnung eine differenzierte Lösung geboten sei (S. 22). Grenze des staatlichen Strafanspruchs sei das Selbstverantwortlichkeitsprinzip (S. 26, 84), doch betont der Verfasser die Konkretisierungsbedürftigkeit dieser Formel (S. 26 f.). Dabei gelte es, „die Qualität der Selbstgefährdung aus einem Vergleich der auf dem Spiel stehenden Interessen zu ermitteln. Sofern das Erhaltungsinteresse am gefährdeten Objekt gegenüber dem an der Vermeidung der Selbstverletzung als vordringlich zu bezeichnen ist, ist eine mißbilligte Risikoschaffung anzunehmen“ (S. 29).

„Aufgrund fundamental unterschiedlicher Interessenlagen, die in Bezug auf private Retter auf der einen Seite und professionelle Retter auf der anderen Seite wirken,“ (S. 32) unterscheidet Thier im Folgenden zur Ermittlung von Abgrenzungskriterien für das Vorliegen der objektiven Zurechnung zwischen privaten und professionellen Rettern. Er untersucht hinsichtlich solcher Schäden, die private Retter erleiden, die gängigerweise diskutierten Kriterien zur Ermittlung des Maßstabs der Freiwilligkeit der Rettungshandlung, nämlich unter anderem die Fälle der Garantenpflicht des Retters, der Rettungsmotivation gemäß § 323c StGB, einer analogen Anwendung von § 34 oder § 35 StGB, einer Heranziehung des Rechtsgedankens des § 216 StGB sowie einer entsprechenden Anwendung der §§ 3 JGG, 19, 20, 21 StGB. Zudem erörtert der Autor hier eine entsprechende Heranziehung der Einwilligungstheorie als Freiwilligkeitsmaßstab (S. 32 ff.). Einige dieser Rechtsinstitute werden von Thier als Abgrenzungskriterien abgelehnt. Er kommt zum Ergebnis, dass das Bestehen einer Rettungsverpflichtung die Freiwilligkeit eines gebotenen Rettungseinsatzes entfallen lasse (S. 38). „Ist die Gebotenheit der Rettungsmaßnahme im Rahmen der Rettungsverpflichtung zu bejahen, so sind die Risiken und Verletzungen des Retters dem Täter durchweg zuzurechnen“ (S. 39). Aus den Vorschriften der §§ 3 JGG, 19, 20, 21 StGB leitet er das Prinzip ab, dass Rettungsmaßnahmen auch dann unfreiwillig sind, wenn zwischen dem Retter und dem Tatopfer eine besondere emotionale Beziehung besteht: „Typischerweise sind die Fälle angesprochen, in denen die Garantenpflicht mangels Gebotenheit entfallen ist und der Retter gleichwohl den Rettungseinsatz durchführt“ (S. 47). In eine ähnliche Richtung geht Thiers Überlegung, derzufolge

„eine Drucksituation, die unterhalb des § 35 [StGB] bleibt, zumindest beim privaten Retter die Freiverantwortlichkeit auszuschließen“ vermag (S. 51).

Auch hinsichtlich der Fallgruppe der professionellen Retter betont der Verfasser seine bereits oben getroffene Feststellung, dass eine Rettungsverpflichtung grundsätzlich zur Verantwortlichkeit des Brandstifters führt (S. 53). Ausgehend von diesem Kriterium kommt er zum Ergebnis, dass Schäden, die professionelle Retter bei Ausübung ihrer Tätigkeit erleiden, dem Brandstifter in der Regel zuzurechnen sind, da den professionellen Retter eine entsprechende Retterpflicht treffe. Hieran ändere sich auch grundsätzlich nichts dadurch, dass der professionelle Retter – zum Beispiel der Feuerwehrmann – seine Rolle freiwillig gewählt habe. Der strafrechtlichen Berücksichtigung dieser vorgelagerten Freiwilligkeit begegnet der Autor mit dem Argument, dass „eine funktionierende Gesellschaft auf eine organisierte Feuerwehr angewiesen ist“ (S. 62). Was die Grenzen der bestehenden Rettungspflichten anbelangt, unterscheidet *Thier* unter Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB zwischen privaten und professionellen Rettern. Anders als bei jenen entfällt die Rettungsverpflichtung bei professionellen Rettern nicht „schon dann, wenn das Eigenschutzinteresse geringfügig gegenüber dem Bewahruntsinteresse des Opfers überwiegt. Die Zumutbarkeit des Rettungseinsatzes und damit der Rettungspflicht bleibt auch dann noch bestehen, sofern das Eigenschutzinteresse geringfügig überwiegt“ (S. 62).

Die sich hieran anschließenden Ausführungen (S. 63 ff.) gelten offensichtlich sowohl für private als auch für professionelle Retter. Aus der Regel, dass der Brandstifter nicht für freiverantwortliche Selbstschädigungen des Retters haften soll, möchte *Thier* nicht den Umkehrschluss bilden, demzufolge der Brandstifter für jegliche unfreiwillige Selbstschädigung haften solle. So führt er aus: „Zu beachten gilt [...], dass unfreiwillig erlittene Schäden, die zwar selbst verursacht wurden, aber deren Entstehung auf einer Rettungspflicht, Zwangslage oder Defektsituation beruhen, nur bis zu bestimmten Grenzen zugerechnet werden dürfen“ (S. 63). Der Zurechnungsmaßstab orientiert sich hier also nicht an der Grenze zwischen freiverantwortlicher und nicht-freiverantwortlicher Selbstverletzung, sondern ist innerhalb der zuletzt genannten Gruppe verortet. Während die Freiwilligkeit des Retters die objektive Zurechnung des Brandstifters daher in jedem Fall ausschließt, sei die Abgrenzung der objektiven Zurechnung innerhalb der Fallgruppe der Unfreiwilligkeit des Retters vorzunehmen. Mit anderen Worten: Die Unfreiwilligkeit des Retters ist für *Thier* notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die objektive Zurechnung des Brandstifters. Der Autor begründet diese Verschiebung des Maßstabs mit der Schutzwürdigkeit des Interesses des Brandstifters, nicht für solche Folgen zu haften, die aufgrund eines dem Retter anzulastenden Umstands eintreten (S. 63). Nachdem er im Folgenden verschiedene Ansätze darlegt, die in der Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung vertreten werden (S. 64 ff.), kommt er zu dem Ergebnis, dass eine Zurechnung grundsätzlich dann zu bejahen ist, wenn der unfreiwillig handelnde Retter erstens objektiv unvernünftig handelt und zweitens diese Unvernunft schuldhaft zu vertreten hat (S. 74). Im Hinblick auf die

Bestimmung dieser beiden Merkmale unterscheidet der Verfasser wiederum zwischen professionellen und privaten Rettern. Den Grund für diese Differenzierung sieht er in der Tatsache, dass professionelle Retter auf die Rettungssituationen vorbereitet seien, während private Retter meist unerfahren agierten (S. 74).

Professionellen Rettern – so *Thier* – muss regelmäßig ein Schuldvorwurf gemacht werden, wenn sie objektiv unvernünftige Rettungsmaßnahmen durchführen. Den Grund für diesen Automatismus sieht der Autor in der Tatsache, dass professionelle Retter eine fundierte Ausbildung genossen haben, die es ihnen ermöglichte, sich ausführlich auf die Brandbekämpfungssituation vorzubereiten (S. 75). Die Schwelle zur Unvernunft soll dann überschritten sein, wenn ein „Durchschnittsfeuerwehrmann aufgrund des Unversehrtheitsinteresses von einem Einsatz mit großer Wahrscheinlichkeit Abstand genommen hätte“ (S. 76). *Thier* siedelt diese Fälle im Bereich der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes an. „Grobe Fahrlässigkeit ist dann anzunehmen, wenn des Erhaltungsinteresse bezüglich der durch das Feuer betroffenen Rechtsgüter im Verhältnis zum Interesse an der Vermeidung von Eigengefahren des Retters ungleich niedriger ist und der Retter diesen Umstand auch kennt oder kennen muss“ (S. 78).

Einen anderen Maßstab legt der Autor bei privaten Rettern an – eine Tatsache, die er mit der Behauptung rechtfertigt, dass der unvernünftig handelnde private Retter „dem Opfer nahe steht und aus Verzweiflung gar nicht mehr weiß, was er tut“ (S. 78). Dies ist allerdings eine Unterstellung, die in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten werden kann. Aus seiner Behauptung folgert *Thier*, dass bei privaten Helfern „die Vernünftigkeit der Rettung nicht nur dann zu bejahen [...] [ist], wenn bei privaten Rettern das Interesse am Eigenschutz im Verhältnis zum Interesse am Opferschutz geringfügig überwiegt, sondern auch dann, wenn kein krasses Missverhältnis angenommen werden kann“ (S. 79). „Schuldhaftes Handeln setzt insoweit voraus, dass die Person in klarer Erkenntnis der Konsequenzen ihres Verhaltens aktiv wird. Dies wird aber gerade bei privaten Rettern oftmals nicht der Fall sein, da sie oft impulsiv, die Gefährlichkeit der Situation ignorierend, sich blind selbst schädigen“ (S. 79). „Daher ist eine auf einer groben Fahrlässigkeit beruhende Pflichtverletzung des privaten Retters nicht ausreichend, um die objektive Zurechnung zu durchbrechen. Deshalb muss bei den privaten Rettern ein strengerer Zurechnungsmaßstab gelten, mit der Konsequenz, dass lediglich die vorsätzliche Selbstverletzung die Zurechnung auszuschließen vermag“ (S. 80).

III. Kapitel 2 befasst sich mit der Zurechenbarkeit von Gefahren, denen der Retter ausgesetzt wird. Nach einer Einführung in das Rechtsinstitut der konkreten Gefährdungsdelikte (S. 88 ff.) und einer Erörterung des Gefährdungsbegriffs (S. 92 ff.) widmet der Verfasser sich der Frage der Zurechenbarkeit konkreter Gefahren (S. 120 ff.). Hier führt er aus: „Die Zurechnungssituation im Rahmen der Gefährdungsdelikte unterscheidet sich in beträchtlichem Ausmaße von der der klassischen Erfolgsdelikte. Da ein Opfer trotz des verobjektivierten Charakters der konkreten Gefährdungsdelikten [sic!] sich sehr viel schneller diesen ausgesetzt sieht, als dies bei den klassischen Er-

folgsdelikten der Fall ist, bedarf es noch zu entwickelnde [sic!] Kriterien, die die Zurechnung in vernünftigen Maße beschränken“ (S. 121). Im Folgenden gibt *Thier* die einschlägige Literatur und Rechtsprechung zur objektiven Zurechnung im Zusammenhang mit Eigengefährdungen des Opfers wieder (S. 121 ff.) und schließt sich sodann der herrschenden Meinung an, die die Fallgruppe der Selbstgefährdung als Problem der objektiven Zurechnung begreift (S. 153). Er ordnet die Brandstiftungssituation, die den Retter zu Hilfsmaßnahmen veranlasst, als Fall der Selbstgefährdung ein (S. 163). Gleichsam als Exkurs widmet sich *Thier* anschließend der Frage, ob die Grundsätze der *aberratio ictus* in denjenigen Fällen anwendbar sind, in denen der Brandstifter keinen Vorsatz hinsichtlich der Gefährdung des Retters, wohl aber hinsichtlich der Tötung eines Dritten hat (S. 166 ff.).

Im Folgenden untersucht *Thier* die Kriterien für die objektive Zurechnung der Gefährdung von Rettern (S. 180 ff.). Auch hier hält er an dem bereits in Kapitel 1 postulierten unterschiedlichen Zurechnungsmaßstab für professionelle und private Retter fest (S. 180). Beginnend mit der Untersuchung der professionellen Retter bekräftigt *Thier* seine bereits aufgestellte These, dass eine objektive Zurechnung stets dann zu bejahen sei, wenn der Retter in Ausführung einer bestehenden Handlungspflicht agiere, da in diesen Fällen nicht von einer Freiwilligkeit des Retters ausgegangen werden könne (S. 180). Jedoch sieht der Autor Unterschiede in der jeweiligen objektiven Zurechnung von Erfolgen oder Gefährdungen: „Festzuhalten bleibt [...], dass mit konkreten Gefahren in weitaus größerem Umfang zu rechnen ist, als dies bei klassischen Erfolgsdelikten der Fall ist. Daher bedarf die objektive Zurechnung weiterer limitierender Kriterien, um sie schuldangemessen zu begrenzen“ (S. 180). Hieran anknüpfend gelangt *Thier* zum Ergebnis, dass die Schwelle, ab der die Unzumutbarkeit einer Rettungshandlung beginnt und demnach die Rettungsverpflichtung des professionellen Retters endet, bei Gefährdungsdelikten höher anzusetzen sei als bei klassischen Erfolgsdelikten: „Die Rettungsverpflichtung des professionellen Retters endet erst dann, wenn das Selbstschutzinteresse gegenüber dem Rettungsinteresse wesentlich überwiegt“ (S. 181). Sofern nach diesem Maßstab die Freiverantwortlichkeit des professionellen Retters abzulehnen ist, soll sich die Frage der objektiven Zurechnung wiederum nach der Vernünftigkeit der Rettungsmaßnahme und eines eventuellen Retterschuldens bemessen. Auch hier befürwortet *Thier* mit der oben genannten Begründung einen unterschiedlichen Maßstab zwischen Erfolgs- und Gefährdungsdelikten (S. 182). So kommt er zu dem Ergebnis: „Bei unfreiwilligen Rettungsmaßnahmen vermag bei professionellen Rettern bereits ein Rettungseinsatz die Zurechnung zu durchbrechen, sofern aufgrund mittlerer Fahrlässigkeit der Retterschaden eintritt“ (S. 182 f.) – eine Formulierung, die deshalb ein wenig unklar bleibt, da der Verfasser hier vom *Retterschaden* spricht, obwohl es in diesem Kapitel um die *Gefährdung* des Retters geht. In Konkretisierung dieses Fahrlässigkeitsmaßstabs entwickelt *Thier* dann folgende Fallgruppen: „Sofern der professionelle Retter konkrete Gefahren in Kauf nimmt, so charakterisiert sich dieses Verhalten nicht als mittel fahrlässig, sofern der Rettungseinsatz die [sic!] Bewahrung der Opfer vor konkreten Gefahren dient [...]. Im Gegensatz zu abstrakten Gefahren darf der professionelle

Retter konkrete Gefahren nicht in Kauf nehmen, um lediglich materielle Güter zu erhalten. Dagegen werden (noch) solche konkrete [sic!] Gefahren dem Brandstifter objektiv zugerechnet, sofern der Retter abstrakt gefährdete Personen zu retten beabsichtigt“ (S. 187).

Was die Gruppe der privaten Retter anbelangt, die nicht Adressat einer Garantenpflicht sind, geht *Thier* von regelmäßig vorliegender Freiwilligkeit aus, da es in diesen Fällen häufig am emotionalen Näheverhältnis zwischen Retter und Opfer fehlen soll (S. 189 f.). Jedoch betont der Autor zugleich, dass intellektuelle Defekte des Retters zur Annahme einer Unfreiwilligkeit der Rettungshandlung führen können (S. 190). Für diese Fälle merkt er an, dass der Verschuldensmaßstab für private Retter niedriger sein müsse als für professionelle Retter: „Im Unterschied zu professionellen Rettern ist bei privaten Rettern die objektive Zurechnung von konkreten Gefahren erst bei grob fahrlässigem Eigenverschulden zu verneinen“ (S. 190).

Im Hinblick auf die anschließend untersuchte Personengruppe privater Retter mit Garantenstellung wiederholt *Thier* die Feststellung, dass hier grundsätzlich eine Rettungspflicht bestehe. Allerdings ende diese Rettungspflicht dann, wenn der Rettungseinsatz dem Retter nicht mehr zumutbar sei, wobei die Unzumutbarkeitsgrenze bei privaten Rettern niedriger anzusetzen sei als bei professionellen Rettern (S. 191). „Daher endet die Rettungspflicht des privaten Retters bereits schon bei Bestehen einer abstrakten Gefahr. Dies gilt erst recht beim Bestehen einer konkreten Gefahr, sofern kein Rettungsäquivalent vorhanden ist. Die Grenze der objektiven Zurechnung markiert jedoch [...] ein grob fahrlässiger Rettungseinsatz [...]“ (S. 192).

IV. Kapitel 3 schließlich befasst sich zunächst mit der Zurechenbarkeit von Erfolgsqualifikationen bei Rettungssituationen im Brandstiftungsbereich (S. 195 ff.). Nach einer Einführung zum Unmittelbarkeitserfordernis bei Erfolgsqualifikationen widmet sich der Autor speziellen Zurechnungssituationen im Brandstiftungsbereich. So befasst er sich unter anderem mit der Frage der Anwendbarkeit von § 306 a Abs. 2 StGB als Grunddelikt zu § 306 b Abs. 1 oder § 306 c StGB in einer speziellen Fallkonstellation (S. 206 ff.). Das dritte Kapitel schließt mit Beispielfällen, anhand derer die in den ersten beiden Kapiteln gewonnenen Ergebnisse dargestellt werden (S. 211 ff.).

V. Insgesamt bietet die rezensierte Arbeit eine umfangreiche Übersicht hinsichtlich der gängigen Abgrenzungskriterien für die objektive Zurechnung von Retterschäden und -gefährdungen. Gleichwohl erscheinen einige kritische Anmerkungen angebracht. Zunächst ist die an vielen Stellen zu Tage tretende allzu große Nachlässigkeit im Umgang mit Sprache und Stil zu bemängeln. Zudem entzieht sich der Aufbau der Arbeit teilweise einer stimmigen Systematik und lässt somit den Leser häufig über die konkrete Fragestellung im Unklaren. So hätten einige Punkte aus dem Kapitel 2 (zum Beispiel die Frage der dogmatischen Einordnung im Kapitel 2, A, V, 4) bereits im Kapitel 1 nutzbar gemacht werden können. Kritisch ist überdies einzuwenden, dass *Thier* die von ihm vertretenen Ansichten teilweise nicht näher begründet, son-

dern es bei unverbindlichen Bemerkungen belässt. So zieht er sich unter anderem auf Feststellungen zurück, ein anderes Ergebnis sei „zynisch“ (S. 62) oder würde „auf ein breites Unverständnis in der Gesellschaft stoßen“ (S. 83). Hier würde der Leser eher nähere Ausführungen und Begründungen als Werturteile erwarten.

Vor allem stellt sich die Frage, ob die vergleichsweise wenigen Kategorien, die *Thier* bildet, der tatsächlichen Vielschichtigkeit der vorliegenden Fallgestaltungen gerecht werden. So ist vor allem die vom Verfasser vorgenommene durchgängige Unterscheidung zwischen professionellen und privaten Rettern zu beanstanden. Wie sehr der Autor hier mit Verallgemeinerungen arbeitet, wird beispielhaft an folgenden Auslassungen *Thiers* deutlich: „Während die professionellen Retter als emotional unbeteiligte Personen aufgrund ihres Retterwissens rein analytisch durch rationale Motive geleitet unter stetiger Berücksichtigung der ihnen durch den Rettungseinsatz drohenden Gefahren vorgehen, charakterisiert sich der Rettungseinsatz privater Retter als unbedacht, spontan und von Sorge bezüglich der Personen geprägt, die durch das Feuer bedroht sind“ (S. 189). Es ist mehr als zweifelhaft, ob diese Beschreibung sowohl sämtlichen Rettungssituationen wie der Vielfalt möglicher Motivationslagen auf Seiten der Retter gerecht wird. Abgesehen davon, dass eine Unterscheidung zwischen den genannten Rettergruppen letztlich nicht klar vorzunehmen ist (wie das Beispiel des ehrenamtlich tätigen Feuerwehrmanns zeigt), erscheint es überdies fraglich, ob eine Kategorisierung nicht losgelöst von der Unterteilung in private und professionelle Retter erfolgen sollte. So gibt es bei professionellen Rettern Aspekte, die genauso auf einen Teil der privaten Retter zutreffen: Es treten durchaus auch private Retter in Aktion, die eine Rettungsausbildung absolviert haben und die nicht emotional mit den zu rettenden Personen verbunden sind. Auch schließen die Erfordernisse einer funktionierenden Zivilgesellschaft die strenge Unterscheidung zwischen privaten und professionellen Rettern aus, da das Gemeinschaftsleben im gleichen Maße auf professionelle Rettungseinsätze wie auf die Aktivierung privater Zivilcourage angewiesen ist. Löst man sich freilich von der Perspektive, *Thiers* Ergebnisse als strenge Abgrenzungskategorien aufzufassen, so bieten die Kriterien, die er präsentiert und diskutiert, durchaus eine fundierte Argumentationshilfe für die strafrechtliche Beurteilung der Rettungskonstellationen im Brandstiftungsbereich. Die Lektüre dieser Arbeit ist bereits unter diesem Blickwinkel lohnend und bietet hinreichend Material für eine fruchtbare Vertiefung der angesprochenen Problematik.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Assessor **Dr. Milan Kuhli**, M.A., Frankfurt am Main.

Heinz-Bernd Wabnitz; Thomas Janovsky. Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts; 3. Auflage, 1811 Seiten, 140 €, C.H.Beck, München 2007.

Das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht schiebt sich in der öffentlichen Wahrnehmung mehr und mehr in den Vordergrund. Auch an den Universitäten ist jedenfalls das

Wirtschaftsstrafrecht ein noch immer „boomendes Fach“. Es nimmt entsprechend nicht wunder, dass das Literaturangebot zunehmend breiter und besser geworden ist. Ein Klassiker dieses Angebots, der schon früh den Bedarf und die Tiefe des Fachs erkannt hatte, ist hier in seiner dritten Auflage vorzustellen: Das Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, herausgegeben von den Staatsanwälten *Wabnitz* (Generalstaatsanwalt) und *Janovsky* (Leitender Oberstaatsanwalt).

Mit dem *Wabnitz/Janovsky* liegt auch in der dritten Auflage ein Werk für die Praxis vor. Weiterhin geben vor allem Praktiker dem Kommentar ein Gesicht. *Bannenberg* (Korruption) und *Dannecker* (Entwicklung des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts und Europäisierung) ergänzen die Autorenschaft mit nicht minder praxistauglichen Kommentierungen. Geboten wird von diesem Team so dann eine überaus informative Darstellung, die kriminalpolitisch regelmäßig die Notwendigkeit eines effektiven und weit ausgreifenden Wirtschaftsstrafrechts betont (vgl. etwa *Bannenberg* zur Korruption, *Bär* zur Computerkriminalität oder das ein wenig als „Schutzbehauptungs- und Nebelkerzenlexikon“ dargebrachte „ABC des klassischen Verteidigungsvorbringens“ von *Köhler* zum Insolvenzstrafrecht).

Der *Wabnitz/Janovsky* widmet sich zunächst wissenschaftlich verdienstvoll geschichtlichen und europarechtlichen *Grundlagen des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, gefolgt von einem Kapitel zur Erfassung auslandsbezogener Straftaten (Kapitel 1 – 3). Insbesondere beeindruckt hier die Darstellungen *Danneckers*. Sie sind äußerst reich an Material und leisten einen hervorragenden Überblick über die Europäisierung des (Wirtschafts-)Strafrechts. In 14 Kapiteln folgt der näher aufgegliederte Stand des *Wirtschaftsstrafrechts*. Nach einem „AT des Wirtschaftsstrafrechts“ (*Raum*) widmen sich 13 weitere Kapitel einzelnen Themengebieten. Hierbei ist neben dem informativen Kapitel *Danneckers* zum Kartellrecht (Kapitel 16) besonders das neue Kapitel *Boxleitners* zur Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Kapitel 17) hervorzuheben. Zum Insolvenzrecht wird sowohl eine strafrechtliche Analyse (Kapitel 7, *Köhler*) als auch eine insolvenzrechtliche Einführung geboten (Kapitel 6, *Beck*). Aktuell von besonderer Bedeutung (vgl. zu Großkrediten der Banken etwa BGH HRRS 2009 Nr. 900 [„Sengera-Urteil“]) und eine profunde Quelle ist das ausführliche Kapitel *Knierims* zu Straftaten im Bankbereich (mit einer allerdings bedenklichen Annahme eines Betruges durch sog. Phishing vgl. Kap. 8 Rn. 132).

Das Werk geht dann über zum Komplex „*Steuer und Zoll*“. Hier wird von *Kummer* eine mit markigen Worten verbundene, stark verfolgungsorientierte Darstellung des Steuerstrafrechts geboten (Kapitel 18). Ob dabei allerdings mit einer täterstrafrechtlich anmutenden Sprache („Steuerkriminelle“) wirklich etwas praktisch sinnvolles für das Rechtsgut des staatlichen Vermögens bewirkt wird, muss bezweifelt werden. *Rödl* erläutert – in einem merklich anderen und ausgewogenem Ton – die Bezüge des Internationalen Steuerrechts zur Steuerhinterziehung (Kapitel 19). *Harder* stellt „den Zoll“ und das Außenwirtschaftsstrafrecht dar (Kapitel 20 und 21). Abschließend folgt auf rund 400 Seiten der etwas eigentümlich benannte Block „*Ermittlungs- und Strafverfahren*“. Hier gehen die

Schrifttum

Autoren vor allem auf die Besonderheiten der Wirtschaftsstrafverfahren ein (Internationale Rechtshilfe – Veh; Ermittlungsverfahren – Gürtler; „Strafverfahren“ – Gieg). Bär vermittelt in Anknüpfung an seine einschlägige Monographie und damit als ausgewiesener Kenner die EDV-Beweissicherung. Auch hier geht er zugunsten einer möglichst effektiven Kriminalitätsbekämpfung äußerst weit, wenn er zum Beispiel praktisch dazu rät, bei der grenzüberschreitenden Datensicherung das vorläufige Verfahren nach der sog. Cybercrime-Convention zu umgehen (vgl. Kapitel 25, Rn. 23, dagegen schon Gaede StV 2009, 96, 101 f.). Dierlamm erhält im Kapitel 27 insgesamt 28 Seiten, um Grundzüge der Verteidigung im Wirtschaftsstrafverfahren einzubringen.

Was ist das Fazit? Der Wabnitz/Janovsky bleibt ein Klassiker des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. Dies gilt gerade wegen der Breite seiner Themen und infolge der spezialisierten und in ihrem jeweiligen Thema engagierten Autoren. Das Werk steht vor allem für eine kundige Information über den Rechtsprechungsstand und über die

Denk- und Vorgehensweise der Ermittlungsbehörden. Das Handbuch bleibt daher ein Muss insbesondere für Schwerpunktstaatsanwaltschaften, für Wirtschaftsstrafkammern und für wirtschaftsstrafrechtlich ausgerichtete Spezialkanzleien. Gerade wegen der wachsenden Konkurrenz im Markt – auch aus dem eigenen Verlagshaus – bleibt allerdings zu bemerken, dass das in der 3. Auflage deutlich teurere Handbuch (der Preis stieg von 112 € auf 140 €), Verteidigungsbelange nicht vorschnell anderen Werken überlassen sollte. Da vor allem auch Rechtsanwälte eine Zielgruppe des Werks sein dürften, könnte eine verstärkte Erörterung der von der Verteidigung zu betonenden Wertungen und Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts wesentlich dazu beitragen, dass das Handbuch seine Klassikerstellung auch in Zukunft behält.

Wiss. Ass. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School, Hamburg

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

938. BGH 1 StR 370/09 – Beschluss vom 17. September 2009 (BGH)

Unbegründete Anhörrungsrüge.
§ 356a StGB

939. BGH 1 StR 375/08 – Beschluss vom 29. September 2009 (BGH)

Gewährung einer Pauschgebühr für die Hauptverhandlung (Zumutbarkeit; besonderer Aufwand).
§ 51 Abs. 2 Satz 2 RVG i.V.m. § 51 Abs. 1 Satz 1 RVG

940. BGH 1 StR 376/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG München I)

BGHSt; Rechtskraft des absprachebedingt abgegebenen Rechtsmittelverzichts auch nach nachträglicher Abschaffung des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts.
§ 257c StPO; § 302 Abs. 1 StPO aF; § 302 StPO n.F.; § 349 Abs. 1 StPO

941. BGH 1 StR 399/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Offenburg)

Aufklärungsrüge hinsichtlich der mangelnden erneuten Vernehmung eines früheren Mitangeklagten (unberechtigtes Zugeständnis eines Auskunftsverweigerungsrechts;

mangelnde Einlegung des Zwischenrechtsbehelfs; erforderliche Darlegungen der Revision).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 55 StPO

942. BGH 1 StR 444/08 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Karlsruhe)

Vorrang der Anhörrungsrüge gemäß § 356a StPO gegenüber § 33a StPO.
§ 356a StPO; § 33a StPO

943. BGH 1 StR 451/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG München I)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Durchbrechung der Rechtskraft); Anrechnung der in Ungarn erlittenen Auslieferungshaft im Verhältnis eins zu eins.
§ 55 StGB; § 51 StGB

944. BGH 1 StR 481/09 – Beschluss vom 17. September 2009 (LG Stuttgart)

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

945. BGH 1 StR 494/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG München I)

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

946. BGH 1 StR 628/08 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Baden-Baden)

Unbegründete Anhörungsrüge (Einlegungsfrist).
§ 356a StPO

947. BGH 2 StR 225/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Wiesbaden)

Rechtliches Gehör: keine Berücksichtigung lediglich vom Angeklagten verfasster Schreiben (Anhörungsrüge).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

948. BGH 2 StR 229/09 – Urteil vom 2. September 2009 (LG Kassel)

Anforderungen an die Begründung eines Freispruchs (Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes; Widersprüche; Lücken; überspannte Anforderungen; falsche Anwendung von in dubio pro reo); Totschlag (Kindstötung); fahrlässige Tötung.
§ 212 StGB; § 261 StPO

949. BGH 2 StR 233/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Gera)

Strafzumessung (rechtsfehlerhafte mangelnde Erörterung wesentlicher für den Angeklagten sprechender Umstände; nötige Gesamtwürdigung; geringe Folgen der Tat; unzulässige strafschärfende Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (gebotene Prüfung besonderer Umstände).
§ 46 StGB; § 56 StGB; Art. 6 Abs. 3 EMRK

950. BGH 2 StR 253/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Trier)

Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (kein zwingendes Gebot der Nennung von Lieferanten; späterer Widerruf; gebotene Ermessswahrnehmung; Gesetzesänderung zum 1. September 2009).
§ 31 BtMG

951. BGH 2 StR 259/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Koblenz)

Räuberische Erpressung mit Todesfolge (erforderlicher Vorsatz oder Leichtfertigkeit bei Mittätern; Exzess).
§ 255 StGB; § 251 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

952. BGH 2 StR 270/09 – Urteil vom 30. September 2009 (LG Köln)

Strafzumessung bei versuchter Vergewaltigung (beharrliches Handeln; Doppelverwertungsverbot und nähere Umstände der Tat).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

953. BGH 2 StR 280/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhaft dokumentiertes Selbstleseverfahren (Dokumentation der Kenntnisnahme durch die Berufsrichter im Hauptverhandlungsprotokoll; Vorhalt; Beruhen; Untersagung des Freibeweises).
§ 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; § 273 StPO

954. BGH 2 StR 288/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Aachen)

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

955. BGH 2 StR 299/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Wiesbaden)

Darlegungsanforderungen bei der Rüge der Verletzung des § 136 StPO (unberechtigte Fortsetzung der Vernehmung; Recht des Angeklagten auf Verteidigerkonsultation).
§ 136 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

956. BGH 2 StR 305/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (BGH)

Anfragebeschluss; Revisionserstreckung bei einem Rechtsfehlers bei der Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB (Vorwegvollzug; Halbstrafenzeitpunkt).
§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB; § 357 StPO

957. BGH 2 StR 311/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Bonn)

Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung (übersehene Zäsur).
§ 55 StGB

958. BGH 2 StR 323/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Limburg)

Berücksichtigung einer Aufklärungshilfe bei der Strafzumessung (Orientierung am Gewicht der geleisteten Aufklärungshilfe über die Taten des Angeklagten hinaus); Betäubungsmittelhandel (Konkurrenzen; Bewertungseinheit).
§ 31 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB; § 29 BtMG; § 52 StGB

959. BGH 2 StR 325/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Marburg)

Übersehene Bewertungseinheit (Tateinheit) beim Betäubungsmittelhandel (unselbständige Teilakte; Beruhen).
§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 337 SPO

960. BGH 2 StR 328/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Frankfurt am Main)

Herabsetzung der Freiheitsstrafe gemäß § 354 Abs. 1 StPO durch das Revisionsgericht (Verstoß gegen § 39 StGB; Gesamtstrafenbildung in diesem Fall).
§ 354 Abs. 1 StPO; § 39 StGB

961. BGH 2 StR 354/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Aachen)

Festsetzung einer Freiheitsstrafe in analoger Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO durch das Revisionsgericht.
§ 354 Abs. 1 StPO

962. BGH 2 StR 365/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Köln)

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

963. BGH 2 ARs 318/09 2 AR 189/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (AG Helmstedt; AG Tiergarten)

Zuständigkeit für während der Bewährungsüberwachung zu treffenden Entscheidungen.
§ 462a Abs. 2 Satz 2 StPO

964. BGH 2 ARs 418/09 (2 AR 261/09) – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Koblenz)

Zuständigkeit über die Strafvollstreckung (befasstes Gericht; Übergang der örtlichen Zuständigkeit).
 § 67a StGB; § 67e StGB; § 462 a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 463 Abs. 1 StPO

965. BGH 2 ARs 420/09 (2 AR 252/09) – Beschluss vom 23. September 2009 (AG Dinslaken; AG Köln)

Zuständigkeit für die nachträglichen Entscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung (bindende Abgabe; Willkür).
 § 462a Abs. 2 Satz 2 StPO

966. BGH 4 StR 120/09 – Beschluss vom 10. September 2009 (LG Essen)

Wirksame Revisionsrücknahmeerklärung trotz behaupteter Eigenmächtigkeit des Pflichtverteidigers (fehlende ausdrückliche Ermächtigung; telephonische Beauftragung).
 § 302 Abs. 2 StPO

967. BGH 4 StR 170/09 – Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Paderborn)

BGHR; Belehrungspflicht bei sog. Spontanäußerungen eines Verdächtigen (Umgehung durch Aufschub der Belehrung nach pauschalem Geständnis zur Erlangung detaillierter Angaben; Gebot der qualifizierten Belehrung nach vorherigem Belehrungsfehler; Verwertungsverbot; redaktioneller Hinweis).
 Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

968. BGH 4 StR 174/09 – Urteil vom 17. September 2009 (LG Paderborn)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei Abstützung des Urteils auf möglicherweise tatbeteiligte Zeugen (bloße Vermutung; unzulässige Annahme von Erfahrungssätzen; Darstellungsobliegenheiten bei „Aufklärungsgehilfen“).
 § 261 StPO

969. BGH 4 StR 232/09 – Urteil vom 24. September 2009 (LG Magdeburg)

Anforderungen an den Freispruch vom Vorwurf des schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes (Fluchtverhalten als Indiz; Wahllichtbildvorlage; kindlicher Zeuge: unbegründete Annahme des unbewusst ausgeübter Suggestionseinflüsse der Vernehmungsbeamten).
 § 261 StPO; § 176 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

970. BGH 4 StR 254/09 – Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Essen)

Betrug und Diebstahl beim „Tanken ohne zu bezahlen“ (Irrtum; Vollendung; konkludente Täuschung über die Zahlungsfähigkeit).
 § 263 StGB; § 242 StGB

971. BGH 4 StR 280/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Dessau)

Strafbefreiender Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit und Entdeckungsrisiko); Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; Auswahl des Verteidigers; Pflichtverteidigung).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 c EMRK; § 142 StPO

972. BGH 4 StR 292/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Stralsund)

Hinreichende Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrenverzögerung nur bei Erfassung des gesamten Verzögerungszeitraumes; keine rechtsstaatswidrige Verzögerung durch die Existenz des Revisionsverfahrens (rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems); Herabsetzung der Freiheitsstrafe gemäß § 354 Abs. 1a StPO.
 Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 51 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

973. BGH 4 StR 325/09 – Urteil vom 17. September 2009 (LG Essen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Unverhältnismäßigkeit infolge bestehender weiterer Unterbringungsanordnungen).
 § 63 StGB; § 61 StGB

974. BGH 4 StR 327/09 – Beschluss vom 1. Oktober 2009 (LG Essen)

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

975. BGH 4 StR 333/09 – Beschluss vom 1. Oktober 2009 (LG Paderborn)

Verfahrenseinstellung bei Tod des Angeklagten.
 § 206a Abs. 1 StPO

976. BGH 4 StR 354/09 – Beschluss vom 8. September 2009 (LG Frankenthal)

Diebstahl (Tatvorsatz; Absicht rechtswidriger Zueignung; fehlgeschlagener Versuch).
 § 242 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

977. BGH 4 StR 366/09 – Beschluss vom 10. September 2009 (LG Halle)

Vergewaltigung (Erörterungsmangel hinsichtlich der möglichen Entkräftung eines Regelbeispiels; gewichtigen Milderungsgründe: vorherige intime Beziehung und Austausch einvernehmlicher Zärtlichkeiten am Tattage).
 § 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

978. BGH 4 StR 382/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Halle)

Gefangeneneuterei (besonders schwerer Fall: Begriff der Waffe; unbenannter schwerer Fall); Gesetzlichkeitsprinzip.
 § 121 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

979. BGH 4 StR 389/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet; mittelbare Tatprovokation; redaktioneller Hinweis.
 § 349 Abs. 2 StPO

980. BGH 4 StR 411/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Paderborn)

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

981. EGMR Nr. 13566/06 – Urteil vom 22. September 2009 (Pietiläinen v. Finnland)

Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren in Rechtsmittelverfahren (Verwerfung eines Rechtsmittels infolge unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten; Recht auf effektiven Verteidigerbeistand; Berufung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 329 StPO

982. BGH 3 StR 148/09 – Urteil vom 16. Juli 2009 (LG Hannover)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Feststellung des Vollstreckungsstandes); Urteilsgründe (notwendige Feststellungen); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Tatherrschaft); Beschränkung der Revision; rechtsstaatswidrige Verzögerung (Feststellung; Bemessung der Kompensation).

§ 55 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 29a BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 51 StGB

983. BGH 3 StR 174/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Kiel)

Gesetzlicher Richter; fehlerhafte Besetzung des Gerichts; Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren (Begründung); Geschäftsverteilungsplan; Überlastung; unzulässige Einzelzuweisung; Besetzungsrüge (Präklusion).

§ 338 Nr. 1 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 222b StPO

984. BGH 3 StR 175/09 – Beschluss vom 11. August 2009 (LG Lübeck)

Eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts (Angemessenheit der Rechtsfolge; Anhörung des Angeklagten; Wegfall einer Alternative eines Qualifikationsstatbestands; Schuldspruchänderung); rechtliches Gehör; Strafzumessung.

Art. 6 EMRK; § 354 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

985. BGH 3 StR 188/09 – Urteil vom 24. September 2009 (LG Mönchengladbach)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Verfall des Wertersatzes (Härteklause).l)

§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

986. BGH 3 StR 195/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Duisburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 55 StGB

987. BGH 3 StR 224/09 – Urteil vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Unerlaubtes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln (Möglichkeit und Willen zu eigener Verfügung); abstrakte Strafzumessung (besonders schwerer Fall; vertypete Milderungsgründe; Urteilsgründe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zweifelssatz); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; Interesse am Taterfolg).

§ 29 BtMG; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 25 StGB

988. BGH 3 StR 226/09 – Beschluss vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Unerlaubter Besitz einer Schusswaffe; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; Strafzumessung (Beruhen).

§ 52 WaffG; § 46 StGB; § 54 StGB; § 337 StPO

989. BGH 3 StR 235/09 – Beschluss vom 8. September 2009 (LG Lübeck)

Beschränkung der Verfolgung.

§ 154a StPO

990. BGH 3 StR 255/09 – Beschluss vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs für erlittene Freiheitsentziehung durch das Revisionsgericht (Australien; Maßstab 1:2).

§ 51 Abs. 4 Satz 1 StGB

991. BGH 3 StR 264/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Mönchengladbach)

Anrechnung in Frankreich erlittener Freiheitsentziehung auf die Jugendstrafe (Maßstab 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 1 StGB; § 52a JGG

992. BGH 3 StR 271/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Flensburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Ausübung des tatrichterlichen Ermessens; Vorrang vor Maßnahmen nach dem BtMG).

§ 64 StGB; § 35 BtMG

993. BGH 3 StR 273/09 – Urteil vom 30. Juli 2009 (LG Oldenburg)

Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen; lückenhafte); Doppelverfolgungsverbot (Zweifelssatz); Sachurteilsvoraussetzung; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 261 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 206a StPO; § 260 Abs. 3 StPO; § 29 BtMG

994. BGH 3 StR 291/09 – Beschluss vom 25. August 2009 (LG Hannover)

Einziehung (Urteilsformel); Bezeichnung der Einziehungsgegenstände; Anlage).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 74 StGB

995. BGH 3 StR 294/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Einfuhr; Strafzumessung; ausschließliche Gewinnorientierung; Handeln zur Finanzierung eigener Abhängigkeit); Doppelbestrafungsverbot.

§ 30a BtMG; § 52 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

996. BGH 3 StR 297/09 – Beschluss vom 3. September 2009 (LG Wuppertal)

Raub; räuberischer Diebstahl; besonders schwerer Fall (Urteilsformel).

§ 250 StGB; § 252 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

997. BGH 3 StR 299/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Karlsruhe)

Absehen von der Aufhebung des Strafausspruchs (Angemessenheit der Rechtsfolge); Doppelverfolgungsverbot

(Bewertungseinheit); Zuwiderhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot.

§ 354 Abs. 1a StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Vereinsgesetz

998. BGH 3 StR 301/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (Ausnutzen einer Vertrauensbeziehung); Urteilsgründe.

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

999. BGH 3 StR 319/09 – Beschluss vom 6. August 2009 (LG Mönchengladbach)

Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Revision (Hinderungsgrund; Beauftragung eines Rechtsanwalts; Zusage des Rechtsanwalts).

§ 44 StPO

1000. BGH 3 StR 321/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Verden)

Verfahrensrüge (rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisanspruchs; Begründung); sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung.

§ 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 311 StPO; § 464 StPO

1001. BGH 3 StR 322/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Einfuhr).

§ 30a BtMG; § 52 StGB

1002. BGH 3 StR 349/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Oldenburg)

Vikariierung; Vorwegvollzug; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB; § 64 StGB

1003. BGH 3 StR 352/08 – Beschluss vom 2. Oktober 2008 (LG Hannover)

Schuldpruchänderung; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 337 StPO; § 54 StGB

1004. BGH 3 StR 357/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Lübeck)

Verminderte Schuldfähigkeit (dissoziale Persönlichkeitsstörung; Hang zur Begehung von Tötungs- und Körperverletzungsdelikten; schwere andere seelische Abartigkeit).

§ 21 StGB

1005. BGH 3 StR 374/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Hildesheim)

Strafzumessung (Beruhen; Vollendung).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 337 StPO

1006. BGH 3 StR 383/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Düsseldorf)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Tateinheit mit Vertriebs; Weltrechtsprinzip); teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 29a BtMG; § 6 Nr. 5 StGB; § 154a StPO

1007. BGH 3 StR 413/08 – Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Duisburg)

Aufklärungserfolg (Grundlage für den Nachweis von Taten Dritter); Darstellungsmangel.

§ 31 Nr. 1 BtMG; § 267 Abs. 3 StPO

1008. BGH 3 StR 506/08 – Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Mönchengladbach)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (lebenslange Freiheitsstrafe; besondere Schwere der Schuld; Beruhen); Mord.

§ 337 StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 54 StGB; § 57a StGB; § 211 StGB

1009. BGH 3 StR 541/08 – Beschluss vom 18. Dezember 2008 (LG Osnabrück)

Verfolgungsverjährung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Härteausgleich).

§ 78 StGB; § 55 StGB

1010. BGH 3 StR 594/08 – Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Kiel)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 55 StGB; § 64 StGB

1011. BGH 3 StR 601/08 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Düsseldorf)

Geldfälschung (Gewerbsmäßigkeit).

§ 146 StGB

1012. BGH 3 ARs 24/08 – Beschluss vom 17. Februar 2009

BND-Untersuchungsausschuss; Erledigung der Hauptsache; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse.

§ 36 PUAG; Art. 44 GG; § 18 PUAG; § 29 PUAG; § 30 PUAG

1013. BGH 5 StR 212/09 – Beschluss vom 14. Oktober 2009 (LG Berlin)

Strafzumessung; Gesamtstrafenbildung.

§ 46 StGB; § 54 StGB

1014. BGH 5 StR 314/09 (alt: 5 StR 578/08) – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Dresden)

Bindungswirkung der Entscheidung des Revisionsgerichts (teilweise Aufhebung und Zurückverweisung); Strafzumessung (Beruhen).

§ 46 StGB; § 337 StPO; § 358 Abs. 1 StPO

1015. BGH 5 StR 333/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Berlin)

Wiedererkennen in der Hauptverhandlung (geringer Beweiswert; Beruhen); Wahrunterstellung.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1016. BGH 5 StR 344/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Bremen)

Strafklageverbrauch (Tatidentität); Doppelverfolgungsverbot.

Art. 103 Abs. 3 GG

1017. BGH 5 StR 347/09 – Beschluss vom 13. Oktober 2009 (LG Berlin)

Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts (angemessene Strafe).

§ 354 Abs. 1a StPO

1018. BGH 5 StR 351/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Dresden)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ausübung des tatrichterlichen Ermessens; Urteilsgründe); Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung (straffe Führungsaufsicht als milderer Mittel).

§ 62 StGB; § 66 StGB; § 68 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1019. BGH 5 StR 363/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Dresden)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; rechtsstaatswidrige Untersuchungshaft; (Kompensation; Vorrang der Naturalrestitution vor Schadensersatz; gesonderte Betrachtung neben allgemeinem Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot); Vollstreckungslösung.

Art. 5 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 51 StGB

1020. BGH 5 StR 375/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Braunschweig)

Strafzumessung (Verzweiflungstat; Erörterungsmangel; sachfremde Erwägung; Nichterscheinen zum Strafantritt); schwerer Raub (minder schwerer Fall).

§ 46 StGB; § 250 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1021. BGH 5 StR 378/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Berlin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Frist zur Begründung der Revision).

§ 44 StPO; § 341 StPO

1022. BGH 5 StR 400/09 – Beschluss vom 13. Oktober 2009 (LG Berlin)

Ablehnung eines Beweisantrages (stillschweigende Rücknahme durch Erstreckung der Beweisaufnahme; prozessuale Überholung); rechtlicher Hinweis.

§ 244 StPO; § 265 StPO

1023. BGH 5 StR 401/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009

Dauer der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (geringes Gewicht der Anlasstat; Verhältnismäßigkeit).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 62 StGB; § 63 StGB

1024. BGH 5 StR 407/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Chemnitz)

Versuchter Totschlag; Beweiswürdigung (fernliegende Notwehrlage; Notwehrexzess; Erörterungsmangel).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO; § 32 StGB; § 33 StGB

1025. BGH 5 StR 409/09 – Beschluss vom 13. Oktober 2009 (LG Berlin)

Gesamtstrafenbildung; Strafzumessung.

§ 54 StGB; § 46 StGB

1026. BGH 5 StR 410/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Braunschweig)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation durch das Revisionsgericht; Vollstreckterklärung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 51 StGB

1027. BGH 5 StR 521/08 – Urteil vom 17. September 2009 (LG Braunschweig)

BGHSt; Untreue (Treubruchstatbestand; Missbrauchstatbestand; Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrates); Betriebsrat (Ehrenamt; Unentgeltlichkeit; Vergütungsverbot); Vorsatz (Kenntnis der Pflichtwidrigkeit; Beweiswürdigung; Verschleierungshandlungen); Betriebsrat (VW; Volkswagen; Vergütung); vermeidbarer Verbotsirrtum; Strafantrag (Prokurist); Täterschaft und Teilnahme bei der Untreue; Betriebsratsbegünstigung und Begünstigung eines europäischen Betriebsrats.

§ 266 Abs. 1 StGB; § 119 Abs. 2 BetrVG; § 78 Satz 2 BetrVG; § 134 BGB; § 76 AktG; § 93 AktG; § 261 StPO; § 17 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1028. BGH 5 ARs 57/09 – Beschluss vom 13. Oktober 2009

Anfrageverfahren; Erstreckung einer Durchentscheidung des Revisionsgerichts auf einen Nichtrevidenten (zwingender Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe vor der Maßregel).

§ 354 StPO; § 357 Satz 1 StPO; § 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB; § 132 GVG

1029. Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin VerfGH 184/07 – Beschluss vom 3. November 2009 (KG/LG Berlin)

Menschenwürde; Haftraumgröße; JVA Berlin-Tegel; Einweisungsabteilung; LVerfGE; Minimalstandards (Wahrung bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse); Rechtsschutzinteresse nach Beendigung einer beanstandeten Inhaftierung (mögliche Verletzung der Menschenwürde); Rechtswegerschöpfung (offensichtlich aussichtslose Anhörungsrüge); keine Berufung auf „besondere Verhältnisse“ in einer Anstalt; Pflicht zur Verlegung; Kriterien für Menschenwürdeverstoß durch Unterbringung in der Haft (Fläche; Dauer; Gestaltung; Absehbarkeit des Endes).

Art. 6 Satz 1 VvB; Art. 15 Abs. 1 VvB; § 49 Abs. 2 Satz 1 BerlVerfGHG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 144 StVollzG; 33a StPO

1030. BVerfG 2 BvR 1826/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. September 2009 (GStA München/OLG München)

Auslieferung (Europäischer Haftbefehl; Strafverfolgung; Verjährung; Substitution ausländischer Verfahrenshandlungen als verjährungsunterbrechend; Begrenzung der gegenseitigen Anerkennung durch die Grundrechte).

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG; § 9 Nr. 2 IRG; § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB

1031. BVerfG 2 BvR 2098/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. August 2009 (BGH/ Frankfurt am Main)

Nachträglich angeordnete Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus); Rückwirkungsverbot;

Doppelbestrafungsverbot; verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz (Rückbewirkung; Rückanknüpfung; Rechtskraft); Gleichbehandlungsgrundsatz; BGH 2 StR 320/08.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 66b Abs. 3 StGB; § 63 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 66b Abs. 3 StGB

1032. BVerfGE 2 BvR 2115/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Oktober 2009 (OLG München/GStA München)

Auslieferung (Europäischer Haftbefehl; Strafverfolgung; gerichtliche Begründungsanforderungen; Vollständigkeit und Bestimmtheit der Auslieferungsunterlagen); Verjährung bei Betrug.

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 9 Nr. 2 IRG; § 10 Abs. 2 IRG; § 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG; § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 263 StGB

1033. BVerfG 2 BvR 448/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. September 2009 (OLG Zweibrücken/LG Frankenthal [Pfalz])

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Unterlassung eines geeigneten Rechtsbehelfs (Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit; Befangenheitsgesuch).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 24 StPO

1034. BVerfG 2 BvR 847/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2009 (LG Münster/AG Ibbenbüren)

Strafaussetzung zur Bewährung; Widerruf eines Straferlasses; Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensprinzip); Freiheit der Person; Willkürverbot.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 56g StGB