

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.  
Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan  
Schlegel

## STÄNDIGE MITARBEITER

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.  
Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,  
LLM, (Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz  
Eidam, LLM (Bucerius Law School);  
Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur  
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.  
Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);  
Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-  
gen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr.  
Frank Meyer, LLM (Yale), Univ. Bonn;  
RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA  
Prof. Dr. Ralf Neuhaus (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. Greifswald);  
RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg)  
und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.  
Zürich)

## Publikationen

Vors. RiLG *Dr. Andreas Mosbacher*, Berlin – **Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick** S. 229

Wiss. Mit. *Dr. Johannes Corsten*, Bonn – **Erfüllt die Zahlung von Bestechungsgeldern den Tatbestand der Untreue** S. 247

RA *Dr. Jan Schlösser*, Berlin – **Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schadensbegriffes** S. 254

Wiss. Mit. *Alexander Seidl, Katharina Fuchs*, Passau – **Zur Strafbarkeit des sog. Skimmings** S. 265

Wiss. Mit. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Univ. Erlangen-Nürnberg – **Die direkte Zuwendung eines Vorteils an Dritte als „Problemfall“ der Bestechungsdelikte, §§ 331 ff. StGB** S. 275

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

EGMR **Schutz des Meistbegünstigungsgrundsatzes durch Art. 7 EMRK (Scoppola vs. Italien)**

BGHSt **Sexueller Missbrauch trotz Einvernehmens mit dem Opfer**

BGHSt **Strafbarkeit des Vortäuschens der Zugehörigkeit zu den Feldjägern der Bundeswehr**

BGHSt **Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach rückwirkender Fristaufhebung**

BGHSt **Befasstseins mit der für die Invollzugsetzung der Unterbringung nach § 67h StGB zuständigen Strafvollstreckungskammer**

BGHSt **Maßstäbe der Parteienuntreue**

BGHSt **Feststellungen für die Verurteilung des Arbeitgebers wegen Hinterziehung von Lohnsteuer bei Schwarzlohnabrede**

BGHR **Regelbeispiel der Steuerverkürzung in großem Ausmaß**

BGH **Verwertbare Aufzeichnungsfälle**

BGH **Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011**

BGH **Teilweises Zerstören bei gemischt-genutzten Gebäuden und Konkurrenzen bei den Brandstiftungsdelikten**

Die Ausgabe umfasst 158 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LLM, (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LLM (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Prof. Dr. Frank Meyer, LLM (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. 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 a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

12. Jahrgang, Juni/Juli 2011, Ausgabe

# 6/7

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### **600. EGMR Nr. 10249/03 (Große Kammer) – Urteil vom 17. September 2009 (Scoppola v. Italien Nr. 2)**

Rückwirkende Strafschärfung und Anerkennung des Meistbegünstigungsprinzips als europäisches Menschenrecht (Gesetzlichkeitsprinzip; Abgrenzung von einer Vollstreckungsregelung); Verletzung des Rechts auf ein faires Strafverfahren durch den rückwirkenden Entzug eines im Wege einer Verständigung erlangten Vorteils (Verzicht; plea bargaining).

Art. 7 EMRK; Art. 6 EMRK; § 2 Abs. 3, Abs. 4 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GRCh; § 257c StPO

1. Art. 7 EMRK garantiert mehr als das Verbot einer rückwirkenden Bestrafung. Er beinhaltet auch in einem weiteren Sinne das Prinzip, dass nur das Gesetz eine

Straftat definieren und eine Strafe vorschreiben darf (*nul-  
lum crimen, nulla poena sine lege*).

2. Der EGMR kann von seiner früheren Rechtsprechung abweichen und einen weitergehenden Schutz gewährleisten, wenn dies zur Verwirklichung des konkreten und wirksamen Schutzes der Menschenrechte erforderlich ist.

3. Art. 7 EMRK gewährleistet auch das Meistbegünstigungsprinzip und damit das Gebot der Rückwirkung eines nachträglich gemilderten Strafrechts. Es ist im Sinne des Rechtsstaatsprinzips (*rule of law*) geboten, dass ein Gericht dasjenige Gesetz zur Anwendung bringt, das der Gesetzgeber aktuell für angemessen hält.

4. Führt die Entscheidung des Angeklagten für ein summarisches Erledigungsverfahren, das ein Geständnis

einschließt, vor allem zu einer maßgeblichen Strafmilderung, darf der Gesetzgeber diese Strafmilderung nicht nach der Ausübung dieser Unterwerfungsoption rückwirkend abschaffen. Dies gilt auch dann, wenn der Angeklagte seine Unterwerfung noch widerrufen konnte. Auch

wenn die EMRK den Vertragsstaaten keine Verständigungsverfahren vorschreibt, dürfen den Angeklagten die Vorteile solcher Verfahren nicht willkürlich entzogen werden.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

#### 611. BGH 3 StR 230/10 – Beschluss vom 19. April 2011 (LG Berlin)

Kriminelle Vereinigung (Klammerwirkung; uneigentliches Organisationsdelikt); Deliktsserie; Mittäterschaft; Teilnahme; allgemeine Kriterien; Tateinheit; Tatmehrheit; Einziehung (Sachgesamtheit; Sammlung).

§ 129 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 74 StGB

1. Schließen sich mehrere Täter zu einer kriminellen Vereinigung zusammen, hat dies – entsprechend den bei einem Zusammenschluss als Bande geltenden Grundsätzen – nicht zur Folge, dass jede von einem Vereinigungsmitglied begangene Tat den anderen Mitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Mitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

2. Haben bei einer durch mehrere Personen begangenen Deliktsserie einzelne Angeklagte einen Tatbeitrag zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer auf die Begehung von Straftaten ausgerichteten Infrastruktur erbracht, so sind die Einzelhandlungen der Mittäter zu einem uneigentlichen Organisationsdelikt zusammenzufassen, durch welches mehrere Einzelhandlungen rechtlich verbunden und hiermit die auf Grundlage dieser Infrastruktur begangenen Straftaten in der Person der im Hintergrund Tätigen zu einer einheitlichen Tat oder gegebenenfalls zu wenigen einheitlichen Taten im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden.

3. Die im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangenen Taten stehen zueinander im Verhältnis der Tateinheit, da die mitgliedschaftliche Beteiligung in einer solchen Vereinigung zu deren Verklammerung führt. Voraussetzung für eine solche Klammerwirkung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier oder mehrerer an sich selbstständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbstständigen Delikte

und dem sie verbindenden, sich über einen gewissen Zeitraum hinziehenden (Dauer-)Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht

#### 714. BGH 4 StR 52/11 – Beschluss vom 3. März 2011 (LG Rostock)

Tötungsversuch (Tötungsvorsatz; Rücktritt: unbeendeter Versuch nach dem Rücktrittshorizont; Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft: Exzess, Vorsatz).

§ 24 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen strafbefreienden Rücktritts kommt es darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; st. Rspr.). Ein beendeter Versuch ist ferner auch dann anzunehmen, wenn ein Täter sich nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht (vgl. BGHSt 40, 304, 306).

2. Jeder Mittäter haftet für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines – zumindest bedingten – Vorsatzes; er ist also für den Taterfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein Exzess der anderen nicht zur Last fällt; Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalles gerechnet werden muss, werden jedoch vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat (st. Rspr.).

#### 708. BGH 2 StR 671/10 – Beschluss vom 16. März 2011 (LG Bonn)

Aufklärungshilfe und Meistbegünstigungsprinzip (Kronzeugenregelung; Anwendung auf nach dem 1.9.2009 eröffnete Hauptverfahren).

Art. 316d EGStGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 31 BtMG nF; § 46b StGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta

Art. 316d EGStGB bestimmt, dass § 46b StGB und § 31 BtMG in der ab 1. September 2009 gültigen Fassung nicht auf Verfahren anzuwenden sind, in denen vor dem

1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden ist. Dies bedeutet zwar nicht, dass im Umkehrschluss die neuen Vorschriften ohne Weiteres auf Verfahren anzuwenden sind, in denen die Eröffnung des Hauptverfahrens nach dem 31. August 2009 beschlossen worden ist. Die Frage, welches Recht auf dieses Verfahren anwendbar ist, richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln (BGH NSTz 2010, 523, 524), nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit geltende materielle Recht Anwendung findet (§§ 1, 2 Abs. 1 StGB), sofern das neuere Recht in seiner Gesamtheit keine für die Angeklagten günstigere Regelung darstellt, § 2 Abs. 3 StGB.

**578. BGH 3 StR 15/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Duisburg)**

Skimming (Versuch; unmittelbares Ansetzen); Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; Aufklärungshilfe (Überzeugung des Gerichts von der Richtigkeit der Angaben).  
§ 22 StGB; § 23 StGB; § 152b StGB; § 46b StGB

1. Unmittelbares Ansetzen zum Versuch liegt nur bei solchen Handlungen vor, die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht, wobei auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen ist.

2. Das Stadium des Versuchs des gewerbs- und bandenmäßigen Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion ist jedenfalls dann erreicht, wenn der Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst beginnt. Das bloße An-

bringen einer Skimming-Apparatur an einem Geldautomaten in der Absicht, durch diese Daten zu erlangen, die später zur Herstellung von Kartendubletten verwendet werden sollen, stellt demgegenüber lediglich eine Vorbereitungshandlung zur Fälschung von Zahlungskarten dar.

**579. BGH 3 StR 33/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Mönchengladbach)**

Unterbrechung der Verjährung (Untersuchungshandlung gegenüber Mitbeschuldigten; Durchsuchung); Betrug in einem besonders schweren Fall (Vollendung; Regelbeispiel).  
§ 78c StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 StGB; § 102 StPO; § 103 StPO; § 22 StGB; § 23 StGB

1. Bei mehreren Tatverdächtigen kann sich eine die Verjährung unterbrechende Handlung, von der nur ein Beschuldigter unmittelbar betroffen ist, dennoch nach Lage der Umstände auch auf die übrigen Beteiligten beziehen, wenn sie deren Verfolgung erkennbar in den Blick nimmt. Deshalb wird – über den Kreis der unmittelbar Betroffenen hinaus – auch gegenüber anderen an der Straftat Beteiligten die Verjährung unterbrochen, wenn die Handlung erkennbar bezweckt, auch deren Tatbeitrag aufzuklären.

2. Diese Erstreckung der Unterbrechungswirkung tritt bei Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen regelmäßig ein. Denn diese Unterbrechungshandlungen beziehen sich – anders als etwa eine Beschuldigtenvernehmung – nicht ihrer Natur nach lediglich auf den unmittelbar Betroffenen. Sie dienen vielmehr in der Regel einer umfassenden Sachaufklärung und richten sich daher grundsätzlich gegen alle Tatverdächtigen, soweit keine Einschränkung ersichtlich ist.

3. Zur Vollendung des Betruges genügt es – wie auch sonst – nicht, dass lediglich der „Tatbestand“ eines Regelbeispiels vollendet ist; vielmehr muss auch der Grundtatbestand vollständig verwirklicht sein.

Rechtsprechung

**II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil**

**732. BGH 4 StR 669/10 – Urteil vom 14. April 2011 (LG Münster)**

BGHSt; Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungsverhältnisses, Behandlungsverhältnisses oder Betreuungsverhältnisses trotz Einvernehmens (mangelnde Ausnutzung des Sonderverhältnisses; unerfüllter Kinderwunsch); Voraussetzungen der Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe; Verhängung eines Berufsverbotes.  
§ 174c StGB; § 47 StGB; § 70 StGB

1. Einer Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses nach § 174c Abs. 1 StGB steht

allein das Einvernehmen des Opfers mit der vom Täter vorgenommenen sexuellen Handlung nicht entgegen. (BGHSt)

2. An einem Missbrauch im Sinne dieser Vorschrift fehlt es ausnahmsweise dann, wenn der Täter im konkreten Fall nicht eine aufgrund des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses bestehende Autoritäts- oder Vertrauensstellung gegenüber dem Opfer zur Vornahme der sexuellen Handlung ausnutzt. (BGHSt)

3. Es bleibt offen, ob der Begriff „Krankheit“ über die Untersuchungen zur Erstellung einer (Erst-)Diagnose hinaus auch solche Fälle erfasst, in denen eine Person

lediglich auf Grund eines eingebildeten Zustandes professionelle Hilfe aufsucht. (Bearbeiter)

**663. BGH 4 StR 40/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Essen)**

BGHSt; Strafbarkeit wegen Amtsanmaßung und wegen unbefugten Tragens von inländischen Uniformen und Amtsabzeichen durch das Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Feldjägern der Bundeswehr (Inanspruchnahme hoheitliche Befugnisse gegenüber Zivilpersonen; öffentliches Amt und militärische Befugnisse); Raub (finale Verknüpfung; Voraussetzungen der konkludenten Drohung; Wegnahme und Vermögensverfügung).

§ 132 StGB; § 132a StGB; § 11 StGB; § 48 WStG; § 249 StGB; § 250 StGB; § 1 Abs. 1 UZwGBw

1. Zur Strafbarkeit wegen Amtsanmaßung und wegen unbefugten Tragens von inländischen Uniformen und Amtsabzeichen, wenn der nicht der Bundeswehr angehörende Täter unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Feldjägern der Bundeswehr hoheitliche Befugnisse gegenüber Zivilpersonen in Anspruch nimmt. (BGHSt)

2. Das Tatbestandsmerkmal „öffentliches Amt“ des § 132 StGB ist nach den Kriterien des Staats- und Verwaltungsrechts zu bestimmen und sowohl im statusrechtlichen als auch im funktionellen Sinne zu verstehen. Die Ausübung militärischer Hoheitsbefugnisse und die Wahrnehmung militärischer Aufgaben sind deshalb regelmäßig nicht dem Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des § 132 StGB zuzuordnen; Soldaten sind keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne. Bei der Anmaßung militärischer Befugnisse handelt es sich daher, soweit die Bundeswehr betroffen ist, grundsätzlich auch nicht um die Anmaßung eines öffentlichen Amtes im Sinne dieser Strafvorschrift. Die Anmaßung militärischer Befugnisse durch sonstige Zivilpersonen ist regelmäßig weder von § 132 StGB noch von § 38 WStG erfasst. (Bearbeiter)

3. Handelt der Täter nicht nur unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Soldaten oder dem zivilen Personal der Bundeswehr, sondern beansprucht er zusätzlich „Amtsbefugnisse“ als Feldjäger, kommt eine Strafbarkeit gemäß § 132 2. Alternative StGB in Betracht. Im Unterschied zu der ersten Tatmodalität wird der Anschein hoheitlichen Handelns in der zweiten Alternative dabei durch die Handlung selbst begründet, nicht durch das Auftreten des Täters als Amtsträger. In Betracht kommen hier insbesondere Eingriffe in die Rechte Einzelner, etwa eine Verhaftung, Durchsuchung oder Beschlagnahme. Im Hinblick auf den Zweck der Strafvorschrift, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Autorität staatlichen Handelns schützen soll, erfüllt eine solche oder eine ähnliche Handlung nur dann nicht den Tatbestand des § 132 2. Alternative StGB, wenn sich das Verhalten des Täters so weit von den rechtlichen Vorgaben einer Amtshandlung entfernt, dass eine Verwechslung ausgeschlossen ist. Dabei ist auf die Sicht eines unbefangenen Beobachters abzustellen. (Bearbeiter)

4. Der Tatbestand des § 132a StGB ist nur erfüllt, wenn es sich bei der jeweiligen Uniform bzw. dem Amtsabzeichen um solche handelt, die auf Grund öffentlich-

rechtlicher Bestimmungen eingeführt sind. Amtsabzeichen werden zudem nur dann von der Strafvorschrift erfasst, wenn sie, ohne Bestandteil der Amtskleidung zu sein, an vorschriftsmäßigen Uniformen angebracht sind und den Träger als Inhaber eines bestimmten Amtes kennzeichnen (BGH NStZ 1992, 490). (Bearbeiter)

5. Das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme im Sinne des § 249 StGB wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter durch die falsche Behauptung einer amtlichen Beschlagnahme die Herausgabe einer fremden beweglichen Sache fordert und sie erreicht, selbst wenn das Opfer die Wegnahme nicht nur duldet, sondern die Sache dem Täter auf dessen Verlangen aushändigt. In einem solchen Fall ist für einen eigenen, freien Willensentschluss des Opfers, das sich dem Zwang fügt, kein Raum (vgl. BGHSt 18, 221, 223 m.w.N.). (Bearbeiter)

6. Für den Tatbestand des Raubes im Sinne des § 249 StGB ist eine finale Verknüpfung zwischen dem eingesetzten Nötigungsmittel und der Wegnahme erforderlich. Die Anwendung von Gewalt oder Drohung darf nicht nur gelegentlich der Entwendung einer fremden Sache erfolgen, sondern sie muss darauf gerichtet sein, den Gewahrsamsbruch durch Ausschaltung eines erwarteten oder geleisteten Widerstandes zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern. Soweit dies aus einer konkludenten Drohung folgen soll, sind zu dem insoweit allein maßgeblichen Willen und der Vorstellung des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tatausführung Feststellungen erforderlich. (Bearbeiter)

7. Waffen im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB sind (einsatzbereite) Gas- und Schreckschusswaffen nur dann, wenn nach deren Bauart der Explosionsdruck beim Abfeuern der Munition nach vorne durch den Lauf austritt (BGHSt 48, 197, 201). Hierzu hat der Tatrichter regelmäßig genaue Feststellungen zu treffen, denn der Austritt des Explosionsdrucks nach vorne mag zwar üblich sein, kann aber nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden (BGH NStZ 2010, 390; Beschluss vom 15. Februar 2011 – 3 StR 8/11). (Bearbeiter)

**667. BGH 4 StR 659/10 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Dortmund)**

Schwere und besonders schwere Brandstiftung (Wohnung; teilweises Zerstören bei gemischt genutzten Gebäuden; Brandlegung; Inbrandsetzen; Ermöglichungsabsicht als besonderes persönliches Merkmal; Konkurrenzverhältnisse beim Versuch gegenüber der einfachen Brandstiftung: Klarstellungsfunktion).

§ 306 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB; § 52 StGB; § 28 Abs. 2 StGB

1. Schutzobjekt des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jede Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient. Geschützt ist die Wohnstätte des Menschen als der örtliche Mittelpunkt menschlichen Lebens (BGHSt 26, 121, 123). Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Tatbestandalternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst

dann verwirklicht ist, wenn (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes, d.h. eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene Untereinheit, durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, ändert nichts am fehlenden Eintritt des in § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandlich vorausgesetzten Erfolgs und vermag daher die Annahme einer vollendeten schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 StGB nicht zu begründen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2010 – 3 StR 442/09 aaO).

2. Wenn das Feuer noch nicht auf Gebäudeteile in der Weise übergegriffen hat, dass deren Fortbrennen aus eigener Kraft möglich war, fehlt es auch an einem vollendeten Inbrandsetzen.

3. Bei der gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB erforderlichen Absicht handelt es sich um ein strafscharfendes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB.

4. Die versuchte schwere Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1, § 22 StGB steht zu der ebenfalls verwirklichten vollendeten Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Verhältnis der Tateinheit. Gleiches gilt für die versuchte besonders schwere Brandstiftung nach §§ 22, 306a Abs. 1 Nr. 1, § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB. Durch eine Verurteilung wegen versuchter schwerer oder versuchter besonders schwerer Brandstiftung wird nicht ausreichend zum Ausdruck gebracht, dass bezogen auf den Tatbestand der einfachen Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein Brandstiftungserfolg eingetreten ist.

5. Bei einer dasselbe Gebäude betreffenden Brandlegung wird der Tatbestand der Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch denjenigen der schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB verdrängt. Gleiches gilt für das Verhältnis von einfacher zur besonders schweren Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 StGB.

#### **709. BGH 4 StR 22/11 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Berlin)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung: Feststellungen); Betrug (Konkurrenzen; natürliche Handlungseinheit).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 263 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

1. Nicht jeder Unfall bedeutet eine Gefährdung anderer Personen oder Sachen von bedeutendem Wert im Sinne des § 315b StGB.

2. Für die Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert ist über den Gesetzeswortlaut hinaus erforderlich, dass der Sache von bedeutendem Wert auch ein bedeutender Schaden gedroht hat (vgl. BGH StV 2008, 580), dessen Höhe nach der am Marktwert zu messenden Wertminderung zu berechnen ist (vgl. BGH NStZ 2011, 215).

3. Richten sich mehrere Täuschungen auf die Erlangung derselben Schadensersatzzahlung und sind sie Teil eines

einheitlichen Tatplans, liegt lediglich ein Betrugsversuch vor.

#### **719. BGH 4 StR 112/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Hagen)**

Hehlerei (Abgrenzung von der Vortat; Unterschlagung); Anwendbarkeit deutschen Strafrechts gemäß § 7 StGB (materielle Strafbarkeit nach dem Tatortrecht: irrelevantes Verfolgungshindernis).

§ 259 StGB; § 246 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung muss die gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat zum Zeitpunkt des abgeleiteten Erwerbs abgeschlossen sein; daher liegt Hehlerei nicht vor, wenn die Vortat erst durch die Verfügung zu Gunsten des „Hehlers“ begangen wird (vgl. BGHR StGB § 259 Abs. 1 Vortat 5; BGH StV 2002, 542 m.w.N.). Eine Strafbarkeit kann jedoch aus der Vortat herzuleiten sein.

2. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist eine Tat auch dann dem deutschen Strafrecht unterworfen, wenn sie von einem Deutschen im Ausland begangen wurde und am Tatort ebenfalls mit Strafe bedroht ist. Hierbei kommt es für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht darauf an, ob es nach ausländischem Recht eines Strafantrags bedurft hätte. Es ist vielmehr ausreichend, dass die Tat am Tatort materiell strafbar ist; tatsächlich verfolgbar braucht sie nicht zu sein (vgl. BGH NJW 1954, 1086; BGHR StGB § 7 Abs. 2 Strafbarkeit 4).

#### **733. BGH 4 StR 670/10 – Urteil vom 24. März 2011 (LG Rostock)**

Landfriedensbruch (Subsidiaritätsklausel: Körperverletzung; Wortsinnengrenze; Wortlaut; besonders schwerer Fall bei Rädelsführern); gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftliches Handeln).

§ 125 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB; § 125a StGB; § 223 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Eine Verurteilung wegen Landfriedensbruchs kann nur erfolgen, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist. Dies kann auch nicht anders beurteilt werden, wenn die Tateinheit ausnahmsweise „zur Klarstellung des spezifischen Tatunrechts für unbedingt erforderlich“ ist. Eine solche Auslegung überschreitet den Wortsinn, der keine einschränkende Auslegung gestattet (BGHSt 43, 237, 238).

2. Die Annahme eines – unbenannten – besonders schweren Falles des Landfriedensbruchs im Sinne des § 125a StGB kommt namentlich dann in Betracht, wenn der Täter Rädelsführer der Menschenmenge ist. Auch hier ist allerdings für die Anwendung der Strafverschärfung die Prüfung erforderlich, ob der Ausnahmestrafrahmen unter Berücksichtigung des gesamten Tatbildes, der Täterpersönlichkeit und der besonderen Umstände des Falles geboten erscheint.

3. Der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB schließt neben einem weiteren (Mit-)Täter auch den Teilnehmer ausdrücklich ein (BGHSt 47, 384, 386). Sie setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass mindestens zwei Beteiligte am

Tatort bewusst zusammenwirken, wobei die eigenhändige Ausführung von Verletzungshandlungen durch jeden der Anwesenden nicht erforderlich ist (BGH NStZ-RR 2010, 236).

**621. BGH 5 StR 65/11 – Beschluss vom 4. Mai 2011 (LG Kiel)**

Mord; Heimtücke (Arglosigkeit; Wehrlosigkeit; Ausnutzungsbewusstsein; Beweiswürdigung); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 21 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt.

2. Arglos ist ein Tatopfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs weder mit einem lebensbedrohlichen noch mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren oder doch erheblichen Angriff rechnet.

3. Arg- und Wehrlosigkeit können auch gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber nicht mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet.

4. Voraussetzung heimtückischer Begehungsweise ist, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt. Dafür ist erforderlich, dass er die Umstände, welche die Tötung zu einer heimtückischen machen, nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.

5. Die Spontaneität eines Tatentschlusses kann im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweiszeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte. Psychische Ausnahmezustände können auch unterhalb der Schwelle des § 21 StGB der Annahme des Ausnutzungsbewusstseins entgegenstehen.

6. Zwar hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen; dies ist vielmehr Tatfrage. Es bedarf jedoch in der Regel der Darlegung gegenläufiger Beweiszeichen, aus denen das Tatgericht folgert, dass der Täter trotz seiner Erregung die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände in sein Bewusstsein aufgenommen hat.

7. Es ist rechtsfehlerhaft, wenn der Tatrichter im Rahmen der Beweiswürdigung einen isolierten Umstand aus einer insgesamt als widerlegt angesehenen, der Verteidigung dienenden Einlassung herausgreift und diesen Umstand – im Widerspruch zur Würdigung der Einlassung im Übrigen – als zutreffend betrachtet und belastend verwertet.

**622. BGH 5 StR 66/11 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Zwickau)**

Mord; Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit; unaufklärbares Kampfgeschehen; Zweifelssatz).

§ 211 StGB; § 261 StPO

1. Heimtückisch handelt, wer das Opfer unter bewusster Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit tötet. Für die Annahme von Arglosigkeit kommt es auf den Beginn der mit Tötungsvorsatz begangenen Handlung an.

2. Lässt sich der Ablauf eines zum Tode führenden (Kampf-)Geschehens nicht aufklären, so ist eine Verurteilung wegen heimtückischer Tötung regelmäßig nicht möglich.

**718. BGH 4 StR 112/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Hagen)**

Beihilfe zur Hehlerei; Unterschlagung.

§ 259 StGB; § 27 StGB; § 246 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung muss die gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat zum Zeitpunkt des abgeleiteten Erwerbs abgeschlossen sein; daher liegt Hehlerei nicht vor, wenn die Vortat erst durch die Verfügung zu Gunsten des „Hehlers“ begangen wird (vgl. BGHR StGB § 259 Abs. 1 Vortat 5; BGH StV 2002, 542).

2. In Betracht kommt dann aber eine Beihilfe zur Vortat, zum Beispiel einer Unterschlagung.

**583. BGH 3 StR 51/11 – Beschluss vom 9. März 2011 (LG Oldenburg)**

Falschgeld; Inverkehrbringen; Geldfälschung; Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenzen; Urteilsformel (Qualifikation).

§ 146 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Verschafft sich der Täter durch eine einheitliche Handlung Falschgeld, um dieses im Anschluss entweder bei günstiger Gelegenheit oder an bereits feststehende Abnehmer abzusetzen, so liegt auch dann nur eine Tat im Sinne des § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB vor, wenn das Inverkehrbringen in mehreren Einzelakten geschieht.

2. Für die Frage, in wie vielen rechtlich selbständigen Fällen der Täter jeweils den Tatbestand der Geldfälschung verwirklicht, kommt es nicht auf die von ihm getätigten Absatzgeschäfte, sondern entscheidend auf die Zahl der ihnen zu Grunde liegenden als einheitlich zu bewertenden Erwerbsvorgänge an.

**648. BGH 2 StR 29/11 – Urteil vom 20. April 2011 (LG Kassel)**

Schwere gefährliche Körperverletzung (in erheblicher Weise dauernd entstellt: große und markante Narben).

§ 226 Nr. 3 StGB

Erheblich ist eine Entstellung zwar nur dann, wenn sie zumindest dem Gewicht der geringsten Fälle nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB gleichkommt (BGHR StGB § 226 Abs. 1 Entstellung 1). Dies kann jedoch im Einzelfall bei besonders großen oder markanten Narben der Fall sein (BGHR StGB § 226 Abs. 1 Entstellung 2), ebenso bei einer Vielzahl von Narben in derselben Körperregion.

**722. BGH 4 StR 97/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Magdeburg)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Voraussetzungen des Obhutsverhältnisses: nur gelegentliche Kinderbetreuung).

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Tatbestandsvarianten des Anvertrautseins der unter 16 Jahre alten Person zur Erziehung oder zur Betreuung setzen ein Obhutsverhältnis voraus, kraft dessen einer Person das Recht und die Pflicht obliegt, die Lebensführung des Minderjährigen und damit dessen geistig-

sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten. Ob ein solches Obhutsverhältnis besteht und welchen Umfang es hat, ist nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles zu beurteilen (st. Rspr.). Von längerer Dauer braucht das Verhältnis nicht zu sein (BGHSt 17, 191, 192 f.). Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Erziehung“ kommt es darauf an, dass die jeweilige Person Erziehungsfunktionen gegenüber den Jugendlichen tatsächlich ausübt (vgl. dazu BGH NStZ-RR 2000, 353; BGHR StGB § 174 Abs. 1 Obhutsverhältnis 2). Dies wird bei nur gelegentlicher Kinderbetreuung in der Regel nicht gegeben sein.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**637. BGH 5 StR 394/10 / 5 StR 440/10 / 5 StR 474/10 – Beschluss vom 23. Mai 2011 (OLG Stuttgart, OLG Celle, OLG Koblenz)**

BGHSt; Sicherungsverwahrung (Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus); Vorlegungsverfahren; psychische Störung; Rückwirkungsverbot; Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; psychische Störung; Aussetzung zur Bewährung.

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 121 GVG; § 67d Abs. 2 StGB

1. In Fällen, in denen die erstmalige Unterbringung eines Verurteilten in der Sicherungsverwahrung wegen Taten angeordnet wurde, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I 160) begangen worden waren, darf die Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus auf der Grundlage der bis zu einer Neuregelung, längstens bis 31. Mai 2013 weiter anwendbaren Vorschrift des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB i.V.m. § 2 Abs. 6 StGB nur noch angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (ThUG) leidet; andernfalls ist die Maßregel – spätestens mit Wirkung zum 31. Dezember 2011 – für erledigt zu erklären (BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09 u.a.) (BGHSt)

2. Eine sofortige Entlassung von rückwirkend über zehn Jahre hinaus Untergebrachten ist nicht etwa wegen eines aus § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 5 und 7 MRK herzuleitenden gesetzlichen Ausschlusses der Rückwirkung geboten. Es bedarf vielmehr in jedem Fall neuer vollstreckungsgerichtlicher Überprüfung anhand des durch das Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Gefährlichkeitsmaßstabs, der mit dem durch den Senat entwickelten im Einklang steht; hinzu kommt das Erfordernis

einer psychischen Störung, das sich an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK orientiert. (Bearbeiter)

3. Eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB ist nur bei Erfüllung der einschränkenden Vorgaben für die Maßregelvollstreckung möglich, in diesem Falle allerdings aus den im Anfragebeschluss des Senats (HRRS 2010 Nr. 1043) angeführten Gründen unter den dort genannten Voraussetzungen auch nicht schlechthin ausgeschlossen. (Bearbeiter)

**666. BGH 4 StR 650/10 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Magdeburg)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4.5.2011.

§ 66 Abs. 1 StGB a.F.; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG

1. Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. darf nur dann angeordnet werden, wenn die Anlassat nach Rechtskraft der zweiten Vorverurteilung begangen worden ist. Vortaten und Vorverurteilungen müssen in der Reihenfolge „Tat – Urteil – Tat – Urteil“ begangen worden sein. Der Täter muss, um die formellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 StGB a.F. zu erfüllen, die Warnfunktion eines jeweils rechtskräftigen Strafurteils zweimal missachtet haben.

2. Der § 66 StGB ist bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31. Mai 2013, nur nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht erlassenen Weitergeltungsanordnung anzuwenden. Die weitere Anwendung des § 66 StGB in der Übergangszeit erfordert eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an die Gefahrprognose und die gefährdeten Rechtsgüter. In der Regel wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur unter der Voraussetzung gewahrt sein, dass eine Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.

3. Die Weitergeltungsanordnung, die engere Voraussetzungen formuliert, hat das Bundesverfassungsgericht jedoch ausschließlich auf die im Tenor genannten Altfälle des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB sowie sämtliche Fälle der §§ 66b Abs. 2 StGB, 7 Abs. 2 JGG beschränkt. Die Anordnung primärer Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB ist einschränkungsfrei in Nummer III. 1. in Verbindung mit Nummer II. 1. b) des Tenors des BVerfG-Urteils geregelt. Einer Übertragung der engeren Anwendungsvoraussetzungen auf die rückwirkende Anordnung primärer Sicherungsverwahrung in der Übergangszeit stehen der eindeutige Wortlaut und die Systematik der Weitergeltungsanordnung sowie die hierauf bezogenen Begründungselemente unter C. III. 2. a) und b) der Gründe (Rn. 171-173) entgegen.

**632. BGH 5 StR 123/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Hamburg)**

Aussetzung einer Maßregel zur Bewährung (Rückkehrwunsch ins EU-Ausland; erschwerte Bewährungsüberwachung; Therapieweisung; Rahmenbeschluss 2008/947/JI).

§ 67d StGB; § 68b StGB; Rahmenbeschluss 2008/947/JI

Dass die Bewährungsüberwachung vor der Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/947/JI erschwert wäre, darf nach Auffassung des Senats kein Grund sein, einem EU-Bürger eine Aussetzung der Maßregel zu verweigern, sofern im Übrigen eine positive Prognose im Sinne des § 67d Abs. 2 Satz 1 StGB besteht.

**730. BGH 4 StR 623/10 – Beschluss vom 24. März 2011 (LG Bochum)**

Unzureichende Feststellungen zum Umfang des Betrugsschadens und Berücksichtigung weiterer vorhersehbarer Tatfolgen bei der Strafzumessung.

§ 263 StGB; § 46 StGB

Auch wenn nicht unmittelbar durch die täuschungsbedingte Vermögensverfügung herbeigeführte weitere Vermögensschäden dem Angeklagten bei der Strafzumessung als verschuldete Tatauswirkungen angelastet werden können (§ 46 Abs. 2 StGB), setzt dies doch voraus, dass der Täter die Tatfolgen nach Art und Gewicht im Wesentlichen voraussehen konnte.

**724. BGH 4 StR 124/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Hagen)**

Erörterungsmangel hinsichtlich einer Anwendung der Kronzeugenregelung (Aufklärungshilfe; Leugnung oder Verharmlosung der eigenen Tat).

§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

Dass der Angeklagte in seiner polizeilichen Vernehmung fälschlicherweise eine Bedrohungslage als Grund für seine Mitwirkung an der Tat behauptet hatte, steht der Anwendung des § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nicht entgegen.

**706. BGH 2 StR 665/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Mühlhausen)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung trotz positiver Sozialprognose (Verteidigung

der Rechtsordnung bei Sexualstraftaten: keine pauschale Ausnahme für bestimmte Deliktgruppen).

§ 56 StGB; § 176 StGB

1. Die Strafaussetzung zur Bewährung kann zur Verteidigung der Rechtsordnung nur versagt werden, wenn der Verzicht auf die Vollstreckung der Strafe im Hinblick auf schwer wiegende Besonderheiten des Einzelfalls für das allgemeine Rechtsempfinden unverständlich erscheinen müsste und dadurch das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts erschüttert werden könnte.

2. Die Gründe für die Versagung der Strafaussetzung zur Verteidigung der Rechtsordnung dürfen nicht dazu führen, dass bestimmte Deliktgruppen generell von der Möglichkeit der Strafaussetzung ausgenommen werden (vgl. BGHSt 24, 40, 45). Dies gilt auch in Fällen des sexuellen Missbrauchs eines Kindes (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 38). Erforderlich ist stattdessen eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung, bei der Tat und Täter umfassend zu würdigen sind (vgl. BGHSt 24, 40, 46).

**690. BGH 2 StR 34/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Aachen)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anwendung der Kronzeugenregelung und der strafmildernden Verwertung einer angeordneten Einziehung.

§ 46b StGB; § 46 StGB; 74 StGB

1. Der Umstand, dass der Angeklagte seine eigenen Tatbeiträge geleugnet hat, steht der Anwendung der Vorschrift des § 46b Abs. 1 Satz 1 StGB nicht entgegen, sondern ist im Rahmen der für die Ausübung des Ermessens nach § 46b Abs. 2 Satz 1 StGB vorzunehmenden Gesamtwürdigung zu berücksichtigen.

2. Ein erheblicher wirtschaftlicher Verlust durch Einziehung (hier: ein PKW) kann strafmildernd zu berücksichtigen sein (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 1 – Strafzumessung 1, 16 und 39). Einer ausdrücklichen Erörterung bedarf es aber dann nicht, wenn angesichts des Wertes die Einziehung die Bemessung der Strafe nicht wesentlich zu beeinflussen vermag (Senat, NStZ 1985, 362; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 39).

**662. BGH 4 StR 178/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Bielefeld)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Erfolgsaussicht; Verhältnis zur Zurückstellung der Vollstreckung nach § 35 BtMG).

§ 64 StGB; § 35 BtMG

1. Positiv bewertete Aussichten ambulanter Maßnahmen können nicht dafür herangezogen werden, die Erfolgsaussichten einer (stationären) Unterbringung zu verneinen. Entsprechendes gilt für die Erwägung, eine Unterbringung entspreche nicht dem Wunsch des Angeklagten. Selbst das Fehlen von Therapiewilligkeit steht nämlich einer Anordnung nach § 64 StGB grundsätzlich nicht entgegen. Sie kann lediglich ein gegen die Erfolgsaussicht sprechendes Indiz sein, das den Tatrichter zu der Prüfung

verpflichtet, ob die konkrete Aussicht besteht, dass die Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung geweckt werden kann.

2. Die Unterbringung nach § 64 StGB geht der dem Vollstreckungsverfahren gemäß § 35 BtMG vorbehaltenen Maßnahme vor; von der Anordnung der Unterbringung darf daher nicht abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist. Hieran hat sich durch die Neufassung des § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 grundsätzlich nichts geändert.

**618. BGH 5 StR 4/11 – Urteil vom 17. März 2011 (LG Berlin)**

Minder schwerer Fall des Totschlags, gefährliche Körperverletzung; Milderung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 213 StGB; § 224 StGB; § 50 StGB; § 49 StGB; § 21 StGB

1. Die Erörterung des § 213 Alt. 1 StGB ist auch im Rahmen des § 224 StGB angezeigt, weil sein Vorliegen die Annahme eines minder schweren Falles auch hier regelmäßig gebietet.

2. Sofern ein Erregungszustand des Täters über den in § 213 StGB umschriebenen hinausgeht und zu einer – von dieser Vorschrift nicht vorausgesetzten – erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit führt, so kann ohne Verstoß gegen § 50 StGB eine zusätzliche Strafraumenverschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB in Betracht kommen.

**619. BGH 5 StR 12/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Bremen)**

Beihilfe (Strafzumessung; Gewicht der Haupttat, Gewicht der Beihilfehandlung; vertypter Milderungsgrund; minder schwerer Fall); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 30 BtMG

1. Entscheidend für Einordnung der Schuld eines Gehilfen ist das Gewicht seiner Beihilfehandlung, wenngleich die Schwere der Haupttat mit zu berücksichtigen ist.

2. Ist die Haupttat nicht als minder schwerer Fall einzuordnen, folgt hieraus nicht ohne weiteres, dass dies auch für die Tat des Gehilfen gilt.

3. Nicht gegebene Strafmilderungsgründe dürfen nicht strafscharfend herangezogen werden. (BGHSt 34, 345, 350). Das Gleiche gilt für Wendungen, die befürchten lassen, Prozessverhalten des Angeklagten, mit dem dieser – ohne die Grenzen zulässiger Verteidigung zu überschreiten – den ihm drohenden Schuldspruch abzuwenden versuchte, könnte straferschwerend berücksichtigt worden sein.

**668. BGH 1 StR 100/11 – Urteil vom 3. Mai 2011 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung bei einer Reihe von gewerbsmäßig begangenen Betrugstaten („Lastschriftbetrug“) in-

folge einer überwundenen Betäubungsmittelabhängigkeit (gerechter Schuldausgleich).

§ 54 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 35 BtMG

1. Die Höhe der Gesamtfreiheitsstrafe darf sich nicht wesentlich an den (formellen) Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 Nr. 2 BtMG ausrichten, um es einem Angeklagten zu ermöglichen, nach Ablauf einer überschaubaren Zeitspanne zur Behandlung seiner Betäubungsmittelabhängigkeit eine stationäre Drogenentwöhnungstherapie anzutreten.

2. Anders kann es jedoch liegen, wenn es nicht darum geht, einen alsbaldigen Antritt einer Therapie zu eröffnen, sondern sich die Angeklagte vielmehr bereits auf Grund der einbezogenen Verurteilung unter den Voraussetzungen des § 35 BtMG bereits seit geraumer Zeit in entsprechender Behandlung befindet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Angeklagte hierauf sehr positiv eingelassen hat und die Therapie Dank ihrer engagierten Mitarbeit schon weitgehend Erfolg gezeigt hat.

**711. BGH 4 StR 39/11 – Beschluss vom 27. April 2011 (LG Halle)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des erweiterten Verfalls (Vorrang des Verfalls und des Verfalls von Wertersatz).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB

Die Anordnung des Verfalls nach §§ 73, 73a StGB hat Vorrang gegenüber der Anordnung des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB.

**710. BGH 4 StR 25/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Essen)**

Anordnung des Verfalls (mangelnde Feststellungen; aus der Tat erlangt; für die Tat erlangt).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB

Aus der Tat erlangt sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen, insbesondere also die Beute; „für die Tat erlangt“ sind demgegenüber Vermögenswerte, die dem Täter als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, aber – wie etwa ein Lohn für die Tatbegehung – nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen (vgl. BGHSt 50, 299, 309 f.; BGH NStZ-RR 2003, 10).

**669. BGH 1 StR 109/11 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Kempten)**

Rechtsfehlerhaft angeordnete Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 64 StGB

Ein Hang im Sinne des § 64 StGB liegt nur vor, wenn entweder eine chronische, auf Sucht beruhende körperliche Abhängigkeit gegeben ist oder ohne körperliche Abhängigkeit eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung besteht, immer wieder Alkohol (oder andere berauschende Mittel) zu konsumieren, und zwar „im Übermaß“. Dies wäre zu bejahen, wenn der Angeklagte auf Grund einer psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erschiene.

**716. BGH 4 StR 100/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Saarbrücken)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Entkräftung eines Regelbeispiels im Wege der Gesamtwürdigung bei der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung (besonders schwerer Fall; Strafrahmenwahl).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung kommt eine Ausnahme von der Regelwirkung in Betracht, wenn ein Regelbei-

spiel mit gewichtigen Milderungsgründen zusammentrifft. Der Bestrafung kann dann ausnahmsweise der Normalstrafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB zugrundegelegt werden. In extremen Ausnahmefällen kann sogar eine weiter gehende Milderung des Normalstrafrahmens (§ 177 Abs. 1 StGB) und die Bemessung der Strafe aus dem Rahmen für den minder schweren Fall (§ 177 Abs. 5 1. Halbs. StGB) in Betracht zu ziehen sein (st. Rspr.).

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**652. BGH 2 ARs 164/11 (2 AR 119/11) – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Berlin)**

BGHSt; Befasstsein der für die Invollzugsetzung der Unterbringung nach § 67h StGB zuständigen Strafvollstreckungskammer.

§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 14 StPO; § 67h StGB

Die für die Invollzugsetzung der Unterbringung nach § 67h StGB zuständige Strafvollstreckungskammer bleibt i.S.v. § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO mit der Sache befasst, bis die Maßnahme beendet ist. (BGHSt)

**612. BGH 3 StR 400/10 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Düsseldorf)**

Aufzeichnungsfalle; Recht auf ein faires Verfahren (Belehrungspflicht; Täuschungsverbot; Vernehmungsbegriff: funktionale Vernehmung; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur); Recht auf Achtung der Privatsphäre; örtliche Zuständigkeit (Erfolgsdelikt; Tätigkeitsdelikt; Mittäterschaft); gesetzlicher Richter (Besetzungsrüge; Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen).

§ 100f StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO; § 136a StPO; Art. 101 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 7 Abs. 1 StGB; § 9 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 StPO; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

1. Die Belehrungspflichten des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO sind auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar. Zum Begriff der Vernehmung im Sinne der StPO gehört es, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt.

2. Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies keinen Verstoß gegen die – unmittelbar oder entsprechend angewandten – Regelungen der § 163a Abs. 3, § 136a Abs. 1 StPO.

3. Das Verbot der Täuschung ist bei systematischer Betrachtung der anderen in § 136a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Vernehmungsmethoden einschränkend auszulegen. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose lässt sich eine unter wahrheitswidriger Zusicherung der Vertraulichkeit vorgenommene verdeckte Befragung des Angeklagten durch einen Zeugen nicht vergleichen.

4. Die Selbstbelastungsfreiheit im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK ist nicht verletzt, wenn es einem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit einem Informanten der Polizei zu unterhalten, der das Gespräch heimlich aufzeichnete (vgl. EGMR, Urteil vom 10. März 2009 – 4378/02 – Bykov v. Russland = HRRS 2009 Nr. 360). Anderes kann gelten, wenn der Informant Zwang ausübt oder einen psychologischen Druck gleichkommende Täuschung einsetzt, um die Aussage zu erlangen.

5. Für die Frage, ob der Gerichtsstand des Tatorts gemäß § 7 Abs. 1 StPO i.V.m. § 9 Abs. 1 StGB begründet ist, ist bei einem Tätigkeitsdelikt allein auf den Handlungsort abzustellen.

6. Die Rüge der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (§ 338 Nr. 3 i.V.m. § 24 StPO) ist unzulässig, wenn die Revision den Inhalt der dienstlichen Stellungnahmen der abgelehnten Richter nicht mitteilt.

**665. BGH 4 StR 584/10 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Neubrandenburg)**

Übersehene Strafverfolgungsverjährung; Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge der Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (objektiv falscher Vortrag).

§ 78 StGB; § 231 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine Verfahrensrüge, mit der geltend gemacht wird, die Hauptverhandlung sei in einem Fortsetzungstermin

unter Verletzung des § 231 Abs. 2 StPO in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt worden, ist nicht zulässig erhoben (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), wenn die Revision zu den Verfahrenstatsachen in einem maßgeblichen Punkt objektiv falsch vorgetragen hat.

2. Auf die objektiv falsche Erklärung kann geschlossen werden, wenn für diese das Protokoll, eine dienstliche Erklärung des Vorsitzenden sowie eine Gegenerklärung der Nebenklägerin sprechen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Beschwerdeführer nicht auf einen Irrtum in Folge eines Fehlverständnisses der mündlichen Anordnung des Vorsitzenden zur Begründung seiner Verfahrensrüge beruft.

**589. BGH 3 StR 61/11 – Beschluss vom 7. April 2011 (LG Krefeld)**

Unterbrechung der Hauptverhandlung; Schiebetermin, Kurztermin; Förderung des Verfahrens; Beruhen.  
§ 229 StPO; § 337 StPO

1. Ein Fortsetzungstermin ist nur dann geeignet, die Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 1 oder 2 StPO zu wahren, wenn in ihm zur Sache verhandelt, also das Verfahren inhaltlich auf den abschließenden Urteilspruch hin gefördert wird. Hierzu genügt jede Förderung des Verfahrens, selbst wenn weitere verfahrensfördernde Handlungen möglich gewesen wären und der Fortsetzungstermin auch der Einhaltung der Unterbrechungsfrist diene.

2. Nicht ausreichend sind dagegen so genannte (reine) 'Schiebetermine', welche die Unterbrechungsfrist lediglich formal wahren, in denen aber tatsächlich keine Prozesshandlungen oder Erörterungen zu Sach- oder Verfahrensfragen vorgenommen werden, die geeignet sind, das Strafverfahren seinem Abschluss substanziell näher zu bringen. Unzulässig ist es darüber hinaus, einheitliche Verfahrensvorgänge, insbesondere Beweisaufnahmen, willkürlich in mehrere kurze Verfahrensabschnitte zu zerstückeln und diese auf mehrere Verhandlungstage zu verteilen, nur um hierdurch die gesetzlichen Unterbrechungsfristen einzuhalten.

**672. BGH 1 StR 33/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Heilbronn)**

Rüge der mangelnden Anwesenheit eines Protokollführers; kein Verwertungsverbot nach Abgabe unzureichender Geständnisse im Rahmen einer gescheiterten Verständigung (Beschlussfordernis; im Einzelfall ausreichender verlesener Brief an die Verteidiger); mangelnde Kenntnisnahme der Berufsrichter von Urkunden, die im Selbstleseverfahren eingeführt werden (Beweiskraft des Protokolls; Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge; Beruhen).

§ 226 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 272 Nr. 2 StPO; § 257c StPO; § 274 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Bestätigt der Angeklagte Angaben, die das Gericht zuvor nicht als ausreichend im Sinne der getroffenen Verständigung bezeichnet hat, unterliegen diese Angaben keinem Verwertungsverbot gemäß § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich aus einem früheren Beschluss/Brief mit gebotener Klarheit ergab,

dass die Strafkammer frühere Aussagen für unverwertbar hielt und sie nur im Falle einer bestätigenden Wiederholung berücksichtigen würde, die in Kenntnis des Umstandes, dass eine Vereinbarung nicht mehr im Raum steht, erklärt worden ist. In diesem Fall kann auch dahinstehen, ob der Angeklagte vor Abgabe dieser dann nicht verwerteten Aussagen nicht gemäß § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden war.

2. Es kann dahinstehen, ob für die Loslösung von einer früheren Zusage im Rahmen einer Verständigung ein Beschluss erforderlich ist. Jedenfalls die Verlesung eines ankündigenden Briefes an die Verteidiger des betroffenen Angeklagten in der Hauptverhandlung ist ausreichend. Sie entspricht der Sache nach der Verkündung eines Beschlusses. Der Umstand, dass dies schon zuvor den Verteidigern in Form eines Briefes angekündigt wurde und dieser Brief dann nicht umformuliert und ausdrücklich als Beschluss bezeichnet wurde, ändert daran nichts.

3. Die Durchführung eines Selbstleseverfahrens kann als wesentliche Verfahrensförmlichkeit nur durch das Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen werden (§ 274 StPO). Die Feststellung im Protokoll, dass die Schöffen Gelegenheit hatten, von den im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden Kenntnis zu nehmen, belegt im Umkehrschluss, dass die Berufsrichter diese Gelegenheit nicht hatten (vgl. BGH wistra 2010, 31). Außerdem genügt die Gelegenheit zur Kenntnisnahme nur für weitere Verfahrensbeteiligte, für Berufsrichter und Schöffen muss [unterschiedslos] die erfolgte Kenntnisnahme festgestellt werden (§ 249 Abs. 2 Satz 1 StPO). Eine dienstliche Erklärung des Vorsitzenden, wonach „sowohl die Berufsrichter als auch die Schöffen (...) hinsichtlich der Urkunden (...) nicht nur Gelegenheit zur Kenntnisnahme hatten, sondern auch Kenntnis von den Urkunden genommen haben“, ist im Ansatz nicht geeignet, die alleinige Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) in Frage zu stellen.

4. Sowenig ein Revisionsführer in der Regel zum Beruhen des Urteils auf dem geltend gemachten Verfahrensfehler vortragen muss – mag auch solcher Vortrag je nach Fallgestaltung zweckmäßig sein, so wenig ist eine Rüge deshalb nicht zulässig erhoben, weil Tatsachen, die gegen ein Beruhen sprechen könnten, nicht vorgetragen sind. Der unterbliebene Vortrag hierzu ist nicht mit dem je nach den Umständen des Falles erforderlichen Vortrag zu „rügevernichtenden Umständen“ (z.B. der Wiederholung eines Teils der Hauptverhandlung, in dem ein früherer, der Rüge zu Grunde liegender Verfahrensvorgang wiederholt wurde) oder „Negativtatsachen“ (wenn eine dem geltend gemachten Verfahrensfehler entgegenstehende Verfahrenslage ernsthaft in Frage kommt) zu vergleichen.

5. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass die Feststellungen, die nach Abschluss der Durchführung des Selbstleseverfahrens hierüber zu treffen sind, Teil der Durchführung dieses Verfahrens sind.

6. Bei Fortsetzungsterminen müssen die Namen der gemäß § 272 Nr. 2 StPO im Protokoll zu nennenden Verfahrensbeteiligten nicht wiederholt werden. Die allein behauptete bloße Unleserlichkeit einer Unterschrift ist rechtlich bedeutungslos.

**661. BGH 4 StR 163/11 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (Darlegungsanforderungen; Aufklärung einer Andeutung, dem Angeklagten Schaden zu wollen).

§ 261 StPO; § 174 StGB; § 176 StGB

1. In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welcher Aussage das Tatgericht Glauben schenkt, müssen alle Umstände, die die Entscheidung zu beeinflussen geeignet sind, in die Überlegungen des Tatrichters einbezogen werden (st. Rspr.). Alle gewichtigen Umstände, die für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der entscheidenden belastenden Aussage von wesentlicher Bedeutung sind, müssen hinreichend erörtert sein.
2. Zur erforderlichen Aufklärung von Andeutungen der Belastungszeugin in einem Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs, sie könne etwas gegen ein Sorgerecht des Angeklagten tun, was nur Kinder tun könnten.
3. Einzelfall eines unzureichenden Verweises auf Erörterungen einer Falschaussagehypothese durch einen Sachverständigen.

**729. BGH 4 StR 571/10 – Urteil vom 14. April 2011 (LG Verden)**

Befangenheitsrüge gegen Schöffen wegen der vor-schnellen Übernahme eines Vorschlages zu einer Straf-obergrenze (Verständigung; Besorgnis der Befangenheit); Mittäterschaft (Abgrenzung von der Beihilfe); Voraussetzungen der Bandenmitgliedschaft (Zusage der Mitwirkung für fünf Tage).

§ 257c StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Auf die Bekanntgabe der nach Einschätzung der Strafkammer angemessenen Strafobergrenzen kann die Rüge der Befangenheit nicht gestützt werden. Dass die Berufsrichter die Sach- und Rechtslage vor der Eröffnung des Hauptverfahrens und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung geprüft und eine vorläufige Prognose zu den Strafhöhen im Falle eines Geständnisses gestellt, mit den Schöffen abgestimmt und den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt haben, rechtfertigt nicht die Annahme einer Besorgnis der Befangenheit. Mit § 257b StPO wird klar-gestellt, dass sich das Gericht durch die Bekanntgabe seiner Einschätzung des Verfahrensstandes nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzt.
2. Dies gilt auch für die Äußerung des Vorsitzenden, „die Kammer stehe grundsätzlich dazu, was sie gesagt hat“, wenn die Staatsanwaltschaft dem Vorschlag der Kammer zuvor nicht übernommen hat. Schon aus der Formulierung mit dem Wort „grundsätzlich“ folgt, dass sich die Äußerung auf die vorläufige rechtliche und tatsächliche Bewertung der Anklagevorwürfe durch die Strafkammer bezog.
3. Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun

als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (st. Rspr.).

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Bande im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fortgesetzten Begehung einer noch unbestimmten Zahl von Diebstählen verbunden haben (BGHSt 46, 321, 325). Erforderlich ist eine – ausdrücklich oder konkludent getroffene – Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzutun (BGH, Urteil vom 16. Juni 2005 – 3 StR 492/04, BGHSt 50, 160, 164). Als Bandenmitglied ist anzusehen, wer in die Organisation der Bande eingebunden ist, die dort geltenden Regeln akzeptiert, zum Fortbestand der Bande beiträgt und sich an den Straftaten als Täter oder Teilnehmer beteiligt (BGH wistra 2010, 347).

**654. BGH 2 StR 524/10 – Urteil vom 4. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Strafverfolgungsverjährung (Reichweite der Unterbrechung bei einem Durchsuchungsbeschluss); Beschwer des Angeklagten bei Verfahrenseinstellung wegen eines behebbaren Verfahrenshindernisses (mangelnde Anklage); kein Vertrauensschutz nach Verfahrenseinstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO.

§ 78 StGB; § 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 260 Abs. 3 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; Vor § 296 StPO; § 170 Abs. 2 StPO

1. Zwar ist der Angeklagte durch die Verfahrenseinstellung wegen eines Prozesshindernisses in der Regel nicht beschwert (BGHSt 23, 257, 259; BGH NJW 2007, 3010, 3011). Eine Beschwer des Angeklagten kann aber dann bestehen, wenn die Einstellung wegen eines behebbaren Verfahrenshindernisses erfolgt und der Angeklagte behauptet, es liege ein weiteres, nicht behebbares Prozesshindernis vor. In einem solchen Fall kann der Angeklagte mit der Revision ein rechtliches Interesse daran geltend machen, dass das Verfahren endgültig eingestellt wird.
2. Grundsätzlich bestimmt der Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden die sachliche Reichweite der Unterbrechungswirkung (vgl. BGH NStZ 2004, 275). Dabei kommt es in erster Linie auf den Inhalt des Durchsuchungsbeschlusses und vor allem auf die dort vorgenommene Beschreibung des strafbaren Verhaltens des Angeklagten an. Zur erforderlichen Auslegung des Verfolgungswillens der Ermittlungsbehörden
3. Einstellungsverfügungen gemäß § 170 Abs. 2 StPO begründen keinen Vertrauensstatbestand zugunsten des Angeklagten und entfalten keine wie auch immer gear-tete Rechtskraftwirkung. Das Verfahren kann vielmehr

jederzeit – formlos – wieder aufgenommen werden, wenn aus Sicht der Ermittlungsbehörden Anlass dazu besteht.

**701. BGH 2 StR 584/10 – Beschluss vom 23. März 2011 (LG Köln)**

Erforderlicher Hinweis bei einer in der Hauptverhandlung erwogenen Verurteilung wegen Mordes (Hinweispflicht bei der Änderung des Mordmerkmals; rechtliches Gehör; Recht auf eine effektive Verteidigung; Verbot der Überraschungsentscheidung; missverständlicher Hinweis).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 211 StGB; § 265 StPO

1. Ein Hinweis gemäß § 265 StPO muss nicht nur erteilt werden, wenn ein anderes Strafgesetz als das im Eröffnungsbeschluss genannte angewandt werden soll, sondern auch dann, wenn der Angeklagte wegen einer andersartigen Begehungsform desselben Strafgesetzes verurteilt werden soll. Das Schwurgericht muss deshalb regelmäßig darauf hinweisen, wenn es abweichend vom Anklagevorwurf wegen eines anderen Mordmerkmals verurteilen will. Mit Rücksicht auf den Regelungszweck des § 265 Abs. 1 StPO ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn die in Betracht kommenden Begehungsformen sich in ihren objektiven und subjektiven Voraussetzungen so stark voneinander unterscheiden, dass eine umfassende Verteidigung des Angeklagten nur durch eine förmliche Unterrichtung gesichert werden kann. Das ist der Fall, wenn das Schwurgericht den Angeklagten abweichend vom Anklagevorwurf nicht aus dem Gesichtspunkt der Heimtücke, sondern dem der niedrigen Beweggründe wegen Mordes verurteilen will; dasselbe gilt beim Übergang vom Vorwurf des Tötens in Verdeckungsabsicht zum Vorwurf des Tötens aus Wut als niedrigerem Beweggrund (BGHSt 25, 287, 289 f.).

2. Der Hinweis muss allein oder in Verbindung mit der zugelassenen Anklage dem Angeklagten hinreichend erkennbar machen, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht (BGH NStZ 1993, 200 mwN). Das gilt auch für das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe (Senat BGH NStZ 2005, 111). Nur so kann er seine Funktion erfüllen, den Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen zu schützen und ihm die Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen.

3. Ein bloßer, zudem als solcher wegen der kumulativen Aufzählung der in Betracht kommenden Mordmerkmalen schon nicht unmissverständliche Hinweis ist nicht geeignet, den Angeklagten ausreichend darüber zu informieren, welche Umstände nach Auffassung des Gerichts Grundlage der neuen rechtlichen Bewertung sein konnten.

**659. BGH 2 StR 639/10 – Urteil vom 20. April 2011 (LG Aachen)**

Befangenheitsrüge (Ablehnungsgesuch; Anforderungen an die Darlegung der Verfahrensrüge: Mitteilung der sofortigen Beschwerde); Wertersatzverfall.

§ 24 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73a StGB

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss, durch den ein Ablehnungsgesuch zurückgewiesen worden ist, stellt einen Teil der Revision dar. Sie muss deshalb in der Form des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO begründet werden (vgl. BGHSt 21, 334, 340). Der Zulässigkeit der Rüge steht es deshalb entgegen, wenn der Beschwerdeführer den jeweiligen Zusammenhang der beanstandeten Äußerungen des abgelehnten Vorsitzenden mit bestimmten Einzelheiten seiner Einlassung in der Hauptverhandlung nicht erläutert. Nur im Zusammenhang mit dem konkreten Anlass der Äußerungen des Vorsitzenden kann beurteilt werden, ob sich daraus ein vernünftiger Grund für die Besorgnis der Befangenheit ergibt (vgl. BGH NStZ 2000, 325 f.).

**646. BGH 1 StR 381/10 – Beschluss vom 20. Mai 2011 (LG Landshut)**

Unzulässige Anhörungsrüge (Zurechnung eines Verschuldens des Verteidigers).

§ 356a StPO; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

Ein Verschulden des Verteidigers an der Versäumung einer Frist ist dem Mandanten im Verfahren über die Gehörsrüge allerdings zuzurechnen. Zwar sind im Strafverfahren schwerwiegende Verteidigerfehler, wie etwa die Unkenntnis von der Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels, die zur Fristversäumung führen, dem Beschuldigten in aller Regel nicht anzulasten. Dies gilt jedoch entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG nicht bei der Frage, ob die Versäumung der Wochenfrist des § 356a Satz 2 StPO unverschuldet war.

**735. BGH 4 StR 691/10 – Beschluss vom 17. Februar 2011 (LG Halle)**

Wirksame Rücknahme der Revision durch einen Analphabeten (Entscheidung des Revisionsgerichts; Verhandlungsfähigkeit).

§ 302 StPO

Wird die Wirksamkeit einer Revisionsrücknahme von einem Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen, so ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Sache des Revisionsgerichts, hierüber eine feststellende Erklärung zu treffen. Zwar wird die Auffassung vertreten, dass bis zum Eingang der Akten beim Revisionsgericht insoweit die Zuständigkeit des iudex a quo gegeben ist. Ob dies auch dann gelten kann, wenn von einem Verfahrensbeteiligten die Wirksamkeit der Rücknahme bereits in Zweifel gezogen war, mag dahinstehen. Jedenfalls ist nach einer Entscheidung durch den iudex a quo und bei Fortbestehen des Streites das Rechtsmittelgericht zur abschließenden Entscheidung über die Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme berufen.

**633. BGH 5 StR 124/11 – Beschluss vom 4. Mai 2011 (LG Hamburg)**

Beweiswürdigung (Aussagekonstanz); Rügeberechtigung bei Ablehnung eines Beweisantrages eines Mitangeklagten; Aufklärungsrüge.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 244 StPO

1. Der Senat lässt offen, ob er der Auffassung folgen könnte, wonach allein schon bei übereinstimmender

Interessenlage einem eine Beweiserhebung nicht selbst beantragenden Mitangeklagten gleichwohl eine umfassende Rügeberechtigung zugebilligt wird, wenn der Beweis Antrag eines anderen Angeklagten abgelehnt wird.

2. Der Senat hält es – nicht tragend – für näherliegend, den nicht selbst die Beweiserhebung beantragenden Mitangeklagten auf die Möglichkeit der Aufklärungsrüge zu verweisen, die je nach Fallgestaltung weitergehenden Vortrags im Sinne von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bedürfe und nicht notwendig aufgrund einer Verletzung der Regeln aus § 244 Abs. 3 bis 6 StPO zum Erfolg führe.

**712. BGH 4 StR 42/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Lübeck)**

Vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis (Verfahrenshindernis: mangelnde hinreichende Anklage: Umgrenzungsfunktion); Bedeutung der Presseberichterstattung für die Strafzumessung.  
§ 46 StGB; § 21 StVG; § 200 StPO

1. Der Tatbegriff des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO umfasst alle individualisierenden Merkmale der vorgeworfenen Tat, die erforderlich sind, um diese zur Erfüllung der Umgrenzungsfunktion der Anklage von anderen Lebenssachverhalten abzugrenzen. Dabei lässt die Rechtsprechung zwar eine Herabsetzung der Anforderungen an die Individualisierung zu, wenn anders die Verfolgung und Aburteilung strafwürdiger Taten nicht möglich wäre. Dies ist jedoch als Ausnahme auf Fälle beschränkt worden, in denen typischerweise bei einer Serie gleichartiger Handlungen einzelne Taten etwa wegen Zeitablaufs oder wegen Besonderheiten in der Beweislage nicht mehr genau voneinander unterschieden werden können.

2. Allein eine „aggressive und vorverurteilende“ Berichterstattung hat für die Strafbemessung regelmäßig keine wesentliche Bedeutung. Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn der Angeklagte unter der Berichterstattung in besonderer Weise gelitten hat. Im Übrigen belegen die vorgelegten Presseartikel auch nicht, dass der Druck der medialen Berichterstattung weit über das hinausging, was jeder Straftäter über sich ergehen lassen muss, dessen Fall in das Licht der Öffentlichkeit gerät.

**585. BGH 3 StR 9/11 – Beschluss vom 29. März 2011 (LG Hannover)**

Inbegriffsrüge; schriftlich vorbereitete mündliche Erklärung des Angeklagten.  
§ 261 StPO; § 249 StPO

1. Durch die Verlesung einer schriftlich vorbereiteten mündlichen Erklärung des Angeklagten durch diesen oder seinen Verteidiger wird nicht der Wortlaut des Schriftstücks zum Inbegriff der Hauptverhandlung, sondern allein der Inhalt des mündlichen Vortrags. Dessen wesentliche Punkte hat das Tatgericht in den Urteilsgründen festzustellen. Allein diese Feststellungen sind Grundlage der revisionsgerichtlichen Prüfung.

2. Anders liegt es nur, wenn der Wortlaut der schriftlichen Einlassung durch das Gericht im Wege des förmlichen Urkundsbeweises (§ 249 StPO) in die Hauptver-

handlung eingeführt wird. Hierauf hat der Angeklagte jedoch keinen Anspruch.

**592. BGH 3 StR 72/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Krefeld)**

Unzulässige Rücknahme der Revision (vorherige Entscheidung des Revisionsgerichts).  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO; § 302 StPO

1. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels ist nur bis zur Entscheidung über dieses zulässig. Diese ist getroffen, wenn sie für das Gericht, das sie gefasst hat – außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen – unabänderlich ist. Bei einem Beschluss, der außerhalb einer Hauptverhandlung ergeht und nicht verkündet wird, ist dies in der Regel erst dann der Fall, wenn ihn die Geschäftsstelle an eine Behörde oder Person außerhalb des Gerichts hinausgegeben hat und eine Abänderung tatsächlich unmöglich ist.

2. Abweichend hiervon sind jedoch Beschlüsse, die nach rechtzeitiger Einlegung eines Rechtsmittels unmittelbar die Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung herbeiführen, bereits dann erlassen, wenn sie mit den Unterschriften der Richter versehen in den Geschäftsgang gegeben werden. Hierzu gehören auch die Beschlüsse des Revisionsgerichts gemäß § 349 Abs. 2 StPO.

**671. BGH 1 StR 26/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Mosbach)**

Unbegründete Anhörungsrüge und Geltendmachung der Besorgnis der Befangenheit der beteiligten Richter des Revisionsgerichts (unzulässiges Befangenheitsgesuch innerhalb der Anhörungsrüge).  
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 24 StPO; § 356a StPO

1. Der Senat entscheidet über die Anhörungsrüge (§ 356a StPO) in der nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs und nach dem internen Geschäftsverteilungsplan des Senats bestimmten Besetzung. Dass dies grundsätzlich dieselben Richter sind, die auch über die Revision des Angeklagten entschieden haben, entspricht der Intention des Rechtsbehelfs. Die Prüfung und die Beseitigung gerichtlicher Gehörsverstöße obliegt in erster Linie dem mit der Sache befassten *iudex a quo*.

2. Dem Angeklagten ist es nach Zustellung des Antrags des Generalbundesanwalts, gemäß § 349 Abs. 2 StPO zu entscheiden, unbenommen, die nach den Geschäftsverteilungsplänen zur Entscheidung über seine Revision berufenen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, wenn er hierzu Anlass gesehen hätte. Im Zusammenhang mit der Anhörungsrüge kann dies nicht nachgeholt werden.

**686. BGH 1 StR 699/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG München II)**

Bedingungsfeindlichkeit des Antrags auf Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.  
§ 74 StPO

Ein Antrag auf Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ist generell bedingungsfeindlich.

**581. BGH 3 StR 46/11 – Urteil vom 21. April 2011 (LG Bückeburg)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (beschränkte Rechtsmittelberechtigung; Revisionsrechtfertigung; unausgeführte Sachrüge); Freispruch (Urteilsgründe); Überzeugungsbildung (überspannte Anforderungen; „nicht zwingende“ Indizien).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

1. Der Nebenklage steht nur ein beschränktes Anfechtungsrecht zu; sie kann ein Urteil nicht mit dem Ziel einer anderen Rechtsfolge der Tat oder einer Verurteilung wegen einer Verletzung eines Gesetzes, das nicht zum Anschluss berechtigt, anfechten (§ 400 Abs. 1 StPO). Sie hat deshalb in der Revisionsrechtfertigung darzulegen, inwieweit sie in ihrer Stellung als Nebenklägerin durch das Urteil beschwert, d.h. welches ihre Anschlussbefugnis stützende Strafgesetz verletzt sei. Eine unausgeführte allgemeine Sachrüge genügt dem nicht.

2. Spricht der Tatrichter aus tatsächlichen Gründen frei, so muss er zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen – zusätzlichen – Feststellungen nicht getroffen werden können. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind, das heißt, ob die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, ob sie gegen Denkgesetze verstößt oder ob der Tatrichter an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt hat.

**658. BGH 2 StR 77/11 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (LG Limburg)**

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag (Darlegung des Zeitpunktes, an dem das Hindernis weggefallen ist).

§ 45 StPO

Damit die Einhaltung der Frist gemäß § 45 StPO überprüft werden kann, bedarf es zur formgerechten Anbringung eines Wiedereinsetzungsgesuchs in den Fällen, in denen dies nach Aktenlage nicht offensichtlich ist, der Mitteilung, wann das Hindernis, das der Wahrung der versäumten Frist entgegenstand, weggefallen ist (BGH NStZ 2006, 54, 55).

**641. BGH 5 StR 467/10 – Urteil vom 12. April 2011 (LG Berlin)**

Vorabentscheidung über die Zulässigkeit der Revision; unbegründete Revision; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Bewertung eines Sachverständigengutachtens; Beweiswürdigung).

§ 349 StPO; § 63 StGB; § 261 StPO

1. Das Revisionsgericht ist – entsprechend der Praxis in Fällen des § 346 StPO – auch im Falle eines fraglichen Rechtsmittelverzichts berechtigt, über die Zulässigkeit der Revision gesondert und vorab zu entscheiden. In diesem Falle ist die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht berechtigt, weitere (Sach-)Anträge nachzuschieben.

2. Die Bewertung eines Sachverständigengutachtens ist Teil der dem Tatgericht gemäß § 261 StPO obliegenden Beweiswürdigung.

**623. BGH 5 StR 86/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Zwickau)**

Ablehnung eines Beweisantrages; Beweiswürdigung (als wahr unterstellte Tatsache; als erwiesen betrachtete Tatsache); Urteilsgründe.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Der Tatrichter muss sich in seiner Beweiswürdigung mit als wahr unterstellten Tatsachen unter anderem dann ausdrücklich auseinandersetzen, wenn die Beweiswürdigung ohne deren Erörterung lückenhaft bleibt.

2. Dies gilt bei der Ablehnung von Beweisanträgen wegen Erwiesenseins von Tatsachen entsprechend; auch diese dürfen – soweit sie den Feststellungen des Gerichts indiziell widersprechen – zumindest nicht unerörtert bleiben.

**725. BGH 4 StR 130/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Essen)**

Vollendete Nötigung; schwerer räuberischer Diebstahl; Verschlechterungsverbot (Schuldspruchänderung).

§ 252 StGB; § 250 StGB; § 240 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

Das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO hindert die Verböserung des Schuldspruchs nicht.

**V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete****675. BGH 1 StR 94/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Köln)**

BGHSt; Parteienuntreue (unzulässige Aufnahme rechtswidrig erlangter Parteispenden in den Rechenschaftsbericht einer Partei; Pflichtwidrigkeit: zwingen-

de finanzielle Sanktion, Vermögensbezug, Pflichtenumwidmung durch die Satzung; Vermögensbetreuungspflicht des Kreisvorsitzenden einer Partei; gravierende Pflichtverletzung; funktionaler Zusammenhang zwischen den Aufgaben der Verpflichteten und dem in-

soweit zu schützenden Vermögen; Unmittelbarkeitszusammenhang; Nachteil; Verhältnis zu § 31d PartG); Parteienbetrug (Vermögensschaden; Gefährdungsschaden; Verhältnis zu § 31d PartG); Steuerhinterziehung (vorgeschobene und tatsächliche Spenden durch Parteimitglieder); Beleg des Beihilfevorsatzes bei Parteienbetrug und Parteiuntreue.

§ 23a Abs. 1 Satz 1 PartG; § 25 PartG idF vom 28. Januar 1994; § 266 Abs. 1 StGB; § 370 AO; § 34g EStG; § 27 StGB; § 15 StGB; § 31d PartG

1. Die unzulässige Aufnahme rechtswidrig erlangter Parteispenden in den Rechenschaftsbericht einer Partei stellt auch dann keine pflichtwidrige Handlung i.S.d. Straftatbestandes der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB dar, wenn das Parteiengesetz für diesen Fall gegen die Partei eine zwingende finanzielle Sanktion vorsieht, hier den Verlust auf staatliche Mittel im Rahmen der Parteienfinanzierung in Höhe des Zweifachen des erlangten Betrages gemäß § 23a Abs. 1 Satz 1 PartG idF vom 28. Januar 1994. Pflichtwidrig i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB sind nur Verstöße gegen vermögensschützende Normen. Der hier verletzte § 25 PartG idF vom 28. Januar 1994 bezweckt einen solchen Vermögensschutz nicht (Fortführung von BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09). (BGHSt)

2. Die Parteien können aber – z.B. durch Satzungen – bestimmen, dass die Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes für die Funktionsträger der Partei eine selbständige das Parteivermögen schützende Hauptpflicht i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB darstellt. (BGHSt)

3. Die bloße Existenz eines in der Parteisatzung enthaltenen Haftungstatbestandes genügt bei einer Parteiuntreue nicht, um einen bereits eingetretenen Vermögensnachteil eines Parteikreisverbandes im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu begründen. Es bedarf vielmehr konkreter Feststellungen dazu, ob – und wenn ja, in welcher Höhe – die Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegenüber dem Kreisverband tatsächlich beabsichtigt war. (Bearbeiter)

4. Die nach § 23a PartG aF bei der Aufdeckung der Geltendmachung rechtswidrig erlangter Parteispenden für die betroffene Partei zu erwartenden finanziellen Nachteile sind auch vor deren Festsetzung durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages im Hinblick auf eine Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung zu betrachten. Der Vermögensnachteil i.S.v. § 266 StGB tritt unmittelbar mit der Entdeckung der Tathandlung ein. (Bearbeiter)

5. Liegt zwischen der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung (Abgabe eines falschen Rechenschaftsberichts) und der die finanziellen Nachteile auslösenden Entdeckung des Tatgeschehens ein längerer Zeitraum, steht das der Annahme eines Nachteils i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB nicht entgegen. Die Kausalität zwischen der vermögensbezogenen Pflichtverletzung und dem daraus resultierenden Vermögensnachteil i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB wird durch das zeitliche Auseinanderfallen dieser beiden Ereignisse nicht berührt. Nicht erforderlich ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen pflichtwidrigem Tun

und Vermögensnachteil (vgl. aber BGH NStZ 2009, 686, 688). Der Kausalzusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass der Vermögensschaden erst bei Entdeckung der Tathandlung eintritt. Eines solchen Unmittelbarkeitserfordernisses bedarf es auch nicht im Hinblick auf die tatbestandliche Weite des § 266 Abs. 1 StGB. Selbst wenn – mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH aaO) – an einem über den Zurechnungszusammenhang hinausgehenden Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil festgehalten werden sollte, würde sich daraus jedenfalls nicht ergeben, dass Pflichtwidrigkeit und Nachteil in einem engen zeitlichen Verhältnis zueinander stehen müssten. Denn „unmittelbar“ bedeutet jedenfalls nicht zeitgleich, sofort oder auch nur alsbald. (Bearbeiter)

6. Auch den Vorsitzenden des Kreisverbandes einer Partei trifft eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB für das Vermögen des Kreisverbandes. Für den Vorsitzenden einer Untergliederung einer Partei gilt insoweit nichts anderes als für den Vorsitzenden eines Vereins. (Bearbeiter)

7. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass derjenige, dem bekannt ist, dass Parteispenden die Höhe der staatlichen Parteienfinanzierung beeinflussen, auch weiß, dass das Parteiengesetz bei Geltendmachung überhöhter Spendenbeträge finanzielle Sanktionen gegen die Parteien vorsieht, besteht nicht. (Bearbeiter)

8. Der Umstand, dass der Gesetzgeber zum 1. Juli 2002 die Strafnorm des § 31d PartG in Kraft gesetzt hat, mit der die hier in Rede stehenden Tathandlungen explizit unter Strafe gestellt wurden, steht einer Verurteilung wegen Betruges oder Untreue nicht entgegen. Bei dieser Vorschrift handelt es sich nicht um eine Privilegierung gegenüber den Straftatbeständen der Untreue (§ 266 StGB) und des Betruges (§ 263 StGB). Vielmehr schützt diese Strafnorm andere Rechtsgüter. Mit der Schaffung des § 31d PartG sollten Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die sich daraus ergaben, dass eine angemessene Aufklärung von unerlaubten Handlungen im Rahmen staatlicher Parteienfinanzierung nicht immer möglich war. Der Schutz von Parteivermögen gegen solche Handlungen sollte hierdurch nicht eingeschränkt werden. (Bearbeiter)

#### **682. BGH 1 StR 651/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Münster)**

BGHSt; Verurteilung des Arbeitgebers wegen Hinterziehung von Lohnsteuer bei Schwarzlohnabrede (erforderliche Feststellungen; Höhe der hinterzogenen Einkommensteuer; Differenzierung zwischen der Steuerhinterziehung auf Zeit und auf Dauer in der Strafzumessung); Konkurrenzen zwischen Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung (mehrfache Strafraumenverschiebung bei der Beihilfe zu einem Sonderdelikt).

§ 370 Abs. 1 AO; § 41a EStG; § 267 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 StPO; § 28 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

1. Treffen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Schwarzlohnabrede, nach der für das gesamte dem Arbeitnehmer gezahlte Gehalt weder Lohnsteuer noch Sozialversiche-

rungsbeiträge abgeführt werden sollen, bedarf es im Falle der Verurteilung des Arbeitgebers wegen Hinterziehung von Lohnsteuer weder Feststellungen zu den individuellen Besteuerungsmerkmalen der einzelnen Arbeitnehmer, noch ist die Höhe der von den Arbeitnehmern hinterzogenen Einkommensteuer im Urteil zu quantifizieren. Die Höhe der durch die Arbeitnehmer verkürzten Einkommensteuer ist bei der Verurteilung des Arbeitgebers weder für den Schuldspruch, noch für den Strafausspruch relevant. (BGHSt)

2. Das Nebeneinander von Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber und dem Bestehen einer Einkommensteuerschuld des Arbeitnehmers führt in steuerstrafrechtlicher Hinsicht dazu, dass die Hinterziehung der Lohnsteuer grundsätzlich eine „auf Zeit“ angelegte Tat ist, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles damit zu rechnen ist, dass nach der Vorstellung der Tatbeteiligten eine Veranlagung des Arbeitnehmers und daran anschließend eine Anrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfolgen sollte. Der Umfang der tatbestandlich verkürzten Lohnsteuern bemisst sich gleichwohl nach deren Nominalbetrag, der bei vollumfänglich illegalen Beschäftigungsverhältnissen auf der Grundlage des tatsächlich gezahlten Schwarzlohns nach den Steuersätzen der Lohnsteuerklasse VI, im Übrigen nach der jeweiligen Steuerklasse des betroffenen Arbeitnehmers zu berechnen ist. Dem Umstand, dass die lohnsteuerrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers im Ergebnis der Durchsetzung der einkommensteuerrechtlichen Pflichten des Arbeitnehmers dienen und insoweit derselbe Steueranspruch betroffen ist, ist allein bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen. (Bearbeiter)

3. In Fällen der Hinterziehung von Lohnsteuer „auf Zeit“, die tatsächlich freilich selten gegeben sein dürften, ist bei der Strafzumessung grundsätzlich zu beachten, dass sich die dem Fiskus auf Dauer entzogenen Steuern nach den tatsächlichen Verhältnissen der Arbeitnehmer bemessen. Das Tatgericht muss sich hierüber erkennbar bewusst sein; es ist indes nicht gehalten, hierzu umfangreiche Beweiserhebungen und Darlegungen anzustellen. Ist die genaue Berechnung der endgültig geschuldeten Einkommensteuern nicht ohne weiteres möglich, kann das Tatgericht von geschätzten, niedrigeren Durchschnittssteuersätzen ausgehen. Wird sowohl die Hinterziehung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber als auch dessen Beteiligung an der Hinterziehung von Einkommensteuer durch den Arbeitnehmer geahndet, muss das Tatgericht zudem erkennbar zum Ausdruck bringen, dass es sich dem Verhältnis von Lohn- und Einkommensteuer bewusst war; die Höhe der durch die einzelnen Hinterziehungstaten verkürzten Steuern darf namentlich nicht addiert werden. Nämliches gilt, soweit die Beteiligung des Arbeitnehmers an der Hinterziehung von Lohnsteuer einerseits und Einkommensteuer andererseits geahndet wird. (Bearbeiter)

4. Eine solche Hinterziehung der Lohnsteuer „auf Dauer“ ist regelmäßig dann gegeben, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer eine Schwarzlohnabrede treffen, sie sich mithin darüber einig sind, dass der Arbeitgeber für den gezahlten Barlohn weder Lohnsteuer, noch Sozialversicherungsbeiträge zahlen soll. In diesen Fällen sind die

Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht gegeben. Insoweit wird weder Lohnsteuer durch den Arbeitgeber einbehalten, noch wird – was dem Arbeitnehmer bekannt ist – Lohnsteuer an das Finanzamt abgeführt. Der Arbeitnehmer wird die Einkünfte aus dem illegalen Beschäftigungsverhältnis auch nicht gegenüber den Finanzbehörden erklären. Eine Anrechnung der Lohnsteuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG scheidet demnach aus. Die grundsätzlich für eine Hinterziehung auf Zeit sprechenden Gesichtspunkte des Lohnsteuerverfahrens, namentlich die Anrechnung der einbehaltenen Lohnsteuer auf die vom Arbeitnehmer geschuldete Einkommensteuer, sind in diesen Fällen nicht gegeben (vgl. bereits BGH NStZ 1987, 78). (Bearbeiter)

5. Als eine „auf Dauer“ angelegte Hinterziehung von Lohnsteuer wird regelmäßig auch der Fall anzusehen sein, dass der Arbeitgeber die Lohnsteuer vom Bruttoarbeitsentgelt des Arbeitnehmers einbehält, diese aber ohne Wissen des Arbeitnehmers nicht abführt. (Bearbeiter)

6. Beim Zusammentreffen der Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung ist nach § 52 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StGB der Strafzumessung der allein nach § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafraum des § 370 Abs. 1 AO zu Grunde zu legen. Die in § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO angesprochene Pflicht des Arbeitgebers ist kein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB (BGHSt 41, 1). (Bearbeiter)

#### **643. BGH 1 StR 116/11 – Beschluss vom 5. Mai 2011 (LG Bochum)**

BGHR; Regelbeispiel der Steuerverkürzung in großem Ausmaß bei der Steuerhinterziehung (Erörterungspflichten; Betragsgrenze; Billigung durch den Gesetzgeber; Wertungsfehler: Strafzumessung und angemessener Schuldausgleich, Bewährungsstrafen nach Hinterziehungen in Millionenhöhe, Verständigung, Negativattest, Protokollierungspflicht).

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 267 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO; Nr. 147 Abs. 1 Satz 3 RiStBV

1. Soweit dazu Anlass besteht, müssen die Urteilsgründe ergeben, ob Steuern in großem Ausmaß i.S.d. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO nach BGHSt 53, 71 (Betragsgrenzen 50.000 Euro bzw. 100.000 Euro) verkürzt sind. Sie müssen auch ergeben, weshalb trotz des Vorliegens dieses Regelbeispiels ein besonders schwerer Fall des § 370 Abs. 3 AO nicht angenommen wird (Fortführung von BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71). (BGHR)

2. Gemäß § 267 Abs. 3 Satz 3 StPO sind zwei Prüfungsschritte geboten:

a) Besteht Anlass, dass die im Straftatbestand aufgeführten Merkmale eines Regelbeispiels erfüllt sind, dann müssen die Urteilsgründe zunächst erkennen lassen, dass die rechtlichen Voraussetzungen des entsprechenden Merkmals geprüft wurden. Dieser erste Prüfungsschritt betrifft die Subsumtion unter ein gesetzliches Merkmal,

die der vollen rechtlichen Prüfung durch das Revisionsgericht unterliegt.

b) Wird trotz Bejahung des Merkmals gleichwohl von der Regelwirkung abgesehen, so ist die Wahl des (milderen) Strafrahmens nachvollziehbar darzulegen. Dieser zweite Prüfungsschritt ist Teil der zuvorderst dem Tatrichter obliegenden Strafrahmenswahl, die nur eingeschränkt der revisionsgerichtlichen Prüfung zugänglich ist. Insoweit gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Zwar kann die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels durch andere Strafzumessungsfaktoren kompensiert werden, doch müssen diese dann so schwer wiegen, dass die Anwendung des erschwerten Strafrahmens unangemessen erscheint. Ob dies so ist, kann der Strafrichter erst nach umfassender Abwägung aller Umstände entscheiden. Dabei dürfen jedenfalls die Umstände, welche das Regelbeispiel begründen, nicht unberücksichtigt bleiben; diese müssen vielmehr zunächst im Vordergrund der Abwägung stehen. (Bearbeiter)

3. Die Wahl des erhöhten Strafrahmens bedarf hingegen – grundsätzlich – keiner weiteren Begründung, wenn das gesetzliche Merkmal des Regelbeispiels eines besonders schweren Falles erfüllt ist. (Bearbeiter)

4. Beschränkt sich das Verhalten des Täters darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, dann ist das Merkmal bei einer Verkürzung in Höhe von 100.000 € erfüllt. Wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, liegt die Betragsgrenze bei 50.000 €. Diese Bestimmung der Betragsgrenzen durch den Senat hat der Gesetzgeber in den Beratungen zu dem Entwurf des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes (BT-Drucks. 17/4182 und 17/4802) gebilligt. (Bearbeiter)

5. Die nachträgliche Bezahlung der geschuldeten hinterzogenen Steuern ändert nichts an der Indizwirkung der Überschreitung der 100.000 €-Grenze für besonders schwere Fälle. Denn hierbei ist schon berücksichtigt, dass es lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs gekommen ist. (Bearbeiter)

6. Baut der Angeklagte besondere unternehmerische Strukturen auf, um seinen durchgehend steuerunehrlichen Handel zu betreiben, die in das „Tarnsystem“ eines grenzüberschreitenden, steuerunehrlichen Unternehmensgeflechts eingebunden sind, ist dies strafschärfend zu berücksichtigen. (Bearbeiter)

7. Steuerhinterziehung ist kein Kavaliärsdelikt und muss entsprechend bekämpft werden. Wird eine Freiheitsstrafe bei einer Hinterziehung in Millionenhöhe auf Bewährung ausgesetzt, kann für die Staatsanwaltschaft – auch im Rahmen der Dienstaufsicht – Anlass bestehen, ein Vorgehen nach Nr. 147 Abs. 1 Satz 3 RiStBV zu prüfen. Dem steht eine etwaige Verständigung gemäß § 257c StPO nicht entgegen. Denn auch dann darf das Ergebnis nicht unterhalb „der Grenze dessen liegen, was noch als schuldangemessene Sanktion hingenommen werden kann“ (BGHSt 50, 41, 50). (Bearbeiter)

### **681. BGH 1 StR 592/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG München II)**

Untreue durch eine Kreditaufnahme (Haushaltsuntreue; Vermögensbetreuungspflicht; Vermögensnachteil: Schutz des Vermögens durch ein Erfolgsdelikt; Untreuevorsatz).

§ 266 StGB; Art. 57 Abs. 1 BayGO; Art. 38 Abs. 1 BayGO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann Untreue im Sinne des § 266 StGB auch bei Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorgaben oder Prinzipien gegeben sein. § 266 StGB schützt jedoch als ein Vermögens- und Erfolgsdelikt nur das (private oder öffentliche) Vermögen des Geschäftsherrn oder Treugebers als Ganzes, nicht aber seine Dispositionsbefugnis. Deshalb begründet nicht jeder Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften einen Vermögensnachteil. Vielmehr bedarf es auch in Fällen pflichtwidriger Verfügungen über Haushaltsmittel der eigenständigen, wirtschaftlich nachvollziehbaren Feststellung, dass das Vermögen des Berechtigten im Ganzen in einer bestimmten Höhe unter Berücksichtigung der durch die Verfügung erlangten Vermögensmehrungen vermindert ist.

2. Dafür genügt es, wenn durch die Verpflichtung zur Zahlung von Kreditzinsen dem Haushalt ohne Gegenwert für die Gemeinde Mittel in Höhe dieser Zinsen endgültig und dauerhaft entzogen werden. Auf das angestrebte oder erhoffte wirtschaftliche Gesamtergebnis am Ende des Haushaltsjahres kommt es nicht an. Vage oder nur mittelbare Vorteile aus der – wenn auch von Anfang an beabsichtigten – Verwendung der Kreditmittel für kommunale Baumaßnahmen stellen keinen den Nachteil ausgleichenden vermögenswerten Vorteil dar.

### **676. BGH 1 StR 112/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Essen)**

Steuerhinterziehung (Einkommensteuer; Umsatzsteuer: umsatzsteuerfreie Leistungen; Taterfolg: objektive Zurechnung).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 4 Nr. 9a UStG; § 26 EStG

1. Im Falle einer durch Unterlassen begangenen Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) ist es rechtsfehlerhaft, das hypothetische Verhalten eines Dritten (hier die notwendige Mitwirkung der Ehefrau des Angeklagten an einer Änderung der Veranlagungswahl) für die Bestimmung des durch das Unterlassen bewirkten Taterfolgs zu berücksichtigen.

2. Zwar gesteht § 26 EStG jedem Ehegatten seine eigene Wahl der Veranlagungsart zu. Ehegatten können aber nur einheitlich – entweder zusammen oder getrennt – veranlagt werden.

3. Im Zusammenhang mit der Veräußerung des in seinem Eigentum stehenden Grundstücks erbrachte und in Rechnung gestellte Architektenleistungen sind nicht gemäß § 4 Nr. 9a UStG als von der Umsatzsteuer befreite Leistungen zu qualifizieren, selbst wenn sie beim Leistungsempfänger in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einbezogen worden sein sollten.

**731. BGH 4 StR 657/10 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Bielefeld)**

Handlungseinheit (Konkurrenzen) bei der Bestechlichkeit und Bestechung (Beendigung; Strafverfolgungsverjähmung); Untreue; Erstreckung des Erfolgs der Revision auf Mitangeklagte (Verfahrenshindernisse).

§ 332 Abs. 1 StGB; § 334 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 78a StGB; § 266 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 357 StPO

1. Mehrere Vorteilsannahmen stehen untereinander grundsätzlich im Verhältnis der Tatmehrheit. Eine tatbestandliche Handlungseinheit hinsichtlich aller aus einer Unrechtsvereinbarung erlangten Vorteile hat der Bundesgerichtshof nur anerkannt, wenn die Annahme auf eine Unrechtsvereinbarung zurückgeht, die den zu leistenden Vorteil genau festlegt, mag er auch in bestimmten Teilleistungen zu erbringen sein (BGHSt 41, 292, 302; 47, 22, 30; BGH wistra 2008, 29).

2. Es ist anerkannt, dass § 357 StPO auch dann anzuwenden ist, wenn die Aufhebung des Urteils wegen Fehlens einer von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensvoraussetzung oder des Vorliegens von Verfahrenshindernissen erfolgt (st. Rspr.).

**640. BGH 5 StR 463/10 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Berlin)**

Vorsätzlicher unerlaubter Großhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln; Arzneimittelbegriff (zur Anwendung am Menschen zu Heilzwecken bestimmt); Apotheker.

§ 2 Abs. 1 AMG; § 95 Abs. 1 Nr. 5 AMG; § 47 Abs. 1 AMG; § 29 Abs. 1 Nr. 2 GÜG aF; § 19 Abs. 1 Nr. 2 GÜG; § 47 AMG; § 96 AMG

1. Maßgeblich dafür, ob ein Stoff zur Anwendung am Menschen zu Heilzwecken bestimmt ist (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG), sind in erster Linie objektive Kriterien, nämlich

welche Zweckbestimmung dem Stoff nach der Verkehrsanschauung zukommt. Subjektive Elemente, also die Berücksichtigung der vom Hersteller oder dem Abgebenden verfolgten Ziele, können allenfalls dann zur Einordnung herangezogen werden, wenn sich – wie bei neuartigen Arzneimitteln – noch keine Verkehrsanschauung gebildet hat. Die subjektive Zweckbestimmung dient im Übrigen lediglich einer – angesichts der erheblichen Weite des Tatbestands notwendigen – Begrenzung seines Anwendungsbereichs.

2. Täter des unerlaubten Großhandels mit Arzneimitteln (§ 95 Abs. 1 Nr. 5 AMG) kann auch ein Apotheker sein. Der Schutzzweck des § 47 AMG erfordert es, auch einem Apotheker zu verbieten, sich als Großhändler zu betätigen und Arzneimittel an nicht zugelassene Händler weiter zu vertreiben.

3. Eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AMG wird nicht durch die (mildere) Strafvorschrift des § 96 Nr. 14 AMG ausgeschlossen, denn die Bestimmung des § 96 Nr. 14 AMG ist insoweit nicht das speziellere Gesetz.

**727. BGH 4 StR 169/11 – Beschluss vom 28. April 2011 (LG Münster)**

Aufklärungshilfe (Verfahrensrüge; Reichweite).  
§ 31 BtMG

1. Die Rüge der Nichtanwendung des § 31 BtMG setzt eine zulässige Verfahrensrüge voraus.

2. Von einer Aufklärungshilfe im Sinne des § 31 Nr. 1 BtMG ist nicht bereits dann auszugehen, wenn der Angeklagte eine Person benannt hat, die nach seiner nicht bewiesenen Darstellung als (Mit-)Täter in Frage kommt. Voraussetzung ist vielmehr die Überzeugung des Tatrichters, dass die Darstellung des Angeklagten über die Beteiligung des anderen an der Tat zutrifft. Der Grundsatz in dubio pro reo gilt insoweit nicht.

HRRS-Praxishinweis

# Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick

Praktische Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09 u. a. – HRRS 2011 Nr. 488

Von Vors. Richter am LG Dr. Andreas Mosbacher, Berlin

## A. Die aktuellen Folgen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts

### I. Einleitung und Überblick

Mit Urteil vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a., HRRS 2011 Nr. 488) hat das BVerfG nahezu alle Regelungen über die Anordnung von Sicherungsverwahrung für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Ebenso unvereinbar mit dem Grundgesetz sind nach dem Urteil des BVerfG Regelungen, die Rückwirkungsfälle betreffen, also die rückwirkende Verlängerung von Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus bei Anlasstaten vor dem 31. Januar 1998 und die Fälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung. Allerdings bleiben sämtliche mit dem Grundgesetz unvereinbaren Regelungen bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber, höchstens bis 31. Mai 2013, weiterhin anwendbar. Die Anwendung unterliegt allerdings unterschiedlichen Einschränkungen, die für Rückwirkungsfälle weitergehen als in den anderen Fällen. Der 5. Strafsenat des BGH hat in seiner Leitsatzentscheidung vom 23. Mai 2011 – 5 StR 394/10 u. a. = HRRS 2011 Nr. 637 (in diesem Heft) – die Entscheidung des BVerfG umgesetzt.

Im Folgenden wird versucht, die praktischen Konsequenzen des Urteils des BVerfG (und der Entscheidung des BGH) aufzuzeigen und die derzeit bestehende Rechtslage nach den Änderungen durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitender Regelungen (vom 22. 12. 2010, BGBl. I. S. 2300) und dem Urteil des BVerfG für die Anordnung, Invollzugsetzung und Fortdauerüberprüfung darzustellen. Zu unterscheiden sind aufgrund der gesetzlichen Regelung dabei ganz verschiedene Konstellationen.

Vorab aber die wichtigsten Konsequenzen für aktuell anstehende Entscheidungen bezüglich der Anordnung, Invollzugsetzung oder Fortdauer von Sicherungsverwahrung:

*1. Alle bislang geltenden Vorschriften sind weiterhin, längstens bis 31. Mai 2013 anwendbar. Es gibt aber erhebliche inhaltliche Einschränkungen.*

*2. Die Anordnung von Sicherungsverwahrung und der Vorbehalt von Sicherungsverwahrung (sowie Fortdauerentscheidungen) sind nur noch möglich, wenn neben den jeweiligen gesetzlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt gewahrt ist; in aller Regel muss die Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten sein.*

*3. Nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Fortdauer von Sicherungsverwahrung in Altfällen (Anlasstat vor 31. 1. 1998) über 10 Jahre hinaus (sowie bei nachträglicher Sicherungsverwahrung) dürfen nur noch angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet.*

*4. In Fällen des Vollzugs nachträglicher Sicherungsverwahrung und Sicherungsverwahrung in Altfällen (Anlasstat vor 31. 1. 1998) über 10 Jahre hinaus muss unverzüglich eine Überprüfung stattfinden, ob die Voraussetzungen der Fortdauer einer Sicherungsverwahrung noch vorliegen, anderenfalls spätestens zum 31. 12. 2011 die Freilassung angeordnet werden muss. Die Überprüfungsfrist beträgt in diesen Fällen nunmehr 1 Jahr, bei § 7 Abs. 2 JGG sogar nur 6 Monate.*

### II. Die neue Rechtslage nach der Entscheidung des BVerfG im Überblick

Im Kern verlangt die BVerfG-Entscheidung bei den nunmehr zu treffenden Entscheidungen über Anordnung, Vollzug und Fortdauer von Sicherungsverwahrung aufgrund der Verfassungswidrigkeit der Regelungen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes einen erhöhten Maßstab bei der Prognose zu erwartender Taten und teils bei der Diagnose. Hier sind zwei Fallgruppen von Entscheidungen zu unterscheiden.

**1. Fallgruppe: Alle Konstellationen ohne verschärfte Vertrauensschutzproblematik**

In der ersten Fallgruppe ist bei allen Entscheidungen neben den bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen die *Gefahr notwendig, dass der Betroffene schwere Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird*. Dies gilt nach dem für folgende Entscheidungen:

- a) Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB n. F. und § 66 StGB a. F.
- b) Vorbehalt der Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 1 und 2 StGB n. F., § 66a Abs. 1 StGB a. F., § 106 Abs. 3 S. 2 und 3 JGG n. F. und § 106 Abs. 3 S. 2 und 3 JGG a. F.
- c) Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 3 StGB n. F., § 66a Abs. 2 StGB a. F., § 106 Abs. 3 S. 2 und 3 JGG n. F., § 106 Abs. 3 S. 2 und 3 JGG a. F.
- d) Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus mangels Krankheit gemäß § 66b StGB n. F., § 66b Abs. 3 StGB a. F., § 7 Abs. 3 JGG n. F., § 7 Abs. 3 JGG a. F. sowie § 106 Abs. 6 JGG n. F. und § 106 Abs. 6 JGG a. F.
- e) Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 2, 3 StGB
- f) Entscheidung über den Vollzug von Sicherungsverwahrung nach § 67c Abs. 1 StGB

*Hinweis:* Nicht ganz klar wird aus dem Urteil des BVerfG, ob der erhöhte Prognosemaßstab auch für alle Entscheidungen gilt, in denen es um die „Invollzugsetzung“ einer rechtskräftig angeordneten (§ 67c Abs. 1 StGB) und die Fortdauer bereits vollzogener Sicherungsverwahrung geht. Ausdrücklich für mit dem GG unvereinbar erklärt sind insoweit „nur“ § 67d Abs. 2 Satz 1 (soweit zur Anordnung der Fortdauer von Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus in „Altfällen“ ermächtigend) und Abs. 3 Satz 1 StGB; nur insoweit gilt nach dem Tenor, dass diese Vorschriften „nach Maßgabe der Gründe“ anwendbar bleiben. Indes betrifft die Entscheidung des BVerfG ersichtlich das Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung, wobei auch die Frage des Übergangs von Strafhaft in Sicherungsverwahrung und laufende Überprüfungsverfahren angesprochen werden (Urteil Rdn. 169 und 171).

Es erschiene wertungswidersprüchlich, wenn nach der Entscheidung des BVerfG zwar die Anordnung von Sicherungsverwahrung nur bei der Prognose schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten möglich wäre, die „Invollzugsetzung“ oder Fortdauer von diesem geänderten Maßstab hingegen gänzlich unberührt bliebe. Auch in Hinblick auf die Unvereinbarkeitserklärung bezüglich der Überprüfungsvorschriften in § 67d Abs. 2 und 3 StGB und die Unvereinbarkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung mit dem „Abstandsgebot“ erscheint es daher richtig, bei *sämtlichen Entscheidungen* über die Anordnung, den Vorbehalt, die „Invollzugsetzung“ und die Fortdauer von Sicherungsverwahrung in verfassungskon-

former Auslegung der entsprechenden Vorschriften (wie etwa § 67c Abs. 1 StGB) den *erhöhten Prognosemaßstab* des BVerfG zugrunde zu legen.

**2. Fallgruppe: Alle Konstellationen, die mit Vertrauensschutz unvereinbar sind**

In der zweiten Fallgruppe ist bei allen Entscheidungen neben den bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen die *Prognose höchster Gefahr notwendig, dass der Betroffene schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird und dies auf einer psychischen Störung i. S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG beruht*. Dies gilt für folgende Entscheidungen:

- a) Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 2 StGB a. F. oder nach § 7 Abs. 2 JGG
- b) Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus in „Altfällen“ (=Anlasstat vor dem 31. 1. 1998) nach § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB (Überprüfungsfrist nunmehr 1 Jahr)
- c) Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in Fällen des Vollzugs nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 2 StGB a. F. (Überprüfungsfrist nunmehr 1 Jahr) oder nach § 7 Abs. 2 JGG (Überprüfungsfrist nunmehr 6 Monate)
- d) Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 StGB a. F. oder nach § 106 Abs. 5 JGG
- e) Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in Fällen des Vollzugs nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 StGB a. F. (Überprüfungsfrist nunmehr entsprechend § 66b Abs. 2 StGB a. F. 1 Jahr) oder nach § 106 Abs. 5 JGG (Überprüfungsfrist nunmehr entsprechend § 7 Abs. 2 JGG 6 Monate)

*Hinweis:* Nicht ganz klar ist, weshalb das BVerfG die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung bei Erwachsenen nach § 66b Abs. 1 StGB a. F. und bei Heranwachsenden nach § 106 Abs. 5 JGG nicht der 2. Fallgruppe zugeschlagen hat, denn auch hier kann es sich um Fälle rückwirkender nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung handeln, also um Altfälle, in denen die Betroffenen wegen ihrer Anlasstaten bereits vor Inkrafttreten der jeweils einschlägigen Neuregelung verurteilt wurden (vgl. Urteil Rdn. 148; Bsp.: Urteil vom 1. 6. 2004 zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, jetzt Prüfung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 StGB a. F.).

Der Unterschied scheint bezüglich § 66b Abs. 1 StGB a. F. darin zu liegen, dass § 66b Abs. 2 StGB und § 7 Abs. 2 JGG jeweils langjährige Freiheitsstrafen verlangen, also praktisch ausgeschlossen erscheint, dass die Verurteilung nach Inkrafttreten der Neuregelungen (2004/2008) erfolgt ist (vgl. Urteil Rdn. 148 f.). Gleiches gilt aber auch für § 106 Abs. 5 JGG, weshalb die Ungleichbehandlung mit § 66b Abs. 2 StGB und § 7 Abs. 2 JGG nicht nachvollziehbar erscheint (§ 106 Abs. 5 JGG und § 66b Abs. 2 StGB a. F. sind mit ähnlichem Inhalt durch das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004, BGBl. I S. 1838 mit Wirkung zum 29. Juli 2004 eingeführt worden).

Es empfiehlt sich deshalb, bei § 66 Abs. 1 StGB a. F. und § 106 Abs. 5 JGG den erhöhten Prognosemaßstab wie bei § 66b Abs. 2 StGB a. F. und § 7 Abs. 2 JGG anzulegen, auch wenn dies nicht ausdrücklich im Tenor der BVerfG-Entscheidung angeordnet ist, weil insoweit die gleichen Gründe für ein Überwiegen von Vertrauensschutz sprechen (verfassungskonforme Auslegung).

### III. Die Veränderungen des Prognosemaßstabs im Einzelnen

#### 1. Prognose der Gefahr schwerer Gewalt- und Sexualstraftaten bei Entscheidungen nach Fallgruppe 1 (ohne erhöhten Vertrauensschutz)

Für die unter oben II. 1. genannten Entscheidungen bleibt es bei der Fortgeltung bisherigen Rechts, allerdings nach Maßgabe der Gründe des Urteils des BVerfG (Rdn. 172, Hervorhebungen durch Verf.):

„...während der Dauer ihrer Weitergeltung [muss] bei der Rechtsanwendung der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung um einen verfassungswidrigen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG handelt. Der hohe Wert des Freiheitsgrundrechts beschränkt das übergangsweise zulässige Eingriffsspektrum. Während der Übergangszeit dürfen Eingriffe nur soweit reichen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung des betroffenen Lebensbereichs aufrechtzuerhalten. Dabei ist gegebenenfalls eine verfassungskonforme Auslegung des Normgehalts zu beachten. Die Regelungen dürfen nur nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an die Gefahrprognose und die gefährdeten Rechtsgüter. In der Regel wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur unter der Voraussetzung gewahrt sein, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.“

In allen laufenden Verfahren, in denen es um die Anordnung der Sicherungsverwahrung, deren Vorbehalt oder die Fortdauer geht, muss die Entscheidung des Gerichts und die Begutachtung durch einen Sachverständigen die erhöhten Maßstäbe des Urteils des BVerfG berücksichtigen. Die Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führt in der Regel zu einer Veränderung des Prognosemaßstabes.

#### a) Grundlage der Prognose

Grundlage der Prognose müssen „konkrete Umstände in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen sein“, was allerdings bisherigem Standard entsprechen dürfte. Denn schon bislang waren allein statistische Erkenntnisse unzureichend (vgl. BGH NStZ 2009, 323 = HRRS 2009 Nr. 402). Sämtliche sonstigen Umstände, die schon bis-

her bei der Prognoseentscheidung einer Gesamtwürdigung unterzogen worden mussten (wie etwa Vorstrafen, Deliktusbild, Rückfallgeschwindigkeit, psychische Störungen, Vollzugsverhalten), sind „konkrete Umstände in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen.“ Es wird sicher hilfreich sein, die Grundlagen der Prognose konkreter als bislang an Person und Verhalten des Betroffenen konkret festzumachen und dies ausdrücklich im Gutachten zu formulieren.

#### b) Maßstab der Prognose

Maßstab der Prognose dürfen nur noch „schwere Gewalt- und Sexualstraftaten“ sein (im Gegensatz zu „schwersten Gewalt- und Sexualstraftaten“, vgl. Tenor zu III. 2. a). Das Merkmal ist demjenigen in § 67d Abs. 3 StGB ähnlich („erhebliche Straftaten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“), wohl aber nicht ganz deckungsgleich. Wenn man versucht, zur Orientierung einen Straftatenkatalog zu erstellen, dürfte sich am ehesten folgendes Verfahren anbieten:

Anhaltspunkte zur Auslegung der Begriffe „schwere“ und „schwerste“ Gewalt- und Sexualstraftaten enthält die systematisch abgestufte Staffelung der Anlassdelikte in §§ 66 f. StGB. Danach sind grob gesehen drei Deliktskategorien zu unterscheiden: Vorsätzliche Straftaten aus dem Katalog des § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB n.F., die die Verhängung von Sicherungsverwahrung bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen rechtfertigen können; besonders schwere Verbrechen, insbesondere Gewalt- und Sexualdelikte, die nach § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB die Verhängung der Sicherungsverwahrung unter erleichterten Bedingungen ermöglichen; schwerste Gewalt- und Sexualstraftaten nach § 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB, die bereits bei erstmaliger Verurteilung den Vorbehalt von Sicherungsverwahrung ermöglichen.

Um den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht zu werden, empfiehlt es sich, möglichst nahe an dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung die Auslegung der vom BVerfG genannten Begriffe „schwere“ und „schwerste“ Gewalt- und Sexualstraftaten vorzunehmen. Vorgeschlagen wird hier, die zweite Kategorie (also Taten im Sinne von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB) als „schwere“ und die dritte Kategorie (§ 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB) als „schwerste“ Gewalt- und Sexualstraftaten zu begreifen. Der Deliktskatalog bedarf dabei allerdings jeweils einer besonderen Untersuchung, ob es sich bei den Delikten tatsächlich um „Gewalt- und Sexualstraftaten“ handelt und sie auch wirklich schwer wiegen. Im Einzelnen:

Schwere Gewaltstraftaten sind nach der Wertung in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB zumindest alle Verbrechen, die sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und in schwerwiegender Weise gegen die persönliche Freiheit richten. Hierzu zählen wohl:

- Mord (§ 211 StGB), Totschlag, auch im minder schweren Fall (§§ 212, 213 StGB), schwere Fälle der Aussetzung (§ 221 Abs. 2 und 3 StGB),
- schwere Fälle der Misshandlung von Schutzbedingten (§ 225 Abs. 3 StGB), Schwere Körper-

verletzung (§ 226 StGB), Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB),

- Menschenhandel in qualifizierten Fällen (§§ 232 Abs. 3, 233 Abs. 3 i. V. m. § 232 Abs. 3 StGB), Menschenraub (§ 234 StGB), Verschleppung (§ 234a StGB), Entziehung Minderjähriger in qualifizierten Fällen (§ 235 Abs. 4 und 5 StGB), Nachstellung mit Todesfolge (§ 238 Abs. 3 StGB), Freiheitsberaubung in qualifizierten Fällen (§ 239 Abs. 3 und 4 StGB), Erpresserischer Menschenraub (§ 239a StGB), Geiselnahme (§ 239 StGB)
- Raub (§ 249 StGB), schwerer Raub (§ 250 StGB), Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB), Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB), Räuberische Erpressung (§ 255 StGB).

Zu schweren Gewalttaten dürften nicht nur diejenigen mit unmittelbarer Personengewalt, sondern auch besonders schwerwiegende *gemeingefährliche Straftaten* jedenfalls dann zählen, wenn sie unmittelbare Auswirkungen auf Leib und Leben haben. Hierzu dürften allerdings nicht alle Verbrechen aus dem 28. Abschnitt zählen, sondern nur folgende:

- Besonders schwere Brandstiftung (§ 306b StGB), Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c StGB), schwere Fälle des Herbeiführens einer Explosion durch Kernenergie, soweit Leib und Leben eines Menschen gefährdet werden (§ 307 Abs. 1 und 3 StGB), schwere Fälle des Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion, soweit Leib und Leben eines Menschen gefährdet werden (§ 308 Abs. 1 bis 3 StGB), schwere Fälle des Missbrauchs ionisierender Strahlen (§ 309 Abs. 1 bis 4 StGB), gemeingefährliche Vergiftung (§ 314 StGB),
- besonders gefährliche Eingriffe in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr (§ 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB), besonders gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (§ 315b Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB), Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a StGB), Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 1 und 2 StGB), besonders schwere Beschädigung wichtiger Anlagen (§ 318 Abs. 3 und 4 StGB)

Zu den *schweren Sexualstraftaten* dürften alle Verbrechen aus dem 13. Abschnitt des StGB zählen, also:

- Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (§ 176a StGB), Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176b StGB), Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung (§ 177 StGB), Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 178 StGB), schwere Fälle des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen (§ 179 Abs. 5 und 7 StGB).

Ausgehend von der gesetzgeberischen Wertung in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB n. F. dürften zu den „schweren Gewalt- oder Sexualstraftaten“ auch noch diejenigen Verge-

hen zählen, die in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB aufgezählt sind, sofern erhebliche Delikte in diesem Bereich zu erwarten sind. Als Kriterium für die „Schwere“ der Tat dürfte zudem wichtig sein, ob für das Delikt eine *erhöhte Mindeststrafe* angedroht wird. Dazu zählen demnach folgende *Vergehen*:

- § 174 Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen), § 174a StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen etc.), § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung), § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung bestimmter Verhältnisse), § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern), § 179 Abs. 1 bis 4 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)
- § 224 StGB (gefährliche Körperverletzung), § 225 Abs. 1 und 2 StGB (Misshandlung von Schutzbefohlenen)

Auch eine vorsätzliche Tat des *Vollrauschs* (§ 323a StGB) kann eine schwerwiegende Gewalt- und Sexualstraftat sein, wenn die im Rausch begangene rechtswidrige Tat aus dem Katalog der eben genannten Delikte stammt (vgl. zur Gleichsetzung auch § 66 Abs. 3 S. 1 StGB). Verbrechen nach dem *Völkerstrafgesetzbuch* stellen ebenfalls schwere Gewalttaten dar.

*Nicht ausreichen* dürfte als Prognosetat hingegen der bloße Verstoß gegen Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht (vgl. § 66 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB n. F.); dies stellt keine „Gewalt- oder Sexualstraftat“ dar. Gleiches gilt für Straftaten nach dem 1. oder 7. Abschnitt des StGB oder nach dem Betäubungsmittelgesetz (dort ist kennzeichnend das Einverständnis des Konsumenten mit dem eigentlich zu verhindernden BtM-Konsum, weshalb eine „Gewalttat“, die eine Willensbeugung voraussetzt, regelmäßig ausscheidet

Im Ergebnis erfährt der Katalog des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB damit weitere Einschränkungen, die der Begrifflichkeit des Bundesverfassungsgerichts und der strikten Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geschuldet sind. Bei der Gefahrprognose ist stets zu bedenken, inwieweit möglichen Gefahren durch Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

## 2. Prognose hochgradiger Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten und Diagnose psychischer Störung bei Entscheidungen nach Fallgruppe 2 (erhöhter Vertrauensschutz)

Entscheidungen, die nach Fallgruppe 2 anstehen, sind nach III. 2. a) des Urteilstenors besonderen Restriktionen unterworfen, weil die entsprechenden Vorschriften mit dem Vertrauensschutzgebot unvereinbar sind. Die Anordnung oder Fortdauer von Sicherungsverwahrung ist in solchen Fällen nur möglich, wenn eine *hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet*.

**a) Hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten**

Der erste Teil dieser Einschränkung entspricht nahezu wörtlich den Kriterien zur Fortdauer der Sicherungsverwahrung in Altfällen über zehn Jahre hinaus gemäß der Grundsatzentscheidung des 5. Strafsenats des BGH (Beschl. v. 9. 11. 2010 – 5 StR 394/10 u. a. = HRRS 2010 Nr. 1043) und den bisherigen Entscheidungen des LG Berlin in solchen Fällen (vgl. etwa Beschl. v. 4. April 2011 – 598 StVK 360/10 m. w. N.).

Die Anforderungen an die Prognose sind hier in mehrfacher Hinsicht im Vergleich zu den Anforderungen bei der Verhängung anfänglicher Sicherungsverwahrung verschärft. Anstatt einer „Gefahr“ muss eine „hochgradige Gefahr“ bestehen. Dies betrifft den erhöhten Wahrscheinlichkeitsgrad drohender Straftaten. Die Wahrscheinlichkeit muss besonders groß sein, es muss ganz nahe liegen, dass der Betroffene im Falle einer Entlassung solche Taten begehen wird. Das LG Berlin hat dieses Kriterium dergestalt umschrieben, dass davon solche Täter betroffen sind, denen nach den Ergebnissen der Begutachtung

*„...gleichsam ‚auf die Stirn geschrieben steht‘, dass sie bei einer Entlassung aus dem Vollzug alsbald schwerwiegende Gewalttaten begehen werden.“ (LG Berlin a. a. O.).*

Eine solche hochgradige Gefahr kann etwa in Betracht kommen sein, wenn langjährige Haftaufenthalte wegen schwerwiegender Gewalt- und Sexualstraftaten jeweils nur durch sehr kurze Aufenthalte in Freiheit „unterbrochen“ wurden und keinerlei Verhaltensänderung ersichtlich ist. Wer bislang stets kurze Zeit nach Entlassung aus dem Freiheitsentzug schwerwiegende Gewalt- oder Sexualstraftaten begangen hat, bei dem liegt hochgradig nahe, dass er dies im Falle erneuter Entlassung wieder tun wird (sofern keine relevante Änderung eingetreten ist). Bei der Gefahrprognose ist stets zu bedenken, inwieweit möglichen Gefahren durch Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

Prognosegrundlage dürfen – wie oben ausgeführt – nicht bloße Vermutungen oder statistische Zusammenhänge sein; die Prognose muss vielmehr (wie bislang, s. o.) aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten sein.

Bezugspunkt der Prognose müssen *schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten* sein. Hierfür kann der Katalog des § 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. Anhaltspunkte bieten, denn dort hat der Gesetzgeber diejenigen Straftaten genannt, deren Begehung ganz besonders schwer wiegt und bei denen das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit ganz besonders hoch ist. Darunter zählen jedenfalls alle Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung. Zu fordern ist als Einschränkung, dass die prognostizierten Taten auch im Einzelfall besonders schwer wiegen, also mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren zu rechnen sein dürfte. Nur durch diese konkrete Betrachtung (vgl. zu einer ähnlichen Prognose § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO) kann eine Beschränkung auf

schwerste Gewalt- und Sexualdelikte erreicht werden. Bei den gemeingefährlichen Straftaten ist eine Beschränkung auf solche Verbrechen notwendig, die konkrete Angriffe auf Leib und Leben beinhalten. Insgesamt dürften folgende Straftaten von Belang sein:

- Mord (§ 211 StGB), Totschlag, auch im minder schweren Fall (§§ 212, 213 StGB), schwere Fälle der Aussetzung (§ 221 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 StGB),
- schwere Fälle der Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 Abs. 3 StGB), Schwere Körperverletzung (§ 226 StGB), Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB),
- Freiheitsberaubung in qualifizierten Fällen (§ 239 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 StGB), Erpresserischer Menschenraub (§ 239a StGB), Geiselnahme (§ 239 StGB)
- schwerer sexueller Missbrauch von Kindern in schweren Fällen (§ 176a Abs. 2, 3, 5 StGB), Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176b StGB), Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung in besonders schweren oder qualifizierten Fällen (§ 177 Abs. 2 bis 4 StGB), Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 178 StGB), schwere Fälle des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen (§ 179 Abs. 5 und 7 StGB).

Hinzu kommen nach § 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. und der o. g. Einschränkung bestimmte Delikte des 28. Abschnitts sowie schwere Taten des Raubes, räuberischen Diebstahls oder der räuberischen Erpressung. Im Einzelnen also:

- Besonders schwere Brandstiftung (§ 306b StGB), Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c StGB), schwere Fälle des Herbeiführens einer Explosion durch Kernenergie, soweit Leib und Leben eines Menschen gefährdet werden (§ 307 Abs. 1 und 3 StGB), schwere Fälle des Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion, soweit Leib und Leben eines Menschen gefährdet werden (§ 308 Abs. 1 bis 3 StGB), schwere Fälle des Missbrauchs ionisierender Strahlen (§ 309 Abs. 1 bis 4 StGB), gemeingefährliche Vergiftung (§ 314 StGB), Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a StGB), Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 1 und 2 StGB)
- schwerer Raub (§ 250 StGB), Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB), auch in Verbindung mit räuberischem Diebstahl (§ 252 StGB) oder räuberischer Erpressung (§ 255 StGB).

Auch eine vorsätzliche Tat des *Vollrauschs* (§ 323a StGB) kann eine schwerste Gewalt- oder Sexualstraftat sein, wenn die im Rausch begangene rechtswidrige Tat aus dem Katalog der eben genannten Delikte stammt (vgl. zur Gleichsetzung auch § 66 Abs. 3 S. 1 StGB). In der Praxis kommen Fälle vor, in denen mehrfach Tötungen

im Vollrausch begangen wurden (vgl. LG Berlin, Beschl. v. 11. 10. 2010 – 598 StVK 289/10). Gerade bei diesen Tätern kann die hochgradige Gefahr schwerster Gewalttaten bestehen (abzustellen ist bei der Beurteilung der Schwere auf die rechtswidrige Tat, nicht auf die persönliche Schuld des Täters).

## b) Psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

Um den Anforderungen der EMRK weitestgehend zu entsprechen, darf bei Entscheidungen nach Fallgruppe 2 Sicherungsverwahrung oder deren Fortdauer nur angeordnet werden, wenn der Betroffene an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG leidet. Diese Vorschrift knüpft an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK an. Fraglich ist dabei einerseits, was unter einer solchen „psychischen Störung“ zu verstehen ist, und andererseits, in welchem Verhältnis die Störung zu prognostizierten Taten oder gar der Anlasstat stehen muss.

Nach § 1 Abs. 1 ThUG ist in Fällen der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung aufgrund des Rückwirkungsverbots die Unterbringung dieser Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung möglich, wenn sie an einer psychischen Störung leidet und eine Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse ergibt, dass sie infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird, und die Unterbringung zur Sicherung der Allgemeinheit erforderlich ist.

Den Begriff der „psychischen Störung“ definiert das ThUG nicht. Das BVerfG führt zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK Folgendes aus (Urteil Rdn. 152 f., Hervorhebungen durch Verf.):

„Das für diese Gewährleistung, soweit hier von Belang, zentrale Tatbestandsmerkmal des "unsound mind" setzt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte voraus, dass es sich um eine *zuverlässig nachgewiesene psychische Störung* ("true mental disorder") handelt, die *eine zwangsweise Unterbringung erfordert* ("warranting compulsory confinement"), und die *fortdauert* ("the validity of continued confinement must depend upon the persistence of such a disorder"). Eine abschließende Definition des Begriffs "true mental disorder" existiert nicht. Lediglich sozial abweichendes Verhalten stellt allerdings keine Störung im Sinne dieser Vorschrift dar. Eine dissoziale Persönlichkeitsstörung oder eine Psychopathie ("anti-social personality" oder "psychopathic disorder") können jedoch darunter fallen. Bei der Beurteilung der Frage, ob das Erfordernis der psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK und ihrer Fortdauer erfüllt ist, besitzen die Mitgliedstaaten zudem einen Beurteilungsspielraum. Die Vorschrift verweist auf das nationale Recht.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK verlangt darüber hinaus, dass die gesetzlichen Regelungen des betreffenden Anordnungs- oder Überprüfungsverfahrens die Feststellung einer psychischen Störung im Sinne einer ausdrücklichen Tatbestandsvoraussetzung vorsehen.“

Entscheidend kommt es für die Auslegung des Begriffs der „psychischen Störung“ nach Auffassung des BVerfG auf das Verständnis des deutschen Gesetzgebers an, das seinen Ausdruck in § 1 Abs. 1 ThUG gefunden hat. Zur Auslegung des Begriffs ist, da es sich um ein ganz neues Gesetz handelt, maßgeblich auf die Gesetzesmaterialien zurückzugreifen. In der Gesetzesbegründung zu § 1 ThUG heißt es (BT-Drucks. 17/3403 S. 52 f.):

„Weitere und ganz zentrale Voraussetzung für die Anordnung der Therapieunterbringung ist das Vorliegen einer „psychischen Störung“ und einer daraus resultierenden Gefährlichkeit der betroffenen Person (Nummer 1), die ihre Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich machen muss (Nummer 2). Damit knüpft die Regelung an die vom EGMR zu Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK entwickelten Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung an. Die genannte Bestimmung der EMRK erlaubt ausdrücklich eine Freiheitsentziehung „bei psychisch Kranken“ (in der englischen Fassung „persons of unsound mind“ und in der französischen Fassung „d'un aliéné“). Schon die Menschenrechtskommission hatte unter diesen Begriff auch abnorme Persönlichkeitszüge gefasst, die nicht einer Geisteskrankheit gleichkommen. In einem Urteil aus dem Jahre 2003 stellte der EGMR klar, dass auch ein weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters ausreichen kann und betonte, dass eine fehlende Behandelbarkeit im klinischen Sinne nicht zu einer Freilassung zwingt, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit bestehe. 2004 gelangte der EGMR zu der Feststellung, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Straftäters eine (auch) auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK gestützte Unterbringung nicht ausschließe.

In diesem Sinne ist auch der Begriff der „psychischen Störung“ in Nummer 1 zu verstehen, der sich zugleich an die Begriffswahl der heute in der Psychiatrie genutzten Diagnoseklassifikationssysteme ICD- 10 (Internationale Statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der WHO, 10. Revision, Kapitel V) bzw. DSM- IV (Diagnostisches und Statistisches Handbuch Psychischer Störungen der Amerikanischen Psychiatrischen Vereinigung, 4. Auflage) anlehnt. Die Annahme einer der im ICD- 10 bzw. DSM- IV aufgeführten Diagnosen erfordert, dass sich ein klinisch erkennbarer Komplex von solchen Symptomen

oder Verhaltensauffälligkeiten zeigt, die mit Belastungen und Beeinträchtigungen auf der individuellen und oft auch der kollektiven oder sozialen Ebene verbunden sind. Soziale Abweichungen oder soziale Konflikte allein, ohne persönliche Beeinträchtigungen der betroffenen Person, werden danach nicht als eine psychische Störung bezeichnet. Spezifische Störungen der Persönlichkeit, des Verhaltens, der Sexualpräferenz, der Impuls- oder Triebkontrolle hingegen können sich als psychische Störung darstellen. Dies gilt insbesondere für die dissoziale Persönlichkeitsstörung und verschiedene Störungen der Sexualpräferenz, etwa die Pädophilie oder den Sadomasochismus. Letztlich deckt der Begriff der „psychischen Störung“ ein breites Spektrum von Erscheinungsformen ab, von denen nur ein Teil in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis als psychische Erkrankung gewertet wird.“

Damit ist der Begriff der „psychischen Störung“ sehr viel weitgehender als derjenige der schweren anderen seelischen Abartigkeit oder derjenige der krankhaften seelischen Störung i. S. von § 20 StGB. Störungen von solcher Schwere, wie es § 20 StGB erfordert, verlangt der Begriff nach Auffassung des zur Konkretisierung des Begriffs zuständigen deutschen Gesetzgebers eindeutig nicht. Der BGH hat in seiner jüngsten Entscheidung zur Umsetzung des BVerfG-Urteils folgendes ausgeführt:

„Der Senat merkt an, dass eine derartige psychische Störung, die – klar abweichend von den Voraussetzungen für eine Unterbringung nach § 63 StGB – nicht zu einer Einschränkung der Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB geführt haben muss, nach den Erkenntnissen aus den Vorlegungsbeschlüssen der Oberlandesgerichte in allen drei verbundenen Sachen im Hinblick auf Persönlichkeitsstörungen der betroffenen Sicherungsverwahrten vorliegen dürfte.“ (BGH Beschl. v. 23. Mai 2011 – 5 StR 394/10 u. a., HRRS 2011 Nr. 637, Rdn. 7).

Anknüpfungspunkt für die Diagnostik sind die Klassifikationssysteme des ICD-10 und des DSM-IV. Lässt sich das diagnostizierte Störungsbild eindeutig einer der dort genannten spezifischen psychischen Störungen zuordnen, liegt grundsätzlich eine psychische Störung nahe. Der Gesetzgeber weist (s. o.) darauf hin, dass sich dabei ein klinisch erkennbarer Komplex von Symptomen oder Verhaltensauffälligkeiten zeigen muss, die mit Belastungen und Beeinträchtigungen auf der individuellen, kollektiven oder sozialen Ebene verbunden sind und mit persönlichen Beeinträchtigungen der betroffenen Person einhergehen. Bei Persönlichkeitsstörungen liegt nahe, diese auf der Grundlage bisheriger Rechtsprechung des BGH zu bloßen Persönlichkeitsakzentuierungen und unangepasstem Verhalten abzugrenzen, die noch nicht die Schwelle der „Persönlichkeitsstörung“ erreichen (vgl. BGHSt 49, 45). Wichtig ist auch, dass die psychische Störung von einiger Dauer sein muss und nicht nur vorübergehend besteht.

Die Feststellung einer „psychischen Störung“ im genannten Sinne wird nach bisheriger Erfahrung bei einer ganzen Reihe von Tätern vielfacher schwerster Gewalt- und Sexualdelikte naheliegen. Derartige Täter sind regelmäßig vielfach psychiatrisch begutachtet worden, wobei nicht selten psychische Störungen im genannten Sinne festgestellt worden sind. Das Vorliegen der psychischen Störung ist ausdrücklich vom Gericht festzustellen, wobei eine möglichst aktuelle Begutachtung zugrunde gelegt werden muss. Zu den besonders relevanten psychischen Störungen zählen etwa

- Persönlichkeitsstörungen (vgl. BGH Beschl. v. 24. 5. 2011 – 5 StR 394/10 = HRRS 2011 Nr. 637 Rdn. 7 i. V. m. BGH Beschl. v. 9. 11. 2010 – 5 StR 394/10 = HRRS 2010 Nr. 1043 Rdn. 6 „histrionisch-dissoziale Persönlichkeit“, Rdn. 14 „schwere Persönlichkeitsstörung mit sadistisch ausgerichteter Sexualdeviation“ und Rdn. 22 „kombinierte Persönlichkeitsstörung“)
- Abhängigkeitsstörungen wie Alkoholabhängigkeit
- Störungen der Sexualpräferenz wie Pädophilie oder Sadismus

Keine psychische Störung liegt hingegen vor, wenn die bisherigen Taten (und die prognostizierten) eher auf „rationaler“ Grundlage begangen wurden, wie dies etwa bei etwa Auftragsmördern oder Bankräubern der Fall sein kann.

Die psychische Störung muss gerade die besondere Gefährlichkeit des Betroffenen bedingen, die seine Unterbringung erfordert. Häufig wird sich die psychische Störung schon bei den Anlasstaten ausgewirkt haben. Ein solcher Zusammenhang ist aber für die nunmehr zu treffende Entscheidung nicht von Belang; entscheidend sind vielmehr die *Auswirkungen auf die aktuelle Gefährlichkeit*.

Mit der Feststellung, dass der Betroffene an einer psychischen Störung leidet, ist es allein nicht getan, vielmehr muss der Bezug der Störung zur Gefährlichkeitsprognose hergestellt werden. Der Betroffene muss gerade aufgrund seiner Störung für die Allgemeinheit besonders gefährlich sein. Auch insoweit ist in Konsequenz des BVerfG-Urteils (vgl. etwa Rdn. 173) auf die Regelungen des ThUG zurückzugreifen. Erforderlich ist nach § 1 Abs. 1 ThUG, dass eine Gesamtwürdigung seiner Persönlichkeit, seines Vorlebens und seiner Lebensverhältnisse ergibt, dass der Betroffene infolge seiner psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird, und die Unterbringung zur Sicherung der Allgemeinheit erforderlich ist. In der Gesetzesbegründung zu § 1 ThUG heißt es dazu (BT-Drucks 17/3403 S. 53):

„Das Vorliegen einer psychischen Störung allein reicht jedoch für die Anordnung der Therapieunterbringung nicht aus. Vielmehr muss eine

Gesamtwürdigung der Persönlichkeit, des Vorlebens und der Lebensverhältnisse ergeben, dass die betroffene Person infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird. Über das Erfordernis der Gefährlichkeitsprognose, die einen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit verlangt, wird sichergestellt, dass eine Unterbringung nur bei störungsbedingten erheblichen Gefahren für besonders bedeutende Rechtsgüter Dritter in Betracht kommt. Dies entspricht auch der Vorgabe des EGMR in Bezug auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK, wonach „der Grad oder die Art der Geistesstörung eine zwangsweise Unterbringung rechtfertigen“ muss. Die Gefährlichkeit der betroffenen Person muss im Sinne einer Kausalität auf der psychischen Störung beruhen. Grundlage der Gefährlichkeitsprognose ist eine Gesamtwürdigung, die sich vor allem auf die Persönlichkeit der betroffenen Person, also insbesondere ihre psychische Störung, beziehen muss, aber auch auf das – insbesondere kriminelle – Vorleben und die aktuellen Lebensverhältnisse...

Schließlich muss sich aus der störungsbedingten Gefährlichkeit der betroffenen Person ergeben, dass ihre Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist (Nummer 2). Auch dieses Tatbestandsmerkmal trägt den Vorgaben sowohl des Grundgesetzes als auch der EMRK Rechnung, die eine Prüfung verlangen, ob nicht weniger belastende Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit in Betracht kommen und ausreichen. Als milderes Mittel dürften insbesondere Maßnahmen im Rahmen der Führungsaufsicht anzusehen sein, wenn sie geeignet sind, die Gefährlichkeit der betroffenen Person auf ein Maß zu reduzieren, das unterhalb der für eine Unterbringung maßgeblichen Schwelle liegt.“

Der Prognosemaßstab in § 1 Abs. 1 ThuG dürfte noch etwas unter den Anforderungen des BVerfG liegen, wonach die hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen bestehen muss. Gutachten und Entscheidung des Gerichts haben also folgende drei Punkte abzuarbeiten:

- Liegt eine psychische Störung im Sinne von ICD-10 oder DSM-IV vor?
- Besteht aufgrund dieser psychischen Störung die hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten?
- Ist die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich oder reichen mildere Mittel, insb. Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht, aus?

**c) Bewährung als milderes Mittel gegenüber der Fortdauer von Sicherungsverwahrung, wenn Erledigung nicht in Betracht kommt?**

Gerade unter dem Gesichtspunkt des „milderen Mittels“ stellt sich auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BGH und des BVerfG die Frage, ob es bei über zehn Jahren hinaus vollzogenen „Altfällen“ der Sicherungsverwahrung nicht in Einzelfällen möglich ist, den Betroffenen auf Bewährung aus der Maßregel zu entlassen, wenn einerseits zwar die Voraussetzungen der Fortdauer vorliegen und andererseits nur der mit der Bewährungsentscheidung einhergehende erhebliche Druck drohenden Bewährungswiderrufs geeignet ist, den Betroffenen zur Einhaltung gefährlichkeitsminimierender Regeln zu motivieren.

Der BGH und das BVerfG (sowie dem folgend das LG Berlin) haben klargestellt, dass zwischen den Alternativen Erledigung oder Fortdauer die Bewährungsentlassung entsprechend § 67d Abs. 2 StGB auch in Fällen in Frage kommt, bei denen das Gesetz an sich nur Erledigung oder Fortdauer der Sicherungsverwahrung vorsieht. Die Anwendung von § 67d Abs. 2 StGB in solchen Fällen wahrt die Interessen solcher Untergebrachter, deren Gefährlichkeit gerade nur durch den Druck drohenden Bewährungswiderrufs so weit herabgesetzt werden kann, dass eine Entlassung verantwortbar ist (vgl. BVerfGK 3, 127, 128; BGH, Beschl. v. 9. 11. 2010 – 5 StR 394/10 u. a. = HRRS 2010 Nr. 1043, LG Berlin Beschl. v. 4. April 2011 – 598 StVK 360/10, OLG Nürnberg NStZ-RR 2002, 208; Radtke NStZ 2010, 537, 545).

In seiner Entscheidung zur Umsetzung des BVerfG-Urteils hat der 5. Strafsenat des BGH ausdrücklich auf die Möglichkeit der Bewährungsaussetzung hingewiesen:

„Er weist ferner darauf hin, dass eine Aussetzung der Maßregel zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB (Anfragebeschluss BGH NJW 2011, 240 Rn. 47) nur bei Erfüllung der einschränkenden Vorgaben für die Maßregelfortdauer möglich, bejahendenfalls indes aus den im Anfragebeschluss (aaO) ausgeführten Gründen unter den dort genannten Voraussetzungen auch nicht schlichthin ausgeschlossen ist.“ (BGH Beschl. v. 23. Mai 2011 – 5 StR 394/10 u. a. = HRRS 2011 Nr. 637 Rdn. 7).

Nach der Feststellung einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten im Falle einer Entlassung und der Feststellung einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG hat das Gericht also zu prüfen, ob die Maßnahmen der Führungsaufsicht die Gefahr soweit mindern können, dass sie zumindest nicht mehr „hochgradig“ ist, oder ob etwa der Druck des Bewährungswiderrufs ausnahmsweise geeignet ist, die hochgradige Gefahr zu vermindern. Das LG Berlin hat eine solche Ausnahmekonstellation in einem Fall angenommen, in denen der Betroffene unter erheblichem Alkoholeinfluss bereits zwei Menschen getötet hatte,

allerdings seit längerem im Vollzug dem Alkohol entsagt hat. Nach Auffassung des psychiatrischen Sachverständigen (und dem folgend der Strafvollstreckungskammer) konnte nur das „Damoklesschwert“ drohenden Bewährungswiderrufs (nebst weiteren Weisungen zur Kontrolle etc.) den Betroffenen so weitgehend zu einer Alkoholabstinenz motivieren (vgl. LG Berlin, Beschl.v. 12. 10. 2010 – 598 StVK 289/10).

## B. Die aktuelle Rechtslage nach dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Nach der durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitender Regelungen (vom 22. 12. 2010, BGBl. I. S. 2300) erheblich veränderten aktuellen Rechtslage ist grundsätzlich zwischen Altfällen und Neufällen zu unterscheiden. Gemäß Art. 316e Abs. 1 Satz 1 EGStGB gelten die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010 nur, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen denen Sicherungsverwahrung angeordnet wird, *ab dem 1. 1. 2011* begangen wurde. Dies ist eine „andere Bestimmung“ im Sinne von § 2 Abs. 6 StGB, wonach ansonsten bei Anwendung von Maßregelrecht stets aktuelles Recht gilt

Gemäß Art. 316e Abs. 1 Satz 2 EGStGB gilt nur in zwei Fällen anderes: In laufenden Verfahren, in denen es um die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB geht, gilt die Neufassung von § 66 StGB, wenn dies das mildere Recht darstellt (vgl. Art. 316e Abs. 2 EGStGB). Eine nach § 66 StGB vor dem 1. 1. 2011 rechtskräftig angeordnete Sicherungsverwahrung wird durch die Strafvollstreckungskammer bis spätestens zum 1. 7. 2011 für erledigt erklärt, wenn ihre Anordnung ausschließlich auf Taten beruht, die nach der Neufassung eine solche Anordnung nicht mehr rechtfertigen könnten (insb. reine Eigentums- oder Vermögensdelikte).

Somit ergibt sich der folgende Rechtszustand:

### I. Neufälle

#### 1. Originäre Sicherungsverwahrung

Für alle Neufälle (die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen denen Sicherungsverwahrung angeordnet wird, ist *ab dem 1. 1. 2011* begangen) gilt § 66 StGB in der Fassung ab 1. 1. 2011 (vgl. Art. 316e Abs. 1 EGStGB, siehe Anhang), allerdings nach Maßgabe der Gründe des Urteils des BVerfG (Rdn. 172, siehe oben Fallgruppe 1).

Verändert hat sich insbesondere, dass nunmehr ein bestimmter Katalog möglicher Anlasstaten (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F.) die Anwendung der Sicherungsverwahrung wesentlich beschränkt. Erfasst werden allerdings nicht

nur schwere Gewalt- und Sexualstraftaten, sondern etwa auch Taten nach dem Betäubungsmittelgesetz, gemeingefährliche Straftaten oder ein Verstoß gegen Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht. Dieser Änderung korrespondiert eine Änderung des Prognosemaßstabes; erforderlich ist die Prognose eines Hanges zu Straftaten, durch welche die Opfer körperlich oder seelisch schwer geschädigt werden, während bislang auch die Erwartung schwerer wirtschaftlicher Schäden ausreichte.

Eine weitere Änderung bringt eine Verschärfung der Rückfallverjährung: Bislang galt hier einheitlich ein Zeitraum von 5 Jahren (§ 66 Abs. 4 Satz 3 StGB a. F.), während nunmehr bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung die Frist auf 15 Jahre ausgeweitet wurde (vgl. § 66 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 StGB n. F.).

Lediglich klargestellt wurde, dass die Gefährlichkeit im Zeitpunkt der Aburteilung entscheidend ist (was bisheriger Rspr. entsprach, vgl. § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB n. F.).

Bei Jugendlichen und Heranwachsenden ist die anfängliche Sicherungsverwahrung weiter ausgeschlossen (§ 7 Abs. 1 JGG, § 106 Abs. 3 Satz 1 JGG).

#### 2. Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

Für alle Neufälle (die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen denen Sicherungsverwahrung angeordnet wird, ist *ab dem 1. 1. 2011* begangen) gilt § 66a StGB in der Fassung ab 1. 1. 2011 (vgl. Art. 316e Abs. 1 EGStGB, siehe Anhang), allerdings nach Maßgabe der Gründe des Urteils des BVerfG (Rdn. 172, siehe oben Fallgruppe 1).

Der Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ist im Vergleich zum bisherigen Recht wesentlich ausgeweitet worden.

Der neue § 66a Abs. 1 StGB gleicht § 66a Abs. 1 StGB a. F. (Anknüpfung an § 66 Abs. 3 StGB). Allerdings ist der Maßstab der Hangwahrscheinlichkeit verändert. Nach bisheriger Rspr. des BGH (BGHSt 50, 188, 194 ff. = HRRS 2005 Nr. 634; hierzu näher Fischer, StGB, 57. Aufl., § 66a Rdn. 5 m.w.N.) musste das Tatgericht einen „Hang“ mit Sicherheit feststellen, was der Intention des Gesetzgebers widersprach. Dieser hat nun klargestellt, dass die Gefährlichkeit infolge des Hanges „nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich“ sein muss. Damit bleibt für die Anwendung von § 66a Abs. 1 StGB nur ein schmaler Anwendungsbereich, nämlich die Konstellation, dass Gefährlichkeit und Hang zwar wahrscheinlich, aber noch nicht sicher feststellbar sind (vgl. *Kinzig* NJW 2011, 177, 179). Allerdings reicht für die Anordnung der im Verhältnis zu § 66a StGB weiter vorrangigen Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB auch eine bestimmte Wahrscheinlichkeit (vgl. *Kinzig* a. a. O.).

Wesentliche Änderungen gibt es bei § 66a Abs. 2 StGB, der in gewisser Weise an den aufgehobenen § 66b Abs. 2 StGB a. F. anknüpft und nunmehr erstmals bei besonders gravierenden Ersttaten bereits den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung ermöglicht, ohne für die spätere An-

ordnung neue Tatsachen (Nova) zu verlangen (vgl. auch *Kinzig NJW 2011, 177, 179*). Hier gilt für Hang und Gefährlichkeit, dass diese entweder mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich sein müssen. Voraussetzung ist wiederum, dass die Anordnung von Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB n. F. ausscheidet.

Unterschiede gibt es auch bei der Anordnung vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hinsichtlich des möglichen Zeitrahmens der Entscheidung. Die Entscheidung des Gerichts im ersten Rechtszug kann nunmehr bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe ergehen, wobei dies auch für Fälle gilt, in denen ein Strafrecht nach Bewährungswiderruf vollstreckt wird (§ 66a Abs. 3 Satz 1 StGB n. F.). Der Anordnungsmaßstab hat sich im Vergleich zum alten Recht nicht geändert (§ 66a Abs. 3 Satz 2 StGB n. F.). Bei der Prognosegrundlage hat der Gesetzgeber im neuen Recht aber die Relevanz der Vollzugsentwicklung relativiert, diese soll nur noch „ergänzend“ von Belang sein. Indes ist praktisch kaum vorstellbar, dass eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten, die nach wie vor für diese Prognose verlangt wird, ohne eine Würdigung der Entwicklung des Verurteilten im Vollzug möglich ist. Ein „Hang“ ist für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach wie vor nicht notwendig, während er für die Anordnung des Vorbehalts weiter relevant bleibt (vgl. zur Kritik *Kinzig NJW 2011, 177, 180*).

Die Anordnung des Vorbehalts der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ist weiterhin als Ermessensvorschrift ausgestaltet; die Anordnung muss – wie bislang – auch unter Berücksichtigung der Strafhöhe unerlässlich sein (vgl. *Kinzig NJW 2011, 177, 179 m. w. N.*).

Bei Heranwachsenden gibt es weiterhin die Möglichkeit des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 106 Abs. 3 Satz 2 JGG, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 66 StGB vorliegen und weitere einschränkende Bedingungen erfüllt sind. Das Verfahren zur Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung richtet sich nach § 66a Abs. 3 StGB n. F. (vgl. § 106 Abs. 3 Satz 3 JGG n. F.).

### 3. Nachträgliche Sicherungsverwahrung

#### a) Bei Erwachsenen

In Neufällen beschränkt sich der Anwendungsbereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Erwachsenen auf Fälle der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Einweisung beruhte, nicht mehr besteht oder nie bestand. Es gilt § 66b StGB in der Fassung ab 1. 1. 2011 (vgl. Art. 316e Abs. 1 EGStGB, siehe Anhang), allerdings nach Maßgabe der Gründe des Urteils des BVerfG (Rdn. 172, siehe oben Fallgruppe 1).

Zwei wesentliche Änderungen sind hier relevant (vgl. auch *Kinzig NJW 2011, 177, 180*): Zum einen wurde (im Anschluss an eine Entscheidung des Großen Senats für

Strafsachen, vgl. BGHSt 52, 379 = HRRS 2008 Nr. 1144) durch Anfügung von § 66b Satz 2 StGB n. F. klargestellt, dass diese Form der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch möglich ist, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 StGB noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist (a. A. bislang BGH). Zum anderen ist durch § 66b Nr. 2 StGB n. F. klargestellt, dass es für die Prognosegrundlage nicht allein auf die Entwicklung während des Vollzugs der Maßregel (vgl. § 66b Abs. 3 Nr. 2 StGB a. F.), sondern auf die Entwicklung bis zur Entscheidung ankommt (was allerdings auch bislang schon von Relevanz war).

#### b) Bei Heranwachsenden

In Neufällen kann bei Heranwachsenden nachträgliche Sicherungsverwahrung wie bislang nicht nur bei Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus unter etwas strengeren Voraussetzungen als bei Erwachsenen angeordnet werden (vgl. § 106 Abs. 6 JGG n. F.), sondern weiterhin ist – anders als bei Erwachsenen – die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung in bestimmten Fällen möglich (vgl. § 106 Abs. 5 JGG). § 106 Abs. 5 JGG wurde durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitender Regelungen (vom 22. 12. 2010, BGBl. I. S. 2300) nicht geändert.

Nach dem BVerfG gilt § 106 Abs. 5 JGG nach Maßgabe der Gründe des Urteils des BVerfG (Rdn. 172) im Sinne der Fallgruppe 1. Da die Regelung allerdings § 66b Abs. 2 StGB a. F. und § 7 Abs. 2 JGG sehr ähnlich ist und dort das BVerfG verschärfte Anwendungsvoraussetzungen formuliert hat, sollte der erhöhte Maßstab des BVerfG gemäß der oben genannten Fallgruppe 2 immer zur Anwendung gelangen.

Das Verfahren über die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist für Heranwachsende und Jugendliche nunmehr in § 81a JGG n. F. geregelt.

#### c) Bei Jugendlichen

In Neufällen kann bei Jugendlichen wie bei Heranwachsenden nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht nur wie bislang bei Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus unter etwas strengeren Voraussetzungen als bei Erwachsenen angeordnet werden (vgl. § 7 Abs. 3 JGG n. F.), sondern weiterhin ist – anders als bei Erwachsenen – die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung in bestimmten Fällen möglich (vgl. § 7 Abs. 2 JGG). § 7 Abs. 2 JGG wurde durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitender Regelungen (vom 22. 12. 2010, BGBl. I. S. 2300) nicht geändert.

Nach dem BVerfG gilt § 7 Abs. 2 JGG allerdings nur mit den für Fallgruppe 2 genannten erheblichen Einschränkungen im Sinne des Tenors zu III. 2. a).

Das Verfahren über die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist für Heranwachsende und Jugendliche nunmehr in § 81a JGG n. F. geregelt.

## II. Altfälle, bei denen sämtliche Taten sind vor dem 1. 1. 2011 begangen worden sind

### 1. Originäre Sicherungsverwahrung

Grundsätzlich ordnet Art. 316e Abs. 1 Satz 2 EGStGB in Abweichung von § 2 Abs. 6 StGB die Fortgeltung des früheren Rechts für Altfälle an. Zwei Ausnahmen gibt es allerdings:

- § 66 StGB n. F. erweist sich als milderer Recht gegenüber § 66 StGB a. F. (Art. 316e Abs. 2 EGStGB)
- beruht die Anordnung der SV allein auf Taten, die nach der Neufassung nicht mehr Grundlage für die Anordnung von SV sein können (insb. reine Eigentums- und Vermögensdelikte), erklärt das Gericht die SV bis spätestens 1. 7. 2011 für erledigt (Art. 316e Abs. 3 EGStGB).

Entscheidend bei der Anwendung auf Altfälle ist in aller Regel die Veränderung des Katalogs der Anlasstaten. Das neue Recht ist dort häufig milder, kann aber auch schärfer als die Altregelung sein, etwa hinsichtlich der Verlängerung der „Rückfallverjährung“ bei Sexualstraftaten von 5 auf 15 Jahre (vgl. § 66 Abs. 4 S. 3 Halbsatz 2 StGB n. F.).

Bei allen Altfällen gilt die Einschränkung, dass sich der Maßstab der Prognose durch die Entscheidung des BVerfG entscheidend verändert hat (vgl. oben Fallgruppe 1).

### 2. Vorbehalt der Anordnung von Sicherungsverwahrung

Sind sämtliche Taten, wegen denen der Vorbehalt der Sicherungsverwahrung angeordnet werden soll, vor dem 1. 1. 2011 begangen worden, gilt § 66a StGB a. F. Im Unterschied zur Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB ordnet Art. 316e Abs. 1 StGB insoweit ausnahmslos die Geltung des früheren Rechts an. Dies stellt eine „andere gesetzliche Regelung“ im Sinne von § 2 Abs. 6 StGB dar. Auch hier gelten die Einschränkungen des BVerfG gemäß oben Fallgruppe 1).

### 3. Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

Die Fortgeltung alten Rechts für „Altfälle“ gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für die spätere Entscheidung des Gerichts darüber, ob eine vorbehaltenen Sicherungsverwahrung endgültig angeordnet wird oder nicht, also auch für alle mit der Entscheidung zusammenhängenden verfahrensrechtlichen Regelungen (vgl. BT-Drucks. 17/3403 S. 79) und die dazugehörige höchstrichterliche Rechtsprechung. Auch bei dieser Entscheidung muss den veränderten Maßstäben des BVerfG Rechnung getragen werden (oben Fallgruppe 1).

### 4. Nachträgliche Sicherungsverwahrung

Die Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB a. F.) sind nach ausdrücklicher

Anordnung des Gesetzgebers gemäß Art. 316e Abs. 1 StGB auf „Altfälle“ ausnahmslos anwendbar (vgl. zur Rechtfertigung BT-Drucks. 17/3403 S. 79 f.). Dies stellt eine „andere gesetzliche Regelung“ im Sinne von § 2 Abs. 6 StGB dar. Auch nach der Entscheidung des BVerfG sind diese Vorschriften noch bis längstens 31. Mai 2013 anwendbar, allerdings nur unter besonders eingeschränkten Voraussetzungen. Hier ist im Einzelnen zwischen den verschiedenen Formen der nachträglichen Sicherungsverwahrung zu unterscheiden.

Bei § 66b Abs. 2 StGB a. F. und § 7 Abs. 2 JGG ist die Anordnung oder Fortdauer von Sicherungsverwahrung nur möglich, wenn *eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet*. Aus Gründen der Gleichbehandlung sollte dies auch – siehe oben – für die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 StGB und bei Heranwachsenden in Fällen des § 106 Abs. 5 JGG gelten (siehe oben Fallgruppe 2).

In allen anderen Fällen nachträglicher Sicherungsverwahrung (bei Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 66b Abs. 3 StGB a. F., § 7 Abs. 3 JGG a. F. und § 106 Abs. 6 JGG a. F.) bleibt es bei der Anwendung des alten Rechts incl. der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung. So gilt § 66b Satz 2 StGB n. F. etwa bei Altfällen nicht. Zu beachten ist der veränderte Maßstab des BVerfG gemäß Fallgruppe 1).

## III. Entscheidungen über den Vollzug oder die Fortdauer von Sicherungsverwahrung

### 1. Entscheidung über den Vollzug der Sicherungsverwahrung nach § 67c Abs. 1 StGB

Bei der Entscheidung über den Vollzug der Sicherungsverwahrung nach § 67c Abs. 1 StGB ist den geänderten Maßstäben des BVerfG gemäß Fallgruppe 1 Rechnung zu tragen. Dies ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung der entsprechenden Vorschriften, weil die Entscheidung des BVerfG auch bei dieser Entscheidung zu berücksichtigen ist (vgl. oben). Erforderlich ist also, dass die Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.

### 2. Entscheidung über die Fortdauer vollzogener Sicherungsverwahrung

#### a) Entscheidungen über die Fortdauer „normaler“ Sicherungsverwahrung (§ 67d Abs. 2 StGB)

Bei der Entscheidung über die Fortdauer „normaler“ Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 2 StGB ist den geänderten Maßstäben des BVerfG gemäß Fallgruppe 1 Rechnung zu tragen. Dies ergibt sich (angesichts des insoweit etwas unklaren Tenors) zumindest aus einer verfassungskonformen Auslegung der entsprechenden Vorschriften, weil die Entscheidung des BVerfG auch bei dieser Entscheidung zu berücksichtigen ist (vgl. oben).

Erforderlich für die Fortdauerentscheidung ist also, dass die Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstrafen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.

Eine Verkürzung des Überprüfungszeitraums ergibt sich in „Normalfällen“ nicht. Soweit von Verteidigungsseite teilweise vertreten wird, schon jetzt müsse in verfassungskonformer Anwendung der weiter geltenden, aber mit der Verfassung unvereinbaren Normen über die Sicherungsverwahrung bei jedweder Sicherungsverwahrung die Überprüfungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar ist aufgrund der Unvereinbarkeit der Normen über die Sicherungsverwahrung mit dem Grundgesetz für die Übergangszeit zu beachten, dass Eingriffe nur soweit reichen dürfen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung des betroffenen Lebensbereichs aufrechtzuerhalten, und die Regelungen nur nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden dürfen (BVerfG a. a. O. Rdn. 172). Allerdings hat das BVerfG in seiner Entscheidung selbst die wesentliche Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahingehend vorgenommen, dass sich die Einschränkungen vornehmlich auf die Änderung der Gefahrprognose beziehen (a. a. O. Rdn. 172).

Keinesfalls können – wie von Verteidigern vertreten wird – die sieben an den Gesetzgeber gerichteten Forderungen des BVerfG (a. a. O. Rdn. 111 ff.) in Umsetzung verfassungskonformer Auslegung schon jetzt als geltendes Recht behauptet werden. Das BVerfG hat ausdrücklich nur in Fällen erhöhten Vertrauensschutzes eine verkürzte Überprüfungsfrist vorgesehen, in den anderen Fällen gerade nicht. Es wäre geradezu widersinnig, aus der BVerfG-Entscheidung herauslesen zu wollen, auch in allen anderen Fällen verkürze sich die Überprüfungsfrist auf ein Jahr, obwohl das BVerfG dies ausdrücklich nur für einen ganz eng umgrenzten Teilbereich angeordnet hat.

Selbstverständlich kann das Gericht jederzeit die Fortdauer der Unterbringung überprüfen und muss dies tun, wenn Anlass dazu besteht. Dies ist etwa der Fall, wenn sich aus den bisherigen Entscheidungen ergibt, dass die Voraussetzungen für eine Fortdauer (Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstrafen) nach den bisherigen Entscheidungen offensichtlich nicht vorliegen oder doch sehr zweifelhaft sind. Dann ist die Sache durch die Staatsanwaltschaft unverzüglich der Strafvollstreckungskammer für eine vorzeitige Überprüfung anhand der gewandelten Maßstäbe gemäß dem Urteil des BVerfG vorzulegen. Eine Erledigung der Sicherungsverwahrung muss etwa erfolgen, wenn lediglich die Gefahr besteht, dass der Betroffene Straftaten nach dem BtMG begeht, denn dabei handelt es sich nicht um schwere „Gewalttaten“ (s. o.). Für die Entscheidung, ob ein Ausnahmefall im eben genannten Sinne vorliegt, muss die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde alle Fälle derzeit vollzogener Sicherungsverwahrung dahingehend überprüfen, ob sich aus dem Akteninhalt Handlungsbedarf und die Notwendigkeit vorgezogener Überprüfung ergibt.

In anderen Fällen muss aber auch kein Anlass für eine vorgezogene förmliche Überprüfung bestehen, etwa wenn – wie vielfach – die bisherigen Entscheidungen ohne weiteres auch dem erhöhten Prognosemaßstab des

BVerfG gerecht werden. Dann besteht regelmäßig kein Anlass, eine noch nicht anstehende gerichtliche Überprüfung vorzuziehen oder in allen Fällen ein neues Gutachten einzuholen, sofern das letzte Gutachten noch brauchbar erscheint.

### **b) Überprüfung des Vollzugs von Sicherungsverwahrung, die nach der Neuregelung nicht mehr angeordnet werden dürfte (insb. bei Eigentums- und Vermögensdelikten)**

Beruhet die Anordnung der Sicherungsverwahrung allein auf Taten, die nach der Neufassung nicht mehr Grundlage für die Anordnung von SV sein können (insb. reine Eigentums- und Vermögensdelikte), erklärt das Gericht die Sicherungsverwahrung bis spätestens 1. 7. 2011 für erledigt (Art. 316e Abs. 3 EGStGB; vgl. hierzu OLG Nürnberg, Beschl. v. 1. 4. 2011 – 1 Ws 118/11). Zuständig ist die Strafvollstreckungskammer, der durch die Staatsanwaltschaft alle entsprechenden Verfahren unverzüglich vorzulegen sind (müsste bereits geschehen sein, vgl. Art. 316e Abs. 3 StGB).

### **c) Entscheidung über den Vollzug von Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus nach § 67d Abs. 3 StGB**

Hier ist nach der Entscheidung des BVerfG zwischen Altfällen und Neufällen zu unterscheiden.

Bei Altfällen, d. h. Fällen, in denen die Anlasstat bzw. die Anlasstaten vor dem 31. Januar 1998 begangen wurden, ist eine Fortdauer nur noch nach dem verschärften Maßstab des BVerfG dann möglich, wenn eine *hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet*.

In allen diesen Fällen muss *unverzüglich* eine *Überprüfung* stattfinden, ob die Voraussetzungen der Fortdauer einer Sicherungsverwahrung noch vorliegen, anderenfalls spätestens zum 31. 12. 2011 die Freilassung angeordnet werden muss. Die Überprüfungsfrist beträgt in diesen Fällen nunmehr ein Jahr. Ist bereits ein Jahr seit der letzten Fortdauerentscheidung vergangen, sind die Akten durch die Staatsanwaltschaft unverzüglich der Strafvollstreckungskammer vorzulegen.

In Neufällen gilt das zu a) Ausgeführte entsprechend.

### **d) Entscheidung über die Fortdauer des Vollzugs nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 2 StGB**

Hier ist nach der Entscheidung des BVerfG zwischen folgenden Fällen zu unterscheiden.

Liegt ein Fall nachträglicher Sicherungsverwahrung bei vorheriger Erledigung einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus vor, bleibt es bei den bisherigen Regelungen; es gilt allerdings das zu a) Ausgeführte entsprechend.

Liegt ein Fall nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB a. F. und § 7 Abs. 2 JGG (sowie § 106 Abs. 5 JGG, s. o.) vor, ist eine Fortdauer nur noch nach dem

verschärften Maßstab des BVerfG dann möglich, wenn eine *hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet*. In allen diesen Fällen muss unverzüglich eine Überprüfung stattfinden, ob die Voraussetzungen der Fortdauer einer Sicherungsverwahrung noch vorliegen, anderenfalls spätestens zum 31. 12. 2011 die Freilassung angeordnet werden muss. Die Überprüfungsfrist beträgt in diesen Fällen nunmehr ein Jahr bei § 66b Abs. 2 StGB a. F. und sechs Monate bei § 7 Abs. 2 JGG (sowie entsprechend wohl auch bei § 106 Abs. 5 JGG-Fällen).

## C. Auswirkungen auf den derzeitigen Vollzug der Sicherungsverwahrung

Von Verteidigerseite wird teilweise vertreten, aufgrund der Unvereinbarkeit der Normen über die Sicherungsverwahrung mit dem Grundgesetz müsse schon im Strafvollzug bis zur Einführung des neuen Rechts alles das bedacht und ausgeführt werden, was das BVerfG dem Gesetzgeber als Rahmen einer verfassungskonformen Neuregelung aufgegeben habe (Urteil Rdn. 111 ff.). So habe etwa die Gestaltung des Vollzugsrahmens dem spezialpräventiven Charakter der Sicherungsverwahrung Rechnung zu tragen (Urteil Rdn. 115), es müssten frühzeitig Vollzugslockerungen zum Zweck der Erprobung einsetzen (Urteil Rdn. 116) und dem Betroffenen müsse ein effektiv durchsetzbare Rechtsanspruch insoweit eingeräumt werden (Rdn. 117), zudem müsse die Fortdauer der Sicherungsverwahrung schon jetzt in jährlichem Turnus erfolgen (Urteil Rdn. 118). Dies folge daraus, dass für die Übergangszeit Eingriffe nur soweit reichen dürfen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung des betroffenen Lebensbereichs aufrechtzuerhalten, und die Regelungen nur nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden dürfen (BVerfG a. a. O. Rdn. 172).

M. E. dürfte die Überlegung, schon jetzt müsste bei jeder Entscheidung darauf geachtet werden, dass sie dem vom BVerfG als Forderung an den Gesetzgeber formulierten Auftrag im Ergebnis möglichst nahe kommt, auf einem systematischen Fehlverständnis der Entscheidung des BVerfG beruhen. Das BVerfG hat mit Gesetzeskraft angeordnet, dass die bisherigen Regelungen über die Sicherungsverwahrung weiter in Kraft bleiben und selbst ganz überwiegend diejenigen Einschränkungen ausdrücklich formuliert, unter denen dieses Übergangsrecht gilt. Das vom Gesetzgeber auszugestaltende Regelungskonzept muss als Gesamtkonzept dabei bestimmten Vorgaben entsprechen (Urteil Rdn. 111 ff.). Keineswegs gibt es aber jetzt schon einen Rechtsanspruch auf Herstellung dieses Konzepts oder bestimmter Einzelheiten unter Fortgeltung eines ganz anderen Rechtszustandes. Die Übergangsregelung soll (lediglich) die Wahrung verfassungsrechtlicher Mindestanforderungen sicherstellen (Urteil Rdn. 172).

Richtig ist allerdings, dass nach dem BVerfG (Urteil Rdn. 172) bei jeder Rechtsanwendung auf der Grundlage des

weiter geltenden Rechts dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonderes Gewicht zukommt. Dies geschieht in der Regel durch Veränderung des Prognosemaßstabes bei den Entscheidungen über die Anordnung, Invollzugsetzung und Fortdauer der Sicherungsverwahrung. Aber auch bei Einzelentscheidungen im Vollzug der Sicherungsverwahrung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nunmehr (wie allerdings auch schon zuvor) besonders zu beachten. Dies kann bei Abwägungsentscheidungen Änderungen der bisherigen Vollzugspraxis erfordern. Allerdings sind bei diesen Entscheidungen nach wie vor auch die Sicherheitsbelange potentieller Opfer schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten mit in die Abwägung einzubeziehen.

## Anhang: Gesetzesmaterialien

Kursiv = nach dem Tenor der BVerfG-Entscheidung unvereinbar mit GG, anwendbar bis 31. Mai 2013 nach Maßgabe der Gründe (Tenor III 1.)

Unterstrichen = anwendbar bis 31. Mai 2013 nach Maßgabe des Tenors, unverzügliche Überprüfung von Altfällen, Entscheidung bis 31. 12. 2011 (Tenor III 2.)

### 1. Strafgesetzbuch

#### **§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung**

#### **Fassung vom 22. 12. 2010, gültig ab 1. 1. 2011 = komplett unvereinbar (Tenor II 1. b)**

(1) *Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn*

1. *jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die*
  - a) *sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet,*
  - b) *unter den Ersten, Siebenten, Zwanzigsten oder Achtundzwanzigsten Abschnitt des Besonderen Teils oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder*
  - c) *den Tatbestand des § 145a erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art eingetreten ist, oder den Tatbestand des § 323a, soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist,*
2. *der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,*
3. *er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und*
4. *die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder*

körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.

Für die Einordnung als Straftat im Sinne von Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b gilt § 12 Absatz 3 entsprechend, für die Beendigung der in Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c genannten Führungsaufsicht § 68b Absatz 1 Satz 4.

(2) Hat jemand drei Straftaten der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzung neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen.

(3) Wird jemand wegen eines die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b erfüllenden Verbrechens oder wegen einer Straftat nach den §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 4, § 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder wegen einer vorsätzlichen Straftat nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist, zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer solcher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und die in Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Hat jemand zwei Straftaten der in Satz 1 bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter den in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzungen neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen. Die Absätze 1 und 2 bleiben unberührt.

(4) Im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. Ist Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3. Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind; bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung beträgt die Frist fünfzehn Jahre. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeurteilt worden ist, steht einer innerhalb dieses Bereichs abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine Straftat der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, in den Fällen des Absatzes 3 der in Absatz 3 Satz 1 bezeichneten Art wäre.

### § 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

**Fassung vom 27. 12. 2003, gültig ab 1. 4. 2004  
= komplett unvereinbar (Tenor II 1. b)**

(1) Wird jemand wegen einer vorsätzlichen Straftat zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn

1. der Täter wegen vorsätzlicher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,
2. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und
3. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, daß er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, für die Allgemeinheit gefährlich ist.

(2) Hat jemand drei vorsätzliche Straftaten begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter der in Absatz 1 Nr. 3 bezeichneten Voraussetzung neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Nr. 1 und 2) anordnen.

(3) Wird jemand wegen eines Verbrechens oder wegen einer Straftat nach den §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 4, §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat ein Verbrechen oder eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist, zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer solcher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und die in Absatz 1 Nr. 2 und 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Hat jemand zwei Straftaten der in Satz 1 bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter den in Absatz 1 Nr. 3 bezeichneten Voraussetzungen neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Nr. 1 und 2) anordnen. Die Absätze 1 und 2 bleiben unberührt.

(4) Im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. Ist Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2. Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeurteilt worden ist, steht einer innerhalb dieses Bereichs abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine vorsätzliche Tat, in den Fällen des Absatzes 3 eine der Straftaten der in Absatz 3 Satz 1 bezeichneten Art wäre.

### § 66a Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

**Fassung vom 22. 12. 2010, gültig ab 1. 1. 2011  
= komplett unvereinbar (Tenor II 1. b)**

(1) Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. jemand wegen einer der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Straftaten verurteilt wird,
2. die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 erfüllt sind, soweit dieser nicht auf § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 verweist, und
3. nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(2) Einen Vorbehalt im Sinne von Absatz 1 kann das Gericht auch aussprechen, wenn

1. jemand zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verurteilt wird,
2. die Voraussetzungen des § 66 nicht erfüllt sind und
3. mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(3) Über die nach Absatz 1 oder 2 vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden; dies gilt auch, wenn die Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt war und der Strafrest vollstreckt wird. Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

#### **§ 66a Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung**

**Fassung vom 21. 08. 2002, gültig ab 28. 8. 2002  
= Abs. 1 und 2 unvereinbar (Tenor II 1. b)**

(1) Ist bei der Verurteilung wegen einer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Straftaten nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, ob der Täter für die Allgemeinheit im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 gefährlich ist, so kann das Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 66 Abs. 3 erfüllt sind.

(2) Über die Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheidet das Gericht spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt, ab dem eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, auch in Verbindung mit § 454b Abs. 3 der Strafprozessordnung, möglich ist. Es ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und seiner Entwicklung während des Strafvollzuges ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

(3) Die Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung darf erst nach Rechtskraft der Entscheidung nach Absatz 2 Satz 1 ergehen. Dies gilt nicht, wenn die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Nr. 2 offensichtlich nicht vorliegen.

#### **§ 66b Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung**

**Fassung vom 22. 12. 2010, gültig ab 1. 1. 2011  
= komplett unvereinbar (Tenor II 1. b)**

Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 wegen mehrerer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und
2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

Dies gilt auch, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist.

#### **§ 66b Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung**

**Abs. 1 (Tenor II 1. b) und Absatz 2 unvereinbar  
(Tenor II 1. a und 2.) i. d. Fassung vom 13. 04.  
2007, Abs. 3 unvereinbar i. d. Fassung ab 23. 7.  
2004 (Tenor II 1. b)**

(1) Werden nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder eines Verbrechens nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit den §§ 252, 255, oder wegen eines der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Vergehen vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzuges ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, und wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung die übrigen Voraussetzungen des § 66 erfüllt sind. War die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich, so berücksichtigt das Gericht als Tatsachen im Sinne des Satzes 1 auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren.

(2) Werden Tatsachen der in Absatz 1 Satz 1 genannten Art nach einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, erkennbar, so kann

das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

(3) Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 wegen mehrerer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und
2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Vollzugs der Maßregel ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

#### § 67d Dauer der Unterbringung

**Fassung vom 22. 12. 2010, gültig ab 1. 1. 2011  
= Abs. 3 S. 1 unvereinbar (Tenor II 1 b)**

(1) Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf zwei Jahre nicht übersteigen. Die Frist läuft vom Beginn der Unterbringung an. Wird vor einer Freiheitsstrafe eine daneben angeordnete freiheitsentziehende Maßregel vollzogen, so verlängert sich die Höchstfrist um die Dauer der Freiheitsstrafe, soweit die Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die Strafe angerechnet wird.

(2) Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist die Frist noch nicht abgelaufen, so setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird. Mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein.

(3) Sind zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, daß der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(4) Ist die Höchstfrist abgelaufen, so wird der Untergebrachte entlassen. Die Maßregel ist damit erledigt. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(5) Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 nicht mehr vorliegen. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(6) Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre, so erklärt es sie für erledigt. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein. Das Gericht ordnet den Nichteintritt der Führungsaufsicht an, wenn zu erwarten ist, dass der Betroffene auch ohne sie keine Straftaten mehr begehen wird.

#### § 67d Dauer der Unterbringung

**Fassung ab 26. 1. 1998, gültig ab 31. 1. 1998 =  
Abs. 2 S. 1 unvereinbar, soweit zur Anordnung über 10 Jahre in Altfällen ermächtigend (Tenor II 1. b);  
Abs. 3 S. 1 unvereinbar (Tenor II 1. b);  
Abs. 3 S. 1 unvereinbar, soweit zur Anordnung über 10 Jahre in Altfällen ermächtigend (Tenor II 1. a und II. 2.),**

(1) Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf zwei Jahre nicht übersteigen. Die Frist läuft vom Beginn der Unterbringung an. Wird vor einer Freiheitsstrafe eine daneben angeordnete freiheitsentziehende Maßregel vollzogen, so verlängert sich die Höchstfrist um die Dauer der Freiheitsstrafe, soweit die Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die Strafe angerechnet wird.

(2) Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist die Frist noch nicht abgelaufen, so setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird. Mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein.

(3) Sind zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, daß der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Mit der Erledigung tritt Führungsaufsicht ein.

(4) Ist die Höchstfrist abgelaufen, so wird der Untergebrachte entlassen. Die Maßregel ist damit erledigt.

(5) Ist die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt mindestens ein Jahr vollzogen worden, so kann das Gericht nachträglich bestimmen, daß sie nicht weiter zu vollziehen ist, wenn ihr Zweck aus Gründen, die in der Person des Untergebrachten liegen, nicht erreicht werden kann. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

## 2. Jugendgerichtsgesetz

### § 7 JGG Maßregeln der Besserung und Sicherung

**Abs. 2 unvereinbar i. d. Fassung vom 8. 7. 2008, gültig ab 12. 7. 2008 (Tenor II. 1. a und II. 2.), Abs. 3 unvereinbar i. d. Fassung vom 8. 7. 2008, gültig ab 12. 7. 2008 (Tenor II. 1. b) Abs. 3 unvereinbar i. d. Fassung vom 22. 12. 2010, gültig ab 1. 1. 2011 (Tenor II 1. b)**

(1) Als Maßregeln der Besserung und Sicherung im Sinne des allgemeinen Strafrechts können die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt, die Führungsaufsicht oder die Entziehung der Fahrerlaubnis angeordnet werden (§ 61 Nr. 1, 2, 4 und 5 des Strafgesetzbuches).

(2) Sind nach einer Verurteilung zu einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren wegen oder auch wegen eines Verbrechens

1. gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder
2. nach § 251 des Strafgesetzbuches, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255 des Strafgesetzbuches,

durch welches das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist, vor Ende des Vollzugs dieser Jugendstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht nachträglich die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Vollzugs der Jugendstrafe ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der vorbezeichneten Art begehen wird.

(3) Ist die wegen einer Tat der in Absatz 2 bezeichneten Art angeordnete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 des Strafgesetzbuches für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder verminderte Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung [einziger Unterschied zur Altfassung vom 8. 7. 2008: anstelle „im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung“ hieß es bislang „während des Vollzugs der Maßregel“] nicht bestanden hat, so kann das Gericht nachträglich die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 des Strafgesetzbuches wegen mehrerer solcher Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 des Strafgesetzbuches führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Jugendstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und
2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der in Absatz 2 bezeichneten Art begehen wird.

(4) Die regelmäßige Frist zur Prüfung, ob die weitere Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsver-

wahrung zur Bewährung auszusetzen ist (§ 67e des Strafgesetzbuches), beträgt in den Fällen der Absätze 2 und 3 ein Jahr.

### § 106 Milderung des allgemeinen Strafrechts für Heranwachsende; Sicherungsverwahrung

**Abs. 3 S. 2 und 3, Abs. 5 und Abs. 6 i. d. Fassung vom 22. 12. 2010, gültig ab 1. 1. 2011 unvereinbar (Tenor II 1. b)**

(1) Ist wegen der Straftat eines Heranwachsenden das allgemeine Strafrecht anzuwenden, so kann das Gericht an Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe auf eine Freiheitsstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren erkennen.

(2) Das Gericht kann anordnen, daß der Verlust der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen (§ 45 Abs. 1 des Strafgesetzbuches), nicht eintritt.

(3) Sicherungsverwahrung darf neben der Strafe nicht angeordnet werden. Unter den übrigen Voraussetzungen des § 66 des Strafgesetzbuches kann das Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. der Heranwachsende wegen einer Straftat der in § 66 Abs. 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, durch welche das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt wird,
2. es sich auch bei den nach den allgemeinen Vorschriften maßgeblichen früheren Taten um solche der in Nummer 1 bezeichneten Art handelt und
3. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu solchen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist.

§ 66a Absatz 3 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

(4) Wird neben der Strafe die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten und hat der Verurteilte das siebenundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet, so ordnet das Gericht an, dass bereits die Strafe in einer sozialtherapeutischen Anstalt zu vollziehen ist, es sei denn, dass die Resozialisierung des Täters dadurch nicht besser gefördert werden kann. Diese Anordnung kann auch nachträglich erfolgen. Solange der Vollzug in einer sozialtherapeutischen Anstalt noch nicht angeordnet oder der Gefangene noch nicht in eine sozialtherapeutische Anstalt verlegt worden ist, ist darüber jeweils nach sechs Monaten neu zu entscheiden. Für die nachträgliche Anordnung nach Satz 2 ist die Strafvollstreckungskammer zuständig.

(5) Werden nach einer Verurteilung wegen einer Straftat der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art begehen wird. War keine der Straftaten dieser Art, die

der Verurteilung zugrunde lagen, nach dem 1. April 2004 begangen worden und konnte die Sicherungsverwahrung deshalb nicht nach Absatz 3 Satz 2 vorbehalten werden, so berücksichtigt das Gericht als Tatsachen im Sinne des Satzes 1 auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren.

(6) Ist die wegen einer Tat der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art angeordnete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 des Strafgesetzbuches für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder verminderte Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 des Strafgesetzbuches wegen mehrerer solcher Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 des Strafgesetzbuches führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und
2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art begehen wird.

(7) (weggefallen)

### **§ 106 Milderung des allgemeinen Strafrechts für Heranwachsende; Sicherungsverwahrung**

**Abs. 3 S. 2 und 3 i. d. Fassung v. 27. 3. 2003 unvereinbar (Tenor II 1. b), Abs. 5 i. d. Fassung v. 13. 4. 2007 unvereinbar (Tenor II 1. b), Abs. 6 i. d. Fassung v. 23. 7. 2004 unvereinbar (Tenor II 1. b);**

(1) Ist wegen der Straftat eines Heranwachsenden das allgemeine Strafrecht anzuwenden, so kann das Gericht an Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe auf eine Freiheitsstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren erkennen.

(2) Das Gericht kann anordnen, daß der Verlust der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen (§ 45 Abs. 1 des Strafgesetzbuches), nicht eintritt.

(3) Sicherungsverwahrung darf neben der Strafe nicht angeordnet werden. Unter den übrigen Voraussetzungen des § 66 des Strafgesetzbuches kann das Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. der Heranwachsende wegen einer Straftat der in § 66 Abs. 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, durch welche das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt wird,
2. es sich auch bei den nach den allgemeinen Vorschriften maßgeblichen früheren Taten um solche der in Nummer 1 bezeichneten Art handelt und
3. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu solchen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist.

§ 66a Abs. 2 und 3 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

(4) Wird neben der Strafe die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten und hat der Verurteilte das siebenundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet, so ordnet das Gericht an, dass bereits die Strafe in einer sozialtherapeutischen Anstalt zu vollziehen ist, es sei denn, dass die Resozialisierung des Täters dadurch nicht besser gefördert werden kann. Diese Anordnung kann auch nachträglich erfolgen. Solange der Vollzug in einer sozialtherapeutischen Anstalt noch nicht angeordnet oder der Gefangene noch nicht in eine sozialtherapeutische Anstalt verlegt worden ist, ist darüber jeweils nach sechs Monaten neu zu entscheiden. Für die nachträgliche Anordnung nach Satz 2 ist die Strafvollstreckungskammer zuständig.

(5) Werden nach einer Verurteilung wegen einer Straftat der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art begehen wird. War keine der Straftaten dieser Art, die der Verurteilung zugrunde lagen, nach dem 1. April 2004 begangen worden und konnte die Sicherungsverwahrung deshalb nicht nach Absatz 3 Satz 2 vorbehalten werden, so berücksichtigt das Gericht als Tatsachen im Sinne des Satzes 1 auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren.

(6) Ist die wegen einer Tat der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art angeordnete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 des Strafgesetzbuches für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder verminderte Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 des Strafgesetzbuches wegen mehrerer solcher Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 des Strafgesetzbuches führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und
2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Vollzugs der Maßregel ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Art begehen wird.

### **3. EGStGB**

#### **Art. 316e Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen (in Kraft seit 1. 1. 2011)**

(1) Die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen

gen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) sind nur anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, nach dem 31. Dezember 2010 begangen worden ist. In allen anderen Fällen ist das bisherige Recht anzuwenden, soweit in den Absätzen 2 und 3 nichts anderes bestimmt ist.

(2) Sind die Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung nach § 66 des Strafgesetzbuches angeordnet werden soll, vor dem 1. Januar 2011 begangen worden und ist der Täter deswegen noch nicht rechtskräftig verurteilt worden, so ist § 66 des Strafgesetzbuches in der seit dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung anzuwenden, wenn diese gegenüber dem bisherigen Recht das mildere Gesetz ist.

(3) Eine nach § 66 des Strafgesetzbuches vor dem 1. Januar 2011 rechtskräftig angeordnete Sicherungsver-

wahrung erklärt das Gericht für erledigt, wenn die Anordnung ausschließlich auf Taten beruht, die nach § 66 des Strafgesetzbuches in der seit dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können. Das Gericht kann, soweit dies zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen geboten ist, als Zeitpunkt der Erledigung spätestens den 1. Juli 2011 festlegen. Zuständig für die Entscheidungen nach den Sätzen 1 und 2 ist das nach den §§ 454, 462a Absatz 1 der Strafprozessordnung zuständige Gericht. Für das Verfahren ist § 454 Absatz 1, 3 und 4 der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden; die Vollstreckungsbehörde übersendet die Akten unverzüglich an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichtes, die diese umgehend dem Gericht zur Entscheidung übergibt. Mit der Entlassung aus dem Vollzug tritt Führungsaufsicht ein.

Aufsätze und Anmerkungen

# Erfüllt die Zahlung von Bestechungsgeldern den Tatbestand der Untreue?

Von Wiss. Mit. Dr. Johannes Corsten, Bonn

## I. Einleitung

Die Korruptions- und Bestechungsfälle der letzten Jahre haben nahezu alle höchstrichterliche Entscheidungen hervorgebracht. Dabei ging es stets auch um die Frage, ob bei der Zahlung von Bestechungsgeldern eine strafbare Untreue gem. § 266 StGB vorliegt. Gezahlt wurden die Bestechungs- bzw. Schmiergelder durch Verantwortliche des jeweiligen Unternehmens an mögliche Vertragspartner oder den unternehmenseigenen Betriebsrat. Sie beabsichtigten, den Bestochenen zu für das Unternehmen günstigem Verhalten zu bewegen, sei es zu Auftragsvergaben an das Unternehmen oder zu für das Unternehmen günstiger Betriebsrats Tätigkeit. In den Fällen *Siemens*<sup>1</sup>, *VW*<sup>2</sup> und *Siemens/AUB*<sup>3</sup> wurde zunächst auf landgerichtlicher Ebene die Zahlung von Bestechungsgeldern auch als Untreue zu Lasten des eigenen Unternehmens gewertet<sup>4</sup>, was den BGH dann teils zu Korrek-

turen veranlasste. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum für Korruptionsunrecht der Tatbestand des § 266 StGB bemüht werden muss, scheinen doch die Regelungen der §§ 299, 331 ff. StGB und § 119 BetrVG gerade dieses zu erfassen. Im Folgenden soll eingehend untersucht werden, inwieweit die Zahlung von Bestechungsgeldern eine untreuerelevante Pflichtverletzung (II.) darstellt und ob dies in der Folge zu einem Vermögensnachteil (III.) führt. Abschließend wird die Frage des Vorsatzes (IV.) zu klären sein.

## II. Pflichtverletzung

Ist der Vermögensinhaber – bei Gesellschaften folglich die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit – mit den Bestechungszahlungen einverstanden, so ist wegen einer Einwilligung eine Strafbarkeit nach § 266 StGB ohnehin ausgeschlossen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> BGH NJW 2009, 89 = HRRS 2009 Nr. 1100.

<sup>2</sup> BGH NJW 2010, 92 = HRRS 2009 Nr. 1027.

<sup>3</sup> BGH NJW 2011, 88 = HRRS 2010 Nr. 954; vgl. hierzu kritisch *Corsten StraFo* 2011, 66.

<sup>4</sup> LG Darmstadt, Urteil v. 14. Mai 2007 – 712 Js 5213/04 – 9 KLS; LG Braunschweig, Urteil v. 22. Februar 2008 – 6 KLS

20/07; LG Nürnberg-Fürth, Urteil v. 24. November 2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008, 3 KLS 501 Js 1777/08.

<sup>5</sup> *Zieschang*, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. (2008), § 266 StGB Rn. 74.

Fraglich ist jedoch, ob die Bestechungszahlungen untreuerelevant sind, wenn der Vermögensinhaber keine Kenntnis von ihnen hat. Verstößt der Handelnde durch die Zahlung des Bestechungsgeldes gegen (vermögensschützende) Anweisungen oder Bestimmungen im Innenverhältnis zum Treupflichtigen, so z.B. gegen entsprechende Regelungen des Gesellschaftsvertrages, so macht er sich zweifelsohne wegen Untreue strafbar, weil sein Handeln dann als pflichtwidrig einzuordnen ist.<sup>6</sup>

Unklar ist, wie es zu bewerten ist, wenn der Handelnde bei seinen Zahlungen im Interesse der Gesellschaft handelt, wenn er diese also tätigt, um Vorteile für die Gesellschaft zu erlangen. Fraglich ist, ob diese Zahlungen dann trotzdem als pflichtwidrig einzuordnen sind. *Ransiek* bejaht im Zusammenhang mit Bestechungszahlungen eine Pflichtwidrigkeit i.S. der Untreue, weil ein solches Verhalten rechtswidrig sei und mithin nicht mehr als Verhalten i.S. des § 93 AktG oder § 43 GmbHG gewertet werden könne, also nicht mehr als der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entsprechend.<sup>7</sup> Der BGH hingegen verneinte zunächst die Pflichtwidrigkeit solcher Zahlungen, wenn der Handelnde das Geld nicht willkürlich verschob, sondern stets das wirtschaftliche Wohl der Gesellschaft im Blick hatte.<sup>8</sup>

## 1. Aktuelle Rechtsprechung

### a) Fall Siemens

Im Fall *Siemens* nahm das LG Darmstadt jedoch eine andere Einordnung vor: Es sah in der Zahlung von Bestechungsgeldern eine Pflichtverletzung i.S. der Untreue, unabhängig davon, ob der Handelnde dabei das Wohl des Unternehmens im Blick hatte. Die Pflichtverletzung sei allein in dem Entziehen von Vermögenswerten zu sehen, da der Angeklagte entgegen entsprechender Anweisungen des Vorstands, keine Bestechungszahlungen zu tätigen, solche Zahlungen entrichtet habe. Eine entsprechende Unterlassungspflicht sollte sich aus den Compliance-Vorschriften des Unternehmens ergeben.<sup>9</sup> Der BGH setzt hingegen früher an, denn er wertet bereits das Anlegen schwarzer Kassen, deren Gelder für Bestechungszwecke eingesetzt wurden, als Pflichtverletzung i.S. der Untreue, da es der Verpflichtete unterlassen habe, den Vermögensinhaber über die Existenz der Gelder zu informieren.<sup>10</sup> Für die Frage, ob die Zahlung von Schmiergeldern als untreuerelevante Pflichtverletzung zu werten ist, kann diesem BGH-Urteil mithin wenig entnommen werden.

<sup>6</sup> So auch *Ransiek* StV 2009, 321.

<sup>7</sup> *Ransiek* StV 2009, 321, 322.

<sup>8</sup> BGH wistra 1984, 226.

<sup>9</sup> LG Darmstadt, Urteil v. 14. Mai 2007 – 712 Js 5213/04 – 9 KLS, Rn. 148 ff.; vgl. hierzu Besprechung von *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57.

<sup>10</sup> BGH NJW 2009, 89, 91 f.; kritisch *Corsten* Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 126 ff.

### b) Fall VW und Fall Siemens/AUB

In zwei weiteren höchstrichterlich entschiedenen Fällen ging es um Bestechungs- bzw. Unterstützungszahlungen an Betriebsräte, die gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 bzw. Nr. 3 i.V.m. § 20 BetrVG untersagt sind.

Im ersten Fall hatte der Arbeitsdirektor der VW AG Bestechungszahlungen in Form von Sonderboni an deren Betriebsratsvorsitzenden geleistet, um auch weiterhin dessen Wohlwollen für die VW AG zu sichern. Das LG Braunschweig bewertete die Zahlung der genannten Boni als Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB, da der Betriebsratsvorsitzende auf diese keinerlei Anspruch hatte und die Gewährung zusätzlich gegen die Strafvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verstieß.<sup>11</sup> Auch der BGH geht in seinem Urteil dezidiert auf die Regelungen des BetrVG ein und erläutert, warum die Zahlungen gegen diese verstießen, sieht die untreuerelevante Pflichtverletzung aber dann darin, dass der Arbeitsdirektor die Auszahlung der nur für Markenvorstände vorgesehenen Sonderboni festsetzte und an den Betriebsratsvorsitzenden auszahlen ließ. Eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB läge jedenfalls dann vor, wenn ein verbotener Vermögensabfluss zur Erzielung eines nicht kompensationsbegründenden Vorteils eingesetzt werde. Folglich könne der Verstoß gegen § 119 Abs. 2 BetrVG nicht als Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB dienen, sondern es sei auf den Maßstab der §§ 93, 116 AktG abzustellen, der hier verletzt worden sei. Darauf, dass die unmittelbar verletzte Rechtsnorm selbst vermögensschützenden Charakter haben müsse, sodass der untreuerelevante Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut vorliege, stellt der BGH in diesem Zusammenhang aber nicht ab.<sup>12</sup>

Im zweiten Fall hatte ein Verantwortlicher der *Siemens* AG einer Wahlvorschlagsliste durch die Zuwendung von Geldmitteln ermöglicht, sich im Zusammenhang mit der Wahl zum Betriebsrat nachhaltiger als sonst möglich zu präsentieren. Diese Unterstützung der Liste hatte für die *Siemens* AG erhebliche wirtschaftliche Vorteile: An den Standorten, an denen die unterstützte Liste im Betriebsrat vertreten war, konnte auf betrieblicher Ebene eine Vielzahl von Vereinbarungen geschlossen werden, die aus Arbeitgebersicht erhebliche wirtschaftliche Vorteile einbrachten und firmenstrategische Maßnahmen erleichterten.<sup>13</sup> Das LG Nürnberg-Fürth wertete diese Zahlungen des Verantwortlichen der *Siemens* AG an die Liste zur Verwendung für deren Tätigkeit als Untreue. Durch die Zahlungen habe der Verantwortliche gegen die Vorschrift des § 119 BetrVG verstoßen und dadurch die ihm gegenüber der *Siemens* AG obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt. Der *Siemens* AG sei hierdurch ein Vermögensnachteil in Höhe der gezahlten Gelder entstanden, weil den Zahlungen kein unmittelbarer wirtschaftlicher

<sup>11</sup> LG Braunschweig, Urteil v. 22. Februar 2008 – 6 KLS 20/07, Rn. 338.

<sup>12</sup> BGH NJW 2010, 92, 94.

<sup>13</sup> LG Nürnberg-Fürth, Urteil v. 24. November 2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008, 3 KLS 501 Js 1777/08, Rn. 157 f.

Vorteil der Siemens AG gegenüber gestanden habe.<sup>14</sup> Dem widerspricht der BGH und lehnt eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB allein wegen des Verstoßes gegen § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ab, weil diese Norm nicht wie § 266 StGB das Vermögen schützt, sondern allein die unbeeinflusste Wahl des Betriebsrats<sup>15</sup>. Eine Pflichtverletzung sieht der BGH jedoch darin, dass der Verantwortliche der Siemens AG die Gelder, die zur Beeinflussung des Betriebsrats eingesetzt werden sollten, auszahlte, ohne zu kontrollieren, ob die Gelder auch tatsächlich entsprechend der Vereinbarung eingesetzt wurden.<sup>16</sup> Hierin sei ein Verstoß gegen den Pflichtenkreis der §§ 93, 116 AktG zu sehen. Im Ergebnis scheiterte eine Verurteilung wegen Untreue jedoch am fehlenden Vermögensnachteil (dazu sogleich unter III.).

Der BGH sieht folglich in der Zahlung von Bestechungsgeldern eine untreuerelevante Pflichtverletzung gegenüber dem eigenen Unternehmen. Diese Einordnung soll in der Folge nochmals einer eingehenden Prüfung unterzogen werden.

## 2. Stellungnahme

### a) Verstoß gegen Bestechungstatbestände

Allein der Verstoß gegen §§ 299, 331 ff. StGB oder § 119 BetrVG kann nicht als Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB gewertet werden, schützt doch die sich aus diesen Tatbeständen ergebende Pflicht, keine Bestechungszahlungen zu tätigen, nicht primär das Vermögen des Geschäftsherrn; es fehlt also am erforderlichen Schutzzweckzusammenhang.<sup>17</sup> Dieser Schutzzweckzusammenhang ist dann gewahrt, wenn die vom Handelnden verletzte Verhaltensnorm gerade dem Vermögensschutz des Geschädigten dient. Der Täter muss hier gegen Regelungen verstoßen, „die genuin zum Zwecke der Schadensverhinderung aufgestellt“ sind. Der Schutzzweck der Pflicht muss allein dem Vermögensschutz dienen.<sup>18</sup> Die Bestechungstatbestände schützen aber nicht primär das Vermögen: § 299 StGB dient dem Schutz des Wettbewerbs und daneben den Interessen des Geschäftsherrn, keineswegs aber ausschließlich dessen Vermögensinteressen<sup>19</sup>,

§§ 331 ff. StGB schützen vor allem die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und die Funktionsfähigkeit des Staatsapparats vor Gefährdung<sup>20</sup> und § 119 BetrVG schützt die Wahl und die freie Tätigkeit des Betriebsrats und seiner Mitglieder<sup>21</sup>.

### b) Anknüpfung an Compliance-Regelungen

Das LG Darmstadt knüpfte als Vorinstanz im Fall *Siemens* an die Regelungen des Compliance-Systems an. In dem Verstoß gegen die in dem Compliance-System verankerte Pflicht, keine Bestechungszahlungen zu tätigen, sah das LG die untreuerelevante Pflichtverletzung.<sup>22</sup> Grundsätzlich können derartige Regelungen entsprechende Pflichten bestimmen, deren Verletzung dann zu einer Untreue führt. Dies setzt aber voraus, dass den Compliance-Regelungen vermögensschützender Charakter zukommt. Konstituieren diese Regelungen aber allein die generelle Pflicht an die Arbeitnehmer, keine Straftaten zu begehen, so können diese keineswegs als Teil einer spezifischen Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begriffen werden. Denn wie *Dierlamm* zutreffend konstatiert, ist die generelle Pflicht, keine Straftaten zu begehen, also auch keine Bestechungszahlungen zu tätigen, eine allgemeine Nebenpflicht eines jeden Arbeitnehmers. Es handelt sich aber nicht um eine spezifisch vermögensschützende Pflicht, die einem qualifizierten Pflichtenkreis entspringt. Die genannte Pflicht hat keinerlei inneren Bezug zu der qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht eines nach § 266 StGB Verpflichteten.<sup>23</sup> Folglich kann ein entsprechender Pflichtverstoß eines Arbeitnehmers, den eine Vermögensbetreuungspflicht trifft, nur dann als für § 266 StGB relevant eingeordnet werden, wenn dieser Pflicht vermögensschützender Charakter zukommt. Dies wird bei Compliance-Regelungen aber regelmäßig nicht der Fall sein.

### c) Gefahr der Anordnung des Verfalls gem. §§ 73 ff. StGB

Verstößt der Handelnde also nicht gegen vermögensschützende Bestimmungen im Innenverhältnis zum Treugeber und behält er das Wohl der Gesellschaft im Blick, so kann grundsätzlich nicht davon gesprochen werden, er verletze die Pflicht, fremde Vermögensinteressen zu betreuen, denn auch der Einsatz von Bestechungsgeldern kann für die Gesellschaft langfristig von

<sup>14</sup> LG Nürnberg-Fürth, Urteil v. 24. November 2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008, 3 KLS 501 Js 1777/08, Rn. 437 ff.

<sup>15</sup> BGH NJW 2011, 88, 91 f.; vgl. auch *Kania*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht*, 11. Aufl. (2011), § 119 BetrVG Rn. 2.

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 88, 92.

<sup>17</sup> *Ransiek* StV 2009, 321; *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 75.

<sup>18</sup> *Seier*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. (2008), V 2 Rn. 200; in diese Richtung auch *Kubiciel* NStZ 2005, 353, 360, der ausführt: „Da § 266 StGB nicht zur Durchsetzung lauterer Geschäftsführung ermächtigen will, können nur solche gesellschaftsrechtlichen Inhalte für die Untreue relevant werden, die als Konkretisierung der Dispositionsbefugnis über das fremde Vermögen gedacht werden können, mithin in einem funktionalen Zusammenhang zum Schutz des Vermögens der Gesellschaft stehen.“; zustimmend ebenso: *Dierlamm*, in: *MK StGB* (2006), § 266 Rn. 37; *Günther*, in: *FS Weber* (2004), 311, 316 f.; *Hillenkamp* NStZ 1981, 161, 166; *Taschke*, in: *FS Lüderssen* (2002), 663, 669 f.

<sup>19</sup> *Corsten* (Fn. 10), S. 284 ff.

<sup>20</sup> *BT-Drs* 7/550, 269; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 28. Aufl. (2010), § 331 Rn. 3; *Trüg*, in: *BeckOK StGB*, Edition 15 (1.5.2011), § 331 Rn. 3.

<sup>21</sup> *Kania*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Fn. 15), § 119 BetrVG Rn. 2, 3, 4.

<sup>22</sup> *Kritisch* hingegen *Schünemann* NStZ 2008, 430, 433 f., der äußert: „Denn der Schutzzweck von § 266 StGB ist auf das Rechtsgut ‚Vermögen‘ bezogen und würde pervertiert, wenn man diese Strafvorschrift zur Sanktionierung eines Systems der Corporate Compliance einsetzen wollte. Dies gilt auch für den Deutschen Corporate Governance Codex, dessen Pflichten für § 266 StGB nur insoweit Relevanz erlangen, wie sie den Vermögensschutz bezwecken, nicht aber schon dann, wenn sie im Interesse der allgemeinen Rechtsbefolgung oder Sicherung der Dispositionsbefugnis bestimmter Organe geschaffen worden sind.“

<sup>23</sup> *Dierlamm*, in: *FS Widmaier* (2008), 607, 610 f.; so auch *Michalke* StV 2011, 245, 247, 249.

Vorteil sein.<sup>24</sup> So können durch die Hingabe von Bestechungsgeldern oftmals lukrative Aufträge gewonnen werden, die für das Unternehmen erhebliche finanzielle Vorteile bedeuten. Freilich müssen dazu Anhaltspunkte vorliegen, die den Handelnden zu Recht davon ausgehen lassen, einen Gewinn oder eine Gewinnchance für das Unternehmen zu erzielen. Der bloße Wille zur Vorteils-erzielung ist nicht ausreichend, um eine Pflichtverletzung zu verneinen.<sup>25</sup>

Doch auch bei Gewinnchancen des Unternehmens gilt es zu berücksichtigen, dass bzgl. Vorteilen, die für oder aus einer rechtswidrigen Tat erlangt werden, im Falle der Verurteilung wegen der Bestechung (gem. §§ 299, 331 ff. StGB, § 119 BetrVG) nach § 73 StGB grundsätzlich deren Verfall angeordnet wird. Mit dessen Rechtskraft gehen die Vermögensrechte ohne besonderen Übertragungsakt auf den Staat über.<sup>26</sup> Folglich muss nicht jede zunächst vorteilhafte Schmiergeldzahlung auch tatsächlich zu einem für die Gesellschaft günstigen Ergebnis führen, wenn der Gewinn dem Verfall unterliegt. Nach dem i.R.d. § 73 StGB anzuwendenden Bruttoprinzip sind all diejenigen wirtschaftlichen Werte abzuschöpfen, die zu irgendeinem Zeitpunkt der Tat unmittelbar erlangt wurden.<sup>27</sup> Hinsichtlich der Frage nach einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, kommt es also zudem darauf an, ob es sich bei den erzielten bzw. beabsichtigten Gewinnen um solche handelt, die aufgrund des verwirklichten Bestechungsunrechts dem Verfall unterliegen. Von entscheidender Bedeutung ist folglich, ob die durch Bestechungszahlungen erlangten Gewinne für eine rechtswidrige Tat oder aus dieser erlangt wurden. Im Fall *Kölner Müllskandal* hatte der 5. Strafsenat des BGH entschieden, dass bei Schmiergeldzahlungen allein der dadurch erlangte Auftrag selbst aus der Tat erlangt wird, nicht aber der entsprechende Werklohn.<sup>28</sup> In einem Fall strafbarer Werbung entschied der 1. Strafsenat des BGH jedoch, dass aus der Tat nicht nur die aufgrund der Werbung erfolgten Warenbestellungen erlangt wurden, sondern auch die Kaufpreiszahlungen der Kunden.<sup>29</sup> Daran wurde kritisiert, dass dann dem Kriterium der Unmittelbarkeit nicht mehr genüge getan werde.<sup>30</sup> Dem ist zuzustimmen, da dies zu einer bedenklich extensiven Auslegung des Merkmals „aus der Tat“ führt, die zudem mit den juristischen Auslegungsmethoden nicht zu begründen ist.<sup>31</sup> Jedoch ist im vorliegenden Fall die andere Variante des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB einschlägig, da der durch Schmier-

gelder erzielte Gewinn „für die Tat“ (§ 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) erlangt wird.<sup>32</sup> Für die Tat ist der Vorteil dann erlangt worden, wenn der Betreffende als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln Vermögenswerte erhält, die nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen.<sup>33</sup> Folglich werden von dieser Variante vor allem Tatentgelte erfasst.<sup>34</sup> Somit werden die Gewinne, die der Handelnde aufgrund der Bestechungszahlungen erlangt zwar nicht aus der Tat, aber für die Tat erlangt, sodass eine Abschöpfung des durch die Bestechungszahlungen erlangten Gewinns möglich ist. Da der Handelnde in den vorliegenden Konstellationen für das jeweilige Unternehmen agiert und folglich dieses die Gewinne erlangt, gilt es § 73 Abs. 3 StGB zu berücksichtigen, nach dem sich der Verfall dann gegen das Unternehmen richtet.

Da folglich jeder Vorteil, der für eine rechtswidrige Tat erlangt wird, dem Verfall unterliegt, wäre die Zahlung von Schmiergeldern insofern als untreuerelevante Pflichtverletzung einzuordnen, als dass die genannten Zahlungen aufgrund der Abschöpfung des durch die Bestechung erzielten Gewinns zu einem Schaden für die Gesellschaft führten. Andererseits wäre zu fragen, ob es hinsichtlich der Pflichtverletzung auf die Wahrscheinlichkeit ankommt, dass der Verfall des erzielten Vorteils tatsächlich angeordnet wird. Dies mag i.R.d. Vermögensnachteils zwar von Bedeutung sein, für die Pflichtverletzung kann es darauf aber nicht ankommen. Wenn der die Bestechungszahlungen Vornehmende weiß, dass die begründete Gefahr besteht, dass die Vorteile, die er dem Unternehmen durch seine Tätigkeit zuführen wollte, dem Verfall unterliegen, so ist dies nicht mehr mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu vereinbaren. Ähnlich wie bei den Risikogeschäften kann hier darauf abgestellt werden, ob sich das Risiko eines Geschäftes noch in dem für ein vernünftiges geschäftliches Vorgehen abgesteckten Rahmen bewegt.<sup>35</sup> Besteht aber wie gesagt von Anfang an die begründete Gefahr des Verfalls der erzielten oder zu erzielenden Vorteile, dann ist die Zahlung von Schmiergeldern als pflichtwidrige Hingabe fremden Vermögens zu werten. Dass der Verfall erst Rechtsfolge der Bestechungstat ist, steht diesem Ergebnis nicht entgegen und bedeutet keine Vermischung der Verbrechenselemente, denn die Gefahr der Rechtsfolge des Verfalls begründet die fehlende Sorgfalt und somit die Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB.

### 3. Zwischenergebnis

Mithin gilt es festzuhalten, dass die Zahlung von Bestechungsgeldern insofern eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB sein kann, als der Verpflichtete gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (vgl. auch die Maßstäbe des § 93 AktG oder des § 43 GmbHG) verstößt. Denn weiß er, dass durch die Bestechungszahlungen erzielte Gewinne dem Verfall unterliegen, so kann nicht mehr von einem vernünftigen

<sup>24</sup> In die gleiche Richtung, wenngleich nicht speziell für Bestechungsgelder, *Bernsmann* GA 2009, 296, 300, der daran erinnert, mit vielen Handlungen, die von der Untreue erfasst werden sollen, intendieren die Handelnden keineswegs einen Schaden für das Unternehmen, sondern gerade dessen Bestand und dessen dauerhafte Rentabilität.

<sup>25</sup> *Corsten* wistra 2010, 206, 209.

<sup>26</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 73e Rn. 1.

<sup>27</sup> BGH NStZ 1994, 123; NJW 2006, 2500, 2501 = HRRS 2006 Nr. 627.

<sup>28</sup> BGH NJW 2006, 925, 929 = HRRS 2006 Nr. 123.

<sup>29</sup> BGH NStZ 2009, 275, 277 = HRRS 2008 Nr. 591; zustimmend *Lohse* JR 2009, 188.

<sup>30</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 26), § 73 Rn. 5; zum Kriterium der Unmittelbarkeit vgl. BVerfG, Beschluss v. 7. Juli 2006 – 2 BvR 527/06, Rn. 4 = HRRS 2006 Nr. 811.

<sup>31</sup> *Schlösser* NStZ 2011, 121, 125 ff.

<sup>32</sup> *Schlösser* NStZ 2011, 121, 131.

<sup>33</sup> BGH NStZ-RR 2003, 10, 11; NJW 2006, 925, 929; *Joecks*, in: MK (Fn. 18), § 73 Rn. 34.

<sup>34</sup> *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), § 73 Rn. 8.

<sup>35</sup> So im Zusammenhang mit Risikogeschäften das OLG Karlsruhe NJW 2006, 1682 f.

geschäftlichen Vorgehen gesprochen werden. Freilich liegt eine untreuerelevante Pflichtverletzung stets auch dann vor, wenn der Treupflichtige vermögensschützende Anweisungen im Innenverhältnis zum Vermögensinhaber missachtet. Die bloße Pflicht, keine Straftaten bzw. konkreter keine Schmiergeldzahlungen zu tätigen, ist jedoch nicht ausreichend.

### III. Vermögensnachteil

Wäre also eine Pflichtverletzung i.S.d. Untreue zu bejahen, so ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob durch die Zahlung der Bestechungsgelder auch ein Vermögensnachteil eintritt. Die Feststellung des Vermögensnachteils folgt dem Prinzip der Gesamtsaldierung. Es ist folglich der Wert des Gesamtvermögens vor und nach der Tathandlung miteinander zu vergleichen. Führt die untreuerelevante Pflichtverletzung zu einer nicht durch einen Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts, dann ist ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB zu bejahen.<sup>36</sup>

#### 1. Kompensation der Bestechungszahlungen

Folglich ist zu prüfen, ob durch die pflichtwidrige Hingabe von Bestechungsgeldern ein diese Vermögensminderung kompensierender Vorteil eintritt, sodass der Gesamtwert des Vermögens nicht gemindert wäre.

##### a) Erlangung finanzieller Vorteile für das Unternehmen

Ein die Vermögensminderung kompensierender Vorteil könnte zunächst in den für das Unternehmen durch die Bestechungszahlungen eintretenden finanziellen Vorteilen zu sehen sein.<sup>37</sup> Führen die Bestechungszahlungen zu den mit ihnen intendierten Aufträgen, so wären diese mit ihrem wirtschaftlichen Wert den Bestechungszahlungen gegenüberzustellen. Mithin ist für die Frage eines Vermögensnachteils der Wert der Gegenleistung zu bemessen, um diesen dann als Kompensation der zuvor getätigten Vermögensminderung in Ansatz zu bringen. Bei der konkreten Berechnung des wirtschaftlichen Wertes einer erlangten Gegenleistung werden sich zwar regelmäßig Schwierigkeiten ergeben, jedoch ist wohl grundsätzlich davon auszugehen, dass der erwartete Gewinn höher ist als die Bestechungssumme, denn ansonsten wäre die Zahlung entsprechender Bestechungsgelder wirtschaftlich wenig sinnvoll.<sup>38</sup> In diesem Zusammenhang ist indes aber nochmals zu betonen, dass auch illegal erzielte Vorteile im Rahmen der Schadenskompensation zu berücksichtigen sind, denn die Untreue hat als „Vermögensdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren“, sondern dient allein dem Schutz des Individualvermögens.<sup>39</sup>

Dies bestätigt auch der BGH, der im Fall *Siemens* ausführte, dass „bei pflichtwidriger Wegnahme (...) von Vermö-

gensteilen durch einen Arbeitnehmer (...) der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen sein (kann), dass der Handelnde beabsichtigt (oder dies behauptet), die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch ‚letztlich‘ ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Das gilt namentlich dann, wenn dieser Vorteil nur durch einen seinerseits gesetz- oder sittenwidrigen und gegebenenfalls strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.“<sup>40</sup> Jedoch wird deutlich, dass der BGH einen Vermögensschaden nicht deshalb ausschließt, weil der Vorteil durch Einsatz strafbarer Mittel erzielt wurde, sondern weil der Handelnde nur *beabsichtigte*, einen Vorteil zu erzielen, tatsächlich aber ein solcher nicht eingetreten ist. Dies bestätigt der BGH auch in der *Siemens/AUB*-Entscheidung, als er die der *Siemens AG* unter Verstoß gegen das BetrVG erlangten Vorteile für den Ausgleich der Vermögensminderung ansetzte und somit einen Schaden verneinte. Er führt sogar im Bezug auf die *Siemens*-Entscheidung wörtlich aus, „dass auf Grund des zur Tatzeit etablierten und ‚bewährten‘ Systems (...) die Zuwendungen auch nicht mit Fällen vergleichbar (sind), bei denen durch Einsatz von Bestechungsgeldern in nicht konkretisierten zukünftigen Fällen dem Vermögensinhaber günstige Vertragsabschlüsse erreicht werden sollen“.<sup>41</sup>

Auch das BVerfG weist in seinem Beschluss zu § 266 StGB aus 2010 darauf hin, dass zwar „die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden (kann); vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.“<sup>42</sup> Mithin kann der sich aufgrund der Schmiergeldzahlungen ergebende Gewinn als i.R.d. Prüfung des Vermögensnachteils relevanter Vorteil bewertet werden.

Weiterhin ist jedoch erforderlich, dass es sich bei dem Vorteil, der die Minderung kompensiert um einen unmittelbaren Vorteil handelt.<sup>43</sup> Dazu bedarf es zwar keiner synallagmatischen Gegenleistung<sup>44</sup>, allerdings reichen – dies wurde bereits in den soeben erwähnten Ausführungen des BGH im *Siemens*-Urteil deutlich – mittelbare, unkonkrete und wenig wahrscheinliche zukünftige Vorteile insoweit nicht aus.<sup>45</sup> Ein unmittelbarer Vermögensvorteil ist dann gegeben, wenn die den Schaden abschließende Kompensation in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Unmittelbar meint in diesem Zusammenhang nicht zeitgleich, sofort oder bald, sondern es ist lediglich erforderlich, dass keine weitere, selbstständige Handlung mehr hinzutreten

<sup>40</sup> BGH NJW 2009, 89, 92.

<sup>41</sup> BGH NJW 2011, 88, 93; so auch BGH NJW 2010, 92, 94 f., der einen relevanten Vorteil nicht am Verstoß gegen das BetrVG scheitern lässt, sondern vielmehr daran, dass das Wohlwollen des Betriebsratsvorsitzenden für die VW AG bereits gesichert war und darüber hinaus keine weiteren Vorteile erzielt werden konnten.

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>43</sup> Fischer NSTZ 2009 Sonderheft, 8, 17.

<sup>44</sup> Fischer NSTZ 2009 Sonderheft, 8, 17; *Hefendehl*, in: MK (Fn. 18), § 263 Rn. 455 ff.

<sup>45</sup> BGH NSTZ 1999, 353, 354 f.; NJW 2009, 89, 92; Fischer NSTZ 2009 Sonderheft, 8, 17 f.

<sup>36</sup> Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 266 Rn. 115, § 263 Rn. 111; *Lackner/Kühl* (Fn. 26), § 263 Rn. 36.

<sup>37</sup> So zuletzt der BGH im Fall *Siemens/AUB*, NJW 2011, 88, 93.

<sup>38</sup> *Ransiek* StV 2009, 321, 323.

<sup>39</sup> *Dierlamm*, in: FS Widmaier, 607, 613.

muss, die zu einem kompensationsfähigen Vermögenszuwachs führt.<sup>46</sup> Diesen Voraussetzungen genügen jedoch die Vorteile, die das Unternehmen durch die Bestechungszahlungen des Verantwortlichen erlangt, denn sie werden unmittelbar durch den erzielten Auftrag erlangt und sind keineswegs ungewiss und wenig konkret. Da sie sich direkt aus dem Auftrag bzw. dessen nachfolgender Entlohnung ergeben, liegt insoweit auch keine weitere selbstständige Handlung vor.<sup>47</sup>

Werden durch die Bestechungszahlungen also unmittelbar Vorteile erzielt, die wirtschaftlich dem Wert der Zahlungen entsprechen bzw. diese übersteigen, so fehlt es dem Prinzip der Gesamtsaldierung folgend an einem Vermögensnachteil, da die durch die Bestechungszahlung erfolgte Minderung des Vermögens durch die Erlangung der wirtschaftlichen Vorteile kompensiert wird.

### b) Erforderlichkeit eines Unmittelbarkeitszusammenhangs

An dieser Einordnung könnte sich aber dann etwas ändern, wenn die Bestechungszahlungen nach den Bestechungstatbeständen der §§ 299, 331 ff. StGB, § 119 BetrVG sanktioniert werden und hinsichtlich der erlangten Vorteile der Verfall gem. § 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB angeordnet wird. Dann wäre fraglich, ob die Vorteile überhaupt noch zur Kompensation der Vermögensminderung bemüht werden könnten. Dies wäre wohl zu verneinen, sodass mangels Kompensation dann ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB zu bejahen sein könnte. So hat auch das LG Darmstadt im Fall *Siemens* einen Vermögensnachteil angenommen, weil die durch die Bestechungszahlungen erlangten Vorteile auf Grund der Gefahr von Schadensersatzverpflichtungen und der Anordnung des Verfalls nur vorübergehender Natur gewesen seien.<sup>48</sup>

Könnten wegen des Verfalls die erzielten Vorteile aber nicht mehr zur Schadenskompensation in Ansatz gebracht werden, dann wäre in der Folge fraglich, ob zwischen Pflichtverletzung und Schaden ein Unmittelbarkeitszusammenhang bestünde. Dieser Zusammenhang, der i.R.d. objektiven Zurechnung im Bereich der Untreue zu prüfen ist, ist dann gegeben, wenn der Vermögensnachteil unmittelbar aus der Pflichtverletzung resultiert.<sup>49</sup> Dieses Erfordernis der Unmittelbarkeit findet in der Rechtsprechung kaum Beachtung. Als Ausnahme galt hier lange Zeit das *ASa*-Urteil des OLG Hamm, demzufolge das Erfordernis der Unmittelbarkeit ein Spezifikum des Betrugstatbestandes sei, dem im Rahmen des § 266 StGB keine Bedeutung zukäme.<sup>50</sup> Jedoch hat sich kürzlich erstmals auch der BGH zu diesem Problemkreis geäu-

ßert. Ohne nähere Begründung und sehr knapp hielt der 5. Strafsenat des BGH im *Compliance*-Urteil nunmehr auch einen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vermögensschaden für erforderlich. Der Senat kam hier zu dem Ergebnis, dass das Risiko der Inanspruchnahme auf Schadensersatz und Prozesskosten nach Begehung einer Straftat einen Vermögensschaden i.S.d. § 266 StGB nicht begründen könne, weil eine solche Inanspruchnahme mit der Aufdeckung der Tat einen Zwischenschritt voraussetze, sodass der erforderliche Gesamtvermögensvergleich nicht auf der Grundlage des vom Täter verwirklichten Tatplans erfolge. Mithin wäre der entstehende Vermögensschaden nicht unmittelbar.<sup>51</sup> Dem widersprach jedoch jüngst der 1. Strafsenat des BGH, der ausdrücklich äußerte, ein solcher Unmittelbarkeitszusammenhang sei auch mit Blick auf die tatbestandliche Weite des § 266 StGB nicht erforderlich.<sup>52</sup>

Um das spezifische Unrecht des § 266 StGB, nämlich der Nachteilszufügung aufgrund der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, erfassen zu können, ist dieses einschränkende Kriterium der Unmittelbarkeit erforderlich. Ansonsten würden auch Nachteile vom Tatbestand des § 266 StGB erfasst, die nicht durch Missbrauch oder Treubruch verursacht wurden. Dadurch bestünde abermals die Gefahr eines noch ausufernden Anwendungsbereichs der Untreue. Zudem spricht die systematische Nähe des § 266 StGB zum § 263 StGB, die sich gerade in den gemeinsamen Regelbeispielen zeigt, für das Erfordernis der Unmittelbarkeit<sup>53</sup>, welches im Bereich des Betrugs unstreitig notwendig ist<sup>54</sup>. Da im Zusammenhang mit Schmiergeldzahlungen und den dadurch erlangten Vorteilen aber das Gericht den Verfall Letzterer erst feststellen muss, tritt der Vermögensnachteil erst durch die entsprechende gerichtliche Entscheidung ein, nicht aber durch die Pflichtverletzung in Form der Schmiergeldzahlung. Dem Kriterium der Unmittelbarkeit wäre somit nicht Genüge getan.

## 2. Fehlender „Erfolg“ der Bestechungszahlungen

Einzig denkbarer Fall eines Vermögensnachteils durch die Zahlung von Bestechungsgeldern wird demnach derjenige sein, in denen der Verantwortliche Schmiergeldzahlungen erfolglos tätigt. Allein dann kann ein Vermögensnachteil angenommen werden, weil der Hingabe der Bestechungsgelder, also der Vermögensminderung, kein Vermögensvorteil in Form von Aufträgen etc. gegenüberstünde. Im Fall *Siemens* hatte der BGH den Vermögensnachteil bejaht, weil entgegen den Erwartungen der

<sup>46</sup> BGH NJW 2011, 88, 93.

<sup>47</sup> *Kempf* lässt für die Berücksichtigung des Vorteils einen kausalen Zusammenhang ausreichen, da das Erfordernis der Unmittelbarkeit zu einer nicht unerheblichen Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 266 StGB führte, *Kempf*, in: FS Hamm (2008), 255, 260.

<sup>48</sup> LG Darmstadt, Urteil v. 14. Mai 2007 – 712 Js 5213/04 – 9 KLS Rn. 149.

<sup>49</sup> *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 18), V 2 Rn. 203 ff.

<sup>50</sup> OLG Hamm NJW 1982, 190, 192.

<sup>51</sup> BGH NJW 2009, 3173, 3175 = HRRS 2009 Nr. 718; zustimmend: *Mosiek* HRRS 2009, 565; *Reinhold* HRRS 2009, 107, 111 spricht insoweit davon, dass es sich bei der Abschöpfung im Verhältnis zu den Schmiergeldern um einen eigenständigen „Nachteil“ handele, der von ersteren strikt zu trennen sei.

<sup>52</sup> BGH NJW 2011, 1747, 1751.

<sup>53</sup> *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 18), V 2 Rn. 204.

<sup>54</sup> Vgl. nur *Hefendehl*, in: MK (Fn. 18), § 263 Rn. 262 ff. und *Lackner/Kühl* (Fn. 26), § 263 Rn. 32.

Handelnden bislang die Schmiergeldzahlungen fruchtlos geblieben waren.<sup>55</sup>

#### IV. Vorsatz

Unabhängig davon, dass (erfolgreiche) Bestechungszahlungen mangels Vermögensnachteil nicht den Tatbestand der Untreue verwirklichen, fehlt es jedoch darüber hinaus an dem erforderlichen Vorsatz.

Nach der Rechtsprechung des 4. Strafsenats des BGH sind an die Annahme des Vorsatzes wegen der grundsätzlichen Weite des Untreuetatbestands in der Treubruchsalternative strenge Anforderungen zu stellen, wenn nur bedingter Vorsatz in Frage steht und der Betreffende nicht eigennützig handelt.<sup>56</sup> Der Handelnde muss sich nicht nur der Pflichtwidrigkeit seines Tuns, sondern auch und gerade des dadurch bewirkten Nachteils für das zu betreuende Vermögen bewusst sein.<sup>57</sup>

Folglich käme ohnehin nur Vorsatz in Form des *dolus eventualis* in Betracht, wobei fraglich sein dürfte, ob derjenige, der Bestechungszahlungen tätigt, um für das eigene Unternehmen Vorteile zu erzielen, den Eintritt eines Vermögensnachteils billigend in Kauf nimmt. Vielmehr dürfte derjenige oftmals schon nicht die Möglichkeit eines Vermögensnachteils erkennen bzw. jedenfalls nicht billigen, ist er sich doch im Zeitpunkt der Vornahme der Zahlungen sicher, positive Folgen für das Unternehmen zu erzielen.

Im Fall *Kanther/Weyrauch* hatte der 2. Strafsenat des BGH diesbezüglich entschieden, dass selbst wenn der Handelnde die Gefahr eines Vermögensnachteils erkenne und in der Folge billige, dies nicht für die Bejahung des Vorsatzes ausreichen würde, wenn der Handelnde die Gefahrrealisierung gerade vermeiden wolle und sich nicht mit ihr abfinde.<sup>58</sup> Der Senat hielt folglich in diesem Zusammenhang ein zusätzliches Erfordernis für den Vorsatz für erforderlich, nämlich das *Abfinden* mit einem Vermögensnachteil. Dieser Rechtsprechung hat der 1. Strafsenat des BGH jedoch nunmehr ausdrücklich widersprochen. Der Senat führte aus, dass sofern aus der *Kanther/Weyrauch*-Entscheidung weitergehend gefolgert werden sollte, dass sich als Voraussetzung für die Untreue beim vorsätzlichen pflichtwidrigen Eingehen von Vermögensrisiken der Vorsatz immer auch auf die Billigung des endgültigen Vermögensnachteils erstrecken müsse, der Senat dem nicht folgen könne.<sup>59</sup> Der 3. Strafsenat des

BGH urteilte nun, dass der Täter einer Kredituntreue dann bedingt vorsätzlich handele, wenn er mit Umständen rechne, die eine Pflichtwidrigkeit seines Tuns und eine Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründeten und er diese billigend in Kauf nehme. Es spiele in diesem Zusammenhang keine Rolle, wenn der Täter glaube oder hoffe, dass der Vermögensnachteil nicht eintrete, weil der Kredit letztlich dennoch zurückgeführt werde.<sup>60</sup>

Gleichwohl kann auch in einem Fall erfolgloser Schmiergeldzahlungen regelmäßig bedingter Vorsatz nicht bejaht werden. Denn der Handelnde wird die Möglichkeit eines Vermögensnachteils meist nicht erkennen, handelt er doch in dem festen Glauben, durch die Schmiergeldzahlungen für das Unternehmen wirtschaftliche Vorteile zu erlangen. Von einem Bewusstsein, dass er dem Unternehmen einen Nachteil zufügt bzw. von einem Billigen eines solchen kann dann aber nicht gesprochen werden.<sup>61</sup> Aber selbst wenn der Handelnde die Gefahr eines Vermögensnachteils erkennt und weiß, dass er diese für einen anderen eigentlich nicht übernehmen darf, kann es möglich sein, dass er das gefährliche Geschäft – im vorliegenden Fall die Zahlung von Bestechungsgeldern – dennoch für aussichtsreich hält und deshalb keine Bedenken hat, es in der Hoffnung einzugehen, für den anderen dadurch einen Vorteil zu erwerben.<sup>62</sup> Vertraut der Handelnde folglich darauf, dass die Schmiergeldzahlungen dem Vermögen des Unternehmens einen Gewinn verschaffen werden, ohne dass aus seiner Sicht lediglich höchst zweifelhafte Gewinnaussichten bestehen, dann ist ein Nachteilszufügungsvorsatz zu verneinen.<sup>63</sup>

#### V. Fazit

Festzuhalten gilt es somit, dass die Zahlung von Schmiergeldern dann eine untreuerelevante Pflichtverletzung ist, wenn diese Handlung den ausdrücklichen vermögensschützenden Anweisungen des Geschäftsherrn im Innenverhältnis widerspricht (also auch, wenn es eindeutige dahingehende Compliance-Vorschriften gibt). Daneben ist eine für § 266 StGB erforderliche Pflichtverletzung aber auch dann zu bejahen, wenn der Vermögensinhaber nichts von den Zahlungen weiß, der Betreffende zugunsten der Gesellschaft handeln möchte und vom zukünftigen Eintritt positiver Folgen ausgeht. Weil die für das Unternehmen erzielten wirtschaftlichen Vorteile dem Verfall unterliegen, handelt er nicht mehr mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Kaufmanns.

Dennoch fehlt es bei erfolgreichen Bestechungszahlungen an einem für § 266 StGB erforderlichen Nachteil, weil die durch die Zahlung der Schmiergelder erfolgte

<sup>55</sup> BGH NJW 2009, 89, 92.

<sup>56</sup> BGH NJW 1975, 1234, 1236; NJW 1983, 461; NJW 1984, 800, 801; kritisch: *Fischer* (Fn. 36), § 266 Rn. 176.

<sup>57</sup> BGH NStZ 2002, 648, 650.

<sup>58</sup> BGH NJW 2007, 1760, 1766 = HRRS 2007 Nr. 2 jedoch im Zusammenhang mit einer bloßen Vermögensgefährdung.

<sup>59</sup> BGH NJW 2008, 2451, 2451 f. = HRRS 2008 Nr. 522; vgl. hierzu *Wegner wistra* 2008, 347; der BGH hatte in Fällen des Treubruchs oftmals ausgeführt, dass erhebliche Anforderungen an den Schädigungsvorsatz zu stellen seien, um den sehr weit gefassten objektiven Tatbestand einzugrenzen (BGHSt 3, 23, 25; 47, 295, 302; BGH NJW 1975, 1234, 1236; NJW 2001, 2411, 2414); in der Literatur herrschte allerdings die Ansicht vor, diese Eingrenzung sei durch eine restriktive Auslegung des objektiven Tatbestandes vorzu-

nehmen (*Fischer* [Fn. 36] § 266 Rn. 78a; *Perron*, in: Schönke/Schröder [Fn. 20], § 266 Rn. 50; *Schünemann*, in: LK StGB, 11. Aufl. (2005), § 266 Rn. 151).

<sup>60</sup> BGH wistra 2010, 21, 23 = HRRS 2009 Nr. 900.

<sup>61</sup> *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 75 f.; a.A. LG Darmstadt, Urteil v. 14. Mai 2007 – 712 Js 5213/04 – 9 Kls, Rn. 150.

<sup>62</sup> BGH, Urteil v. 26. Februar 1954 – 5 StR 551/51.

<sup>63</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 244, 245.

Vermögensminderung durch die wirtschaftlichen Vorteile, die durch die Zahlung erlangt werden, ausgeglichen wird. Auch bei Anordnung des Verfalls dieser Vorteile gem. § 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, fehlte es an der für § 266 StGB erforderlichen Unmittelbarkeit des Vermögensnachteils.

Im Falle erfolgloser Schmiergeldzahlungen läge zwar ein Vermögensnachteil vor, aber es fehlte am erforderlichen Vorsatz, weil der Handelnde die Möglichkeit eines Ver-

mögensnachteils regelmäßig nicht erkennen bzw. diese jedenfalls nicht billigen wird.

Es bleibt abzuwarten, ob die Gerichte auch in Zukunft im Zusammenhang mit Korruptionsfällen § 266 StGB bemühen werden. Dies wäre insofern nicht sachgerecht, als das Korruptionsunrecht anhand der vorhandenen Tatbestände der §§ 299, 331 ff. StGB und § 119 BetrVG adäquat erfasst wird und Bestechungszahlungen nicht den Untreuetatbestand erfüllen.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schadensbegriffes

## Zur jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue und ihren Folgen für eine Schadensbegründung im Rahmen des Betruges

Von Rechtsanwalt Dr. Jan Schlösser, Berlin

### I. Einleitung

Die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zeigt anhand des Institutes des „Verschleifungsverbot“ verfassungsrechtliche Grenzen für eine strafrechtliche Begriffsbildung im Allgemeinen und die Schadensbegründung im Besonderen auf. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, inwieweit das anhand der Untreue entwickelte Verschleifungsverbot Rückwirkungen auf den Tatbestand des Betruges hat und dort einer Schadensbegründung anhand der *Zweckverfehlungslehre* entgegensteht. Ausgehend von der Darstellung verfassungsrechtlicher Grenzen einer strafrechtlichen Begriffsbildung (II.) und der Subjektivierung des Schadensbegriffes durch die Zweckverfehlungslehre (III.) wird entwickelt, dass diese Lehre anhand der BVerfG-Rechtsprechung und Äußerungen des Gesetzgebers in den Motiven als eine verfassungswidrige Begriffsbildung beschrieben werden kann (IV.). Eine Überprüfung dieses Ergebnisses anhand der Dogmengeschichte zeigt zudem, dass gegen die Zweckverfehlungslehre in der vorliegend untersuchten Gestalt nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch – bereits häufig erörterte – strafrechtsdogmatische Argumente sprechen (V.).

\* Der Autor ist Strafverteidiger in Berlin.

### II. Verfassungsrechtliche Grenzen einer strafrechtlichen Begriffsbildung

Die Entscheidung des BVerfG ist grundlegend, erhöht die verfassungsrechtliche Kontrolldichte fachgerichtlicher Entscheidungen und wird weitreichende – bislang noch unabsehbare – Folgen für die Dogmatik der Untreue haben.<sup>1</sup> Sie greift in der Literatur geforderte Restriktionen des Untreuetatbestandes auf und belegt diese verfassungsrechtlich.<sup>2</sup> Eine der herangezogenen Restriktionen ist das so genannte *Verschleifungsverbot*. Dieses wird in diesem Abschnitt dargestellt (1.) und hinsichtlich seiner Übertragbarkeit auf andere Straftatbestände untersucht (2.). Im Anschluss daran wird herausgearbeitet, welche Tatbestandsmerkmale des Betruges an einem Verschleifungsverbot teilnehmen (3.).

#### 1. Das „Verschleifungsverbot“ in der Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue

Geht ein Vermögensbetreuungspflichtiger mit dem zu betreuenden Vermögen „nach Art eines Spielers“ um, so begründet dieses Risikogeschäft nach bisheriger Untreuedogmatik sowohl die Pflichtwidrigkeit seines Han-

<sup>1</sup> In diesem Zusammenhang Saliger NJW 2010, 3195 ff.; Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 266 Rn 67, 160a ff.

<sup>2</sup> Zu den Restriktionen im Einzelnen Schlösser/Mosiek HRRS 2010, 424, 427.

delns als auch eine schadensgleiche Gefährdung des davon betroffenen Vermögens.<sup>3</sup> Diese Dogmatik ist nach Auffassung des BVerfG verfassungswidrig. Begründet wird dies damit, dass auf diesem Wege eine unzulässige „Verschleifung“ zwischen den Tatbestandsmerkmalen Pflichtwidrigkeit und Schaden stattfinden würde. Zum Verschleifungsverbot im Rahmen der Untreue führt das BVerfG aus<sup>4</sup>:

„Im Falle des Nachteilsmerkmals muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, dieses Merkmal als selbständiges neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, das heißt, es in diesem Merkmal aufgehen lassen (...)“

Weiter heißt es in dem Judikat<sup>5</sup>:

„Der Verzicht auf eine eigenständige Ermittlung des Nachteils, wozu angesichts der Schwierigkeiten der Beurteilung bei Kreditvergaben in der Regel die Konkretisierung des Schadens der Höhe nach anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens gehört, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Er ist geeignet, die eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Nachteilsmerkmals zu unterlaufen, indem an die Stelle der vom Gesetzgeber gewollten wirtschaftlichen Betrachtung eine weitgehend normativ geprägte Betrachtungsweise tritt, wie die zitierten Formeln der Rechtsprechung (weite Abweichung von den Geboten kaufmännischer Sorgfalt, Handeln nach Art eines Spielers) zeigen. Ein eigenständiger, über das Merkmal der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht hinausgehender Gehalt des Nachteilsmerkmals ist bei solcher Auslegung nicht mehr zu erkennen; es findet eine ‚Verschleifung‘ der Tatbestandsmerkmale entgegen der gesetzgeberischen Intention statt (...)“

Nach Auffassung des BVerfG ist die Auslegung eines Strafgesetzes demnach nur dann verfassungsgemäß, wenn jedes Tatbestandsmerkmal gegenüber den anderen Merkmalen eines Tatbestandes einen *eigenständigen Gehalt* aufweist. Dieses im Rahmen der Untreue zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden bestehende verfassungsrechtliche Verschleifungsverbot greift eine in der Literatur erhobene Forderung auf, die sich dort vor allem auf das so genannte allgemeine Schädigungsverbot bezieht.<sup>6</sup>

## 2. Übertragbarkeit des Verschleifungsverbotes von der Untreue auf andere Straftatbestände

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Verschleifungsverbot bei der Untreue ist Ausdruck allgemeiner verfassungsrechtlicher Prinzipien und dementsprechend auch

auf alle anderen Straftatbestände übertragbar. Bei den vom BVerfG herangezogenen Prinzipien handelt es sich um das Rechtsstaatsprinzip und um das Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Alle drei Prinzipien haben Berührungspunkte mit der *Lehre vom Vorrang des Gesetzes*.<sup>7</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist nach der Lehre vom Vorrang des Gesetzes für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist.<sup>8</sup> Auf diese Lehre – und nicht auf das Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG – bezieht sich das BVerfG in der Untreue-Entscheidung, wenn es den in der Fassung des § 266 StGB zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers zum entscheidenden Argumentationstopos erhebt. Das BVerfG liefert damit verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte für ein ohnehin allgemein geltendes methodisches Prinzip, wonach die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals nicht dazu führen darf, dass einem anderen Tatbestandsmerkmal sein eigenständiger Regelungsgehalt genommen wird.<sup>9</sup> Da die genannten Prinzipien generell – das heißt nicht nur in Bezug auf die Untreue – gelten, ist das Verschleifungsverbot ein auf sämtliche Straftatbestände übertragbares methodisches und (nunmehr auch) verfassungsrechtliches Gebot. Im Weiteren werden nun die Folgen eines verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbotes für den Tatbestand des Betruges untersucht.

## 3. Für das Verschleifungsverbot bedeutsame Tatbestandsmerkmale des Betruges

Für eine solche Untersuchung muss vorab geklärt werden, welche Tatbestandsmerkmale des Betruges Gegenstand eines verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbotes sein können. Bedeutsam ist dies für das Tatbestandsmerkmal der *Vermögensverfügung*, das im Unterschied zu den Merkmalen der Täuschung, des Irrtums und des Schadens im Tatbestand keine ausdrückliche Erwähnung findet, sondern als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gilt.<sup>10</sup>

Ob es sich bei der Vermögensverfügung um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal handelt, ist jedoch durchaus fragwürdig. Vieles spricht dafür, dass dieses ein im Wortlaut des Gesetzes („dadurch“)<sup>11</sup> und seiner logi-

<sup>3</sup> Fischer (Fn 1), § 266 Rn 67 (zur Pflichtwidrigkeit) Rn 158 ff. (zum Schaden).

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 113 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 149 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>6</sup> Dazu nur Schlösser/Dörfler wistra 2007, 326, 331 m. w. N.

<sup>7</sup> Zum Vorrang des Gesetzes als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. (2011), Art. 20 Rn 37 ff. Zum Prinzip des Gesetzesvorrangs als Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips Jarass/Pieroth aaO Art. 20 Rn 25. Zur Verknüpfung zwischen dem Demokratieprinzip und dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes Jarass/Pieroth aaO Art. 20 Rn 2.

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 20.3.2002 – 2 BvR 794/95 – in: BVerfGE 105, 135 (157); Urteil vom 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01 – in: BVerfGE 110, 226 (248) = HRRS 2004 Nr. 238.

<sup>9</sup> Schlösser wistra 2010, 164, 170.

<sup>10</sup> Dazu nur BGBl. 1969 I, S. 1445; LK/Lackner, 10. Aufl. (1988), § 263 Rn 8; MK/Hefendehl (2006) § 263 Rn 230; Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 70.

<sup>11</sup> MK/Hefendehl (Fn. 10) § 263 Rn 230.

schen Struktur<sup>12</sup> „verstecktes“ Tatbestandsmerkmal darstellt. So gesehen, findet der *Wille des Gesetzgebers*, die Vermögensverfügung als Tatbestandsmerkmal zu etablieren, (implizit) bereits Ausdruck im Wortlaut des § 263 StGB. Hier wird bedeutsam, dass das BVerfG nicht das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) zum Anknüpfungspunkt für ein verfassungsrechtliches Verschleifungsverbot gewählt hat.

Aber selbst wenn man dem nicht folgen wollte, steht das *Ungeschriebensein dieses Tatbestandsmerkmals seiner Teilnahme am Verschleifungsverbot nicht entgegen*. Der Betrugstatbestand in seiner heutigen Fassung ist zurückzuführen auf die Vorarbeiten zum Preußischen StGB von 1851 und fand darüber Eingang in das RStGB von 1871.<sup>13</sup> Zu diesem Gesetz und im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Vermögensverfügung heißt es in einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1913<sup>14</sup>:

*„Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB ist eine Verfügung (eine sog. Vermögensdisposition) des Getäuschten. Nur sie kann den ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensschaden herbeiführen. Der § 263 ist zu behandeln als laute er:*

*Wer usw. einem anderen dadurch, dass er in ihm durch Vorspiegelung usw. einen Irrtum erregt oder unterhält, zu einer Verfügung bestimmt, durch welche das Vermögen des Getäuschten oder eines anderen beschädigt wird ...“*

Der Betrugstatbestand des Deutschen Reiches wurde als vorkonstitutionelles Recht, das dem Grundgesetz nicht widerspricht, über die Artt. 123 und 124 GG Bestandteil der bundesdeutschen Rechtsordnung. Übernommen wurde auch das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung.<sup>15</sup> Im „Erste(n) Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StRG)“ vom 25. Juni 1969 wurde § 263 StGB geändert und die Rechtsfolgenseite neu formuliert. Der Bundesminister der Justiz wurde ermächtigt, den Wortlaut des Strafgesetzbuches in der neuen Fassung bekanntzumachen (Art. 102). Auf dieser Grundlage beruhend, erfolgte am 1. September 1969 die Bekanntmachung der Neufassung des Strafgesetzbuches.<sup>16</sup> Darunter fiel auch § 263 StGB.<sup>17</sup> Der bis heute

geltende Wortlaut der Norm blieb auf der Tatbestandsseite unverändert.<sup>18</sup> Die Neufassung geschah angesichts einer Dogmatik zur Vermögensverfügung, die unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des RG bis heute in Rechtsprechung und Literatur absolut einhellig und soweit ersichtlich unbestritten davon ausgeht, dass der Betrugstatbestand die Annahme einer Vermögensverfügung voraussetzt.<sup>19</sup> Der gesetzgeberische Wille zeigt sich somit auch in der Neufassung von § 263 StGB in Folge des „Erste(n) Gesetz(es) zur Reform des Strafrechts (1. StRG)“ vom 25. Juni 1969. Hätte dieses Normverständnis korrigiert werden sollen, dann hätte der Gesetzgeber dies durch eine entsprechende Neuformulierung des Betrugstatbestandes zum Ausdruck gebracht.

Damit bleibt festzuhalten, dass sämtliche objektive Tatbestandsmerkmale des Betrugers – das heißt die Merkmale der Täuschung, des Irrtums, der Vermögensverfügung und des Vermögensschadens – dem verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbot unterliegen. Das besagt: Keines dieser Merkmale darf durch Auslegung der anderen Tatbestandsmerkmale seinen eigenständigen Gehalt verlieren.

### III. Subjektivierung des Schadensbegriffes durch den BGH am Beispiel der Zweckverfehlungslehre

Der Schadensbegriff des Vermögensstrafrechts erfährt im Rahmen unterschiedlicher Rechtsfiguren eine Subjektivierung. Anerkannt ist dies für die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag und die Zweckverfehlungslehre.<sup>20</sup> Beide Lehren stimmen darin überein, dass die an eine Vermögensverfügung gestellte Erwartung enttäuscht und diese Enttäuschung dann zum Anknüpfungspunkt für eine Schadensbegründung wird. Da die Erwartung einer Person – oder mit anderen Worten: der von ihr verfolgte Zweck – etwas Subjektives ist, führt eine darauf bezogene Schadensbegründung zu einer Subjektivierung des Schadensbegriffes.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 8: „Da jedoch erforderlich ist, dass der Irrtum – ein innerseelischer Zustand des Getäuschten – den Vermögensschaden verursacht, kann die kausale Verbindung begrifflich nur in einem Verhalten des Irrenden, der sog. Vermögensverfügung, bestehen.“

<sup>13</sup> LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 3.

<sup>14</sup> RG, Urteil vom 29.4.1913 – II 1221/12 – in: RGSt 47, 151, 152 f.

<sup>15</sup> Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, BR-Drucksache 200/62, S. 424. Der E 1962 sah die Vermögensverfügung als geschriebenes Tatbestandsmerkmal vor; dazu Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (8. Band) 1959, S. 35, 45; Materialien zur Strafrechtsreform (15. Band) S. 115 („Gegenüberstellung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches [E 1962] und der Stellungnahme des Bundesrates mit dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches [E 1930] und dem geltenden Strafgesetzbuch“).

<sup>16</sup> BGBl. 1969 I, S. 1445 (Nr. 88).

<sup>17</sup> BGBl. 1969 I, S. 1445 (Zweiundzwanzigster Abschnitt Betrug und Untreue/§ 263)

<sup>18</sup> Vgl. hierzu insbesondere auch die Materialien zur Strafrechtsreform (15. Band) S. 115 (Fn. 15).

<sup>19</sup> Zur Rechtsprechung nur BGH, Beschluss vom 21.6.2006 – 2 StR 57/06 – in: NStZ 2006, 687 = HRRS 2006 Nr. 575; für die Literatur nur Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 70.

<sup>20</sup> Zur Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag BGH, Beschluss vom 16.8.1961 – 4 StR 166/61 – in: BGHSt 16, 321, 325 f.; LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 156; SSW/Satzger (2009) § 263 Rn 158; Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 146 ff. Zur Zweckverfehlungslehre LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 173; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT/1, 8. Aufl. (1995), § 41 Rn 120; LK/Tiedemann, 11. Aufl. (2005), § 263 Rn 185; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 32. Aufl. (2009), Rn 551; NK/Kindhäuser, 3. Aufl. (2010), § 263 Rn 290.

<sup>21</sup> Nach Saliger, in: FS für Samson (2010) S. 456, stehen die Lehren vom persönlichen Schadenseinschlag und der sozialen Zweckverfehlung zudem für eine Normativierung des Schadensbegriffes, das heißt für Erscheinungsformen der Schadenslehre, die von einer wirtschaftlich-faktischen Bestimmung des Schadens abstrahieren. Auf Problemstellungen, die aus einer Normativierung des Schadensbegriffes

Anwendungsbereiche der Zweckverfehlungslehre sind der Subventionsbetrug sowie der Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug.<sup>22</sup> Bei der zuletzt genannten Form des Betruges handelt es sich um einseitige Rechtsgeschäfte, in deren Rahmen private und freiwillige Leistungen erfolgen. Der 4. Strafsenat des BGH stellt für diese in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 bis heute geltende Grundsätze zur Schadensermittlung auf<sup>23</sup>:

*„In den Fällen des sog. Spenden-, Bettel- oder Schenkungsbetrugs entfällt die Annahme einer täuschungs- und irrumsbedingten Schädigung allerdings nicht schon deshalb, weil sich die Getäuschten ... der nachteiligen Wirkung ihrer Verfügung auf ihr Vermögen bewusst sind (...). Die (bewusste) Vermögenseinbuße soll, wie für diese Fälle kennzeichnend ist, nach den Vorstellungen des Gebenden durch Erreichung eines bestimmten nicht vermögensrechtlichen Zweckes ausgeglichen werden. Wird dieser Zweck verfehlt, so wird das Vermögensopfer auch wirtschaftlich zu einer unvernünftigen Ausgabe, die auf Täuschung beruht. Allerdings kann, soll § 263 StGB nicht seines Charakters als einer Vorschrift zum Schutze des Vermögens beraubt und zu einer Vorschrift zum Schutze der Dispositionsfreiheit umgestaltet werden, nicht jeder auf Täuschung beruhende Motivirrtum die Strafbarkeit begründen. Erforderlich ist vielmehr die Verfehlung eines Zweckes, der dem Verfügenden in der konkreten Situation notwendig und sinnvoll erscheint, sei es, dass er einen sozialen, sei es, dass er einen indirekt wirtschaftlich relevanten Zweck verfolgt (...).“*

Anhand dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung soll in dem folgenden Abschnitt beispielhaft die verfassungsrechtliche Grenze für eine Subjektivierung des Schadensbegriffes aufgezeigt werden.

#### IV. Zweckverfehlungslehre als Verschleifung im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung

Die verfassungsrechtliche Grenze für eine Subjektivierung des Schadensbegriffes ist in den Fällen des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges erreicht (oder genauer: überschritten), wenn die zuvor dargestellte Schadensdogmatik eine Verschleifung im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn in ihrer Folge das Merkmal des Schadens gegenüber den Tatbestandsmerkmalen der Täuschung, des Irrtums und der Vermögensverfügung keinen eigenständigen Gehalt mehr aufweist.<sup>24</sup>

resultieren, wird im vorliegenden Beitrag nicht näher eingegangen.

<sup>22</sup> Dazu LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 164; NK/Kindhäuser (Fn. 20), § 263 Rn 287; Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 137-145.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 10.11.1994 – 4 StR 331/94 – in: NStZ 1995, 134 f.

<sup>24</sup> Weil es demnach um einen Strukturvergleich innerhalb des Betrugstatbestandes geht, kommt es auf die Frage, ob der Schadensbegriff des Betruges und der Untreue identisch sind, nicht an.

### 1. Motivirrtum und Schadensbegründung

Nach der zuvor dargestellten Rechtsprechung des BGH begründet beim Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug eine auf einem Motivirrtum beruhende Vermögensverfügung einen Schaden im Sinne des § 263 StGB („Motivirrtum die Strafbarkeit begründe[t]“). Ausgangspunkt ist eine Täuschungshandlung. Durch diese unterliegt der Getäuschte einem (Motiv-)Irrtum und die daraufhin erfolgende Vermögensverfügung verfehlt, weil sie durch einen Irrtum motiviert und nicht Ausdruck einer autonomen Entscheidung ist, ihren Zweck. Dies zumindest dann, wenn der Irrtum kausal für die Vermögensverfügung ist. Die täuschungsbedingte Vermögensverfügung führt zur Zweckverfehlung und diese begründet einen Schaden.

Dies bedeutet: Der Betrug wird durch seine Merkmale Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung abschließend beschrieben. Er wird damit (auch) zu einem Delikt zum Schutze der Dispositionsfreiheit („zu einer Vorschrift zum Schutze der Dispositionsfreiheit umgestaltet“). Diese Gleichsetzung des Schadens mit einer irrumsbedingten Vermögensverfügung stellt ein regelmäßig beschriebenes Fundamentalproblem der Betrugsdogmatik dar.<sup>25</sup> Sie hat zur Folge, dass im Rahmen der Zweckverfehlungslehre der Schadensbegriff seinen eigenständigen Gehalt und seine strafbarkeitsbegrenzende Funktion verliert.<sup>26</sup>

Diese Verluste treten auch dann ein, wenn man, wie die herrschende Meinung, die Einschränkung der Dispositionsfreiheit wirtschaftlich interpretiert und sie in den Vermögensbegriff integriert, so dass der Dispositionsschutz kein eigenständiges (Schutz-)Recht für sich in Anspruch nehmen kann (objektiv-individueller Vermögensbegriff).<sup>27</sup> Die Kommentierung von Tiedemann im

<sup>25</sup> Dazu Maurach NJW 1961, 625, 628 ff.; Eser GA 1962, 289, 294 ff.; Ellscheid GA 1971, 161, 166 ff.; Jakobs JuS 1977, 228, 230 f.; Maiwald NJW 1981, 2777, 2780 f.; Rudolphi, in: FS für Klug (1983) S. 315 ff.; LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 172; Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 20), § 41 Rn 122; SK/Hoyer, 7. Aufl. (2004), § 263 Rn 113; LK/Tiedemann (Fn. 20), Vor § 263 Rn 32: „... und damit die Beeinträchtigung der (wirtschaftlichen) Dispositionsfreiheit der Tendenz nach zum Inhalt des (Vermögens-)Schadens werden zu lassen ... für einen Vermögensschaden die Funktionsstörung und damit die Verletzung der Dispositionsfreiheit ausreichen lässt ...“, 95; MK/Hefendehl (Fn. 10) § 263 Rn 632 ff.; Lampe in: FS Otto (2007) S. 645; SSW/Satzger (Fn. 20) § 263 Rn 161; Wessels/Hillenkamp (Fn. 20), Rn 551; Schlösser wistra 2010, 164, 169 f.; Cramer/Perron in: Schönlke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn 121; NK/Kindhäuser (Fn. 20), § 263 Rn 295; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 Rn 55 m. w. N.

<sup>26</sup> Dazu auch Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht (1968) S. 85 f.; Tiedemann ZStW 86 (1974) 897, 908; LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 171; SK/Hoyer (Fn. 25), § 263 Rn 222; LK/Tiedemann (Fn. 20), Vor § 263 Rn 29, 32.

<sup>27</sup> RG, Beschluss vom 20.4.1887 – Rep. 2237/86 – in: RGSt 16, 1, 9: „Grundsatz der Individualisierung“; BGH, Beschluss vom 16.8.1961 – 4 StR 166/61 – in: BGHSt 16, 321, 325 f.; Urteil vom 24.2.1983 – 1 StR 550/82 – in: StV 1984, 153; LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 149, 156-163; LK/Tiedemann (Fn. 20), Vor § 263 Rn 26 ff.; Cramer/Perron

Leipziger Kommentar steht für diesen Ansatz beispielhaft, wenn dort von „wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit“ oder „Vermögens-Dispositionsfreiheit“ die Rede ist.<sup>28</sup> Eine solche Integration der täuschungsbedingten Vermögensverfügung in den Vermögensbegriff führt nicht dazu, dass in diesem Punkt der Vermögensbegriff über den – bereits durch eine täuschungsbedingte Vermögensverfügung bedingten – Schutz der Dispositionsfreiheit hinausweist.<sup>29</sup> Hinzu tritt allein eine auf wirtschaftliche Kategorien bezogene Deutung des Geschehens ohne eine weitergehende kategoriale Einschränkung des erfassten Sachverhalts. Eine solche kategoriale Einschränkung liegt nicht vor, weil im Rahmen einer Zweckverfehllungslehre die über eine Subjektivierung ermöglichte Schadensbegründung (allein) beschreibender Natur ist und kein eigenständiges Schadenskriterium hervorbringt. Auch die Annahme des BGH, dass die Vermögensverfügung in Folge einer Zweckverfehlung zu einer wirtschaftlich unvernünftigen Ausgabe wird, ändert deshalb nichts an dem Umstand, dass die wirtschaftliche Unvernünftigkeit allein aus einer Zweckverfehlung abgeleitet wird. Hier wird deutlich, dass eine Zweckverfehllungslehre, indem sie den Schaden aus einem Motivirrtum ableitet, zu einer *verfassungswidrigen Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen* im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung führt.<sup>30</sup>

Der Umstand, dass neben einer individuellen Schadensbegründung auch eine objektive Begriffsbestimmung im Rahmen des Betruges möglich bleibt (und auch praktiziert wird), ändert an dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit nichts. Dies zumindest dann, wenn man die Rechtsprechung des BVerfG zum notwendigen Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden im Rahmen der Untreue auf den vorliegenden Fall überträgt. Denn das BVerfG hat im Rahmen der Untreue aus dem Umstand, dass beispielsweise neben den im Urteil genannten Verschleifungsbeispielen (weite Abweichung von den Geboten kaufmännischer Sorgfalt, Handeln nach Art eines Spielers) noch eine, wenn man so will, verschleifungsfreie Untreuedogmatik besteht, nicht die Verfassungsgemäßheit der „Verschleifungsdogmatik“ geschlussfolgert. Dies heißt dann aber auch, dass die herrschenden Dogmatik mit ihrem objektiv-individuellen Begriffsverständnis einen in dem zuvor beschriebenen Sinne individuellen Schadensbegriff nicht zu retten vermag.

## 2. Relevanter Motivirrtum und Schadensbegründung

Die Zweckverfehllungslehre im Rahmen des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges umfasst nach Ansicht des BGH jedoch nicht jede täuschungsbedingte Vermögensverfügung, sondern *nur bestimmte Zweckverfehllungen*

(Fn. 25), § 263 Rn 108, 121 ff. m. w. N. Zu den zwei unterschiedlichen Methoden der Wertermittlung auch *Schlösser wistra* 2010, 164, 169 f.

<sup>28</sup> LK/Tiedemann (Fn. 20), Vor § 263 Rn 24, 28.

<sup>29</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Schlösser wistra* 2010, 164, 170.

<sup>30</sup> Zu neusten Tendenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die über eine Normativierung des Schadensbegriffes dazu führen, dass die Täuschung zum Schaden wird, auch *Saliger*, in: FS für Samson (2010) S. 481.

(„nicht jeder auf Täuschung beruhende Motivirrtum“). Erforderlich ist die Verfehlung eines Zweckes, der dem Verfügenden in der konkreten Situation *notwendig und sinnvoll* erscheint, sei es, dass er einen sozialen, sei es, dass er einen indirekt wirtschaftlich relevanten Zweck verfolgt. Diese Relevanzkriterien schränken den Bereich der Schadensentstehung gegenüber dem Bereich der täuschungsbedingten Vermögensverfügung ein – der Schadensbegriff wird gegenüber dem Täuschungsbegriff *enger*. Aus dieser Einschränkung folgt jedoch nicht, dass bei einer auf die Zweckverfehllungslehre gestützten Schadensbegründung der Schadensbegriff einen eigenständigen Gehalt aufweist.

### a) Maßgeblichkeit des Bezugspunktes

Nach den vorhergehenden Ausführungen hätte der Schadensbegriff gegenüber dem Täuschungsbegriff nur dann einen eigenständigen und hinausweisenden Gehalt, wenn die Zweckverfehllungslehre *als Ganzes* in den Blick genommen wird. „Als Ganzes“ bedeutet: unter Bezugnahme auch auf die vom BGH genannten Motive, deren Verfehlung keinen Schaden begründen. Dies sind Motive, die dem Verfügenden beispielsweise nicht sozial sinnvoll und notwendig erscheinen (so genannte Affektionsinteressen).<sup>31</sup> Die Zweckverfehllungslehre und mit ihr der Schadensbegriff ist dann – im zuvor beschriebenen Sinne – enger als der Täuschungsbegriff.

Nimmt man jedoch nicht die Zweckverfehllungslehre als Ganzes, sondern nur die anhand dieser Lehre mögliche oder *konkret erfolgende Schadensbegründung* in den Blick, ändert sich das Ergebnis. Die Schadensbegründung beispielsweise bei einer sozial notwendigen Spende erfolgt allein anhand dieser Zweckverfehlung, die wiederum durch den Täuschungsbegriff (bereits vollständig) beschrieben ist. Innerhalb des Schadensbegriffes wird kein eigenständiger und inhaltlich über den Täuschungsbegriff hinausweisender Inhalt maßgeblich.

### b) Konkrete Schadensbegründung als maßgeblicher Bezugspunkt

Es stellt sich damit die Frage, welcher der beiden zuvor dargestellten Bezugspunkte maßgeblich ist.

Für die Maßgeblichkeit einer Bezugnahme auf die konkret erfolgende Schadensbegründung spricht, dass bei Annahme eines Spendenbetruges – zum Beispiel in Folge der Zweckverfehlung bei einer sozial notwendigen Spende – Schadens- und Täuschungsbegriff identisch und folglich auch *sämtliche Voraussetzungen* für die Annahme einer Verschleifung im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung *erfüllt sind*.

Zudem ist die Bezugnahme auf einen größeren begrifflichen Zusammenhang – zuvor als Ganzes bezeichnet – *beliebig*. Dies in zweifacher Hinsicht:

<sup>31</sup> Zum Ausschluss von Affektionsinteressen des Spenders aus der Zweckverfehllungslehre nur *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn 137.

- Zum einen kann „das Ganze“ durch Ergänzung weiterer Kriterien immer modifiziert werden. Es läge also in der Hand der fachgerichtlichen Rechtsprechung, über zusätzliche Kriterien die Annahme einer Verschleifung zu verhindern, wobei die Kriterien beliebig sein und gegebenenfalls allein mit dem Zweck geschaffen werden können, dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu entgehen. Eine solche Umgehung wäre also möglich, ohne dass sich in der Sache zwingend irgendetwas geändert haben müsste.
- Zum anderen ist aber nicht nur der Bezug auf den Inhalt einer Rechtsfigur in dem zuvor dargestellten Sinne beliebig, beliebig ist auch die Bezugnahme auf die Rechtsfigur selbst. Diese steht nämlich ihrerseits in einem weiteren begrifflichen Zusammenhang. Verdeutlicht werden soll dies anhand eines im Urteil des BVerfG genannten Beispiels. Das BVerfG bezieht sich unter anderem auf die Rechtsfigur „Handeln nach der Art eines Spielers“ und findet in dieser den Anwendungsfall einer verfassungswidrigen Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen. Geht ein Vermögensbetreuungspflichtiger mit dem zu betreuenden Vermögen „nach Art eines Spielers“ um, so begründet dieses Risikogeschäft nach bisheriger Untreuedogmatik sowohl die Pflichtwidrigkeit seines Handelns als auch eine schadensgleiche Gefährdung des davon betroffenen Vermögens. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung stellt eine weitere begriffliche Ebene dar, die zwischen der Begriffsebene Schaden und der Begriffsebene „Handeln nach der Art eines Spielers“ liegt. Auch diese (höhere und abstraktere) begriffliche Ebene könnte „als Ganzes“ im zuvor gemeinten Sinne bezeichnet werden. Diese Bezugnahme auf die höhere begriffliche Ebene würde beim vorliegenden Beispielfall („Handeln nach der Art eines Spielers“) dazu führen, dass dieser kein Beispiel einer Verschleifung zwischen den Merkmalen täuschungsbedingte Vermögensverfügung und Schaden darstellt. Denn die Rechtsfigur der schadensgleichen Vermögensgefährdung kennt Anwendungsfälle, in denen keine Verschleifung im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung vorliegt. Da das BVerfG aber bei der Rechtsfigur „Handeln nach der Art eines Spielers“ eine Verschleifung annimmt, hat das BVerfG bei seiner Prüfung die höhere begriffliche Ebene der schadensgleichen Vermögensgefährdung offensichtlich nicht betreten. Dies wiederum spricht für die Annahme, dass die Prüfung einer tatbestandlichen Verschleifung sich immer auf die konkrete Schadensbegründung bezieht – und nicht auf ein (letztendlich beliebig großes) Ganzes.

### c) Unterschiede zur Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag

In dem Gesichtspunkt, dass, beispielsweise bei einer sozial notwendigen Spende, der Täuschungsbegriff die Zweckverfehlung und damit auch die Schadensentste-

hung bereits vollständig beschreibt, unterscheidet sich die Zweckverfehlungslehre von der *Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag*. Dies kann anhand der berühmten Melkmaschinen-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1961 verdeutlicht werden.

Nach diesem Judikat muss die Frage, ob ein erworbener Gegenstand wirtschaftlich betrachtet der Gegenleistung entspricht, nach den persönlichen Bedürfnissen und Verhältnissen des Erwerbers und unter Berücksichtigung der von ihm nach Maßgabe aller Umstände verfolgten Zwecke beurteilt werden. Da die meisten Gegenstände nicht für alle gleich brauchbar sind und deswegen für unterschiedliche Personen auch einen unterschiedlichen (Vermögens-)Wert haben, kann ein und dieselbe Leistung für das Vermögen des einen ganz andere günstige oder ungünstige Wirkungen hervorbringen als für das Vermögen eines anderen. Der 4. Strafsenat bezeichnet diese Erwägung, im Anschluss an das RG, als „Grundsatz der Individualisierung“ bei der Beurteilung einer Vermögensbeschädigung. Danach ist entscheidend, ob die Sache nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilers *nicht oder nicht in vollem Umfange für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwendet werden kann*. Fehlt es an einer solchen Verwendbarkeit, so soll schon allein darin eine Vermögensschädigung zu erblicken sein, selbst wenn der Verkehrswert der Gegenleistung der Leistung des Getäuschten entspricht.<sup>32</sup>

Nach dieser Rechtsprechung – die bis heute gültige Kriterien beschreibt und von weiten Teilen der Literatur geteilt wird<sup>33</sup> – ist zentraler Grund für die Annahme eines Vermögensschadens die Verfehlung des zwischen den Parteien vertraglich *vereinbarten Zwecks* einer Vermögensverfügung. Jedoch kann auf den Gesichtspunkt der Zweckverfehlung allein noch nicht die Entstehung eines Schadens gestützt werden. Hinzutreten muss vielmehr noch die Prüfung, ob der Gegenstand *nicht in anderer zumutbarer Weise Verwendung finden kann*. Diese Zumutbarkeitsprüfung wird durch den Täuschungsbegriff nicht abgebildet. Der dadurch begründete Unterschied zwischen Täuschungs- und Schadensbegriff führt dazu, dass der Schadensbegriff gegenüber der irrtumsbedingten Vermögensverfügung enger wird und einen eigenständigen Gehalt aufweist. Deshalb findet im Rahmen der Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag zwar eine Normativierung des Schadensbegriffes, jedoch keine verfassungswidrige Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen statt.<sup>34</sup> In diesem Hinzutreten eines weiteren Kriteriums liegt der *entscheidende begriffliche Unterschied* zu einer reinen Zweckverfehlungslehre, bei der im Rahmen des Schadensbegriffes keine Korrektur des bereits anhand der irrtumsbedingten Vermögensverfügung beschriebenen Ergebnisses möglich ist.

<sup>32</sup> BGH, Beschluss vom 16.8.1961 – 4 StR 166/61 – in: BGHSt 16, 321, 325 f.

<sup>33</sup> Dazu nur Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 146 ff. m. w. N.

<sup>34</sup> Eine andere (hier nicht beantwortete) Frage ist, ob der Begriff der Zumutbarkeit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten hinreichend bestimmt (Art. 103 Abs. 2 GG) ist, um auf diesen gestützt die Strafbarkeit begründen zu können. In diesem Zusammenhang interessant BVerfG, Beschluss vom 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07 – in: NJW 2009, 2370 ff. = HRRS 2009 Nr. 558.

Diese unterschiedliche Beurteilung von reiner Zweckverfehlungslehre und einer Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag ist auch in der Sache sehr gut begründbar. Beide Lehren gelten als Ausdruck einer Subjektivierung des Schadensbegriffes. Eine solche Subjektivierung kann an den Begriff des Vermögens rückgebunden werden, indem auf das durch ihn zum Ausdruck gebrachte „Vermögen des Subjektes“ im Sinne (s)einer Befähigung und (s)einem Können Bezug genommen wird.<sup>35</sup> Auch die Erwägung, dass ein Gegenstand für die eine Person eine völlig andere Bedeutung haben kann als für eine andere Person und diesem Gegenstand deshalb auch ein jeweils anderer Wert zukommt, spricht für sie.<sup>36</sup> Jedoch ist zu bedenken, dass die durch die beiden Lehren beschriebenen Tatbilder sehr unterschiedlich sind. Einmal wird der Gegenstand *empfangen* (im Rahmen der Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag) und das andere Mal wird er *gegeben* (im Rahmen der Zweckverfehlungslehre).<sup>37</sup> So befindet sich der Gegenstand – zum Beispiel die Melkmaschine – einmal in den Händen des Getäuschten und das andere Mal – zum Beispiel die Spende – in den Händen des Täuschers respektive eines Dritten. Da jedoch nach dem zuvor Beschriebenen der Ort entscheidend für den Wert des Gegenstandes ist – das „Vermögen“ oder Können einer Person wird nur dann betroffen, wenn sie den Gegenstand „in den Händen hält“, das heißt mit ihm in einer bestimmten Art und Weise verfahren möchte –, ist nicht verständlich, warum beide Sachverhalte gleich behandelt werden sollten.<sup>38</sup> Ein individueller Vermögensschutz, wie er durch § 263 StGB bezweckt wird, bedarf einer Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag, nicht jedoch einer reinen Zweckverfehlungslehre.

### 3. Erwägungen des Gesetzgebers zur Zweckverfehlungslehre

Die zuvor beschriebene grundsätzliche Skepsis gegenüber einer Zweckverfehlungslehre teilt auch der Gesetzgeber. Diese ergibt sich aus den Motiven zur Einführung von § 264 StGB. In der Begründung zum Subventionsbetrug heißt es im Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform vom 3. Juni 1976 wörtlich<sup>39</sup>:

*„Gegenwärtig steht zur Bekämpfung der hier erörterten Handlungen nur der Betrugstatbestand des § 263 StGB zur Verfügung. Diese Vorschrift ist primär auf den Schutz des individuellen Vermögens vor Vermögensminderung ausgerichtet. Sie betrifft nicht den Unrechtskern des Subventionsbetrugs.“*

*Bei Subventionen handelt es sich um staatliches Umlaufvermögen, das in einem bestimmten, öffentlichem Interesse entsprechenden Sinn verwendet werden soll. Die sozialschädliche Handlung ist hier nicht die Verminderung des (in jedem Fall zur Ausgabe bestimmten) Vermögens, sondern dessen Fehlleitung, somit die Durchkreuzung staatlicher Planung und die (teilweise) Verteilung des im Allgemeininteresse verfolgten Zwecks.*

*Zwar hat die Rechtsprechung den Tatbestand des § 263 StGB so weit ausgelegt, dass er die Fälle der Subventionserlangung aufgrund irreführender Angaben ebenfalls erfasst. Die sogenannte ‚Zweckverfehlungslehre‘ begreift auch die sinn- und zwecklose Vermögensfehlleitung als Vermögensschaden im Sinne der erwähnten Vorschrift. Es ist jedoch der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum zuzustimmen, wonach bei dieser Handhabung die Einheit des Vermögensbegriffs gesprengt und die Konturen des § 263 StGB verwischt werden (s. insbes. Tiedemann AP S. 2469, Blei AP S. 2305 f., Lampe AP S. 2511). Nach der Auffassung des Ausschusses wird dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nur eine solche Vorschrift gerecht, die auf das hier erörterte Rechtsgut ausgerichtet ist.“*

Tiedemann äußert sich in der in Bezug genommenen Stellungnahme in einer Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform dahingehend, dass die Erfassung des Subventionsbetruges über § 263 StGB unter Heranziehung der Zweckverfehlungslehre das wirtschaftliche Schadensverständnis sprengt und an seine Stelle die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit setze.<sup>40</sup> Blei formuliert die Befürchtung, dass über die Erfassung des Subventionsbetruges durch § 263 StGB aus Not an diesem Tatbestand „Auslegungskunststücke“ beginnen, die dann nicht auf Subventionsfälle beschränkt bleiben würden, sondern den Anwendungsbereich des ganzen Tatbestandes erheblich erweitern könnten.<sup>41</sup> Lampe führt aus, dass – wie er es nennt – die Subventionserschleichung einen Verstoß gegen die austeilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) und der Betrug ein Verstoß gegen die ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) darstellt. Beide Verstöße ließen sich nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Deshalb sieht er die Zweckverfehlungslehre als einen Fremdkörper in der Dogmatik des Vermögensschadens an, der die Einheit des Betrugstatbestandes zerstöre. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Tatbeständen liege darin, dass der Betrug das Vermögen vor Schädigung schützt, während der

<sup>35</sup> Zu den etymologischen Wurzeln des Vermögensbegriffes Kluge, *Etymologisches Wörterbuch*, 23. Aufl. (1999), Stichwort: Vermögen; LK/Tiedemann (Fn. 20), Vor § 263 Rn 27.

<sup>36</sup> Dazu RG, Beschluss vom 20.4.1887 – Rep. 2237/86 – in: RGSt 16, 1, 6; Beschluss vom 16.8.1961 – 4 StR 166/61 – in: BGHSt 16, 321, 325 f. Vgl. ferner Tiedemann ZStW 86 (1974) 897, 910 f., mit einem Rekurs auf entsprechende Wertbegriffe in den Wirtschaftswissenschaften.

<sup>37</sup> Dazu auch Schlösser *wistra* 2010, 164, 169.

<sup>38</sup> Dazu auch unten unter V. 4. 3. Spiegelstrich; vgl. in diesem Zusammenhang ferner MK/Hefendehl (Fn. 10) § 263 Rn 20.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 7/5291, S. 3.

<sup>40</sup> Öffentliche Anhörung vom 17. und 18. 2.1976 in der 79. und 80. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in: BT-Protokolle (7. Wahlperiode 1972 – 1976) Sonderausschuss für die Strafrechtsreform (Band 2) S. 2469.

<sup>41</sup> Öffentliche Anhörung vom 17. und 18. 2.1976 in der 79. und 80. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in: BT-Protokolle (7. Wahlperiode 1972 – 1976) Sonderausschuss für die Strafrechtsreform (Band 2) S. 2503 f. (die Bezugnahme von BT-Drucks. 7/5291, S. 3 auf „Blei AP S. 2305 f.“ ist fehlerhaft). Die übrigen Ausführungen von Blei zum Vermögensschaden, in denen er sich unter anderem Tiedemann anschließt, sind ohne den weiteren Bezugskontext schwer verständlich.

Tatbestand der Subventionserschleichung das Vermögen gegen Dispositionsfehler schützen solle.<sup>42</sup>

Der Gesetzgeber lehnt damit eine Zweckverfehlungslehre ab. Diese Ablehnung war der entscheidende dogmatische Grund für die Einführung von § 264 StGB.<sup>43</sup> Ausdrücklich bezieht sich diese auf die Erfassung des Subventionsbetruges durch § 263 StGB. In der Sache gilt sie auch für den zweiten Unterfall der Zweckverfehlungslehre, den Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug. Sowohl beim Subventions- als auch beim Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug wird das Motiv einer Geldweggabe verfehlt. Der Unterschied liegt darin, dass das eine Mal die Zwecksetzung des Fiskus, das andere Mal die Zwecksetzung einer Privatperson betroffen ist. Dieser Unterschied ist im Hinblick auf den Vermögensbegriff des § 263 StGB nicht bedeutsam.

Vor dem Hintergrund dieser eindeutigen Positionierung des Gesetzgebers stellt der Rückgriff der fachgerichtlichen Rechtsprechung auf die Zweckverfehlungslehre im Rahmen von § 263 StGB einen Verfassungsverstoß dar.<sup>44</sup> Die Rechtsprechung überschreitet die ihr verfassungsrechtlich überantwortete Kompetenz. Die Kompetenzüberschreitung führt – wie bereits das Verschleifungsverbot – zu einem Verstoß gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.

Zwar bildet der Wille der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen (so genannter subjektiver Wille des Gesetzgebers) nur einen Anhaltspunkt für das vom Gesetzgeber Gewollte.<sup>45</sup> Die Materialien dürfen nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht dazu verleiten, die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für die Auslegung deshalb nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach objektiven Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt. Die Bedeutung einer Auslegung nach der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift wächst jedoch in dem Maße, wie die historischen Umstände, die zu ihrem Erlass geführt und ihre Begründung getragen haben, unverändert geblieben sind.<sup>46</sup> Dieser letztere Gesichtspunkt ist vorliegend be-

deutsam, weil die Gründe für die Einführung von § 264 StGB sich bis dato nicht überholt haben, sondern nach wie vor aktuell sind. Dadurch wächst die Bedeutung der zuvor geschilderten Motive des Gesetzgebers. Zudem wird dieser „subjektive Wille“ des Gesetzgebers durch eine systematische Zusammenschau von § 263 StGB und § 264 StGB objektiv bestätigt.<sup>47</sup> Der Subventionsbetrug inkriminiert bloße Täuschungshandlungen und stellt damit ein Dispositionsschutzdelikt für öffentliches Vermögen dar.<sup>48</sup> Die Schaffung von § 264 StGB zeigt damit, dass der Gesetzgeber die Zweckverfehlungslehre nicht vom Anwendungsbereich des § 263 StGB erfasst ansieht. Deshalb spricht auch der objektivierte Wille des Gesetzgebers für ein Ausscheiden der Zweckverfehlungslehre aus dem Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes. Die subjektive Auslegung stützt folglich den objektivierten Willen des Gesetzgebers. Gleichzeitig führt die Schaffung eines Sondertatbestandes für den Subventionsbetrug zu einer Straffreistellung des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges durch den Gesetzgeber. Dies folgt aus der Überlegung, dass eine entsprechende spezialgesetzliche Pönalisierung des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges nicht erfolgt ist.

Auch die zuvor geschilderte Auslegung des § 263 StGB stützt folglich das Ergebnis einer Verfassungswidrigkeit der Zweckverfehlungslehre.<sup>49</sup> Sie tritt neben die aus dem Verschleifungsverbot zu ziehenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen.

## V. Dogmengeschichtlicher Zusammenhang

Stellt man die vorangehenden Überlegungen in einen dogmengeschichtlichen Zusammenhang, wird deutlich, dass die Entscheidung des BVerfG zur Untreue auch für die Betrugsdogmatik eine Zäsur darstellt, durch die ein über Jahrhunderte währender Streit über die Möglichkeit eines Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug entschieden wird. Es zeigt sich zudem, dass das Ende der Zweckverfehlungslehre nicht nur aus dem Verfassungsrecht folgt, sondern auch strafrechtsdogmatisch gut begründet ist.

<sup>42</sup> Öffentliche Anhörung vom 17. und 18.2.1976 in der 79. und 80. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in: BT-Protokolle (7. Wahlperiode 1972 – 1976) Sonderausschuss für die Strafrechtsreform (Band 2) S. 2511.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 7/5291, S. 3 ff.

<sup>44</sup> Zur Rechtsprechung RG, Urteil vom 16.12.1935 – 5 D 681/35 – in: RGSt 70, 33, 35 f.; BGH, Urteil vom 24.4.1952 – 4 StR 854/51 – in: BGHSt 2, 325, 327; Beschluss vom 18.7.1963 – 1 StR 130/63 – in: 19, 37, 45; Urteil vom 30.6.1982 – 1 StR 757/81 – in: 31, 93, 94 ff.; Urteil vom 4.11.1997 – 1 StR 273/97 – in: BGHSt 43, 293, 297 f.; Urteil vom 14.12.2000 – 5 StR 123/00 – in: NStZ 2001, 248, 251; Urteil vom 11.9.2003 – 5 StR 524/02 – in: wistra 2003, 457, 459; Beschluss vom 26.1.2006 – 5 StR 334/05 – in: NStZ 2006, 624, 625 Rn 2 = HRRS 2006 Nr. 218; Urteil vom 30.9.2010 – 4 StR 150/10 – in: HRRS 2010 Nr. 1097 Rn 47.

<sup>45</sup> Jarass/Pieroth (Fn. 7), Einleitung Rn 5, 7 m. w. N.

<sup>46</sup> BVerfG, Urteil vom 9.7.2007 – 2 BvF 1/04 – in: BVerfGE 119, 96, 179 f.

<sup>47</sup> Zum objektivierten Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Sinnzusammenhang einer Vorschrift ergibt, siehe oben unter II. 2.

<sup>48</sup> BT-Drucks. 7/5291, S. 4. Die Frage nach dem Schutzgut des § 264 StGB wird im Übrigen uneinheitlich beantwortet, dazu Fischer (Fn. 1), § 264 Rn 2a f. m. w. N.

<sup>49</sup> Kritisch auch Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 145: „Da öffentliche (etwa sozial- oder wirtschaftspolitische) Zwecksetzungen häufig gerade nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen ..., bleibt zweifelhaft, nach welchen Kriterien die Verfehlung solcher Zwecke in einen wirtschaftlichen Schaden umgedeutet werden kann.“; vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerfG, Beschluss vom 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07 – in: NJW 2009, 2370, 2371 Rn 24 = HRRS 2009 Nr. 558: „Zum Vermögen gehört dabei nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geld messbar ist.“

## 1. Die frühere Rechtsprechung zum Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug

Die frühere Rechtsprechung, die sich bereits in einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1881 findet, ging von der Strafbarkeit des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges aus.<sup>50</sup> Sie stützte dieses Ergebnis auf die Annahme, dass bereits *jede täuschungsbedingte Vermögenshingabe* den Tatbestand des § 263 StGB erfüllt.<sup>51</sup> Durch den damit erzielten umfassenden Motivschutz wurde der Betrug zu einem Dispositionsschutzdelikt. Der Umstand, dass durch die Vermögenshingabe ein bestimmter Zweck verfolgt wird, fand nur über den Täuschungsbegriff Berücksichtigung, nicht jedoch im Rahmen des Schadens. Unberücksichtigt blieb damit auch die Lehre von der Gesamtsaldierung.<sup>52</sup>

## 2. Aufgabe der früheren Rechtsprechung durch die Zweckverfehlungslehre

Die heutige Rechtsprechung hat diesen Standpunkt aufgegeben und vertritt, wie auch der 4. Strafsenat in der zuvor zitierten Entscheidung, eine (soziale) *Zweckverfehlungslehre*.<sup>53</sup> Durch diesen – auch von großen Teilen der Literatur vertretenen<sup>54</sup> – Ansatz wird im Vergleich zur älteren Rechtsprechung der Bereich strafbarer Verhaltensweisen eingengt. Diese Einengung wird ermöglicht, indem die erstrebte Zweckerreichung als (ideelle) Kompensation für die Vermögenshingabe gedacht, jedoch nicht jede Zweckverfehlung in den Schutzbereich einbezogen wird.<sup>55</sup> Ausgeschlossen werden vor allem so ge-

nannte Affektionsinteressen.<sup>56</sup> Im Unterschied zur früheren Rechtsprechung beruht dieser Ansatz damit auf dem Prinzip der Gesamtsaldierung.<sup>57</sup>

## 3. Gegenentwürfe zur Zweckverfehlungslehre anhand der Erwägung einer bewussten Selbstschädigung

Weite Teile der Literatur gehen demgegenüber von der Straffreiheit des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges aus. Im Zentrum der Argumentation steht der Gedanke der *bewussten Selbstschädigung*. Umgesetzt wird dieser über die Regressverbotslehre<sup>58</sup>, eine teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes<sup>59</sup>, den Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des Verfügungsberechtigten<sup>60</sup> respektive (und damit im Zusammenhang stehend) der objektiven Zurechnung<sup>61</sup> oder das Erfordernis eines funktionellen Zusammenhanges zwischen Täuschung und Vermögensschaden. Letzterer Ansatz geht davon aus, dass eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB nicht nur das Motiv einer Vermögensverfehlung sein darf, sondern darüber hinaus auch ihren vermögensschädigenden Charakter verschleiern muss.<sup>62</sup> Im Unterschied zur Zweckverfehlungslehre erkennt die Lehre vom funktionellen Zusammenhang damit (ideelle) Zweckverfehlungen nicht als Grund für eine Schadensentstehung an.

<sup>50</sup> RG, Urteil vom 4.7.1881 – Rep. 1366/81 – in: RGSt 4, 352 f.; Urteil vom 26.5.1882 – Rep. 1170/82 – in: RGSt 6, 360 f.; Urteil vom 4.4.1919 – II 67/19 – in: RGSt 53, 225 f.; Urteil vom 22.6.1936 – 3 D 349/36 – in: RGSt 70, 255 f.; BayOLG, Urteil vom 13.2.1952 – RevReg. III 876/51 – in: NJW 1952, 798. Zur Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung *Ellscheid* GA 1971, 161 ff.

<sup>51</sup> Ebenso *Schmoller* JZ 1991, 117, 122 ff.; dazu auch *Cramer* (Fn. 26), S. 203; *SK/Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn 218; *LK/Tiedemann* (Fn. 20), § 263 Rn 181; *Berger*, Der Schutz öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB (2000) S. 129 f.; *SSW/Satzger* (Fn. 20) § 263 Rn 161.

<sup>52</sup> Auch *NK/Kindhäuser* (Fn. 20), § 263 Rn 291 f. Fn 580, hält das Prinzip der Gesamtsaldierung bei einseitigen Leistungen der Natur nach für nicht anwendbar.

<sup>53</sup> Insbesondere im Rahmen des Subventionsbetruges greift die Rechtsprechung auf den Gesichtspunkt der Zweckverfehlung zur Schadensbegründung zurück; siehe dazu die Nachweise oben unter Fn 45.

<sup>54</sup> *Gallas*, in: FS Eb. Schmidt (1961) S. 435; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 376; *Cramer* (Fn. 26) S. 210; *Rudolphi*, in: FS für Klug (1983) S. 317 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 20), § 41 Rn 120; *SSW/Satzger* (Fn. 20) § 263 Rn 162; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 20), Rn 551; *Cramer/Perron* (Fn. 25), § 263 Rn 99a. Zur Entstehungsgeschichte der Zweckverfehlungslehre *Berger*, Der Schutz öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB (2000) S. 123 ff. m. w. N.

<sup>55</sup> Zum Kompensationsgedanken bei der Zweckverfehlungslehre *LK/Tiedemann* (Fn. 20), § 263 Rn 183, 185, 262; *Graul*, in: FS für Brandner (1996) S. 806 f.; *NK/Kindhäuser* (Fn. 20), § 263 Rn 291 m. w. N.

<sup>56</sup> Zum Ausschluss von Affektionsinteressen *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 20), Rn 551 f.; *SSW/Satzger* (Fn. 20) § 263 Rn 166; *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn 37. Demgegenüber für einen umfassenden Zweckschutz auf der Grundlage eines funktionalen Ansatzes *NK/Kindhäuser* (Fn. 20), § 263 Rn 298.

<sup>57</sup> BGH, Beschluss vom 26.1.2006 – 5 StR 334/05 – in: NStZ 2006, 624 f. Rn 2 für den Bereich des Subventionsbetruges = HRRS 2006 Nr. 218; *Tiedemann* ZStW 86 (1974) 897, 909; *Rudolphi*, in: FS für Klug (1983) S. 327; *Graul*, in: FS für Brandner (1996) S. 807 f.; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 2009 (2. Aufl.), § 20 Rn 111; *Cramer/Perron* (Fn. 25), § 263 Rn 99a f.

<sup>58</sup> *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil (Band 1), 2. Aufl. (1902), S. 352; v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. (1927), S. 671; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. (1931), § 263 Anm. VI 1.

<sup>59</sup> *LK/Lackner* (Fn. 10), § 263 Rn 166 f., 172.

<sup>60</sup> *SK/Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn 220, unter Bezugnahme auf die Dogmatik der mittelbaren Täterschaft.

<sup>61</sup> *Rengier*, in: FS Roxin (2001) S. 819 ff.; *MK/Hefendehl* (Fn. 10) § 263 Rn 662.

<sup>62</sup> *Schröder* NJW 1962, 721, 722; *Lenckner* NJW 1971, 599, 600; *Lampe*, in: FS Otto (2007) S. 644 ff.; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 57), § 20 Rn 111 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 263 Rn 55. Ähnlich *Mitsch*, Strafrecht. Besonderer Teil (II/1) 2003, § 7 Rn 37 ff.: „... nur Täuschungen mit Vermögensbezug den Betrugstatbestand erfüllen können.“; vgl. auch *Berger*, Der Schutz öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB (2000) S. 146.

## 4. Stellungnahme

Nach der zuletzt dargestellten Auffassung pönalisiert der Betrug nur unbewusste Selbstschädigungen.<sup>63</sup> Für dieses Ergebnis und gegen die anderen Ansätze sprechen die folgenden Erwägungen:

- Ein *Absehen vom Prinzip der Gesamtsaldierung*, wie von der älteren Rechtsprechung praktiziert, überzeugt nicht und wird dementsprechend von der heutigen Rechtsprechung auch nicht mehr vertreten. Die dadurch eingenommene Perspektive bildet das Geschehen unvollständig ab und verkürzt es auf den Gesichtspunkt der Vermögenshingabe. Es ist nicht ersichtlich, warum der Grundsatz der Gesamtsaldierung auf gegenseitige Rechtsgeschäfte Anwendung finden soll, auf einseitige Rechtsgeschäfte aber – zumindest verstanden als Idee, ein Geschehen umfassend in den Blick zu nehmen – nicht.<sup>64</sup>
- Dieser Fehler wird durch die Zweckverfehlungslehre korrigiert. Durch sie findet das Motiv einer einseitigen Vermögenshingabe Beachtung. Indem die Verfehlung eines Zwecks – das heißt: eines immateriellen Interesses<sup>65</sup> – jedoch zum Grund für die Schadensentstehung wird, erhält der Betrug einen zweck- und damit, wie zuvor herausgearbeitet wurde, einen (im Unterschied zur Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag) rein dispositionsschützenden Charakter.<sup>66</sup> Entscheidend dafür ist, dass der ideelle Zweck, den der Getäuschte „nicht zurück erhält“, nicht sein individuelles „Vermögen“ betrifft. Der dispositionsschützende Charakter stellt nicht nur eine verfassungswidrige Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen dar, sondern steht auch mit der *Rechtsnatur des Betruges* respektive seinem *Schutzzweck* nicht in Einklang.<sup>67</sup> Von dieser An-

nahme gehen Literatur und Rechtsprechung gleichermaßen aus.<sup>68</sup> Einen besonders prägnanten Ausdruck findet sie in der bereits in Bezug genommenen Melkmaschinen-Entscheidung. Abermals unter Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung legt der 4. Strafsenat dar, dass eine Vermögensbeschädigung nicht schon dann vorliegt, wenn jemand infolge eines durch eine Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung getroffen hat, die er nicht getroffen haben würde, wenn er die Wahrheit gekannt hätte. Dadurch würde der Betrug nämlich den ihm innewohnenden Charakter einer gegen das Vermögen gerichteten Straftat verlieren und lediglich zu einem Angriff auf die Verfügungsfreiheit, die allgemein nur gegen Gewalt und Drohung (§ 240 StGB), nicht aber gegen Täuschung strafrechtlich geschützt sei.<sup>69</sup> Diese Rechtsprechung des BGH wird nicht durch die zur Untreue ergangene Siemens-Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahre

wegen irrtumsbedingt über Vermögen verfügt, wodurch ihr oder gegebenenfalls auch einem Dritten ein Schaden entsteht. Die täuschungsbedingte Vermögensverfügung ist damit eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung für eine Strafbarkeit wegen Betruges. Hinzutreten muss der Eintritt eines Schadens. Der Tatbestand des § 263 StGB beschreibt über die Tatbestandsmerkmale – Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung auf der einen, Schaden auf der anderen Seite – die Trennung zwischen (fehlendem) Dispositions- und (bestehendem) Vermögensschutz ausdrücklich.

- <sup>63</sup> Dazu, dass es sich beim Betrug nicht um ein Dispositionsschutzdelikt handelt, RG, Beschluss vom 20.4.1887 – Rep. 2237/86 – in: RGSt 16, 1, 4: „Es kann daher der Ansicht nicht beigestimmt werden, welche das Merkmal der Vermögensbeschädigung beim Betrüge schon dann für vorhanden erachtet, wenn der Getäuschte durch den in ihm erregten Irrtum zu irgend einer vermögensrechtlichen Verfügung bestimmt worden ist. Zwar wird auch die Irrtumserregung, eine derartige Verfügung, und der Kausalzusammenhang zwischen beiden gefordert; aber das Gesetz verlangt noch mehr, indem es neben diesen Merkmalen das weitere Merkmal der Vermögensbeschädigung aufstellt.“; Urteil vom 9.4.1940 – 1 D 161/40 in: RGSt 74, 167 ff.; BGH, Urteil vom 10.7.1952 – 5 StR 358/52 – in: BGHSt 3, 99, 100 ff.; Beschluss vom 18.7.1961 – 1 StR 606/60 – in: BGHSt 16, 220, 221: „Betrug ist kein bloßes Vergehen gegen die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern eine Vermögensstrafat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar ...“; Urteil vom 24.2.1983 – 1 StR 550/82 – in: StV 1984, 153; Beschluss vom 6.9.2000 – 3 StR 326/00 – in: NStZ-RR 2001, 41, 42; Urteil vom 23.5.2002 – 1 StR 372/01 – in: BGHSt 47, 295, 301; Urteil vom 7.3.2006 – 1 StR 379/05 – in: BGHSt 51, 10, 15 Rn 18 = HRRS 2006 Nr. 391; Welzel (Fn. 54), S. 368; LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 149; LK/Tiedemann (Fn. 20), Vor § 263 Rn 18 ff.; MK/Hefendehl (Fn. 10) § 263 Rn 3; SSW/Satzger (Fn. 20) § 263 Rn 7; Cramer/Perron (Fn. 25), § 263 Rn 1/2; Fischer (Fn. 1), § 263 Rn 3, 114, 146; Lackner/Kühl (Fn. 25), § 263 Rn 2 m. w. N. A. A. NK/Kindhäuser (Fn. 20), § 263 Rn 15: „... (zumindest auch) die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers.“; vgl. in diesem Zusammenhang ferner die Beschreibungen eines personalen Vermögensbegriffes bei Cramer/Perron (Fn. 25), § 263 Rn 81 m. w. N.
- <sup>64</sup> BGH, Beschluss vom 16.8.1961 – 4 StR 166/61 – in: BGHSt 16, 321, 325.

<sup>63</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch RG, Urteil vom 22.6.1936 – 3 D 349/36 – in: RGSt 70, 255 f.; Cramer JZ 1971, 415; ders., Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht (1968) S. 203, 206 f.; LK/Lackner (Fn. 10), § 263 Rn 165 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 20), § 41 Rn 121; LK/Tiedemann (Fn. 20), § 263 Rn 182; Berger, Der Schutz öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB (2000) S. 129 ff.; MK/Hefendehl (Fn. 10) § 263 Rn 657 ff.; SSW/Satzger (Fn. 20) § 263 Rn 137. Teilweise wird der (nicht überzeugende) Versuch unternommen, die Zweckverfehlungslehre mit dem Grundsatz zu vereinbaren, dass der Betrug nur unbewusste Selbstschädigungen erfasst; Wessels/Hillenkamp (Fn. 20), Rn 526; Cramer/Perron (Fn. 25), § 263 Rn 101 ff. (vgl. ferner Rn 41, 100, 122) m. w. N.

<sup>64</sup> Ein weiteres Argument gegen die frühere Rechtsprechung ist, dass auch diese Auffassung zu einer Verschleifung von täuschungsbedingter Vermögensverfügung und Schaden führt. Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung, dass diese Auffassung mit dem Wortlaut des § 263 StGB in Einklang stehen würde (so LK/Lackner [Fn. 10], § 263 Rn 166, 172 f.), falsch.

<sup>65</sup> Schmoller JZ 1991, 117, 121; Arzt, FS für Hirsch (1999) S. 438; Mitsch (Fn. 62), § 7 Rn 39.

<sup>66</sup> Siehe dazu oben unter IV. 2. c).

<sup>67</sup> Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen Betruges ist – in objektiver Hinsicht – die Täuschung einer Person, die des-

2008 in Frage gestellt. Zwar heißt es dort, dass die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition gehört.<sup>70</sup> Jedoch steht diese Formulierung – unabhängig von der Frage, ob sie auf den Betrug übertragbar ist – nicht für den Schutz „bloßer Dispositionsfreiheit“.<sup>71</sup> Solange also an dem Dogma, dass der Betrug nicht die Dispositionsfreiheit schützt, festgehalten wird, ist die Zweckverfehlungslehre mit der Betrugsdogmatik nicht in Einklang zu bringen.<sup>72</sup>

- Die Annahme des 4. Strafsenats, dass das Vermögensopfer durch die Verfehlung des damit verbundenen Zwecks zu einer wirtschaftlich unvernünftigen Ausgabe wird, ermöglicht keine andere Bewertung. Sie berührt den ideellen Charakter des Zwecks nicht. Versuche, der Zweckerreichung einen *objektiv wirtschaftlichen Sinn* zu geben, überzeugen nicht.<sup>73</sup> Dies lässt sich beispielhaft anhand der von *Lackner* vertretenen Auffassung aufzeigen. Dieser meint, dass die Zwecksetzung, die der homo oeconomicus verfolgt, auch unter ökonomischen Gesichtspunkten relevant sei, weil durch eine Spende die allgemeinen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen er lebt und die ihm deshalb nicht gleichgültig sein können, gefördert würden.<sup>74</sup> Die „Schaffung von Werten an anderer Stelle“ – das heißt nicht beim Getäuschten – als Vermögenswert im Sinne von § 263 StGB zu begreifen (um den man geprellt werden kann), bedeutet jedoch, dem Betrug seinen individualschützenden Charakter zu nehmen. Auch diese Konsequenz ist mit seiner Rechtsnatur nicht zu vereinbaren.<sup>75</sup> Im Rahmen des § 263

StGB kann es immer nur um Werte gehen, die dem Getäuschten (oder beim Dreiecksbetrug: ihm nahe stehende Personen) unmittelbar zugute kommen. Dies zeigt sich auch darin, dass dem Gesichtspunkt der allgemeinen Förderung wirtschaftlicher Bedingungen kein wirtschaftlicher Wert im Sinne der Vermögensdelikte zugesprochen wird.<sup>76</sup> Überspitzt formuliert, könnte die Argumentation *Lackners* zu dem Schluss führen, dass die Vermögensverschiebung in die Hände des Betrügers beim Betrogenen, weil auch hier Werte an anderer Stelle geschaffen werden, keinen Schaden verursacht.<sup>77</sup> Damit bleibt es bei der Feststellung, dass eine Zweckverfehlungslehre zum Dispositionsschutz führt.

Hält man den Betrug nicht für ein Dispositionsschutzdelikt, wird durch die Annahme, dass eine bewusste Selbstschädigung kein tatbestandsmäßiges Verhalten darstellt, die konsistenteste Dogmatik geschaffen. Der dogmengeschichtliche Zusammenhang zeigt damit insgesamt auf, dass das Ende der Zweckverfehlungslehre in der Form des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetruges nicht nur verfassungsrechtlich geboten, sondern auch strafrechtsdogmatisch gut begründet ist.

## VI. Ergebnis

Die vorangehenden Überlegungen führen nicht zum generellen Ende eines subjektiven Schadensbegriffes. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit bezieht sich allein auf die Zweckverfehlungslehre. Exemplifiziert wurde dies insbesondere anhand des Spenden-, Bettel und Schenkungsbetruges. Die Verfassungswidrigkeit folgt aus der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue und in diesem Zusammenhang aus dem Prinzip des Verschleifungsverbot, das mit dieser erstmals in die verfassungsgerichtliche Judikatur Eingang gefunden hat. Abgeleitet werden kann die Verfassungswidrigkeit einer Zweckverfehlungslehre zudem aus den Motiven des Gesetzgebers zu § 264 StGB. Auch strafrechtsdogmatisch ist die Aufgabe einer Zweckverfehlungslehre gut begründbar.

<sup>70</sup> BGH, Urteil vom 29.8.2008 – 2 StR 587/07 – in: BGHSt 52, 323, 339 Rn 47 = HRRS 2008 Nr. 1100.

<sup>71</sup> *Fischer*, NStZ-Sonderheft (2009) S. 16 f.; *ders.* (Fn 1), § 263 Rn 114.

<sup>72</sup> Ebenso *Kindhäuser* ZStW 103 (1991) 398, 408 f.: „Es ist ... evident inkonsequent, einerseits die Dispositionsfreiheit aus dem Schutzbereich des Betrugs auszuklammern, andererseits aber die soziale oder wirtschaftliche Zweckverfehlung als Vermögensschaden zu bewerten.“

<sup>73</sup> Dieser Meinung sind auch *Cramer* (Fn. 26), S. 208 ff.; *Herzberg* MDR 1972, 93; *Kindhäuser* ZStW 103 (1991) 398, 407; *Arzt*, in: FS für *Hirsch* (1999) S. 437 f.; *LK/Tiedemann* (Fn. 20), § 263 Rn 262; *Schmoller* JZ 1991, 117, 120 f.; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999) S. 273 ff.; *Berger*, Der Schutz öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB (2000) S. 139 ff.; *SK/Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn 217; *MK/Hefendehl* (Fn. 10) § 263 Rn 671; *Lampe*, in: FS *Otto* (2007) S. 644; *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn 145; *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 263 Rn 55.

<sup>74</sup> *LK/Lackner* (Fn. 10), § 263 Rn 170 f., 175; ebenso *Rudolphi*, in: FS für *Klug* (1983) S. 322; *NK/Kindhäuser* (Fn. 20), § 263 Rn 290.

<sup>75</sup> Zum individualschützenden Charakter des Betruges *Cramer/Perron* (Fn. 25), Vorbem. §§ 263 ff. Rn 1; *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn 3 m. w. N.

<sup>76</sup> Vgl. dazu beispielsweise die Kommentierung von *Cramer/Perron* (Fn. 25), § 263 Rn 84 ff., 87a. Danach haben selbst Gewinnmöglichkeiten (Exspektanzen), die sich noch nicht so verdichtet haben, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Erwerbchance besteht, keinen Vermögenswert; vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 25.11.1951 – 4 StR 574/51 – in: BGHSt 2, 364, 367 m. w. N. zur Rechtsprechung des RG.

<sup>77</sup> Zur Frage, ob die Zweckverfehlungslehre beziehungsweise ein individueller Schadensbegriff überhaupt mit dem Kriterium der Stoffgleichheit in Einklang gebracht werden kann, *LK/Lackner* (Fn. 10), § 263 Rn 274; *LK/Tiedemann* (Fn. 20), § 263 Rn 186, 262 m. w. N. auch zur Rechtsprechung des BGH.

# Zur Strafbarkeit des sog. „Skimmings“

Von Wiss. Mitarbeiter Alexander Seidl und Wiss. Mitarbeiterin Katharina Fuchs, Passau

Im Jahr 2008 stieg die betrügerische Geldautomatenkriminalität in Europa gegenüber dem Vorjahr um 149 Prozent an. Zurückzuführen ist diese Entwicklung vor allem auf die dramatische Zunahme sog. Skimming-Attacken, von denen europaweit insgesamt 10.302 nachgewiesene Fälle verzeichnet werden konnten.<sup>1</sup> 2009 wurden laut dem Bundeskriminalamt (BKA) allein in Deutschland „weit über 100.000 Menschen“ Opfer dieser Kriminalitätsform,<sup>2</sup> wobei der Schaden schätzungsweise 40 Millionen Euro betrug. Von Januar bis April 2010 schließlich wurden bereits mehr Skimming-Fälle registriert als im gesamten Jahr 2009.<sup>3</sup> Für das Jahr 2011 ist ein weiterer signifikanter Anstieg zu befürchten. Im Folgenden soll die Strafbarkeit dieser Form der Geldautomatenkriminalität näher beleuchtet werden.

## I. Einführung

### 1. Was ist Skimming?

Skimming ist das „Abschöpfen“ von Daten aus einer Bank- oder Kreditkarte durch Auslesen und Kopieren des Inhalts des auf der Karte enthaltenen Magnetstreifens, um die Informationen anschließend auf einen Kartenrohling zu übertragen und diesen in der Folge gemeinsam mit der ebenfalls ausspionierten persönlichen Identifikationsnummer (PIN) für Geldabhebungen im Ausland zu missbrauchen. Namegebend für diese relativ neue Form des „Zahlungskartenbetrugs“ sind die dabei zum Einsatz kommenden Kartenlesegeräte, die sog. Skimmer.<sup>4</sup>

Skimming-Angriffe treten in unterschiedlichen Erscheinungsformen auf. So werden nicht nur Geldautomaten mit zusätzlichen Kartenlesegeräten ausgestattet, auch in Tankstellen und anderen Geschäften wurden bereits EC- und Kreditkartenterminals auf diese Weise manipuliert – oft ohne Wissen des jeweiligen Ladeninhabers. Nachdem die Täter anschließend die PIN des jeweiligen Kunden ausgespäht haben – sei es unter Zuhilfenahme einer Kamera, sei es durch einfaches „Über-die-Schulter-Schauen“ oder den Einsatz einer Tastenfeld-Attrappe – sind sie in der Lage, mit den zuvor angefertigten Dubletten der von den Kunden benutzten Zahlungskarten, Abhebungen vorzunehmen.

Die folgenden Darstellungen beschränken sich auf den „klassischen“ Fall des Skimmings, also das Ausspähen von Zahlungskartendaten an Geldautomaten. Hier wird von den Tätern zunächst ein Miniatur-Kartenleser von außen vor den Leseschlitz des Geldautomaten befestigt oder aber bereits am Türöffner im Eingangsbereich des betroffenen Kreditinstituts angebracht. Die Zahlungskarte des Kunden wird bei der Benutzung von Automat oder Türöffner unbemerkt durch das zusätzliche Lesegerät gezogen, wobei es zum Auslesen des Inhalts des Magnetstreifens kommt. Für das ungeschulte Auge ist die Manipulation kaum zu erkennen, da der Aufsatz von den Tätern in Farbe und Form dem jeweiligen Geldautomaten bzw. Türöffner angepasst wird. Die abgegriffenen Daten werden gespeichert und nach dem Abbau der Skimming-Vorrichtung auf einen PC übertragen oder gleich per Funk an die Täter übermittelt.<sup>5</sup>

Das Ausspähen der PIN des Betroffenen kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Meist kommt eine oberhalb des Tastaturfeldes angebrachte Videoleiste zum Einsatz, hinter der sich eine kleine Kamera verbirgt, mittels derer die PIN-Eingabe aufgezeichnet wird. Zum Teil verwenden die Täter auch Nachbildungen der Geldautomatentastaturen, die auf die echte Tastatur geklebt werden. Bei Eingabe der PIN werden die Anschläge an diese durchgereicht und dabei protokolliert. Das Ausspähen kann aber auch schlicht durch ein „Über-die-Schulter-Schauen“ eines Täters erfolgen.

Nach erfolgreicher Kartendaten- und PIN-Beschaffung stellen die Skimming-Täter unter Verwendung von leeren Kartenrohlingen (sog. „White-Plastics“) Dubletten her,

<sup>1</sup> Angaben entnommen aus dem ATM Crime Paper der European Network and Information Security Agency (ENISA), abrufbar unter: <http://www.enisa.europa.eu/act/ar/deliverables/2009/atmcrime-de>.

<sup>2</sup> Der Autor Seidl ist Assessor und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht (Prof. Dr. Dirk Heckmann) an der Universität Passau; die Autorin Fuchs ist Diplom-Juristin (Univ.) und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, IT-Recht und Rechtsinformatik (Prof. Dr. Gerrit Hornung), ebenfalls an der Universität Passau.

<sup>3</sup> [http://wirtschaft.t-online.de/bka-2009-ueber-100-000-opfer-von-skimming/id\\_41434792/index](http://wirtschaft.t-online.de/bka-2009-ueber-100-000-opfer-von-skimming/id_41434792/index).

<sup>4</sup> Vgl. Präsentation des BKA zur Payment Card Crime Conference: [http://www.bka.de/lageberichte/zk/100526\\_presentation\\_internationale\\_tagung.pdf](http://www.bka.de/lageberichte/zk/100526_presentation_internationale_tagung.pdf).

<sup>5</sup> Kochheim Arbeitspapier Skimming – Hintergründe und Strafrecht, Fassung 2.2, 2011, S. 4, abrufbar unter: <http://www.cyberfahnder.de/>.

<sup>5</sup> Bachfeld c't 25/2007, 76, 77.

mit denen sie nunmehr Abhebungen vornehmen können. Diese erfolgen dabei stets im Ausland, da EC-Karten deutscher Ausgabestellen mit einem besonderen Schutzmechanismus, dem sog. moduliert maschinenfähigen Merkmal (MM-Merkmal) ausgestattet sind, das Abhebungen unter Zuhilfenahme billiger Datenträger unmöglich macht. Es handelt sich dabei um unterschiedliche dielektrische Materialien, die in die Karte eingelassen sind und kapazitiv abgetastet werden können. Die Leseeinheit in den deutschen Geldautomaten verknüpft den MM-Code mit den Informationen des Magnetstreifens und bewirkt bei Nichtübereinstimmung die Abweisung der Karte. Im europäischen Ausland dagegen wird auf den Einsatz dieses schwer fälschbaren Schutzmechanismus aus Kostengründen häufig verzichtet.<sup>6</sup>

Zwar sind bei deutschen EC-Karten (bzw. ihren Dubletten) Auslandsabhebungen höhenmäßig limitiert, in der Regel aber nur auf eine bestimmte Summe pro Tag. So kann es sein, dass der Skimming-Täter den täglichen Verfügungsrahmen bereits mehrfach ausgeschöpft hat, noch bevor der Betroffene die Kontobewegungen routinemäßig überprüfen und die irregulären Abhebungen bemerken konnte.<sup>7</sup>

## 2. Täterprofil

Die Kriminalitätsform des Skimmings bedient sich der aus der Organisierten Kriminalität bekannten Strukturen. Kennzeichnend sind also grenzüberschreitende Arbeitsteilung, Einsatz moderner Technik, eine zentrale Einsatzsteuerung sowie die Einrichtung einheitlicher Absatzwege. Skimming ist zwar auch in der Form denkbar, dass lediglich eine Einzelperson handelt. Diese sähe sich dann aber einem ständigen Wettlauf mit der Zeit ausgesetzt, da ihre Aktivitäten den betroffenen Banken noch vor der Vornahme der Abhebungen auffallen und die Kartendaten gesperrt werden könnten.<sup>8</sup> Aus diesem Grunde werden beim Skimming – zumeist südosteuropäische – kriminelle Banden tätig, die die erforderlichen Arbeitsschritte arbeitsteilig organisieren. So stellt eine Tätergruppe die Skimming-Ausrüstung her, eine andere transportiert sie, bringt sie an den jeweiligen Geldautomaten an, entfernt sie nach dem Angriff wieder und übermittelt die ausgespähten Daten, eine dritte ist für die Herstellung der Dubletten zuständig und die vierte Gruppe schließlich für die Vornahme der Auslandsabhebungen.<sup>9</sup> An der Spitze dieser Banden steht dabei eine sich aus Hintermännern zusammensetzende steuernde Instanz, die die Arbeitsgruppen aufstellt, instruiert, ausstattet und sie schließlich aus der Beute bezahlt.<sup>10</sup>

Da man aufgrund der hohen Fluktuation in den Banden dieselben Täter selten bei mehreren Skimming-Angriffen antreffen wird, geben sie sich weder beim „Skimmen“ selbst, noch bei der anschließenden Abhebung im Aus-

land besondere Mühe, eine Tarnung aufzubauen. Ihrer habhaft zu werden gestaltet sich dabei ohnehin schwer, denn Aufsatzgeräte und Kameras werden meist nach wenigen Stunden wieder entfernt und der nächste Angriff findet sodann in einer anderen Gegend statt. In hoch frequentierten Bankfilialen reichen aber Zeiträume über wenige Stunden bereits aus, um an die Daten dutzender Kunden zu gelangen;<sup>11</sup> pro manipuliertem Geldautomaten werden so ca. 60 Kartendatensätze und PINs abgegriffen.<sup>12</sup>

## II. Strafrechtliche Würdigung

Um eine strafrechtliche Würdigung des Skimmings vornehmen zu können, bietet sich eine Aufteilung des Gesamtvorgangs in verschiedene, im Folgenden dargestellte Stadien an:

- Herstellung bzw. Verschaffen der Skimming-Ausrüstung,
- Ausspähen von Magnetstreifen und PIN,
- Herstellung der Dubletten,
- Einsatz der Dubletten,
- Verteilung der Beute.

Die strafrechtliche Bewertung soll dabei jedoch nicht chronologisch erfolgen. Vielmehr empfiehlt es sich, bei der Prüfung mit dem für das Skimming prägenden Stadium des „Ausspähens von Magnetstreifen und PIN“ zu beginnen. Sodann sind die Phasen „Herstellung der Dubletten“ und „Einsatz der Dubletten“ zu untersuchen. Erst im Anschluss daran kann eine strafrechtliche Würdigung des Stadiums „Herstellung bzw. Verschaffen der Skimming-Ausrüstung“ vorgenommen werden. Abschließend ist noch die Phase der Beuteverteilung rechtlich zu beleuchten.

Dabei ist zu beachten, dass sich einige der genannten Stadien ausschließlich im Ausland abspielen – z.B. die Herstellung der Skimming-Ausrüstung und der Dubletten –, wodurch sich in diesen Fällen die Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts stellt. Da jedoch für sämtliche Tatbeteiligte Mittäterschaft anzunehmen sein wird,<sup>13</sup> ist aufgrund der hierbei erfolgenden gegenseitigen Anrechnung der Tatbeiträge an jedem Ort, an dem einer der Mittäter gehandelt hat, mithin auch in Deutschland, ein Tatort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB begründet.<sup>14</sup> Damit findet das deutsche Strafrecht gemäß § 3 StGB Anwendung.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> *Bachfeld* c't 25/2007, 76, 78.

<sup>12</sup> Vgl. Präsentation des BKA zur Payment Card Crime Conference: [http://www.bka.de/lageberichte/zk/100526\\_presentation\\_internationale\\_tagung.pdf](http://www.bka.de/lageberichte/zk/100526_presentation_internationale_tagung.pdf).

<sup>13</sup> *Braun/Heidelberg* StRR 2010, 89, 93.

<sup>14</sup> *Eser* in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. (2010), § 9 Rn. 10.

<sup>15</sup> Sollte eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach diesen Vorschriften ausnahmsweise nicht in Betracht kommen, kann sie sich aus § 6 StGB ergeben. Diese Vorschrift nennt Taten (u.a. § 152b und § 149 StGB, s. § 6 Nr. 7 StGB), die nach dem Weltrechtsprinzip ohne Rücksicht auf Tatort, Recht des Tatorts und Staatsangehörigkeit des Täters dem deutschen Strafrecht unterliegen.

<sup>6</sup> *Bachfeld* c't 25/2007, 76, 78.

<sup>7</sup> *Bachfeld* c't 25/2007, 76, 78.

<sup>8</sup> *Kochheim*, <http://www.cyberfahnder.de/nav/them/phish/skimming.htm>.

<sup>9</sup> Vgl. *Bachfeld* c't 25/2007, 76, 78 ff.

<sup>10</sup> *Kochheim*, <http://www.cyberfahnder.de/nav/them/phish/skimming.htm>.

## 1. Strafbarkeit des Ausspähs von Magnetstreifen und PIN

### a) Ausspähen der Magnetstreifeninformationen

#### aa) Strafbarkeit nach § 202a StGB

Im Hinblick auf das Auslesen des sich auf der EC-Karte befindlichen Magnetstreifens ist eine Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB zu diskutieren, der das Ausspähen von Daten unter Strafe stellt. Unter Daten i.S.d. § 202a StGB sind Informationen zu verstehen, die in einer für eine Datenverarbeitungsanlage erkennbaren Form codiert sind, unabhängig davon, ob und in welcher Form sie verarbeitet werden.<sup>16</sup> Gemäß § 202a Abs. 2 StGB müssen die Daten dabei elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sein oder übermittelt werden. Nicht unmittelbar wahrnehmbar sind Daten, wenn sie erst nach einer Transformation mittels technischer Hilfsmittel sinnlich wahrgenommen werden können.<sup>17</sup> Die auf dem Magnetstreifen einer EC-Karte gespeicherten Informationen, unter anderem Kontonummer und Bankleitzahl, erfüllen die genannten Kriterien.

Die Daten sind auch „nicht für den Täter bestimmt“. Entscheidend ist hierfür nämlich, ob diese nach dem Willen desjenigen, der zum Zeitpunkt der Tat die formelle Verfügungsberechtigung über die Daten innehat, dem Täter zur Verfügung stehen sollen.<sup>18</sup> Bei Bank- und Kreditkarten mit Bezahlfunktion kommt es dabei auf den Willen des kartenausgebenden Kreditinstituts an.<sup>19</sup> Davon, dass dieses nicht mit dem Ausspähen der Magnetstreifeninformationen einverstanden ist, kann ausgegangen werden.

Eine Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB scheidet jedoch am fehlenden Vorliegen einer besonderen Zugangssicherung beziehungsweise am mangelnden Überwinden einer solchen. Eine besondere Zugangssicherung liegt nur dann vor, wenn Vorkehrungen getroffen sind, um den Zugriff auf die Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren. Die Zugangssicherung kann dabei sowohl durch mechanische (z.B. Schlösser, Versiegelungen) als auch durch technische, insbesondere systemimmanente Vorkehrungen (z.B. Passwort, biometrische Erkennungsverfahren) erfolgen.<sup>20</sup> Weder die auf dem Magnetstreifen gespeicherte Kontonummer, noch die sich ebenfalls dort befindende Bankleitzahl werden jedoch durch derartige Schutzmechanismen gesichert. Insoweit scheidet eine Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB also bereits am fehlenden Vorhandensein einer

Zugangssicherung.<sup>21</sup> Doch selbst wenn sich neben den genannten ungesicherten Informationen auch verschlüsselte Daten auf dem Magnetstreifen befinden sollten,<sup>22</sup> wird der Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB nicht verwirklicht: In diesem Fall ist das Vorliegen einer Zugangssicherung zwar zu bejahen,<sup>23</sup> beim bloßen Auslesen und Abspeichern der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten wird diese jedoch nicht überwunden.<sup>24</sup> Das Auslesen der Daten ist mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und der dazugehörigen, ebenfalls im Handel erhältlichen Software vielmehr ohne Weiteres möglich. Ein Überwinden erfordert dagegen eine Vorgehensweise, durch die die jeweilige Zugangssicherung außer Kraft gesetzt oder umgangen wird.<sup>25</sup> Gerade daran fehlt es jedoch: Die verschlüsselten Daten werden nicht etwa entschlüsselt, sondern in verschlüsseltem Zustand gespeichert. Das Auslesen des Magnetstreifens erfüllt somit nicht den Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Dass die Daten magnetisch und damit nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind, stellt keine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang dar, sondern ist gem. § 202a Abs. 2 StGB vielmehr Voraussetzung dafür, dass es sich überhaupt um Daten im Sinne des Abs. 1 handelt. Daran zeigt sich, dass nicht schon die Art der Speicherung eine besondere Sicherung im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB darstellt, sondern dass darüber hinaus Vorkehrungen getroffen sein müssen, die den unbefugten Zugriff auf Daten ausschließen oder zumindest erheblich erschweren, vgl. BGH, Beschluss v. 14.01.2010 – 4 StR 93/09 = HRRS 2010 Nr. 173 und BGH, Beschluss v. 06.07.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 742. So auch *Eisele* CR 2011, 131, 132.

<sup>22</sup> Vgl. *Richter* CR 1989, 303, 305; im Beschluss des BGH v. 18.03.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 452 wird die Frage, ob sich auf dem Magnetstreifen auch verschlüsselte Daten befinden, ausdrücklich offen gelassen.

<sup>23</sup> Nach h.M. stellen auch Datenverschlüsselungen Sicherungen im Sinne von § 202a StGB dar, *Fischer* StGB, 58. Aufl. (2011), § 202a Rn. 9a.

<sup>24</sup> BGH, Beschluss v. 14.01.2010 – 4 StR 93/09 = HRRS 2010 Nr. 173, BGH, Beschluss v. 18.03.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 452 und BGH, Beschluss v. 06.07.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 742; *Seidl/Fuchs* jurisPR-ITR 9/2010 Anm. 6; i.E. auch *Tyszkiewicz* HRRS 2010, 207, 209, die jedoch trotz Bejahung des Vorhandenseins verschlüsselter Daten weniger auf das Überwinden, als vielmehr auf das Fehlen einer ausreichenden Zugangssicherung abstellt; a.A. dagegen *Braun/Heidberg* StRR 2010, 89, 91, die ohne nähere Erläuterung das Vorhandensein von Schutzvorkehrungen und deren Überwindung bejahen.

<sup>25</sup> *Weidemann* in: BeckOK (Anm. 16), § 202a StGB, Rn. 17; eine Datenverschlüsselung schützt nur vor der Erfassung des Bedeutungsgehalts (kryptierter) Daten, nicht aber vor dem bloßen Auslesen und Abspeichern der verschlüsselten Daten auf einem Datenträger des Täters, vgl. BGH, Beschluss v. 18.03.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 452.

<sup>26</sup> Vgl. auch BGH, Beschluss vom 14.01.2010 – 4 StR 93/09 = HRRS 2010 Nr. 173 und BGH, Beschluss v. 18.03.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 452; a.A. dagegen noch BGH, Urteil vom 10.05.2005 – 3 StR 425/04 = HRRS 2005 Nr. 513, die jedoch auf Anfragebeschluss aufgegeben wurde, vgl. BGH, Beschluss v. 06.07.2010 – 4 StR 555/09 = HRRS 2010 Nr. 742.

<sup>16</sup> *Weidemann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.02.2011, § 202a Rn. 3; *Graf* in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. (2003), § 202a a.F. Rn. 8.

<sup>17</sup> *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl. (2011), § 202a Rn. 2; *Popp* jurisAnwZert ITR 21/2009 Anm. 2.

<sup>18</sup> *Lenckner* in: *Schönke/Schröder* (Anm. 14), § 202a Rn. 6.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 10.05.2005 – 3 StR 425/04 = HRRS 2005 Nr. 513; *Graf* in: MüKo StGB (Anm. 16), § 202a a.F. Rn. 22.

<sup>20</sup> *Weidemann* in: BeckOK StGB (Anm. 16), § 202a Rn. 13.

**bb) Strafbarkeit nach § 263a StGB**

Auch eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs durch „unbefugte Verwendung von Daten“ (§ 263a Abs. 1 Var. 3 StGB) scheidet aus. Zwar erfasst die dritte Variante – im Gegensatz zu den ersten beiden Tathandlungen (unrichtige Gestaltung des Programmablaufes und Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten) – gerade die Fälle, in denen der Täter – wie beim Skimming – richtige Daten verwendet.<sup>27</sup> § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB scheidet jedoch an der für die Verwirklichung des Tatbestands erforderlichen Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs: Hierfür reicht eine Einflussnahme, die zu keinem abweichenden Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs führt, nicht aus. Vielmehr muss diese ein Ergebnis hervorgerufen haben, das ohne die Einwirkung entweder überhaupt nicht oder mit anderem Inhalt entstanden wäre.<sup>28</sup> Dies ist hier jedoch gerade nicht der Fall. Nachdem die EC-Karte das zusätzlich angebrachte Kartenlesegerät passiert hat und die auf dem Magnetstreifen enthaltenen Informationen mithilfe des Moduls ausgelesen wurden, läuft der im Geldautomaten stattfindende Datenverarbeitungsprozess „ganz normal“ ab, d.h. es kommt zu keinerlei Beeinflussung seines Ergebnisses. Damit ist der Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB nicht erfüllt.<sup>29</sup>

**cc) Strafbarkeit nach § 303b StGB**

Nichts anderes gilt hinsichtlich § 303b StGB, der die Computersabotage unter Strafe stellt. Ungeachtet der Frage nach dem Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale fehlt es jedenfalls an einer „erheblichen Störung“ einer Datenverarbeitung. Eine solche liegt nur vor, wenn ihr reibungsloser Ablauf beeinträchtigt wird.<sup>30</sup> Beim Auslesen der Magnetkartendaten durch das zusätzlich angebrachte Kartenlesegerät wird der Ablauf der Datenverarbeitung im Geldautomaten aber gerade nicht beeinträchtigt. Die Datenverarbeitung läuft vielmehr genauso ab „wie immer“.

**dd) Strafbarkeit nach § 303a StGB**

Auch eine Strafbarkeit wegen Datenveränderung nach § 303a Abs. 1 StGB kommt nicht in Betracht. Als einzige der vier Begehungsformen käme ein „Verändern“ der auf dem Magnetstreifen enthaltenen Daten der Originalbankkarte in Betracht. Ein solches ist jedoch nur dann gegeben, wenn eine inhaltliche Umgestaltung der Daten erfolgt und sie deshalb einen anderen Informationsgehalt

<sup>27</sup> „Verwenden“ meint in diesem Zusammenhang die Einführung der Daten in den Datenverarbeitungsprozess, wobei über die Fälle der eigenhändigen Eingabe hinaus auch diejenigen erfasst sind, in denen der Täter sich – wie beim Skimming – für den unmittelbaren Akt der Eingabe einer anderen Person bedient, vgl. *Wohlers* in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. (2006), § 263a Rn. 29.

<sup>28</sup> *Wohlers* in: MüKo StGB (Anm. 27), § 263a Rn. 17.

<sup>29</sup> Im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung *Eisele* CR 2011, 131, 134.

<sup>30</sup> *Hilgendorf* JuS 1996, 1082, 1083.

aufweisen. Das bloße unbefugte Kopieren von Daten wird dagegen nicht vom Tatbestand umfasst.<sup>31</sup>

**ee) Strafbarkeit nach § 202b StGB**

Eine Strafbarkeit nach § 202b StGB scheidet daran, dass der Skimming-Täter die auf dem Magnetstreifen enthaltenen Informationen – bei denen es sich unzweifelhaft um nicht für ihn bestimmte Daten i.S.d. § 202b StGB handelt – nicht aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung abfängt.<sup>32</sup> Eine solche nichtöffentliche Datenübermittlung findet beim Abhebungsvorgang zwar statt, die Magnetstreifendaten werden aber noch im Vorfeld des zwischen Bankkunde und Kreditinstitut stattfindenden Datenübertragungsvorgangs, der erst mit Einlesen der EC-Karte durch den Originalkartenleser beginnt, vom Täter abgeschöpft. Im Zeitpunkt des Abgreifens der Informationen stammen die Daten also gerade nicht aus einer nichtöffentlichen Datenübertragung. Vielmehr wird eine eigene Datenübertragung durch den Täter initiiert, deren Adressat der Täter ist.<sup>33</sup>

**ff) Strafbarkeit nach §§ 269 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB**

Indem der unwissende Bankkunde seine EC-Karte in den am Bankautomaten angebrachten Skimming-Aufsatz einführt, macht sich der Täter jedoch wegen Fälschung beweisheblicher Daten in mittelbarer Täterschaft strafbar. Der vorsatzlos handelnde Bankkunde erfüllt die Tatbestandsvoraussetzungen des § 269 Abs. 1 Alt. 1 StGB, denn er speichert beweishebliche Daten so, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte Urkunde vorliegen würde. Daten sind beweisheblich, wenn sie dazu bestimmt sind, bei einer Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen benutzt zu werden.<sup>34</sup> Bei Codekartendaten im Bankautomatenverkehr ist dies der Fall.<sup>35</sup> Ein Speichern der Daten ist gegeben, wenn sie auf einem Datenträger erfasst oder aufbewahrt oder auf ihn kopiert bzw. aufgenommen werden. Durch das Speichern muss ein Falsifikat entstehen, das – von der Wahrnehmbarkeit abgesehen – die Merkmale einer falschen Urkunde aufweist.<sup>36</sup> Die auf dem Magnetstreifen einer EC-Karte gespeicherten Daten beinhalten eine Garantieerklärung der Ausstellerbank zugunsten des berechtigten Karteninhabers. Wer den Magnetstreifen einer solchen Karte kopiert, erzeugt den falschen Anschein einer weiteren Gedankenerklärung der Ausstellerbank und verwirklicht dadurch § 269 StGB.<sup>37</sup> Dieser vom Bankkunden unvorsätzlich herbeigeführte strafrechtlich verbotene Erfolg wird vom Skimming-Täter vorsätzlich bewirkt, sodass ein klassischer Fall der mittelbaren Täterschaft vorliegt.<sup>38</sup> Der Skimming-Täter handelt darüber hinaus auch mit dem Willen, die erlangten

<sup>31</sup> *Weidemann* in: BeckOK StGB (Anm. 16), § 303a Rn. 13.

<sup>32</sup> Ebenso *Eisele* CR 2011, 131, 132.

<sup>33</sup> Vgl. zur ähnlichen Problematik beim Phishing *Seidl/Fuchs* HRRS 2010, 85, 86.

<sup>34</sup> *Fischer* (Anm. 23), § 269 Rn. 4.

<sup>35</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Anm. 17), § 269 Rn. 2.

<sup>36</sup> *Fischer* (Anm. 23), § 269 Rn. 7.

<sup>37</sup> *Hoyer* in: SK-StGB, 45. EL, § 269 Rn. 16.

<sup>38</sup> *Joecks* in: MüKo StGB (Anm. 16), § 25 Rn. 74.

Daten zur fälschlichen Beeinflussung einer Datenverarbeitung zu verwenden, welche gem. § 270 StGB der Täuschung im Rechtsverkehr gleichsteht. Eine Strafbarkeit ist mithin zu bejahen, wobei regelmäßig der Qualifikationsbestand des § 267 Abs. 4 StGB, auf den § 269 Abs. 3 StGB verweist und der eine verschärfte Sanktionierung für die gewerbmäßige Begehung als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 StGB verbunden hat, vorsieht, verwirklicht sein wird.<sup>39</sup>

**gg) Strafbarkeit nach § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG**

Ferner macht sich der Täter nach §§ 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 Alt. 2 BDSG wegen unbefugten Erhebens oder Verarbeitens nicht öffentlich zugänglicher personenbezogener Daten (Nr. 1) bzw. wegen Sicherschaffens derselben aus einer automatisierten Datenverarbeitung (Nr. 3 Alt. 2) in Bereicherungsabsicht strafbar. Bei der auf dem Magnetstreifen gespeicherten Kontonummer des Bankkunden handelt es sich um ein personenbezogenes Datum,<sup>40</sup> das aufgrund der Tatsache, dass sich keine unbeschränkt große Anzahl von Personen ohne besondere Sachkunde und Anstrengung über sie unterrichten kann, auch nicht öffentlich zugänglich ist.<sup>41</sup> Unter „erheben“ versteht man gem. § 3 Abs. 3 BDSG das Beschaffen von Daten über den Betroffenen, mithin die Zusammenstellung von Daten durch zielgerichtetes systematisches Sammeln in jeder Form zum Zwecke der weiteren Verfügungsmöglichkeit.<sup>42</sup> Das „Verarbeiten“ erfasst gem. § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG u.a. das Speichern von personenbezogenen Daten auf einem Datenträger zum Zwecke der weiteren Nutzung. Beide Handlungsvarianten werden durch das Auslesen des Magnetstreifens der Originalkarte erfüllt. Darüber hinaus verwirklicht der Täter auch § 43 Abs. 2 Nr. 3 BDSG in der Form des Sicherschaffens nicht öffentlich zugänglicher personenbezogener Daten aus einer automatisierten Datenverarbeitung. Weil er zudem ohne Erlaubnis – mithin unbefugt – sowie in der Absicht handelt, sich oder einen anderen (die übrigen Bandenmitglieder) zu bereichern, ist eine Strafbarkeit nach § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 Alt. 2 BDSG daher zu bejahen. Die Tat wird gem. § 44 Abs. 2 BDSG nur auf Antrag verfolgt.

**hh) Strafbarkeit nach § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

Schließlich ist auch eine Strafbarkeit des Täters nach § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion zu bejahen. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB beschreibt bestimmte Vorrichtungen zur Herstellung von Fälsfikaten, die ihrer Art nach zur Begehung der Tat geeignet sein müssen. Neben den explizit erwähnten

(wie z.B. Drucksätze, Negative, Matrizen) fallen darunter auch solche, denen schon ihrer Art nach eine spezifische Verwendbarkeit zur Ausführung von Fälschungen inneohnt.<sup>43</sup> Erforderlich ist auch, dass diese „ähnlichen Vorrichtungen“ gebrauchsfertig und zum unmittelbaren Einsatz im eigentlichen Fälschungsvorgang geeignet sind.<sup>44</sup> Seit der Aufnahme des Begriffs „Computerprogramme“ in den Tatbestand des § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB,<sup>45</sup> mit dem zum Ausdruck kommt, dass sich der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht prinzipiell auf körperliche Tatobjekte beschränkt, steht darüber hinaus fest, dass auch nichtkörperliche Vorlagen der Vervielfältigungstechnik als „ähnliche Vorrichtungen“ von der Vorschrift erfasst werden.<sup>46</sup> Damit fallen auch die mithilfe des Skimmers ausgelesenen Datensätze, die im Anschluss auf die Magnetstreifen der Kartendubletten kopiert werden können und dabei unmittelbar zur Entstehung unechter Zahlungskarten mit Garantiefunktion führen, unter diesen Begriff.<sup>47</sup>

**b) Strafbarkeit des Ausspähens der PIN**

**aa) Strafbarkeit nach § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG**

Indem der Täter die PIN des Bankkunden ausspät, macht er sich auch diesbezüglich nach § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG strafbar. Wie bei der Kontonummer handelt es sich auch bei der PIN um ein nicht öffentlich zugängliches personenbezogenes Datum i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG.<sup>48</sup> Da unter den Begriff des „Erhebens“ – wie bereits erwähnt – jede Form des Beschaffens zum Zwecke der weiteren Verfügungsmöglichkeit fällt, kann darunter sowohl das Ausspähen im Wege des bloßen „Über-die-Schulter-Schauens“, als auch jenes unter Zuhilfenahme einer Tastaturatruppe bzw. einer Videokamera subsumiert werden. Beim Ausspähen mit Hilfe einer Videokamera ist zudem die Begehungsform des „Verarbeitens“ erfüllt, weil auch das Erfassen auf einem Videofilm ein „Speichern“ i.S.d. § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG darstellt.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Erb in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. (2005), § 149 Rn. 3.

<sup>44</sup> Erb in: MüKo StGB (Anm. 43), § 149 Rn. 3.

<sup>45</sup> Gesetz vom 22. August 2002, BGBl. I 3387.

<sup>46</sup> Erb in: MüKo StGB (Anm. 43), § 152a Rn. 13.

<sup>47</sup> Erb in: MüKo StGB (Anm. 43), § 152a Rn. 13; Rudolphi/Stein in: SK-StGB, 67. EL, § 149 Rn. 2; Puppe in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 149 Rn. 9; vgl. auch Eisele CR 2011, 131, 134.

<sup>48</sup> Seidl/Fuchs HRRS 2010, 85, 88.

<sup>49</sup> Ams in: Erbs/Kohlhaas (Anm. 41), § 3 BDSG, Rn. 18. Die Strafbarkeit nach § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG wird von Braun/Heidberg StRR 2010, 89, 92, welche bei „einer weiten Auslegung der Begriffe Computerprogramme und ähnliche Vorrichtungen i.S.d. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB“ allenfalls von einer Strafbarkeit nach dieser Vorschrift (wohl in Verbindung mit § 152b Abs. 5 StGB) ausgehen, „weil die PIN als anderer Bestandteil, der der Sicherung gegen Fälschungen dient (§ 149 Abs. 1 Nr. 3 StGB), angesehen werden dürfte“, übersehen.

<sup>39</sup> Auf Konkurrenzebene dürfte § 269 StGB jedoch von § 152b StGB verdrängt werden, vgl. Erb in: MüKo StGB (Anm. 27), § 269 Rn. 41.

<sup>40</sup> Seidl/Fuchs HRRS 2010, 85, 88.

<sup>41</sup> Ams in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 179. EL (2010), § 43 BDSG Rn. 17.

<sup>42</sup> Ams in: Erbs/Kohlhaas (Anm. 41), § 3 BDSG, Rn. 16.

### bb) Strafbarkeit nach § 202c Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 202a Abs. 1 StGB

Daneben macht sich der Täter durch das Ausspähen der PIN wegen Vorbereitens des Ausspähens von Daten nach § 202c Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 202a Abs. 1 StGB strafbar, und zwar in der Form des Sichverschaffens eines Passworts. Unter einem Passwort versteht man jede Zeichenkombination, die im Rahmen einer Sicherheitsabfrage den Zugang zu Daten ermöglicht, mithin nicht nur Wörter.<sup>50</sup> Ein Sichverschaffen ist gegeben, wenn der Täter in irgendeiner Form eigene Verfügungsgewalt am Tatobjekt begründet.<sup>51</sup> Unabhängig davon, ob das Ausspähen der PIN durch bloßes „Über-die-Schulter-Schauen“ oder mithilfe einer Tastaturatruppe bzw. Videokamera erfolgt, sind diese beiden Voraussetzungen damit erfüllt.<sup>52</sup> Zu beachten ist, dass hinsichtlich der Frage, ob eine Straftat nach § 202a Abs. 1 StGB vorbereitet wird, nicht auf die auf dem Magnetstreifen befindlichen Daten abzustellen ist, da hinsichtlich derer eine Strafbarkeit wegen Ausspähens von Daten – wie bereits erwähnt – ausscheidet. Vielmehr ist der Fokus auf die weiteren Kontodaten, insbesondere auf den Kontostand, zu richten. Auch bei diesem handelt es sich um ein Datum i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB, welches zudem nur für den Kontoinhaber bestimmt und durch die vorgeschaltete PIN-Abfrage am Geldautomaten darüberhinaus besonders gesichert ist.<sup>53</sup> Mithilfe der erspähten PIN ist es dem Täter später in Kombination mit den manipulierten Kartendoubletten nicht nur möglich, Geld abzuheben, sondern auch, den Kontostand am Geldautomaten einzusehen. Für ein Verschaffen des Zugangs reicht diese bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme aus.<sup>54</sup>

## 2. Herstellung der Doubletten

### a) Strafbarkeit nach § 152b Abs. 1 i.V.m. § 152a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Herstellung der Kartendoubletten erfüllt den Tatbestand des § 152b Abs. 1 i.V.m. § 152a Abs. 1 Nr. 1 StGB – Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion – in der Form des „Nachmachens“.<sup>55</sup> Bei herkömmlichen EC-Karten handelt es sich um Zahlungskarten mit Garantiefunktion i.S.d. § 152b Abs. 4 StGB.<sup>56</sup> Unter „nachmachen“ versteht man sowohl Manipulationen an bereits verfälschten Tatobjekten, als auch das Herstellen von Totalfälschungen. Der Täter muss dabei zur Täuschung im Rechtsverkehr oder aber zur Ermöglichung einer solchen Täuschung handeln. Aufgrund dieses Erfordernisses wurde früher die Herstellung falsch codierter Magnetstreifen auf unbedruckten Karten – mangels Eig-

nung dieser zur Täuschung – für die Verwirklichung des Tatbestandes als nicht ausreichend angesehen. Heute stellt sich die Rechtslage im Hinblick auf § 270 StGB, der die Täuschung im Rechtsverkehr mit der fälschlichen Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleichstellt, dagegen anders dar: Soweit es – wie bei Geldautomaten – für die Möglichkeit täuschungsgleicher Beeinflussung von Datenverarbeitungsanlagen allein auf die Codierung und äußere Form der Karte, nicht aber auf Aufdrucke o.Ä. ankommt, reicht die Herstellung unbeschrifteter Plastikstücke mit codiertem Magnetstreifen zur Tatbestandsverwirklichung aus.<sup>57</sup> Eine Strafbarkeit nach § 152b Abs. 1 i.V.m. § 152a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist damit zu bejahen. Regelmäßig wird dabei auch die Qualifikation des § 152b Abs. 2 StGB, der die Strafandrohung bei gewerbsmäßig oder als Bandenmitglied begangenen Straftaten nach § 152b Abs. 1 StGB auf nicht unter zwei Jahre anhebt, erfüllt sein.

### b) Strafbarkeit nach § 269 StGB

Schließlich erfüllt der Täter noch den Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB, und zwar in der Begehungsform des „Speicherns“. Bei den ausgelesenen Magnetstreifeninformationen der Original-EC-Karte handelt es sich um beweiserhebliche Daten i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB (s.o.). Der Täter speichert diese Daten auch, da er sie zum Zwecke der weiteren Verwendung auf einen Datenträger – den Kartenrohling – kopiert. Durch diese Speicherung entsteht sodann ein Falsifikat, das – außer der Wahrnehmbarkeit – alle Merkmale einer falschen Urkunde aufweist: Die auf dem Magnetstreifen enthaltenen Kontodaten verkörpern die Erklärung der ausstellenden Bank, der Karteninhaber sei zur Benutzung der Geldautomaten berechtigt. Der Datensatz ist auch geeignet und dazu bestimmt, für die Befugnis des Karteninhabers Beweis zu erbringen, und als Aussteller ist in dem Datensatz die kartenausgebende Bank erkennbar, obwohl nicht diese, sondern der Täter die Daten auf das Blankett übertragen hat.<sup>58</sup> Der Täter macht sich daher nach § 269 Abs. 1 i.V.m. § 270 StGB strafbar, wobei regelmäßig die Qualifikation des über § 269 Abs. 3 StGB anzuwendenden § 267 Abs. 4 StGB verwirklicht sein wird.<sup>59</sup>

## 3. Einsatz der Doubletten

### a) Strafbarkeit nach § 152b Abs. 1 i.V.m. § 152a Abs. 1 Nr. 2 StGB

Der Einsatz der Doubletten zusammen mit den erspähten PINs zur Abhebung von Geldbeträgen ist nach § 152b i.V.m. § 152a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Tatvariante des

<sup>50</sup> Weidemann in: BeckOK StGB (Anm. 16), § 202c Rn. 4.

<sup>51</sup> Stree/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Anm. 14), § 146 Rn. 15.

<sup>52</sup> Die Tatbestandsmäßigkeit bejaht auch Eisele CR 2011, 131, 134, der aber das Vorbereiten einer Straftat nach § 202a bzw. § 202b StGB ablehnt.

<sup>53</sup> Seidl/Fuchs HRRS 2010, 85, 88.

<sup>54</sup> Schumann NSTZ 2007, 675, 676.

<sup>55</sup> Vgl. auch Braun/Heidberg StRR 2010, 89, 92.

<sup>56</sup> Fischer (Anm. 23), § 152b Rn. 4 f.

<sup>57</sup> Ausführlich hierzu Eisele CR 2011, 131, 134; Fischer (Anm. 23), § 152a Rn. 11; Braun/Heidberg StRR 2010, 89, 92; a.A. Stree/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Anm. 14), § 152a Rn. 5.

<sup>58</sup> Meier JuS 1992, 1017, 1018; Freund JuS 1994, 207, 209 f.; Hilgendorf JuS 1997, 130, 134; Weidemann in: BeckOK StGB (Anm. 16), § 269 Rn. 9.

<sup>59</sup> Auf Konkurrenzebene wird § 269 StGB jedoch von § 152b StGB verdrängt werden, vgl. Erb in: MüKo StGB (Anm. 27), § 269 Rn. 41 und Eisele CR 2011, 131, 134.

„Gebrauchens“ strafbar. Bei den Dubletten handelt es sich um nachgemachte Zahlungskarten mit Garantiefunktion (s.o.). Gebrauchen meint die Verwendung der gefälschten Zahlungskarte im Zahlungsverkehr<sup>60</sup> und erfasst damit auch den Einsatz am Geldautomaten. Regelmäßig wird dabei der Qualifikationstatbestand des § 152b Abs. 2 StGB (gewerbsmäßige Begehung bzw. Handeln als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach § 152b Abs. 1 StGB verbunden hat) erfüllt sein.

## b) Strafbarkeit nach § 263a StGB

Durch die Verwendung der Kartendubletten wird zudem der Tatbestand des § 263a Abs. 1 StGB in der Begehungsform „unbefugte Verwendung von Daten“ verwirklicht.<sup>61</sup> Von dieser Variante ist neben der Verwendung einer im Wege verbotener Eigenmacht erlangten Originalkarte durch einen nichtberechtigten Dritten<sup>62</sup> auch die Verwendung von kopierten, gefälschten oder manipulierten Codekarten erfasst, und zwar unabhängig davon, ob die Herstellung bzw. Manipulation durch den Täter selbst oder durch einen Dritten erfolgt ist.<sup>63</sup> Durch die Tathandlung muss es jedoch auch zu einer Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs gekommen sein.<sup>64</sup> Eine Beeinflussung des Ergebnisses liegt vor, wenn das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs ohne die Manipulationshandlung entweder anders hätte lauten müssen oder überhaupt nicht hätte ergehen dürfen. Das Ergebnis kann also bereits inhaltlich unzutreffend oder zwar an sich richtig, aber unbefugterweise herbeigeführt sein.<sup>65</sup> Zudem muss die Manipulationshandlung für das Ergebnis zumindest mitursächlich sein und das Ergebnis hat unmittelbar zu einer Vermögensminderung zu führen.<sup>66</sup> Letzteres ist der Fall, wenn die Vermögensminderung ohne weitere wesentliche Zwischenschritte einer natürlichen Person herbeigeführt wird.<sup>67</sup> Die genannten Voraussetzungen sind bei der Verwendung der Dubletten zur Geldabhebung sämtlich erfüllt: Das Ergebnis des im Geldautomaten ablaufenden Datenverarbeitungsvorgangs ist zwar inhaltlich richtig, wurde vom Skimming-Täter aber unbefugterweise herbeigeführt. Die Verwendung der Dubletten – mithin die Manipulationshandlung – ist

zudem mitursächlich für dieses Ergebnis, welches sich schließlich in Form der automatisch erfolgenden Geldausgabe auch unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.

Problematisch gestaltet sich die Antwort auf die Frage, bei wem der Vermögensschaden eintritt.<sup>68</sup> Die Abhebung des Geldbetrages durch den Skimming-Täter erfolgt – weil ohne bzw. gegen den Willen des Kontoinhabers – ohne dessen Autorisierung i.S.d. § 675j Abs. 1 S. 1, 4 BGB, sodass ihm gem. § 675u S. 2 BGB grundsätzlich ein Anspruch gegen die Bank auf Erstattung des Überweisungsbetrages zusteht. Zu beachten ist jedoch die Regelung des § 675v Abs. 1 und Abs. 2 BGB, wonach die Bank wiederum einen Schadensersatzanspruch gegen den Kontoinhaber hat, wenn der infolge eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstandene Schaden aufgrund der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments entstanden ist und der Kontoinhaber die personalisierten Sicherheitsmerkmale (insbes. die PIN) nicht sicher aufbewahrt hat (§ 675v Abs. 1 S. 2 BGB) oder der Schaden von Letzterem durch grob fahrlässige Verletzung von Pflichten aus § 675l BGB oder von vereinbarten Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung von Codekarte und PIN herbeigeführt wurde (§ 675v Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB).<sup>69</sup> Im Falle des § 675v Abs. 1 S. 2 BGB ist der vom Kontoinhaber zu ersetzende Schaden dabei höhenmäßig auf maximal 150 Euro begrenzt und der Anspruch der Bank besteht nach h.M. nur bei Vorliegen eines Verschuldens.<sup>70</sup> Im Falle des § 675v Abs. 2 BGB haftet der Kontoinhaber dagegen unbegrenzt.

In dem Moment, in dem beim Skimming die PIN des Bankkunden vom Skimming-Täter ausgespäht wird, wird diese von Ersterem, der von der am Geldautomaten vorgenommenen Manipulation nichts ahnt, ordnungsgemäß verwendet. Davon, dass er die PIN zu diesem Zeitpunkt „nicht sicher aufbewahrt“, kann daher nicht die Rede sein, sodass eine (begrenzte) Haftung des Bankkunden nach § 675v Abs. 1 S. 2 BGB also nicht in Betracht kommen dürfte. Auch die (unbegrenzte) Haftung nach § 675v Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB scheidet aus: Nach § 675l S. 1 BGB ist der Bankkunde nur dazu verpflichtet, alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Zumutbar sind dabei nur solche Vorkehrungen, die die Nutzung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments nicht derart einschränken, dass es seine praktische Brauchbarkeit für die mit ihm bezweckten Einsatzmöglichkeiten verliert. Das Gebot, bei der PIN-Eingabe am

<sup>60</sup> Erb in: MüKo StGB (Anm. 43), § 152a Rn. 11.

<sup>61</sup> Zum Meinungsstreit bzgl. des Merkmals „unbefugt“ vgl. ausführlich Eisele CR 2011, 131, 135.

<sup>62</sup> BGHSt 47, 160, 162.

<sup>63</sup> BGHSt 38, 120, 123; BGHSt 47, 160, 162; Wohlers in: MüKo StGB (Anm. 27), § 263a Rn. 27 subsumiert diesen Fall dagegen unter „Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten“ (Var. 2), Ranft wistra 1987, 78, 84 unter „unrichtige Programmgestaltung“ (Var. 1).

<sup>64</sup> BGHSt 38, 120, 124; Ob die Einleitung eines Datenverarbeitungsvorgangs schon für sich gesehen als Beeinflussung des Ergebnisses eingestuft werden kann, ist umstritten, richtigerweise aber zu bejahen, da mit dem Auslösen eines Prozesses auf diesen schließlich sogar besonders intensiv Einfluss genommen wird, vgl. BGHSt 38, 120, 121; OLG Köln, Urteil vom 09.07.1991 – Ss 624/90; Berghaus JuS 1990, 981 f.; Lackner/Kühl (Anm. 17), § 263a Rn. 22; Cramer/Perron in: Schönke/Schröder (Anm. 14), § 263a Rn. 18; Fischer (Anm. 23), § 263a Rn. 20.

<sup>65</sup> BGHSt 38, 120, 124.

<sup>66</sup> Valerius in: BeckOK StGB (Anm. 16), § 263a Rn. 37.

<sup>67</sup> Valerius in: BeckOK StGB (Anm. 16), § 263a Rn. 39.

<sup>68</sup> Vgl. zur ähnlichen Problematik beim sog. Phishing Seidl/Fuchs HRRS 2010, 85, 88 f.

<sup>69</sup> Nach § 675l BGB ist der Kontoinhaber dazu „verpflichtet, unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen“ (S. 1) sowie „dem Zahlungsdienstleister (...) den Verlust, den Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments unverzüglich anzuzeigen, nachdem er hiervon Kenntnis erlangt hat“ (S. 2).

<sup>70</sup> Palandt BGB, 70. Aufl. (2011), § 675v Rn. 3; so auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/11643 S. 113, die von einem Verschuldenselement spricht.

Geldautomaten stets die Tastatur abzudecken, um ein mögliches Ausspähen zu verhindern, stellt aber gerade eine solche einschränkende und damit unzumutbare Vorkehrung dar.<sup>71</sup> Kommt es also zu einem Ausspähen der PIN, weil der Skimming-Täter oder die von ihm installierte Kamera mangels Verdecken der Geldautomatentastatur „freie Sicht“ auf das Eingabefeld hatte, so ist der Schaden nicht auf eine Pflichtverletzung des Bankkunden zurückzuführen, eine Haftung dessen nach § 675v Abs. 2 Nr. 1 BGB scheidet mithin aus. Dies gilt erst recht in den Fällen, in denen das Ausspähen mittels einer Tastaturratte erfolgt, weil hier ein Verdecken bei der PIN-Eingabe ohnehin zwecklos ist. Daneben dürfte eine Haftung nach § 675v Abs. 2 BGB zudem am fehlenden Vorliegen der erforderlichen groben Fahrlässigkeit des Bankkunden scheitern: Wie eingangs bereits erwähnt wurde, ist es für einen Laien praktisch unmöglich, von Skimming-Tätern an Geldautomaten vorgenommene Manipulationen ohne Weiteres zu erkennen. Davon, dass ein argloser Bankkunde bei der Geldabhebung daher die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in einem ungewöhnlich hohen Maß verletzt, kann im Regelfall also nicht die Rede sein. Eine Haftung des Kunden kommt folglich regelmäßig nicht in Betracht, sodass der Vermögensschaden aufgrund der Rückerstattungspflicht aus § 675u S. 2 BGB bei der Bank eintritt.<sup>72</sup>

In der Regel wird auch der Qualifikationstatbestand des über § 263a Abs. 2 StGB anwendbaren § 263 Abs. 5 StGB erfüllt sein.

#### c) Strafbarkeit nach § 269 StGB

Der Skimming-Täter macht sich durch die Benutzung der Dubletten zudem wegen Fälschung beweisbarer Daten nach § 269 Abs. 1 StGB in der Begehungsform des „Gebrauchens“ strafbar,<sup>73</sup> wobei auch hier die Qualifikation des über § 269 Abs. 3 StGB anzuwendenden § 267 Abs. 4 StGB erfüllt sein wird.<sup>74</sup>

#### d) Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB

Schließlich ist auch noch der Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB erfüllt. Mithilfe der zuvor erspähten PIN sowie der angefertigten Kartendubletten ist es dem Täter möglich, am Geldautomaten den Kontostand des jeweiligen Kontoinhabers einzusehen. Darin ist ein Sichverschaffen des Zugangs zu nicht für den Täter bestimmten sowie gegen unberechtigten Zugang besonders gesicherten Daten zu sehen, das unter Überwindung einer Zugangssicherung erfolgt.<sup>75</sup>

## 4. Strafbarkeit der Herstellung bzw. des Verschaffens der Skimming-Ausrüstung

### a) Strafbarkeit des Sichverschaffens bzw. der Herstellung des Magnetstreifenlesers nach § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Für das Skimming greifen die Täter auf legal erhältliche,<sup>76</sup> vorgefertigte Magnetstreifen(durchzugs- oder -einsteck)lesegeräte aus dem Handel zurück, die sie vor ihrer Verwendung jedoch noch bearbeiten und verändern müssen. Erforderlich ist neben dem Einbau der Geräte in spezielle (zur Tarnung benötigte) Gehäuse die Erweiterung um eine Batterie als Stromquelle für den mobilen Einsatz sowie das Hinzufügen eines Speicher- oder Sendemoduls, um ein Zwischenspeichern bzw. das Versenden der ausgelesenen Magnetstreifeninformationen zu ermöglichen.<sup>77</sup> Durch die Vornahme dieser Manipulationen wird der Tatbestand des § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Begehungsform des Herstellens einer „ähnlichen Vorrichtung“ verwirklicht. Die veränderten Kartenlesegeräte erfüllen bei der Herstellung unechter Zahlungskarten mit Garantiefunktion die gleiche Funktion wie Platten, Formen, Druckstöcke etc. für die Herstellung von falschem Geld.<sup>78</sup> Nach Vornahme der genannten Manipulationen wohnt ihnen darüber hinaus auch eine spezifische Eignung zur deliktischen Verwendung inne. Gleichwohl wurde ihre Subsumtion unter § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB früher abgelehnt. Begründet wurde dies damit, dass durch sie die Herstellung von Fälskaten nicht „unmittelbar ins Werk gesetzt“ wird.<sup>79</sup> Das Kriterium der Eignung zur unmittelbaren Herstellung der Fälskate ist jedoch auf die traditionellen Herstellungsverfahren mit Druckplatten o.Ä. zugeschnitten und bezieht dort seine Berechtigung daraus, dass diese Gegenstände typischerweise erst auf einer sehr späten Stufe des Produktionsprozesses ihre spezifische Tauglichkeit für Fälschungen erlangen.<sup>80</sup> Bei den von den Tätern hergestellten „Skimmern“ ist dies jedoch gerade nicht der Fall, da bereits das auf einer frühen Stufe angesiedelte Auslesen der Magnetstreifen zu den hochspeziellen Fälschungsfunktionen gehört.<sup>81</sup> Aus diesem Grunde

<sup>71</sup> Palandt (Anm. 70), § 675I Rn. 2.

<sup>72</sup> Vgl. auch Eisele CR 2011, 131, 136.

<sup>73</sup> Hoyer in: SK-StGB (Anm. 37), § 269 Rn. 16; vgl. auch Eisele CR 2011, 131, 134, der weniger auf die Daten der Dublette als vielmehr auf die Eingabe der PIN abstellt.

<sup>74</sup> Auf Konkurrenzebene dürfte § 269 StGB jedoch von § 152b StGB verdrängt werden, vgl. Erb in: MüKo StGB (Anm. 27), § 269 Rn. 41.

<sup>75</sup> Siehe oben unter II. 1. b) bb); vgl. auch Tyszkiewicz HRRS 2010, 207, 212; a.A. Eisele CR 2011, 131, 136.

<sup>76</sup> A.A. Puppe in: NK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 7: Legal verfügbare Lesegeräte, die auch von Händlern im Rahmen des POS- oder POZ-Verfahrens eingesetzt werden, seien zum „skimmen“ nicht geeignet, da sie vom Zentralausschluss für das Kreditwesen (ZAK) auf Sicherheit hin geprüft würden und autorisiert seien. Bei den von den Skimming-Tätern verwendeten Geräten müsse es sich deshalb um „illegal“ erworbene handeln. Dabei wird jedoch verkannt, dass es sich bei den beim Skimming zum Einsatz kommenden Gerätschaften um einfache Durchzugsleser für Magnetstreifen handelt, die in jedem Elektronikfachversand frei erhältlich sind.

<sup>77</sup> Eckart/Guggenbühl/Pfefferli/Fluri Kriminalistik 2003, 547, 551; Braun/Heidberg StRR 2010, 89, 90.

<sup>78</sup> Puppe in: NK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 7.

<sup>79</sup> BGH, Urteil v. 16.12.2003 – 1 StR 297/03; Husemann NJW 2004, 104, 109.

<sup>80</sup> Rudolphi/Stein in: SK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 2.

<sup>81</sup> Rudolphi/Stein in: SK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 2.

sind sie unter § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu subsumieren, eine Strafbarkeit ist mithin zu bejahen.<sup>82</sup>

**b) Strafbarkeit des Sichverschaffens des Schreib-/Codiergeräts samt Software**

**aa) Strafbarkeit nach § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

Wie die Lesegeräte sind auch die Schreibgeräte, mit denen die Dubletten beschrieben werden, frei im Handel verfügbar.<sup>83</sup> Damit fehlt auch ihnen grundsätzlich die spezifisch deliktische Eignung, da sie gleichermaßen für legale Zwecke eingesetzt werden können. Im Unterschied zu den Lesegeräten werden die Codiergeräte auch nicht weiterverarbeitet oder irgendwo eingebaut, sie behalten also ihr ursprüngliches Aussehen und erlangen somit auch nicht auf diese Art die erforderliche ausschließlich deliktische Verwendbarkeit. Damit scheidet hinsichtlich der Magnetstreifencodiergeräte eine Strafbarkeit nach § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus.

**bb) Strafbarkeit nach § 202c Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 202a Abs. 1 StGB**

Auch eine Strafbarkeit nach § 202c Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 202a Abs. 1 StGB in der Form des Sichverschaffens eines Computerprogramms, dessen Zweck die Begehung einer Tat nach § 202a Abs. 1 StGB ist, kommt nicht in Betracht. Durch die spätere Benutzung der mit Hilfe des Codiergeräts hergestellten Kartendubletten wird zwar der Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB verwirklicht.<sup>84</sup> Bei der in Kombination mit dem Codiergerät zum Beschreiben der Magnetstreifen der Dubletten verwendeten Software handelt es sich zudem unzweifelhaft um ein Computerprogramm, welches sich die Täter im Zuge des Erwerbs des Geräts verschafft haben. Eine Strafbarkeit nach § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt aber auch voraus, dass das Computerprogramm mit der Absicht entwickelt oder modifiziert wurde, es zur Begehung der genannten Straftaten einzusetzen und dass sich diese Absicht auch objektiv manifestiert hat.<sup>85</sup> Die bloße Eignung zur Straftatenbegehung reicht dagegen nicht aus. Bei der in Kombination mit dem Magnetstreifencodierer zu verwendenden Software fehlt es jedoch gerade an der erforderlichen deliktischen Zweckbestimmung.

**cc) Strafbarkeit nach § 263a Abs. 3 StGB**

Auch eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 3 StGB scheidet bereits an der hierfür erforderlichen deliktischen Zweckbestimmung, an der es der verwendeten Software fehlt.

<sup>82</sup> Fischer (Anm. 23), § 149 Rn. 3; Puppe in: NK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 7f.; Rudolphi/Stein in: SK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 2; a.A. Eisele CR 2011, 131, 134. Eine Strafbarkeit nach § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB scheidet entgegen der Ansicht von Braun/Heidberg StRR 2010, 89, 91 mangels Strafbarkeit des Auslesens der Magnetstreifeninformationen nach § 202a StGB dagegen grundsätzlich aus.

<sup>83</sup> A.A. Puppe in: NK-StGB (Anm. 47), § 149 Rn. 7.

<sup>84</sup> Siehe oben unter II. 3. d).

<sup>85</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.05.2009, ZUM 2009, 745, 749.

**5. Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 4a StGB durch Verteilung der Beute**

Das Verteilen der Beute erfüllt den Tatbestand der Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 4a StGB, weil sich die Täter Gegenstände verschaffen, die aus der Katalogtat des § 263a StGB herrühren und diese auch gewerbsmäßig bzw. von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begangen worden ist. Allerdings ist § 261 Abs. 9 S. 2 StGB zu beachten, wonach eine Bestrafung von Personen ausscheidet, die wegen Beteiligung an der Vortat strafbar sind. Dieser persönliche Strafausschlussgrund wird regelmäßig bei allen Bandenmitgliedern, bei denen – wie bereits erwähnt – grundsätzlich Mittäterschaft anzunehmen ist, einschlägig sein.

**III. Maßnahmen zur Vermeidung von Skimming-Attacken**

Viele der großen Bankhäuser treffen mittlerweile Maßnahmen, um Manipulationen an ihren Geldautomaten zu erkennen und ihnen entgegenzuwirken. So werden die Geräte je nach Hersteller mit verschiedenen „Anti-Skimming-Techniken“ ausgerüstet. Teilweise kommen Induktionsspulen zum Einsatz, um ein im Bereich des Karteneinzugs montiertes Skimming-Modul aufzuspüren. Im Verdachtsfalle wird der Geldautomat dann außer Betrieb genommen. Eine weitere Methode zur Vermeidung von Skimming-Angriffen ist das sog. „Jittering“: Die EC-Karte wird dabei beim Einzug ruckartig hinein- und herausbewegt, was die Synchronisierung des EC-Kartenlesers im Skimming-Modul auf den Magnetstreifen verhindert. Dies funktioniert jedoch nur bei solchen Modulen, die die Daten in Binärform auslesen und auf der Karte speichern, nicht dagegen bei Modulen, die den Verlauf des Magnetfelds in Rohform speichern, da sich der „Jitter“ in diesem Fall später herausfiltern lässt. Bei manchen Geräten wird mittels eines Wechselmagnetfeldes der Magnetkopf eines aufgesetzten Skimming-Moduls gestört. Schließlich behilft man sich auch schlicht mit Kameras, die das Aussehen der Geräte überwachen. Das Kamerabild wird dabei meist von einem Bankangestellten beobachtet, der den Geldautomaten im Falle einer Veränderung außer Betrieb setzt.<sup>86</sup>

Neben diesen von den Kreditinstituten zu treffenden Vorkehrungsmaßnahmen können auch die Bankkunden selbst die meisten Skimming-Angriffe wirksam abwehren, indem sie die folgenden, von den Landeskriminalämtern Niedersachsen<sup>87</sup> und Nordrhein-Westfalen<sup>88</sup> empfohlenen Präventionstipps berücksichtigen:

- Die Nutzung von Geldautomaten, an denen etwas ungewöhnlich erscheint (sich also bei-

<sup>86</sup> Bachfeld c't 25/2007, 76, 80.

<sup>87</sup> Abrufbar unter: <http://www.lka.niedersachsen.de/praevention/infomaterial/skimming1.pdf>.

<sup>88</sup> Abrufbar unter: [http://www.polizei-nrw.de/lka/stepone/data/downloads/2e/01/00/broschuere-din-a4-skimming\\_webv3.pdf](http://www.polizei-nrw.de/lka/stepone/data/downloads/2e/01/00/broschuere-din-a4-skimming_webv3.pdf).

spielsweise Veränderungen des Karteneinzugschachts oder der Tastatur erkennen lassen), sollte unbedingt unterbleiben. Es ist jedoch davon abzuraten, an Tastatur oder hervorstehenden Elementen zu rütteln, da sich einer der Skimming-Täter möglicherweise noch in der Nähe befindet und seine Reaktion auf dieses Verhalten schwer vorherzusagen ist.

- Kein Geldinstitut verlangt für die Türöffnung im Eingangsbereich zu den Geschäftsräumen die Eingabe der PIN. Wird man vom Kartenlesegerät gleichwohl hierzu aufgefordert, so sollte man unbedingt das Geldinstitut oder die Polizei informieren. Ein vollständiger Einzug der EC-Karte am Türöffnungsmodul deutet auf Skimming hin.
- Falls vorhanden, sollte man stets unterschiedliche EC-Karten für die Türöffnung und den Geldautomaten benutzen. Trotz Manipulation des Türöffners ist es den Skimming-Tätern dann nicht möglich, die PIN für Geldabhebungen zu nutzen.
- Die Sicht auf die Tastatur des Geldautomaten sollte stets mit der freien Hand oder einem Gegenstand (bspw. einer Zeitung) verdeckt werden. Dies erschwert ein Ausspähen der PIN durch einen Täter oder eine verdeckt angebrachte Videokamera. Zugleich ist für einen angemessenen Sicherheitsabstand zum nächsten Kunden zu sorgen.
- Auch wenn man von dritten Personen dazu aufgefordert wird, so darf die PIN niemals mehrfach eingegeben werden.
- Neben der regelmäßigen Kontrolle der Kontobewegungen und dem sofortigen Melden etwaiger Unregelmäßigkeiten beim Geldinstitut sollten EC-Karte und PIN stets getrennt aufbewahrt und niemals dritten Personen überlassen werden.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Je nach Tatfortschritt und verwirklichtem Tatstadium ergibt sich eine unterschiedliche Strafbarkeit der Täter. Ist die Tat so weit fortgeschritten, dass bereits das Geld abgehoben und verteilt wurde, sind sämtliche in Betracht kommende Delikte verwirklicht und ihr Verhältnis zueinander ist letztlich auf Konkurrenzebene zu entscheiden.

Seit 01.01.2011 müssen alle europäischen EC- und Kreditkarten mit der sog. EMV-Chip-Technologie ausgestattet werden und sollen dadurch für mehr Sicherheit sor-

gen. EMV steht für "Europay International (heute MasterCard Europe), MasterCard und Visa" und ist ein internationaler technischer Standard zur Abwicklung von Chipkartenzahlungen.<sup>89</sup> Bei dem auf der Vorderseite von EC- und Kreditkarten integrierten EMV-Chip handelt es sich dabei nicht um ein reines Speichermedium. Der Chip besitzt vielmehr einen Mikroprozessor, der das Auslesen oder Verändern der auf dem Chip gespeicherten Kartendaten verhindern soll. So ist es nach Ansicht der Kreditinstitute mit den heute zur Verfügung stehenden technischen Mitteln nahezu unmöglich und wegen des hohen Aufwands wirtschaftlich unrentabel, die Daten auf dem EMV-Chip auszulesen oder zu kopieren.<sup>90</sup> Weil eine Umsetzung des EMV-Standards in diversen außereuropäischen Staaten – wie beispielsweise in den USA – nicht geplant ist, wird sich aber auch auf neu ausgegebenen Karten wieder ein Magnetstreifen befinden, um die internationale Einsatzfähigkeit dieser zu sichern. Die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Daten können zwar nach wie vor kopiert werden, an den neuen EMV-kompatiblen Geldautomaten – in Deutschland und Europa waren dies Mitte 2009 bereits 92 Prozent der Geräte<sup>91</sup> – werden jedoch nur die EMV-Chips ausgelesen. Ist also auf einer Karte kein Chip enthalten, so wird sie von dem Terminal als Fälschung entlarvt.<sup>92</sup> Ein Abheben mittels Kartendubletten ist innerhalb Europas somit nicht mehr möglich. Zu einem Versiegen der Skimming-Kriminalität wird dies jedoch nicht führen; vielmehr wird sich diese wohl lediglich ins außereuropäische Ausland, in dem mangels Einsatzes EMV-kompatibler Geldautomaten weiterhin Abhebungen mit Kartendubletten vorgenommen werden können, verlagern. Wünschenswert wäre also eine weltweite Einführung des EMV-Standards und die damit einhergehende Abschaffung der Magnetstreifen. Denkbar wäre aber auch eine „europäische Lösung“, wonach die Karten innerhalb Europas nur mehr mit EMV-Chips versehen werden, im außereuropäischen Raum dagegen eine zweite, mit Magnetstreifen ausgestattete Karte zum Einsatz kommt.

<sup>89</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/EMV\\_%28Kartenzahlungsverkehr%29](http://de.wikipedia.org/wiki/EMV_%28Kartenzahlungsverkehr%29).

<sup>90</sup> <http://www.hanseaticbank-magazin.de/aktuell/kreditkarten-sicherer-durch-emv-chip/>; <http://www.n-tv.de/ratgeber/immobilienkredite/Kreditkarten-werden-sicherer-article644179.html>.

<sup>91</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/EMV\\_%28Kartenzahlungsverkehr%29](http://de.wikipedia.org/wiki/EMV_%28Kartenzahlungsverkehr%29); Eine Gesamtumstellung auf das EMV-System sollte bis Ende 2010 erfolgen.

<sup>92</sup> <http://www.hanseaticbank-magazin.de/aktuell/kreditkarten-sicherer-durch-emv-chip/>.

# Die direkte Zuwendung eines Vorteils an Dritte als „Problemfall“ der Bestechungsdelikte, §§ 331 ff. StGB

Zugleich Besprechung von OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2010 – 2 (7) Ss 173/09-AK

Von Wiss. Mit. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu

## I. Hinführung

Die weitreichenden Modifikationen der §§ 331 ff. StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz<sup>1</sup> vom 13.08.1997 waren Auslöser einer Flut von Rechtsprechung und Abhandlungen, die insb. den neuen Begrifflichkeiten der Unrechtsvereinbarung und des Dritt Vorteils nähere Konturen verleihen sollte.<sup>2</sup> Die Rechtsfortbildung ist seitdem vom schwierigen Balanceakt gekennzeichnet, einerseits der mit den Reformen einhergehenden Tatbestandsausweitung<sup>3</sup> mittels restriktiver Interpretationsansätze zu begegnen, andererseits gerade dem Sinn und Zweck jener Extension<sup>4</sup> gerecht zu werden, nämlich einem wesentlich umfassenderen Schutz des komplexen

Rechtsguts der §§ 331 ff. StGB.<sup>5</sup> Unberührt blieben dagegen die Tathandlungen der §§ 331 ff. StGB, da der Gesetzgeber keinen Anlass dafür sah, von dem relativ eingängigen „Stufenprinzip“ (Fordern, Versprechen-Lassen, Annehmen) abzurücken. Schließlich ergibt sich in Kumulation mit dem „Spiegelbildlichkeitsprinzip“ (Anbieten, Versprechen, Gewähren auf Seiten des Vorteilsgebers) ein jedenfalls auf den ersten Blick gut nachvollziehbares Gepräge der Bestechungsdelikte.<sup>6</sup>

Aus dem Blickfeld geriet aber, dass § 331 StGB immer noch Begehungsweisen aufzählt, die auf den eigennützig agierenden Amtsträger zugeschnitten sind, obwohl sich der Gesetzgeber zwischenzeitlich dafür entschieden hat, nunmehr auch uneigennütziges Handeln dem Tatbestand des § 331 StGB unterfallen zu lassen.<sup>7</sup> Diese „Dissonanz“ zwischen gesetzgeberischer Neuausrichtung und Tathandlungen aus altem Recht kommt v.a. bei der Modalität des „Annehmens“ zum Vorschein, die als „Krönung“ eines korrumpierten Geschäfts die tatsächliche Übergabe des Vorteils umschreibt. Werden nämlich Dritte in das korrumpierte Geschäft (als Zuwendungsempfänger) mit einbezogen, ist es praktisch eher der Regelfall denn die Ausnahme, dass der Vorteil direkt in die „Tasche“ des Dritten fließt, also die Vorteilsabwicklung nicht erst über den Umweg des Dienstausübenden erfolgt. Dann stellt sich die bis dato weitgehend nur in der Literatur disku-

<sup>1</sup> BGBl. I S.2038.; zum Ganzen König JR 1997, 397; Korte NSTz 1997, 513 ff.

<sup>2</sup> Als „leading cases“ aus der Rechtsprechung seien genannt BGHSt 47, 306 (Drittmittel); 49, 275 (Parteispenden).

<sup>3</sup> Die mitunter auch zur einer Erfassung grundsätzlich sozialadäquater Verhaltensweisen führt, vgl. hierzu Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht (2011), Rn. 387 f.; Wittig Wirtschaftsstrafrecht (2010), § 27 Rn. 33; MK-StGB/Korte (2009), § 331 Rn. 130; Von Heintschel-Heinegg/Trüg (2010), § 331 Rn. 31.

<sup>4</sup> Die Extension wird jedenfalls durch gesetzliche „Befugnisnormen“ eingedämmt. Gerade das vorliegende Beispiel demonstriert die Weitläufigkeit des § 331 StGB: selbst ohne die Spende kann der Abschluss des Konzessionsvertrags selbst als Dienstausübung gewertet werden kann, für den die Gemeinde (als Anstellungskörperschaft nach h.M. zulässige „Dritte“) einen Vorteil erlangt, nämlich die Konzessionsabgabe. Die Gemeindeordnungen der Länder sehen den Abschluss solch eines Vertrags vor (meist ist er sogar explizit geregelt), während das EnWG den Ablauf und den Inhalt derartiger Vereinbarungen näher regelt; eine ähnliche Einschränkung erfährt die Tatbestandsmäßigkeit der Drittmittelakquise über die Normen des Hochschulrechts, vgl. BGHSt 47, 306, 310.

<sup>5</sup> Zum komplexen Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB BGHSt 15, 88, 96; 47, 295, 309; Fischer, 58. Aufl. 2010, Rn. 3; NK/Kuhlen, 3. Aufl. 2010, § 331 Rn. 9 ff.; Rengier BT II, 11. Aufl. 2009, § 60 Rn. 7.

<sup>6</sup> Vgl. Geppert Jura 1981, 42.

<sup>7</sup> Vgl. MK-StGB/Korte (Fn. 3) § 331 Rdn. 13, wonach die Einbeziehung der Dritt Vorteile nur den Vorteilsbegriff selbst betreffe und nichts an den Handlungsmodalitäten ändere.

tierte Frage<sup>8</sup>, ob der Amtsträger denn überhaupt einen Vorteil „angenommen“ hat und in welchen Konstellationen die übrigen Handlungsalternativen – insb. die des „Sich-Versprechen-Lassens“ – die hierbei entstehenden Lücken zu schließen vermögen. In unmittelbarem Zusammenhang zu diesen Fragen wird sich herausstellen, ob und inwiefern das vom Gesetzgeber suggerierte Bild vom Stufen- und Spiegelbildlichkeitsverhältnis das Verständnis von den Tathandlungen beeinflussen darf. Hierbei wird sich auch ergeben, wie weit die „Spiegelbildlichkeit“ der §§ 331 ff. StGB wirklich reicht, insb. ob die Vornahme einer zweiseitigen Handlung zugleich die Verwirklichung der „gegenüberliegenden“ Handlung durch den sog. „notwendigen Teilnehmer“ präjudiziert. Im Fall Kremendahl deutete sich bereits an, dass man hier geteilter Auffassung sein kann.<sup>9</sup> Vorliegend soll als Aufhänger aber ein etwas aktuellerer Beschluss des OLG Karlsruhe vom 27.04.2010 dienen, der sich zuletzt mit diesen Fragen zu befassen hatte:

Im konkreten Fall erhielt ein Bürgermeister nach Unterzeichnung eines bereits Monate zuvor (durch den Gemeinderat) beschlossenen Konzessionsvertrags ein Schreiben vom Vertragspartner, in dem er gebeten wurde, aus Anlass des Neuabschlusses einen Spendenempfänger zu benennen. Dabei behielt man sich stets eine Ablehnung des Vorschlags vor. Daraufhin benannte der Amtsträger einen örtlichen Fußballverein als Spendenempfänger, an den der Konzessionsvertragspartner dann einen Betrag in Höhe von 2898 DM ausbezahlte. Tatrichterlich wurde nicht festgestellt, ob der Bürgermeister von dieser Ausbezahlung zumindest im Nachhinein Kenntnis erlangt hat.

## II. Auslegung der (spiegelbildlichen) Tathandlungen bei Drittzuwendungen

Im pyramidenartig aufgebauten Stufensystem symbolisiert die Tatmodalität des Annehmens den „Höhepunkt“ des tatbestandlich vertypen Unrechts. Sie ist im Vergleich zum Fordern und Versprechen-Lassen die einzige Begehungsweise, der im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut nicht der rechtmethode „Vorwurf“ einer zum eigenständigen Tatbestand erhobenen Versuchshandlung gemacht werden kann. Während das Fordern als ausdrückliches, einseitiges Verlangen ebenso wie das Versprechen-Lassen (als ausdrückliche Annahme des Angebots einer künftigen Leistung<sup>10</sup>) typische Vorfeldhandlungen, also die Entstehung des korrumpierten Geschäfts erfassen, betrifft das Annehmen des Vorteils den „Vollzug“ der Unrechtsvereinbarung<sup>11</sup> (bzw. fällt mit

dieser zusammen) und lässt sich in gewissem Grade als Manifestation der Rechtsgut-„Verletzung“ bezeichnen.<sup>12</sup> Dem Verhalten des Amtsträgers steht ein ebenso stufenartiges Vorgehen des Vorteilsgebers gegenüber, der den Vorteil zunächst einseitig anbietet, dann verspricht und letztlich gewährt, §§ 333, 334 StGB. Gerade das vom Gesetzgeber so formulierte „Nacheinander“ der Handlungen legt es nahe, im Annehmen ein „Mehr“ gegenüber dem Fordern und dem Sichversprechenlassen zu sehen. Worin sich dieses „Plus“ oder jene Manifestation ausdrückt, wurde bisher fast einhellig beantwortet: Demnach sei das Annehmen der tatsächliche Empfang des geforderten bzw. angebotenen Vorteils, um ihn zu behalten oder an den Dritten weiterzugeben, für den er bestimmt ist.<sup>13</sup> Bei solch einem Verständnis vom Annehmen fällt die direkte Drittzuwendung stets aus dem Raster. Fraglich ist, ob nicht bereits die „Vorfeldhandlungen“ des § 331 StGB greifen, sodass eine weitergehende Auseinandersetzung mit dieser Modalität entbehrlich wäre.

### 1. „Sich-Versprechen-Lassen“ und „Versprechen“ bei unverbindlichen Angeboten

Im Regelfall ist der Umstand der direkten Zuwendung an den Dritten nicht derart prekär und man kann sich jegliche Diskussion sparen, da solch einer Abwicklung Gespräche i.S.e. „Sich-Versprechen-Lassens“ vorausgegangen sind. Versprechenlassen kann man sich nämlich auch einen Vorteil für Dritte. Die Modalität lässt sich als Abschluss eines (freilich nur „faktischen“) Vertrags verstehen und lässt somit auch Vereinbarungen zugunsten Dritter zu.<sup>14</sup> Gerade diese Nähe zum Rechtsgeschäft

Versprechen-Lassen das „aktive“ Einholen des Angebots und im „Annehmen“ ein zivilrechtsakzessorisches Verständnis zugrundelegend das „vertragliche“ Annehmen ohne tatsächliche Leistungsübergabe sehen würde. Dann käme es überhaupt nicht darauf an, ob die Spende dem Amtsträger zufließt, da seine Annahme jedenfalls in der faktischen Zustimmung zur Weiterleitung an den Dritten gesehen werden könnte. Diese Auslegung scheidet allerdings am Spiegelbild des § 331, wonach § 333 dem Annehmen relativ eindeutig eine faktische Handlung gegenüberstellt, nämlich das „Gewähren“.

<sup>12</sup> Soweit man bei abstrahierten Rechtsgütern überhaupt von einer Rechtsguts-„Verletzung“ sprechen kann, einfürend zum Rechtsgutsbegriff Rönnau JuS 2009, 209 ff.

<sup>13</sup> So bereits RGSt 58, 263, 266; BGHSt 14, 123, 127; OLG Karlsruhe NStZ 2001, 654; LK/Sowada § 331 (Fn. 8) Rn. 28; Wessels/Hettinger BT 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 1108; SSW-StGB/Rosenau (2009), § 331 Rn. 25.

<sup>14</sup> Streiten kann man darüber, ob in der Wendung „Sich Versprechen Lassen“ ebenfalls als Steigerung zum Fordern ein aktives Akquirieren des Angebots seitens des Amtsträgers zu verstehen ist (soz. als „invitatio ad offerendum“) oder umgekehrt die Geberseite das Angebot machen muss. Letztlich sollte es wohl nur darauf ankommen, dass nunmehr beide Teile an den Gesprächen beteiligt sind; unerheblich ist dagegen, wer den ersten Schritt gemacht hat; daher ist die häufige anzutreffende Definition „Sichversprechenlassen ist die Annahme eines Angebots zur Gewährung des Vorteils“, zumindest missverständlich. Im Übrigen ist die gewählte Passiv-Form auch nicht als echtes Unterlassungsdelikt zu verstehen, welches das einfache „Schwei-

<sup>8</sup> Ausführlicher nur etwa LK/Sowada, 12. Aufl. 2009, Rn. 29; MK-StGB/Korte (Fn. 3) § 331 Rn. 58; NK/Kuhlen (Fn. 5) § 331 Rn. 25.; Kargl JZ 2005, 503, 506.

<sup>9</sup> BGHSt 49, 275; zust. Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, Rn. 3.

<sup>10</sup> Es dürfte allerdings nicht von Bedeutung sein, wer den ersten Schritt zum Unrechtspakt macht, sondern vielmehr, ob die Angebote „verbindlich“ sind. Insofern könnte die Wendung „Angebot“ missverständlich sein, vgl. noch weiter unten.

<sup>11</sup> Wenn man § 331 StGB für sich betrachtet, könnte man in den Tatmodalitäten auch ausschließlich Vorfeldhandlungen sehen: Dies läge nicht derart fern, wenn man im Sich-

ermöglicht aber zugleich das „Angebot“ unverbindlich auszusprechen, wie im Ausgangsfall. Tatsächlich dürfte – Stichwort „Spiegelbildlichkeitsprüfung“ – von einem „Versprechen“ i.S.d. § 333 StGB nur dann die Rede sein, wenn der Bedingungseintritt ausschließlich vom Verhalten der Gegenseite abhängt<sup>15</sup> (Einhalten einer Frist o.Ä.<sup>16</sup>). Stellt das Angebot des Vorteilsgebers dagegen bei genauerer Betrachtung nur eine „invitatio“ zum Angebot des Amtsträgers dar, liegt also keine „Bedingung“ in diesem Sinne vor (sollen also „Vorschläge“ gemacht werden, die womöglich abgelehnt werden könnten, wie bspw. im Falle des OLG Karlsruhe), dann geht es wohl zu weit, ein Versprechen anzunehmen.<sup>17</sup> Ob der Gesetzgeber bzgl. der Tathandlungen des Sich-Versprechen-Lassens/Versprechens die Schutzbehauptung der „unverbindlichen“ Aussage im Auge hatte, sei dahingestellt. Denn solch eine wird sich nur dann als tückisch erweisen, wenn in Abweichung zum Normalfall keine Ausbezahlung erfolgt, die den konkludenten Abschluss der Unrechtsvereinbarung bedeutete (oder der Vertragspartner von dieser konkludenten Annahme keine Kenntnis erlangt).<sup>18</sup>

## 2. Spendenempfängeranweisung bzw. -vorschlag als „Fordern“?

Im beschriebenen Fall des OLG Karlsruhe drängte sich auf den ersten Blick die Modalität des Forderns gar nicht auf, sodass auch dem Beschluss diesbezügliche Ausführungen nicht zu entnehmen sind. Wo eine Interaktion zwischen zwei Personen bereits stattgefunden hat, scheint das Fordern als „erster Schritt“ denknotwendig ausgeschlossen. Zu den prägenden Merkmalen der Handlungsmodalität dürfte aber nicht allein die Erstinitiative, sondern auch die Einseitigkeit zählen. Warum sollte ein Fordern a priori ausgeschlossen sein, wenn bereits Gespräche stattgefunden haben, nur noch nicht eindeutig feststeht, wie die Unrechtsvereinbarung am Ende aussehen wird?<sup>19</sup> Denn auch im Rahmen unverbindlicher Ge-

gen“ auf ein Angebot für die Tatbestandsmäßigkeit ausreichend erachtete, vgl. *Fischer* (Fn. 5) Rn. 19.

<sup>15</sup> Beispielsweise die Mitwirkung eines anderen Amtsträgers, so bereits RGSt 57, 28.

<sup>16</sup> Zur besonderen Fallkonstellation der Genehmigung als Inhalt der Bedingung, vgl. LK/Sowada (Fn. 8) § 331 Rn. 30.

<sup>17</sup> Zur Notwendigkeit einer „Willensübereinstimmung“ RGSt 77, 75, 76; BGHSt 10, 237, 241.

<sup>18</sup> In Falle des OLG Karlsruhe wurde dagegen tatrichterlich nicht festgestellt, ob der Angeklagte von der Ausbezahlung wusste (i.Ü. verneint der Senat aus diesem Grund auch ein „Annehmen“); Der Senat hätte aber zumindest überlegen können, ob gerade das „Schweigen“ der Gegenseite auf die Benennung des Fußballvereins hin nicht schon als konkludentes Versprechen gedeutet werden konnte bzw. umgekehrt vom Erklärungsempfänger als Zustimmung gedeutet werden musste (dann wären die soeben genannten Lücken in der tatrichterlichen Feststellung unschädlich); insbesondere unter Berücksichtigung der bisherigen Gepflogenheiten der Gegenseite, was den Schriftverkehr anbelangt wäre ein wohl nur noch eine Ablehnung des Spendenempfängers ausdrücklich erklärt worden.

<sup>19</sup> MK-StGB/Korte (Fn. 3) § 331 Rdn. 55 legt dem Fordern das strenge Verständnis der h.M. zugrunde, merkt aber im Rahmen seiner Ausführungen zum Sich-Versprechen-

sprache kann der Amtsträger ausdrücklich oder konkludent zu erkennen geben, dass er einen Vorteil für seine Dienstausbübung begehrt.<sup>20</sup> Diese Auffassung deckt sich wohl auch mit der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, der die maßgeblichen bzw. typischen Stadien eines mitunter komplexen Prozesses (die Entstehung der Unrechtsvereinbarung) herausgestellt hat und damit jede Form der Kommunikation erfasst wissen wollte, welche die Vorteilserlangung für die Dienstausbübung betrifft.<sup>21</sup> Umgekehrt müsste man auch im Verhalten der Gegenseite ein „Anbieten“ sehen, wenn sie den Amtsträger dazu auffordert, einen Spendenempfänger zu benennen. Denn hier kann es nicht auf die „Verbindlichkeit“ des Angebots ankommen, spielt es ja nach h.M. für die Tatbestandsmäßigkeit ebenfalls keine Rolle, ob der Amtsträger das Angebot überhaupt annimmt, solange das Angebot zugeht und auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichtet ist.<sup>22</sup>

## 3. Streitpunkt „Annehmen“ bei unmittelbarer Zuwendung an den Dritten

Erwartet man mit Blick auf die Semantik des Begriffs „Fordern“ aber eine Erstinitiative des Amtsträgers und soll ein Sichversprechenlassen am „Bindungswillen“ der Gegenseite scheitern, muss man sich wieder auf die letzte Stufe begeben und der Frage nachgehen, ob die Tatmodalität des „Annehmens“ auch dann bejaht werden kann, wenn der Vorteilsgeber die Zuwendung direkt auf das Konto eines Dritten überweist. Unproblematisch wäre die Einbeziehung des Dritten, wenn der Vorteil „am Ende“ ohnehin beim Amtsträger landete, der Dritte somit nur als „Stroh- bzw. Mittelsmann“ das Geld annimmt, um es wie verabredet weiterzuleiten.<sup>23</sup> Denn in diesen Fällen empfängt der Amtsträger – wenn auch über Umwege – den Vorteil tatsächlich. Umstritten ist die hier vorliegende Variante, in welcher der Dritte unmittelbares Ziel der Zuwendung ist. Höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu ist nicht veröffentlicht.

Allenfalls als „spiegelbildliches“ Urteil kann der Fall *Kremendahl* bezeichnet werden, in dem der BGH die direkte Zuwendung an Dritte unter die Modalität des „Gewährens“ (als Gegenstück zur Annahme) subsumierte.<sup>24</sup> Demnach liegt ein tatbestandsmäßiges Gewähren auch dann vor, wenn sich ein Amtsträger einen Vorteil hat versprechen lassen, der unmittelbar einem Dritten zugewandt werden soll und der Vorteilsgeber die Zuwendung absprachegemäß an den Dritten leistet. Dies gelte auch dann, wenn diese Leistung ohne aktuelles Wissen des

Lassen an, dass das Fordern eines Vorteils auch dann in Betracht kommt, wenn die Gespräche gescheitert sind („DisSENS“).

<sup>20</sup> Zu dieser Definition des Forderns BGHSt 10, 241; *Fischer* (Fn. 5) Rn. 18.

<sup>21</sup> So würde auch die Konstellation, in der ein Amtsträger irrig von einem Angebot ausgeht, dass er – gerichtet auf eine Unrechtsvereinbarung – annimmt, dem Tatbestand unterfallen, vgl. *Fischer* (Fn. 5) Rn. 19.

<sup>22</sup> BGHSt 47, 22, 29; *Fischer* (Fn. 5) § 333 Rn. 4.

<sup>23</sup> H.M.: RGSt 42, 382, 384 f.; BGHSt 14, 123, 127 f.; MK-StGB/Korte (Fn. 3); LK/Sowada (Fn. 8) Rn. 29.

<sup>24</sup> BGHSt 49, 275; zust. *Lackner/Kühl* (Fn. 9) Rn. 3.

Amtsträgers vollzogen wird. Dann bedürfe es aber noch der nachträglichen Kenntnisnahme und Billigung durch den Amtsträger.<sup>25</sup> Selbst wenn man die Auffassung des Senats im Fall *Kremendahl* teilt, darf man sich nicht vom Spiegelbildlichkeitsprinzip blenden lassen und den Aussagegehalt dieser Rechtsprechung zu hoch ansetzen: die Handlung des Gewährens lässt schon aufgrund ihrer *aktiven* Formulierung solch ein weiter gehendes Verständnis zu.<sup>26</sup> In der Literatur ist bereits die weite Auslegung vom „Gewähren“ auf Ablehnung gestoßen.<sup>27</sup> Sie ist aber eher als (Stichwort „Spiegelbildlichkeit“) systematisch korrekte Konsequenz einer Rechtsauffassung anzusehen, wonach die Modalität des Annehmens bei der unmittelbaren Vorteilszuwendung an Dritte ausscheidet.

Die überwiegende Literatur definiert das Annehmen nämlich als tatsächliche Entgegennahme eines Vorteils und klammert die Fälle der unmittelbaren Drittzuwendung bei dieser Tatmodalität stets aus.<sup>28</sup> Im Hinblick auf entstehende „Lücken“ wird auf das Sichversprechenlassen verwiesen.<sup>29</sup> Das OLG Karlsruhe teilt die Zweifel in der Literatur. Soweit für diese Fälle die Modalität der Annahme überhaupt einschlägig sein kann, müsse zumindest tatrichterlich festgestellt worden sein, dass der Angeklagte wusste, dass das Geld an den Verein überwiesen worden ist. Damit wird auf vermittelnde Ansichten in der Literatur Bezug genommen, die ihrerseits teils mit historischen Erwägungen, teils mit dem Gegenschlussprinzip (insb. mit Blick auf den genannten Fall *Kremendahl*) arbeiten.

Bei einer gesetzgebungshistorischen Betrachtung des Problems muss man das (zumindest früher existente) Konstrukt des mittelbaren Eigenvorteils in seine Überlegungen aufnehmen.<sup>30</sup> Damit sollten die Lücken geschlossen werden, die nach alter Rechtslage beim (zumindest objektiv) uneigennütigen Täter entstanden. Werde dieses Konstrukt trotz Wegfall der Beweisschwierigkeiten weiterhin anerkannt, könne die Erlangung eines mittelbaren Vorteils nach wie vor als „Annehmen“ gedeutet werden. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass der

Begriff des mittelbaren Vorteils schon grundsätzlich ein problematisches Konstrukt bleibt und es bisher trotz umfangreicher Kasuistik nicht gelang, ihn „messbar“ zu machen bzw. näher zu konturieren.<sup>31</sup> Nicht umsonst stand man schon nach alter Rechtslage dem Begriff des mittelbaren Vorteils grundsätzlich kritisch gegenüber,<sup>32</sup> weswegen eine „Verbiegung“ des Annahmegriffs hiermit nicht legitimiert werden kann (unabhängig hiervon müsste man ohnehin prüfen, worin der mittelbare Vorteil für den Angeklagten zu sehen ist).<sup>33</sup>

Derartige Überlegungen erweisen somit als unergiebig, vielmehr sind die Tathandlungen unabhängig von Inhalt und Reichweite des Vorteilsbegriffs zu bestimmen. Systematisch existiert für den Begriff des Annehmens kein Vergleichsmaßstab, da keine anderen Vorschriften diese Tathandlung aufführen.<sup>34</sup> Zutreffend an der h.M. ist jedenfalls, dass sie eine „Steigerung“ in Form eines faktischen Einschlags voraussetzt (da das Fordern und Sichversprechenlassen im Vorfeld der Vorteils Erlangung stehen und eher „geschäftlichen“, denn tatsächlichen Charakter haben), es also irgendwie zum „Fluss“ des Vorteils kommt. Aber statt in einer tatsächlichen Übergabe könnte man dieses faktische Element auch im Gebrauch der realen Zugriffsmöglichkeit über den Vorteil sehen. Gemeint ist, dass bereits die „Verfügung“ bzw. die Anordnung des Angeklagten, man möge die Spende an den Verein ausbezahlen, als „Annehmen“ gedeutet werden kann. So ist es kaum nachvollziehbar, warum die angeordnete Zuwendung als „Verfügungshandlung“ durch den Vorteilsnehmer nicht dem Tatbestand unterfallen sollte, wenn bereits das einseitige Fordern des Vorteils für einen Dritten (also im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut die schwächere Begehungsform) dem Tatbestand unterfiele. Das Annehmen muss somit auch bejaht werden, wenn der Täter über den Vorteil – sei es auch über Dritte – faktisch verfügen kann und von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch macht.

Bezogen auf den Fall bleibt es allerdings beim gleichen Ergebnis, da der Täter – soweit man die tatrichterlich festgestellte „Unverbindlichkeit“ ernst nimmt – gerade nicht davon ausgehen durfte, dass er bereits Verfügungsmacht über den Vorteil hat. Dagegen wäre es nicht mehr auf seine Kenntnis im Hinblick auf die tatsächliche Überweisung angekommen, wenn das Angebot „verbindlich“ gewesen wäre.

### III. Fazit

Als Fazit bleibt zuzugeben, dass die Tathandlung des Annehmens nach wie vor diejenige Modalität bleibt, die

<sup>25</sup> So auch LK/Sowada (Fn. 8) § 333, Rn. 11.

<sup>26</sup> LK/Sowada (Fn. 8) Rn. 11 weist ebenfalls darauf hin, dass sich die Tathandlungen trotz des Spiegelbildlichkeitsprinzips nicht zwingend gegenüberstehen müssen. Dagegen könnte man anbringen, dass es gesetzgebungstechnisch keine „unmittelbarere“ Wendung gibt, die auf den Begriff des Vorteils passt. Begrifflichkeiten, die eine unmittelbare Übertragung der Verfügungsmacht beschreiben (Abgeben, Überlassen) beziehen sich auf bewegliche Sachen und würden also insb. mit dem Dogma „immaterieller Vorteile“ in Widerspruch geraten. Dementsprechend müsste man davon ausgehen, dass das Gewähren tatsächlich das direkte Gegenstück zum Annehmen darstellt. Legt man also den Begriff des Gewährens weit aus, so ist es nur konsequent den Begriff des Annehmens (genauso) weit auszulegen, vgl. Fischer § 331 (Fn. 5) Rn. 4, 6.

<sup>27</sup> MK-StGB/Korte (Fn. 3) § 331 Rn. 13; NK-StGB/Kuhlen (Fn. 5) § 331 Rn. 6.

<sup>28</sup> MK-StGB/Korte (Fn. 3) § 331 Rn. 58; Sch/Sch/Heine, 28. Aufl. 2010, Rn. 24; SSW-StGB/Rosenau (Fn. 13) § 331 Rn. 25; Anwaltskommentar StGB/Sommer, Leopold/Tsambikakis/Zöllner (2011), § 331 Rn. 61.

<sup>29</sup> Dass dies in einem Einzelfall wie diesem zumindest problematisch werden kann, wurde bereits aufgezeigt.

<sup>30</sup> So LK/Sowada (Fn. 8) § 331, Rn. 29.

<sup>31</sup> Wobei die Weitläufigkeit dieses Konstrukts durch die Einbeziehung immaterieller Vorteile potenziert wurde.

<sup>32</sup> Hält man ihn also wegen der neueren Rechtslage nicht nur für „obsolet“, wie die wohl h.M., vgl. nur Rengier (Fn. 5) § 60 Rn. 12; MK-StGB/Korte (Fn. 3) § 331 Rn. 77.

<sup>33</sup> Soweit man solch eine Verbiegung überhaupt nach alter Rechtslage vorgenommen hat; Schließlich sind Fälle, in denen der Vorteilsnehmer den immateriellen oder mittelbaren Vorteil annimmt, ohne ihn bereits versprochen bekommen zu haben extrem selten.

<sup>34</sup> § 30 StGB spricht noch von „Annahme des Erbietens“.

in den Fällen der Drittzuwendung am fernsten liegt. Die Ausführungen haben aber gezeigt, dass das vom Gesetzgeber suggerierte Bild vom Stufenverhältnis die Auslegung der Tathandlungen „manipulieren“ kann. So sprechen ebenso viele Gründe dafür, das Verhalten des Bürgermeisters bereits als „Fordern“ zu deuten, obwohl die Initiative nicht von ihm ausging. Auch der „spiegelbildlichen“ Auslegung sind Grenzen gesetzt, da die grammatikalische Auslegung trotz der Bemühungen des Gesetzgebers, kongruente Begriffspaare zu verwenden, differenzierte Betrachtungen zwischen Fordern/Anbieten einerseits, aber insb. Annehmen/Gewähren andererseits zu-

lässt. Dennoch kann es gelingen eine Harmonisierung der Annahmemodalität mit dem Drittverteil zu erreichen, ohne auf das faktische Moment der Annahme zu verzichten. Dies gilt, soweit man wie hier vorgeschlagen, das tatsächliche Gebrauchmachen von der Verfügungsmöglichkeit für ausreichend erachtet. Diese These würde sich aber in einer konkurrenzrechtlichen (bzw. strafzumessungstechnischen) Bedeutung erschöpfen, da die Vorstellung des Täters von einer faktischen Verfügungsmöglichkeit das Sichversprechenlassen bzw. eine abgeschlossene Unrechtsvereinbarung als Vorhandlung be- dingt.

Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

# Schrifttum

**Heiko Ahlbrecht, Klaus-Michael Böhm, Robert Esser, Heiner Hugger, Stefan Kirsch, Michael Rosenthal: Internationales Strafrecht in der Praxis; C.F.Müller, 565 Seiten, 69 €, Heidelberg 2008.**

Die Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ ist nicht erst seit kurzem ein hilfreicher Begleiter der strafrechtlichen Anwaltspraxis. Ihre Herausgeber verstehen es offensichtlich, auch auf neue Entwicklungen mit geeigneten neuen Bänden zu reagieren. Das gilt besonders für den vorzustellenden Band „Internationales Strafrecht in der Praxis“. Betroffen ist damit ein Themenfeld, das zwar nicht immer komplett neu ist – man denke nur an das seit langem problematische Auslieferungsrecht. In jedem Fall sind die im Internationalen Strafrecht behandelten Rechtsfragen aber zunehmend bedeutsam, zahlreicher und durch die Europäisierung und Internationalisierung oftmals gänzlich neuer Natur. Dies alles stellt die Strafverteidigung vor enorme Herausforderungen. Darauf antwortet der Verlag mit einem Band, den schon die Autorenauswahl kennzeichnet: Die durchaus sehr verschiedenen Säulen des Internationalen Strafrechts wurden ausnahmslos führenden Experten anvertraut. So ist – was keine Selbstverständlichkeit darstellt – ein Mehrautorenwerk ent-

standen, in dem jeder Autor sein Thema seit langem in Praxis und Wissenschaft verdienstvoll betreut. Zum Beispiel wurde die wegweisende Entscheidung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl hauptsächlich von einem Autor des Werks erstritten (Rosenthal).

Was verbirgt sich nun hinter dem weiten Begriff des Internationalen Strafrechts? Die Autoren führen uns – der Praxis angemessen – primär über das Verfahrensrecht an die einzelnen Themenblöcke heran. Die mitwirkenden Akteure und ihre rechtlichen Handlungsgrundlagen werden erläutert. Zum Teil wird dabei auch (eher) materielles internationales Recht erläutert.

Dieser Ansatz führt dazu, dass zunächst das Verfahren vor dem EGMR (1-98) von Robert Esser erschöpfend und äußerst instruktiv dargestellt wird. Ebenso instruktiv aber etwas komprimierter führt Esser in die Verfahren vor dem IGH (99-113), vor dem Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen (114-133), vor dem Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter (133-141) sowie dem Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (141-149) ein. Diese Gewichtung entspricht – auch durch die Einbeziehung einer etwaigen Wiederaufnahme gemäß § 359 Nr. 6 StPO – ersichtlich der wesentlich größeren

Bedeutung, welche die EMRK für die deutschen Strafverteidiger mittlerweile erlangt hat und mit dem Urteil des BVerfG zur Sicherungsverwahrung weiter erlangt wird (vgl. BVerfG HRRS 2011 Nr. 488). Die Reihe der Vorstellung der im Internationalen Strafrecht wesentlichen Spruchkörper beschließt *Heiner Hugger* mit einem konzentrierten Kapitel zum Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (S. 150-164).

Sodann wird dem Leser das oftmals unübersichtliche und für den Verteidiger sehr fordernde Rechtshilferecht auf über 200 Seiten aus der Perspektive führender Praktiker von *Heiko Ahlbrecht*, *Klaus-Michael Böhm* und *Michael Rosenthal* meisterhaft näher gebracht (S. 165-389). Hier ist besonders gelungen, dass die Autoren das selten näher bekannte Rechtshilferecht zunächst in einem Überblick vorstellen (S. 165-182). Auf dieser soliden Basis findet dann vor allem das klassische Auslieferungsrecht (S. 183-243) eine eingehende Erläuterung, das traditionell die Strukturen der Rechtshilfe prägt und zuallererst kein Mekka der europäischen Integration, sondern besonders intensive Eingriffe in Freiheitsrechte bedeutet. Völlig zu Recht wird erst im Anschluss an das „alte Recht“ die von der EU erträumte aber leider nur partiell geschaffene, schöne neue Welt der einfachen Übergabe Inhaftierter im Wege des Europäischen Haftbefehls behandelt (S. 244-335). Dieses neuere Recht ist ohne Kenntnisse zur Praxis und zu den Prinzipien der klassischen Rechtshilfe gar nicht verständlich. Auch das neue Recht des Europäischen Haftbefehls wurde und wird von der scheinbar nur politisch begründeten Komplexität „alter Rechtshilfverfahren“ immer wieder eingeholt (siehe in der Vergangenheit das Verfahren vor dem BVerfG zum EU-Haftbefehl und etwa jüngst das Vorabentscheidungsverfahren in der Sache Gaetano Mantello, EuGH, vorgesehen für HRRS 2011 Nr. 800). Die Autoren bilden dies mit ihrer klug informierenden und auch kritisierenden Darstellungslinie bestens ab. Ihre kritische Linie ist dabei nur zu begrüßen, denn die EU kommt hinsichtlich der Achtung der europäischen Menschenrechte oft nicht über feigenblattartige und kaum einmal hinreichend durch Regelungen ausdifferenzierte Bekenntnisse hinaus (vgl. nur Art. 1 III RbEUHb).

Für die Verteidiger als Hauptzielgruppe des Buches ist besonders auf das Teilkapitel über die Verteidigung in Auslieferungssachen von *Ahlbrecht/Rosenthal* hinzuweisen, das in der vorhandenen Literatur infolge seiner vielen strategischen Hilfestellungen seines Gleichen suchen dürfte (S. 336-353). Zum Rechtshilfeteil gehören selbstverständlich auch Abhandlungen über die Vollstreckungs- und Verfolgungshilfe (S. 354-366) und den sonstigen Rechtshilfeverkehr (S. 367-385). Beide Abhandlungen dürften infolge der jüngeren Entwicklungen auf der EU-Ebene vor einem weiteren Ausbau stehen. So wurde etwa nach Erscheinen des Buchs das sehr umstrittene „Europäische Geldsanktionengesetz“ verabschiedet (dazu einerseits abl. *Schünemann/Roger* ZIS 2010, 515 ff.; *Schünemann* ZIS 2010, 735 ff.; andererseits aber positiver *Böse* ZIS 2010, 607 ff.).

Die bisherigen Exekutivorgane und Institutionen auf der EU-Ebene erläutert *Ahlbrecht* in einem weiteren Teil (S. 390-406). Damit macht er insbesondere OLAF, das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung, von einer für viele

wahrscheinlich noch unbewohnten *terra incognita* zu einer bekannten, fassbaren Größe.

*Hugger* behandelt die Strafverfolgung bei Tätigkeiten und Beschuldigten in mehreren Ländern, insbesondere bei Ermittlungen gegen multinational tätige Unternehmen (S. 407-422). Dieser Part enthält vor allem Erläuterungen zum sehr bedeutsamen, im Handbuch mehrfach vertretenen, transnationalen *ne bis in idem* und zur Haft bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Er wirkt allerdings zum Beispiel bei den Ausführungen zu Sanktionen gegen Unternehmen doch zu knapp. Dieser Teil des Handbuchs fällt damit ein wenig gegenüber den anderen, besonders gehaltvollen und detailreichen Teilen ab.

Zum Schluss hält das Internationale Strafrecht noch einen weiteren „Leckerbissen“ bereit. *Stefan Kirsch* führt mit spürbarer Freude am Thema in die Tätigkeit vor internationalen Strafgerichtshöfen einschließlich des Internationalen Gerichtshofs ein (S. 423-558). Hier wird nun nicht „nur“ das Verfahren mit einzelnen materiellrechtlichen Einspeisungen erläutert. *Kirsch* behandelt – mit der praktisch begründeten Ausnahme der Aggression – auch eine ganze Reihe von Spezifika der Völkerrechtsverbrechen. Damit wird zugleich deutlich, in welchen Zusammenhängen die Internationalen Gerichtshöfe tätig werden. Angemessene Schwerpunkte setzt *Kirsch* hierbei beim Jugoslawien-Tribunal und bei der immer bedeutsameren Tätigkeit des IStGH (Gaddafi!).

Mit diesen Inhalten wird zu einem angemessenen Preis viel geboten. Auch die oft gewünschten Übersichten und die stets hilfreiche Übersichtlichkeit zeichnen das Buch positiv aus. Die behauptete Ausrichtung des Handbuchs auf die tägliche Praxis insbesondere der Strafverteidiger wird voll und ganz umgesetzt, ohne von einem hohen wissenschaftlichen Niveau abzuweichen. Vor allem in Verfahrensfragen wird der Leser in Form von detaillierten Hilfestellungen an die Hand genommen. Fragen mag man sich nur, ob nicht auch die zunehmenden (eher) materiellrechtlichen Fragestellungen der Europäisierung und Internationalisierung des Strafrechts (z.B. Anwendung der §§ 3 ff. StGB, Auslegung europäischer und internationaler Vorgaben [zB Grundfreiheiten, Rahmenbeschlüsse, Richtlinien], Einwirkungen auf das materielle Strafrecht, etwa über die unionsrechtskonforme Auslegung) und die Inhalte der Europäischen Grundrechte (EU-GRCh, EMRK) nicht ebenfalls eine gesamthafte Darstellung in der Reihe Praxis der Strafverteidigung lohnen könnten. Dem vorliegenden Band jedenfalls ist zu wünschen, dass er zahlreiche Neuauflagen erlebt. So könnten die Autoren auch die absehbar zahlreichen und vergleichsweise schnelllebigen Entwicklungen innerhalb des Unionsrechts in der Qualität dieses empfehlenswerten Bandes erläutern. Das Referenzwerk für die Strafverteidigung, das dem Verlag C.F.Müller mit dem „Internationalen Strafrecht in der Praxis“ gelungen ist, würde dadurch auch in den kommenden Jahrzehnten eine erste Adresse für die Vorbereitung auf die Verteidigung vor internationalen Gerichtshöfen und in transnationalen Strafverfahren darstellen.

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

# 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.

**578. BGH 3 StR 15/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Duisburg)**

Skimming (Versuch; unmittelbares Ansetzen); Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; Aufklärungshilfe (Überzeugung des Gerichts von der Richtigkeit der Angaben).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 152b StGB; § 46b StGB

**579. BGH 3 StR 33/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Mönchengladbach)**

Unterbrechung der Verjährung (Untersuchungshandlung gegenüber Mitbeschuldigten; Durchsuchung); Betrug in einem besonders schweren Fall (Vollendung; Regelbeispiel).

§ 78c StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 StGB; § 102 StPO; § 103 StPO; § 22 StGB; § 23 StGB

**580. BGH 3 StR 36/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Oldenburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge; kein Anspruch auf Revisionshauptverhandlung.

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**581. BGH 3 StR 46/11 – Urteil vom 21. April 2011 (LG Bückeburg)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (beschränkte Rechtsmittelberechtigung; Revisionsrechtfertigung; unausgeführte Sachrüge); Freispruch (Urteilsgründe); Überzeugungsbildung (überspannte Anforderungen; „nicht zwingende“ Indizien).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

**582. BGH 3 StR 50/11 – Urteil vom 21. April 2011 (LG Düsseldorf)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Strafzumessung; Kompensation; Vollstreckungslösung; Verbot der Doppelbegünstigung).

§ 46 StGB; § 51 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**583. BGH 3 StR 51/11 – Beschluss vom 9. März 2011 (LG Oldenburg)**

Falschgeld; Inverkehrbringen; Geldfälschung; Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenzen; Urteilsformel (Qualifikation).

§ 146 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**584. BGH 3 StR 53/11 – Beschluss vom 19. Mai 2011**

Korrektur eines offensichtlichen Schreibversehens.

§ 349 Abs. 2 StPO

**585. BGH 3 StR 9/11 – Beschluss vom 29. März 2011 (LG Hannover)**

Inbegriffsrüge; schriftlich vorbereitete mündliche Erklärung des Angeklagten.

§ 261 StPO; § 249 StPO

**586. BGH 3 StR 53/11 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Kleve)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Teilnahme; Kurier; Hilfsdienste).

§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**587. BGH 3 StR 54/11 – Urteil vom 21. April 2011 (LG Mönchengladbach)**

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.

§ 349 Abs. 2 StPO

**588. BGH 3 StR 57/11 – Urteil vom 5. Mai 2011 (LG Duisburg)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (Schreckschusswaffe, bei der der Explosionsdruck nach vorn austritt; Urteilsformel).

§ 250 Abs. 2 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

**589. BGH 3 StR 61/11 – Beschluss vom 7. April 2011 (LG Krefeld)**

Unterbrechung der Hauptverhandlung; Schiebetermin, Kurztermin; Förderung des Verfahrens; Beruhen.

§ 229 StPO; § 337 StPO

**590. BGH 3 StR 70/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Düsseldorf)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges); besonders schwere räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht; Vermögensnachteil); Beihilfe.

§ 64 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 27 StGB

**591. BGH 3 StR 72/11 – Beschluss vom 29. März 2011 (LG Krefeld)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang); Bemessung der Jugendstrafe.  
§ 64 StGB; § 18 JGG

**592. BGH 3 StR 72/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Krefeld)**

Unzulässige Rücknahme der Revision (vorherige Entscheidung des Revisionsgerichts).  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO; § 302 StPO

**593. BGH 3 StR 76/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Mönchengladbach)**

Unbegründete Revision; Wertersatzverfall.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 73a StGB

**594. BGH 3 StR 101/11 – Beschluss vom 12. Mai 2011 (LG Mönchengladbach)**

Anrechnung in Italien erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).  
§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

**595. BGH 3 StR 102/11 – Beschluss vom 5. April 2011 (LG Hannover)**

Unzulässige Revision des Angeklagten (Nichtanordnung einer Maßregel; Beschwer).  
§ 349 Abs. 1 StPO; § 64 StGB

**596. BGH 3 StR 104/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Stade)**

Teilweise Beschränkung der Strafverfolgung.  
§ 154a StPO

**597. BGH 3 StR 107/11 – Beschluss vom 12. Mai 2011 (LG Hannover)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**598. BGH 3 StR 80/11 – Beschluss vom 19. April 2011 (LG Duisburg)**

Schwerer Bandendiebstahl; Doppelverwertungsverbot.  
§ 243 StGB; § 344a StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**599. BGH 3 StR 82/11 – Beschluss vom 12. Mai 2011 (LG Duisburg)**

Schwerer Bandendiebstahl; Doppelverwertungsverbot; Beruhen; angemessene Rechtsfolge.  
§ 243 StGB; § 244a StGB; § 337 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

**600. EGMR Nr. 10249/03 (Große Kammer) – Urteil vom 17. September 2009 (Scoppola v. Italien Nr. 2)**

Rückwirkende Strafschärfung und Anerkennung des Meistbegünstigungsprinzips als europäisches Menschenrecht (Gesetzlichkeitsprinzip; Abgrenzung von einer Vollstreckungsregelung); Verletzung des Rechts auf ein faires Strafverfahren durch den rückwirkenden Entzug eines im Wege einer Verständigung erlangten Vorteils (Verzicht; plea bargaining).  
Art. 7 EMRK; Art. 6 EMRK; § 2 Abs. 3, Abs. 4 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GRCh; § 257c StPO

**601. BGH 3 StR 84/11 – Beschluss vom 29. März 2011 (LG Duisburg)**

Unbegründete Revision; Anrechnung in Belgien erlittener Auslieferungshaft (Maßstab 1:1).  
§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

**602. BGH 3 StR 90/11 – Beschluss vom 29. März 2011 (LG Düsseldorf)**

Verlesung polizeilicher Berichte; Aufklärungshilfe.  
§ 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO; § 31 BtMG

**603. BGH 3 StR 108/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Oldenburg)**

Schuldfähigkeit (Intelligenzminderung; Lernbehinderung).  
§ 20 StGB; § 21 StGB

**604. BGH 3 StR 110/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Oldenburg)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (einbezogene Strafen; Vollstreckungsstand); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erheblich verminderte Schuldfähigkeit).  
§ 63 StGB; § 55 StGB; § 21 StGB

**605. BGH 3 StR 111/11 – Beschluss vom 19. April 2011 (LG Hannover)**

Beweiswürdigung (tragfähige Grundlage; lückenhafte); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (besonders sorgfältige Prüfung der Gefährlichkeit); Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit.  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**606. BGH 3 StR 114/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Bückeburg)**

Strafzumessung (Umstände, die nicht geeignet sind, die Tatschuld zu kennzeichnen); angemessene Rechtsfolge.  
§ 46 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**607. BGH 3 StR 123/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Osnabrück)**

Aufklärungshilfe; Meistbegünstigungsprinzip; milderes Recht.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 31 BtMG; Art. 316d EGStGB

**608. BGH 3 StR 125/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Aurich)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**609. BGH 3 StR 130/11 – Beschluss vom 5. Mai 2011 (LG Düsseldorf)**

Teilweise Beschränkung der Strafverfolgung.  
§ 154a StPO

**610. BGH 3 StR 133/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Beschlussverfahren).  
§ 55 StGB; § 460 StPO; § 462 StPO

**611. BGH 3 StR 230/10 – Beschluss vom 19. April 2011 (LG Berlin)**

Kriminelle Vereinigung (Klammerwirkung; uneigentliches Organisationsdelikt); Deliktsserie; Mittäterschaft; Teilnahme; allgemeine Kriterien; Tateinheit; Tatmehrheit; Einziehung (Sachgesamtheit; Sammlung).

§ 129 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 74 StGB

**612. BGH 3 StR 400/10 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Düsseldorf)**

Aufzeichnungsfalle; Recht auf ein faires Verfahren (Belehrungspflicht; Täuschungsverbot; Vernehmungsbegriff: funktionale Vernehmung; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur); Recht auf Achtung der Privatsphäre; örtliche Zuständigkeit (Erfolgsdelikt; Tätigkeitsdelikt; Mittäterschaft); gesetzlicher Richter (Besetzungsrüge; Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen).

§ 100f StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO; § 136a StPO; Art. 101 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 7 Abs. 1 StGB; § 9 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 StPO; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

**613. BGH 3 StR 460/10 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Düsseldorf)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tätigkeitsdelikt); örtliche Zuständigkeit (Handlungsort; Erfolgsort).

§ 7 StGB; § 9 StGB; § 29a BtMG

**614. BGH 3 StR 476/10 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Oldenburg)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Rücktritt vom Versuch; Freiwilligkeit; Gewaltanwendung); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Aufklärungspflicht; altersbedingter Abbau).

§ 176a StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

**615. BGH 3 StR 489/10 – Beschluss vom 29. März 2011 (LG Krefeld)**

Verwerfung der Revision als unzulässig (fehlender Zustellungsnachweis; Rechtskraft).

§ 346 Abs. 1 StPO

**616. BGH 3 StR 496/10 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Duisburg)**

Unzulässige Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

**617. BGH 3 StR 496/10 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Duisburg)**

Aufklärungshilfe (Erörterungsmangel).

§ 31 BtMG; § 267 Abs. 3 StPO; § 261 StPO

**618. BGH 5 StR 4/11 – Urteil vom 17. März 2011 (LG Berlin)**

Minder schwerer Fall des Totschlags, gefährliche Körperverletzung; Milderung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 213 StGB; § 224 StGB; § 50 StGB; § 49 StGB; § 21 StGB

**619. BGH 5 StR 12/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Bremen)**

Beihilfe (Strafzumessung; Gewicht der Haupttat, Gewicht der Beihilfehandlung; vertypter Milderungsgrund; minder schwerer Fall); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 30 BtMG

**620. BGH 5 StR 56/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (OLG Hamburg)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Vorlageverfahren; Anfrageverfahren; Ruhen des Verfahrens.

§ 66 StGB; § 132 GVG; § 121 GVG

**621. BGH 5 StR 65/11 – Beschluss vom 4. Mai 2011 (LG Kiel)**

Mord; Heimtücke (Arglosigkeit; Wehrlosigkeit; Ausnutzungsbewusstsein; Beweiswürdigung); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 21 StGB

**622. BGH 5 StR 66/11 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Zwickau)**

Mord; Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit; unaufklärbares Kampfgeschehen; Zweifelssatz).

§ 211 StGB; § 261 StPO

**623. BGH 5 StR 86/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Zwickau)**

Ablehnung eines Beweisantrages; Beweiswürdigung (als wahr unterstellte Tatsache; als erwiesen betrachtete Tatsache); Urteilsgründe.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**624. BGH 5 StR 89/11 – Beschluss vom 11. April 2011 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung; tatsächliche Ausübung des tatrichterlichen Ermessens); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 64 StGB; § 21 StGB

**625. BGH 5 StR 92/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (OLG München)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Anfrageverfahren; Vorlageverfahren.

§ 66 StGB; § 121 GVG; § 132 GVG; § 67d Abs. 3 StGB

**626. BGH 5 StR 97/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (OLG Nürnberg)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Anfrageverfahren; Vorlageverfahren.

§ 66 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 121 GVG; § 132 GVG

**627. BGH 5 StR 100/11 – Beschluss vom 11. April 2011 (LG Lübeck)**

Härteausgleich für infolge der Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe entgangene nachträgliche Gesamtstrafbildung; Anfrageverfahren.

§ 55 StGB; § 132 GVG

**628. BGH 5 StR 101/11 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Hamburg)**

Gesamtstrafenbildung; eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts; Beschleunigungsgebot.

§ 54 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK

**629. BGH 5 StR 108/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Berlin)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge).

§ 29a BtMG

**630. BGH 5 StR 118/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Zwickau)**

Aufklärungshilfe (tatsächliche Ausübung des tatrichterlichen Ermessens).

§ 46b StGB

**631. BGH 5 StR 119/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Göttingen)**

Unbegründete Revision; Konfrontationsrecht.

§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

**632. BGH 5 StR 123/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Hamburg)**

Aussetzung einer Maßregel zur Bewährung (Rückkehrwunsch ins EU-Ausland; erschwerte Bewährungsüberwachung; Therapieweisung; Rahmenbeschluss 2008/947/JI).

§ 67d StGB; § 68b StGB; Rahmenbeschluss 2008/947/JI

**633. BGH 5 StR 124/11 – Beschluss vom 4. Mai 2011 (LG Hamburg)**

Beweiswürdigung (Aussagekonstanz); Rügeberechtigung bei Ablehnung eines Beweisantrages eines Mitangeklagten; Aufklärungsrüge.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 244 StPO

**634. BGH 5 StR 126/11 – Beschluss vom 4. Mai 2011 (LG Leipzig)**

Beweiswürdigung (sexuellen Nötigung; besondere Anforderungen; „Aussage gegen Aussage“; sichere Falschbezeichnung bei einem Teilgeschehen).

§ 177 StGB; § 261 StPO

**635. BGH 5 StR 135/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**636. BGH 5 StR 141/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Bremen)**

Auslagenentscheidung zugunsten des Nebenklägers (später Anschluss).

§ 472 Abs. 1 StPO

**637. BGH 5 StR 394/10 / 5 StR 440/10 / 5 StR 474/10 – Beschluss vom 23. Mai 2011 (OLG Stuttgart, OLG Celle, OLG Koblenz)**

BGHSt; Sicherungsverwahrung (Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus); Vorlegungsverfahren; psychische Störung; Rückwirkungsverbot; Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; psychische Störung; Aussetzung zur Bewährung.

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 121 GVG; § 67d Abs. 2 StGB

**638. BGH 5 StR 406/09 – Beschluss vom 13. April 2011 (Kostenbeamtin beim BGH)**

Erinnerung gegen den Kostenansatz; Resozialisierung (Beitreibungsverfahren).

§ 66 Abs. 1 GKG; § 19 Abs. 2 Satz 4 GKG; § 3 Abs. 2 GKG

**639. BGH 5 StR 394/10 / 5 StR 440/10 / 5 StR 474/10 – Beschluss vom 23. Mai 2011 (OLG Stuttgart, OLG Celle, OLG Koblenz)**

Sicherungsverwahrung (Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus); Vorlegungsverfahren; psychische Störung; Rückwirkungsverbot; Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; psychische Störung; Aussetzung zur Bewährung.

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 121 GVG; § 67d Abs. 2 StGB

1. In Fällen, in denen die erstmalige Unterbringung eines Verurteilten in der Sicherungsverwahrung wegen Taten angeordnet wurde, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I 160) begangen worden waren, darf die Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus auf der Grundlage der bis zu einer Neuregelung, längstens bis 31. Mai 2013 weiter anwendbaren Vorschrift des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB i.V.m. § 2 Abs. 6 StGB nur noch angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (ThUG) leidet; andernfalls ist die Maßregel – spätestens mit Wirkung zum 31. Dezember 2011 – für erledigt zu erklären (BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09 u.a.). (BGHSt)

2. Eine sofortige Entlassung von rückwirkend über zehn Jahre hinaus Untergebrachten ist nicht etwa wegen eines aus § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 5 und 7 MRK herzuleitenden gesetzlichen Ausschlusses der Rückwirkung geboten. Es bedarf vielmehr in jedem Fall neuer vollstreckungsgerichtlicher Überprüfung anhand des durch das Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Gefährlichkeitsmaßstabs, der mit dem durch den Senat entwickelten im Einklang steht; hinzu kommt das Erfordernis einer psychischen Störung, das sich an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK orientiert. (Bearbeiter)

3. Eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB ist nur bei Erfüllung der einschränkenden Vorgaben für die Maßregelfortdauer möglich, in diesem Falle allerdings aus den im Anfragebeschluss des Senats (HRRS 2010 Nr. 1043) angeführten Gründen unter den dort genannten Voraussetzungen auch nicht schlechthin ausgeschlossen. (Bearbeiter)

**640. BGH 5 StR 463/10 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Berlin)**

Vorsätzlicher unerlaubter Großhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln; Arzneimittelbegriff (zur

Anwendung am Menschen zu Heilzwecken bestimmt); Apotheker.

§ 2 Abs. 1 AMG; § 95 Abs. 1 Nr. 5 AMG; § 47 Abs. 1 AMG; § 29 Abs. 1 Nr. 2 GÜG aF; § 19 Abs. 1 Nr. 2 GÜG; § 47 AMG; § 96 AMG

**641. BGH 5 StR 467/10 – Urteil vom 12. April 2011 (LG Berlin)**

Vorabentscheidung über die Zulässigkeit der Revision; unbegründete Revision; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Bewertung eines Sachverständigengutachtens; Beweiswürdigung).

§ 349 StPO; § 63 StGB; § 261 StPO

**642. BGH 5 StR 394/10 / 5 StR 440/10 / 5 StR 474/10 – Beschluss vom 23. Mai 2011 (OLG Stuttgart, OLG Celle, OLG Koblenz)**

Sicherungsverwahrung (Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus); Vorlegungsverfahren; psychische Störung; Rückwirkungsverbot; Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; psychische Störung; Aussetzung zur Bewährung.

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 121 GVG; § 67d Abs. 2 StGB

1. In Fällen, in denen die erstmalige Unterbringung eines Verurteilten in der Sicherungsverwahrung wegen Taten angeordnet wurde, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I 160) begangen worden waren, darf die Fortdauer der Maßregelvollstreckung über zehn Jahre hinaus auf der Grundlage der bis zu einer Neuregelung, längstens bis 31. Mai 2013 weiter anwendbaren Vorschrift des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB i.V.m. § 2 Abs. 6 StGB nur noch angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (ThUG) leidet; andernfalls ist die Maßregel – spätestens mit Wirkung zum 31. Dezember 2011 – für erledigt zu erklären (BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09 u.a.) (BGHSt)

2. Eine sofortige Entlassung von rückwirkend über zehn Jahre hinaus Untergebrachten ist nicht etwa wegen eines aus § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 5 und 7 MRK herzuleitenden gesetzlichen Ausschlusses der Rückwirkung geboten. Es bedarf vielmehr in jedem Fall neuer vollstreckungsgerichtlicher Überprüfung anhand des durch das Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Gefährlichkeitsmaßstabs, der mit dem durch den Senat entwickelten im Einklang steht; hinzu kommt das Erfordernis einer psychischen Störung, das sich an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK orientiert. (Bearbeiter)

3. Eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB ist nur bei Erfüllung der einschränkenden Vorgaben für die Maßregelvollstreckung möglich, in diesem Falle allerdings aus den im Anfragebeschluss des Senats (HRRS 2010 Nr. 1043) angeführten

Gründen unter den dort genannten Voraussetzungen auch nicht schlechthin ausgeschlossen. (Bearbeiter)

**643. BGH 1 StR 116/11 – Beschluss vom 5. Mai 2011 (LG Bochum)**

BGHR; Regelbeispiel der Steuerverkürzung in großem Ausmaß bei der Steuerhinterziehung (Erörterungspflichten; Betragsgrenze; Billigung durch den Gesetzgeber; Wertungsfehler: Strafzumessung und angemessener Schuldausgleich, Bewährungsstrafen nach Hinterziehungen in Millionenhöhe, Verständigung, Negativattest, Protokollierungspflicht).

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 267 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO; Nr. 147 Abs. 1 Satz 3 RiStBV

**644. BGH 1 StR 190/11 – Beschluss vom 17. Mai 2011 (LG Augsburg)**

Verhängung der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011; Strafschärfende Berücksichtigung verjährter Taten (Vorleben; Strafverfolgungsverjährung); redaktioneller Hinweis.

§ 66 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK

**645. BGH 1 StR 218/11 – Beschluss vom 17. Mai 2011 (LG Bayreuth)**

Rechtsfehlerhaft angeordneter Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe.

§ 67 StGB

**646. BGH 1 StR 381/10 – Beschluss vom 20. Mai 2011 (LG Landshut)**

Unzulässige Anhörungsrüge (Zurechnung eines Verschuldens des Verteidigers).

§ 356a StPO; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

**647. BGH 2 StR 29/11 – Beschluss vom 20. April 2011 (LG Kassel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**648. BGH 2 StR 29/11 – Urteil vom 20. April 2011 (LG Kassel)**

Schwere gefährliche Körperverletzung (in erheblicher Weise dauernd entstellt: große und markante Narben).

§ 226 Nr. 3 StGB

**649. BGH 2 StR 66/11 – Urteil vom 25. Mai 2011 (LG Darmstadt)**

Rechtsfehlerhafte Begründung eines minder schweren Falles der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; erforderliche Gesamtwürdigung; schuldangemessene Strafe).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 StGB; § 46 StGB

**650. BGH 2 StR 8/11 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (BGH)**

Berichtigungsbeschluss (offensichtliches Schreibversehen).

§ 267 StPO

**651. BGH 2 StR 137/11 – Beschluss vom 1. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)**

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

**652. BGH 2 ARs 164/11 (2 AR 119/11) – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Berlin)**

BGHSt; Befasstsein der für die Invollzugsetzung der Unterbringung nach § 67h StGB zuständigen Strafvollstreckungskammer.  
§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 14 StPO; § 67h StGB

**653. BGH 2 ARs 174/11 2 AR 105/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (Bad Iburg; LG Bielefeld)**

Sachdienliche Verfahrensverbindung (Beschleunigung in Jugendsachen).  
§ 2 StPO; § 3 StPO; § 4 Abs. 2 S. 2 StPO

**654. BGH 2 StR 524/10 – Urteil vom 4. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Strafverfolgungsverjährung (Reichweite der Unterbrechung bei einem Durchsuchungsbeschluss); Beschwer des Angeklagten bei Verfahrenseinstellung wegen eines behebbaren Verfahrenshindernisses (mangelnde Anklage); kein Vertrauensschutz nach Verfahrenseinstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO.

§ 78 StGB; § 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 260 Abs. 3 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; Vor § 296 StPO; § 170 Abs. 2 StPO

**655. BGH 2 StR 601/10 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG Darmstadt)**

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

**656. BGH 2 StR 601/10 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG Darmstadt)**

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

**657. BGH 2 StR 631/10 – Urteil vom 27. April 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Einfuhr von Betäubungsmitteln (Erörterungsmängel).

§ 261 StPO

**658. BGH 2 StR 77/11 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (LG Limburg)**

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag (Darlegung des Zeitpunktes, an dem das Hindernis weggefallen ist).

§ 45 StPO

**659. BGH 2 StR 639/10 – Urteil vom 20. April 2011 (LG Aachen)**

Befangenheitsrüge (Ablehnungsgesuch; Anforderungen an die Darlegung der Verfahrensrüge: Mitteilung der sofortigen Beschwerde); Wertersatzverfall.

§ 24 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73a StGB

**660. BGH 4 StR 144/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Entscheidung im Beschlusswege); Aufhebung eines Urteils nach Wiederaufnahme.

§ 55 StGB; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO; § 373 Abs. 1 StPO

**661. BGH 4 StR 163/11 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (Darlegungsanforderungen; Aufklärung einer Andeutung, dem Angeklagten Schaden zu wollen).

§ 261 StPO; § 174 StGB; § 176 StGB

**662. BGH 4 StR 178/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Bielefeld)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Erfolgsaussicht; Verhältnis zur Zurückstellung der Vollstreckung nach § 35 BtMG).

§ 64 StGB; § 35 BtMG

**663. BGH 4 StR 40/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Essen)**

BGHSt; Strafbarkeit wegen Amtsanmaßung und wegen unbefugten Tragens von inländischen Uniformen und Amtsabzeichen durch das Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Feldjägern der Bundeswehr (Inanspruchnahme hoheitliche Befugnisse gegenüber Zivilpersonen; öffentliches Amt und militärische Befugnisse); Raub (finale Verknüpfung: Voraussetzungen der konkludenten Drohung; Wegnahme und Vermögensverfügung).

§ 132 StGB; § 132a StGB; § 11 StGB; § 48 WStG; § 249 StGB; § 250 StGB; § 1 Abs. 1 UZwGBw

**664. BGH 4 StR 45/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Zweibrücken)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Widersprüchlichkeit).  
§ 46 StGB

**665. BGH 4 StR 584/10 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Neubrandenburg)**

Übersehene Strafverfolgungsverjährung; Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge der Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (objektiv falscher Vortrag).

§ 78 StGB; § 231 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**666. BGH 4 StR 650/10 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Magdeburg)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4.5.2011.

§ 66 Abs. 1 StGB aF; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG

**667. BGH 4 StR 659/10 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Dortmund)**

Schwere und besonders schwere Brandstiftung (Wohnung; teilweises Zerstören bei gemischt genutzten Gebäuden; Brandlegung; Inbrandsetzen; Ermöglichungsab-sicht als besonderes persönliches Merkmal; Konkurrenzverhältnisse beim Versuch gegenüber der einfachen Brandstiftung: Klarstellungsfunktion).

§ 306 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB; § 52 StGB; § 28 Abs. 2 StGB

**668. BGH 1 StR 100/11 – Urteil vom 3. Mai 2011 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung bei einer Reihe von gewerbsmäßig begangenen Betrugstaten („Lastschriftbetrug“) infolge einer überwundenen Betäubungsmittelabhängigkeit (gerechter Schuldausgleich).

§ 54 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 35 BtMG

**669. BGH 1 StR 109/11 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Kempten)**

Rechtsfehlerhaft angeordnete Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 64 StGB

**670. BGH 1 StR 24/10 – Beschluss vom 19. April 2011 (BGH)**

Berichtigungsbeschluss.

§ 267 StPO

**671. BGH 1 StR 26/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Mosbach)**

Unbegründete Anhörungsrüge und Geltendmachung der Besorgnis der Befangenheit der beteiligten Richter des Revisionsgerichts (unzulässiges Befangenheitsgesuch innerhalb der Anhörungsrüge).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 24 StPO; § 356a StPO

**672. BGH 1 StR 33/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Heilbronn)**

Rüge der mangelnden Anwesenheit eines Protokollführers; kein Verwertungsverbot nach Abgabe unzureichender Geständnisse im Rahmen einer gescheiterten Verständigung (Beschlussfordernd; im Einzelfall ausreichender verlesener Brief an die Verteidiger); mangelnde Kenntnisnahme der Berufsrichter von Urkunden, die im Selbstleseverfahren eingeführt werden (Beweiskraft des Protokolls; Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge; Beruhen).

§ 226 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 272 Nr. 2 StPO; § 257c StPO; § 274 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**673. BGH 1 StR 64/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Tübingen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**674. BGH 1 StR 77/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Stuttgart)**

Heimtückemord (Überraschungsangriff).

§ 211 StGB

**675. BGH 1 StR 94/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Köln)**

BGHSt; Parteienuntreue (unzulässige Aufnahme rechtswidrig erlangter Parteispenden in den Rechenschaftsbericht einer Partei; Pflichtwidrigkeit: zwingende finanzielle Sanktion, Vermögensbezug, Pflichtenumwidmung durch die Satzung; Vermögensbetreuungspflicht des Kreisvorsitzenden einer Partei; gravierende Pflichtverletzung; funktionaler Zusammenhang zwischen den Aufgaben der Verpflichteten und dem insoweit zu schützenden Vermögen; Unmittelbarkeitszusammenhang; Nachteil; Verhältnis zu § 31d PartG); Parteienbetrug (Vermögensschaden; Gefährdungsschaden; Verhältnis zu § 31d PartG); Steuerhinterziehung (vorgeschobene und tatsächliche Spenden

durch Parteimitglieder); Beleg des Beihilfевorsatzes bei Parteienbetrug und Parteienuntreue.

§ 23a Abs. 1 Satz 1 PartG; § 25 PartG idF vom 28. Januar 1994; § 266 Abs. 1 StGB; § 370 AO; § 34g EStG; § 27 StGB; § 15 StGB; § 31d PartG

**676. BGH 1 StR 112/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Essen)**

Steuerhinterziehung (Einkommensteuer; Umsatzsteuer: umsatzsteuerfreie Leistungen; Taterfolg; objektive Zu-rechnung).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 4 Nr. 9a UStG; § 26 EStG

**677. BGH 1 StR 168/11 – Beschluss vom 5. Mai 2011 (LG Bochum)**

Steuerhinterziehung (besonders schwerer Fall bei großem Ausmaß; Indizwirkung eines Schadens über 100.000 €).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO

**678. BGH 1 StR 180/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Augsburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**679. BGH 1 StR 196/11 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Freiburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**680. BGH 1 StR 465/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Ulm)**

Verfahrenseinstellung gemäß § 206a StPO.

§ 206a StPO

**681. BGH 1 StR 592/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG München II)**

Untreue durch eine Kreditaufnahme (Haushaltsuntreue; Vermögensbetreuungspflicht; Vermögensnachteil: Schutz des Vermögens durch ein Erfolgsdelikt; Untreuevorsatz).

§ 266 StGB; Art. 57 Abs. 1 BayGO; Art. 38 Abs. 1 BayGO

**682. BGH 1 StR 651/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Münster)**

BGHSt; Verurteilung des Arbeitgebers wegen Hinterziehung von Lohnsteuer bei Schwarzlohnabrede (erforderliche Feststellungen; Höhe der hinterzogenen Einkommensteuer; Differenzierung zwischen der Steuerhinterziehung auf Zeit und auf Dauer in der Strafzumessung); Konkurrenzen zwischen Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung (mehrfache Strafrahmenverschiebung bei der Beihilfe zu einem Sonderdelikt).

§ 370 Abs. 1 AO; § 41a EStG; § 267 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 StPO; § 28 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

**683. BGH 1 StR 652/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**684. BGH 1 StR 659/10 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Augsburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**685. BGH 1 StR 676/10 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG München II)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**686. BGH 1 StR 699/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG München II)**

Bedingungsfeindlichkeit des Antrags auf Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.  
§ 74 StPO

**687. BGH 2 StR 16/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Darmstadt)**

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

**688. BGH 2 StR 26/11 – Urteil vom 4. Mai 2011 (LG Mainz)**

Schwere Vergewaltigung (gefährliches Werkzeug); Geiselnahme; erpresserischer Menschenraub (stabile Zwischenlage).  
§ 177 Abs. 4 StGB; § 239b StGB; § 239a StGB

**689. BGH 2 StR 34/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Aachen)**

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

**690. BGH 2 StR 34/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Aachen)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anwendung der Kronzeugenregelung und der strafmildernden Verwertung einer angeordneten Einziehung.  
§ 46b StGB; § 46 StGB; § 74 StGB

**691. BGH 2 StR 49/11 – Beschluss vom 10. März 2011 (LG Limburg)**

Erwerb der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe (Handgranate); Konkurrenzen bei Waffendelikten; erfolgreiche Aufklärungsrüge und Inbegriffsrüge.  
§ 22a Abs. 1 Nr. 2 KWKG; § 52 Abs. 1 WaffG; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

**692. BGH 2 StR 113/11 – Beschluss vom 21. April 2011 (LG Frankfurt am Main)**

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

**693. BGH 2 ARs 117/11 2 AR 81/11 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (AG Köln)**

Rechtsfehlerhafter Abgabebeschluss (Wohnsitzwechsel des Angeklagten vor der Anklageerhebung).  
§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

**694. BGH 2 ARs 120/11 2 AR 63/11 – Beschluss vom 20. April 2011 (AG Zerbst; AG Tostedt)**

Rechtsfehlerhafte Abgabe im Strafbefehlsverfahren (mangelnde Anberaumung einer Verhandlung).  
§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG; § 12 Abs. 2 StPO

**695. BGH 2 StR 56/11 – Beschluss vom 23. März 2011 (LG Bonn)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung und Strafraumenwahl bei Totschlag (nicht festgestellter aber vorgehaltener nichtiger Anlass).  
§ 46 StGB; § 213 StGB; § 212 StGB

**696. BGH 2 StR 72/11 – Beschluss vom 6. April 2011 (LG Darmstadt)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (unzutreffend begründete verminderte Schuldfähigkeit).  
§ 63 StGB; § 21 StGB

**697. BGH 2 StR 86/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Koblenz)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 349 Abs. 1 StPO

**698. BGH 2 ARs 90/11 2 AR 28/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (AG Waiblingen; LG Karlsruhe)**

Verfahrensverbindung durch den BGH (gemeinschaftliches oberes Gericht).  
§ 4 Abs. 2 S. 2 StPO

**699. BGH 2 ARs 97/11 – Beschluss vom 6. April 2011 (BGH)**

Anfrageverfahren.  
§ 132 GVG.

**700. BGH 2 ARs 134/11 2 AR 84/11 – Beschluss vom 5. Mai 2011 (OLG Stuttgart)**

Unzulässige Beschwerde / Anfechtung.  
§ 29 Abs. 1 EGGVG; § 304 StPO

**701. BGH 2 StR 584/10 – Beschluss vom 23. März 2011 (LG Köln)**

Erforderlicher Hinweis bei einer in der Hauptverhandlung erwogenen Verurteilung wegen Mordes (Hinweispflicht bei der Änderung des Mordmerkmals; rechtliches Gehör; Recht auf eine effektive Verteidigung; Verbot der Überraschungsentscheidung; missverständlicher Hinweis).  
Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 211 StGB; § 265 StPO

**702. BGH 2 StR 589/10 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Berücksichtigung verjährter Taten im Rahmen der Strafzumessung (Vorleben).  
§ 46 StGB; § 78 StGB

**703. BGH 2 StR 646/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**704. BGH 2 StR 649/10 – Beschluss vom 10. März 2011 (LG Frankfurt am Main)**

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

**705. BGH 2 StR 664/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Gießen)**

Unzureichende Feststellungen für die Gesamtstrafenbildung.  
§ 55 StGB; § 261 StPO

**706. BGH 2 StR 665/10 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Mühlhausen)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung trotz positiver Sozialprognose (Verteidigung der Rechtsordnung bei Sexualstraftaten: keine pauschale Ausnahme für bestimmte Deliktgruppen).  
§ 56 StGB; § 176 StGB

**707. BGH 2 StR 669/10 – Beschluss vom 21. April 2011 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**708. BGH 2 StR 671/10 – Beschluss vom 16. März 2011 (LG Bonn)**

Aufklärungshilfe und Meistbegünstigungsprinzip (Kronzeugenregelung; Anwendung auf nach dem 1.9.2009 eröffnete Hauptverfahren).  
Art. 316d EGStGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 31 BtMG nF; § 46b StGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta

**709. BGH 4 StR 22/11 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Berlin)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung; Feststellungen); Betrug (Konkurrenzen; natürliche Handlungseinheit).  
§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 263 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

**710. BGH 4 StR 25/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Essen)**

Anordnung des Verfalls (mangelnde Feststellungen; aus der Tat erlangt; für die Tat erlangt).  
§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB

**711. BGH 4 StR 39/11 – Beschluss vom 27. April 2011 (LG Halle)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des erweiterten Verfalls (Vorrang des Verfalls und des Verfalls von Wertersatz).  
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB

**712. BGH 4 StR 42/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Lübeck)**

Vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis (Verfahrenshindernis: mangelnde hinreichende Anklage: Umgrenzungsfunktion); Bedeutung der Presseberichterstattung für die Strafzumessung.  
§ 46 StGB; § 21 StVG; § 200 StPO

**713. BGH 4 StR 48/11 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Landau)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Erklärung zu Protokoll mit Unterschrift des Pflichtverteidigers; Unanfechtbarkeit; mündliche Ermächtigung).  
§ 302 StPO

**714. BGH 4 StR 52/11 – Beschluss vom 3. März 2011 (LG Rostock)**

Tötungsversuch (Tötungsvorsatz; Rücktritt: unbeeendeter Versuch nach dem Rücktrittshorizont; Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft: Exzess, Vorsatz).  
§ 24 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**715. BGH 4 StR 54/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Saarbrücken)**

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

**716. BGH 4 StR 100/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Saarbrücken)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Entkräftung eines Regelbeispiels im Wege der Gesamtwürdigung bei der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung (besonders schwerer Fall; Strafraumenwahl).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**717. BGH 4 StR 102/11 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Essen)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung des Verfalls von Wertersatz (Härtefallklausel).  
§ 73a StGB; § 73c StGB

**718. BGH 4 StR 112/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Hagen)**

Beihilfe zur Hehlerei; Unterschlagung.  
§ 259 StGB; § 27 StGB; § 246 StGB

**719. BGH 4 StR 112/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Hagen)**

Hehlerei (Abgrenzung von der Vortat; Unterschlagung); Anwendbarkeit deutschen Strafrechts gemäß § 7 StGB (materielle Strafbarkeit nach dem Tatortrecht: irrelevantes Verfolgungshindernis).  
§ 259 StGB; § 246 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

**720. BGH 4 StR 79/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhafter Adhäsionsausspruch (Voraussetzungen eines berechenbaren Zinsanspruchs).  
§ 286 Abs. 1 Satz 2 BGB; § 288 Abs. 1 BGB; § 404 Abs. 2 StPO; § 404 Abs. 2 StPO

**721. BGH 4 StR 80/11 – Beschluss vom 12. April 2011 (LG Halle)**

Natürliche Handlungseinheit beim Betrug (Teilidentität der Tathandlungen).  
§ 52 StGB; § 263 StGB

**722. BGH 4 StR 97/11 – Beschluss vom 30. März 2011 (LG Magdeburg)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Voraussetzungen des Obhutsverhältnisses: nur gelegentliche Kinderbetreuung).  
§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**723. BGH 4 StR 99/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Dortmund)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Sollvorschrift; tatsächliche Ermessensausübung).  
§ 64 StGB

**724. BGH 4 StR 124/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Hagen)**

Erörterungsmangel hinsichtlich einer Anwendung der Kronzeugenregelung (Aufklärungshilfe; Leugnung oder Verharmlosung der eigenen Tat).

§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

**725. BGH 4 StR 130/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Essen)**

Vollendete Nötigung; schwerer räuberischer Diebstahl; Verschlechterungsverbot (Schuldspruchänderung).

§ 252 StGB; § 250 StGB; § 240 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

**726. BGH 4 StR 149/11 – Beschluss vom 27. April 2011 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**727. BGH 4 StR 169/11 – Beschluss vom 28. April 2011 (LG Münster)**

Aufklärungshilfe (Verfahrensrüge; Reichweite).

§ 31 BtMG

**728. BGH 4 StR 174/11 – Beschluss vom 28. April 2011 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**729. BGH 4 StR 571/10 – Urteil vom 14. April 2011 (LG Verden)**

Befangenheitsrüge gegen Schöffen wegen der vorschnellen Übernahme eines Vorschlages zu einer Strafobergrenze (Verständigung; Besorgnis der Befangenheit); Mittäterschaft (Abgrenzung von der Beihilfe); Voraussetzungen der Bandenmitgliedschaft (Zusage der Mitwirkung für fünf Tage).

§ 257c StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**730. BGH 4 StR 623/10 – Beschluss vom 24. März 2011 (LG Bochum)**

Unzureichende Feststellungen zum Umfang des Betrugschadens und Berücksichtigung weiterer vorhersehbarer Tatfolgen bei der Strafzumessung.

§ 263 StGB; § 46 StGB

**731. BGH 4 StR 657/10 – Beschluss vom 31. März 2011 (LG Bielefeld)**

Handlungseinheit (Konkurrenzen) bei der Bestechlichkeit und Bestechung (Beendigung; Strafverfolgungsverjährung); Untreue; Erstreckung des Erfolgs der Revision auf Mitangeklagte (Verfahrenshindernisse).

§ 332 Abs. 1 StGB; § 334 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 78a StGB; § 266 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 357 StPO

**732. BGH 4 StR 669/10 – Urteil vom 14. April 2011 (LG Münster)**

BGHSt; Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungsverhältnisses, Behandlungsverhältnisses oder Betreuungsverhältnisses trotz Einvernehmens (mangelnde Ausnutzung des Sonderverhältnisses; unerfüllter Kinderwunsch); Voraussetzungen der Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe; Verhängung eines Berufsverbotes.

§ 174c StGB; § 47 StGB; § 70 StGB

**733. BGH 4 StR 670/10 – Urteil vom 24. März 2011 (LG Rostock)**

Landfriedensbruch (Subsidiaritätsklausel: Körperverletzung; Wortsinnngrenze; Wortlaut; besonders schwerer Fall bei Rädelsführern); gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftliches Handeln).

§ 125 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB; § 125a StGB; § 223 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

**734. BGH 4 StR 684/10 – Beschluss vom 26. April 2011 (LG Essen)**

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug (unklare Feststellungen zur Schadenshöhe; minder schwerer Fall).

§ 263 Abs. 5 StGB

**735. BGH 4 StR 691/10 – Beschluss vom 17. Februar 2011 (LG Halle)**

Wirksame Rücknahme der Revision durch einen Alphabeten (Entscheidung des Revisionsgerichts; Verhandlungsfähigkeit).

§ 302 StPO