

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. 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); StA Dr. Holger Mann,
Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank

Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; 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

Prof. Dr. *Martin Heger*, HU Berlin – **Das 45. Strafrechtsänderungsgesetz – Ein erstes europäisiertes Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität** S. 211

Prof. Dr. *Georg Freund* und wiss. Mit. Dr. *Frauke Timm*, Philipps-Universität Marburg – **Die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ (§ 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB) im Kontext der Unterlassungsdelikte** (zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2011 Nr. 1164) S. 223

RA und Wiss. Ass. Dr. *Christian Becker*, Bucerius Law School, Hamburg – **Und ewig lockt die Untreue** – Randnotizen zum Stand der Dogmatik des § 266 StGB anlässlich von BGH HRRS 2011 Nr. 1153 S. 237

Entscheidungen

- EGMR **Strafbarkeit des Geschwisterinzests (Stübing v. Deutschland)**
- BVerfG **Verfassungskonforme Handhabung des vikariierenden Sanktionensystems**
- BVerfG **Ausschluss von Rocker-Kutten während der Hauptverhandlung**
- BGHSt **Bedeutung der Hemmschwellentheorie bei Tötungsdelikten**
- BGHSt **Rädelführerschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung**
- BGHSt **Verfolgung der Unterschreitung von Mindestlöhnen nach Verfahrenseinstellung gemäß § 153a StPO bezüglich § 266a StGB**
- BGHR **Anordnungskompetenzen in der Untersuchungshaft auf Grund eines Haftbefehls des Ermittlungsrichters des BGH**
- BGH **Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei der stundenlangen Peinigung eines Mitgefangenen in einer Haftanstalt**
- BGH **Anforderungen an den Wohnungseinbruchsdiebstahl bei gemischt genutzten Gebäuden und Nebenräumen**
- BGH **Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs in polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen und Hinweispflicht**
- BGH **Beweiswürdigung bei Aussagen von Tatbeteiligten, die auf einer Verständigung beruhen könnten**

Die Ausgabe umfasst 74 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. 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); StA Dr. Holger Mann, Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; 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
13. Jahrgang, Mai 2012, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

434. EGMR Nr. 43547/08 (5. Kammer) – Urteil vom 12. April 2012 (Stübing v. Deutschland)

Zulässigkeit der Strafbarkeit des Geschwisterinzests nach dem Recht auf Achtung der Familie und des Privatlebens (Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Recht auf sexuelle Selbstbestimmung; Rechtsgutsschutz und Schutz von Moralvorstellungen; pressing social need; Verhältnismäßigkeit).

Art. 8 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art 1 Abs. 1 GG; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB

1. Die deutsche Strafbarkeit des Geschwisterinzests gemäß § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB verstößt für den „Leipziger Inzestfall“, in dem das Gericht von einer Abhängigkeit der jüngeren, persönlichkeitsgestörten Schwester gegen-

über dem verurteilten älteren Bruder ausging, nicht gegen Art. 8 EMRK.

2. Eine Bestrafung, die in Art. 8 EMRK eingreift, setzt die Rechtfertigung durch ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis voraus. Wenn ein besonders bedeutsamer Aspekt des Privatlebens oder der eigenen Identität betroffen ist, genießen die Vertragsstaaten der EMRK in der Regel nur einen geringen Beurteilungsspielraum. Wenn die Vertragsstaaten etwa in das Sexualleben eines Bürgers eingreifen wollen, müssen sie besonders überzeugende Gründe zur Rechtfertigung anführen. Allerdings ist der Beurteilungsspielraum auch hier weiter zu bemessen, wenn zur rechtlichen Behandlung einer Fallkonstellation kein europäischer Grundkonsens besteht. Dies gilt besonders, wenn – wie zum Beispiel bei der Behandlung des

Inzests – moralische oder ethische Fragen auf dem Spiel stehen.

372. BVerfG 2 BvR 2258/09 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 27. März 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Darmstadt)

Freiheitsgrundrecht; Maßregel der Besserung und Sicherung, Freiheitsstrafe („verfahrensfremde“); Anrechnung; Sanktionensystem (zweispuriges; vikariierendes); Strafanspruch (staatlicher); Resozialisierung; Verhältnismäßigkeit.

Art. 2 Abs. 2 GG; § 61 StGB; § 63 StGB; § 67 Abs. 4 StGB; § 454b Abs. 2 StPO; § 456a StPO; § 44b Abs. 2 StVollstrO

1. Während die Verhängung und Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ihre Grundlage wie auch ihre Begrenzung in der Schuld des Verurteilten findet, wird eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung dem Betroffenen wegen einer von ihm ausgehenden Gefahr für die Allgemeinheit als Sonderopfer auferlegt. Angesichts ihrer unterschiedlichen Zielrichtung dürfen Strafen und freiheitsentziehende Maßregeln grundsätzlich nebeneinander angeordnet werden (Bezugnahme auf BVerfGE 91, 1, 31).

2. Die Zweispurigkeit des Sanktionensystems des Strafgesetzbuchs aus Strafen einerseits und Maßregeln der Besserung und Sicherung andererseits kann dazu führen, dass der Verurteilte Freiheitsentziehungen auf doppelter Grundlage und damit gegebenenfalls kumulativ erleidet. Daher muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur isoliert hinsichtlich jeder einzelnen freiheitsentziehenden Maßnahme, sondern auch für die Maßnahmen in ihrer Gesamtwirkung gewahrt sein. Dies ist im Wege einer umfassenden Abwägung aller Umstände zu prüfen, bei der insbesondere auch der staatliche Strafanspruch und das Resozialisierungsgebot zu berücksichtigen sind.

3. Das zweispurige, vikariierende Sanktionensystem des Strafgesetzbuches trägt diesen verfassungsrechtlichen Erfordernissen grundsätzlich Rechnung, indem es vorsieht, dass eine freiheitsentziehende Maßregel regelmäßig vor der Strafe vollstreckt und die Zeit ihres Vollzugs auf die Strafe angerechnet, bis zwei Drittel der Strafe erledigt sind (§ 67 Abs. 4 StGB). Diese nur teilweise Anrechnung ist wegen der unterschiedlichen Zielrichtung von Strafe und Maßregel und zur Förderung der Mitwirkungsbereitschaft des Betroffenen an seiner Resozialisierung verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich.

4. § 67 Abs. 4 StGB verletzt jedoch das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, soweit er es auch in Härtefällen ausschließt, dass die Zeit der Unterbringung im Maßregelvollzug auf „verfahrensfremde“ Freiheitsstrafen angerechnet werden kann. „Verfahrensfremd“ sind Freiheitsstrafen, die in einem anderen Urteil als die Maßregel verhängt worden sind, das diesbezüglich auch nicht gesamtstrafenfähig ist.

5. Ein derartiger Härtefall kann etwa anzunehmen sein, wenn dem Betroffenen aufgrund besonderer Gegebenheiten des Einzelfalles und ohne dass ihm dies zurechenbar

ist eine erheblich über die verhängten Freiheitsstrafen hinausgehende Dauer der Freiheitsentziehung oder die Entwertung eines bereits erzielten Resozialisierungserfolgs droht und dies nicht mittels der gesetzlichen Instrumente des Vorwegvollzugs der Strafe (§ 67 Abs. 2 StGB, § 44b Abs. 2 Satz 1 StVollstrO), der Unterbrechung des Maßregelvollzugs (§ 454b Abs. 2 StPO), des Absehens von Vollstreckung wegen Auslieferung (§ 456a StPO) oder der erneuten Verhängung einer Maßregel zu vermeiden ist.

6. Bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber ist § 67 Abs. 4 StGB nur noch mit der Maßgabe anwendbar, dass die im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung verbrachte Zeit zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Härte im Einzelfall auch auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen anzurechnen ist.

371. BVerfG 2 BvR 2405/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. März 2012 (BGH / LG Potsdam)

Willkürverbot; faires Verfahren (Recht auf ein); Öffentlichkeit des Verfahrens; Grundsatz der Öffentlichkeit; Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege; Rechtsfindung (ungestörte); Sicherheitsverfügung; Trageverbot; Zugangsverbot; Hausrecht; Kleidungsgegenstände; Motorradweste („Kutte“); Hells Angels; Motorradclub.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 169 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

1. Es begegnet unter dem Aspekt des Willkürverbots keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 Satz 1 GVG) aufgrund unabweisbarer Bedürfnisse der Rechtspflege eingeschränkt wird, auch wenn diese gesetzlich nicht geregelt sind. Ein solcher Belang ist die Notwendigkeit, für eine sichere und ungestörte Durchführung der Gerichtsverhandlung zu sorgen.

2. Ein Gerichtspräsident darf auf der Grundlage seines Hausrechts bei einem nachvollziehbaren Anlass im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens Zugangsbeschränkungen zum Gerichtsgebäude anordnen, soweit diese den Zugang zu einer Verhandlung nur unwesentlich erschweren und eine Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen vermeiden.

3. Nicht zu beanstanden ist vor diesem Hintergrund die Sicherheitsverfügung eines Gerichtspräsidenten, wonach im Gerichtsgebäude das Tragen von Motorradwesten („Kutten“) oder anderen Bekleidungsgegenständen untersagt wird, die die Zugehörigkeit zu einem Motorradclub demonstrieren, dessen Mitgliedern teilweise schwere Gewalttaten vorgeworfen werden.

4. Dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten und auch von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gewährleisteten Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen stehen die verfassungsrechtlichen Belange einer funktionstüchtigen Rechtspflege, insbesondere der ungestörten Wahrheits- und Rechtsfindung, gegenüber.

5. Das Verbot, im Gerichtsgebäude bestimmte Kleidungsstücke zu tragen, berührt zwar als rechtliches Zugangshindernis den Grundsatz der Öffentlichkeit, schränkt ihn jedoch nicht unverhältnismäßig ein, wenn es den Betroffenen durch Ablegen des Kleidungsstücks ohne Weiteres möglich ist, Zugang zum Gerichtsgebäude zu erhalten.

366. BVerfG 2 BvL 8/11, 2 BvL 9/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. März 2012 (AG Düren)

Normenkontrolle (konkrete); Richtervorlage; Entscheidungserheblichkeit; Verfassungswidrigkeit (Überzeugung); Betäubungsmittel; unerlaubte Einfuhr; nicht geringe Menge; Mindeststrafe; Strafrahmen; Gestaltungsspielraum; Schuldgrundsatz; Übermaßverbot; Wirtschafts- und Rechtsraum (gemeinsamer, europäischer).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

1. Die für eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG erforderliche Entscheidungserheblichkeit steht in der strafprozessualen Hauptverhandlung erst nach Durchführung einer förmlichen Beweisaufnahme fest. Das vorliegende Gericht hat dabei alternativ und konkret darzulegen, welche unterschiedlichen Strafen es bei Geltung der für verfassungswidrig gehaltenen Norm einerseits und bei Anwendung eines stattdessen heranzuziehenden Strafrahmens andererseits festgesetzt hätte.

2. Das vorliegende Gericht muss seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm begründen, indem es den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab angibt, alle für seine Überzeugung maßgebenden Erwägungen nachvollziehbar und umfassend darlegt und sich dabei auch mit den Erwägungen des Gesetzgebers und der daran anknüpfenden obergerichtlichen Rechtsprechung auseinandersetzt.

3. Bei der Festlegung eines Strafrahmens steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz und das Übermaßverbot ist nur dann feststellen, wenn die gesetzliche Regelung zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist nur anzunehmen, wenn sich für eine tatbestandliche Differenzierung kein sachlich einleuchtender Grund finden lässt.

4. Die Einfuhr von Betäubungsmitteln als Anknüpfungspunkt für einen erhöhten Strafrahmen (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) ist grundsätzlich auch bei Sachverhalten innerhalb des Schengen-Raumes verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal in derartigen Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine besonders sorgfältige Prüfung eines minderschweren Falles angezeigt ist.

5. Der schlichte Hinweis auf einen gemeinsamen europäischen Wirtschafts- und Rechtsraum stellt nicht die Legitimität des gesetzgeberischen Ziels in Frage, gerade die illegale Einfuhr von Betäubungsmitteln in das Bundesgebiet zu verhindern.

367. BVerfG 1 BvR 210/12 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 13. März 2012 (OLG München / LG München II)

Verteidiger; Berufstracht; Krawatte; Zurückweisung; Berufsausübungsfreiheit.

Art. 12 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 20 BORA; § 59b Abs. 2 Nr. 6 BRAO

Die Zurückweisung eines Verteidigers, der sich trotz mehrfacher Aufforderung des Vorsitzenden weigert, in einem Hauptverhandlungstermin eine Krawatte anzulegen, greift allenfalls so leicht in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit ein, dass die Annahme einer gegen die Zurückweisung gerichteten Verfassungsbeschwerde nicht zur Durchsetzung der anwaltlichen Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG geboten ist.

368. BVerfG 2 BvR 368/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Resozialisierung; lebenslange Freiheitsstrafe; Vollzugsplan; Vollzugslockerungen; Ausführung; Fluchtgefahr; Missbrauchsgefahr; effektiver Rechtsschutz; Verfassungsbeschwerde (Substantiierungserfordernis).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 11 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auch bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe auf eine Resozialisierung auszurichten, schädlichen Auswirkungen des langjährigen Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Tüchtigkeit des Inhaftierten für ein Leben in Freiheit zu erhalten. Dieser grundrechtlichen Verpflichtung dienen Vollzugslockerungen und Behandlungsmaßnahmen.

2. Auch wenn bei einem Strafgefangenen noch keine konkrete Entlassungsperspektive besteht, können vor dem Hintergrund des Resozialisierungsgebots zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG geboten sein.

3. Die bei einer Ausführung vorgesehene Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete ist regelmäßig geeignet, einer Flucht- oder Missbrauchsgefahr wirksam zu begegnen. Daher kann die Versagung einer Ausführung mit einer Flucht- oder Missbrauchsgefahr nur begründet werden, wenn hierfür im Einzelfall – etwa angesichts eines früheren Fluchtversuchs oder einer Einbindung des Gefangenen in Strukturen der organisierten Kriminalität – konkrete Anhaltspunkte bestehen.

4. Sieht das Beschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung der Beschwerdeentscheidung ab, so ist dies mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn dadurch die gesetzlich eröffnete Beschwerdemöglichkeit nicht leer läuft. Dies ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung bestehen, etwa weil die Entscheidung offenkundig von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

369. BVerfG 2 BvR 1954/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (OLG München / LG München II)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Steuerhinterziehung; Durchsuchung; Notariat; Urkunde (notarielle); Treuhandvereinbarung; Finanzamt; Anfrage; Verhältnismäßigkeit; Geeignetheit; Mitteilungspflicht; Offenbarungspflicht.

Art. 13 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 54 EStDV; § 20 AO; § 30 AO

1. Der Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 GG dar, wenn ein milderes Mittel zur Verfügung steht, mit dem der Zweck der Durchsuchung ebenso wirksam erzielt werden kann.

2. Kommt es in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung darauf an, ob zwischen den Angeklagten ein Treuhandverhältnis bestand, so ist gegenüber der Durchsuchung eines Notariats, bei dem die Treuhandvereinbarung möglicherweise beurkundet worden ist, die Anfrage bei dem nach § 20 AO zuständigen Finanzamt ein milderes, ebenso geeignetes Mittel.

3. Die Eignung einer Anfrage bei dem Finanzamt ergibt sich daraus, dass Notare nach § 54 EStDV verpflichtet sind, den Abschluss eines Treuhandvertrages gemäß § 54 EStDV dem Finanzamt anzuzeigen, und dass nach § 30 Abs. 2, Abs. 4 AO die Offenbarung der von einem Finanzbeamten erlangten Kenntnisse zum Zwecke eines Steuerstraftverfahrens zulässig ist.

370. BVerfG 2 BvR 1396/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. April 2012 (OLG Celle / LG Lüneburg)

Sicherungsverwahrung („Altfälle“); Vertrauensschutz; Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) beeinträchtigt die zehn Jahre überschreitende Sicherungsverwahrung gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1, § 2 Abs. 6 StGB ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat (sog. Altfälle). Die Fortdauer der Unterbringung ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) besteht.

2. Die Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer, die diese einschränkenden Voraussetzungen nicht beachtet, verstößt auch dann gegen die Verfassung, wenn sie bereits vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts

vom 4. Mai 2011 ergangen ist. Entscheidend ist insoweit allein die objektive Grundrechtsverletzung und nicht, ob diese den Fachgerichten vorwerfbar ist.

373. BVerfG 1 BvR 711/12 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 30. März 2012 (LG Hamburg)

Einstweilige Anordnung; Folgenabwägung; Rundfunkfreiheit; Fernsehaufnahmen; Bildberichterstattung; Informationsinteresse der Öffentlichkeit; Persönlichkeitsrecht; Unschuldsvermutung.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; § 171a GVG; § 176 GVG; § 32 Abs. 1 BVerfGG

1. Bei der Folgenabwägung im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG über eine Entscheidung nach § 176 GVG, mit der die Fernsehberichterstattung über eine Hauptverhandlung eingeschränkt wird, sind das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und die Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten gegeneinander abzuwägen.

2. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit orientiert sich an der Person des Angeklagten und den besonderen Umständen der ihm zur Last gelegten Straftat, daneben jedoch auch an den zur Mitwirkung an dem Verfahren berufenen Personen.

3. Dem Persönlichkeitsrecht der Verfahrensbeteiligten kommt im Strafverfahren besondere Bedeutung zu. Beim Angeklagten gilt dies verstärkt, wenn besonders persönlichkeitsrelevante Fragen – wie etwa eine psychische Erkrankung – zu erörtern sind, sowie allgemein unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung, der jedoch bei einem Geständnis an Gewicht verliert.

4. Hat eine Straftat besondere mediale Aufmerksamkeit erfahren, weil das Opfer mit Waffengewalt entführt und in einer zu einer Art Gefängnis umgebauten Wohnung eingekerkert werden sollte, so schränkt ein umfassendes Verbot von Fernsehaufnahmen auch außerhalb des Sitzungssaals das Informationsinteresse der Öffentlichkeit übermäßig ein, auch wenn der Angeklagte zwar geständig, jedoch mutmaßlich schuldunfähig ist.

374. BVerfG 2 BvR 211/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. April 2012 (OLG Celle)

Effektiver Rechtsschutz; Zugang zum Gericht; Rechtsbehelf; Leerlaufen; Formerfordernisse; Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Darlegungsanforderungen; Begründungsanforderungen.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 EGGVG; § 24 Abs. 1 EGGVG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 456a StPO

1. Das von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz verbietet es, einen von der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten Rechtsbehelf durch eine überstrenge Handhabung prozessualer Vorschriften ineffektiv zu machen.

2. Die erhöhten Darlegungsanforderungen im Klagerzwingungsverfahren (§ 172 Abs. 3 Satz 1 StPO) sind auf das Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG nicht übertrag-

bar, weil es hier um die Abwehr der Verletzung eines subjektiven Rechts durch staatliches Handeln geht.

3. Der Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz wird in verfassungswidriger Weise beschränkt, wenn ein Gericht im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG die inhaltliche Prüfung eines Vorbringens allein deshalb verweigert, weil ein Sachverhalt nur durch Beifügung und Inbezugnahme eines Schriftstücks dargelegt worden ist.

4. Beantragt ein Strafgefangener das Absehen von der weiteren Strafvollstreckung nach § 456a StPO, so darf das Oberlandesgericht seinen Rechtsbehelf nach §§ 23 ff. EGGVG nicht nur deshalb zurückweisen, weil er seine

Straftaten nicht selbst darstellt, sondern insoweit auf den beigefügten Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Bezug nimmt, in welchem die wesentlichen Urteilsfeststellungen wiedergegeben und gewürdigt worden sind.

5. Den Begründungsanforderungen nach § 24 Abs. 1 EGGVG ist allerdings nur genügt, wenn der Antrag auf gerichtliche Entscheidung sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten des angegriffenen Bescheides substantiiert auseinandersetzt. Hierfür reicht es nicht aus, Abwägungskriterien, welche die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung herangezogen hat, anders als diese zu gewichten.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

435. BGH 4 StR 558/11 – Urteil vom 22. März 2012 (LG Saarbrücken)

BGHSt; Hemmschwellentheorie bei den Tötungsdelikten (Interpretation als Hinweis auf die gebotene freie Beweiswürdigung; Tötungsvorsatz; Vertrauen auf das Ausbleiben auf den Erfolg); fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert: Beinahe-Unfall).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 345 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1. Zur „Hemmschwellentheorie“ bei Tötungsdelikten. (BGHSt)

2. Die bloße Erwähnung des Schlagworts der „Hemmschwellentheorie“ ist zu „pauschal“ bzw. „formelhaft“. Im Verständnis des Bundesgerichtshofs erschöpft sich die „Hemmschwellentheorie“ in einem Hinweis auf § 261 StPO und die danach insbesondere bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes erforderliche vorsichtige Gesamtwürdigung. An den rechtlichen Anforderungen ändert sich indessen nichts, wenn die zur Annahme oder Verneinung bedingten Tötungsvorsatzes führende Beweiswürdigung ohne Rückgriff auf das Postulat einer Hemmschwelle überprüft wird. (Bearbeiter)

3. Der Hinweis auf die Hemmschwellentheorie entbehrt davon abgesehen jedes argumentativen Gewichts. Zur Verneinung des voluntativen Vorsatzelements bedarf es bei einer hohen und offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen in jedem Einzelfall tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter ernsthaft darauf vertraut haben könnte, der Geschädigte werde nicht zu Tode kommen. (Bearbeiter)

4. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung nicht von der Rechtsprechung anderer Senate des Bundesgerichtshofs zum Tötungsvorsatz ab. Er legt ihr vielmehr die sog. Hemmschwellentheorie in dem in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Verständnis zu Grunde. (Bearbeiter)

5. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, ferner dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen und – weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt – einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Zwar können das Wissens- oder das Willenselement des Eventualvorsatzes gleichwohl im Einzelfall fehlen, so etwa, wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko der Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung – z.B. Affekt, alkoholische Beeinflussung oder hirnorganische Schädigung – zur Tatzeit nicht bewusst ist (Fehlen des Wissenselements) oder wenn er trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut (Fehlen des Willenselements). Bei der erforderlichen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände darf der Tatrichter den Beweiswert offensichtlicher Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes nicht so gering veranschlagen, dass auf eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Beweisanzeichen verzichtet werden kann. (Bearbeiter)

6. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Vertrauen auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolgs regelmäßig dann zu verneinen, wenn der vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe kommt, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann. Mit der Begründung, der Angeklagte habe trotz der erkannten erheblichen Lebensgefährlichkeit eines Messerstichs ernsthaft auf das Ausbleiben des Todes vertraut, darf das Tatgericht nur abstellen, wenn es rechtlich tragfähige Anhaltspunkte dafür feststellt, weshalb der Angeklagte trotz der Lebensgefährlichkeit des Messerstichs ernsthaft und nicht nur vage auf das Ausbleiben vertraut haben könnte. Dies ist nicht stets der Fall, wenn der Angeklagte weitere mögliche Angriffe gegen das Opfer unterlässt. (Bearbeiter)

7. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt haben, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht. Es muss ein Verkehrsvorgang belegt werden, bei dem es zu einem „Beinahe-Unfall“ gekommen wäre – also ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, „das sei noch einmal gut gegangen“. Dass sich zwei Fahrzeuge beim Querverkehr in enger räumlicher Nähe zueinander befunden haben, genügt für sich allein nicht. (Bearbeiter)

8. Einzelfall eines innerhalb der Revisionsbegründungsfrist entbehrlichen Revisionsantrags. Freilich hat der Bundesgerichtshof wiederholt Revisionen der Staatsanwaltschaft, die ohne Antragstellung lediglich mit der allgemeinen Sachrüge begründet waren, für unzulässig gehalten. Dies betraf jedoch Strafverfahren, in denen einem oder mehreren Angeklagten eine Vielzahl von Straftaten zur Last gelegt oder in denen der Angeklagte teilweise freigesprochen worden war und die Angriffsrichtung des Rechtsmittels bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist unklar blieb. Sind Gegenstand des von der Staatsanwaltschaft angefochtenen Urteils lediglich zwei Taten, ist in der Erhebung der uneingeschränkten allgemeinen Sachrüge die Erklärung der revisionsführenden Staatsanwaltschaft zu sehen, dass das Urteil insgesamt angefochten werde. (Bearbeiter)

400. BGH 4 StR 608/11 – Urteil vom 23. Februar 2012 (LG Bielefeld)

Überzeugungsbildung beim Tötungsvorsatz (dolus eventualis: Nachtatverhalten, erforderliche Feststellung der erkannten Gefährlichkeit der Tathandlung, Bedeutung des fehlenden Tatmotivs); unbeachtlicher Irrtum über den wesentlichen Kausalverlauf (Bolustod; objektive Zurechnung; Kaugummifall); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 212 StGB; § 224 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Willenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willensele-

ment). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen. Dabei ist die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator. Bei der Würdigung des Willenselements ist neben der konkreten Angriffsweise regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation mit in die Betrachtung einzubeziehen.

2. Die Ausführungen des Tatgerichts zur objektiven Gefährlichkeit des vom Angeklagten geführten Angriffs dürfen nicht lückenhaft sein. Insbesondere müssen sie sich mit der vom Angeklagten selbst geschilderten erheblichen Wirkung eines Tritts gegen den Kopf des Opfers auseinandersetzen, der die Lage des Körpers des Geschädigten erheblich verändert hat. Dies gilt besonders, wenn der Angeklagte den Tritt gefährlich verstärkende Schuhe trug und auf den Geschädigten zu einem Zeitpunkt eintrat, als dieser regungslos am Boden lag.

3. Der Umstand, dass dem Angeklagten sein Tritt sofort Leid tat und er sich in der Folgezeit mehrfach für das Befinden des Geschädigten interessierte, darf nicht ohne weitere Darlegungen als Indiz gegen die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes gewertet werden. Nachträgliches Bedauern und Rettungsversuche sagen nur bedingt etwas über die innere Haltung des Täters im Tatzeitpunkt aus, da sie nicht selten auf einer spontanen Ernüchterung beruhen und mit Blick auf die Tatfolgen von der Sorge um das eigene Wohl geleitet sind.

4. Mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter haben kein Tötungsmotiv, sondern gehen einem anderen Handlungsantrieb nach (BGH NStZ-RR 2006, 317, 318). Allerdings kann sich aus der Art des jeweiligen Handlungsantriebs ein Rückschluss auf die Stärke des vom Täter empfundenen Tatanreizes und damit auch auf seine Bereitschaft zur Inkaufnahme schwerster Folgen ergeben.

422. BGH 1 StR 427/11 – Urteil vom 8. Februar 2012 (LG Hof)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei der stundenlangen Peinigung eines Mitgefangenen in einer Haftanstalt (psychische Beihilfe; Täterschaft und Teilnahme; Täterwille; Abgrenzung von Täterschaftsvorsatz und Mittäterexzess; Beurteilung mehrerer Übergriffe als natürliche Handlungseinheit).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB; § 177 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB

1. Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft

sein (stRspr). In Grenzfällen hat der Bundesgerichtshof dem Tatrichter für die ihm obliegende Wertung einen Beurteilungsspielraum eröffnet. Lässt das angefochtene Urteil erkennen, dass der Tatrichter die genannten Maßstäbe gesehen und den Sachverhalt vollständig gewürdigt hat, so kann das gefundene Ergebnis vom Revisionsgericht auch dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre oder sogar näher gelegen hätte (stRspr).

2. Der Beurteilungsspielraum ist nur dann nicht überschritten, wenn der Tatrichter die zu würdigenden Tathandlungen auch einer Gesamtwürdigung zugeführt hat. Insoweit hat es bei einer stundenlangen Peinigung eines Mitgefangenen in einer Haftanstalt besonderes Gewicht, wenn einer der Angeklagten durch seine Beteiligung am Anfang des Geschehens bewusst sowohl dem Geschädigten als auch dem primär aktiv handelnden Mitangeklagten das Gefühl vermittelt, es stünden zwei Mann gegen einen. Dies gilt, wenn dem Angeklagten von Anfang an auch bewusst war, dass der Geschädigte aus Angst vor weiteren Schlägen auch von dem Angeklagten die ihm zugefügten Demütigungen dulden würde. Darin liegt eine aktive Mitwirkung an der Schaffung einer Bedrohungssituation.

3. Eine natürliche Handlungseinheit setzt voraus, dass zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen, die von einem einheitlichen Willen getragen werden, ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise auch für einen „objektiven“ Dritten als ein einheitliches Tun erscheint (stRspr). Ein erforderlicher zeitlicher Zusammenhang wird nicht dadurch beseitigt, dass die einzelnen strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen in einem gewissen zeitlichen Abstand erfolgten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das mehraktige Geschehen zum einen von einem einheitlichen Willen, den Geschädigten zu demütigen, getragen war, und sich der Geschädigte zum ande-

ren in einer fortdauernden Zwangslage befand, aus der er sich als in einer Gemeinschaftszelle untergebrachter Strafgefangener auch nicht befreien konnte. Nicht jede Pausen aktiver Einwirkung auf den Geschädigten stellt dann eine Zäsur dar.

439. BGH 4 StR 498/11 – Urteil vom 8. März 2012 (LG Saarbrücken)

Verurteilung wegen Mordes auf wahldeutiger Grundlage (Verdeckungsabsicht; Heimtücke; niedrige Beweggründe).

Vor § 1 StGB; § 211 StGB

1. Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage ist auch im Hinblick auf die alternative Verwirklichung verschiedener Mordmerkmale rechtlich möglich (BGHSt 22, 12 f.). Sie setzt voraus, dass bei sämtlichen Sachverhaltsvarianten, welche der Tatrichter nach Ausschöpfung aller Beweismittel unter Ausschluss anderweitiger Geschehensabläufe für möglich erachtet, eines der Mordmerkmale erfüllt ist. Die Urteilsgründe müssen in einem solchen Fall anstelle der für erwiesen erachteten Tatsachen, in denen die Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, den äußeren und inneren Sachverhalt der Verhaltensweisen schildern, die nach Überzeugung des Gerichts allein in Betracht kommen; andere Möglichkeiten müssen sicher ausgeschlossen sein.

2. Die Tötung und die andere Straftat müssen für einen Verdeckungsmord nicht im Verhältnis der Tatmehrheit stehen; verdeckt oder ermöglicht werden kann auch eine in Tateinheit stehende Tat.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Beurteilung der Frage, ob das Tatopfer arglos war, auf die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an (stRspr). Auf die Arglosigkeit während der Ausführung des Geschlechtsverkehrs kann hierfür nicht abgestellt werden, wenn ein Tötungsvorsatz des Angeklagten während dieser Handlung nicht festgestellt wurde.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

376. BGH 3 StR 243/11 – Urteil vom 16. Februar 2012 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; terroristische Vereinigung (ausländische); DHKPC; DHKP; DHKC; Rädelsführerschaft (führende Rolle; maßgebende Beteiligung; Führung; Vereinigung im Ganzen).

§ 129a StGB; § 129b StGB

1. Zur Rädelsführerschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung. (BGHSt)

2. Rädelsführer ist, wer in einer Vereinigung dadurch eine führende Rolle spielt, dass er sich in besonders

maßgebender Weise für sie betätigt. Entscheidend ist dabei nicht der Umfang, sondern das Gewicht, das der geleistete Beitrag für die Vereinigung hat. Besonders maßgebend ist eine Tätigkeit dann, wenn sie von Einfluss ist auf die Führung der Vereinigung im Ganzen oder in wesentlichen Teilen, wenn also der Täter, falls er nicht schon selbst zu den Führungskräften gehört, doch durch sein Tun gleichsam an der Führung mitwirkt. (Bearbeiter)

3. Um Rädelsführerschaft annehmen zu können, muss sich der bestimmende Einfluss des Täters als Führungskraft bzw. als gleichsam an der Führung der Organisation

mitwirkende Person auf die Vereinigung als solche richten, er muss also etwa die Bestimmung der Organisationszwecke, -tätigkeiten oder -ziele, die ideologische Ausrichtung der Vereinigung, deren Organisationsstruktur oder sonstige Belange mit für die Vereinigung wesentlicher Bedeutung betreffen. (Bearbeiter)

4. Diese Grundsätze gelten auch bei Betätigungen für Vereinigungen im Ausland. (Bearbeiter)

411. BGH 1 StR 378/11 – Urteil vom 22. Februar 2012 (LG Bayreuth)

Anforderungen des Wohnungseinbruchdiebstahls (Bedeutung „in eine Wohnung“: Einbrüche in gemischt genutzte Gebäude und/oder in Nebenräume von Wohnhäusern; Beweiswürdigung hinsichtlich eines möglichen Tatbestandsirrtums); Auffangrechtserwerb (Tenorierung); Vorwegvollzug (zwingende Orientierung an der Halbstrafenentlassung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 16 StGB; § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO; § 67 StGB

1. Der Bundesgerichtshof bejaht bei gemischt – also zugleich zu Wohn- und Geschäftszwecken – genutzten Gebäuden Wohnungseinbruchdiebstahl, wenn der Täter nur deshalb in einen privaten Wohnraum einbrach, um von dort ungehindert in Geschäftsräume zu gelangen und dort zu stehlen.

2. Bei einem Einbruch in einen Geschäftsraum gilt dagegen die Annahme eines Wohnungseinbruchdiebstahls auch dann als mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar, wenn es dem Täter nur darum geht, von dort ohne weitere Hindernisse in den Wohnbereich vorzudringen und dort zu stehen, jedoch nur soweit die Räumlichkeiten, in die eingebrochen wurde, vom Wohnbereich völlig getrennt untergebracht sind.

3. Dagegen liegt Wohnungseinbruchdiebstahl nach Ansicht des Senats vor, wenn der Täter in einen Raum einbricht, der zwar ausschließlich beruflich genutzt, aber so in den Wohnbereich integriert ist, dass insgesamt eine in sich geschlossene Einheit vorliegt. Ein Raum in einer Wohnung bleibt auch dann Teil der Wohnung, wenn der Bewohner ihn zu seinem Arbeitsraum bestimmt hat. Dies gilt nicht nur für das Büro eines Rechtsanwalts in dessen Wohnung, sondern zum Beispiel auch für das Amtszimmer in der Wohnung eines Pfarrers.

4. Vergleichbares gilt für Einbrüche in Nebenräume wie z.B. Keller oder Garagen. Auch hier ist ein Wohnungseinbruchdiebstahl zu verneinen, wenn diese, auch bei räumlicher Nähe zur Wohnung, abgeschlossen oder selbständig sind. Jedoch liegt nach Ansicht des Senats ein Wohnungseinbruchdiebstahl vor, wenn der Täter in Räume einbricht, die dem Begriff des Wohnens typischerweise zuzuordnen sind, wie z.B. den Keller eines Einfamilienhauses. Dies gilt sowohl, wenn er sich von dort ungehindert Zugang zum ohne weiteres erreichbaren Wohnbereich im Erd- oder Obergeschoß verschafft als auch dann, wenn er aus derartigen Räumen stiehlt.

5. Ein Erfahrungssatz über eine regelhafte Nutzungsstruktur von Pfarrhäusern gehört nicht zum allgemein

verbreiteten Wissen. Bevor ein solcher Erfahrungssatz einem Urteil zu Grunde gelegt wird, müssen die Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung und zur Anbringung von Beweisanträgen gehabt haben.

436. BGH 4 StR 629/11 – Urteil vom 8. März 2012 (LG Münster)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Drittverschaffung); Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (Tatort bei Mittäterschaft); Anforderungen an die Urteilsgründe (Beweiswürdigung; Überprüfbarkeit auf Rechtsfehler; Bezugnahmen auf Urteile); Umfang der Urteilsaufhebung.

§ 259 StGB; § 260 StGB; § 246 StGB; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 7 StGB; § 9 Abs. 1 StGB; § 353 StPO

1. Das Tatobjekt der Hehlerei wird einem Dritten verschafft, wenn die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die Sache nicht – und zwar auch nicht übergangsweise (sonst Sich-Verschaffen) – auf den Täter übergeht, sondern durch das Handeln des Täters unmittelbar vom Vorbesitzer an einen dritten Erwerber weitergeleitet wird oder der Täter das Hehlgut, ohne selbst Besitz an ihm zu erlangen, in seinem Interesse unmittelbar einem Dritten zukommen lässt.

2. Ein Tatort der Hehlerei kann auch dann in Deutschland liegen, wenn hier vorgenommene Handlungen des Angeklagten das Versuchsstadium erreichten. Hierfür könnte eine verbindliche Vereinbarung über den Ankauf und die Abnahme der vom Vortäter bereits rechtswidrig erlangten Fahrzeuge reichen, wenn sie daraufhin absprachegemäß unmittelbar auf den Weg zu dem vereinbarten Übergabeort gebracht wurden. Hierin kann ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung und damit ein Versuch des Ankaufs als Unterfall des Sichverschaffens liegen. Die bloße Vereinbarung mit den Tätern einer vorausgegangenen Vermögensstrafat, die Beute abnehmen zu wollen, erfüllt den Versuchstatbestand jedoch noch nicht.

3. Der Verfahrensmangel nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist behebbbar. Wird ein solcher Verfahrensmangel festgestellt, muss das Revisionsgericht seine Behebung nicht zwingend besorgen, wenn die bisherigen Feststellungen auf einer unzureichenden Beweisgrundlage beruhen. Der Tatrichter ist verpflichtet, die Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen und grundsätzlich so darzulegen, dass sie vom Revisionsgericht nachgeprüft werden können. Soweit zu dieser Überprüfung eine dem Tatrichter obliegende Feststellung von Tatsachen erforderlich ist, hat er diese rechtsfehlerfrei zu treffen und (gegebenenfalls) zu würdigen.

4. Eine Aufhebung in vollem Umfang hat auch dann zu erfolgen, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Tatgeschehen, das der Verurteilung zu Grunde liegt, und dem Geschehen, auf dessen Grundlage eine Verurteilung möglicherweise in Betracht kommt, nach den Umständen des Falles nicht auszuschließen ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – 3 StR 182/08 Rn. 10).

5. Im Falle einer Mittäterschaft ist die Tat an jedem Ort begangen, an dem auch nur einer der Mittäter gehandelt hat.

378. BGH 3 StR 425/11 – Urteil vom 1. März 2012 (LG Osnabrück)

Totschlag (minder schwerer Fall; schwere Beleidigung; eigene Schuld); Mord (niedrige Beweggründe; Gesamtwürdigung; Heimtücke); Strafzumessung.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB; § 213 StGB

1. Beweggründe sind niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung dieser Frage, ob Beweggründe in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag als verachtenswert erscheinen, erfordert eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren.

2. Gefühlsregungen wie Eifersucht, Wut, Ärger, Hass und Rache kommen in der Regel nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, was am ehesten der Fall ist, wenn diese Gefühlsregungen jeglichen nachvollziehbaren Grundes entbehren.

3. Der Täter muss weiterhin die tatsächlichen Umstände, welche die Niedrigkeit der Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung in sein Bewusstsein aufgenommen und erkannt haben sowie – insbesondere auch bei affektiver Erregung und gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen, wie dies etwa Verärgerung, Wut und Eifersucht sind – in der Lage gewesen sein, sie gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern.

4. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv, welches der Tat ihr Gepräge gibt, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist.

5. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt.

6. Arglos ist das Tatopfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren oder doch erheblichen Angriff rechnet. Ein bloßer, der Tat vorausgegangener Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen schließen die Heimtücke nicht aus, wenn das Opfer hieraus noch nicht die Gefahr einer Tötlichkeit entnimmt. Erforderlich ist vielmehr für die Beseitigung der Arglosigkeit auch bei einem vorangegangenen Streit, dass das Opfer mit einem tätlichen Angriff rechnet.

7. Das Opfer muss weiter gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein.

8. Arg- und Wehrlosigkeit können aber auch gegeben sein, wenn der Täter zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz handelt, und dann unter bewusster Ausnutzung des Überraschungseffekts unmittelbar zur Tötung übergeht und es dem Opfer infolge des überraschenden Angriffs nicht möglich ist, sich Erfolg verspre-

chend zur Wehr zu setzen, so dass die hierdurch geschaffene Situation bis zur Tötungshandlung fort dauert.

437. BGH 4 StR 669/11 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Bielefeld)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug (Vermögensschaden; betrügerische Einreichung gefälschter Schecks: Erteilung der Vorbehaltsgutschrift, schadensausschließende Sicherungen; Betrugsvorsatz); Erstreckung des Erfolgs der Revision.

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 15 StGB; § 357 StPO

1. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der Verfügung (stRspr). In den Gesamtvermögensvergleich vor und nach der Verfügung miteinzubeziehen sind auch bestehende Sicherungsmöglichkeiten, die, sofern sie werthaltig sind und von dem durch die Vermögensverfügung nachteilig Betroffenen ohne Schwierigkeiten realisiert werden können, geeignet sind, einen verfügungsbedingten Vermögensnachteil zu kompensieren.

2. Bei der betrügerischen Einreichung gefälschter Schecks trifft die über die Existenz einer wirksamen Scheckanweisung getäuschte Inkassobank durch die Erteilung der Vorbehaltsgutschrift eine Vermögensverfügung zu Lasten ihres Vermögens. Die Vorbehaltsgutschrift führt zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung, soweit der Kontoinhaber tatsächlich die Möglichkeit hat, auf den vorläufig gutgeschriebenen Scheckbetrag zuzugreifen und die Inkassobank nach den konkreten Umständen des Einzelfalles durch das ihr zukommende Rückbelastungsrecht nicht hinreichend gegen eine Vermögenseinbuße gesichert ist. Eine solche Sicherung der Bank ist in dem Umfang gegeben, in dem das Konto ohne Berücksichtigung der Vorbehaltsgutschrift ein Guthaben aufweist und zu erwarten steht, dass die Rückbelastung des Scheckbetrags wertmäßig abgedeckt sein wird. Aber auch in Fällen, in denen auf Grund der Rückbuchung mit einem Debetsaldo zu rechnen ist, fehlt es an einer schadensgleichen Vermögensgefährdung, soweit ein aus dem Wegfall der Vorbehaltsgutschrift resultierender Ausgleichsanspruch der Bank anderweitig, etwa durch das Pfandrecht der Bank aus Nr. 14 AGB-Banken, gesichert ist oder seitens der Bank ohne Schwierigkeiten realisiert werden kann, weil der Kontoinhaber zum Ausgleich des Kontos willens und in der Lage ist.

3. Eine Vermögensgefährdung scheidet aus, wenn bei erfolgter Vorbehaltsgutschrift wegen einer zum Gutschriftszeitpunkt bereits bestehenden Kontosperrung nicht zu Lasten des Kontos verfügt werden konnte. Entsprechendes gilt, soweit der Kontoinhaber in den Verfügungsmöglichkeiten über sein Konto beschränkt war.

410. BGH 1 StR 28/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Traunstein)

Bandendiebstahl (Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis); Diebstahl im besonders schweren Fall (Voraussetzungen der Geringwertigkeit).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 22 StVG; § 52 StGB; § 53 StGB

Für die Geringwertigkeit des § 243 Abs. 2 StGB kommt es nicht nur auf den erlangten Wert der Diebesbeute an.

Selbst wenn dieser geringwertig war, ist § 243 Abs. 2 StGB nur anwendbar, wenn sich der Tatvorsatz des Angeklagten zudem nur auf die Erlangung eines geringwertigen Gegenstandes gerichtet hätte. § 243 Abs. 2 StGB greift im Übrigen nicht ein, wenn Sachen ohne messbaren Verkehrswert gestohlen werden, wie etwa Ausweispapiere.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

432. BGH 2 StR 639/11 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Mühlhausen)

Auffangrechtserwerb (entgegenstehende Ansprüche Dritter; Wertersatzverfall gegenüber Dritten: erforderliche Feststellungen).

§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB

Gemäß § 73 Abs. 3 StGB kann der Verfall des Wertersatzes nach § 73a StGB zwar auch gegen einen Dritten angeordnet werden, wenn der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und dadurch dieser etwas erlangt hat. Voraussetzung dafür ist aber dann, wenn der Täter nicht als Vertreter des Dritten handelte, dass er dem Dritten die Tatvorteile unentgeltlich oder aufgrund eines jedenfalls bemakelten Rechtsgeschäfts zukommen ließ, „um sie dem Zugriff der Geschädigten zu entziehen oder um die Taten zu verschleiern“, mithin ein so genannter „Verschiebungsfall“ vorliegt (vgl. BGHSt 45, 235, 246; BGH wistra 2010, 406). Der Hinweis, die Übertragung der Vermögenswerte sei „primär im eigenen Interesse“ der Verurteilten erfolgt, formuliert lediglich eine Schlussfolgerung und lässt für sich genommen nicht zwingend den Schluss zu, dass es den Verurteilten um eine Verschiebung der Tatvorteile ging.

424. BGH 2 StR 29/12 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Frankfurt am Main)

Erörterungsmangel hinsichtlich einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Verhältnis zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt); unzulässige Revisionsbeschränkung (Maßregelaußpruch).

§ 64 StGB; § 46 StGB; § 56 StGB; § 56c Abs. 3 Nr. 2 StGB

1. Bei der Frage, ob die Vollstreckung einer zu verhängenden Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann, sind bei einem Drogenkonsumenten, der über einen längeren Zeitraum Straftaten als Folge einer Sucht oder eingewurzelten intensiven Neigung begangen hat, weder frühere noch erneute gleichgelagerte Delikte die Annahme einer positiven Sozialprognose ohne weiteres ausschließen, wenn zugleich die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet wird. Sollte eine Unterbringung nicht in Betracht kommen, kann zu erwägen sein, ob durch Einbindung des Angeklagten in eine geeignete Einrichtung gemäß § 56c Abs. 3 Nr. 2 StGB die Erwartungen an das künftige Verhalten des Angeklagten verbessert werden können.

2. Beruht die Entscheidung über die Gewährung der Strafaussetzung hinsichtlich der anzustellenden Sozialprognose des vorliegend unter Suchtdruck handelnden Angeklagten auf denselben Gesichtspunkten wie die Täterprognose bei der Entscheidung über die Anwendung des § 64 StGB, ist eine rechtlich und tatsächlich selbständige Beurteilung der angegriffenen Entscheidung über die Versagung der Strafaussetzung nicht losgelöst von der Entscheidung über die Unterbringung nach § 64 StGB möglich. Auch der Strafausspruch kann nicht vom Rechtsmittelangriff ausgenommen werden, da es sowohl für die Entscheidung über die Anwendung des § 64 StGB als auch für die Entscheidung über eine Strafrahmengmilderung gemäß § 21 StGB darauf ankommt, aus welchem Grunde der Angeklagte Drogen zu sich nimmt.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

375. BGH 3 BGs 82/12 / 2 BJs 8/12-2 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (Ermittlungsrichter des BGH)

Anordnung von Beschränkungen in der Untersuchungshaft (gesetzliche Grundlage; Zuständigkeit); Vorrang des Bundesrechts; Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers.

§ 119 StPO, § 126 Abs. 1 StPO, § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 133 NJVollzG, 134a Abs. 1 Satz 2 NJVollzG

1. Sitzt der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs in Untersuchungshaft, ist für die Anordnung von Beschränkungen, die dem Beschuldigten aufgrund des Zwecks der Untersuchungshaft aufzuerlegen sind, gemäß § 126 Abs. 1, § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs bis zur Anklageerhebung auch dann zuständig, wenn die Untersuchungshaft in Niedersachsen vollzogen wird. § 134a Abs. 1 Satz 2 NJVollzG ändert hieran nichts. (BGHR)

2. Die aufgrund des Zwecks der Untersuchungshaft erforderlichen Beschränkungen bestimmen sich (auch) in diesem Fall nach § 119 StPO und nicht nach §§ 133 ff. NJVollzG (entgegen Oberlandesgericht Celle, StV 2010, 194; Anschluss an OLG Oldenburg, StV 2008, 195; vgl. auch OLG Frankfurt, NStZ-RR 2010, 294; OLG Rostock, NStZ 2010, 350; OLG Hamm, NStZ-RR 2010, 221 [3. Strafsenat] und NStZ-RR 2010, 292 [2. Strafsenat]; KG, StV 2010, 370; OLG Köln, NStZ 2011, 55). (BGHR)

3. Der Bundesgesetzgeber kann im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung – ungeachtet der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034) – solche Maßnahmen regeln, die den Zweck der Untersuchungshaft (Abwehr von Flucht-, Verdunkelungs- und Wiederholungsgefahren) betreffen. Hiervon hat er in Form des § 119 StPO abschließend Gebrauch gemacht. (Bearbeiter)

4. Den Landesgesetzgebern fehlt sowohl die Gesetzgebungskompetenz zur Schaffung von Regelungen, die den Zweck der Untersuchungshaft unmittelbar betreffen, wie auch die Gesetzgebungskompetenz für eine Änderung der hafterichterlichen Zuständigkeit. Dies betrifft namentlich die richterliche Zuständigkeit in Ermittlungsverfahren, die in die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts beim BGH und damit hinsichtlich der vor Anklageerhebung zu treffenden gerichtlichen Maßnahmen in die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des BGH fallen. (Bearbeiter)

423. BGH 1 StR 623/11 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Traunstein)

Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs (Täuschung; kriminalistische List; Verwertungsverbot bei Vorenthaltung des Tatvorwurfs: Auswirkung auf das Aussageverhalten); Hinweispflicht bei der Annahme eines anderen Mordmerkmals und gebotene Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens (Einstellung durch die Verteidigung).

§ 265 Abs. 1, Abs. 4 StPO; § 211 StGB; § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4 StPO; § 136a StPO

1. Unbeschadet der Möglichkeit, aus ermittlungstaktischen Gründen nicht stets jedes schon bekannte Detail offen zu legen, ist dem Beschuldigten der ihm vorgeworfene Sachverhalt zumindest in groben Zügen zu eröffnen. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Eröffnung im Einzelnen hat der Vernehmende damit einen gewissen Beurteilungsspielraum. Dessen Grenzen sind jedoch überschritten, wenn dem Beschuldigten eines Gewaltdelikts der Tod des Opfers nicht eröffnet wird. Ohne Hinweis auf diesen die Tat prägenden Gesichtspunkt ist sie nicht einmal in groben Zügen eröffnet. Zum Beispiel der ohnehin nicht sehr klare Hinweis, es gehe um das „Schlimme“, was der Beschuldigte dem Tatopfer angetan habe, reicht daher nicht aus.

2. Der Senat lässt die Frage offen, ob ein Verwertungsverbot hinsichtlich einer Aussage besteht, der ein Verstoß gegen diese Eröffnungspflicht vorangegangen ist. Ein Verwertungsverbot kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn ein Belehrungsdefizit das Aussageverhalten des Vernommenen nicht beeinflusst hat. Zu einem Einzelfall des Belegs eines unveränderten Aussageverhaltens, wenn dem Beschuldigten die vorenthaltene Information naheliegender bekannt war.

3. Mängel der polizeilichen Belehrung können das Verfahren erheblich belasten, im Einzelfall sogar den Bestand eines Urteils gefährden. Es gehört auch zu den Aufgaben der Staatsanwaltschaft, im Rahmen ihrer Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens, auch soweit es von der Polizei durchgeführt wird, auf die korrekte Einhaltung der Belehrungsbestimmungen und erforderlichenfalls möglichst auf die Korrektur (wie hier) erkennbarer Mängel hinzuwirken. Dies gilt für alle Ermittlungsverfahren, hat aber in sog. Kapitalsachen besonderes Gewicht.

4. Die Auffassung, es könne bei der Beurteilung der Frage, ob die Hauptverhandlung auszusetzen oder zumindest zu unterbrechen ist (§ 265 Abs. 4 StPO), von Bedeu-

tung sein, ob der vorangegangene Hinweis auf einer Änderung des Sachverhalts oder allein auf einer geänderten rechtlichen Bewertung des unveränderten Sachverhalts beruht, trifft zu. Wenn Anklage und Eröffnungsbeschluss nicht sehr klar letztlich von unterschiedlichen Sachverhalten ausgehen, führt diese Unklarheit aber auch unmittelbar zu einer ebenso in der Entscheidung zu berücksichtigen Unklarheit des Hinweises. Sie steigert sich gegebenenfalls zusätzlich, wenn die geänderte rechtliche Bewertung nach dem Tatgericht lediglich „unter Umständen“ Platz greifen soll.

5. Bei dem Hinweis auf ein zusätzlich in Betracht kommendes Mordmerkmal ist in der Entscheidung über eine Aussetzung oder eine Unterbrechung zu bedenken, dass die Annahme mehrerer voneinander unabhängiger Mordmerkmale wie Heimtücke und niedrige Beweggründe für die Schuldschwere (§ 57a StGB) bedeutsam sein kann.

6. Auf Vorwürfe, die von der zugelassenen Anklage abweichen, braucht sich der Angeklagte nicht einzustellen; daher ist er ausdrücklich auf eine mögliche Änderung der Beurteilung hinzuweisen. Eine nach einem solchen Hinweis mögliche Folge kann daher nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Angeklagte (bzw. sein Verteidiger) den Inhalt des Hinweises nicht vorausgesehen und sich entsprechend hierauf auch nicht vorbereitet hat.

413. BGH 1 StR 43/12 – Urteil vom 21. März 2012 (LG Weiden i.d.OPf.)

Verwertbare Erinnerungen des Ermittlungsrichters bei einer Aussage über eine frühere Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren (Vernehmung einer zeugnisverweigerungsberechtigten Person; ergänzende Verlesung des Protokolls; Vorbereitungspflichten des Ermittlungsrichters; Abgrenzung Vorhalt und verwertbare Äußerung; Beruhen).

§ 52 StPO; § 252 StPO; § 69 StPO; § 337 StPO

1. Frühere Vernehmungen eines die Aussage gemäß § 52 StPO verweigernden Zeugen dürfen grundsätzlich nicht verwertet werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf dann nur das herangezogen werden, was ein vernehmender Richter über die vor ihm gemachten Angaben des über sein Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß belehrten Zeugen aus seiner Erinnerung bekundet. Hierzu darf ihm sein Vernehmungsprotokoll – notfalls durch Verlesen – vorgehalten werden. Dies darf allerdings nicht dazu führen, den Inhalt der Niederschrift selbst für die Beweiswürdigung heranzuziehen. Verwertbar ist vielmehr nur das, was auf den Vorhalt hin in die Erinnerung des Richters zurückkehrt, und es genügt nicht, wenn er lediglich erklärt, er habe die Aussage richtig aufgenommen.

2. Eine Verwertung der protokollierten Aussage des Zeugen ist auch dann unzulässig, wenn sie die Erinnerung des aussagenden früheren Vernehmungsrichters lediglich ergänzen soll. Auf einem Verstoß hiergegen muss das Urteil aber nicht beruhen.

3. Ein zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge wird regelmäßig deshalb durch den Ermittlungsrichter ver-

nommen, weil bei einer späteren Zeugnisverweigerung nur die Aussage des Ermittlungsrichters über die Angaben des Zeugen verwertbar ist. In derartigen Fällen, erfahrungsgemäß oft Gewalt- und/oder Sexualdelikte zum Nachteil von Frauen oder Kindern, hat der Ermittlungsrichter daher die Pflicht, sich schon während der von ihm durchgeführten Vernehmung intensiv darum zu bemühen, sich den Aussageinhalt einzuprägen. Ausfluss dieser Pflicht des Ermittlungsrichters ist es auch, dann, wenn seine Vernehmung als Zeuge ansteht, die Vernehmungsniederschriften einzusehen, um sich erforderlichenfalls die Einzelheiten ins Gedächtnis zurückzurufen.

414. BGH 1 StR 34/12 – Beschluss vom 21. März 2012 (LG Nürnberg)

Denkgesetzlich ausgeschlossenes Beruhen des Urteils auf einer Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens (Verlesung einer Aussagegenehmigung).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 54 StPO

Eine Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens (§ 338 Nr. 6 StPO) durch die Verlesung einer Aussagegenehmigung in nicht öffentlicher Verhandlung gefährdet den Bestand des Urteils in der Regel nicht, weil ein Einfluss des etwaigen Verfahrensfehlers auf das Urteil denkgesetzlich ausgeschlossen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Zeuge zuvor bereits ausgesagt hatte. Die Verlesung einer Aussagegenehmigung, die auch mündlich erteilt werden kann und den Rechtskreis des Angeklagten nicht berührt, ist nicht geboten und daher entbehrlich.

416. BGH 1 StR 17/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Karlsruhe)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Durchführung einer Verständigung mit einem früheren Mitangeklagten, auf dessen Aussage das Gericht seine Überzeugungsbildung stützt (erforderliche Verfahrensrüge; Beruhen).

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Es ist jedenfalls in der Regel geboten, in die Würdigung einer entscheidungserheblichen Aussage eines Tatbeteiligten eine vorangegangene oder im Raum stehende Verständigung in dem gegen ihn wegen desselben Tatkomplexes durchgeführten Verfahren – gleichgültig, ob es Teil des Verfahrens gegen den Angeklagten oder formal eigenständig ist – erkennbar einzubeziehen und nachvollziehbar zu behandeln, ob der Tatbeteiligte im Blick auf die ihn betreffende Verständigung irrig glauben könnte, eine Falschaussage zu Lasten des Angeklagten sei für ihn besser als eine wahre Aussage zu dessen Gunsten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Gründe des Einzelfalls, die derartige Erörterungen gleichwohl entbehrlich erscheinen ließen, aus dem Urteil nicht ersichtlich sind.

2. Für eine entsprechende Rüge ist eine Verfahrensrüge erforderlich, wenn sich aus dem angefochtenen Urteil keine Hinweise auf die Verständigung ergeben.

420. BGH 1 StR 648/11 – Urteil vom 20. März 2012 (LG Regensburg)

Kognitionspflicht des Gerichts bei einer möglichen Vergewaltigung durch Würgen (gefährliche Körperverletzung); Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (Gewalt; Nötigung).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 264 StPO; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. Nach § 264 StPO muss das Gericht die in der Anklage bezeichnete Tat so, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt, unter allen rechtlichen Gesichtspunkten aburteilen. Es ist verpflichtet, den Unrechtsgehalt der Tat voll auszuschöpfen, sofern keine rechtlichen Hindernisse im Wege stehen. Der Tatbegriff des § 264 Abs. 1 StPO entspricht dabei demjenigen des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO.

2. Würgegriffe am Hals können im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB lebensgefährlich sein, wobei allerdings nicht jeder Griff an den Hals ausreicht. Von maßgeblicher Bedeutung sind hierbei vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät. Erforderlich, aber auch genügend ist, dass die Art

der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden; einer konkreten Gefährdung bedarf es nicht (stRSpr). An der Erörterung und Aburteilung eines solchen Geschehens hindert das Gericht ein mangelnder Strafantrag hinsichtlich § 223 StGB nicht.

428. BGH 2 StR 565/11 – Urteil vom 7. März 2012 (LG Kassel)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der versuchten Vergewaltigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung; Rachemotiv).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

Die Rechtsprechung stellt besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung in Konstellationen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht (BGHSt 44, 153, 158 f.). Erforderlich sind insbesondere eine sorgfältige Inhaltsanalyse der Angaben, eine möglichst genaue Prüfung der Entstehungsgeschichte der belastenden Aussage, eine Bewertung des feststellbaren Aussagemotivs, sowie eine Prüfung von Konstanz, Detailliertheit und Plausibilität der Angaben.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

403. BGH 5 StR 288/11 – Beschluss vom 15. März 2012 (OLG Braunschweig)

BGHSt; Vorlageverfahren; Unterschreiten von Mindestlöhnen; Strafklageverbrauch; Doppelbestrafungsverbot; ne bis in idem; Vorenthalten von Arbeitsentgelt durch Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen.

§ 153a StPO; § 266a StGB; § 5 Abs. 1 AEntG a.F.; Art. 103 GG; § 121 Abs. 2 GVG; § 79 Abs. 3 OWiG; § 46 OWiG; § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG

1. Sieht die Staatsanwaltschaft nach der Erfüllung von Auflagen von der Verfolgung eines Vergehens des Vorenthalten und der Veruntreuung von Beiträgen (§ 266a StGB) nach § 153a Abs. 1 StPO endgültig ab, so steht § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO der Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEntG aF (nunmehr § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG) wegen der Unterschreitung von Mindestlöhnen (§ 1 Abs. 1 AEntG aF) nicht entgegen. (BGHSt)

2. Zwischen Taten nach § 266a StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt durch Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen) und der Nichtzahlung des – für die Höhe der Beiträge maßgeblichen – Mindestlohns (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AEntG aF) besteht weder materiellrechtliche Tateinheit noch liegt eine Tat im prozessualen Sinn (§ 264 StPO) vor. (Bearbeiter)

3. Vorwürfe nach § 266a StGB und Vorwürfe der Mindestlohnunterschreitung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEntG

aF stehen im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander (§ 53 StGB). Dies gilt für sämtliche tatbestandliche Varianten des § 266a StGB. (Bearbeiter)

408. BGH 5 StR 567/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Berlin)

Vorabentscheidungsverfahren; erschlidenes Schengen-Visum; gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern.

Art. 267 AEUV; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1 AufenthG; § 95 Abs. 6 AufenthG

Der Senat legt dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vor: „Sind die die Erteilung und die Annullierung eines einheitlichen Visums regelnden Art. 21, 34 der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (ABl. L 243 vom 15. September 2009 S. 1, Visakodex – VK) dahin auszulegen, dass sie einer aus der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften resultierenden Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern in Fällen entgegenstehen, in denen die geschleusten Personen zwar über ein Visum verfügen, dieses aber durch arglistige Täuschung der zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaates über den wahren Reisezweck erlangt haben?“

425. BGH 1 StR 662/11 – Beschluss vom 7. März 2012 (LG Augsburg)

Verhältnis des Betruges zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (milderes Gesetz; Meistbegünstigungsgrundsatz; Verjährung bei echten Unterlassungsdelikten).

§ 266a StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 263 StGB; § 78 StGB

1. Von dem neu gefassten Tatbestand des § 266a StGB sind auch betrugsähnliche Begehungsweisen erfasst, so dass die Vorenthaltung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen nach neuem Recht dem Betrug als *lex specialis* vorgeht. Diese Gesetzeslage ist gegebenenfalls bei der

gebotenen konkreten Betrachtungsweise als die dem Angeklagten günstigere gemäß § 2 Abs. 3 StGB zur Anwendung zu bringen. Dies kann insbesondere im Hinblick auf verwirklichte Regelbeispiele von Bedeutung sein.

2. Bei echten Unterlassungsdelikten wie § 266a Abs. 1 StGB und § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB sind die Taten erst beendet, wenn die Beitragspflicht erloschen ist, sei es durch Beitragsentrichtung, sei es durch Wegfall des Beitragsschuldners.

Aufsätze und Anmerkungen

Das 45. Strafrechtsänderungsgesetz – Ein erstes europäisiertes Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität

Von Prof. Dr. Martin Heger, HU Berlin

I. Einleitung

Am 6. Dezember 2011 – auf den Tag genau drei Jahre nach Inkrafttreten der ihm zugrunde liegenden Umweltstrafrechts-Richtlinie 2008/99/EG¹ – wurde das „Fünf- und vierzigste Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt (45. StrRÄndG)“ erlassen.² Ausweislich seines Art. 5 sollte dieses Gesetz in zwei Etappen in Kraft treten: Art. 1, der Änderungen des StGB vorsieht, und Art. 4 mit für das Kriminalstrafrecht unbeachtlichen Änderungen der Abfallverbringungsbußgeldverordnung (AbfVerbrBußV) sind bereits am Tage nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt,³ d. h. am 14.12.2011 in Kraft getreten; ihnen werden zum 13. Juni diesen Jahres die Art. 2 und 3 mit – strafrechtlich relevanten – Änderungen des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) und des Bundesjagdgesetzes (BJagdG) folgen.

Angesichts seiner Zielsetzung, die Umweltstrafrechts-Richtlinie der EG in deutsches Strafrecht zu überführen, zählt dieses 45. StrRÄndG mit seinen Änderungen der §§ 311, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 330c und 330d StGB sowie der Strafnormen des BNatSchG und des BJagdG sicherlich zu den größeren Gesetzesvorhaben auf dem Gebiet des strafrechtlichen Umweltschutzes und ergänzt insoweit das 18. und das 31. Strafrechtsänderungsgesetz, mit denen in den Jahren 1980 bzw. 1994 zunächst das Umweltstrafrecht im StGB zusammengefasst und damit sozusagen kodifiziert und fast anderthalb Jahrzehnte später erheblich umgebaut und ausgeweitet worden war.⁴ Diese beiden vorausgegangenen Strafrechtsänderungsgesetze waren vom deutschen Strafgesetzgeber aber nicht nur chronologisch innerhalb der Strafrechtsreform durchnummeriert worden; vielmehr verband man die laufende Nummer in der amtlichen Bezeichnung jeweils programmatisch mit dem Zusatz „Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität“ (1980) – im Rückblick regelmäßig als 1. UKG bezeichnet – bzw. „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität“ (1994; 2. UKG).⁵

Eine Titulierung des 45. StrRÄndG auch als 3. UKG wäre angesichts der Vorgänger vielleicht nahe liegend gewesen; der Gesetzgeber „versteckt“ demgegenüber die inhaltliche Zielrichtung – nämlich die zweite umfangreiche Reformierung insbesondere der §§ 311 und 324 ff. StGB aus dem Kernstrafrecht sowie einzelner Bereich des Um-

¹ ABl.EU 2008, L 328, S. 28. Dazu Zimmermann ZRP 2009, 74 ff., und Hecker, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht (2011), § 28. Zu den Vorschlägen ausführlich Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts (2009), S. 275 ff. – Zu den Auswirkungen der Lissabon-Entscheidung des BVerfG auf die Europäisierung des Umweltstrafrechts vgl. Reiling/Reschke wistra 2010, 47 ff.

² Zum Gesetzgebungsverfahren Möhrenschrager wistra 12/2011, S. V sowie bereits zu den Inhalten ausführlicher in wistra 3/2011, S. V ff. und wistra 4/2011, S. V ff.

³ BGBl. 2011 I, S. 2557.

⁴ Vgl. nur Heger (Fn. 1), S. 167 ff.

⁵ Vgl. nur Heger (Fn. 1), S. 169 ff.

weltnebenstrafrechts⁶ – hinter der eher formal anmutenden Zielsetzung der Umsetzung einer EG-Richtlinie. Weil wiederum deren ausdrücklicher – und in die Titulierung des 45. StrRÄndG – mit aufgenommener Zweck der „strafrechtliche Schutz der Umwelt“ ist, dient natürlich auch das 45. StrRÄndG, eben indem es die europarechtlichen Verpflichtungen zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt aufgreift und in nationales Strafrecht umformt, wie das 1. und 2. UKG der Bekämpfung der Umweltkriminalität.

II. Europäisierung des Umweltstrafrechts

Schon ausweislich seiner amtlichen Bezeichnung dient das 45. StrRÄndG der Umsetzung der Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt. Mit dem 45. StrRÄndG wird mithin die Europäisierung dieses Rechtsgebiets, die schon seit der Konvention des Europarates vom 4.11.1998⁷, dem Wiener Aktionsplan vom 3.12.1998⁸ und den Schlussfolgerungen des Ratsvorsitzes von Tampere vom 15./16.10.1999 hoch oben auf der kriminalpolitischen Agenda der Europäischen Union gestanden hat,⁹ dann aber angesichts konkurrierender Rechtssetzungsvorschläge innerhalb der ersten und dritten Säule – den Richtlinien-Vorschlag der Kommission vom 13.3.2001¹⁰ lehnte der Rat schließlich ab und erließ am 27.1.2003 den Rahmenbeschluss 2003/80/JI¹¹, der wiederum vom EuGH aus Kompetenzgründen für nichtig erklärt worden ist – bis zur Entscheidung des EuGH vom 13.9.2005¹² die Union in eine tiefe intra-institutionelle Krise stürzen sollte, bevor im Jahr 2008 dann die Beteiligten – namentlich EG-Kommission und Rat – sich darauf verständigten, mittels einer EG-Richtlinie die wesentlichen Bestimmungen des zuvor vom EuGH aus kompetenzrechtlichen Gründen für nicht erklärten EU-Rahmenbeschlusses 2003/80/JI doch noch als Grundlage für EU-weite Mindestvorgaben zum Umweltstrafrecht heranzuziehen. Auch wenn nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam zum 1.5.1999 auf Grundlage von Art. 31 und 34 EUV a.F. bereits eine Anzahl von strafrechtsrelevanten Rahmenbeschlüssen ergangen und in das nationale Recht umgesetzt worden sind,¹³ sind doch – nimmt man noch die Richtlinie 2009/123/EG „über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße“¹⁴ hinzu, deren Vorgaben freilich nach Einschätzung des Gesetzgebers bereits de lege lata insbesondere von § 324 StGB erfüllt worden sind¹⁵ – mit den beiden Richtlinien zum Umweltstrafrecht in einem weiteren Sinne erstmals verbindliche

Vorgaben für das nationale Strafrecht mittels EG-Richtlinien erlassen worden; die Europäisierung des Umweltstrafrechts¹⁶ wurde so doch noch zum Prototyp einer Europäisierung des Wirtschafts- und Umweltstrafrechts.

In der Gesetzesbegründung wird daher zunächst die Entstehungsgeschichte der umzusetzenden Richtlinie kurz referiert¹⁷ und sodann ausführlich – orientiert an den Bestimmungen der genannten Richtlinie – der daraus resultierende Umsetzungsbedarf im deutschen Strafrecht skizziert.¹⁸ Über die Richtlinien-Vorgaben hinaus gehen auf den ersten Blick nur ganz wenige Bestimmungen des 45. StrRÄndG. Aus europarechtlicher Sicht ist das gewählte Vorgehen mustergültig, nimmt es doch den umzusetzenden Rechtsakt als Ausgangspunkt und verdeutlicht – auch mit Blick auf den nationalen Gesetzgeber – welcher Umsetzungsbedarf tatsächlich gegeben ist; das zeigt zugleich auf, dass der Gesetzgeber – will er ergänzend andere Bestimmungen als die von den europäischen Vorgaben betroffenen ändern – dies sozusagen „auf eigene Rechnung“ tun muss; soweit er bestehende Spielräume nutzen möchte, muss er dabei vor allem die Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts berücksichtigen, sollte aber auch darüber hinaus bei seiner Strafgesetzgebung etwa ein rationales kriminalpolitisches Programm verfolgen. Diese beiden Gesichtspunkte treten demgegenüber bei der Umsetzung zwingender Richtlinien-Vorgaben zurück; der Vorrang des Europarechts zwingt den nationalen Gesetzgeber dazu, sogar gegen seine verfassungsrechtlichen Vorgaben, erst recht aber gegen bislang beachtete kriminalpolitische Grundsätze sein Strafrecht den EU-Vorgaben anzupassen.

Aus diesen Gründen sieht Art. 83 Abs. 3 AEUV mit Wirkung seit dem 1.12.2009 vor, dass jeder EU-Mitgliedstaat gegen strafrechtliche Richtlinien, die seine strafrechtlichen Grundprinzipien tangieren können, ein Veto einlegen kann.¹⁹ Zur Zeit der Verabschiedung der Richtlinie 2008/99/EG wie auch der vom Gesetzgeber mitberücksichtigten Richtlinien zur Meeresverschmutzung war der Vertrag von Lissabon²⁰ und mithin dieses Veto-Recht noch nicht in Kraft, so dass der deutsche Gesetzgeber angesichts der Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung im Rat letztlich keine durchgreifende Möglichkeit gehabt hat, eine ihm unter Umständen mit Blick auf die Struktur und die Grundprinzipien des deutschen Strafrechts missliebige europarechtlich zwingende Richtlinien-Vorgabe zu verhindern. Das soll nicht heißen, dass die Vorgaben der Umweltstrafrechts-Richtlinie den deutschen Gesetzgeber in ein unlösbares Dilemma gestürzt hat, doch ist es jedenfalls angesichts der Unvermeidlichkeit der Richtlinien-Vorgaben nur konsequent, die vorliegende deutsche Strafrechtsreform-Gesetzgebung allein am Europarecht in Gestalt der genannten Richtlinien auszurichten. Deshalb verwundert es auch nicht, dass die in allein national motivierten Strafrechtsreform-Vorschlägen re-

⁶ Zur Zielsetzung der Umweltstrafrechtsreformen von 1980 und 1994 vgl. nur *Klopefer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. (2002), Rn. 7 ff.

⁷ ETS Nr. 172. Dazu *Knaut*, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts (2005), S. 270 ff.

⁸ ABl. EG 1999, Nr. C 19, S. 1.

⁹ Vgl. *Heger* (Fn. 1), S. 143 f.

¹⁰ ABl. EG 2001, C 180, S. 238; dazu *Schmalenberg*, 2003.

¹¹ ABl. EU 2003, L 29, S. 55; dazu *Knaut* (Fn. 7), S. 340 ff., und *Mansdörfer* Jura 2004, 297 ff.

¹² EuGH, Slg. 2005, I-7879.

¹³ Vgl. nur die Aufzählung bei *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. (2010), § 11 Rn. 11 ff.

¹⁴ ABl. EU 2009, L 280, S. 52.

¹⁵ BR-Drs. 58/11, S. 18.

¹⁶ Dazu allgemein *Knaut* (Fn. 7); *Heger* (Fn. 1); *Ruhs* ZJS 2011, 13 ff.; *Mansdörfer* Jura 2004, 297 ff.

¹⁷ BR-Drs. 58/11, S. 10 f.

¹⁸ BR-Drs. 58/11, S. 11 ff.

¹⁹ Dazu ausführlich *Heger* ZIS 2009, 406, 413 ff.

²⁰ Zu den Auswirkungen des Vertrags von Lissabon auf das Umweltstrafrecht vgl. *Reiling/Reschke* wistra 2010, 47 ff.

gemäßig am Anfang stehenden Erwägungen über das geschützte Rechtsgut als die kriminalpolitische Legitimierungsgrundlage einer Strafgesetzgebung hier keinerlei Erwähnung gefunden haben. Bemerkenswert ist dies angesichts des Gegenstandes des 45. StrRÄndG – des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt – freilich schon, war doch gerade das Umweltstrafrecht seit Beginn der Diskussion um seine Kodifizierung innerhalb des StGB in den späten 1970er Jahren insbesondere auch ein Schlachtfeld der Disputanten zum Rechtsgutprinzip.²¹

III. Vor dem 45. StrRÄndG: Die Europäisierung der „Altatbestände“

Zugleich macht die amtliche Überschrift des 45. StrRÄndG noch etwas anderes deutlich: Hatte der deutsche Strafgesetzgeber beim 1. und auch noch beim 2. UKG das „Heft des Handelns“ allein in der Hand, so dass er unbeeinflusst von äußeren Vorgaben Zielrichtung und Inhalte dieser Strafrechtsänderungsgesetze bestimmen konnte, hat sich dies inzwischen grundlegend verändert. Mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2008/99/EG am 26.12.2010 war er vielmehr von Europarechtswegen verpflichtet, alle die Bestimmungen seines Umweltstrafrechts den Richtlinien-Vorgaben anzupassen, die diesen noch nicht entsprochen haben. Weil aber bereits einige der Straftatbestände der §§ 324 ff. StGB sowie des Nebenstrafrechts ganz oder teilweise die Vorgaben der Richtlinien vorweggenommen haben, bedurfte es insoweit naturgemäß keines gesetzgeberischen Umsetzungsaktes mehr. Das heißt aber nicht, dass nicht auch diese die Richtlinien-Vorgaben bereits antizipierenden „Altatbestände“ nicht ebenfalls – und zwar ohne weiteren (Umsetzungs-)Rechtsakt – europäisiert worden sind.²²

1. Verbot der Entkriminalisierung

bezogen auf die Mehrzahl der Tatbestände des deutschen Umweltkern- und -nebenstrafrechts, welche – noch allein aufgrund nationalen Antriebs – die nunmehr EU-weit geltenden Mindeststandards vorweggenommen und damit die Richtlinien-Vorgaben erfüllt haben, hat sich spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist etwas grundsätzliches geändert, denn seither könnte der deutsche Gesetzgeber sich nicht mehr einfach mit einem „Federstrich“ dieser Strafnormen entledigen. Vielmehr müsste er, wollte er etwa unter dem Stichwort einer „Rücknahme von Überkriminalisierungen“ im Umweltstrafrecht zunächst prüfen, ob nicht aus den EG-Richtlinien zum Umweltstrafrecht und zur Meeresverschmutzung quasi eine Bestandsgarantie für wesentliche Teile des hergebrachten deutschen Umweltstrafrechts abzuleiten ist. Insbesondere die im Schrifttum immer wieder erhobene Forderung, das Umweltstrafrecht partiell auf der Tatbestandsebene einzuschränken, um so nur noch die wirklich strafbedürftigen Fälle mit der „Keule des Strafrechts“ zu treffen und damit den Grundsatz „minima non curat

praetor“ optimal zu verwirklichen, geht seither ins Leere, soweit die weite Tatbestandsfassung zur Erfüllung der Vorgaben der EG-Richtlinien beibehalten werden muss.

2. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Dass bereits das Gros der Vorgaben der EG-Richtlinie im tradierten deutschen Strafrecht enthalten gewesen ist, was der Gesetzgeber – nachdem ihm eine fristgerechte Umsetzung des teilweise unbestreitbaren, wenngleich nicht allzu umfänglichen Änderungsbedarf nicht mehr gelungen war – Ende 2010 zum Anlass genommen hatte, sozusagen „vorläufig“ der EU-Kommission Erfüllung in Sachen einer Mindestharmonisierung²³ des Umweltstrafrechts zu vermelden, bedeutet aber nicht nur eine Veränderungssperre in Richtung auf eine Entkriminalisierung (eine Ausweitung der deutschen Strafnormen sowie eine Strafschärfung wäre europarechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden, solange dadurch nicht z. B. die Grundfreiheiten des AEUV faktisch ausgehebelt würden).

Indem die nationalen Strafnormen seit Neuestem auch der Erfüllung von EU-Vorgaben dienen, hat sich zugleich der Auslegungsmaßstab verändert; da auch viele (aber nicht alle) „Altatbestände“ der §§ 324 ff. StGB nunmehr der Umsetzung der Umweltstrafrechts-Richtlinie dienen, gilt mit Blick auf ihre Auslegung der Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung gegenüber anderen denkbaren Auslegungsmethoden, wenn und soweit nur mittels ersterer ein Ergebnis erreicht werden kann, das inhaltlich der Richtlinien-Vorgabe entspricht.²⁴ Und dies hat mit dem nationalen Umsetzungsgesetz – hier dem 45. StrRÄndG – nichts zu tun, so dass es weder auf dessen Erlass noch dessen Inkrafttreten ankommen kann. Vielmehr besteht die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bei allen Altatbeständen bereits seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist, d. h. seit dem 26.12.2010.

Dass dadurch möglicherweise ein Beschuldigter für etwas bestraft wird, was im Lichte allein der bis dahin gebräuchlichen Interpretation deutscher Gerichte keine solche Strafe begründet hätte, ist hinzunehmen, denn in Deutschland gilt grundsätzlich kein Vertrauensschutz mit Blick auf eine ständige Rechtsprechung; ändert sich diese im Rahmen der allgemein anerkannten Auslegungsregeln, wird man allenfalls im Ausnahmefall über die Figur eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 Satz 1 StGB) helfen können. Das ist aber nichts Neues; man denke nur an die Änderung der Rechtsprechung zur absoluten Fahruntüchtigkeit i. S. von §§ 315c, 316 StGB, welche zu einer vom Täter zur Tatzeit noch nicht absehbaren Absenkung der Promillegrenze von 1,3 auf 1,1 geführt hat-

²³ Zur Harmonisierung als strafrechtlichem Europäisierungsfaktor vgl. Hecker (Fn. 13), § 11 und in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht (2011), § 10.

²⁴ Dazu allgem. Hecker (Fn. 13), § 10. – Eine Pflicht zur Konform-Auslegung von strafrechtlichen Vorgaben der EU hat – wengleich mit Blick auf einen Rahmenbeschluss – der EuGH in seinem bekannten „Pupino“-Urteil statuiert (EuGH, Slg. 2005, I-5285); grundlegend zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des deutschen Abfallstrafrechts bereits BGHSt 37, 21, 23 ff.

²¹ Vgl. dazu nur Heger (Fn. 1), S. 204 ff.

²² Allgemein zum Begriff der Europäisierung des nationalen Strafrechts Satzger, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht (2011), § 9.

te.²⁵ Die europarechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung wird mit Blick auf den Vertrauensschutz keine anderen Ergebnisse zeitigen, schon weil diese Pflicht von Europarechtswegen nur innerhalb des nach nationalem Recht gegebenen Auslegungskanons besteht.

Namentlich eine zum Nachteil des Beschuldigten über den Wortlaut einer Strafnorm hinausgehende Interpretation bleibt damit eine nach deutschem Strafrecht (§ 1 StGB) und Verfassungsrecht (Art. 103 Abs. 2 GG) unzulässige Analogie in malam partem, auch wenn nur dadurch einer Richtlinien-Vorgabe effektiv Rechnung getragen werden könnte. Daher könnte man nicht etwa die Regelung des § 326 Abs. 2 StGB a.F. seit Ablauf der Umsetzungsfrist richtlinienkonform dahingehend verstehen wollen, dass eine Verbringen von Abfällen „durch den Geltungsbereich dieses Gesetzes“ bereits bei deren bloß innerstaatlichem Transport „von A nach B“ und nicht – wie das bisherige Tatbestandsverständnis – nur der Transit der Abfälle durch das Bundesgebiet; ein Transport innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes ist eben nicht sprachlich von einem Transport „in den, aus dem oder durch den Geltungsbereich des Gesetzes“ erfasst.²⁶ Das gleiche gilt für die bis 2011 in § 326 Abs. 1 StGB allein und abschließend genannten Tathandlungen: Von einem Behandeln, Lagern, Ablagern, Ablassen oder sonst Beseitigen²⁷ kann eben bei einem Transportvorgang, der nicht mit einer Beseitigung der Abfälle verbunden ist, nicht die Rede sein. Deswegen ergibt sich eine Strafbarkeit für die innerstaatliche Beförderung von Abfällen, sofern diese nicht zugleich beseitigt werden oder als Gefahrgüter unter § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB einzustufen sind, erst mit der Einfügung der Tathandlung des „Beförderns“ in § 326 Abs. 1 StGB n.F. durch das 45. StrRÄndG (näher dazu unten).

Demgegenüber dürfte die in einem Beitrag kürzlich angemahnte richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der „Verbringung von Abfällen“ auf jeden Transportvorgang (und nicht – wie bislang herrschend – auf den Zeitpunkt des Grenzübertretts bezogen) in § 326 Abs. 2 StGB²⁸ bereits ab dem Zeitpunkt des Verstreichens der Umsetzungsfrist zurückwirken. Mit Aufnahme der genannten Beförderungs-Alternative in § 326 Abs. 1 StGB n.F. hat sich der Anwendungsbereich einer verpflichtenden richtlinienkonformen Auslegung des § 326 Abs. 2 StGB genau genommen verändert. Angesichts des klaren Wortlauts von § 326 Abs. 2 StGB a.F. war zwischen dem 26.12.2010 und dem 13.12.2011 ein vollendetes Verbringen „in den, aus dem oder durch den Geltungsbereich“ von Abfällen i. S. von § 326 Abs. 1 StGB in richtlinienkonformer Auslegung anzunehmen ab dem Beginn des jeweiligen Transportvorgangs. Das Bedürfnis für eine solche richtlinienkonforme Auslegung des nunmehr in § 326 Abs. 2 Nr. 2 StGB umnummerierten, sprachlich aber unveränderten Tatbestandes hat sich aber streng genommen mit Inkrafttreten des veränderten § 326 Abs. 1 StGB erledigt, weil dessen neue Beförderungsalternative mit Blick auf die in § 326 Abs. 1 genannten und in

§ 326 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Bezug genommenen Abfälle bereits jeden innerstaatlichen Transportvorgang von Beginn an erfasst.

Freilich hat sich damit aber nicht jegliches Bedürfnis nach einer richtlinienkonformen Auslegung des § 326 Abs. 2 StGB n.F. erledigt, denn in dessen neuer Nr. 1 werden auch in § 326 Abs. 1 StGB nicht genannte, ungefährliche Abfälle strafrechtlich erfasst; deren „Verbringung in den, aus dem oder durch den Geltungsbereich des Gesetzes“ kann also nicht zugleich i. S. von § 326 Abs. 1 StGB tatbestandlich als Beförderung aufgefasst werden. Weil auch der Gefahrgut-Tatbestand des § 328 Abs. 3 StGB insoweit nicht greift, ist zumindest die Tathandlung des Verbringens mit Blick auf § 326 Abs. 2 Nr. 1 StGB (nicht notwendig auch für Nr. 2) im Lichte der Vorgabe von Art. 3 lit. d der Umweltstrafrechts-Richtlinie richtlinienkonform auszulegen. Um zu verhindern, dass das „Verbringen“ als Tatbestandshandlung innerhalb von § 326 Abs. 2 StGB n.F. – je nach seinem Gegenstand – unterschiedlich ausgelegt wird, ist natürlich auch mit Blick auf § 326 Abs. 2 Nr. 2 StGB aus systematischen Gründen und im Interesse des Bestimmtheitsgrundsatzes eine richtlinienkonforme Auslegung, wie sie ja bis vor wenigen Monaten hierfür sogar geboten war (s. o.), vorzugswürdig, auch wenn die Ausweitung von § 326 Abs. 1 StGB von Europarechtswegen dem Zwang zu dieser Auslegung den Boden entzogen hat.

3. Pflicht zur Vorlage an den EuGH

Wenn die Bestimmungen der Richtlinie bereits weitgehend in den § 324 ff. StGB sowie auch in einzelnen nebenstrafrechtlichen Bestimmungen (z. B. des Chemikalienstrafrechts) enthalten sind, folgt daraus, dass bei Zweifeln über eine im Lichte der Richtlinien-Vorgaben gebotene Auslegung dieser „Alttatbestände“ nicht mehr allein die nationale Straf- und Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist. Vielmehr statuiert Art. 267 AEUV jedenfalls für die letztinstanzlich zuständigen Strafgerichte – BGH oder die Oberlandesgerichte – eine Vorlagepflicht bei solchen Fragen. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) wird im Einzelfall eine Vorlagepflicht auch für die unteren Instanzen bejaht werden können;²⁹ berechtigt zu einer Richtervorlage nach Art. 267 AEUV sind sie in jedem Fall.

Durch ein solches Vorlageverfahren könnten Umweltstrafverfahren – sowie Zweifel an der von Europarechtswegen richtigen Auslegung der maßgeblichen Strafnormen aufkommen – erheblich in die Länge gezogen werden.³⁰ Nicht umsonst handelte es sich bei dem Parade Fall eines i. S. von Art. 6 Abs. 1 EMRK überlangenen Strafverfahrens vor dem EGMR – dem Fall „Metzger“ aus dem Jahr 2001³¹ – um ein Umweltstrafverfahren. Deshalb wird die Strafjustiz spätestens jetzt – nach der Europäisierung eines ganzen Abschnitts des deutschen Strafrechts – nicht nur die Vorlagevoraussetzungen genau

²⁵ BGHSt 37, 89.

²⁶ Knaut (Fn. 7), S. 360; Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 326 Rn. 12c.

²⁷ Dazu Heine (Fn. 26), § 326 Rn. 10 f.

²⁸ Dazu Kropp NStZ 2011, 674 ff.

²⁹ BVerfG NJW 1989, 2464.

³⁰ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 44 ff.

³¹ EGMR NJW 2002, 2856; vgl. dazu auch Waßmer ZStW 118 (2006), 159 ff.

prüfen müssen, sondern zugleich auch bedenken, ob und ggf. wie eine zügige Bearbeitung durch den EuGH gewährleistet werden kann.³²

IV. Zu den einzelnen Änderungen

Da die ausdrückliche Zielsetzung des 45. StrÄndG ja nur dahin geht, die durch die EG-Richtlinien gebotenen Änderungen des deutschen Umweltstrafrechts vorzunehmen, bleiben folgerichtig alle diejenigen Normen unverändert, welche entweder – zumindest aus Sicht des Gesetzgebers – bereits den Richtlinien-Vorgaben vollumfänglich entsprechen (das gilt wohl für §§ 324, 324a StGB, aber auch für das Chemikalienstrafrecht) oder – wie z. B. § 325a StGB – durch die Richtlinien nicht betroffen sind.

1. Des Kernstrafrechts

a) § 311 Abs. 1 StGB

Während in Nr. 1 nur eine redaktionelle Anpassung an die Erweiterung des § 330d StGB erfolgt ist, ist Nr. 2 geringfügig tatbestandlich ausgeweitet worden. Dabei ging es dem Gesetzgeber ausnahmsweise nicht um eine Umsetzung von Richtlinien-Vorgaben, sondern um die Vorgaben des Übereinkommens vom 26. Oktober 1979 über den physischen Schutz von Kernmaterial in seiner am 8.7.2005 geänderten Fassung, welcher der Bundestag mit Gesetz vom 6.7.2008 zugestimmt hat. Von § 311 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. wurden Kernspaltungsvorgänge nur erfasst, wenn diese geeignet waren, Leib, Leben oder fremde Sache von bedeutendem Wert zu schädigen; die in Art. 7 des Übereinkommens vorgesehene Erfassung einer Eignung für bedeutende Umweltschäden sollte damit gerade nicht ausreichen können. Deshalb wurde der Kreis potenziell gefährdeter Objekte um die Umweltmedien und Umwelterscheinungsformen erweitert.³³ Damit wurde der – dem Standort im 28. BT-Abschnitt über „Gemeingefährliche Straftaten“ entsprechende – Charakter von § 311 Abs. 1 StGB als gemeingefährliches Delikt in Richtung auf ein auch umweltschützendes Delikt erweitert.

b) § 325 StGB

Der Tatbestand der Luftverunreinigung in § 325 StGB, der bisher einen Immissions- (Abs. 1) und einen Emissionstatbestand (Abs. 2) sowie für beide geltende Regelungen zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (Abs. 3 a.F.) und zu Definitionen (Abs. 4 a.F.) sowie schließlich eine Ausschlussklausel für den motorisierten Verkehr (Abs. 5 a.F.) enthalten hat, ist mit dem 45. StrÄndG zwar seiner Grundstruktur unangetastet geblieben, inhaltlich und redaktionell aber nicht unerheblich umgebaut worden. Dies alles betrifft aber nur den Emissionstatbestand, der in Abs. 2 n.F. ausgeweitet und durch Abs. 3 n.F. ergänzt worden ist.³⁴

³² Dazu ausführlich *Wolter*, Vorabentscheidungsverfahren und Beschleunigungsgebot in Strafsachen (2011).

³³ Vgl. BR-Drs. 58/11, S. 20.

³⁴ Dazu BR-drs. 58/11, S. 20 f.

aa) Einschränkung der Privilegierung des motorisierten Verkehrs

Politisch brisant im Gesetzgebungsverfahren war vor allem der auf diese beiden neuen Emissionstatbestände bezogene Verzicht auf die tradierte Privilegierungsklausel zugunsten des motorisierten Verkehrs, so dass heutzutage auch Emissionen von Kraftfahrzeugen etc., soweit sie im Übrigen die Tatbestandsvoraussetzungen der § 325 Abs. 2 und 3 StGB n.F. erfüllen, nicht mehr per se vom Anwendungsbereich ausgeklammert sind. Der Gesetzgeber war offenkundig der Auffassung, dass die – inhaltlich m. E. durchaus zweifelhaften und auch schon früher immer wieder kritisierte³⁵ – Privilegierung des motorisierten Verkehrs in § 325 StGB mit den Vorgaben der Richtlinie nicht vereinbar sei, weil diese eine Strafbewehrungspflicht allgemein an die Emission von Schadstoffen in die Luft anknüpfe.³⁶ Für sich betrachtet ist diese Lesart sicherlich nicht zu beanstanden; gleichwohl erscheint mir diese Auffassung nicht zwingend, denn nach Art. 2 lit. a der Richtlinie müsste die emittierte Menge von Stoffen zu einer erheblichen Schädigung bestimmter Güter geeignet sein, was man für die Abgase eines Pkw verneinen muss,³⁷ während die beim Betrieb ausgestoßenen Abgase eines Schiffes oder Flugzeugs regelmäßig durch dessen Betriebsgenehmigung erfasst und damit nicht rechtswidrig sein dürften. Boden- und Wasserverunreinigungen durch die Abgabe von Stoffen waren ohnehin bereits durch §§ 324, 324a StGB, die beide keine entsprechende Privilegierung kennen, erfasst.³⁸ Das soll – wie gesagt – nicht heißen, dass der deutsche Strafgesetzgeber nicht die – heute vielleicht wirklich unzeitgemäße – Privilegierung des motorisierten Verkehrs auf den Gesetzesprüfstand hätte stellen können; allein: aus EU-Perspektive war er dazu m. E. nicht verpflichtet. Festzuhalten ist aber noch, dass diese Streichung der Privilegierung nur für die Emissionstatbestände, nicht auch für den inhaltlich unverändert belassenen Immissionsstatbestand (Abs. 1) Geltung beansprucht. Teilt man – entgegen der Einschätzung des Gesetzgebers – die hier vertretene Position, dass die Aufgabe der Privilegierung des motorisierten Verkehrs letztlich zwar europarechtlich motiviert, nicht aber durch das Europarecht erzwungen gewesen ist, stellt sich natürlich die Frage, warum der Gesetzgeber bei den Tatbeständen, die durch angesichts der Richtlinien-Vorgaben keiner Änderung unterzogen werden mussten – wie §§ 325 Abs. 1, 325a StGB – die dort weiterhin enthaltene Privilegierung (§§ 325 Abs. 7 n.F., 325a Abs. 4 StGB) nicht überprüft.

bb) Erweiterung der Emissionstatbestände

Ausgeweitet worden ist § 325 Abs. 2 StGB weiterhin durch einen kurzen Federstrich, der das Wort „grober“ vor der „Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ aus dem Gesetzeswortlaut getilgt hat, so dass nunmehr tat-

³⁵ Vgl. nur *Heine/Meinberg* GA 1990, 1, 22.

³⁶ BR-Drs. 58/11, S. 21; so auch schon zu der inhaltsgleichen Vorgabe des Rahmenbeschlusses 2003/80/JI *Knaut* (Fn. 7), S. 367; Änderungsbedarf bejaht auch *Heine* (Fn. 26), Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 7e.

³⁷ Vgl. zum 1. UKG *Laufhütte/Möhrenschlager* ZStW 92 (1980), 912, 939 f.

³⁸ Dazu *Heger* (Fn. 1), S. 307.

bestandsmäßig jede Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten sein kann. Auch wenn vielleicht bereits die bisherige Fassung mit den Richtlinien-Vorgaben vereinbar gewesen sein mag,³⁹ ist diese Änderung jedenfalls aus Klarstellungsgründen nicht zu beanstanden.

Unbestreitbar zu einer Umsetzung verpflichtet war der Gesetzgeber mit Blick auf die bisherige Beschränkung auch des Emissionstatbestands auf „beim Betrieb einer Anlage“ entstandene Emissionen, denn eine solche Beschränkung ist der Richtlinie fremd.⁴⁰ Daher ist im Zuge des 45. StrRÄndG mit Absatz 3 n.F. in § 325 StGB ein subsidiärer neuer, zweiter Emissionstatbestand aufgenommen worden, der z. B. bereits das einmalige Freisetzen von Schadstoffen in die Luft in bedeutendem Umfang unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten erfasst; geschieht dies beim Betrieb einer Anlage i. S. von § 325 Abs. 2 StGB n.F., geht diese Strafbarkeit aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Subsidiaritätsanordnung freilich vor. Vor dem Hintergrund dieser – europarechtlich gebotenen – Neukriminalisierung ist freilich die Streichung des „groben“ in Abs. 2 n.F. insofern fragwürdig, als dass der neue § 325 Abs. 3 StGB jedenfalls alle davon erfassten Emissionen beim Betrieb einer Anlage ebenfalls erfassen würde (jetzt aber insofern im Wege ausdrücklicher Subsidiarität zurücktreten muss). So gesehen hätte es der Gesetzgeber von Europarechtswegen bei der Einfügung des neuen Abs. 3 bewenden lassen und auf die Ausweitung des Abs. 2 – samt der damit verbundenen höheren Strafrahmengengrenze und der weitergehenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit verzichten können.

Mit der Einfügung von § 325 Abs. 3 StGB n.F. als Vorsatzstrafnorm (vgl. § 15 StGB) einher gehen musste angesichts der Pönalisierungsverpflichtung aus Art. 3 der Richtlinie eine Erstreckung der Strafbarkeit wegen Freisetzung von Schadstoffen auf Fälle bloß grober Fahrlässigkeit. Dies hat der Gesetzgeber in § 325 Abs. 5 StGB n.F. umgesetzt, wobei er hier – im Unterschied zu allen bisherigen Fahrlässigkeitsstrafnormen im Umweltstrafrecht (vgl. etwa § 325 Abs. 4 StGB n.F.), aber im Einklang mit § 329 Abs. 6 StGB n.F. – eine Beschränkung auf „Leichtfertigkeit“ – dem im deutschen Strafrecht gebräuchlichen Synonym (vgl. nur § 251 StGB) für die europarechtlich geforderte grobe Fahrlässigkeit – vorgenommen hat. Die erwähnte, europarechtlich motivierte Ausdehnung des § 325 Abs. 2 StGB bewirkt allerdings – wie angesprochen – über § 325 Abs. 4 StGB n.F. eine europarechtlich nicht gebotene Ausweitung der Strafbarkeit auch bei bloß einfacher Fahrlässigkeit.

c) § 326 StGB

aa) Legalüberschrift

Der Abfall-Tatbestand des § 326 StGB ist nicht nur seit längerem das „populärste“ Umweltdelikt, sondern bereits seit den 1990er Jahren insoweit einer Internationalisierung unterzogen worden,⁴¹ als parallel zum 2. UKG mit § 326 Abs. 2 StGB eine Strafvorschrift gegen den sog.

„Mülltourismus“ geschaffen worden ist.⁴² Daraus zog der Gesetzgeber im 6. StrRG – vier Jahre später – eine erste terminologische Konsequenz, indem er die Legalüberschrift von „Umweltgefährdender Abfallbeseitigung“ in „Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen“ abänderte.⁴³ Hieran nun setzt die erste Änderung des § 326 StGB durch das 45. StrRÄndG an, streicht doch der Gesetzgeber nunmehr das Wort „gefährlichen“ vor Abfällen, so dass in Zukunft strafbar schon der „Unerlaubte Umgang mit Abfällen“ sein soll. Auch diese aus der sprachlichen Verkürzung resultierende inhaltliche Erweiterung der Legalüberschrift ist einer Reformierung des Abs. 2 geschuldet, dessen Anwendungsbereich der Gesetzgeber nunmehr über die in Abs. 1 genannten gefährlichen Abfälle (jetzt in § 326 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst) auch auf andere, in einer EG-Verordnung genannte Abfälle erstreckt;⁴⁴ da für diese Abfälle die Erfassung durch die EG-Verordnung ohne Rücksicht auf ein tatsächliches Gefährlichkeitspotenzial ausreichend sein soll,⁴⁵ ist es nur konsequent, die Bezeichnung der Straftat insoweit dem Umfang der Strafbarkeit anzupassen.⁴⁶

bb) Modifikationen des Abfallbegriffs

§ 326 Abs. 1 StGB ist einerseits redaktionell überarbeitet worden. Nachdem 1994 eine im Zuge des 2. UKG eigentlich intendierte Angleichung von § 326 Abs. 1 StGB durch die Aufnahme „fruchtschädigender Abfälle“ an § 3a ChemG letztlich daran scheitern sollte, dass zeitgleich darin statt „fruchtschädigender“ Stoffe die Rede war von „fortpflanzungsgefährdenden“ Stoffen, wird mit dem 45. StrRÄndG nunmehr der ursprünglich intendierte Gleichklang realisiert. Auf den ersten Blick klingt zwar „fortpflanzungsgefährdend“ weiter als „fruchtschädigend“; weil aber ein Stoff bereits dann fruchtschädigend i. S. von § 326 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. sein sollte, wenn er durch Einatmen, Schlucken oder Aufnahme über die Haut „nichtvererbare Schäden der Nachkommenschaft hervorrufen oder deren Häufigkeit erhöhen kann“,⁴⁷ dürfte sich inhaltlich kein Unterschied ergeben.

cc) Erfassung innerstaatlicher Transportvorgänge

Weil das deutsche Strafrecht bis zum 45. StrRÄndG den bloß innerstaatlichen Transport von Abfällen im Unterschied zu den europäischen Vorgaben – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht erfasst hat, soweit der Transportvorgang nicht als Teilakt der Beseitigung der Abfälle i. S. von § 326 Abs. 1 StGB a.F. oder eine Grenze über-

³⁹ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 309; dagegen BR-Drs. 58/11, S. 20.
⁴⁰ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 304 ff.; BR-Drs. 58/11, S. 21.
⁴¹ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 38 ff.

⁴² Vgl. dazu nur B. Breuer, Der Im- und Export von Abfällen innerhalb der Europäischen Union aus umweltstrafrechtlicher Sicht (1998).
⁴³ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 170.
⁴⁴ Krit. zu dieser statischen Verweisung Möhrenschrager wistra 3/2011, S. V, VI.
⁴⁵ BR-Drs. 58/11, S. 23 f.
⁴⁶ Missverständlich ist es daher, wenn der Gesetzgeber betont, mit der Änderung der Überschrift sei eine materielle Änderung nicht verbunden (BR-Drs. 58/11); das trifft nur dahingehend zu, dass durch die Änderung der Überschrift nicht die Ausweitung von § 326 StGB in tatbestandlicher Hinsicht bewirkt worden ist.
⁴⁷ Heine (Fn. 26), § 326 Rn. 4a; Alt, in: MüKo-StGB, Bd. 4 (2006), § 326 Rn. 31.

schreiten sollte (dann § 326 Abs. 2 StGB),⁴⁸ wurde bereits im Zuge der Diskussion um die Umsetzung des – später für nichtig erklärten – Rahmenbeschlusses 2003/80/JI eine Aufnahme dieser Transportvariante – und zwar zunächst in § 326 Abs. 2 StGB – vorgeschlagen. Von diesem Standort, nicht aber naturgemäß von der Umsetzungspflicht als solcher nimmt der Gesetzgeber nunmehr Abstand, weil mit der Erweiterung des Abfallbegriffs von § 326 Abs. 2 StGB die Aufnahme einer weiteren Tathandlung in diesen Tatbestand letztlich zu einer noch weitergehenden Kriminalisierung geführt hätte.⁴⁹ Um eine Beschränkung der Transportvariante auf gefährliche Abfälle i. S. von § 326 Abs. 1 StGB zu erreichen, wird daher der Kreis der Tathandlungen in diesem Tatbestand ausgeweitet; nunmehr ist strafbar, wer die genannten Abfälle „sammelt, befördert, behandelt, verwertet, lagert, ablagert, ablässt, beseitigt, handelt, makelt oder sonst bewirtschaftet“. Neben der innerstaatlichen Beförderung sind damit – wie in Art. 3 lit. b der Richtlinie vorgegeben⁵⁰ – auch alle anderen Bewirtschaftungsvorgänge in Bezug auf gefährliche Abfälle strafrechtlich erfasst.⁵¹

Soweit es um den Transport von Abfällen i. S. von § 326 Abs. 1 StGB – und nicht gem. § 326 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. um Abfälle i. S. der darin genannten EG-Verordnungen – geht, sind bei grenzüberschreitenden Transportvorgängen auch durch Teile des Bundesgebiets beide Tatbestände nebeneinander verwirklicht; dann wird man § 326 Abs. 2 StGB – angesichts identischer Strafrahmen – als *lex specialis* für grenzüberschreitende Mülltransporte vorgehen lassen müssen.⁵² Handelt es sich nur um eine Beförderung innerhalb oder ausschließlich um eine Beförderung außerhalb des Bundesgebietes ist mangels des für § 326 Abs. 2 StGB immer noch erforderlichen Grenzübertretts lediglich § 326 Abs. 1 StGB einschlägig.

d) § 327 Abs. 2 StGB

In § 327 StGB ist der unerlaubte Betrieb von Anlagen unter Strafe gestellt. Während von Abs. 1 der unerlaubte Betrieb jeder kerntechnischen Anlage erfasst ist (und damit jedenfalls begrifflich keine Beschränkung auf in Deutschland belegene Anlagen besteht), beschränkte bislang Abs. 2 die Strafbarkeit des Betriebs anderer Anlagen auf solche, die nach deutschem Umweltverwaltungsrecht genehmigt werden müssten, und damit tatbestandlich auf inländische Anlagen.⁵³ Diese tatbestandliche Beschränkung ist in Art. 3 lit. d der Richtlinie nicht intendiert, weshalb der Gesetzgeber in Abs. 2 einen letzten Satz eingefügt hat, wonach die für deutsche Anlagen geltende Strafbarkeit auch für Anlagen in anderen EU-Staaten gelten soll. Da für den verbotenen Anlagenbetrieb im EU-Ausland aber auch deutsches Strafrecht

anwendbar sein müsste, wird es hierbei regelmäßig um Taten eines Deutschen i. S. von § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB gehen.

e) § 328 StGB

In § 328 StGB sind die Absätze 1 und 3 geändert worden.

aa) § 328 Abs. 1 StGB

Die Tathandlungen von § 328 Abs. 1 StGB sind dadurch – eher geringfügig – ausgeweitet worden, dass auch die bislang noch nicht erfasste (Erst-)Herstellung radioaktiver Stoffe⁵⁴ aufgenommen worden ist.⁵⁵ Darüber hinaus ist der Anwendungsbereich von § 328 Abs. 1 Nr. 2 StGB dadurch ausgeweitet worden, dass in Bezug auf eine der genannten Tathandlungen mit Blick auf deren ungenehmigte Vornahme an sonstigen radioaktiven Stoffen (d. h. nicht an Kernbrennstoffen i. S. von Nr. 1) es nicht mehr darauf ankommt, dass der Täter dabei „grob pflichtwidrig“ handelt. Auch wenn man vielleicht streiten kann, ob dieser Verzicht von Europarechtswegen tatsächlich geboten gewesen ist,⁵⁶ führt er immerhin zu einer gewissen Glättung dieser relativ kompliziert formulierten Tatbestandsvariante. Schließlich ist der Kreis sonstiger radioaktiver Stoffe in § 328 Abs. 1 Nr. 2 StGB dadurch weiter gezogen worden, dass neben einer Gefährlichkeit dieser Stoffe für Leib oder Leben nunmehr auch genügt, wenn solche Stoffe geeignet sind, erhebliche Schäden an Tieren oder Pflanzen, Gewässern, der Luft oder dem Boden herbeizuführen; das unterstreicht die umweltschützende Zielrichtung dieses Tatbestandes.

bb) § 328 Abs. 3 StGB

In ähnlicher Weise wird § 328 Abs. 3 StGB behutsam erweitert; so entfällt auch hier das Erfordernis einer groben Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten, so dass jede Pflichtwidrigkeit genügt. In Nr. 1 wird der bislang an das deutsche Chemikaliengesetz angelehnte Gefahrstoff-Begriff⁵⁷ dadurch europäisiert, dass nunmehr auf die einschlägigen EG-Verordnungen verwiesen wird; damit soll der Tatbestand auch auf Taten im Ausland angewandt werden können.⁵⁸ Angemerkt sei insoweit freilich, dass der bisherige Verweis allgemein auf das Chemikaliengesetz und damit dynamisch war, so dass Änderungen des Chemikalienrechts kein Tätigwerden des Strafgesetzgebers notwendig gemacht hätten.⁵⁹ Indem der deutsche Gesetzgeber nunmehr – durchaus im Interesse der Bestimmtheit – im Wege einer statischen Verweisung auf ganz genau bestimmte einzelne Verordnungen rekurriert, könnte ihm der EU-Gesetzgeber durch deren Ersetzung schlicht den Boden unter den Füßen wegziehen und nötigt damit zu einer ständigen Beobachtung Brüsseler Aktivitäten wie auch einer unver-

⁴⁸ Heine (Fn. 26), § 326 Rn. 12c.

⁴⁹ Vgl. BR-Drs. 58/11, S. 23.

⁵⁰ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 310.

⁵¹ Die im ursprünglichen Entwurf wegen Entbehrlichkeit vorgesehene Streichung der Tathandlung das Lagerns der Abfälle (vgl. BR-Drs. 58/11, S. 23) wurde letztlich nicht ins 45. StrRÄndG übernommen (*Möhrenschrager wistra* 12/2011, S. V).

⁵² Allgem. zur Spezialität als Form der Gesetzeskonkurrenz *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2008), § 21 Rn. 52.

⁵³ BR-Drs. 58/11, S. 24.

⁵⁴ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 315.

⁵⁵ BR-Drs. 58/11, S. 25.

⁵⁶ Dagegen Heger (Fn. 1), S. 315.

⁵⁷ Kritisch zu dieser Verweisung zu § 328 StGB a.F. *Saliger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB (2009), § 328 Rn. 10.

⁵⁸ BR-Drs. 58/11, S. 25.

⁵⁹ Zu Verweisen auf EU-Recht in nationalen Strafgesetzen allgem. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2011), § 9 Rn. 20 ff.

züglichen eigenen Gesetzesanpassung, schon um zu verhindern, dass möglicherweise nach Wegfall der in Bezug genommenen Verordnungen die Strafnorm zwischenzeitlich (bis zu einer Anpassung an das neue EU-Recht) leer laufen könnte und damit i. V. m. § 2 Abs. 3 StGB der zeitweilige Zustand der Strafflosigkeit der lex mitior sogar Rückwirkung auf zuvor begangene (und zur Tatzeit fraglos strafbare) Verhaltensweisen haben könnte.⁶⁰ Schließlich wird auch für § 328 Abs. 3 StGB der Kreis – hier: konkret – gefährdeter Güter um ökologische Güter ausgeweitet.

f) § 329 StGB

Die drei bisherigen Tatbestände des § 329 StGB bleiben vom 45. StrRÄndG unberührt; die darauf Bezug nehmende Fahrlässigkeitsstrafnorm des § 329 Abs. 4 StGB a.F. wird lediglich aus systematischen Gründen und ohne inhaltliche Änderung zum neuen Absatz 5 unnummeriert.⁶¹ Grund für diese Verschiebung ist die Aufnahme des neuen Straftatbestandes der erheblichen Schädigung bestimmter Lebensräume in sog. „Natura 2000-Gebieten“,⁶² die einzelnen Lebensräume werden unter Verweis auf verschiedene EG-Richtlinien näher bestimmt, so dass sich hier das zu § 328 Abs. 3 StGB n.F. bereits angesprochene Problem statischer Verweisungen auf europäische Sekundärrechtsakte ebenfalls stellen könnte. Angesichts der Verpflichtung aus Art. 3 der Richtlinie zu einer Strafbewehrung bereits bei grober Fahrlässigkeit, hat auch hier der Gesetzgeber – m. E. überzeugend – davon abgesehen, den neuen Tatbestand der „Natura 2000“-Gefährdung schlicht in die bisherige Fahrlässigkeitsnorm des § 329 Abs. 4 StGB a.F. (jetzt Abs. 5 n.F.) aufzunehmen, sondern – wie auch in § 325 Abs. 5 StGB n.F. – den Weg über eine eigene Leichtfertigkeitssnorm gewählt. Damit wird mit Blick auf die Umsetzung des EG-Rechts eine nationale Überkriminalisierung ausgeschlossen; vielleicht wäre es aber gerade mit Blick auf § 329 StGB nicht schlecht gewesen, die darin enthaltene Fahrlässigkeitsnorm generell auf bloß leichtfertiges Handeln zu beschränken.

g) § 330 StGB

Dieser erfährt nur eine redaktionelle Anpassung an § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG, weshalb in § 330 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht mehr von vom Aussterben bedrohten, sondern nunmehr von streng geschützten Arten die Rede ist.⁶³

h) § 330c StGB

§ 330c Satz 1 StGB wird redaktionell an die Erweiterung von § 329 StGB angepasst.⁶⁴

⁶⁰ Zu ähnlichen Problemen bei der Änderung einer im Naturschutzstrafrecht in Bezug genommenen EG-Artenschutzverordnung Heger (Fn. 1), S. 268 f.

⁶¹ Vgl. BR-Drs. 58/11, S. 27.

⁶² Vgl. BR-Drs. 58/11, S. 25 ff.

⁶³ Vgl. BR-Drs. 58/11, S. 27.

⁶⁴ Vgl. BR-Drs. 58/11, S. 27.

i) § 330d StGB

aa) Verwaltungsakzessorietät bei Auslandstaten

Der bisherige Inhalt von § 330d StGB wird völlig unverändert zu dessen neuem Absatz 1; in Absatz 2 folgt dann eine Ausweitung der Straftatbestände, welche auch der Umsetzung der EG-Richtlinien dienen (also nicht § 325a StGB) und die zugleich in ihrem gesetzlichen Tatbestand einen ausdrücklichen Verweis z. B. auf die Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten etc. haben (also nicht § 324 StGB) dahingehend, dass dem Fehlen einer Genehmigung nach deutschem Umweltverwaltungsrecht das Fehlen einer ausländischen Genehmigung etc. gleichstehen soll. Damit ist sichergestellt, dass die Anwendbarkeit verwaltungsakzessorischer Straftatbestände auf Sachverhalte im EU-Ausland nicht schon deswegen ausscheiden muss, weil der dortige Verwaltungsrechtsverstoß den hiesigen Straftatbestand begrifflich nicht erfüllt und einer Strafbarkeit damit die Wortlautschränke entgegensteht. § 330d Abs. 2 StGB schränkt die Wirkung ausländischer Genehmigungen etc. allerdings in zweifacher Weise ein: Erstens muss die Genehmigung etc. im Umsetzung eines EU- oder Euratom-Rechtsaktes erfolgt sein und zweitens muss sie umweltschützend sein; da freilich das Gros der Umweltrechtsakte heutzutage bereits auf Europarecht beruht, werden nahezu alle im EU-Ausland ergangenen umweltrechtlichen Genehmigungen etc. von § 330d Abs. 2 StGB erfasst sein. Auch wenn sich die Kategorisierungen des deutschen Verwaltungsrechts nicht ohne weiteres auf Verwaltungsakte im Ausland übertragen lassen, ist doch wohl klar, dass nur rechtswirksame Verwaltungsakte eine solche Genehmigungswirkung etc. entfalten können. Diese Rechtswirksamkeit lässt sich freilich nicht an den Nichtigkeitsgründen des § 43 VwVfG messen, sondern richtet sich allein nach dem Verwaltungsrecht des betroffenen Staates. Damit stellt sich die aus der deutschen Rechtspraxis bekannte Frage, ob auch offensichtlich fehlerhafte, aber in Ermangelung ihrer Aufhebung gleichwohl rechtswirksame Verwaltungsakte die in § 330d Abs. 2 StGB genannte Tatbestände ausschließen können. Für inländische Verwaltungsakte gilt insoweit seit 1994 § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB, so dass bei Vorliegen eines der darin genannten Mängel auch ein wirksamer Verwaltungsakt in strafrechtlicher Hinsicht unbeachtlich, dessen bewusste Ausnutzung mithin strafbar ist.

§ 330d Abs. 2 StGB enthält keinen ausdrücklichen Verweis auf § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB n.F., mittels welchem im Zuge des 2. UKG der Rechtsmissbrauchsgedanke als Grenze zulässiger Genehmigungswirkung etc. in wesentlichen Teilen kodifiziert worden ist. Nimmt man daher allein den Wortlaut von § 330d Abs. 2 StGB, gelten im Rahmen der darin genannten Tatbestände alle wirksamen ausländische Genehmigungen etc., so dass im EU-Ausland auch durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkte Genehmigungen etc. einer Strafbarkeit wegen §§ 324 ff. StGB in Deutschland den Boden entziehen könnten. Da allerdings unter Geltung des 1. UKG (1980 bis 1994) der Rechtsmissbrauchsgedanke in §§ 324 ff. StGB noch nicht kodifiziert war, gleichwohl aber als Schranke im Rahmen der Verwaltungsaktakzessorietät des deutschen Umweltstrafrechts angesehen wurde,

könnte man erwägen, nunmehr ausländische Genehmigungen etc. an dem gleichen Maßstab zu messen. Die Gesetzesbegründung schweigt sich dazu aus; allerdings spricht gegen eine Übertragung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsgedankens, der obendrein über den in § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB explizierten Bereich hinausreichend auch andere als die darin explizierten Missbrauchsfälle (z. B. das Ausnutzen einer alten und inhaltlich überholten Genehmigung) erfassen könnte, nicht nur die Nichtinbezugnahme von § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB in § 330d Nr. 2 StGB, sondern auch der Gedanke gegenseitiger Anerkennung von staatlichen Rechts- und Verwaltungsakten innerhalb der EU. So hat die deutsche Strafrechtsprechung zu § 266a StGB anerkannt, dass sozialversicherungsrechtliche Bescheinigungen anderer EU-Staaten selbst bei eindeutiger Fehlerhaftigkeit von deutschen Gerichten nicht überprüft werden können.⁶⁵

bb) Anwendbarkeit des deutschen Umweltstrafrechts auf Auslandstaten

Mit der Einfügung des genannten Abs. 2 in § 330d StGB hat der Gesetzgeber von Anfang an die Idee verbunden, im Lichte des 10. Erwägungsgrundes der Umweltstrafrechts-Richtlinie, wonach die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet sind, „in ihren nationalen Rechtsvorschriften strafrechtliche Sanktionen für schwere Verstöße gegen das gemeinschaftliche Umweltstrafrecht vorzusehen“ die Tatbestände des deutschen Umweltstrafrechts so zu öffnen, dass auch gleichartige Taten im EU-Ausland erfasst werden können.⁶⁶ Ein erster Schritt in diese Richtung war bereits mit dem 2. UKG unternommen worden, als der bis dahin geltende räumliche Bezug von Gewässern auf das Bundesgebiet gestrichen worden ist, um auch solche Umweltschädigungen erfassen zu können, bei denen letztlich nur im Ausland eine Gefährdung oder Schädigung von Umweltmedien drohte. Zur Rechtslage bis 1994 hatte der BGH im „Falisan“-Fall nämlich eine Strafbarkeit wegen § 326 Abs. 1 StGB trotz einer Tatbegehung i. S. von § 9 Abs. 1 StGB auch im Inland verneint, wenn und weil Umweltschäden im Inland nicht zu befürchten gewesen waren.⁶⁷ Solange allerdings die Tat handlung im Ausland gelegen hat und damit nur dortige Genehmigungen etc. einschlägig waren, war zumindest zweifelhaft, ob ein verwaltungsakzessorisch auf das deutsche Umweltrecht aufbauender Straftatbestand auch im Ausland verwirklicht werden konnte.

Mit § 330d Abs. 2 StGB werden nunmehr Genehmigungen etc. im EU-Ausland für die darin genannten Tatbestände – wenngleich mit gewissen Einschränkungen – deutschen Genehmigungen etc. gleichgestellt, so dass in Hinsicht auf die Tatbestandsmäßigkeit eines umweltschädigenden Verhaltens innerhalb der EU grundsätzlich keinen Unterschied mehr macht, wo der Täter gehandelt und welche verwaltungsrechtlichen Pflichten etc. er verletzt hat. Wenn die Voraussetzungen der §§ 5 – 7 StGB erfüllt sind, d. h. insbesondere wenn der Täter gem. § 7

Abs. 2 Nr. 1 StGB Deutscher ist, können solche im Ausland begangenen Umweltstraftaten auch im Inland verfolgt werden.⁶⁸ Das gilt auch für den in § 330d Abs. 2 StGB nicht genannten Tatbestand der Gewässerverunreinigung gem. § 324 StGB, bei dem das Vorliegen einer Genehmigung nur rechtfertigend wirkt,⁶⁹ so dass die Verunreinigung eines ausländischen Gewässers durch einen Deutschen diesen Tatbestand erfüllt; liegt für dieses Verhalten eine Genehmigung des Tatortstaates vor, würde diese auch in einem deutschen Strafverfahren als Rechtfertigungsgrund wirken,⁷⁰ doch wird es darauf schon deshalb regelmäßig nicht ankommen, weil das durch ausländisches Recht gerechtfertigte Verhalten keine Tatortstrafbarkeit begründen dürfte.⁷¹

Wegen des in § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB enthaltenen Erfordernisses der Tatortstrafbarkeit wirkt sich die EU-weite Harmonisierung des Umweltstrafrechts ebenfalls mittelbar auf die Anwendbarkeit des deutschen Umweltstrafrechts aus; galt bis zu der EG-Richtlinie das deutsche Umweltstrafrecht gegenüber natürlichen Personen als das unionsweit schärfste, sind nunmehr alle EU-Staaten zur Strafbewehrung des darin genannten Mindeststandards gehalten, so dass in Zukunft nicht mehr anzunehmen sein dürfte, dass im EU-Ausland begangene Umweltstraftaten i. S. des Art. 3 der EG-Richtlinie am Tatort nicht mit Strafe bedroht sind.⁷²

Auch wenn es grundsätzlich zu begrüßen ist, dass damit Umweltstraftaten innerhalb des Binnenraums der EU endgültig nicht mehr an den nationalen Grenzen halt machen, so steckt doch auch hier der sprichwörtliche „Teufel im Detail“. Maßgeblich ist ein Verbot oder eine Genehmigung etc. eines anderen EU-Staates, wenn die Tat in diesem begangen worden ist. Dafür genügt nach dem in § 9 Abs. 1 StGB kodifizierten Ubiquitätsprinzip, dass ein Teil der Handlung oder ein zum Tatbestand gehörender Erfolg in diesem ausländischen EU-Mitgliedstaat eingetreten ist. Damit stellt sich die Frage, ob etwa bei einem Mülltransport aus Deutschland nach Polen das „aus dem Geltungsbereich des Gesetzes“ Bringen der Abfälle in beiden Ländern „begangen“ i. S. von § 9 i. V. m. § 330d Abs. 2 StGB n.F. ist. Weil die „Tat“ in einem anderen EU-Mitgliedstaat begangen sein muss, genügt es immerhin nicht, wenn dort bloße Teilnahmehandlungen i. S. von § 9 Abs. 2 StGB vorgenommen worden sind.

Das damit denkbare Nebeneinander in- und ausländischer Genehmigungen etc. könnte allerdings auch zu einem strafrechtlich schwer aufzulösenden Gegeneinander führen. Verbietaet etwa Deutschland den Export von Abfällen, während der als Empfänger vorgesehene Nachbarstaat deren Einfuhr genehmigt, wäre ebenso eine Straftat nach § 326 Abs. 2 StGB gegeben wie in der umgekehrten Situation einer deutschen Ausfuhrgenehmigung mit gleichzeitigem Einfuhrverbot.⁷³ Im ersteren

⁶⁵ BGHSt 51, 124.

⁶⁶ Dazu allgemein *Günther-Nicolay*, Die Erfassung von Umweltstraftaten mit Auslandsbezug durch das deutsche Umweltstrafrecht gemäß §§ 324 ff. StGB (2003); *Hecker* ZStW 115 (2003), 880 ff.; *Heger* (Fn. 1), S. 249 ff.

⁶⁷ BGHSt 40, 79.

⁶⁸ BR-Drs. 58/11, S. 28.

⁶⁹ *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 324 Rn. 8.

⁷⁰ *Möhrenschlager* wistra 4/2011, S. V, VII.

⁷¹ Vgl. nur *Satzger* (Fn. 59), § 5 Rn. 90 ff.

⁷² Zur Europäisierung des österreichischen Umweltstrafrechts *Möhrenschlager* wistra 1/2012, S. XI f.

⁷³ Vgl. zu einer ähnlichen Konstellation *Heger* (Fn. 1), S. 52 f.

Falle erfolgte die Ausfuhr entgegen einem Verbot, im zweiten ohne die in Polen erforderliche Genehmigung. Natürlich könnte man daran denken, die Handlung räumlich auf die Verbringung der Abfälle bis zur Staatsgrenze zu beschränken, so dass dann nur die erste Konstellation i. S. von § 326 Abs. 2 StGB tatbestandsmäßig wäre; im zweiten Falle bliebe dann allerdings eine Strafbarkeit in Polen gem. § 326 Abs. 1 StGB n.F., soweit in der Weiterbeförderung nach Grenzübertritt zugleich ein „Befördern gefährlicher Abfälle unter wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen oder zugelassenen Verfahren“ liegt.

Denkbar ist in solchen Fällen schließlich auch, dass der Täter darüber irrt, dass er sich im Besitz aller erforderlichen Genehmigungen befindet bzw. sein Verhalten allein wegen einer Genehmigung eines der beteiligten Staaten für rechtmäßig hält. Diese Situation verkompliziert sich, wenn eigentlich aufgrund EU-Umweltrechts das Verhalten entweder insgesamt erlaubt oder verboten ist, die beteiligten Staaten aber aufgrund divergierender Rechtsansichten unterschiedlich entscheiden. Kann man dann dem Täter, der entgegen dem Verbot eines beteiligten EU-Staates und letztlich – nach einer Entscheidung des EuGH – auch dem EU-Umweltrecht, aber im Vertrauen auf die Genehmigung eines anderen EU-Mitgliedstaats z. B. eine Abfallbeförderung quer durch Europa vorgenommen hat und nunmehr im erstgenannten Staat vor Gericht steht einen entschuldigenden Verbotsirrtum i. S. von § 17 StGB zubilligen?⁷⁴ Auf solche Fragen ist der Gesetzgeber allerdings nicht eingegangen.

Soweit im EU-Ausland ein Ausländer eine Umweltstraftat begangen hat, ist diese zwar nunmehr vielfach tatbestandsmäßig i. S. der §§ 324 ff. StGB, doch ist hier regelmäßig kein Anknüpfungspunkt i. S. der §§ 3 ff. StGB erkennbar, so dass dieser nicht in Deutschland verfolgt werden könnte. Bedenkt man allerdings, dass angesichts der (Mindest-)Harmonisierung des Umweltstrafrechts auch im Tatortstaat eine vergleichbare Strafbarkeit gegeben sein dürfte und überdies nach Art. 2 Abs. 2, 12. Spiegelstrich des EU-Rahmenbeschlusses 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl⁷⁵ wegen „Umweltkriminalität“ hier ohne weiteres ein Europäischer Haftbefehl zur Strafverfolgung erlassen werden könnte, zeigt sich, dass unabhängig von der Nationalität des Straftäters nunmehr EU-weit eine effektive Strafverfolgung wegen den europäisierten Umweltdelikten möglich ist.

In der Strafrechtspraxis ist überdies zu bedenken, dass ein grenzüberschreitender Abfall- oder Gefahrstoff-Transport innerhalb der EU nach der Rspr. des EuGH zu Art. 54 SDÜ als eine Tat in diesem Sinne angesehen wird,⁷⁶ so dass die Aburteilung in einem der beteiligten Staaten in allen anderen EU-Staaten Strafklageverbrauch gem. Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh bewirken kann.

⁷⁴ Dazu näher Heger (Fn. 1), S. 54 f.

⁷⁵ ABl. EU 2002, L 190, S. 1.

⁷⁶ EuGH, Slg. 2006, I-2333 – „van Esbroeck“ und I-9327 – „van Straaten“; Slg. 2007, I-6441 – „Kretzinger“.

2. Des Nebenstrafrechts

a) Des BNatSchG

§ 7 BNatSchG wird an die europäische Vogelschutzrichtlinie in ihrer seit November 2009 geltenden Fassung angepasst. Die bislang nur in § 71 BNatSchG enthaltenen Straftatbestände werden durch Hinzunahme eines neuen § 71a BNatSchG in zwei Strafvorschriften aufgeteilt.

aa) § 71 BNatSchG

§ 71 BNatSchG wird in mehrerer Hinsicht ausgeweitet. Die in Abs. 1 bislang nur bei Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit begründete Strafbarkeit wird davon gelöst und auf Tiere oder Pflanzen einer streng geschützten Art beschränkt, so dass Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit – wie schon bisher für Straftaten nach Abs. 2 – in § 71 Abs. 3 BNatSchG nunmehr auch für Abs. 1 als Qualifikationsmerkmale vorgesehen sind. § 71 Abs. 2 BNatSchG ist neu gefasst worden; im Lichte der Vorgaben von Art. 3 lit. g i.V.m. Art. 2 lit. b Nr. ii der Richtlinie werden nunmehr alle Formen des Handels mit geschützten wildlebenden Tier- und Pflanzenarten in der Strafnorm (und nicht mehr nur unter Verweis auf die Bußgeldnorm des § 69 BNatSchG) explizit unter Strafe gestellt. Das mag man im Lichte des Bestimmtheitsgebots begrüßen.

Die Fahrlässigkeitsstrafnorm des § 71 Abs. 4 BNatSchG erstreckt sich nunmehr auf alle Tathandlungen, auch die des neuen Absatz 1. Angesichts von Art. 3 der Richtlinie wäre eine Beschränkung auf Leichtfertigkeit denkbar gewesen, doch gilt hier weiterhin die Einschränkung, dass dem Täter zwar hinsichtlich der Qualifizierung des Tieres oder der Pflanz als in einem der EU-Rechtakte genannten Art Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, sein Handeln aber – z. B. das Töten oder Verkaufen des Tieres – vom Vorsatz getragen sein muss.⁷⁷ Damit bleibt das Problem, dass das grob fahrlässige (bzw. leichtfertige) Töten eines artgeschützten Tieres – entgegen der Richtlinien-Vorgaben – nur Ordnungswidrigkeit ist.⁷⁸

Die in Art. 3 f und g der Richtlinie möglich gemachte und zunächst als § 71 Abs. 5 vorgeschlagene Aufnahme einer Minima-Klausel⁷⁹ ist letztlich nicht Gesetz geworden. Das ist schon deshalb bedauerlich, weil solche Minima-Klauseln im deutschen Umweltstrafrecht keinen Fremdkörper darstellen (vgl. § 326 Abs. 6 StGB und neuestens § 71a Abs. 4 BNatSchG) und angesichts der doch teilweise recht weitgehenden Pönalisierungspflichten europäischer Rechtsakte eine der letzten Möglichkeiten zur europarechtskonformen Eingrenzung der Strafbarkeit in objektiver Hinsicht darstellen.

⁷⁷ BR-Drs. 58/11. Zu der vergleichbaren Vorgängernorm BGHSt 42, 200; OLG Hamburg NSTZ 1993, 346. Krit. zu dieser Beschränkung auf den Artenirrtum *Möhrenschlager* wistra 4/2011, S. V, VII.

⁷⁸ Vgl. Heger (Fn. 1), S. 317.

⁷⁹ BR-Drs. 58/11, S. 29; dafür schon Heger (Fn. 1), S. 317.

bb) § 71a BNatSchG

Mit gegenüber § 71 Abs. 1 und 2 BNatSchG auf drei Jahre reduzierter Strafrahmenobergrenze enthalten § 71a Abs. 1 und 2 BNatSchG weitere neue Straftatbestände, welche zuvor nur als Ordnungswidrigkeiten geregelt waren, wegen Art. 3 lit. f der Richtlinie nunmehr aber Straftaten darstellen müssen. Im Unterschied zu § 71 Abs. 4 BNatSchG beschränkt § 71a BNatSchG die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auf Fälle leichtfertiger Unkenntnis der Klassifizierung der jeweils genannten Tier- und Pflanzenarten. Eine § 71 Abs. 3 BNatSchG entsprechende Qualifikation bei Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit findet sich hier nicht, doch fordert § 71a Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG dies bereits auf Tatbestandsebene; dies ist nur folgerichtig, handelt es sich dabei doch um eine bloße Verschiebung des bisherigen § 71 Abs. 1 BNatSchG. Auf Konkurrenzebene tritt § 71a Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG hinter § 71 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 BNatSchG zurück.

In § 71a Abs. 4 BNatSchG findet sich schließlich auch eine Minima-Klausel für alle in § 71a BNatSchG geregelten Tatbestände außer § 71a Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (weil diese gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Verhalten voraussetzen)⁸⁰, welche einen materiellen Strafausschluss begründet, wenn die Handlung eine unerhebliche Menge der Exemplare betrifft und unerhebliche Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art hat; beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, so dass – je nach Gefährungsgrad – bereits ein Exemplar „eine unerhebliche Menge“ darstellen kann.⁸¹

b) Des BJagdG

Bemerkenswert ist bereits die Tatsache, dass ein Gesetz zur Ergänzung des bestehenden Umweltstrafrechts auch das Jagdrecht erfasst;⁸² damit findet die in den letzten Jahrzehnten anklingende Einbeziehung etwa des Tier-schutzrechts in das Umweltstrafrecht⁸³ eine weitere Ausdehnung. Das 45. StrRÄndG sieht zunächst einige Anpassungen der Regelungen der Jagd vor, um dann die bereits bestehende Strafvorschrift des § 38 BJagdG im Lichte der Richtlinien-Vorgaben zum Umweltstrafrechts geschärft und – wie im BNatSchG – mittels § 38a BJagdG durch eine zweite Strafvorschrift ergänzt.

aa) § 38 BJagdG

Hier beschränkt sich die Änderung auf eine, allerdings Anhebung der Strafrahmenobergrenze in § 38 Abs. 2 BJagdG von bisher sechs Monaten auf nunmehr ein Jahr für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Im Regierungsentwurf war sogar eine Strafrahmenobergrenze von drei Jahre Freiheitsstrafe vorgesehen.⁸⁴ Dies wurde einerseits mit der Verpflichtung aus Art. 3 lit. g und Art. 5 begründet, wonach wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen auch bei grob fahrlässigen Verstößen – hier

bei der Tötung bestimmter geschützter Tiere während der Jagd – vorgesehen sein sollen, daneben aber – m. E. durchaus bemerkenswert – ausdrücklich auch unabhängig von der Richtlinie mit dem in § 47 StGB niedergelegten kriminalpolitischen Ziel, kurze Freiheitsstrafen zu vermeiden.⁸⁵

Beides kann bei näherem Hinsehen allerdings nicht überzeugen. So erscheint mir zweifelhaft, ob die EU-Vorgaben jedenfalls – auch bei bloß grob fahrlässiger Begehung – den nationalen Gesetzgeber zu einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren Gefängnis zwingen, solange eine solche nicht – wie in manchen EU-Rahmenbeschlüssen – von Europarechtswegen vorgeschrieben ist. Der EuGH hatte ja gerade in seinem Meeresverschmutzungs-Urteil die Auffassung vertreten, innerhalb der damaligen ersten Säule der EU – d. h. dem supranationalen Gemeinschaftsrecht – seien im Unterschied zur dritten Säule (der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen) gerade keine Mindesthöchststrafvorgaben zulässig;⁸⁶ daraufhin hatte die EG-Kommission die zunächst im Richtlinienentwurf von 2007 vorgesehenen Mindesthöchststrafvorgaben wieder gestrichen, weshalb es fragwürdig erscheint, wollte der deutsche Gesetzgeber nunmehr in die Richtlinienvorgaben zur groben Fahrlässigkeit (!) relativ weitgehende Mindesthöchststrafvorgaben hineinlesen. Aber auch die Erwägung zu § 47 StGB ist letztlich fragwürdig, müssten doch vor diesem Hintergrund streng genommen zahlreiche deutsche Tatbestände des Kernstrafrechts wegen einer unter drei Jahren liegenden Strafrahmenobergrenze auf den Prüfstand (z. B. §§ 123, 185, 303 StGB); soll hier wirklich der Strafrahmen zur Vermeidung kurzer Freiheitsstrafen angehoben werden? Deshalb ist die nunmehr erfolgte Orientierung an der naturschutzrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafdrohung in § 71 Abs. 4 BNatSchG nur zu begrüßen.

bb) § 38a BJagdG

Da Art. 3 lit. g der Richtlinie eine Strafbewehrung auch für den Besitz und Handel solcher streng und besonders geschützter Wildarten, welche dem Jagdrecht unterliegen, verlangt, hat der Gesetzgeber in § 38a BJagdG hierfür zwei eigenständige Tatbestände geschaffen, die ihren Inhalt aber jeweils erst durch Verweisung auf eine nach § 36 BJagdG ergangene Rechtsverordnung erhalten. Differenziert wird dabei nach der Tathandlung; während § 38a Abs. 1 BJagdG den Handel mit streng oder besonders geschütztem Wild mit einer Strafrahmenobergrenze von fünf Jahren versieht, sieht Abs. 2 für den bloßen Besitz solchen Wildes eine Höchststrafe von drei Jahren vor. Diese – fraglos sachgerechte – Differenzierung orientiert sich an der vergleichbaren Regelung im BNatSchG.⁸⁷ In den Absätzen 3 und 4 finden sich dann jeweils darauf bezogene, wiederum abgestufte Strafdrohungen für ein leichtfertiges Verkennen der Klassifizierung des fraglichen Wildes; wie auch bei §§ 71 Abs. 4, 71a Abs. 3 BNatSchG muss die Tathandlung – d. h. Handel oder Besitz des Wildes – aber in jedem Fall vorsätzlich erfolgt sein. § 38a Abs. 5 BJagdG sieht schließlich die bereits aus § 71a Abs. 4 BNatSchG bekannte Minima-Klausel vor.

⁸⁰ BR-Drs. 58/11, S. 30.

⁸¹ So zu dem nicht Gesetz gewordenen Entwurf eines § 71 Abs. 5 BR-Drs. 58/11, S. 29.

⁸² So auch schon Heger (Fn. 1), S. 248.

⁸³ Vgl. nur Kloepfer/Vierhaus (Fn. 5), Rn. 5.

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 17/5391, S. 26; Möhrenschrager wistra 12/2011, S. V.

⁸⁵ BR-Drs. 58/11, S. 31.

⁸⁶ EuGH, Slg. 2007, I-9097.

⁸⁷ BR-Drs. 58/11, S. 31.

Der Gesetzgeber ist sichtlich bemüht, die Regelungen des § 38a BJagdG als Umsetzung der Richtlinie „1:1“ darzustellen,⁸⁸ wohl um mögliche Widerstände aus den Kreisen der Jägerschaft und des für das Jagdrecht zuständigen Ministeriums für Landwirtschaft unter Hinweis auf bindendes supranationales Recht bereits im Keim zu ersticken. Bezogen auf diese Norm trifft dies auch zu, doch lässt dies die zuvor kritisierte, ursprünglich geplante Strafrahmenanhebung in § 38 Abs. 2 BJagdG umso fragwürdiger erscheinen, bedenkt man, dass der von Europarechts wegen ebenfalls einer wirksamen, angemessenen und abschreckenden Strafdrohung zu unterwerfende Besitz von streng geschütztem Wild, dessen Schutzstatus der Täter grob fahrlässig verkannt hat, mit einer Höchststrafe von einem Jahr belegt werden kann, während für die einfach fahrlässige Bejagung eines Tieres während der Schonzeit (§ 38 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 BJagdG) die dreifache Strafrahmenobergrenze hätte gelten sollen.

3. Des Bußgeldrechts

Im Gesetzgebungsverfahren war zunächst die Streichung des Bußgeldtatbestandes in § 69 Abs. 3 Nr. 6 BNatSchG betreffend den Schutz von Natura 2000-Gebieten vorgesehen gewesen, weil angesichts der durch Art. 3 lit. h der Richtlinie mit § 329 Abs. 4 und 6 StGB n.F. Strafnormen hierfür vorgesehen sind, so dass daneben für einen Bußgeldtatbestand keine Regelungsgehalt mehr bleibe.⁸⁹ In das 45. StrRÄndG wurde dieser Vorschlag indes nicht übernommen, wohl weil angesichts der Beschränkung von § 329 Abs. 6 StGB n.F. auf Leichtfertigkeit bloß einfach fahrlässige Eingriffe in solche Gebiete nicht mehr sanktioniert würden.⁹⁰

Eine bloß redaktionelle Anpassung erfährt der Bußgeldtatbestand in § 39 BJagdG. Da die bislang in § 1 Abs. 1 AbfVerbrBußV weitgehend in die Strafnorm des § 326 Abs. 2 StGB übernommen worden sind, wird dieser Bußgeldtatbestand gestrichen; die übrigen Vorschriften dieses § 1 AbfVerbrBußV werden redaktionell angepasst; soweit es zwischen diesen bzw. den Bußgeldvorschriften des § 18 Abfallverbringungsgesetz zu Überschneidungen mit § 326 Abs. 2 StGB kommt, findet § 21 OWiG Anwendung.⁹¹

V. Bewertung

Mit dem 45. StrRÄndG hat der deutsche Gesetzgeber – wengleich mit einem Jahr Verspätung – seine europarechtlichen Pflichten zur Umsetzung der Vorgaben der EG-Richtlinien zum Umweltstrafrecht und zur Meeresverschmutzung im Grundsatz erfüllt. Einzelne bestehen gebliebene Lücken können (und müssen) – wie mit Blick auf das Abfallverbringungsstrafrecht bereits gefordert – im Einzelfall von der Rechtsprechung mittels richtlinienkonformer Auslegung geschlossen werden. Zugleich hat er an der Grundstruktur des deutschen Umweltstraf-

rechts so wenig wie möglich verändert und deshalb etwa bestehende Fahrlässigkeitsstrafbewehrungen auch dann unverändert gelassen, wenn der zugrunde liegende (Vorsatz-) Straftatbestand aufgrund der EU-Vorgaben ausgeweitet worden ist, so dass faktisch auch der Anwendungsbereich einfacher Fahrlässigkeitstatbestände gleichsam „unter der Hand“ erweitert worden ist. Bei der Schaffung gänzlich neuer Tatbestände im Kern- wie Nebenstrafrecht hat er hingegen im Lichte der Vorgaben der Richtlinie sich darauf beschränkt, erst bei Leichtfertigkeit eine Strafbarkeit vorzusehen.

Allerdings sind auch einzelne Umsetzungsverpflichtungen nicht erfüllt worden. Das gilt vor allem für den Tatbestand der Gewässerverunreinigung; § 324 StGB blieb als auf eine nachweisbare negative Veränderung der biologischen Zusammensetzung als tatbestandlichen Erfolg aufbauende Strafnorm gänzlich unverändert. Das wäre freilich nicht zu beanstanden, wenn bereits der status quo – und sei es im Wege richtlinienkonformer extensiver Auslegung – alle von der zugrunde liegenden Richtlinien-Vorgabe (Art. 3 lit. a) vorgegebenen Verhaltensweisen in Bezug auf Gewässer unter Strafe stellen würde. Das ist aber wegen der Struktur von § 324 StGB als einem Erfolgsdelikt nicht der Fall, denn aus EU-Sicht müsste bereits eine bloß potenziell für die Wasserqualität gefährliche Immission von Schadstoffen in das Gewässer strafbewehrt sein, so dass einer Strafe nicht entgegen gehalten werden können dürfte, es sei – trotz erwiesener gefährlicher Immission – nachweislich zu keiner Veränderung der Wasserqualität gekommen bzw. –angesichts von in dubio pro reo natürlich realistischer – eine solche Veränderung sei im Strafverfahren nicht zu beweisen, z. B. weil vor der Immission keine Messung der Wasserqualität stattgefunden habe. Die in diesen Fällen denkbare Versuchsstrafbarkeit (§ 324 Abs. 2 StGB) kann jedenfalls im Einzelfall daran scheitern, dass dem Täter Vorsatz bezüglich der Änderung der Wasserqualität als kausaler Folge seiner Tathandlung nicht nachgewiesen werden kann; dazu kommt noch die schon mehrfach angesprochene Pönalisierungspflicht bereits bei bloß grob fahrlässiger bzw. leichtfertiger Tatbegehung, die einer Versuchsstrafnorm ohnehin nicht zugänglich wäre.⁹²

Im Lichte der umzusetzenden EG-Richtlinien wäre daher m. E. – neben vielen der Detailänderungen, die im 45. StrRÄndG umgesetzt worden sind – einerseits eine strukturelle Änderung des § 324 Abs. 1 StGB angezeigt gewesen. Die Richtlinien-Vorgaben machen aber andererseits deutlich, dass dies nicht nur einseitig in Richtung auf eine noch über das Umsetzungsgesetz hinausgehende Strafbewehrung nach deutschem Recht hätte führen müssen. So hätte als Korrelat zu dem Verzicht auf die bisherige Erfolgs-Struktur dieses Tatbestandes eine Eignungsklausel aufgenommen werden können, die gerade auch nachweisbare, aber letztlich nicht sehr gefährliche negative Veränderungen der Wasserqualität hätte ausklammern können.⁹³ Darüber hinaus war der deutsche Gesetzgeber frei darin, ob er die Versuchsstrafandrohungen beibehalten will oder nicht, denn dazu gab es in den EG-Richtlinien – anders als in manchen Rahmenbe-

⁸⁸ BR-Drs. 58/11, S. 31.

⁸⁹ BR-Drs. 58/11, S. 28.

⁹⁰ BT-Drs. 17/5391 u. 7674, S. 18; Möhrenschrager wistra 12/2011, S. V.

⁹¹ BR-Drs. 58/11, S. 32.

⁹² Heger (Fn. 1), S. 301 f.

⁹³ Heger (Fn. 1), S. 334 ff.

schließen – keine Vorgaben.⁹⁴ Daher hätte auch europarechtskonform eine Einschränkung der Strafbarkeit durch Streichung von § 324 Abs. 2 StGB erfolgen können (das gilt auch für die anderen Versuchsstrafdrohungen, die manches mal mittelbar – durch die Ausweitung der zugrunde liegenden Tatbestände wie in § 326 Abs. 1 und 2 – erweitert worden sind). Auch hätte noch vermehrt – wie zunächst als § 71 Abs. 5 BNatSchG vorgeschlagen – auf Minima-Klauseln gesetzt werden können.

Schließlich hätte – es ist schon angeklungen – der Gesetzgeber nicht nur bei den neu geschaffenen Fahrlässigkeitsdelikten einschränkend Leichtfertigkeit fordern

⁹⁴ Heger (Fn. 1), S. 322 f.

können, sondern am besten gleich bei allen Umweltstraftaten;⁹⁵ im Gegenteil hat er – wiederum durch Ausweitung der zugrunde liegenden Vorsatztatbestände – auch hier immer wieder den Anwendungsbereich einfacher Fahrlässigkeit en passant ausgeweitet. Hier wäre m. E. weniger mehr gewesen; die Forderung nach einer Beschränkung von Strafnormen auf Leichtfertigkeit (statt jeder Fahrlässigkeit) findet sich im Übrigen nicht nur für das Umweltstrafrecht; sie wurde etwa kürzlich auch im Rahmen einer Reform der Aussagetatbestände de lege ferenda für § 161 StGB erhoben.⁹⁶

⁹⁵ Heger (Fn. 1), S. 288.

⁹⁶ Vormbaum, Reform der Aussagetatbestände (§§ 153 – 162), 2. Aufl. (2012), S. 59 f.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ (§ 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB) im Kontext der Unterlassungsdelikte

Zugleich Besprechung von BGH v. 19.10.2011 – 1 StR 233/11, HRRS 2011 Nr. 1164

Von Prof. Dr. Georg Freund und wiss. Mitarbeiterin Dr. Frauke Timm, Philipps-Universität Marburg

I. Das Urteil des BGH (HRRS 2011 Nr. 1164) zum „Balkonsturz-Fall“

Die Entscheidung des BGH (HRRS 2011 Nr. 1164) wirft in mehrfacher Hinsicht Fragen auf. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte und das spätere Opfer lebten in einer gemeinsamen Wohnung, in der es zumindest noch einen weiteren Mitbewohner gab. Für die sieben Jahre jüngere Frau hatte der Angeklagte die „Verantwortung übernommen“, was sich z. B. darin äußerte, dass er ihr Bemühen, den Schulabschluss nachzuholen, unterstützte. Bei einem gemeinsamen Gaststättenbesuch klagte das spätere Opfer über Schwindelanfälle, weshalb der Angeklagte sie nach Hause begleitete. Dort gerieten beide in Streit über die Entdeckung eines ihrer Slips bei dem erwähnten Mitbewohner, der darin endete, dass sie ins Schlafzimmer ging. Gegen 2:35 Uhr kippte die Frau über ein 84 cm hohes Balkongeländer. Wie es dazu kam, ließ sich nicht aufklären. Das Opfer hielt sich von außen mit den Händen am Balkon fest und hing dabei etwa 12 m über der darunter liegenden Straße. Die Frau schrie mehrfach laut um Hilfe und appellierte dabei namentlich an den Angeklagten. Als Reaktion war dessen Lachen zu vernehmen. Er erkannte nach den Feststellungen der Strafkammer die Todesgefahr, vertrau-

te aber auf einen guten Ausgang. In das Geschehen griff er nicht ein, obwohl ihm dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre,¹ sondern verließ die Wohnung. Das Opfer konnte sich nicht länger halten, stürzte in die Tiefe und verstarb beim Aufprall.

Die Strafkammer verurteilte den Angeklagten gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB i. V. m. § 221 Abs. 3 StGB wegen Aussetzung mit Todesfolge in der Form des „Im-Stich-Lassens in hilfloser Lage“. Der BGH widmet sich in seiner Entscheidung maßgeblich der Fragestellung, ob die vom Instanzgericht nicht in Erwägung gezogene Strafrahmenmilderung gemäß § 13 Abs. 2 StGB im konkreten Fall in Betracht kommt, verneint dies aber unter Bezugnahme auf die „Rechtsnatur“ von § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB.² Dabei rekurriert er auf die Unterscheidung von

¹ Die Angaben sind in diesem Punkt unpräzise. Für die rechtliche Beurteilung wäre es wichtig, genauer zu erfahren, ob das dem Angeklagten ohne Weiteres mögliche Eingreifen auch tatsächlich mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ zur Rettung der Frau geführt hätte. Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass dies zutrifft. – Zur heftigen Kritik am Umgang speziell des 1. Strafsenats des BGH mit problematischen tatrichterlichen Feststellungen s. unlängst *Erb GA* 2012, 72 ff.

² S. dazu und zum Folgenden BGH HRRS 2011 Nr. 1164, Rn. 15 ff.

„echten“ und „unechten“ Unterlassungsdelikten. Nur bei den letzteren soll der Täter in den Genuss der fakultativen Strafrahmenermilderung des § 13 Abs. 2 StGB kommen. Dem Täter der Aussetzung in der hier relevanten Verwirklichungsform kann nach Auffassung des Senats eine solche Privilegierung nicht zuteilwerden – handele es sich bei ihr doch um ein „echtes“ Unterlassungsdelikt. Zu dieser Einschätzung gelangt der BGH auf der Grundlage des von ihm postulierten Unterscheidungskriteriums des vom Täter zu verantwortenden Taterfolgs, dessen Vorliegen allein für „unechte“ Unterlassungsdelikte erforderlich sei. Weil aber das pflichtwidrige Garantenverhalten des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur eine Verantwortlichkeit für die nicht abgewendete konkrete Gefahr, nicht jedoch für den daraus resultierenden Verletzungserfolg zeitige, müsse es sich bei diesem Delikt um ein „echtes“ Unterlassungsdelikt handeln. Diese Schlussfolgerung für den Deliktscharakter schlage konsequenterweise auf die Klassifizierung des Qualifikationstatbestandes des § 221 Abs. 3 StGB als „echtes“ Unterlassungsdelikt durch. Um indes Friktionen gerade im Vergleich zu einer Strafbarkeit gemäß § 212 StGB zu vermeiden, auf den § 13 Abs. 2 StGB anwendbar ist,³ will der Senat eine Sperrwirkung der Mindeststrafe eines auf Konkurrenzenebene zurücktretenden Delikts annehmen. Konkret würde das bedeuten: Wenn ein Totschlag durch begehungsgleiches Unterlassen unter den Bedingungen der Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ begangen wird, könnte § 13 Abs. 2 StGB die ihm für sonstige Fälle des Totschlags durch begehungsgleiches Unterlassen zukommende Funktion nur sehr eingeschränkt entfalten. Die Mindeststrafe betrüge drei statt zwei Jahre. Zwei Jahre als mögliche Mindeststrafe würden dagegen wieder gelten, wenn der Totschlag durch begehungsgleiches Unterlassen unter den Bedingungen der Aussetzung durch „Versetzen in eine hilflose Lage“ (§ 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB) durch begehungsgleiches Unterlassen begangen wird.⁴

II. Einfache (aber irrelevante) Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen – Kritik der Schwerpunktformel

1. Die Verhaltensdifferenz in empirisch-deskriptiver Hinsicht

Das Problem der Unterscheidung zwischen (aktivem) Tun und (passivem) Unterlassen ist ein leidiges.⁵ Man

³ Zu dieser Unstimmigkeit s. etwa *Struensee*, in: *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz (1989) S. 27, 44; ferner *Heger ZStW* 119 (2007), 593, 615.

⁴ Zur Möglichkeit, die Aussetzung durch „Versetzen in eine hilflose Lage“ (§ 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB) durch begehungsgleiches Unterlassen zu begehen, näher *Wielant*, Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB (2009), S. 212 ff., 372 f.; s. auch *Schönke/Schröder/Eser*, 28. Aufl. (2012), § 221 Rn. 5; *Wessels/Hettinger*, BT 1, 35. Aufl. (2011), Rn. 199; ferner etwa *Heger ZStW* 119 (2007), 593, 625 f.

⁵ Näher dazu etwa *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Aufl. (2008), Rn. 352 ff.; *Kühl*, AT, 6. Aufl. (2008), § 18 Rn. 14 ff.

denke etwa an den klassischen Ziegenhaarfall, den Fall des Radfahrens bei Dunkelheit ohne Licht oder des Autofahrens mit und ohne Tempomat. Die Abgrenzungsschwierigkeit entpuppt sich – wie noch zu zeigen sein wird (s. dazu unten III) – bei angemessenem Verständnis der gesetzlichen Tatbestände als normativ vollkommen irrelevantes Scheinproblem. Man kann diesen Nebenkriegsschauplatz getrost verlassen, ohne etwas Wichtiges zu versäumen.⁶ Erfreulicherweise hat das zumindest für einen Teilbereich mittlerweile auch der Bundesgerichtshof anerkannt: Im Kontext der sog. Sterbehilfe spricht er der Verhaltensdifferenz zwischen Tun und Unterlassen für die rechtliche Bewertung als tatbestandsmäßiges und nicht gerechtfertigtes Tötungsverhalten keine Bedeutung zu.⁷

Dabei ist in Bezug auf den in der Außenwelt anzutreffenden empirisch-deskriptiven Befund die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen sogar in den von manchen als problematisch empfundenen Grenzfällen bei exakter Analyse stets klar und eindeutig durchführbar: Um (aktives) Tun handelt es sich nicht nur dann, wenn jemand durch eine Körperbewegung in der Außenwelt den Ablauf eines Geschehens beeinflusst, mag er dabei auch nur geringfügige Energie aufwenden. Vielmehr liegt ein aktiver Eingriff in den sonstigen Ablauf der Welt – trotz äußerer Regungslosigkeit – selbst noch im Fall desjenigen vor, der etwa einen anderen festhält. Die Entsprechung zu derartigem (aktiven) Tun ist die Nichtbeeinflussung eines Geschehensablaufs (das „Unterlassen“). Um ein solches Unterlassen handelt es sich eindeutig etwa im Falle des Autofahrens bei eingeschaltetem Tempomat, soweit es um das Nichtabbremsen geht,⁸ oder im Falle des Schwergewichtigen, der nach dem Abklingen eines Schwächeanfalls erkennt, dass er mit seinem Körpergewicht den unter ihm liegenden Menschen zu erdrücken droht. Auch der zuletzt Genannte muss den sonstigen Ablauf der Welt ggf. i. S. der Abwendung einer bereits bestehenden Schädigungsmöglichkeit positiv beeinflussen. Das Untätigbleiben wendet die Gefahr nicht ab. Und genau dieses Untätigbleiben ist der in Frage stehende Gegenstand rechtlicher Bewertung. Im Gegensatz dazu liegt ein klarer Fall des (aktiven) Tuns vor, wenn jemand eigene Rettungsbemühungen tätig abbricht – etwa den lebensrettenden Brief wieder vernichtet, den der Sekretär sonst auftragsgemäß am nächsten Tag zur Post gebracht hätte.⁹ Diese Vernichtung schafft eine neue

⁶ Das gilt auch mit Blick auf die gegenwärtig noch im Gesetz vorgesehene fakultative Strafrahmenermilderung. Diese trägt nichts bei zur Lösung eines mitunter auftauchenden Strafzumessungsproblems. Außerdem stellen sich ganz entsprechende Strafzumessungsprobleme auch bei Tatbestandsverwirklichungen durch aktives Tun. Zur de lege ferenda abzuschaffenden Strafrahmenermilderung des § 13 Abs. 2 StGB vgl. noch unten IV. – Mit Recht krit. zur oft überschätzten Relevanz der Unterscheidung von Tun und Unterlassen etwa *Volk*, FS Tröndle (1989), S. 219 ff.

⁷ BGHSt 55, 191, 201 ff. = HRRS 2010 Nr. 704. – I. S. einer Relevanz der Verhaltensdifferenz zwischen Tun und Unterlassen freilich unlängst wieder *Kuhlen*, FS Puppe (2011), S. 669 ff.

⁸ Anders insofern etwa *Kuhlen*, FS Puppe (2011), S. 669, 683, der in einem solchen Fall die kontrafaktische Annahme eines Handelns „durch das Auto“ zulassen möchte.

⁹ *Kuhlen*, FS Puppe (2011), S. 669, 683 hält in einem solchen Fall wiederum die kontrafaktische Annahme eines Unter-

Schädigungsmöglichkeit durch die Außerkraftsetzung des rettenden Kausalverlaufs. Insofern verhält es sich auf empirischer Ebene nicht anders als im Falle dessen, der den die Haltekraft für einen Lastkran erzeugenden Magneten ausschaltet und dadurch bewirkt, dass der Passant von der herabfallenden Last erschlagen wird.

Nicht selten hängt es in unserer technisierten und arbeitsteilig organisierten Welt von Zufälligkeiten ab, ob an ein Tun oder an ein Unterlassen angeknüpft werden kann, wenn es um das Vermeiden bestimmter Schädigungsmöglichkeiten geht. Das zeigt etwa der schon genannte Fall des Autofahrens mit oder ohne Tempomat. Als weiteres Beispiel kann der Produzent eines Arzneimittels oder eines Ledersprays dienen, der die Produktion und den Vertrieb ungeachtet ernstzunehmender Schadensmeldungen einfach weiterlaufen lässt, so dass es später zu einer Reihe von Todesfällen kommt. Pflügt der Produzent in seinem kleinen Betrieb noch selbst Hand anzulegen, kann an dieses aktive Tun angeknüpft werden. Ist der Betrieb dagegen größer und deshalb stärker arbeitsteilig organisiert, kommt regelmäßig nur ein Unterlassen in Betracht. Weitere Beispiele lassen sich unschwer finden.¹⁰

Nochmals auf den Punkt gebracht: Es kann bei der Unterscheidung von Tun und Unterlassen ausschließlich

lassens und die Ablehnung eines erfolgskausalen Tuns für möglich. Beweggrund dürfte dabei die andernfalls innerhalb der Prüfung einer Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun in der dogmatischen Konzeption *Kuhlens* kaum umzusetzende (wenngleich gebotene) Verneinung der Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB aufgrund des Fehlens einer Garanten- bzw. Sonderverantwortlichkeit sein: In der Sache kann hier nur eine Strafbarkeit wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten bzw. wegen unterlassener Hilfeleistung in Betracht kommen (s. dazu noch unten III 2). Diese zutreffende Konsequenz darf aber nicht im Wege der willkürlichen Umdeutung aktiven Tuns in ein Unterlassen gezogen werden – die eigentliche Unterscheidung verlöre gerade angesichts ihrer (hier in der Tat erfolgenden) ausschließlichen Orientierung am erwünschten Ergebnis ihren dogmatischen Sinngehalt.

¹⁰ S. dazu etwa *Gimbernat Ordeig* ZStW 111 (1999), 307, 327 f. m. w. N. – Der Umfang relevanter Beispiele nimmt nochmals erheblich zu, wenn man berücksichtigt, dass ein Vorwurf mitunter gar nicht an die aktive Vornahme der in der Außenwelt wirksamen Körperbewegung anknüpfen kann, sondern allenfalls an das unterlassene steuernde Eingreifen des Subjekts in den sonst „natürlich“ ablaufenden körpereigenen Vorgang. Beispielsweise ist es im Zusammenhang mit „Affekttaten“ durchaus geläufig, dass sich der Täter u. U. sogar erheblich anstrengen muss, wenn er die Tatbestandsverwirklichung vermeiden möchte. Weiterführend dazu *Frisch* ZStW 101 (1989), 538 ff., 575 ff. – Überlegenswert erscheint überdies, ob nicht vielleicht aufgrund mancher Ergebnisse moderner Hirnforschung (Vetomöglichkeit) ein Vorwurf mitunter nur mit Blick auf ein unterlassenes Eingreifen des Subjekts erhoben werden kann. – Näher zur Frage der Konsequenzen der modernen Hirnforschung für das Strafrecht etwa *Hillenkamp* JZ 2005, 313 ff., 318 ff.; *Mosbacher* JR 2005, 61 f.; vgl. auch *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips (2006), S. 207, 307 f., 311, 323 f.; *Freund* GA 2005, 321, 322 f. – Zum in der Umgangssprache oft zutreffend erfassten Unterlassungsaspekt bei aktivem Tun s. auch die schönen Beispiele bei *Herzberg* JuS 1996, 377, 383.

darauf ankommen, in welchem Verhältnis ein Verhalten zu den relevanten Schädigungsmöglichkeiten im jeweiligen Fall steht. (Aktives) Tun *schafft* – bislang nicht vorhandene – Schädigungsmöglichkeiten – (passives) Unterlassen *wendet* – bereits vorhandene – Schädigungsmöglichkeiten *nicht ab*. Die *Schaffung* oder die *Nichtabwendung* ganz bestimmter Schädigungsmöglichkeiten durch spezifisches Verhalten (als Oberbegriff für Tun und Unterlassen) bildet den sinnvollen *Gegenstand* rechtlicher Verhaltensbewertung, die darauf gerichtet ist, den sonst zu erwartenden Ablauf des Geschehens (im Rechtsgüterschutzinteresse) positiv zu beeinflussen. Im Hinblick auf diesen Bewertungsgegenstand sind die normativen Kriterien der Verhaltensbewertung und der Verwirklichung ganz bestimmter Tatbestände klärungsbedürftig. Nur die klare Benennung dessen, was empirisch gesehen „abläuft“, bietet eine solide Basis für die notwendig werdende rechtliche Wertung der vorgenommenen oder unterlassenen Geschehensbeeinflussung durch eine bestimmte Person.¹¹

Für den konkret zu besprechenden Fall ergibt sich in dieser empirisch-deskriptiven Hinsicht folgender Befund: Das Nichtergreifen von Maßnahmen zur Rettung der sich von außen am Balkon mit den Händen festhaltenden Frau aus ihrer lebensgefährlichen Lage stellt ein Unterlassen dar. Für das Opfer bestehen konkrete Schädigungsmöglichkeiten (durch Herabstürzen), die der Angeklagte nicht abwendet. Genau dieses Unterlassen ist als solches rechtlich zu bewerten. Was der in dieser Hinsicht Unterlassende ansonsten tut, spielt für diese Unterlassungsqualität keine Rolle. Das Unterlassen mutiert nicht kontrafaktisch zu einem aktiven Tun, nur weil der die Rettungsmaßnahmen Unterlassende stattdessen etwas anderes tut.¹²

Für den Gegenstand des rechtlichen Vorwurfs ist es unerheblich, ob jemand den Ort (aktiv) verlässt, an dem Rettungsmaßnahmen zu leisten sind. Eine rechtlich legitimierbare Verhaltensnorm kann auch in einem solchen Fall lediglich verlangen, das zur Rettung Erforderliche und Angemessene zu tun. Im Fall des Angeklagten bedeutet das: Er hatte unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, um die Frau aus ihrer gefährlichen Lage zu befreien. Und eine solche Rettungspflicht ist zumindest unter dem Blickwinkel des § 323c StGB von Bedeutung – bei anzunehmender Garantenverantwortlichkeit auch unter dem des § 221 Abs. 1 Nr. 2 und der §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB.

Freilich kann sich ergeben, dass jemand zur Gefahrenvermeidung etwas zu unterlassen hat – z. B. einen bestimmten Ort zu verlassen, an dem seine bloße Anwesenheit bewirkt, dass schlimmes Unheil verhütet wird. Man stelle sich etwa vor, die Person P ist mit dem poten-

¹¹ Dass auf der Wertungsebene trotz äußerlichen aktiven Tuns Probleme der Unterlassungsverantwortlichkeit auftreten können, zeigt sich beispielsweise an der Affekttatproblematik (vgl. dazu oben Fn. 10).

¹² Sachlich übereinstimmend insofern etwa *Kuhlen*, FS Puppe (2011), S. 669, 682 (bezogen auf drei Personen, die auf einer Bank am Seeufer sitzen und einen Ertrinkenden nicht retten, wofür es keine Rolle spielt, ob sie für irgendetwas anderes „Ressourcen wie Zeit und Aufmerksamkeit einsetzen“).

tiellen Opfer O zusammen in einem Raum. P erkennt, dass bei O eine lebensbedrohliche Panikattacke ausgelöst wird oder sich erheblich zu verschlimmern droht, wenn sie O allein lässt. Dennoch verlässt sie den Raum und lässt O hilflos zurück. Wie zu erwarten war, stirbt O. Trotz missbilligter Risikoschaffung durch aktives Tun von P liegt bei zutreffendem Tatbestandsverständnis mangels Sonderverantwortlichkeit für die zu vermeidende Gefahr (der Panikattacke¹³) kein Tötungsdelikt nach § 212 Abs. 1 StGB vor.¹⁴ Selbst in einem solchen Fall kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass das Verlassen des Ortes den zu erwartenden Verlauf des Geschehens *nachteilig verändert* und eine Schädigungsmöglichkeit erzeugt, die zuvor (noch) nicht vorhanden war. Es ist nicht ratsam, diesen empirisch-deskriptiven Befund um des erwünschten Ergebnisses willen (keine Verantwortlichkeit wegen einer Tötung) kontrafaktisch zu leugnen und im Wege einer Wertung ein („normatives“) Unterlassen zu fingieren. Vielmehr gilt es, den empirischen Befund so zu nehmen, wie er ist, und die auf Tatbestandsebene notwendigen Wertungen dogmatisch angemessen „unterzubringen“. An einem für die Tatbestandserfüllung durch (aktives) Tun notwendigen *gefahrerschaffenden* Verhalten fehlt es jedenfalls nicht.¹⁵ Wenn die Erfüllung des Tatbe-

stands einer Tötung letztlich zu verneinen ist, muss dies anders begründet werden als damit, dass das Verhalten kein aktives (gefahrerschaffendes) Tun sei. Als tragfähige – den *Wertungsgesichtspunkt* offenlegende – Begründung kann nur die fehlende *Sonderverantwortlichkeit* für die erzeugte – durch das Weggehen nicht vermiedene – Gefahr dienen. Die bei einer im Rechtsgüterschutzinteresse legitimierbaren Rechtspflicht zur Gefahrenvermeidung gegebene (allgemeine) Verantwortlichkeit für die nicht vermiedene Gefahr (und ggf. deren Folgen) genügt durchaus für eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung. Dieser Straftatbestand kann nicht etwa nur durch ein Unterlassen, sondern genauso durch entsprechend hilfspflichtwidriges aktives Tun erfüllt werden.¹⁶

2. Die Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ als untaugliches Lösungsinstrument

Nicht weiterführend bei der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist die leider nach wie vor verbreitete Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“. Zur Bewertung von Verhaltensweisen unter dem Blickwinkel, ob strafbares Tun oder strafbares Unterlassen vorliegt, soll unter Berufung auf die entsprechende ständige Rechtsprechung darauf abzustellen sein, worin der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liegt.¹⁷ Dieser Schwerpunkt sei bei der Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen“ darin zu erblicken, dass der Täter die gebotene Hilfeleistung unterlasse, ohne dass es darauf ankomme, ob er sich (zusätzlich) entferne.¹⁸ Das zuletzt Gesagte mag sogar zum zutreffenden Ergebnis führen, setzt je-

¹³ Die Sonderverantwortlichkeit für die vom eigenen Körper ausgehenden Gefahren darf selbstverständlich nicht als Einstehehmüssen für sämtliche Folgen, die sich aus einer gewillkürten Körperbewegung ergeben, missverstanden werden (so aber wohl *Kuhlen*, FS Puppe [2011], S. 669, 676 f.; ähnlich *Merkel*, FS Herzberg [2008], S. 193, 199 Fn. 13). Eine solche Kategorie wäre funktionslos: Ein über das Vorliegen von Kausalität hinausgehender Erkenntnisgewinn ließe sich dadurch nicht erzielen. Maßgeblich für das Verständnis auch dieser Erscheinungsform der *Sonderverantwortlichkeit* ist vielmehr, dass damit mehr gemeint ist als das reine Vermeiden-Müssen eines schadensträchtigen Verlaufs. Sachlich geht es um die angemessene Konturierung von *speziellen Verantwortungsbereichen*. Ebenso wenig wie die bloße Auslösung der Herzattackengefahr durch einfaches (körperliches) Verlassen des gefährdeten Opfers bereite eine *besondere* Verantwortlichkeit für dieselbe zu begründen vermag, genügt dafür die Vernichtung des lebensrettenden Briefs durch (körperliches) Zerreißen mit den Händen, aber innerhalb des eigenen Organisationsbereichs, der für andere eine Tabuzone bildet. Erst recht fehlt die besondere Verantwortlichkeit für die abzuwendende Ertrinkungsgefahr bei demjenigen, der die erforderliche Rettung des Opfers mit seinem offensichtlich ungefährlichen Körper unterlässt. Eindeutig zu bejahen ist die *besondere* Verantwortlichkeit für die Abwendung der in Frage stehenden Gefahr dagegen etwa im Falle des Schwergewichtigen, der nach dem Abklingen eines Schwächeanfalls erkennt, dass er mit seinem Körpergewicht den unter ihm liegenden Menschen zu erdrücken droht. Insoweit gilt: *Dabeisein* oder *Wirksamsein* ist nicht *alles*. Es kommt gerade auf die begründbare (!) *besondere Verantwortlichkeit* des Betroffenen an.

¹⁴ S. zu diesem Fall und weiteren vergleichbaren Fällen *Freund*, FS Herzberg (2008), S. 225, 232 ff.; *Georgy*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Arzneimittelrisiken (2011), S. 24 ff.; instruktiv in diesem Zusammenhang auch die von *Merkel*, FS Herzberg (2008), S. 193 ff. diskutierten Fallkonstellationen.

¹⁵ Nicht überzeugend insofern *Kuhlen*, FS Puppe (2011), S. 669, 681 ff., der bei der Unterscheidung von Tun und Unterlassen den empirisch-deskriptiven Aspekt nur als „naturalistischen Kern“ betrachtet (S. 681) und es zulassen möchte, dass aufgrund offen normativer Wertungen aus einem Unterlassen kontrafaktisch ein Tun und aus einem

Tun ein Unterlassen wird: Ein Autofahrer, der das von einem Automaten gewählte Fahrtempo nicht verringere, „handle“ „durch das Auto“ (S. 683). – Der tätige Abbruch eigener Rettungsbemühungen müsse nicht als erfolgskausale Handlung, sondern könne auch als bloße Unterlassung aufgefasst werden (S. 683). – Demgegenüber gilt: Auch und gerade wenn offen normative Wertungen angestellt werden (sollen), muss eine angemessene Straftatdogmatik im Interesse der Transparenz die bewerteten empirischen Gegenstände so nehmen, wie sie sind, und genau den Stellenwert herausarbeiten, den das zur Lösung anstehende Wertungsproblem hat. In der Sache geht es nicht um die (naturalistische) Verhaltensform Tun oder Unterlassen, sondern um die vorhandene oder fehlende Sonderverantwortlichkeit des Verhaltensnormadressaten für ganz bestimmte (mögliche) schadensträchtige Verläufe, die dieser rechtlich missbilligt schafft oder nicht abwendet.

¹⁶ S. zu solchen Fällen nichtbegehungsgleichen aktiven Tuns *Freund*, FS Herzberg (2008), S. 225, 232 ff.; vgl. auch *Georgy*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Arzneimittelrisiken (Fn. 14), S. 24 ff. – Nicht weiter nachzugehen ist hier der Frage, ob in Fällen nichtbegehungsgleichen aktiven Tuns eine Straf-(Rahmen-)Schärfung deshalb angezeigt sein könnte, weil sich der Betreffende, um die angemessene Hilfe zu leisten, überhaupt nicht (körperlich) anstrengen muss. – Zur aus anderen Gründen erforderlichen Strafrahmenreform bei § 323c StGB s. noch unten VI.

¹⁷ BGH HRRS 2011 Nr. 1164, Rn. 14; vgl. etwa auch BGH NSStZ 1990, 607 f.: Für die Entscheidung der Frage, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, soll es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens ankommen; ferner *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 700 m. w. N.

¹⁸ BGH HRRS 2011 Nr. 1164, Rn. 14.

doch ebenso wie die Schwerpunktformel ganz allgemein voraus, dass bereits entschieden ist, welche Verhaltensweisen ein (aktives) Tun und welche ein Unterlassen darstellen. Nur wer weiß, was unter einem Tun und was unter einem Unterlassen zu verstehen ist, kann klären, worin ein „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liegt.

Die Schwerpunktformel liefert also gerade kein Kriterium zur Beantwortung der aufgeworfenen Abgrenzungsfrage. Zudem setzt sie auch unter Wertungsaspekten die Lösung genau des Problems voraus, das sie zu lösen vorgibt: Bevor über einen „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ nachgedacht werden kann, muss vorrangig geklärt sein, ob und wenn ja, an welches Verhalten (sei es nun ein Tun oder ein Unterlassen) überhaupt ein Vorwurf geknüpft werden kann. Erst wenn bekannt ist, welches Verhalten einen spezifischen Vorwurf nach sich zieht, kann ernstlich die Entscheidung getroffen werden, worin der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ zu erblicken ist. In diesem Zusammenhang ist mitunter auch festzustellen, dass ein Vorwurf z. B. überhaupt nur an ein Tun oder überhaupt nur an ein Unterlassen geknüpft werden kann oder dass der an beide Verhaltensweisen zu knüpfende Vorwurf (ungefähr) gleich gewichtig ist. In diesen Fällen liegt die Schwerpunktformel offensichtlich neben der Sache.

Wenn nun aber die nähere Untersuchung tatsächlich die Berechtigung eines unterschiedlich gewichtigen Vorwurfs in Bezug auf ein Tun *und* ein Unterlassen ergibt, ließe sich immerhin überlegen, ob die Formel des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit als eine Art Konkurrenzregel eine sinnvolle Funktion erfüllen könnte. Jedoch ist selbst das zu verwerfen: Hat jemand durch unterschiedliche Verhaltensweisen mehrere Straftatbestände oder denselben Straftatbestand mehrfach verwirklicht, muss das im Schuldspruch zum Ausdruck kommen. Es wäre verfehlt, nicht unerhebliches Unrecht nur deshalb gleichsam unter den Tisch fallen zu lassen, weil der Betreffende noch gewichtigeres begangen hat.¹⁹ Einer Modifikation der allgemeinen Konkurrenzregeln speziell mit Blick auf ein Nebeneinander von tatbestandsverwirklichendem Tun und Unterlassen bedarf es nicht. Entsprechendes gilt – vor allem im Kontext der Strafzumessung – für die Verwirklichung eines Straftatbestands durch mehrere Handlungen oder Unterlassungen. Niemand käme (hoffentlich) auf die Idee, dem Täter einer Körperverletzung i. S. einer „Schwerpunktsetzung“ nur die schwersten Schläge anzulasten, die er gegen sein Opfer geführt hat. Dementsprechend ist aber auch zu berücksichtigen, dass das tatbestandsmäßige Fehlverhalten, das zu Verletzungen des Opfers geführt hat, aus einer dem Täter insgesamt vorzuwerfenden Kombination von Tun und Unterlassen bestehen kann. Dies zeigt eindrucksvoll folgender Fall: Der Täter hat sein Opfer mit Tötungsvorsatz ins Wasser gestoßen und lässt es anschließend ertrinken. Eine Orientierung an irgendwelchen „Schwerpunkten“ würde dem in dieser Konstellation verwirklichten Unrecht nicht gerecht. Der Täter hat sowohl durch tatbestandsmäßiges Tun als auch durch tatbestandsmäßiges Unterlassen ein

Tötungsverhalten vorgenommen.²⁰ Es wäre unangemessen, ihm nur ein bestimmtes Verhalten – Tun *oder* Unterlassen – zum Vorwurf zu machen.²¹ In der Sache handelt es sich zwar nur um eine einzige vollendete Tötung. Diese wurde jedoch durch aktives Tun *und* durch begehungsgleiches Unterlassen begangen und ist daher auch als solche – gerade mit Blick auf die strafzumessungsrechtliche Bedeutung beider Verhaltensmomente – vorzuwerfen. Probleme mit dem Verständnis eines derartigen Delikts hat nur, wer bei Tun und Unterlassen mit verschiedenen Tatbestandskriterien arbeitet.

III. Identische Kriterien der Tatbestandsverwirklichung bei Tun und Unterlassen

Was genau vorwerfbar ist, ergibt sich primär aus der spezifischen Verhaltensnormwidrigkeit bestimmten (aktiven) Tuns und Unterlassens; sekundär fungieren als tauglicher Vorwurfsgegenstand ggf. spezifische Fehlverhaltensfolgen (z. B. als Gefährdungs- oder Verletzungserfolg). Wenn von spezifischer Verhaltensnormwidrigkeit die Rede sein soll, muss geklärt sein, wie bzw. wodurch Verhaltensnormen legitimiert werden können.

1. Rechtsgüterschutz als Legitimationsgrund für Verhaltensnormen (Ver- und Gebote)

Der kleinste *allen* Tatbestandsverwirklichungen gemeinsame Nenner liegt im Verstoß gegen eine rechtlich legitimierte Verhaltensnorm. Eine Straftat ohne Verhaltensnormverstoß ist undenkbar. Verhaltensnormen bedürfen aber in einem auf die Ermöglichung von Freiheit angelegten Rechtssystem, wie es unsere Verfassung vorsieht, der sachlichen Legitimation gegenüber ihrem Adressaten.²² Eine derartige Legitimation kann überzeugend nur durch die Bezugnahme auf einen Nutzen der Normeinhaltung für berechnete Belange des Rechtsgüterschutzes geleistet werden. Als legitimer Zweck der Etablierung von Verhaltensnormen dienen etwa der Schutz des Lebens oder der Gesundheit anderer Personen. Klärungsbedürftig ist insofern zunächst, ob bestimmte berechnete Belange des Rechtsgüterschutzes benannt werden können und diese so gewichtig sind, dass zu ihrer Wahrung eine Verhal-

²⁰ Die auch für das Ertrinkenlassen als Tötungsverhalten nötige Sonderverantwortlichkeit resultiert nach Sachlage selbstverständlich aus dem vorsätzlichen gefährdenden Vorverhalten. Näher zu dieser – ganz zu Unrecht – umstrittenen Frage der „vorsätzlichen Ingerenz“ Freund, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2011), § 13 Rn. 130 ff. m. w. N. – Zur Gegenauffassung vgl. Hillenkamp, FS Otto (2007), S. 287 ff.

²¹ Die gängige Regel des „Vorrangs“ der Tatbestandsverwirklichung durch Tun (vgl. etwa Kuhlen, FS Puppe [2011], S. 669, 682; ferner auch Freund, AT, 2. Aufl. [2009], § 11 Rn. 40) ist daher zumindest missverständlich.

²² Näher dazu Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), Vor § 13 Rn. 133 ff.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988), S. 74 f., 129 ff., 137 ff.; vgl. auch Rudolphi, in: SK-StGB, 26. Lfg. (Stand Juni 1997), Vor § 1 Rn. 15 (allerdings zur Angemessenheit der Strafe, die aber allemal die Angemessenheit der Verhaltensnorm voraussetzt, auf deren Miss- oder Nichtachtung mit Strafe reagiert werden soll).

¹⁹ Eine nur unerhebliche Relativierung des Gesagten ergibt sich aus der prozessualen Möglichkeit der Beschränkung der Strafverfolgung nach §§ 154, 154a StPO.

tensnorm in Gestalt eines Ver- oder Gebots begründet werden kann.²³ Erst im Anschluss stellt sich die strafrechtliche Frage, ob der Verstoß gegen eine solche Verhaltensnorm tatbestandsmäßig im Sinne einer spezifischen Sanktionsnorm ist. Für deren Beantwortung muss man wissen, welcher Rechtsgüterschutzaspekt von dieser Sanktionsnorm erfasst werden soll.²⁴

Beispielsweise geht es beim Tatbestand eines Tötungsdelikts nach §§ 212, 222 StGB unter Rechtsgüterschutzaspekten zunächst um das Vermeiden-Müssen einer Schädigungsmöglichkeit bezüglich fremden Menschenlebens. Für die Vollendungstat ist es zusätzlich erforderlich, dass sich die zu vermeidende Schädigungsmöglichkeit realisiert. Dabei kann die zu vermeidende Schädigungsmöglichkeit durch ein aktives Tun des Täters selbst geschaffen oder aber – falls bereits vorhanden – durch sein Unterlassen nicht abgewendet werden. Sachlich ist dabei die Legitimation einer Verhaltensnorm im Interesse des Rechtsgüterschutzes, hier des menschlichen Lebens, erforderlich, nach der die entsprechende Schädigungsmöglichkeit vermieden werden muss. Diese Legitimation einer Verhaltensnorm in Gestalt eines Ver- oder Gebots erfordert, dass die Schädigungsmöglichkeit für den konkreten Handelnden oder Unterlassenden überhaupt vorhersehbar und vermeidbar ist und auch von Rechts wegen vermieden werden muss. Dabei bedarf es einer Güter- und Interessenabwägung mit nicht unerheblichen Wertungsproblemen, die jedoch sachbedingt sind. Für die Legitimation einer Verhaltensnorm ist es notwendig zu begründen, dass die Interessen des von der Schädigungsmöglichkeit Bedrohten unter den konkreten Bedingungen Vorrang vor der allgemeinen Handlungsfreiheit desjenigen haben, der sich an ein bestimmtes Ver- oder Gebot halten soll.²⁵ Gelingt die Legitimation einer Verhaltensnorm nicht, liegt kein tatbestandsmäßiges Tötungsverhalten vor. Dass das Verhalten (quasi-)kausal für den Tod werden kann oder geworden ist, genügt dafür nicht. Fällt die Interessenabwägung zugunsten des von einer Schädigungsmöglichkeit Bedrohten aus, sodass eine Verhaltensnorm im Lebensschutzinteresse eines anderen Menschen legitimiert ist, heißt das jedoch noch lange nicht, dass bei entsprechender Normwidrigkeit bereits ein tatbestandsmäßiges Tötungsverhalten im Sinne der §§ 212, 222 StGB vorliegt.

²³ Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), Vor § 13 Rn. 40, 153 ff. – Näher zur nach wie vor aktuellen Diskussion um die Rechtsgutsproblematik etwa Hefendehl GA 2007, 1 ff. m. w. N.

²⁴ Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), Vor § 13 Rn. 69, 154.

²⁵ Näher dazu – jew. m. w. N. – etwa Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe (1992), S. 51 ff.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (Fn. 22), S. 70 ff.; ders., Vorsatz und Risiko (1983), S. 139 ff. et passim.

2. Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten als zusätzlicher Legitimationsgrund und weiteres Spezifizierungskriterium – Das Verhaltensnormmodell der zwei Säulen

Die Existenz der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB als Straftat – Entsprechendes gilt für § 138 StGB – zeigt, dass ein wichtiger Aspekt nicht fehlen darf, wenn ein tatbestandsmäßiges Tötungsverhalten angenommen werden soll: Wer zufällig mit einer Situation konfrontiert wird, in der ein Unfallopfer zu verbluten droht, ist zwar Adressat einer Verhaltensnorm, die im Interesse des Lebensschutzes (also des Rechtsgüterschutzes) legitimiert werden kann. Er muss also weitergehende Schädigungen des Verletzten vermeiden, sofern er dieser Pflicht ohne zu große Belastung genügen kann. Jedoch „tötet“ er nicht im Sinne der §§ 212, 222 StGB, wenn er gegen eine so legitimierte Verhaltensnorm verstößt. Er verwirklicht kein entsprechendes Verhaltensunrecht. Für die versuchte und auch für die vollendete Tötung im Sinne dieser Vorschriften bedarf es der Verletzung einer *besonderen* Rechtspflicht.²⁶

Was das Besondere an manchen Rechtspflichten (Verhaltensnormen) ist, wird bei näherer Betrachtung der Legitimationsgründe von Verhaltensnormen deutlich. Dann zeigt sich, dass es zwei Typen von Verhaltensnormen gibt, die sich unter Legitimationsaspekten klar unterscheiden. Grundlegend für die Legitimation einer jeden Verhaltensnorm ist, wie gesagt, zunächst der Rechtsgüterschutz – genauer: der Nutzen der Normeinholung für die Belange des Rechtsgüterschutzes. Z. B. legitimiert sich die Norm „Rette den Verletzten“ durch die auf diese Weise mögliche Rettung menschlichen Lebens. Dabei handelt es sich um eine Verhaltensnorm, die auf *einer* Säule – und zwar der des Rechtsgüterschutzes – ruht. Das ist der Verhaltensnorm-Typ 1. Nun gibt es aber auch Verhaltensnormen, die sich zusätzlich auf eine zweite Säule stützen. Wer z. B. die Lebensgefahr, die es abzuwenden gilt, pflichtwidrig heraufbeschworen hat, ist für *diese* Gefahrenabwendung *besonders verantwortlich* (im Beispielsfall: Sonderverantwortlichkeit *kraft Ingerenz*). Ebenso sonderverantwortlich für die in Frage stehende Gefahrenabwendung sind die Eltern, die ihr Kind verhungern lassen. Hier wird nicht irgendjemand im Güterschutzinteresse in die Pflicht genommen, sondern derjenige, der für die in Frage stehende Gefahrenvermeidung aus einem besonderen Sachgrund speziell einstehen

²⁶ Das ist in der Sache unbestritten und wird für den Bereich des begehungsgleichen Unterlassens sogar in mehreren ausländischen Rechtsordnungen explizit gesagt; vgl. zur Gesetzeslage etwa in der Schweiz, in Österreich und in Spanien Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), § 13 Rn. 38, 42, 44. – S. ergänzend Rudolphi/Stein, in: SK-StGB, 119. Lfg. (Stand Sept. 2009), § 13 Rn. 17 (zur Differenzierung zwischen Verhaltensnormen, die nur durch den Rechtsgüterschutz zu legitimieren sind, und solchen, bei denen ein *zusätzlicher besonderer Inpflichtnahmegrund* besteht); ferner Kölbl (JuS 2006, 309, 310), der von einem „sonderverantwortlichen Personenkreis“ spricht, „der das betreffende Unterlassungsdelikt überhaupt begehen kann“, und damit ebenfalls vom Erfordernis einer *besonderen* Rechtspflicht ausgeht.

muss. Entsprechend verhält es sich bei dem, der sich bereit erklärt hat, bestimmte Gefahren abzuwenden. Mit seiner Inpflichtnahme wird er beim Wort genommen und eben als insofern Sonderverantwortlicher – als entsprechender „Garant“ – mit einer qualifizierten Verhaltensnorm belastet. Er verstößt gegen den Verhaltensnorm-Typ 2, also gegen eine Verhaltensnorm, die auf zwei Säulen ruht: dem Rechtsgüterschutz und der Sonderverantwortlichkeit.²⁷

Für die Verwirklichung der Tatbestände des Totschlags, der fahrlässigen Tötung, der Körperverletzung usw. ist ein Verstoß gegen den Normtyp 2 nötig, der sich durch den Rechtsgüterschutz und die Sonderverantwortlichkeit für die in Frage stehende Gefahrenvermeidung legitimiert. Bei einfach fundierten Verhaltensnormen kommen nur die unterlassene Hilfeleistung und die Nichtanzeige geplanter Straftaten in Betracht.²⁸ Töten, Verletzen usw. meint nur Verstöße gegen das Leben und die Körperintegrität schützende Verhaltensnormen, die sich zugleich auf die Sonderverantwortlichkeit („Garantenverantwortlichkeit“) des Normadressaten stützen. Ob ein Verstoß gegen ein Ver- oder Gebot vorliegt, ist dagegen unerheblich.

Als Beispiel kann eine Konstellation der schon in die Wege geleiteten Anzeige eines geplanten Mordes dienen: Jemand hat die entsprechende Anzeige bereits in einem Brief verschlossen auf seinen Schreibtisch gelegt und den Sekretär beauftragt, den Brief am nächsten Tag zur Post zu bringen. In der Nacht zuvor vernichtet der Betroffene jedoch den Brief, der ansonsten das Leben des Bedrohten gerettet hätte. In einem solchen Fall wird zwar das Vernichten des Briefes als aktives Tun durchaus (quasi-)kausal für die Nichtanzeige und den späteren Tod des Opfers. Mangels begründbarer Sonderverantwortlichkeit für das in Frage stehende Vermeiden der dem Opfer drohenden Lebensgefahr liegt aber nur ein Verstoß gegen eine einfach fundierte Verhaltensnorm vor. Es handelt sich also auch hier nur um ein scheinbares „Begehen“ im Sinne eines Tötungsdelikts (bzw. einer entsprechenden Beihilfe). Tatsächlich verwirklicht der Verhaltensnormverstoß durch aktives Tun nur den Unwertgehalt der unterlassenen Verbrechensanzeige nach § 138 StGB, die selbstverständlich neben dem aktiven Tun auch nach dem Wortlaut ohne Weiteres gegeben ist.²⁹ Daneben ist allenfalls noch an eine unterlassene Hilfeleistung zu denken.

²⁷ Zu diesem „Zwei-Säulen-Modell“ der Legitimation von Verhaltensnormen s. Freund, AT (Fn. 21), § 2 Rn. 16 ff.; dens., in: MüKo-StGB (Fn. 20), Vor § 13 Rn. 152 ff., 171 ff.; ferner bereits dens., Erfolgsdelikt und Unterlassen (Fn. 25), S. 54 ff., 68 ff. – Selbstverständlich ist das Vorliegen der nötigen Sonderverantwortlichkeit als Straftatmerkmal jeweils konkret begründungsbedürftig – die bloße Behauptung, jemand sei sonderverantwortlich, genügt nicht den Anforderungen. Vielmehr bedarf es einer tragfähigen Argumentation, die tatsächlich einen zusätzlichen Inpflichtnahmegrund im Verhältnis zum (potentiellen) Verhaltensnormadressaten ergibt. Mit diesem zutreffenden Verständnis wird ein klares Argumentationsziel normativ vorgegeben (vgl. dazu noch unten Fn. 40).

²⁸ Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), Vor § 13 Rn. 176.

²⁹ Sachlich übereinstimmend etwa Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts (Fn. 5), Rn. 358; Herzberg JuS 1996, 377, 382; ders., Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972), S. 39 ff.; vgl. auch Roxin, FS Engisch (1969), S. 380, 382 ff.

Ein weiteres Beispiel betrifft die interessante Konstellation der Ingerenz beim Begehungsdelikte:³⁰ Jemand entzieht dem Stolpernden den bereits ausgestreckten rettenden Arm durch – in der Erscheinungsform unproblematisches – aktives Tun, indem er ihn schnell wieder zurücknimmt. Infolgedessen stürzt das Opfer und verletzt sich, was der Handelnde vorausgesehen hat. In einem solchen Fall wird zwar das Entziehen des Armes als aktives Tun kausal für den bei dem Opfer eintretenden Körperverletzungserfolg. Indessen lässt sich eine Sonderverantwortlichkeit des den Arm Wegziehenden für die dem Stolpernden aufgrund des Stolperns (!) drohende Körperverletzungsgefahr nicht begründen (es sei denn, es handelte sich z. B. um Mutter und Kind). Mangels Sonderverantwortlichkeit liegt in einem solchen Fall nur eine Tatbestandsverwirklichung nach § 323c StGB vor. Eine andere Beurteilung ergibt sich jedoch bei phänomenologisch identischem Verhalten, wenn der den Arm Wegziehende den anderen zuvor fahrlässig stolpern ließ. Trotz naturalistisch identischen Verhaltens verwirklicht er den Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB in der Form des aktiven Tuns. Denn die für die Tatbestandsverwirklichung normativ entscheidende Sonderverantwortlichkeit ergibt sich aus dem pflichtwidrigen Vorverhalten.

3. Begriffliche Verwirrungen des BGH: „Echtes“ und „unechtes“ Unterlassen – Schein und Sein strafrechtlicher Verantwortlichkeit für Fehlverhalten und spezifische Fehlverhaltensfolgen

In der zu würdigenden Entscheidung des BGH finden sich gleich mehrere Aussagen, die nicht unwidersprochen bleiben dürfen. Diese beruhen entweder auf nicht hinterfragten Prämissen oder erweisen sich bei näherer Betrachtung als strafrechtsdogmatisch nicht haltbar: Der BGH möchte die Entscheidung über die Anwendbarkeit der (fakultativen) Rahmenmilderung des § 13 Abs. 2 StGB davon abhängig machen, ob es sich um ein „echtes“ oder um ein „unechtes“ Unterlassungsdelikt handelt. Für „echte“ Unterlassungsdelikte gelte § 13 StGB nicht. „Echte“ Unterlassungsdelikte müssten „keinen Taterfolg“ aufweisen.³¹ Und genau so verhalte es sich bei der Aussetzung. Das „pflichtwidrige Garantenverhalten“ führe im Rahmen von § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB „nicht zu einer Verantwortlichkeit für den daraus resultierenden Verletzungserfolg, sondern (nur) zur strafrechtlichen Haftung für die nicht abgewendete konkrete Gefahr“. Sei aber „aus diesen Gründen § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB echtes Unterlassungsdelikt, sodass § 13 StGB nicht anwendbar“ sei, könne für den Qualifikationstatbestand des § 221 Abs. 3 StGB nichts anderes gelten.³² Dem drohenden Wertungswiderspruch bei Vorsatz hinsichtlich der Todesfolge mit der Möglichkeit, § 13 Abs. 2 StGB anzuwenden, möchte der BGH mit einer angenommenen Sperrwirkung

³⁰ Beispiel nach Jakobs, in: El sistema funcionalista del Derecho penal, hrsg. v. Jakobs und Cancio Meliá, Lima, Perú (2000), S. 133, 164.

³¹ BGH HRRS 2011 Nr. 1164, Rn. 15.

³² BGH HRRS 2011 Nr. 1164, Rn. 16.

des zurücktretenden Delikts der Aussetzung mit Todesfolge begehen.³³

Zu beanstanden ist an diesen Aussagen bereits die gerade mit Blick auf die dafür aufgestellten Prämissen erheblich missverständliche Verwendung der Begriffe „echte“ und „unechte“ Unterlassungsdelikte. Der BGH geht davon aus, „unechte“ Unterlassungsdelikte seien durch das Kriterium eines tatbestandlichen (Verletzungs-)Erfolgs, für den der Täter die Verantwortung trage, zu erkennen. „Echte“ Unterlassungsdelikte seien demgegenüber dadurch zu identifizieren, dass bei ihnen ein solcher vom Unterlassungstäter zu verantwortender Taterfolg in Gestalt eines Verletzungserfolgs fehle bzw. fehlen könne. Indessen drängt sich nicht nur die Frage auf, weshalb der für die „unechten“ Unterlassungsdelikte als spezifisch angesehene Taterfolg nicht auch in einem konkreten Gefährerfolg liegen kann. Dann wäre nämlich die Aussetzung schon als Grunddelikt nach den Prämissen des BGH ein „unechtes“ Unterlassungsdelikt.³⁴ Ebenso naheliegend ist die Nachfrage, wie es zu erklären sein soll, dass ein pflichtwidriges Garantenverhalten zwar eine Verantwortlichkeit für den aussetzungsrelevanten Gefährerfolg begründet, aber keine für den Verletzungserfolg, der genau aus der zu verantwortenden Gefahr als Durchgangsstadium resultiert. Nicht mehr nachvollziehbar ist daher nach den Vorgaben des BGH die Verurteilung eines Täters wegen Aussetzung mit Todesfolge, wenn er für den Todeserfolg doch angeblich gar nicht verantwortlich sein soll. Hier drängt sich der Eindruck auf, dem BGH sei es vorrangig um die Erzielung eines bestimmten Ergebnisses (der Ablehnung einer Strafrahmenermilderung) gegangen. Von einer wünschenswerten *strafrechtsdogmatischen* Problembehandlung bleibt am Ende wenig übrig. Konkret: Mit dem „Kriterium“ des BGH, „echte“ Unterlassungsdelikte seien daran zu erkennen, dass sie keinen Taterfolg aufweisen (müssen), wären beispielsweise die versuchte Tötung oder Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen als „echte“ Unterlassungsdelikte zu klassifizieren. Damit verlöre die angestrebte Differenzierung zwischen „echten“ und „unechten“ Unterlassungsdelikten aber offensichtlich jeglichen Sinn.

Auf eine in diesem Zusammenhang wichtige Differenzierung darf aber keinesfalls verzichtet werden: Die Differenzierung zwischen begehungsgleichem und nichtbegehungsgleichem Unterlassen. Soweit ersichtlich ist die Kennzeichnung des begehungsgleichen (Garanten-)Unterlassens als „unechtes“ Unterlassen und die des nichtbegehungsgleichen (Jedermanns-)Unterlassens als „echtes“ Unterlassen am weitesten verbreitet. Es ist zwar dringend ratsam, klarer zu sagen, was man meint.³⁵ Aber wenn schon die überkommenen Begriffe des „unechten“ und des „echten“ Unterlassungsdelikts verwendet werden, dann sollte sich ihr Gebrauch zumindest an den

Kriterien des begehungsgleichen und des nichtbegehungsgleichen Unterlassens orientieren.³⁶ Andernfalls ist die Begriffsverwirrung perfekt – wie die Entscheidung des BGH erneut eindrucksvoll belegt.

Begehungsgleiches Unterlassen ist durch den Verstoß gegen eine Verhaltensnorm gekennzeichnet, die nicht allein durch die berechtigten Belange des Rechtsgüterschutzes legitimiert ist, sondern auch durch die Sonderverantwortlichkeit (Garantenverantwortlichkeit) des Normadressaten für die in Frage stehende Gefahrenvermeidung. Nichtbegehungsgleiches Unterlassen erfordert dagegen lediglich den Verstoß gegen eine Verhaltensnorm, die das Vermeiden-Müssen einer bestimmten Schädigungsmöglichkeit im Rechtsgüterschutzinteresse verlangt. Derartiges nichtbegehungsgleiches Unterlassen wird im StGB – soweit ersichtlich – nur in den §§ 138, 323c StGB erfasst.³⁷ Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ (§ 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ist demnach selbstverständlich ein begehungsgleiches Unterlassungsdelikt. Den Tatbestand verwirklicht ausschließlich derjenige, der das Opfer „in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist“. Die zugrunde liegende Verhaltensnorm fußt damit zweifelsohne auf zwei Säulen: Ohne das gleichzeitige Vorliegen einer rechtlichen Sonderverantwortlichkeit desjenigen, der einen anderen im Stich lässt, verhält sich dieser nicht tatbestandsmäßig-missbilligt im Sinne der Aussetzung.

Für diesen Deliktstyp des begehungsgleichen Unterlassens gibt es eine lediglich klarstellende Regelung in § 13 Abs. 1 StGB. Entsprechendes begehungsgleiches Unterlassen erfüllt auch ohne diese Regelung z. B. den Tatbestand des Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB. Wenn etwa die Eltern ihr kleines Kind bei bitterer Kälte aus dem warmen Haus in den Wald laufen lassen, begehen sie eine Aussetzung nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB; wenn das Kind im Wald erfriert, sind sie verantwortlich wegen Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1 Nr. 1, Abs. III StGB); lassen sie es mit Tötungsvorsatz zu, dass das Kind in den Wald läuft, begehen sie jedenfalls auch einen Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB. § 13 Abs. 1 StGB stellt das nur klar, begründet jedoch nicht erst die entsprechende Strafbarkeit. § 13 Abs. 2 StGB ermöglicht im Grundsatz für alle Fälle begehungsgleichen Unterlassens eine Milderung des Strafrahmens. Ob und inwieweit eine solche unterlassungsspezifische Strafmilderung letztlich sachgerecht ist, muss im Einzelfall geklärt werden.³⁸ Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 13 Abs. 2 StGB kann sich nur durch eine die allgemeine Norm verdrängende speziellere Regelung ergeben.³⁹

³³ BGH HRRS 2011 Nr. 1164, Rn. 17.

³⁴ Mit Blick auf den Gefährerfolg stuft etwa *Wielant*, Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB (Fn. 4), S. 166, 168 die Aussetzung durch Im-Stich-Lassen als „speziell vertatbestandliches unechtes Unterlassungsdelikt“ ein.

³⁵ Die verbreitete Bezeichnung der begehungsgleichen (Garanten-)Unterlassungsdelikte als „unechte Unterlassungsdelikte“ ist anerkanntermaßen missverständlich (s. statt vieler *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts [Fn. 5], Rn. 343; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. [1996], S. 606).

³⁶ S. zu dieser Begriffsverwendung etwa *Roxin*, AT II, 1. Aufl. (2003), § 31 Rn. 16 ff. – Ein entsprechender Minimalkonens wird auch festgestellt von *Wielant*, Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB (Fn. 4), S. 164 (§§ 138, 323c StGB als die „klassischen echten Unterlassungsdelikte“ – die „über § 13 Abs. 1 StGB gebildeten“ als „unechte“ Unterlassungsdelikte); im Übrigen herrscht Begriffsverwirrung.

³⁷ Auch beim nichtbegehungsgleichen Unterlassen ist der Täter selbstverständlich für etwaige Folgen seines Fehlverhaltens verantwortlich; vgl. dazu noch unten Fn. 64.

³⁸ Vgl. dazu noch unten IV.

³⁹ Näher dazu unten IV 2.

4. Zum Stellenwert des Gesetzlichkeitsgrundsatzes für ein angemessenes Tatbestandsverständnis

Nach dem Gesagten können zumindest im Grundsatz alle Tatbestände sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen erfüllt werden. Die dafür maßgeblichen Kriterien sind für beide naturalistischen Verwirklichungsformen vollkommen identisch. Wer das bestreitet und behauptet, im Falle des Unterlassens seien andere – vor allem zusätzliche – Kriterien maßgeblich,⁴⁰ muss eine dann auftretende Unstimmigkeit erklären:

Der Gesetzlichkeitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG verlangt eine gesetzliche Anordnung der Strafbarkeit durch die Normierung eines bestimmten Straftatbestands, der festzulegen hat, bei Erfüllung welcher Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge eingreifen soll. Beispielsweise erfasst § 212 Abs. 1 StGB die (vorsätzliche rechtlich missbilligte) *Tötung eines anderen Menschen* – und zwar abstrakt formuliert durch die Normierung der Tatbestandsvoraussetzungen T1 bis T3. Wer nun behauptet, im Fall des Unterlassens seien die Tatbestandsvoraussetzungen T1, T2 und T4 zu erfüllen, kreiert dadurch einen neuen – gesetzlich so nicht vorgesehenen – Tatbestand und verstößt gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz.

Diese Unstimmigkeit mit ihrem Verstoß gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz kann auch nicht durch den Hinweis auf die angeblich durch § 13 Abs. 1 StGB „normierte“ Garantenstellung bzw. Garantenverantwortlichkeit als zusätzliches Merkmal begehungsgleichen Unterlassens beseitigt werden. Denn § 13 Abs. 1 StGB hat – worauf die Rechtsprechung zutreffend großen Wert legt – zumindest regelmäßig ohnehin keine strafbarkeitskonstitutive Bedeutung.⁴¹ Vielmehr ist nach Wortlaut und Ratio bereits

⁴⁰ Aus jüngerer Zeit etwa *Kuhlen*, FS Puppe (2011), S. 669, 670, 671: „...unterscheiden sich nach geltendem Recht der Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts und der des Begehungsdelikts jedenfalls durch die jeweilige Verhaltensform sowie durch das Erfordernis der Garantenstellung, das nur beim unechten Unterlassungsdelikt besteht“. – Immerhin räumt *Kuhlen* die Möglichkeit der hier vorgeschlagenen Systematisierung ein und erkennt an, dass „mit dem an die Systemspitze gestellten Verhaltensnormverstoß eine normativ wichtige gemeinsame Voraussetzung aller Straftaten betont wird“ (S. 675). Bei seiner Würdigung vernachlässigt er freilich die kritische Funktion und das Problemlösungspotential, das mit der genauen Spezifizierung des tatbestandsmäßigen Verhaltensnormverstoßes verbunden ist. Dabei kann es nicht darum gehen, eine Formel für die Lösung aller Wertungs-Probleme anzubieten, sondern allein darum, diese Probleme möglichst auf den Punkt zu bringen. Insofern ist auch die von *Kuhlen* wohl kritisch gemeinte Aussage, das „Erfordernis der Sonderverantwortlichkeit“ als Spezifikum des Begehens und des begehungsgleichen Unterlassens (im Gegensatz zum nichtbegehungsgleichen Unterlassen der unterlassenen Hilfeleistung und der Nichtanzeige geplanter Straftaten) formuliere „nur ein Argumentationsziel“ (*Kuhlen*, FS Puppe [2011], S. 669, 674, 679), durchaus positiv zu sehen: Insofern sind in der Tat Argumente gefordert, die einen solchen zusätzlichen Legitimationsgrund im Verhältnis zum potentiellen Normadressaten ergeben.

⁴¹ § 13 Abs. 1 StGB ist jedenfalls in sehr weitgehendem Maße überflüssig (*Freund*, in: MüKo-StGB [Fn. 20], § 13 Rn. 300).

des jeweiligen Straftatbestands (auch ohne Heranziehung des § 13 Abs. 1 StGB) bestimmtes Unterlassen genauso tatbestandserfüllend wie entsprechendes Tun. Wäre dem nicht so, läge in der Bestrafung nach diesem Tatbestand ein Verstoß gegen das Erfordernis einer *gesetzlichen* Strafbarkeitsanordnung. Die bloße – ungefähre – Gleichwertigkeit des Unterlassens änderte nichts daran, dass ein Tatbestand erfüllt würde, der gesetzlich nicht vorgesehen ist. Dabei kann § 13 Abs. 1 StGB kaum als ausreichende Ermächtigungsgrundlage für eine strafbarkeitsbegründende Analogie zu den Tatbeständen der Begehungsdelikte gesehen werden. Die verbreitete Auffassung, der Täter des Begehungsdelikts und der Täter des begehungsgleichen Unterlassungsdelikts erfüllten verschiedene Tatbestände,⁴² ist daher mit Art. 103 Abs. 2 GG schwerlich in Einklang zu bringen, da im StGB – bzw. in strafrechtlichen Nebengesetzen – regelmäßig nur *ein* Tatbestand normiert ist (wie z. B. in § 212 Abs. 1 StGB).

Ein solcher Verstoß gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz kann nur vermieden werden, wenn es gelingt aufzuzeigen, dass *derselbe gesetzlich normierte Tatbestand* – z. B. § 212 Abs. 1 StGB – ganz genauso durch begehungsgleiches Unterlassen erfüllt wird wie im Falle aktiven Tuns. Dazu ist nur das hier vorgestellte Konzept in der Lage.⁴³ Das Unterlassungsdelikt ist nach dem Gesagten nicht etwa ein aliud gegenüber dem entsprechenden Handlungsdelikt oder auch nur ein Minus. Vielmehr sind die Kriterien der Tatbestandsverwirklichung für Tun und Unterlassen vollkommen identisch. Für fast alle Tatbestände des Besonderen Teils ist ein Verstoß gegen eine auf zwei Säulen gegründete Verhaltensnorm nötig. Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung usw. erfor-

Nach Auffassung des BGH ist diese Regelung sogar ohne jede strafbarkeitskonstitutive Bedeutung (BGHSt 36, 227 ff.).

⁴² S. dazu statt vieler *Gropp*, AT, 3. Aufl. (2005), § 11 Rn. 4: „Der Obersatz eines unechten Unterlassungsdelikts setzt sich somit aus dem jeweiligen Tatbestand eines Erfolgsdelikts und den spezifischen Voraussetzungen in § 13 zusammen.“ – Hier wird offenbar mit grundverschiedenen Tatbeständen „gearbeitet“. – Vgl. etwa auch die verschiedenen Prüfungsschemata bei *Wessels/Beulke*, AT (Fn. 17), Rn. 872, 876; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, 5. Aufl. (2004), Vor § 13 Rn. 1 sprechen davon, dass die Grundsätze der strafrechtlichen Zurechnung beim Unterlassungsdelikt „wesentlich andere“ seien als beim Handlungsdelikt.

⁴³ Dieses Konzept verstößt nicht etwa seinerseits gegen den nullum crimen-Satz angesichts der bei Fehlen einer Sonderverantwortlichkeit eröffneten Möglichkeit der „Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit trotz erfolgskausalen Handelns“ (in diese Richtung offenbar *Kuhlen*, FS Puppe [2011], S. 669, 674 m. Fn. 41): Dass neben erfolgskausalem Handeln – unabhängig von der Sonderverantwortlichkeit – auch bei der Tatbestandsverwirklichung durch (aktives) Tun ohnehin *stets* ein Mehr zur Bestrafung des Einzelnen nach dem jeweiligen Deliktstatbestand erforderlich ist, bedarf kaum weiterer Begründung. Die entsprechenden Konkretisierungen tatbestandlicher Verhaltensmissbilligung sind vielmehr auch und gerade vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsgrundsatzes unverzichtbar – sie tragen ihm Rechnung. Nichts anderes gilt für die sachlich zwingend erforderliche weitere Konkretisierung anhand des Kriteriums der Sonderverantwortlichkeit beim Begehen und beim begehungsgleichen Unterlassen. Denn nur mit dessen angemessener Erfassung wird die Rechtskonkretisierung dem gesetzlichen Auftrag gerecht.

den den Verstoß gegen eine qualifizierte Verhaltensnorm. Diese Tatbestände erfordern das Vermeiden-Müssen einer entsprechenden Schädigungsmöglichkeit bei gegebener Sonderverantwortlichkeit („Garantenverantwortlichkeit“). Bei fehlender Sonderverantwortlichkeit liegt trotz aktiven Tuns allenfalls ein tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne der §§ 323c, 138 StGB vor. Die Verwirklichung dieser Tatbestände ist nicht nur in der Verhaltensform des Unterlassens möglich. Auch Handeln im Sinne von aktivem Tun kann diese Tatbestände erfüllen. Das begehungsgleiche Unterlassen und das Begehen im Sinne der Tötung, Körperverletzung usw. beinhalten im Verhältnis zum nichtbegehungsgleichen Unterlassen und zum – mangels Sonderverantwortlichkeit – ausnahmsweise nichtbegehungsgleichen (nur scheinbaren) „Begehen“ ein spezifisches Mehr.⁴⁴ Da Tun und Unterlassen einheitlichen normativen Kriterien der Tatbestandsverwirklichung genügen, sind sie auch vollkommen gleichwertige Verwirklichungsformen. Das Unterlassungsdelikt ist nicht etwa per se von minderem Unwertgehalt.

IV. Die Problematik der Straf-(Rahmen-)Milderung beim Unterlassen

1. § 13 Abs. 2 StGB und Erschwerung normgemäßen Verhaltens als Strafmilderungsgrund

In dem Beitrag des Mitautors in der FS Herzberg⁴⁵ mit einem Gesetzesvorschlag zur Reform des § 13 StGB wurde bewusst auf eine dem bisherigen § 13 Abs. 2 StGB entsprechende fakultative Strafrahmenermilderung verzichtet.⁴⁶ Würde diesem Vorschlag Folge geleistet, wären nicht wenige Scheinprobleme erledigt, deren Bearbeitung für die angemessene strafrechtliche Reaktion nicht wirklich hilfreich ist. Verbreitet findet sich der Gedanke, ein Verhaltensnormverstoß durch Unterlassen wiege weniger schwer als ein solcher durch aktives Tun: Beim Unterlassen sei eine größere Anstrengung für normgemäßes Verhalten erforderlich als bei der Tatbestandsverwirklichung

durch Tun. Verhaltensnormwidriges Unterlassen falle in der Regel oder zumindest oft leichter.⁴⁷

Als Beispiel für einen gegenüber dem Unterlassen angeblich erhöhten Unwertgehalt aktiven Tuns taucht bisweilen der Vergleich des Ertränkens mit dem Ertrinkenlassen auf.⁴⁸ Indessen leitet dieses Beispiel schon durch die suggestive Begriffswahl leicht in die Irre. Der Begriff des Ertränkens deutet auf eine längerdauernde Einwirkung auf das Opfer hin – etwa auf ein andauerndes Drücken des Kopfes unter Wasser. Jedoch umfasst die Herbeiführung des Ertrinkungstodes gerade auch den – in der Versuchung des Augenblicks nahezu reflexartig vorgenommenen – leichten Schubs, auf den hin das Opfer in einen reißenden Strom fällt und darin der Naturgewalt durch Ertrinken erliegt. Wird dieser Fall nunmehr mit dem Verhalten der Mutter verglichen, die ihr Kleinkind, das sie zum Baden mit ins Wasser genommen hat, seelenruhig über eine gewisse Zeit bei dessen Todeskampf in einem stillen Gewässer beobachtet, wird schnell klar: Der Unwertgehalt einer Deliktsbegehung durch aktives Tun ist nicht automatisch größer. Dementsprechend wäre die Annahme offensichtlich verfehlt, in Fällen der Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen sei der Unwertgehalt immer geringer.⁴⁹ Hingegen ist es durchaus denkbar, dass die Deliktsverwirklichung durch Unterlassen im Unwertgehalt derjenigen durch aktives Tun jedenfalls vollkommen entspricht. Mindestens muss der Unwertgehalt der jeweiligen Tatbestandsverwirklichung uneingeschränkt vorliegen, weil andernfalls schon die entsprechende Strafbarkeit zu verneinen wäre.

Eine auch nur fakultative Strafrahmenermilderung speziell für Unterlassungsfälle könnte vor diesem Hintergrund allenfalls dann noch berechtigt sein, wenn sich ergäbe, dass bestimmte Erschwerungen normgemäßen Verhaltens ausschließlich in manchen Unterlassungsfällen vorkommen. Sobald sich entsprechende Erschwerungsgründe auch bei manchen Tatbestandsverwirklichungen finden lassen, die durch (aktives) Tun erfolgen, verliert eine unterlassungsspezifische Milderungsvorschrift ihre Berechtigung. Diese brächte zumindest die Gefahr mit sich, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln. Der „Ausweg“ einer analogen Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB auf solche Tatbestandsverwirklichungen durch Tun wäre zwar gangbar, aber eine Notlösung. Sachgerechte Gesetzgebung sollte hier von vornherein mit einer dem Problem Rechnung tragenden allgemeinen Regelung arbeiten.

⁴⁴ Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), Vor § 13 Rn. 171 ff., 176, § 13 Rn. 67.

⁴⁵ Freund, FS Herzberg (2008), S. 225, 243 ff. (vgl. auch Freund, in: MüKo-StGB [Fn. 20], § 13 Rn. 32); zutreffend gegen die Berechtigung einer unterlassungsspezifischen Milderung etwa auch Lermann GA 2008, 78 ff.

⁴⁶ Mit Recht kritisch zu der bisherigen fakultativen Strafmilderungsmöglichkeit, die mit der Gefahr einer vorzeitigen Annahme begehungsgleichen Unterlassens einhergeht, Silva Sánchez, FS Roxin (2001), S. 641, 647 ff. m. w. N. Allerdings löst dessen Vorschlag einer „Dreiteilung der Unterlassungsdelikte“ in einfache, verschärfte nichtbegehungsgleiche und begehungsgleiche Unterlassungsdelikte die im Ansatz erkannten Strafzumessungsprobleme nicht angemessen. Denn die entsprechenden Strafzumessungsprobleme gibt es ganz genauso bei Tatbestandsverwirklichungen durch aktives Tun. Deshalb sollte insofern auch kein Gegensatz aufgebaut werden. Vielmehr bedarf es einer einheitlichen Strafzumessungsdogmatik zur sachgerechten Differenzierung zwischen verschiedenen Unterfällen der Verwirklichung eines Tatbestands.

⁴⁷ Für eine Milderbestrafung „im Regelfall“ Herzberg MDR 1971, 881, 883; tendenziell ähnlich etwa auch Kuhlen, FS Puppe (2011), S. 669, 680. – Bei Rudolphi/Stein, in: SK-StGB (Fn. 26), § 13 Rn. 67 wird die mögliche Strafrahmenermilderung auf den Gesichtspunkt des „zumeist“ „höheren Motivationsaufwands“ und der daher „geminderten Schuld i.e.S.“ gestützt.

⁴⁸ Das Beispiel findet sich etwa bei Kuhlen, FS Puppe (2011), S. 669, 680 (der sich auf Naucke, Strafrecht, 10. Aufl. [2002], § 7 Rn. 233 bezieht).

⁴⁹ Zutreffend etwa Horn, in: SK-StGB, 35. Lfg. (Stand Januar 2001), § 46 Rn. 68b; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten (1993), S. 143 ff.; s. auch Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 20), § 13 Rn. 295.

Dass es auch bei Tatbestandsverwirklichungen durch (aktives) Tun herkömmlich als „unterlassungsspezifisch“ aufgefasste Erschwerungen normgemäßen Verhaltens geben kann, wird deutlich, wenn man sich von einem verbreiteten Vorurteil löst, welches lautet: Jeder könne doch immer die Tatbestandsverwirklichung durch (aktives) Tun ganz einfach durch ein Unterlassen vermeiden; das koste jedenfalls keine besondere Anstrengung. Dagegen könnten spezielle Probleme auftreten, die Tatbestandsverwirklichung durch (begehungsgleiches) Unterlassen zu vermeiden, weil es u. U. schwer falle, das erkanntermaßen⁵⁰ rechtlich Gebotene in die Tat umzusetzen. Indessen lehrt die Erfahrung, dass es durchaus mit erheblicher Anstrengung verbunden sein kann, bestimmte Handlungen nicht vorzunehmen. Schon der Volksmund sagt nicht ohne Grund, jemandem sei z. B. „die Hand ausgerutscht“, er habe sich „nicht ausreichend im Griff gehabt“ oder er „hätte sich besser zügeln müssen“. Insbesondere im Zusammenhang mit „Affekttaten“ ist es ein geläufiges Phänomen, dass sich der Täter u. U. sogar erheblich anstrengen muss, wenn er die Tatbestandsverwirklichung vermeiden möchte.⁵¹ In dieselbe Richtung weisen ganz allgemein Erkenntnisse der Verhaltensforschung: Danach laufen nicht wenige Körperbewegungen in gewisser Weise „automatisiert“ ab – jedenfalls sind diese nicht (aktuell) willensgesteuert. Vielmehr muss sich der Betreffende aktiv einmischen, wenn er an dem ansonsten „natürlich“ ablaufenden Geschehen etwas ändern möchte.⁵² In derartigen Fällen liegt zwar rein äußerlich klar ein aktives Tun vor. Auch werden gegenwärtig wohl nur wenige bereit sein, wegen des „internen“ Verhaltenssteuerungsproblems ein begehungsgleiches Unterlassungsdelikt anzunehmen, auf das § 13 Abs. 2 StGB (direkt) Anwendung finden könnte. Dennoch muss für die angemessene strafrechtliche Reaktion die vorhandene spezifische Erschwerung normgemäßen Verhaltens berücksichtigt werden, die – was zu zeigen war – gerade nicht auf Fälle der Tatbestandsverwirklichung durch (begehungsgleiches) Unterlassen im traditionellen Sinne beschränkt ist.

In der Sache handelt es sich hierbei um die – allgemein für die Bemessung der Strafe relevante – Frage der Einschränkung von Normbefolungsfähigkeit: Sowohl beim Tun als auch beim Unterlassen können sich dem Einzelnen auch unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB in unterschiedlichem Maße Gründe entgegenstellen, die

ihm individuell die Befolgung der konkreten Verhaltensnorm erschweren. Dabei spielen sowohl Personeninterna (eine besonders rechtsfeindliche Gesinnung oder aber ein stark ausgeprägtes Gewissen)⁵³ als auch äußere Umstände des Falles (reißender Strom/stilles Gewässer) eine Rolle. Damit geht es sachlich allein um die Strafzumessungsfrage, ob im Einzelfall ein spezieller Milderungsgrund eingreift und wie groß ggf. der Abschlag von der ansonsten verwirkten Strafe zu sein hat. Mit einer Strafrahmenmilderung ist insoweit wegen der begrenzten Orientierungsleistung der einzelnen Strafrahmen bei der konkreten Strafzumessungsentscheidung kein weiterführender Erkenntnisgewinn verbunden.⁵⁴ Die Gewährung der Strafrahmenmilderung droht vielmehr zu einem Scheinsieg des Verurteilten zu werden, weil jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, dass das Gericht bisweilen zwar die Strafrahmenmilderung zugesteht, dann aber doch genau die Strafe verhängt, die auch ohne Rahmenmilderung verhängt worden wäre.⁵⁵ Auch fehlt praktisch durchweg ein Bedürfnis für eine solche Strafrahmenverschiebung. Denn die Strafrahmen sind ohnehin regelmäßig „nach unten“ offen. Damit ist es auch ohne eine vorangegangene Strafrahmenmilderung leicht möglich, auf das begehungsgleiche Unterlassen angemessen zu reagieren und einen etwa geminderten Verhaltensunwert bei der Strafzumessung genauso zu berücksichtigen wie in entsprechenden Fällen der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun.⁵⁶ Wenn jedoch das Mindestmaß der angedrohten Strafe zu hoch angesetzt sein sollte, muss einem Milderungsbedürfnis de lege ferenda durch eine allgemeine und gerade nicht durch eine unterlassungsspezifische Vorschrift Rechnung getragen werden. Denn mögliche Gründe für eine Erschwerung normgemäßen Verhaltens sind vollkommen unabhängig von der Klassifizierung als Begehen, begehungsgleiches oder nichtbegehungsgleiches Unterlassen. Schon de lege lata ist notfalls im Wege der verfassungskonformen Restriktion der zu streng geratenen Strafvorschrift die angemessene Rechtsfolge sicherzustellen.

Eine alleinige Begrenzung von Fragen der eingeschränkten Normbefolungsfähigkeit unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB auf den Bereich der Unterlassungsproblematik in Gestalt von § 13 Abs. 2 StGB setzt überdies falsche Signale: Die gerade auch für zahlreiche Konstellationen der Deliktsverwirklichung durch aktives Tun strafzumessungsrelevante Einschränkung individueller Normbefolungsfähigkeit gerät leicht ins Vergessen,

⁵⁰ Soweit es um die Konkretisierung des rechtlich Richtigen geht, wird etwaigen Unterschieden schon durch die ohne Weiteres möglichen Differenzierungen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie innerhalb der Fahrlässigkeit Rechnung getragen: Wer erkannt hat, was aus welchen Gründen genau zu tun oder was zu lassen ist, ist jeweils entsprechend verantwortlich. Wenn es mehr oder weniger schwer fällt, zu konkretisieren, was richtig ist, ist auch das für die angemessene strafrechtliche Reaktion schon unter dem allgemeinen Blickwinkel des personalen Verhaltensrechts relevant. Und Erschwerungen in dieser Hinsicht gibt es auch bei Tatbestandsverwirklichungen durch (aktives) Tun bis hin zur Untergrenze des strafrechtlich überhaupt noch Bedeutsamen. Daher ist insofern kein Raum für eine unterlassungsspezifische Strafrahmenmilderung.

⁵¹ Instruktiv dazu *Frisch ZStW* 101 (1989), 538 ff., 575 ff.

⁵² Vgl. zu diesem Aspekt des unterlassenen Eingreifens in ansonsten ablaufende Verhaltensmuster auch *Freund GA* 1991, 387, 388.

⁵³ S. zur grundsätzlich möglichen Einschränkung der Normbefolungsfähigkeit aus habituellen Gründen *Timm*, *Gesinnung und Straftat – Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht* (2012), C IV 3 a m. w. N.

⁵⁴ Zur beschränkten Leistungsfähigkeit der Strafrahmen bei der konkreten Rechtsfolgenbestimmung näher *Freund GA* 1999, 509, 516 ff.; sachlich übereinstimmend etwa *Lackner/Kühl*, 27. Aufl. (2011), § 46 Rn. 48; vgl. auch *Wielant*, *Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB* (Fn. 4), S. 192 ff.

⁵⁵ Das lässt sich gewiss auch verbuchen unter „Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung“. So der Titel des Beitrags von *Grasnick* in dem gleichnamigen Band, hrsg. von *de Boor* (1977), S. 1 ff.

⁵⁶ Näher zu dieser Problematik *Frisch*, *Die Entscheidung über den Strafrahmen*, unveröffentlichtes Manuskript, § 2 V; vgl. auch *Freund*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 20), § 13 Rn. 304 ff.

wenn der Gesetzgeber sie lediglich im Bereich des Unterlassens hervorhebt.

2. Zum Umgang mit § 13 Abs. 2 StGB de lege lata

Da § 13 Abs. 2 StGB de lege lata nun einmal eine „unterlassungsspezifische“ Strafrahmenermilderung vorsieht, muss geklärt werden, wann eine solche grundsätzlich in Betracht kommt. Um die gesetzgeberische Entscheidung nicht zu hintertreiben, müssen alle nach Wortlaut und Ratio erfassbaren Unterlassungsfälle einbezogen werden. Ausgrenzungen mit der fragwürdigen Überlegung, § 13 Abs. 2 StGB gelte nicht für „echte“ Unterlassungsdelikte bei gleichzeitigem Fehlen echter Differenzierungskriterien gegenüber den „unechten“ Unterlassungsdelikten, liegen neben der Sache. Wenn man überhaupt davon ausgeht, dass im Falle der Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen mit besonderen Erschwernissen normgemäßen Verhaltens verstärkt zu rechnen ist, gilt das für sämtliche Unterlassungsfälle – seien diese nun „echt“ oder „unecht“ bzw. treffender: begehungsgleich oder nichtbegehungsgleich. Das normgemäße Verhalten bei der unterlassenen Hilfeleistung fällt mit Sicherheit nicht per se leichter als das des Totschlags durch begehungsgleiches Unterlassen. Der Sachgrund ist – wenn überhaupt – gleichermaßen vorhanden. Entsprechendes gilt aber auch für die Aussetzung in der Form des *Versetzens* in eine hilflose Lage durch *begehungsgleiches Unterlassen* nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB und ganz genauso für die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Ein tragfähiger Grund für den Ausschluss der fakultativen Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB bei bestimmten Unterlassungstatbeständen kann daher nur in *einem* liegen: Der Gesetzgeber hat denkbaren unterlassungsspezifischen Erschwerungen normgemäßen Verhaltens bereits bei der Zuordnung eines speziellen Strafrahmens zu ganz bestimmten Unterlassungsfällen Rechnung getragen. Plausibel und hinreichend sicher gilt das aber allenfalls für die Tatbestände der §§ 138, 323c StGB. Bei diesen Tatbeständen kann immerhin vermutet werden, dass der Gesetzgeber den dort vorgesehenen Strafrahmens für die praktisch ganz im Vordergrund stehenden Unterlassungsfälle mit ausreichender Deutlichkeit angeordnet hat.

Dieser Überlegung entsprechend hält der BGH die Rahmenermilderung z. B. bei der Untreue durch (begehungsgleiches) Unterlassen nach § 266 StGB mit Blick auf die auch dabei denkbaren unterlassungsspezifischen Erschwerungen normgemäßen Verhaltens für grundsätzlich möglich.⁵⁷ Nach allgemeiner Auffassung – und damit

⁵⁷ S. dazu BGHSt 36, 227 ff.; dem BGH zustimmend etwa *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, 1. Aufl. (2006), § 266 Rn. 128. – Mehr als zweifelhaft ist allerdings der vom BGH (BGHSt 36, 227, 228 f.) angenommene Ausschluss der Rahmenermilderung z. B. für § 340 Abs. 1 StGB (Körperverletzung im Amt durch Begehenlassen einer Körperverletzung) und für § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. g StGB (nicht ausreichendes Kenntlichmachen eines liegengeliebten Fahrzeugs). Auch in diesen Fällen kann nicht zwingend angenommen werden, der Gesetzgeber habe eine in der Sache angemessene

auch nach Ansicht des BGH – ist § 13 Abs. 2 StGB selbstverständlich anwendbar auf die Aussetzung in der Form des *Versetzens* in eine hilflose Lage durch *begehungsgleiches Unterlassen* nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Beispiel: Das Kindermädchen lässt es zu, dass der Kinderwagen einen Abhang hinunterrollt.⁵⁸ Ein abweichendes Ergebnis speziell für die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist damit aber nicht verträglich. Beispiel: Das Kindermädchen hilft dem Kind nicht, das in seinem Kinderwagen einen Abhang hinuntergerollt ist.⁵⁹ Dass der Gesetzgeber für die zuletzt genannte Verwirklichungsform eine das Strafmaß betreffende abschließende Regelung treffen wollte, ist ihm nicht zu unterstellen. Gerade im Vergleich zur Aussetzung durch *Versetzen* in eine hilflose Lage durch *begehungsgleiches Unterlassen* ließe sich dies ohne den gleichzeitigen Vorwurf gesetzgeberischer Willkür nicht halten. Die gegenteilige Auffassung des BGH in der zu besprechenden Entscheidung findet jedenfalls im Gesetz keine Stütze.⁶⁰

V. Folgerungen für die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ (§ 221 I Nr. 2 StGB)

Die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist angesichts des Erfordernisses des Verstoßes gegen eine dem Rechtsgüterschutz dienende Verhaltensnorm bei Vorliegen einer rechtlichen Sonderverantwortlichkeit für die Tatbestandsverwirklichung als *begehungsgleiches Unterlassungsdelikt* einzustufen.⁶¹ Für die Entscheidung des BGH heißt

sene Differenzierung bei den Rechtsfolgen ausschließen wollen. Vielmehr liegt es sogar nahe, dass er sich bei der Strafrahmenszuordnung der §§ 340 Abs. 1, 315c Abs. 1 StGB an den Hauptanwendungsfällen der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun orientiert hat. – Sachlich wie hier etwa *Rudolphi/Stein*, in: SK-StGB (Fn. 26), § 13 Rn. 65 (keine Entscheidung des Gesetzgebers über den generellen Ausschluss der Strafmilderungsmöglichkeit).

⁵⁸ Vgl. dazu auch den oben erwähnten Fall der Eltern, die es zulassen, dass ihr Kind in den Wald läuft.

⁵⁹ Vgl. dazu ebenfalls den schon erwähnten Fall der Eltern, die ihr Kind hilflos im Wald lassen.

⁶⁰ Auf der Linie des BGH freilich etwa *Hardtung*, in: MüKo-StGB, 1. Aufl. (2003), § 221 Rn. 30; *Heger* ZStW 119 (2007), 593, 600; *Horn/Wolters*, in: SK-StGB, 54. Lfg. (Stand März 2002), § 221 Rn. 6 a.E.; *Neumann*, in: NK, 3. Aufl. (2010), § 221 Rn. 20; *Struensee*, in: *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz (Fn. 3), S. 27, 40 (der in § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB wie viele zu Unrecht eine die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB ausschließende Spezialregelung erblickt). – Zur zutreffenden Gegenauffassung s. etwa *Jähnke*, in: LK, 11. Aufl., 31. Lfg. (Stand Dez. 1999), § 221 Rn. 43; *Roxin*, AT II (Fn. 36), § 31 Rn. 250; *Rudolphi/Stein*, in: SK-StGB (Fn. 26), § 13 Rn. 65 (keine Entscheidung des Gesetzgebers über den generellen Ausschluss der Strafmilderungsmöglichkeit). – Mit Blick auf die sonst drohende Willkürlichkeit für eine möglichst weitgehende Anwendbarkeit der Milderungsmöglichkeit des § 13 Abs. 2 StGB mit Recht auch *Wielant*, Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB (Fn. 4), S. 401 ff., 404.

⁶¹ *Küper*, Strafrecht BT, Definitionen mit Erläuterungen, 7. Aufl. (2008), StW: „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ S. 212 f. geht auch auf der Basis der durch das 6. StrRG

das konkret, dass § 13 Abs. 2 StGB ohne sachliche Rechtfertigung ausgeschlossen wurde. Denn § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB enthält gerade keine die fakultative Strafrahmenermilderung des § 13 Abs. 2 StGB ausschließende Spezialregelung. Mit der Annahme einer derartigen Ausschlusswirkung würde dem Gesetzgeber ohne zwingenden Grund Willkür unterstellt und die für den gesamten Abs. 1 des § 221 StGB getroffene generelle Strafrahmenermilderung überinterpretiert.

Dennoch hat das den konkreten Angeklagten verurteilende Gericht keinen Rechtsfehler begangen, auf dem das Urteil beruhen kann. Ob die Strafrahmenermilderung zu gewähren ist, hängt davon ab, ob im konkreten Fall herkömmlich als „unterlassungsspezifisch“ aufgefasste Erschwerungen normgemäßen Verhaltens vorhanden sind oder zumindest nicht ausgeschlossen werden können. Indessen spricht nach Sachlage im Falle des Angeklagten nichts für eine im Verhältnis zur typischen Tatbestandsverwirklichung durch (aktives) Tun gegebene Einschränkung. Der Aufwand an Zeit und Kraft für ein dem Angeklagten ohne Weiteres mögliches Eingreifen fällt angesichts der akuten Lebensgefahr nicht so stark ins Gewicht, dass dafür eine Strafrahmenermilderung auch nur ernsthaft in Erwägung zu ziehen ist. Auch sind keine Täterinterna ersichtlich, die dem Angeklagten die Normbefolgung in psychischer Hinsicht stärker als bei einer Verwirklichung des Aussetzungstatbestandes durch Tun erschwert hätten. Von einem signifikant „erhöhten Motivationsaufwand“⁶² ist nach Sachlage ebenfalls nicht auszugehen. Die um Hilfe rufende Frau in der lebensgefährlichen Situation „hängen zu lassen“, bleibt unter dem

maßgeblichen Blickwinkel des personalen Verhaltensunrechts in keiner Weise hinter einer etwa in affektiver Erregung begangenen Verwirklichung des Aussetzungstatbestandes durch aktives Tun zurück.

Die Rechtsfrage, ob die Strafrahmenermilderung im speziellen Fall des Angeklagten zu gewähren war, hätte der BGH ohne Zurückverweisung selbst ablehnend entscheiden können. Es kann ausgeschlossen werden, dass sich die Nichterörterung des § 13 Abs. 2 StGB auf die Strafzumessung ausgewirkt hat. Dem BGH kann es daher nicht als gangbare „Notlösung“ zugestanden werden, die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ kurzerhand zum „echten“ Unterlassungsdelikt umzudeklarieren, für das die fakultative Rahmenmilderung des § 13 Abs. 2 angeblich nicht gelte.

VI. Die Notwendigkeit eines strengeren Strafrahmens für qualifizierte Fälle der unterlassenen Hilfeleistung de lege ferenda

Im Fall des BGH stellt sich vor dem Hintergrund des bislang Gesagten eine weitere Schwierigkeit, die nicht unerwähnt bleiben soll. Die Angaben zur Garantenverantwortlichkeit des Angeklagten bleiben dünn – eine Verantwortungsübernahme lediglich aufgrund der Sorge um das Gelingen des Schulabschlusses erscheint eher fernliegend. Interessant ist an dieser Stelle die Frage, wie sich der Angeklagte bei Ablehnung der für § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB erforderlichen Garantenverantwortlichkeit strafbar gemacht hätte. Ohne die vom Instanzgericht mehr als „großzügig“ angenommene Beschützerverantwortlichkeit⁶³ des Angeklagten wäre nur der Tatbestand des § 323c StGB erfüllt. Blickt man auf das unter Rechtsgüterschutzaspekten gewichtige Fehlverhalten des Angeklagten und dessen schwerwiegende Folgen, springt das evident niedrige Strafmaß bei der unterlassenen Hilfeleistung ins Auge: Dass eine Person aufgrund des Unterlassens zumindest leichtfertig zu Tode gekommen ist, lässt sich bei dem vorgegebenen Höchstmaß von nur einem Jahr Freiheitsstrafe nicht angemessen berücksichtigen. Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche strafzumessungsrechtliche Vernachlässigung der schweren Folgen der unterlassenen Hilfeleistung ist indes nicht ersichtlich. Die Autoren erheben daher die Forderung nach Schaffung eines strengeren Strafrahmens für qualifizierte Fälle der unterlassenen Hilfeleistung.⁶⁴ Verglichen mit

(1998) geschaffenen Rechtslage geradezu als selbstverständlich davon aus, dass es sich bei der Verwirklichungsform des Im-Stich-Lassens in hilfloser Lage um einen Fall des sog. „unechten“ – genauer: begehungsgleichen Unterlassens handelt, für den die Grundsätze des § 13 Abs. 1 StGB gelten (vgl. auch Küper ZStW 111 [1999], 30, 56 ff. m. Fn. 104 [missverständlich ist freilich die Formulierung von Küper, S. 59 f., das pflichtwidrige Garantenverhalten führe im Rahmen des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht zu einer Verantwortlichkeit für den daraus resultierenden Verletzungserfolg, sondern lediglich zu einer solchen für die nicht abgewendete konkrete Gefahr; denn gäbe es den Abs. 3 als Spezialregelung nicht, wäre der unterlassende Garant selbstverständlich im Rahmen des Grundtatbestandes der Nr. 2 bei einem aus dem Gefahrerfolg hervorgehenden Todeserfolg strenger zu bestrafen.]; Struensee, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz (Fn. 3), S. 27, 40 [der freilich mit Blick auf die Eigenständigkeit der Regelung in Nr. 2 wie viele die fakultative Strafrahmenermilderung des § 13 Abs. 2 StGB als ausgeschlossen ansieht, was – wie gezeigt – voreilig ist]). Vom Charakter eines begehungsgleichen Unterlassungsdelikts ist auch der Reformgesetzgeber des 6. StrRG ausgegangen (BT-Drs. 13/8587, S. 34). Insbesondere wurde der schon immer vorhandene gesetzliche Hinweis auf die für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche Garantenpflicht mit der Bezugnahme auf die „Obhut“ oder sonstige „Beistandspflicht“ lediglich sprachlich neu gefasst. Zum Vorschlag einer noch präziseren Fassung s. Freund ZStW 109 (1997), 455, 474. – Vgl. zum Charakter des „Im-Stich-Lassens“ als Garantenunterlassen etwa auch S. Heinrich, Die geschichtliche Entwicklung des Aussetzungsdelikts (2004), S. 174 f.

⁶² Auf diesen Aspekt wird die mögliche Strafrahmenermilderung gestützt bei Rudolphi/Stein, in: SK-StGB (Fn. 26), § 13 Rn. 67.

⁶³ Zum kritikwürdigen Umgang speziell des 1. Strafsenats des BGH mit problematischen tatrichterlichen Feststellungen s. bereits oben Fn. 1.

⁶⁴ Diese Forderung wurde bereits mit Recht von verschiedenen Seiten erhoben; s. etwa Kuhlen, FS Puppe (2011), S. 669, 680; Merkel, FS Herzberg (2008), S. 194, 216 Fn. 59 (Einfügung eines Abs. 2 des § 323c StGB für besonders schwere Fälle). – Einen ganz anderen Hintergrund hat der Vorschlag für einen qualifizierten Fall der unterlassenen Hilfeleistung von Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte (1971), S. 381. Schünemanns Vorschlag vernachlässigt nicht nur die möglichen gravierenden Folgen der unterlassenen Hilfeleistung, sondern beruht überdies auf dem Missverständnis, in den Ingerenzfällen sei eine weitergehende Strafbarkeit wegen begehungs-

den Strafrahmen des ebenfalls nichtbegehungsgleichen Unterlassungsdelikts des § 138 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) und des begehungsgleichen Gefährdungsdelikts des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren) wäre dabei wohl Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe als gesetzlicher Strafrahmen durchaus angemessen. Zu erwägen ist auch eine Anhebung der Strafrahmenobergrenze bereits des Grunddelikts auf zwei Jahre mit Blick auf Fälle, in denen der Unterlassungstäter den Tod oder eine erhebliche Körperverletzung des Hilfsbedürftigen als mögliche Folge seines Fehlverhaltens in Kauf nimmt oder leichtfertig verdrängt.⁶⁵ Auf Einzelheiten der Ausgestaltung ist hier nicht näher einzugehen.

VII. Fazit

Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist in empirisch-deskriptiver Hinsicht ganz einfach: (Aktives) Tun schafft – bislang nicht vorhandene – Schädigungsmöglichkeiten; dagegen wendet (passives) Unterlassen – bereits vorhandene – Schädigungsmöglichkeiten nicht ab. Die Schaffung oder die Nichtabwendung ganz bestimmter Schädigungsmöglichkeiten durch ein spezifisches Verhalten (als Oberbegriff für Tun und Unterlassen) bildet den sinnvollen Gegenstand rechtlicher Verhaltensbewertung, die darauf gerichtet ist, den sonst zu erwartenden Ablauf des Geschehens (im Rechtsgüterschutzinteresse) positiv zu beeinflussen.

Ob ein Tun bzw. ein Unterlassen vorwerfbar ist und welches Gewicht ein gegenüber dem Einzelnen zu erhebender Vorwurf hat, richtet sich nach den legitimierbaren Verhaltensnormen (Ver- bzw. Geboten) und deren Legitimationsgründen.

Verhaltensnormen bedürfen vor verfassungsrechtlichem Hintergrund zu ihrer Legitimation jedenfalls eines legitimen Zwecks – eines Nutzens der Normeinholung für berechnete Belange des Rechtsgüterschutzes in Gestalt des Vermeidens ganz bestimmter Schädigungsmöglich-

gleichen Unterlassens nicht möglich. – Auch beim nichtbegehungsgleichen Unterlassen ist der Täter selbstverständlich für etwaige Folgen seines Fehlverhaltens verantwortlich. Der Unterschied liegt allein in der fehlenden *besonderen* Verantwortlichkeit, weil der Täter nur (aber immerhin) gegen eine allein im Rechtsgüterschutzinteresse legitimierte Verhaltensnorm verstößt. Zur Folgenverantwortlichkeit auch bei unterlassener Hilfeleistung näher *Heil*, Die Folgen der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c StGB – Zur Begründung der Hilfeleistungspflicht und der Bewertung der Unterlassensfolgen bei der Strafzumessung (2001); s. auch *Freund*, AT (Fn. 21), § 6 Rn. 11, 18.

⁶⁵ Diese Anhebung der Strafrahmenobergrenze bereits des Grunddelikts der unterlassenen Hilfeleistung könnte auch für Fälle relevant sein, die dem vom BGH entschiedenen „Balkonsturz-Fall“ entsprechen. Denn in diesem Fall ist es keineswegs ganz sicher, dass die dem Angeklagten möglichen Rettungsmaßnahmen Erfolg gehabt hätten (vgl. dazu oben Fn. 1). Bei entsprechender Unsicherheit scheidet nicht nur eine Verantwortlichkeit wegen Aussetzung mit Todesfolge aus, sondern auch bereits die Verwirklichung des Grunddelikts der Aussetzung wäre im Hinblick auf das Erfordernis des zu verantwortenden Gefahrerfolgs zweifelhaft.

keiten. Bei den meisten Verhaltensnormen kann deren Legitimation auch auf die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten für die zu vermeidende Schädigungsmöglichkeit gestützt werden (Verhaltensnormmodell der zwei Säulen).

Der Verstoß gegen eine allein im Interesse des Rechtsgüterschutzes legitimierte Verhaltensnorm (vom Typ 1) genügt für die Tatbestandsverwirklichung nur in den Fällen, in denen das dem Strafgesetz zu entnehmen ist. Das sind im StGB – soweit ersichtlich – nur die §§ 138, 323c StGB.

Sofern sich aus dem Strafgesetz nichts anderes ergibt, wird eine Straftat durch aktives Tun oder Unterlassen nur begangen, wenn es eine im Interesse des Rechtsgüterschutzes und durch die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten legitimierte *besondere* Rechtspflicht zum Handeln oder Unterlassen gibt (Garantenrechtspflicht). Nur der Verstoß gegen eine solche auf zwei Säulen gegründete Verhaltensnorm (vom Typ 2) genügt für eine Tatbestandsverwirklichung durch Begehen und begehungsgleiches Unterlassen bei Tatbeständen wie §§ 212, 222, 223, 229, 303 StGB etc.

Eine sinnvolle und auch sachlich wichtige Differenzierung innerhalb des Unterlassens und der Unterlassungsdelikte ist die zwischen dem nichtbegehungsgleichen (Jedermanns-)Unterlassen und dem begehungsgleichen (Garanten-)Unterlassen. Nichtbegehungsgleiches Unterlassen erfordert nur (aber immerhin) den Verstoß gegen eine im Interesse des Rechtsgüterschutzes legitimierte Verhaltensnorm. Dagegen erfordert begehungsgleiches Unterlassen den Verstoß gegen eine auch durch die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten legitimierte Verhaltensnorm.

Begehungsgleiche Unterlassungsdelikte unterscheiden sich von den nichtbegehungsgleichen Unterlassungsdelikten der §§ 138, 323c StGB (den „Jedermanns-Unterlassungsdelikten“) allein durch die *besondere* Verantwortlichkeit (Sonderverantwortlichkeit) des Täters für die in Frage stehende Gefahrenvermeidung.

Wie die in mehreren Punkten neben der Sache liegende Entscheidung des BGH erneut belegt, ist es nicht ratsam, weiterhin an den Termini des „echten“ und des „unechten“ Unterlassungsdelikts festzuhalten. Bei sämtlichen Unterlassungsdelikten wird *echt* unterlassen. Es hilft auch nicht weiter, nach dem Standort der Regelung, aus der sich die Strafbarkeit ergibt, differenzieren zu wollen – etwa davon auszugehen, die von § 13 Abs. 1 StGB erfassten Fälle seien die des „unechten“ Unterlassens, dagegen die durch die jeweiligen Strafvorschriften unmittelbar erfassten Fälle die des „echten“ Unterlassens. Das ergibt schon deshalb keinen Sinn, weil – wie sogar der BGH zutreffend festgestellt hat – § 13 Abs. 1 StGB zumindest im Wesentlichen gar keine strafbarkeitskonstitutive Bedeutung hat, sondern z. B. der Totschlag durch (begehungsgleiches) Unterlassen bereits unmittelbar von § 212 Abs. 1 StGB erfasst wird.

Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ (§ 221 I Nr. 2 StGB) ist ein begehungsgleiches Unterlassungsdelikt (sog. „Garantenunterlassungsdelikt“).

Auch bei den nichtbegehungsgleichen Unterlassungsdelikten der §§ 138, 323c StGB kann sich eine Verantwortlichkeit des Unterlassungstäters für die spezifischen Fehlverhaltensfolgen ergeben. Wenn z. B. die unterlassene Hilfeleistung zum Tod des Opfers führt, ist der Nicht-helfende dafür durchaus verantwortlich. Er ist nur nicht (zwingend) sonderverantwortlich und begeht daher keine Tötung. Weil die Regelung des § 323c StGB bislang keine angemessene Behandlung solcher Fälle bereithält, in denen eine ausschließliche Strafbarkeit nach dieser Vorschrift in Frage kommt, sollte de lege ferenda ein strengerer Strafraum für qualifizierte Fälle der unterlassenen Hilfeleistung vorgesehen werden. Zu erwägen ist auch eine Anhebung der Strafraumobergrenze bereits des Grunddelikts der unterlassenen Hilfeleistung.

Bei der Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ ist der Unterlassungstäter für die nicht abgewendete Gefahr sonderverantwortlich (garantenverantwortlich). Dementsprechend ist er es bei der Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ mit Todesfolge auch für den Tod des Opfers.

Für sämtliche begehungsgleichen Unterlassungsdelikte – also alle Tatbestandsverwirklichungen durch begehungsgleiches Unterlassen – ist in § 13 Abs. 1 StGB eine lediglich klarstellende allgemeine Regelung enthalten. Dementsprechend ist auch § 13 Abs. 2 StGB in all diesen Fällen nicht von vornherein ausgeschlossen.

§ 13 Abs. 2 StGB ist nur dann formal „gesperrt“, wenn eine gesetzliche Regelung der Strafbarkeit in Bezug auf den Strafraum als insofern abschließend aufgefasst werden kann. Das trifft allenfalls auf §§ 138, 323c StGB zu, weil nur bei deren Strafraum eine ausreichende

Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten des Unterlassens einigermaßen plausibel erscheint.

§ 13 Abs. 2 StGB ist immer dann nicht „gesperrt“, wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Strafraum pauschal Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen zuordnet und nicht ausgeschlossen werden kann, dass er sich dabei primär an den Tatbestandsverwirklichungen durch aktives Tun orientiert hat. Das gilt nicht nur für die Untreue nach § 266 StGB, sondern etwa auch für § 340 Abs. 1 StGB (Körperverletzung im Amt durch Begehenlassen einer Körperverletzung), für § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. g StGB (nicht ausreichendes Kenntlichmachen eines liegengelassenen Fahrzeugs) und die Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage“ gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB, sofern diese Straftaten durch (begehungsgleiches) Unterlassen begangen werden.

Auch wenn die fakultative Strafraummilderung des § 13 Abs. 2 StGB prinzipiell eröffnet und nicht formal „gesperrt“ ist, muss deren Berechtigung im Einzelfall geprüft werden. Im vom BGH konkret zu entscheidenden Fall sind indessen keine sachlichen Gründe für eine „unterlassungsspezifische“ Strafmilderung ersichtlich. Weder der zur Rettung der am Balkon hängenden Frau nötige körperliche Aufwand noch die dafür erforderliche motivatorische Anstrengung und psychische Überwindungskraft begründen eine die Strafraummilderung rechtfertigende Einschränkung der Normbefolgungsfähigkeit des Täters. Genau dies hätte der BGH sogleich (aktiv) feststellen und die strafrechtsdogmatischen Verwirrungen – sei es nun „echt“ oder „unecht“ – jedenfalls tunlichst *unterlassen* sollen.

Aufsätze und Anmerkungen

Und ewig lockt die Untreue

Randnotizen zum Stand der Dogmatik des § 266 StGB anlässlich von BGH HRRS 2011 Nr. 1153

Von RA und Wiss. Ass. Dr. Christian Becker, Bucerius Law School, Hamburg

I.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Untreueparagrafen hat in der jüngeren Vergangenheit ein hohes Maß an publizistischer Aufmerksamkeit – auch durch den *Verf.* dieser Zeilen¹ – erfahren.² Idealerweise führt eine

gesteigerte Befassung der Wissenschaft mit bestimmten Sachfragen dazu, dass sich der Begründungsdruck für die Rechtsprechung bei der Entscheidung entsprechender Fallgestaltungen erhöht, da die Kontrolle bzw. Kritik von Einzelfallentscheidungen umso leichter fällt, je eher eine kohärente und ausdifferenzierte Dogmatik zu einem

¹ HRRS 2010, 383 ff.

² Neben der Untreue-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2010 sei hier lediglich auf die BGH-Urteile in den Verfahren „Mannesmann“, „Kanther“ und „Siemens“ hingewie-

sen, von denen jedes Gegenstand einer Vielzahl von Anmerkungen und Besprechungsaufsätzen war (auf entsprechende Nachweise wird hier verzichtet).

Sachproblem vorhanden ist.³ Insoweit lässt sich der jüngste Untreue-Beschluss des BVerfG⁴ durchaus – unbeschadet der Anerkennung maßgeblicher Beiträge der Rechtsprechung zur Konturierung des § 266 StGB⁵ – als Erfolg der fortdauernden Kritik aus dem Schrifttum an bestimmten Entwicklungen, speziell im Bereich des sog. Gefährdungsschadens begreifen. Für die teilweise Aufhebung der (§ 263 StGB betreffenden) sog. „Al Qaida-Entscheidung“ durch das BVerfG⁶ ließe sich Ähnliches sagen.

Zugleich bleibt festzustellen, dass in vielen Punkten nach wie vor Klärungs- und Präzisionsbedarf besteht. So fehlt es etwa für das Problem der Pflichtwidrigkeit bei unternehmerischen Entscheidungen⁷ weiterhin an Beurteilungskriterien, die in der Sache über das Erfordernis einer evidenten Unvertretbarkeit⁸ hinausgehen bzw. dieses präzisieren. Auch wenn man einer von *Saliger*⁹ vorgeschlagenen Systematisierung („starr indizienbasierte strafrechtsautonome Schweretheorie“, „zivilrechtsakzessorische Schweretheorie“ sowie „nicht indizienbasierte strafrechtsautonome Schweretheorie“) folgt, ergibt sich letztlich kein Maßstab, der in einem konkreten Einzelfall die rationale Kritik der Annahme bzw. Verneinung einer Pflichtverletzung ermöglichen würde. Im Kern handelt es sich bei allen Varianten um terminologisch unterschiedliche Umschreibungen dessen, was im Gesellschaftsrecht seit der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH in Zivilsachen¹⁰ zur Prüfung der Überschreitung des unternehmerischen Ermessensspielraums herangezogen (und auch dort als zu unbestimmt kritisiert) wird.¹¹ Die von *Saliger* sog. „strafrechtsautonomen“ Ansätze haben im Ergebnis lediglich zur Folge, dass nach einer ersten kaum intersubjektiv überprüfbar „Gesamtschau“ eine zweite erfolgt. Hält man eine weitergehende Konkretisierung überhaupt für möglich, kann diese letztlich nur branchen- bzw. bereichsspezifisch erfolgen.¹² Solange man versucht, Maßstäbe zu formulieren, die für jede Art unternehmerischen Verhaltens gleichermaßen gelten sollen, scheint es aussichtslos, über sprachliche Umschreibungen des Evidenzkriteriums hinaus zu gelangen.

Im Zusammenhang mit dem Nachteilsbegriff ist trotz der im Ausgangspunkt berechtigten Kritik an seiner „Normativierung“ durch die Rechtsprechung¹³ darauf hinzuwei-

sen, dass das vermeintlich „Normative“ im Vermögens- bzw. Schadensbegriff lediglich durch seinen Gegensatz zum vermeintlich „Wirtschaftlichen“ definiert ist.¹⁴ Da nun aber der Inhalt des wirtschaftlichen Elements beim Vermögens- bzw. Schadensbegriff seinerseits inhaltlich bislang weitgehend unbestimmt geblieben ist,¹⁵ kann der als Abweichung hiervon begriffene Vorwurf der Normativierung letztlich kaum weniger nebulös bleiben. Sofern man aus dem grundsätzlich wirtschaftlichen Charakter des Vermögens- bzw. Schadensbegriffs auf die Maßgeblichkeit von Geld-, insbesondere Marktwerten bei den einzelnen Vermögensobjekten schließen wollte,¹⁶ ist dies jenseits von Fällen, in denen es um die Bewertung von Gebrauchs- und Konsumgütern mit großer Marktverbreitung geht, kaum operationalisierbar. Überdies kann die Bewertung nach Marktwerten keineswegs per se mit einer Bewertung nach vermeintlich „objektiv wirtschaftlichen“ Maßstäben gleichgesetzt werden. So wäre z. B. die Bewertung eines langfristig gehaltenen Wertpapiers nach Marktwerten „wirtschaftlich“ geradezu unsinnig.¹⁷ Ein kategorischer Vorrang des derart unbestimmten wirtschaftlichen Elements beim Vermögens- bzw. Schadensbegriff und eine damit einhergehende Verlagerung der Argumentationslast auf denjenigen, der demgegenüber vermeintlich normative Elemente befürwortet, ist daher allenfalls bedingt plausibel.

Nach alledem bleibt trotz der jüngst zu verzeichnenden Erfolge bei der „Einhegung“ des Anwendungsbereiches der Untreue festzustellen, dass der gegenwärtige Stand der Dogmatik nach wie vor ein beträchtliches, zum Teil schwer akzeptables Maß an Spielräumen für rational nicht kritisierbare Einzelfallentscheidungen eröffnet.¹⁸

des in der Rechtsprechung an sich zu Grunde gelegten wirtschaftlichen Ausgangspunktes von „Schadensfiktionen“ spricht.

³ Vgl. zu dieser Funktion einer ausdifferenzierten Dogmatik *Schünemann*, in: FS f. Roxin I (2001), S. 1, 5 f.

⁴ BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656.

⁵ Siehe auch *Schünemann* NStZ 2005, 473, 474.

⁶ Beschluss v. 7.12.2011 2 BvR 1857/10 = HRRS 2012 Nr. 27.

⁷ Instruktiv dazu *Rönnau* ZStW 119 (2007), 887, 909 ff.

⁸ Vgl. zur Bedeutung „klarer und eindeutiger“ Fälle im Zusammenhang mit § 266 StGB *Fischer*, in: Jahn/Nack, Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts (2012), S. 73, 74 f.

⁹ *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (2009), § 266 Rn. 40 f.

¹⁰ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

¹¹ Krit. zuletzt *Baums* ZGR 2011, 218, 237 ff.

¹² Ein Vorschlag für den Bereich des Wertpapiereigengeschäfts von Banken findet sich bei *Becker/Walla/Endert* WM 2010, 875 ff.

¹³ *Saliger*, in: FS f. Samson (2010), S. 455 ff.; ferner *Rönnau*, in: FS f. Rissing-van Saan (2011), 517 ff., der angesichts

¹⁴ Explizit *Saliger*, in: FS f. Samson, S. 455, 456: „Normativierung des Schadensbegriffs in diesem allgemeinen Sinne umfasst alle Erscheinungsformen der Schadenslehre, die von einer wirtschaftlich-faktischen Bestimmung des Schadens abstrahieren“ (Hervorhebung im Original); allg. zur Bedeutung des Begriffs „normativ“ in der juristischen Argumentation jüngst *Hilgendorf*, in: FS f. Rottleuthner (2011), S. 45 ff.

¹⁵ Insofern berechtigte Kritik bei *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4 (2006), § 263 Rn. 299 ff.

¹⁶ Vermögensschaden als qua Saldierung zu ermittelnde Verringerung des „Gesamtgeldwertes“ des Vermögens, siehe zu diesem im Grundsatz herrschenden Ausgangspunkt *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB (4. Quartal 2012), § 263 Rn. 192 ff., insbesondere 197 ff.

¹⁷ Vgl. insoweit etwa die differenzierten Bewertungsregeln für Finanzinstrumente in den IFRS, dargestellt bei *Kuhn* IRZ 2010, 103 ff.; zu den Konsequenzen der *fair value*-Bilanzierung von Wertpapieren im Kontext der Finanzkrise siehe auch demnächst *Becker/Endert* ZGR 2012, Heft 5, IV. 5. c).

¹⁸ Dabei steht außer Frage, dass sich die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Einzelfall nie im Wege einer logisch zwingenden Deduktion vollzieht (dies ist weder möglich noch überhaupt wünschenswert), dass es also mit anderen Worten stets „Spielräume“ gibt und geben muss, in denen mehr oder weniger gute Gründe sowohl für als auch gegen eine Subsumtion sprechen. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, wo die handelnden Personen selbst (Prognose-)Entscheidungen unter erhöhter Unsicherheit treffen, die dann später aus der *ex-post*-Perspektive zum

Vor diesem Hintergrund ist eine weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung mit § 266 StGB sinnvoll und notwendig,¹⁹ ohne dass dadurch eine – bisweilen für die deutsche Strafrechtsdogmatik insgesamt beklagte²⁰ – Hypertrophie der Untreuedogmatik zu befürchten wäre.²¹ Die vorliegende Entscheidung bietet insofern einen geeigneten Anlass, über die vorstehend flüchtig geworfenen Schlaglichter hinaus weitere „Brennpunkte“ kurz zu skizzieren, da sie einige interessante Facetten insbesondere der Nachteilsdogmatik ins Blickfeld rückt. Der 2. Strafsenat hatte über folgenden, hier verkürzt wiedergegebenen Sachverhalt zu befinden: Die Angeklagten waren als Versicherungsvermittler tätig und hatten für eine amerikanische Versicherungsgesellschaft neben der Vertragsvermittlung und dem Prämieninkasso auch die Schadensregulierung übernommen. Sie hatten über die von den Versicherungsnehmern erhaltenen Prämien monatlich abzurechnen und durften dabei neben bestimmten Verwaltungskosten und einem Betrag für einen „Schadensfonds“ auch die jeweils auf die Schadensmeldungen von Versicherungsnehmern hin erbrachten Regulierungsleistungen in Abzug bringen. Die Angeklagten führten jedoch nicht nur die tatsächlich erbrachten, sondern auch lediglich angemeldete, aber noch nicht regulierte Beträge in den Abrechnungen auf, wodurch der abzugsfähige Betrag so weit erhöht wurde, dass letztlich keinerlei Zahlungen an die Vertragspartnerin geleistet wurden. Teilweise handelte es sich dabei um Schadensmeldungen, die im weiteren Verlauf des Geschehens tatsächlich reguliert wurden. Der BGH bestätigte das Urteil des Instanzgerichts, wonach die Angeklagten wegen Untreue durch die unterlassene Weiterleitung der Prämien strafbar waren. Ein Nachteil wurde dabei in Höhe der gesamten zu Unrecht in Abzug gebrachten Schadensmeldungen angenommen, unabhängig davon, ob diese in der Folgezeit von den Angeklagten tatsächlich an ausbezahlt wurden oder nicht. Nach Ansicht des Verf. führt eine Analyse der Entscheidungsgründe zu der Einschätzung, dass dieser Sachverhalt vom 2. BGH-Strafsenat zumindest hinsichtlich der Schadenshöhe nicht vollständig überzeugend entschieden wurde.

Gegenstand rechtlicher Verantwortungszuschreibung gemacht werden (sollen). Hierbei handelt es sich (freilich nicht ausschließlich) um ein typisches Phänomen des Wirtschaftslebens, in das die Untreue insoweit verstärkt Einzug gehalten hat. Die fortschreitende Konturierung von Verhaltensmaßstäben, die auch aus der *ex-ante*-Perspektive berücksichtigungsfähig sind, kann die Rechtssicherheit für die handelnden Personen ebenso erhöhen, wie die Anwendungssicherheit für die Strafjustiz.

¹⁹ Eine heuristisch wertvolle funktionale Auslegung des § 266 StGB vor dem Hintergrund systemtheoretischer Prämissen liefert *Bräunig*, Untreue in der Wirtschaft (2011), *passim*; aus systemtheoretischer Sicht siehe auch (zum Merkmal der „gravierenden Pflichtverletzung“) *Theile* ZIS 2011, 616 ff. Im Übrigen kann die nach wie vor nicht abebbende Literaturflut zu § 266 StGB hier nicht – auch nicht auszugsweise – wiedergegeben werden.

²⁰ *Rotsch* ZIS 2008, 1 ff. mit Replik von *Puppe* ZIS 2008, 67 ff.; zum Ganzen bereits *Schünemann*, a.a.O. (Fn. 3), S. 1 ff.

²¹ Ob der immer wieder im Schrifttum gegenüber den Ermittlungsbehörden erhobene Vorwurf der *Anwendungshypertrophie* bei der Untreue berechtigt ist, mag hier dahinstehen.

II.

Intuitiv plausibel erscheint zunächst die – vom 2. Strafsenat allerdings nicht näher begründete – Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht der Angeklagten.²² Jedenfalls angesichts der eigenverantwortlichen Übernahme der Schadensregulierung durch die Angeklagten ist die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht unter Heranziehung des insoweit grundsätzlich mittlerweile anerkannten Kriterienkatalogs²³ plausibel. Indes hat nicht zuletzt die vermehrte Befassung mit der Organuntreue zu einer gestiegenen Problemsensibilität dahingehend geführt, dass nicht jede einzelne Pflicht innerhalb eines „an sich“ unter § 266 StGB fallenden Vertragsverhältnisses im Falle ihrer Verletzung den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes eröffnet.²⁴ Vor diesem Hintergrund ließe sich im hier entschiedenen Fall durchaus differenzieren. Denn der erhobene Vorwurf betrifft die Pflicht zur Weiterleitung von Prämien, die zuvor von den Kunden des Treugebers eingezogen wurden. Betrachtet man diese Tätigkeit isoliert, waren die Angeklagten – soweit es sich dem Sachverhalt entnehmen lässt – Inkassobevollmächtigte ohne diesbezüglich bestehende eigenverantwortliche Dispositionsmöglichkeit.²⁵ Materiell ließe sich das Einbehalten von Geldern, hinsichtlich derer neben ihrer Weiterleitung keinerlei weitere „Betreuungsleistung“ geschuldet wird, eher als Unterschlagungsunrecht qualifizieren.

Freilich ist das Kriterium der „Entscheidungsfreiheit“ in der Rechtsprechung nicht immer für maßgeblich gehalten worden.²⁶ Begreift man die Untreue ihrem Strafgrund nach als Schutz gegenüber Personen, denen das Vermögen in einer Weise anvertraut ist, die ihnen die Schädigung jenes Vermögens bei gleichzeitiger Abwesenheit von Kontrollmöglichkeiten des Treugebers ermöglicht, ist ein Verzicht auf dieses Kriterium begründbar.²⁷ Mag die

²² Inwieweit einfache Handelsvertreter als Täter des § 266 StGB in Betracht kommen, ist umstritten, siehe dazu (offenlassend) BGH NStZ 1983, 74 m.w.N. zum Streitstand. Dem vorliegenden Sachverhalt ist i.Ü. nicht zu entnehmen, ob zwischen der von den Angeklagten betriebenen S. OHG und der vermeintlichen Treugeberin ein Handelsvertretervertrag bestand, dann wäre die S. OHG als Versicherungsvertreterin zu qualifizieren, oder ob die S. OHG eine Versicherungsmaklerin war (es ist nicht unüblich, dass auch Versicherungsmakler von Versicherern mit Regulierungsvollmachten ausgestattet werden).

²³ *Zusf.* und m.w.N. BVerfGE 126, 170, 209; näher *Saliger*, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 10 f.

²⁴ Eingehend und m.w.N. zu unterschiedlichen Restriktionsansätzen *Saliger*, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 35.

²⁵ Siehe auch *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 266 Rn. 58, wo eine Vermögensbetreuungspflicht im Inkassogeschäft nur für den Fall bejaht wird, dass damit die Berechtigung zu Verfügungen (Stundungen, Vergleiche usw.) verbunden ist.

²⁶ Exemplarisch BGH wistra 1989, 60, 61, wo aber zumindest die Befugnis zur Erstellung von Quittungen und zur Herausgabe von Wechselgeld gefordert wird; restriktiver hinsichtlich der Bejahung des § 266 StGB etwa BGH NStZ 1983, 455, wonach eine „buchhalterische“ Tätigkeit notwendig sein soll.

²⁷ So im Ausgangspunkt überzeugend *Schünemann*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (1998), § 266 Rn. 82 ff.; *Fischer*, StGB, 59. Aufl. (2012), § 266 Rn. 37.

III.

Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht der Angeklagten somit im Ergebnis angesichts der weitreichenden Möglichkeiten zum kontrollfreien Umgang mit dem Vermögen der Vertragspartnerin durchaus plausibel sein, wäre eine nähere Erörterung durch den Senat womöglich angebracht gewesen. Auch bedarf die Frage, welche Anforderungen an die konkret verletzte Pflicht innerhalb eines an sich bestehenden Treuverhältnisses zu stellen sind, zukünftig weiterer Klärung.²⁸

Die konkrete Pflichtverletzung sieht der Senat im Unterlassen der Weiterleitung von Prämienzahlungen. Er grenzt insofern nach der bekannten, im Schrifttum vielfach kritisierten Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ ab²⁹ und gelangt so zu dem Ergebnis, dass die (aktive) Erstellung falscher Abrechnungen lediglich eine „bloße Vorbereitung der den eigentlichen Schaden herbeiführenden Nichtabführung zu zahlender Prämien“ sei, die bei wertender Betrachtung zurücktrete. Die Anwendung der „Schwerpunktformel“ auch im Zusammenhang mit § 266 StGB ist aus der Sicht der Rechtsprechung konsequent. Zudem relativiert sich die Bedeutung der Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Untreuekontext, da die Vermögensbetreuungspflicht nach übereinstimmender Auffassung zugleich eine Garantenstellung für das Vermögen des Treugebers i.S.d. § 13 StGB begründet.³⁰ Bemerkenswert ist allerdings der Hinweis des Senats, dass der besagte Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit „schon mit Blick darauf, dass ins Einzelne gehende Feststellungen zur vertragswidrigen Verwendung der Gelder nicht getroffen sind“, in der Nichtweiterleitung der Prämien liege. Soll dies dahingehend zu verstehen sein, dass auf ein Unterlassen „ausgewichen“ wird, weil die Tatsacheninstanz hinreichende Feststellungen zu einem möglichen aktiven Tun nicht getroffen hat? Eine solche Vorgehensweise wäre nicht zuletzt angesichts der konkurrenzrechtlichen Subsidiarität des Unterlassens problematisch. Da es die Angeklagten als Revisionsführer aber nicht beschwert, wenn mangels entsprechender Feststellungen eine möglicherweise tatbestandlich vorliegende Begehungsstrafbarkeit nicht angenommen werden kann, sind die Ausführungen des Senats zur Tathandlungsseite im Ergebnis stimmig. Dagegen überzeugen die Erwägungen zum Taterfolg sowohl hinsichtlich des Ergebnisses als auch mit Blick auf die Begründung allenfalls teilweise.

²⁸ Besonders kontrovers wird in diesem Zusammenhang aktuell die Frage erörtert, inwieweit Geschäftsleiter sich bereits dann untreuerechtlich pflichtwidrig verhalten, wenn sie gegen ihre gesellschaftsrechtliche Legalitätspflicht verstoßen. Der I. BGH-Strafsenat hat dies jüngst in zwei Entscheidungen verneint und einen zumindest mittelbaren Vermögensbezug der verletzten Pflicht gefordert – ohne dass bislang geklärt wäre, wie ein solcher festzustellen ist; zum Ganzen m.w.N. (auch zu den erwähnten BGH-Judikaten) *Rönnau*, in: Jahn/Nack, a.a.O. (Fn. 8), S. 57, 59 ff.

²⁹ *Pars pro toto* etwa die Kritik von *Freund*, in: MK-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. (2011), § 13 Rn. 5 ff.

³⁰ Siehe zur Verwirklichung des Treubruchtatbestandes durch Unterlassen *Saliger*, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 33 m.w.N., auch zum Streit bzgl. der Anwendbarkeit von § 13 StGB.

(1.) Der Senat leitet seine Ausführungen zur Nachteilsfeststellung mit zwei Prämissen ein, die als solche wohl noch auf relativ wenig Kritik stoßen, die aber tatsächlich für zahlreiche der jüngst heftig diskutierten Probleme der Vermögensschadensdogmatik von entscheidender Bedeutung sind: das Prinzip der Gesamtsaldierung und die Tathandlung als maßgeblicher Zeitpunkt für die Saldierung (Vermögensvergleich vor und nach der Pflichtverletzung). Beides ist im Grundsatz weitgehend anerkannt,³¹ wenngleich die daraus herrschend abgeleitete Konsequenz, wonach nachträgliche tätergünstige Entwicklungen allein auf der Strafzumessungsebene relevant sind, zuletzt vor allem im Zusammenhang mit der Kredituntreue – auch durch das Senatsmitglied *Fischer*³² – vermehrt in Frage gestellt wurde.³³ Dieser Kritik ist zuzugeben, dass die Annahme eines Vermögensschadens durch eine Kreditausreichung kontraintuitiv ist, wenn der Kredit in der Folgezeit vollständig und ohne Verzögerungen zurückgezahlt wird. Gleichzeitig ist das Ergebnis, unterstellt man eine wie auch immer zu ermittelnde „Minderwertigkeit“ des Rückzahlungsanspruchs im Valutierungszeitpunkt, bei Zugrundelegung der beiden eben erwähnten Prämissen konsequent – was freilich nicht mehr bedeutet, als dass deren Berechtigung umso kritischer hinterfragt werden muss.

Vieles spricht indes dafür, dass die Wurzel des Problems nicht beim *Saldierungszeitpunkt*, sondern bereits bei der *Prämisse der Gesamtsaldierung als solcher* liegt. Denn dieses Verfahren erfordert die Umrechnung der zu saldierenden Posten in eine „homogene Ertragskategorie“. Hiermit wird die Maßgeblichkeit des Geldwertes der jeweiligen Vermögensobjekte zementiert, der zugleich – wie bereits angedeutet (I.) – als Inbegriff des „Wirtschaftlichen“ gilt. Dieser Geldwert (i.S.v. Verkehrs- oder Marktpreis) ist nun aber seiner Natur nach flüchtig; sein charakteristisches Merkmal ist die ständige Veränderbarkeit.³⁵ Die

³¹ Aus der Rspr. vgl. die Nachw. bei *Fischer*, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 115; aus dem Schrifttum etwa *Saliger*, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 54 f.; *Esser*, in: AnwK-StGB (2011), § 266 Rn. 175 f.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB. 28. Aufl. (2010), § 266 Rn. 40.

³² NStZ-Jahresheft 2009, 8, 11 f.

³³ Siehe zur Kritik und zu einem Lösungsansatz im Zusammenhang mit der Parallelproblematik beim Betrug *Gaede*, in: AnwK-StGB, § 263 Rn. 125 m.w.N.; wie die h.M. aber BVerfGE 126, 170, 225 f.

³⁴ *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen (1994), S. 169.

³⁵ Bei *Niklas Luhmann* finden sich ähnliche Erwägungen im Zusammenhang mit *Preisen*, wobei *Luhmann* darunter zu erwartende Geldzahlungen versteht, die als Gegenleistung für den Erwerb knapper Güter erbracht werden (also im Kern den auch im vorliegenden Kontext gemeinten *Wiederverkaufswert*), siehe *ders.*, Die Wirtschaft der Gesellschaft (1994), S. 17 f. Die Instabilität der so verstandenen Preise wird nach *Luhmann* umso bedeutsamer, je stärker sich das Wirtschaftssystem ausdifferenziert (a.a.O., S. 20 ff.). Überträgt man diese Erwägungen auf den hier behandelten Kontext, ist erklärbar, warum das Problem der Instabilität des Marktwertes von Vermögensobjekten bislang kaum im Fokus der Schadensdogmatik stand. Denn es wird umso virulenter, je mehr sich Fragen der Bewertung von komplexen Wertpapieren, langfristig fälligen Forderungen und anderen

Benennung eines konkret bezifferten Geldwertes ist somit immer eine Momentaufnahme, bei der mit Veränderungen im Zeitablauf zu rechnen ist – und zwar je nach Volatilität des jeweiligen Marktes womöglich mehrfach innerhalb kürzester Zeit. Wer demnach am Prinzip der Gesamtsaldierung nach Geldwerten als dem vermeintlich „wirtschaftlichen“ Ausgangspunkt der Vermögens- bzw. Schadenslehre festhalten will, ist gezwungen, irgendeinen Zeitpunkt für die Saldierung zu wählen, wohlwissend, dass eine davon abweichende Entwicklung (sei es zu Gunsten oder zu Ungunsten des Täters) regelmäßig zu erwarten ist.³⁶ Es bleibt fraglich – und kann hier nicht abschließend beantwortet werden –, ob diese Schwierigkeiten ohne einen Verzicht auf das Prinzip der Gesamtsaldierung sachgerecht lösbar sind.³⁷ In dieser grundlegenden Dimension hatte sich der Senat freilich nicht mit diesen Problemen zu befassen. Dennoch spielt der Zeitpunkt der Saldierung für die Beurteilung der vorliegenden Entscheidung eine Rolle (dazu gleich).

(2.) Der 2. Senat stellt auf die jeweiligen Abrechnungszeitpunkte als Zeitpunkt des pflichtwidrigen Unterlassens ab. Er bejaht sodann in Übereinstimmung mit dem Landgericht einen Schaden in Höhe aller in Abzug gebrachter Leistungen, die tatsächlich im Abrechnungszeitpunkt nicht erbracht worden waren, unabhängig davon, ob dies im weiteren Verlauf noch geschah. Zur Begründung stützt sich der Senat auf seine – im Folgenden etwas ausführlicher zu beleuchtende – Rechtsprechung zu den sog. „schwarzen Kassen“³⁸ und argumentiert, es sei im Abrechnungszeitpunkt bereits ein endgültiger Schaden in der besagten Höhe entstanden, weshalb spätere vorteilhafte Entwicklungen allenfalls eine Schadenswiedergutmachung darstellen können.

Die hier in Bezug genommene, erstmals in der „Siemens“-Entscheidung formulierte Annahme eines endgül-

nicht gegenständlichen, durch ihre Zukunftsbezogenheit gekennzeichneten Vermögensgegenständen stellen. Strukturell besteht das Problem aber bei allen Vermögensobjekten gleichermaßen, wengleich die Auswirkungen bei Konsum- und Gebrauchsgütern mit stabilen Marktverhältnissen für das Strafrecht meist nicht relevant werden.

³⁶ Der Gedanke wird zutr. betont bei BVerfGE 126, 170, 207 (im Anschluss an Fischer).

³⁷ Einen Vorschlag zur Schadensfeststellung ohne Gesamtsaldierung (dort im Zusammenhang mit dem Betrug) bietet etwa *Kindhäuser*, in: FS f. Lüderssen (2002), S. 635 ff.; ferner findet sich ein 3-stufiges Konzept zur „Einhegung“ des Schadensmerkmals (beim Betrug) in entsprechenden Fällen bei *Gaede*, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 123 ff. Auch das konsequente Festhalten der h. M. an der Tathandlung bzw. Verfügung (beim Betrug) als Saldierungszeitpunkt ist natürlich eine „Lösung“. Deren normative Plausibilität ist aber zumindest dann fraglich, wenn etwaige als Kompensation in Betracht kommende Vermögensgegenstände nicht der unmittelbaren Weiterveräußerung dienen sollen, da dann der Gegenwartswert zum Zeitpunkt des Erwerbs dieser Vermögensgegenstände für den Vermögensinhaber „wirtschaftlich“ letztlich uninteressant ist. Hier zeigt sich ein weiteres grundsätzliches Problem der Schadensdogmatik, und zwar der nicht zu eliminierende subjektive Charakter jeder Bewertung, vgl. dazu auch *Becker* JR 2012, 82, 84 m.w.N.

³⁸ Und zwar namentlich auf das „Trienekens“-Urteil BGHSt 55, 266 = HRRS 2010 Nr. 839; vgl. i. Ü. die bis auf die Zeiten des Reichsgerichts zurückgehende Darstellung der Rechtsprechung bei *Schünemann* StraFo 2010, 1, 5 ff.

tigen anstelle eines Gefährdungsschadens in Fällen der schwarzen Kassen ist bekanntlich viel kritisiert worden.³⁹ Indes scheint die Unterscheidung zwischen „endgültigen“ Schäden und „bloßen“ Gefährdungsschäden noch nicht hinreichend geklärt, um eine präzise Kritik zu ermöglichen.⁴⁰ Klar ist, dass beide Schadensarten „echte“, also *tatbestandsmäßige* Schäden sind, sofern ihre jeweiligen Voraussetzungen vorliegen.⁴¹ Darüber hinaus dürfte Einigkeit darüber zu erzielen sein, dass die Schadensfeststellung vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG typischerweise besonders problematisch ist, wo sie Prognosen über die Ausfallwahrscheinlichkeit bzw. den Ertragswert von mittel- oder langfristig fälligen Forderungen (Rückzahlungsansprüchen bei Krediten, Zahlungsansprüchen aus Wertpapieren usw.) erfordert. Dies ist die eigentliche Domäne des Gefährdungsschadens, in der die terminologische Unterscheidung sinnvoll ist, da bzw. soweit sie die Notwendigkeit besonderer sachlicher Anforderungen an die Schadensfeststellung zum Ausdruck bringt.⁴²

Bei den schwarzen Kassen geht es dagegen um ein anders gelagertes Phänomen. Hier werden Vermögenswerte – namentlich Geld – dem Zugriff des Berechtigten entzogen und es stellt sich die Frage, inwieweit bzw. in welcher Höhe dieses Geld trotzdem als Vermögenswert des Treugebers in die Saldierung einzustellen ist. Angesichts dieser Struktur der Fallgruppe ist die vielfach geäußerte Kritik, die Annahme eines (zumal „endgültigen“) Schadens führe zu einem bloßen Schutz der Dispositionsfreiheit, *prima facie* naheliegend.⁴³ Diese Kritik ist insofern jedoch präzisierungsbedürftig, als „Vermögen“ bereits

³⁹ Stellvertretend für die Kritik hier nur *Kempf*, in: FS f. Volk (2009), S. 231 ff.

⁴⁰ Eine Erörterung der Problematik findet sich bei *Saliger*, in: FS f. Samson, S. 455, 471 ff., der den *substanziellen Vermögensverlust* als Gegensatz zum Gefährdungsschaden für adäquat hält, vgl. auch bereits *Becker* HRRS 2009, 334, 336 m. Fn. 31. Im Zusammenhang mit der Bewertung von Forderungen bzw. Wertpapieren wird die Unterscheidung zusätzlich dadurch verkompliziert, dass auch die Totalabschreibung im bilanziellen Sinne nichts anderes bedeutet, als dass der Bewertende gegenwärtig von einem Totalausfall ausgeht (oder bei Zugrundelegung des *fair value*: dass das Vermögensobjekt derzeit nicht auf einem Markt handelbar ist) – und nicht etwa, dass der entsprechende Vermögensgegenstand in irgendeiner Form „endgültig“ wertlos wäre. Ein bemerkenswertes Beispiel bilden insoweit die berüchtigten „toxischen“ Kreditverbriefungen, die auf dem Höhepunkt der Finanzkrise aufgrund des Zusammenbruchs des entsprechenden Handels bei Zugrundelegung von Marktwerten als wertlos galten, heute aber häufig wieder mit lediglich geringen bis mittleren Abschlägen auf ihren Nominalwert veräußert werden können, siehe etwa *Süddeutsche Zeitung* vom 22.3.2012, S. 25 zum erfolgreichen Wiederverkauf solcher Papiere durch die US-amerikanische Regierung, die diese auf dem Höhepunkt der Krise übernommen hatte.

⁴¹ *Becker* HRRS 2009, 334, 336 f.; *Fischer* NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 11; *Saliger*, in: FS f. Samson, S. 455, 469 ff.

⁴² Die Formulierung solcher Anforderungen ist freilich um ein Vielfaches bedeutender als die terminologischen Fragen.

⁴³ Nachw. zu dieser Kritik bei *Fischer* NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 16 f.

strukturell ein Dispositionsbegriff ist.⁴⁴ Wer somit den Vorwurf des Schutzes „bloßer Dispositionsfreiheit“ als Kritik formuliert, muss darlegen, wie diese von der freien Verfügungsmacht über Wirtschaftsgüter zu unterscheiden ist, die den Kern des Rechtsguts *Vermögen* ausmacht.⁴⁵

Aus Sicht des *Verf.* erscheint folgende Herangehensweise an das Problem der Nachteilsermittlung bei schwarzen Kassen sinnvoll:⁴⁶ Es ist zunächst eine in ihrer Plausibilität scheinbar nicht zu bestreitende Prämisse, dass die Kenntnis des Inhabers von der Existenz eines ihm rechtlich zugeordneten Vermögensobjekts notwendige Bedingung für die Annahme ist, dass diesem Objekt irgendein Wert beizumessen ist.⁴⁷ Fehlt es an dieser Kenntnis, kann das jeweilige Objekt nicht zum Tausch im Wirtschaftsverkehr – und auch sonst in keiner Weise – eingesetzt werden. Es macht bei dieser Lesart keinen Unterschied, ob der Treuehmer Geld ohne Wissen des Berechtigten in einer schwarzen Kasse verbirgt oder es im Garten seiner Ferienvilla auf den Malediven vergräbt.⁴⁸ Solange man von einem binären Verständnis ausgeht, wonach entweder nur Kenntnis oder Unkenntnis eines Vermögenswertes relevant ist, muss Unkenntnis zwingend zur Annahme eines Schadens führen. In einem solchen System ist der Ansatz des 2. Senats konsequent, denn wenn die Existenz eines Vermögensgegenstandes der Kenntnis des Berechtigten entzogen wird, dann scheidet dieser absolut, wenn man so will „endgültig“ aus dem Vermögen aus, da endgültig ersichtlich nicht i.S. zeitlicher Unendlichkeit gemeint sein kann.⁴⁹

Jedoch ist eine solche Sichtweise nicht sinnvoll durchhaltbar, und zwar bereits deshalb nicht, weil der Treugeber praktisch niemals aktuelle und vollständige Kenntnis über all seine Vermögensgegenstände haben kann.⁵⁰ Ein wesentliches Moment bei der Bewertung von i.w.S. „verborgenen“ Vermögensobjekten muss daher die Möglich-

keit der Kenntniserlangung, die *potentielle Kenntnis* sein.⁵¹ So hat der Geschäftsherr bei Gegenständen des Umlaufvermögens die Möglichkeit, sich durch Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen oder auf ähnliche Weise Kenntnis zu verschaffen. Die Bewertung eines Vermögenswertes, von dessen Existenz der Berechtigte *aktuell* keine Kenntnis hat, hängt also letztlich davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit zukünftig mit einer (Wieder-)Erlangung der Kenntnis – und damit der für Vermögen kennzeichnenden Verfügungsmacht – zu rechnen ist.⁵² Ein zur Verdeutlichung zugespitztes Beispiel: Der Gönner G hat dem Künstler K unbemerkt einen Barscheck über 10.000,- € zugesteckt. Der Wert dieses Schecks, von dessen Zugehörigkeit zu seinem Vermögen K aktuell keine Kenntnis hat, ist ersichtlich unterschiedlich, wenn a) der Scheck sich einige Tage später immer noch in der Jackentasche befindet und die Jacke an der Garderobe in Ks Atelier hängt oder b) der Scheck bei einem abendlichen Waldspaziergang unbemerkt aus Ks Jacke gefallen ist und vom Wind in ein Astloch getragen wurde. Der Grund für die unterschiedliche Bewertung liegt ebenso ersichtlich darin, dass in Variante a) eine deutlich höhere Wahrscheinlichkeit besteht, dass K den Scheck finden wird und ihn somit zukünftig als „Vermögen“ einsetzen kann. Diese Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Umsetzbarkeit eines aktuell der Kenntnis des Berechtigten entzogenen Vermögensgegenstandes ist also bei der Ermittlung seines Gegenwartswertes ein wesentlicher Faktor.⁵³ Der Sache nach ist es nichts anderes, wenn Forderungen nach der Wahrscheinlichkeit ihrer Durchsetzbarkeit bewertet werden.

Daraus ließe sich folgern: Die erstmalige Überführung von Geldmitteln in eine schwarze Kasse begründet regelmäßig einen Vermögensschaden. Denn wie auch immer das System der schwarzen Kassen beschaffen ist und welche Absichten der Betreiber verfolgt, die dort verborgenen Mittel sind keinesfalls mit ihrem Nominalwert anzusetzen.⁵⁴ Da dieser aber für den Zeitpunkt vor der

⁴⁴ Vgl. bereits *Hefendehl*, a.a.O. (Fn. 32), S. 92, zu Dispositionsbegriffen in der Wissenschaftstheorie einfürend *Lorenz*, in: *Mittelstraß, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. 1 (2004), S. 492 f.

⁴⁵ Vgl. auch *Saliger*, a.a.O. (Fn. 16), § 263 Rn. 189, der von zulässigem unselbständigen und unzulässigem selbständigen Dispositionsschutz spricht; ferner *ders./Gaede* HRRS 2008, 57, 70, wonach eine verwendungszweckunabhängige Betrachtung stets nicht nur zu einem unzulässigen reinen Dispositionsschutz, sondern auch zu einer Verschleifung von Tathandlung und Erfolg führt.

⁴⁶ Die folgenden Ausführungen beanspruchen keineswegs durchgängig Originalität. Sie dienen lediglich der Skizzierung eines Ausgangspunktes, von dem aus die einzelnen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Fallgruppe sich als kohärent lösbar erweisen könnten. Inhaltlich nahestehend sind etwa die Ausführungen bei *Brammsen/Apel* WM 2010, 781, 783 ff.; *Hohn*, in: FS f. Rissing-van-Saan, S. 169, 175 ff.; z.T. auch *Rönnau* StV 2009, 246, 248 ff.

⁴⁷ *Hohn*, in: FS Rissing van Saan, S. 169, 176 ff.; *Rönnau* StV 2009, 246, 248.

⁴⁸ Insofern ist der Hinweis von *Saliger* (FS f. Samson, S. 455, 462 f.) zutreffend, dass die konsequente Fortführung dieses Ansatzes dazu führt, dass die Verbringung von Geld in eine schwarze Kasse mit dessen Unterschlagung gleichgesetzt wird.

⁴⁹ Zu den Problemen bei der Bestimmung der hinreichenden Dauer *Rönnau* StV 2009, 246, 249.

⁵⁰ *Pars pro toto Satzger* NStZ 2009, 297, 303.

⁵¹ *Zutr. Rönnau* StV 2009, 246, 250; *Hohn*, in: FS Rissing van Saan, S. 169, 179.

⁵² *Schünemann* (StraFo 2010, 1, 9) verlangt weitergehend, dass der Treugeber konkret und aktuell seine Verfügungsmacht bzgl. der entsprechenden Vermögenswerte in Anspruch nehmen muss, damit von einem Schaden gesprochen werden kann.

⁵³ Ähnlich im Ansatz *Satzger* NStZ 2009, 297, 303: „Prognoseentscheidung über das weitere Schicksal des Vermögens“. Insofern ist dem 2. Strafsenat zumindest in der Sache dahingehend beizupflichten, dass es einen bewertungsrelevanten Unterschied zwischen den Fällen „Kanter“ und „Siemens“ gibt, denn im erstgenannten Fall waren die Gelder jedenfalls zu Anfang auf Bankkonten der Treugeberin verborgen, weshalb eine größere Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand als im Fall „Siemens“, wo die Mittel auf Auslandskonten angelegt waren, die unter dem Namen von Scheinfirmen geführt wurden, vgl. dazu *Fischer* NStZ-Sonderheft 2009, 8, 17 und 18 f. Nach dem hier befürworteten Verständnis führt dies indes nicht dazu, dass es sich einmal um einen Gefährdungs- und einmal um einen endgültigen Schaden handelt, sondern lediglich zu einer unterschiedlichen Beurteilung des für die jeweils verborgenen Mittel anzusetzenden Wertes der Höhe nach.

⁵⁴ Hier kann die zweckkonforme Mittelverwendungsabsicht des Treuehmers entgegen *Saliger* (FS f. Samson, S. 455, 463) nicht dazu führen, dass ein Vermögensschaden ausgeschlossen ist. Verkürzt gesagt: Geld, das sich im Umlauf-

Tathandlung maßgeblich war, als sich das Geld z.B. auf einem Geschäftskonto befand, ergibt die Saldierung in jedem Fall einen Verlust zum Nachteil des Treugebers. Anders verhält es sich, wenn der Täter ein existierendes System „übernimmt“. Hier verändert sich die tatsächliche Wahrscheinlichkeit der Kenntniserlangung regelmäßig nicht zum Nachteil des Treugebers. Eine Schadensbegründung setzt daher voraus, dass man – wie es der Sache nach im „Siemens-Fall“ sowohl der 2. Strafsenat als auch das BVerfG getan haben – die rein rechtliche Existenz eines Anspruchs gegen den Treuehmer in kontraktischer Weise als vermögenswerte Exspektanz berücksichtigt.⁵⁵ Denkbar wäre die Verursachung eines Nachteils bei der Fortführung einer anderweitig angelegten schwarzen Kasse dagegen dann, wenn der Täter eine zu erwartende Aufdeckung – etwa aufgrund einer bevorstehenden Betriebsprüfung – durch zusätzliche Verschleierrungsmaßnahmen verhindert.

All dies in einen begrifflichen Zusammenhang mit der Diskussion um endgültige Schäden und Gefährdungsschäden zu stellen, erscheint wenig sinnvoll. Die Probleme im Zusammenhang mit schwarzen Kassen – etwa: Bestimmung des maßgeblichen Kenntnisstandes bei der Beurteilung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit,⁵⁶ verwendungszweckabhängige oder verwendungszweckunabhängige Betrachtungsweise,⁵⁷ Zurechnung etwaiger

vermögen befindet, ist immer mehr wert als derselbe Betrag in einer schwarzen Kasse. Die gegenteilige Ansicht von Satzger (NStZ 2009, 297, 303), wonach der Wirtschaftsverkehr das Geld in der schwarzen Kasse womöglich sogar höher bewertet als auf dem Geschäftskonto, erscheint wenig plausibel. Denn ist das Geld im „offiziellen“ Umlaufvermögen des Treugebers, kann dieser immer noch jederzeit entscheiden, dieses für illegale, aber gewinnbringende Zwecke einzusetzen. Er kann nur ebenso jederzeit entscheiden, das Geld in jeder anderen Hinsicht zu verwenden, und allein diese uneingeschränkte (potentielle) Verwendungsmöglichkeit des Treugebers rechtfertigt die Bewertung der Geldmittel zu ihrem Nominalwert – und ihr Fehlen rechtfertigt demgegenüber eine Abwertung, über deren Höhe dann freilich zu diskutieren wäre.

⁵⁵ Rönnau StV 2009, 246 f.; Schönemann StraFo 2010, 1, 9 f.; vgl. auch Becker HRRS 2010, 383, 388 f.

⁵⁶ Hierbei wird man folgende Paradoxie zu beachten haben: Will man den für die verborgenen Mittel anzusetzenden Wert ermitteln, ist der Sache nach zu fragen, welchen Betrag ein gedachter Erwerber des Unternehmens dafür vernünftigerweise aufwenden würde. Insofern muss also unterstellt werden, dass dieser gedachte Erwerber Kenntnis von der Existenz der Mittel hat. Damit wären diese aber grundsätzlich mit ihrem Nennwert anzusetzen (ggf. abzüglich etwaiger Kosten für ein „Waschen“ der Gelder, also für ihre Überführung in das Umlaufvermögen der Firma), denn der Erwerber, dem die Existenz der Mittel bekannt ist, kann diese ja nach seinem Belieben verwenden. Um dieses sinnlose Ergebnis zu vermeiden, darf die zunächst zu Bewertungszwecken unterstellte Kenntnis des *homunculus* nicht dazu führen, dass die Mittel wegen dieser Kenntnis so bewertet werden, als befänden sie sich tatsächlich im Umlaufvermögen. Bei diesen Prämissen sind die von Hohn (FS Rissing-van Saan, S. 169, 180 f.) in ähnlichem Zusammenhang beschriebenen Friktionen vermeidbar.

⁵⁷ Die verwendungszweckunabhängige Betrachtung des 2. Strafsenats bildet einen der Hauptkritikpunkte, siehe nur Saliger, in: FS f. Samson, S. 455, 462 f. m.w.N. in Fn. 50. Vom hier befürworteten Ausgangspunkt ist dazu zwar zu sagen, dass etwaige Absichten des Täters die Wahr-

kenntnis von Leitungsorganen bei juristischen Personen⁵⁸ – sind gänzlich andere als bei den herkömmlicher Weise mit dem Begriff Gefährdungsschaden verbundenen Fällen, bei denen es vor allem um die Schwierigkeit der prognostischen Beurteilung der aus einer Forderung bzw. einem Wertpapier zu erwartenden Zahlungsströme geht. Eine Befreiung der Diskussion um schwarze Kassen von diesem insoweit eher konfundierenden Begriffspaar könnte idealerweise dazu führen, den Diskussionsstand präziser zu systematisieren und die einzelnen Kritikpunkte klarer zu formulieren.

(3.) Überträgt man den soeben skizzierten Ansatz auf den vorliegenden Fall, ließe sich wie folgt argumentieren: Die Vertragspartnerin der Kläger hatte vor der Pflichtverletzung keinerlei Kenntnis darüber, in welcher Höhe ihr Ansprüche auf die Weiterleitung von Geldern zustanden, da sie diese Kenntnis ja überhaupt nur durch die Abrechnungen erlangen konnte. Ansprüche, die über den Betrag hinausgingen, der sich aus den gefälschten Abrechnungen ergab, hätten demnach vor der Tathandlung keinen Wert gehabt, da die Gläubigerin von ihrer Existenz bzw. ihrer Höhe nichts wusste und sie wahrscheinlich auch keine Aussicht hatte, entsprechende Kenntnis zu erlangen. Nach der Tathandlung blieb der Wert bei „0“, so dass ein Vermögensverlust nicht feststellbar wäre. Dieses Ergebnis ließe sich mit guten Gründen als unbefriedigend charakterisieren, da der Nachteil mit der Erwägung verneint wird, dass die zu saldierenden Positionen wegen der Pflichtverletzung des Treuehmers (= Fälschung der Abrechnungen) für den Treugeber zu keinem Zeitpunkt werthaltig waren. Es gelingt dem Treuehmer also durch die Pflichtverletzung die Entstehung eines Nachteils zu verhindern. Eine Korrektur dieses Ergebnisses, indem die Forderung vor der Tathandlung mit ihrem Nominalwert eingestellt wird, ließe sich mit ähnlichen Erwägungen begründen, wie das auf Betrugs- bzw. Erpressungsebene in den freilich umstrittenen sog. „Rückverkaufsfällen“⁵⁹ geschieht. Der Senat stellt indes keine der dargestellten Erwägungen an, da er letztlich überhaupt keine präzise Saldierung vornimmt bzw. nicht erklärt, welche vor der Tathandlung werthaltige Vermögensposition nach der Tathandlung weniger wert gewesen sein soll. Es lässt sich vermuten, dass das Gericht vor der Tathandlung von einer Bewertung der Ansprüche auf Prämienweiterleitung mit ihrem Nominalwert ausgeht.

Aber selbst wenn man eine solche eher ergebnisorientierte Betrachtungsweise befürwortet, scheidet die Annahme eines Schadens in der vom Senat angenommenen Höhe aus. Richtigerweise sind nämlich diejenigen Beträge in

lichkeit der Wiedererlangung von Verfügungsmacht für den Treugeber nicht erhöhen; gleichwohl ließen sich diese aber bei der Bewertung berücksichtigen, da der erwähnte *homunculus* ggf. bereit wäre, für die Mittel einen höheren Betrag zu zahlen, wenn damit zu rechnen ist, dass diese zukünftig profitabel eingesetzt werden; vgl. auch Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 70, die eine Bewertung des Verlustrisikos unabhängig von den Absichten des Verwalters für undurchführbar halten.

⁵⁸ Zu diesem Problemkreis etwa Schönemann StraFo 2010, 1, 8; vgl. auch BGHSt 55, 266, 281 f. („Trienekens“).

⁵⁹ Dazu m.w.N. Rönnau, in: FS f. Rissing-van Saan, S. 517, 522 f. und (krit. gegenüber der Handhabung dieser Fälle in der Rspr.) S. 541.

Abzug zu bringen, die im weiteren Verlauf auf die zunächst nur angemeldeten Schadensbeträge tatsächlich erbracht wurden. Dies folgt aus der Anwendung der aus der Fahrlässigkeitsdogmatik stammenden Grundsätze des sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhangs.⁶⁰ Deren Relevanz für die Untreuedogmatik ist im Schrifttum mehrfach betont worden.⁶¹ Mangels Pflichtwidrigkeitszusammenhangs scheidet die Verwirklichung des objektiven Untreuetatbestandes aus, wenn der durch die Pflichtverletzung verursachte Nachteil bei pflichtgemäßem Verhalten gleichermaßen eingetreten wäre. Genau dies ist vorliegend aber der Fall, da durch die Zahlungen auf die zunächst lediglich angemeldeten Ansprüche eine Verbindlichkeit der Treugeberin gegenüber den Versicherungsnehmern erfüllt wurde. Hierzu wäre die Treugeberin auch verpflichtet gewesen, wenn die Kläger ordnungsgemäß abgerechnet hätten. Der einzige schadensrelevante Unterschied zwischen dem tatsächlichen Verhalten der Angeklagten und dem hypothetischen pflichtgemäßen Alternativverhalten bestünde darin, dass die zunächst nur angemeldeten Beträge erst zu einem späteren Zeitpunkt hätten abgerechnet werden dürfen, und zwar jeweils in dem Monat, in dem die Zahlungen tatsächlich erbracht wurden. Dieser Umstand rechtfertigt es aber nicht, von einem *durch* die Pflichtverletzung verursachten Nachteil in Höhe des gesamten jeweils an die Versicherungsnehmer zu leistenden Betrages auszugehen. Denn dieser wäre auch bei pflichtgemäßem Verhalten für das Vermögen der Treugeberin letztlich „verloren“ gewesen.

Auch die Rechtsprechung hat bereits der Sache nach bei der Untreue auf die Rechtsfigur des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zurückgegriffen. So wurde bei der Haushaltsuntreue ein Vermögensnachteil durch die zweckwidrige Verwendung von Mitteln mit der Begründung verneint, die damit getätigten Aufwendungen hätten „so oder so“ erbracht werden müssen.⁶² Diese Entscheidungen stellen für den hier zu entscheidenden Fall den sachnäheren Anknüpfungspunkt gegenüber der vom Senat herangezogenen Rechtsprechung zum sog. „Abrech-

nungsbetrag“⁶³ dar. Vorliegend führten die später von den Klägern geleisteten Zahlungen eben zum Erlöschen einer „so oder so“ zu erfüllenden Verbindlichkeit gegenüber den Versicherungsnehmern, was auch der Senat nicht bestreitet. Beim ärztlichen Abrechnungsbetrag ist es dagegen regelmäßig so, dass kein Vergütungsanspruch des Arztes besteht, weshalb die Leistung gerade nicht zum Erlöschen einer ohnehin zu tilgenden Schuld führt.⁶⁴ Dort geht es dann meist um die Kompensationstauglichkeit einer *lege artis* erbrachten ärztlichen Leistung, also um eine die Schadensbegründung betreffende Saldierungs- bzw. Bewertungsproblematik. Im hier zu entscheidenden Fall stellt sich dagegen nicht die Frage der Kompensation im saldierungstechnischen Sinne durch hypothetische Kausalverläufe, sondern es fehlt am hinreichenden (Zurechnungs-)Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Selbst wenn man also die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrag an sich für überzeugend hielte,⁶⁵ eignet sie sich nicht zur Übertragung auf den vorliegenden Fall. Bei der an sich gebotenen Heranziehung der Rechtsprechung zur Haushaltsuntreue wäre demgegenüber ein Nachteil in Höhe der später tatsächlich erbrachten Schadensregulierungen zu verneinen gewesen.

IV.

Der Verf. hat eine – im Ergebnis und in der Begründung zumindest teilweise kritikwürdige – aktuelle Entscheidung des 2. BGH-Strafsenates zum Anlass genommen, ein kurzes Schlaglicht auf einige Brennpunkte der Untreuediskussion zu werfen. Mehr als eine Skizze sowie die punktuelle Andeutung von Diskussionsansätzen konnte und sollte nicht geleistet werden. Insbesondere war eine umfassende Aufarbeitung und Würdigung der zu zahllosen Einzelfragen gesondert existierenden Streitstände weder beabsichtigt noch im gegebenen Rahmen möglich. Mögen die hier angedeuteten Gedanken zukünftig auf (jeweils begründete) Zustimmung, Kritik oder auch auf Ablehnung stoßen, kann doch all dies einen Beitrag zum Fortgang des wissenschaftlichen Diskurses bedeuten – und das Ziel dieser Randnotizen wäre damit erreicht.

⁶⁰ Zum Stand der Diskussion in der allgemeinen Fahrlässigkeitsdogmatik statt Vieler *Duttge*, in: MK-StGB, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 164 ff.

⁶¹ Etwa *Saliger*, in: Walz/Hüttemann/Rawert/Karsten Schmidt, Non Profit Law Yearbook (2005), S. 209, 226 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 81 m.w.N.; der Sache nach wohl auch *Fischer*, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 133.

⁶² BGH NStZ 1984, 549, 550; NJW 1995, 603, 605.

⁶³ Zu dieser Fallgruppe m.w.N. *Rönnau*, in: FS f. Rissing-van Saan, S. 517, 525 ff.

⁶⁴ Näher zu dieser Fallgruppe *Grunst* NStZ 2004, 533 ff.; *Volk* NJW 2000, 3385 ff.

⁶⁵ Zusf. Kritik dagegen bei *Rönnau*, in: FS f. Rissing-van Saan, S. 517, 541.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

366. BVerfG 2 BvL 8/11, 2 BvL 9/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. März 2012 (AG Düren)

Normenkontrolle (konkrete); Richtervorlage; Entscheidungserheblichkeit; Verfassungswidrigkeit (Überzeugung); Betäubungsmittel; unerlaubte Einfuhr; nicht geringe Menge; Mindeststrafe; Strafraumen; Gestaltungsspielraum; Schuldgrundsatz; Übermaßverbot; Wirtschafts- und Rechtsraum (gemeinsamer, europäischer).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

367. BVerfG 1 BvR 210/12 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 13. März 2012 (OLG München / LG München II)

Verteidiger; Berufstracht; Krawatte; Zurückweisung; Berufsausübungsfreiheit.
Art. 12 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 20 BORA; § 59b Abs. 2 Nr. 6 BRAO

368. BVerfG 2 BvR 368/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Resozialisierung; lebenslange Freiheitsstrafe; Vollzugsplan; Vollzugslockerungen; Ausführung; Fluchtgefahr; Missbrauchsgefahr; effektiver Rechtsschutz; Verfassungsbeschwerde (Substantiierungserfordernis).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 11 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

369. BVerfG 2 BvR 1954/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (OLG München / LG München II)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Steuerhinterziehung; Durchsuchung; Notariat; Urkunde (notarielle); Treuhandvereinbarung; Finanzamt; Anfrage; Verhältnismäßigkeit; Geeignetheit; Mitteilungspflicht; Offenbarungspflicht.
Art. 13 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 54 EStDV; § 20 AO; § 30 AO

370. BVerfG 2 BvR 1396/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. April 2012 (OLG Celle / LG Lüneburg)

Sicherungsverwahrung („Altfälle“); Vertrauensschutz; Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen).
Art. 2 Abs. 2 Satz 2; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

371. BVerfG 2 BvR 2405/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. März 2012 (BGH / LG Potsdam)

Willkürverbot; faires Verfahren (Recht auf ein); Öffentlichkeit des Verfahrens; Grundsatz der Öffentlichkeit; Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege; Rechtsfindung (ungestörte); Sicherheitsverfügung; Trageverbot; Zugangsverbot; Hausrecht; Kleidungsgegenstände; Motorradweste („Kutte“); Hells Angels; Motorradclub.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 169 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

372. BVerfG 2 BvR 2258/09 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 27. März 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Darmstadt)

Freiheitsgrundrecht; Maßregel der Besserung und Sicherung, Freiheitsstrafe („verfahrensfremde“); Anrechnung; Sanktionensystem (zweispuriges; vikariierendes); Strafanspruch (staatlicher); Resozialisierung; Verhältnismäßigkeit.

Art. 2 Abs. 2 GG; § 61 StGB; § 63 StGB; § 67 Abs. 4 StGB; § 454b Abs. 2 StPO; § 456a StPO; § 44b Abs. 2 StVollstrO

373. BVerfG 1 BvR 711/12 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 30. März 2012 (LG Hamburg)

Einstweilige Anordnung; Folgenabwägung; Rundfunkfreiheit; Fernsehaufnahmen; Bildberichterstattung; Informationsinteresse der Öffentlichkeit; Persönlichkeitsrecht; Unschuldsvermutung.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; § 171a GVG; § 176 GVG; § 32 Abs. 1 BVerfGG

374. BVerfG 2 BvR 211/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. April 2012 (OLG Celle)

Effektiver Rechtsschutz; Zugang zum Gericht; Rechtsbehelf; Leerlaufen; Formerfordernisse; Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Darlegungsanforderungen; Begründungsanforderungen.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 EGGVG; § 24 Abs. 1 EGGVG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 456a StPO

375. BGH 3 BGs 82/12 / 2 BJs 8/12-2 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (Ermittlungsrichter des BGH)

Anordnung von Beschränkungen in der Untersuchungshaft (gesetzliche Grundlage; Zuständigkeit); Vorrang des Bundesrechts; Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers.

§ 119 StPO, § 126 Abs. 1 StPO, § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 133 NJVollzG, 134a Abs. 1 Satz 2 NJVollzG

376. BGH 3 StR 243/11 – Urteil vom 16. Februar 2012 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; terroristische Vereinigung (ausländische); DHKPC; DHKP; DHKC; Rädelführerschaft (führende Rolle; maßgebende Beteiligung; Führung; Vereinigung im Ganzen).

§ 129a StGB; § 129b StGB

377. BGH 3 StR 403/11 – Beschluss vom 12. März 2012 (Kammergericht)

Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 129a StGB; § 129b StGB

378. BGH 3 StR 425/11 – Urteil vom 1. März 2012 (LG Osnabrück)

Totschlag (minder schwerer Fall; schwere Beleidigung; eigene Schuld); Mord (niedrige Beweggründe; Gesamtwürdigung; Heimtücke); Strafzumessung.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB; § 213 StGB

379. BGH 3 StR 436/11 – Beschluss vom 12. März 2012 (LG Wuppertal)

Beihilfe zum Computerbetrug (Tateinheit; Tatmehrheit; Phishing); Konkurrenzen.

§ 263a StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB.

380. BGH 3 StR 42/12 – Beschluss vom 12. März 2012 (LG Rostock)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; sachlicher Zusammenhang zwischen Jugendstrafe und Unterbringung; Bemessung der Jugendstrafe.

§ 5 Abs. 3 JGG; § 64 StGB; § 18 JGG

381. BGH 3 StR 58/12 – Beschluss vom 12. März 2012 (LG Verden)

Unbegründete Revision; Anrechnungsmaßstab für in Slowenien erlittene Auslieferungshaft (Maßstab 1:1).

§ 51 Abs. 4 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

382. BGH 3 StR 112/12 – Beschluss vom 11. April 2012 (LG Hannover)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

383. BGH 3 StR 446/11 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Mönchengladbach)

Raub mit Todesfolge (Todeszeitpunkt); Einbeziehung mehrerer früherer Verurteilungen nach Jugendstrafrecht (Tenor; Urteilsformel).

§ 251 StGB; § 31 Abs. 2 JGG; § 260 StPO

384. BGH 5 StR 7/12 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Potsdam)

Sexueller Missbrauch eines Kindes; Beschränkung des Verfahrens; Urteilsgründe.

§ 176a Abs. 2 StGB; § 154a StPO; § 267 Abs. 3 StPO

385. BGH 5 StR 8/12 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit; Lückenhaftigkeit); Urteilsgründe.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

386. BGH 5 StR 21/12 – Beschluss vom 1. März 2012 (LG Berlin)

Täter-Opfer-Ausgleich (Übernahme von Verantwortung).

§ 46a StPO

387. BGH 5 StR 34/12 – Beschluss vom 13. März 2012 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 64 StGB

388. BGH 5 StR 37/12 – Beschluss vom 29. März 2012 (LG Braunschweig)

Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsbedarf).

§ 18 Abs. 2 JGG

389. BGH 5 StR 53/12 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Chemnitz)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

390. BGH 5 StR 57/12 – Beschluss vom 26. März 2012 (LG Braunschweig)

Vorbehaltene Sicherungsverwahrung.
§ 66 StGB; § 66a StGB

391. BGH 5 StR 58/12 – Beschluss vom 29. März 2012 (LG Göttingen)

Tötungsvorsatz (Zweifelssatz; Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle).
§ 212 StGB; § 16 StGB; § 15 StGB; § 337 StPO; § 261 StPO

392. BGH 5 StR 60/12 – Beschluss vom 13. März 2012 (LG Kiel)

Unbegründete Revision (Beruhen); Totschlag (minder schwerer Fall; Beruhen).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 213 StGB; § 212 StGB; § 337 StPO

393. BGH 5 StR 61/12 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Erörterung).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

394. BGH 5 StR 69/12 – Beschluss vom 13. März 2012 (LG Hamburg)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

395. BGH 5 StR 86/12 – Beschluss vom 26. März 2012 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

396. BGH 5 StR 92/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 64 StGB

397. BGH 5 StR 103/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Berlin)

Gefährliche Körperverletzung (minder schwerer Fall).
§ 224 StGB; § 213 StGB

398. BGH 5 StR 107/12 – Beschluss vom 26. März 2012 (LG Berlin)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont; Vereitelungswille); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht).
§ 24 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

399. BGH 5 StR 111/12 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Lübeck)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei Anhaltspunkten für einen Hang).
§ 64 StGB

400. BGH 4 StR 608/11 – Urteil vom 23. Februar 2012 (LG Bielefeld)

Überzeugungsbildung beim Tötungsvorsatz (dolus eventualis; Nachtatverhalten, erforderliche Feststellung der erkannten Gefährlichkeit der Tathandlung, Bedeutung

des fehlenden Tatmotivs); unbeachtlicher Irrtum über den wesentlichen Kausalverlauf (Bolustod; objektive Zurechnung; Kaugummifall); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 212 StGB; § 224 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

401. BGH 5 StR 115/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Berlin)

Strafzumessung; Schuldfähigkeit.
§ 46 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

402. BGH 5 StR 126/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Berlin)

Totschlag (minder schwerer Fall; gebotene Erörterung); Beruhen.
§ 337 StPO; § 212 StGB; § 213 StGB

403. BGH 5 StR 288/11 – Beschluss vom 15. März 2012 (OLG Braunschweig)

BGHSt; Vorlageverfahren; Unterschreiten von Mindestlöhnen; Strafklageverbrauch; Doppelbestrafungsverbot; ne bis in idem; Vorenthalten von Arbeitsentgelt durch Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen.
§ 153a StPO; § 266a StGB; § 5 Abs. 1 AEntG a.F.; Art. 103 GG; § 121 Abs. 2 GVG; § 79 Abs. 3 OWiG; § 46 OWiG; § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG

404. BGH 5 StR 380/10 – Beschluss vom 13. März 2012 (Kostenbeamtin beim BGH)

Unbegründete Erinnerung gegen den Kostenansatz.
§ 66 GKG; § 19 GKG; § 3 GKG

405. BGH 5 StR 432/11 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Potsdam)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

406. BGH 5 StR 479/11 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Hamburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Geldstrafen).
§ 55 StGB

407. BGH 5 StR 560/11 – Beschluss vom 29. März 2012 (LG Hamburg)

Aufklärungspflicht (Gebotenheit einer Zeugenvernehmung; Verzicht aller Verfahrensbeteiligten auf die Vernehmung).
§ 244 Abs. 2 StPO

408. BGH 5 StR 567/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Berlin)

Vorabentscheidungsverfahren; erschliches Schengen-Visum; gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern.
Art. 267 AEUV; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1 AufenthG; § 95 Abs. 6 AufenthG

409. BGH 5 StR 567/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012

Vorabentscheidungsverfahren; Eilverfahren (Freiheitsentzug; Untersuchungshaft).
Art. 104b VerfOEU GH; Art. 267 Abs. 4 AEUV

410. BGH 1 StR 28/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Traunstein)

Bandendiebstahl (Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis); Diebstahl im besonders schweren Fall (Voraussetzungen der Geringwertigkeit).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 22 StVG; § 52 StGB; § 53 StGB

411. BGH 1 StR 378/11 – Urteil vom 22. Februar 2012 (LG Bayreuth)

Anforderungen des Wohnungseinbruchsdiebstahls (Bedeutung „in eine Wohnung“: Einbrüche in gemischt genutzte Gebäude und/oder in Nebenräume von Wohnhäusern; Beweiswürdigung hinsichtlich eines möglichen Tatbestandsirrtums); Auffangrechtserwerb (Tenorierung); Vorwegvollzug (zwingende Orientierung an der Halbstrafenentlassung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 16 StGB; § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO; § 67 StGB

412. BGH 1 StR 180/06 (1 StR 254/10) – Beschluss vom 19. März 2012 (BGH)

Pauschvergütung.

Nr. 4132 des Vergütungsverzeichnisses

413. BGH 1 StR 43/12 – Urteil vom 21. März 2012 (LG Weiden i.d.OPf.)

Verwertbare Erinnerungen des Ermittlungsrichters bei einer Aussage über eine frühere Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren (Vernehmung einer zeugnisverweigerungsberechtigten Person; ergänzende Verlesung des Protokolls; Vorbereitungspflichten des Ermittlungsrichters; Abgrenzung Vorhalt und verwertbare Äußerung; Beruhen).

§ 52 StPO; § 252 StPO; § 69 StPO; § 337 StPO

414. BGH 1 StR 34/12 – Beschluss vom 21. März 2012 (LG Nürnberg)

Denkgesetzlich ausgeschlossenes Beruhen des Urteils auf einer Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens (Verlesung einer Aussagegenehmigung).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 54 StPO

415. BGH 1 StR 254/10 (1 StR 180/06) – Beschluss vom 19. März 2012 (BGH)

Pauschvergütung.

Nr. 4132 des Vergütungsverzeichnisses

416. BGH 1 StR 17/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Karlsruhe)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Durchführung einer Verständigung mit einem früheren Mitangeklagten, auf dessen Aussage das Gericht seine Überzeugungsbildung stützt (erforderliche Verfahrensrüge; Beruhen).

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

417. BGH 1 StR 91/12 – Beschluss vom 22. März 2012 (LG Mosbach)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

418. BGH 1 StR 571/11 – Beschluss vom 5. März 2012 in der Strafsache (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge (Erinnerung gegen Kostenansatz).

§ 356a StPO; § 66 Abs. 1 GKG

419. BGH 2 StR 30/12 – Beschluss vom 1. März 2012 (LG Aachen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Rückwirkung auf die Strafzumessung).

§ 64 StGB; § 46 StGB

420. BGH 1 StR 648/11 – Urteil vom 20. März 2012 (LG Regensburg)

Kognitionspflicht des Gerichts bei einer möglichen Vergewaltigung durch Würgen (gefährliche Körperverletzung); Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (Gewalt; Nötigung).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 264 StPO; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

421. BGH 2 ARs 19/12 (2 AR 30/12) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (AG Heinsberg)

Unzulässiger Antrag auf Zuständigkeitsbestimmung.

§ 14 StPO

422. BGH 1 StR 427/11 – Urteil vom 8. Februar 2012 (LG Hof)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei der stundenlangen Peinigung eines Mitgefangenen in einer Haftanstalt (psychische Beihilfe; Täterschaft und Teilnahme; Täterwille; Abgrenzung von Täterschaftsvorsatz und Mittäterexzess; Beurteilung mehrerer Übergriffe als natürliche Handlungseinheit).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB; § 177 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB

423. BGH 1 StR 623/11 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Traunstein)

Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs (Täuschung; kriminalistische List; Verwertungsverbot bei Vorenthaltung des Tatvorwurfs: Auswirkung auf das Aussageverhalten); Hinweispflicht bei der Annahme eines anderen Mordmerkmals und gebotene Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens (Einstellung durch die Verteidigung).

§ 265 Abs. 1, Abs. 4 StPO; § 211 StGB; § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4 StPO; § 136a StPO

424. BGH 2 StR 29/12 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Frankfurt am Main)

Erörterungsmangel hinsichtlich einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Verhältnis zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt); unzulässige Revisionsbeschränkung (Maßregelausspruch).

§ 64 StGB; § 46 StGB; § 56 StGB; § 56c Abs. 3 Nr. 2 StGB

425. BGH 1 StR 662/11 – Beschluss vom 7. März 2012 (LG Augsburg)

Verhältnis des Betrugers zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (milderes Gesetz; Meistbegünstigungsgrundsatz; Verjährung bei echten Unterlassungsdelikten).

§ 266a StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 263 StGB; § 78 StGB

426. BGH 2 StR 136/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Strafaussetzung zur Bewährung (nicht entgegenstehendes stark ausgeprägtes Geltungsbedürfnis; Gesamtwürdigung).
§ 56 StGB

427. BGH 2 StR 640/11 – Urteil vom 7. März 2012 (LG Kassel)

Tragfähiger Freispruch vom Vorwurf eines Sexualdelikts (sexueller Missbrauch einer Widerstandsunfähigen; sexuelle Nötigung).
§ 261 StPO; § 267 StPO; § 179 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

428. BGH 2 StR 565/11 – Urteil vom 7. März 2012 (LG Kassel)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der versuchten Vergewaltigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung; Rachemotiv).
§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

429. BGH 2 StR 520/11 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang; Erfolgsaussicht).
§ 64 StGB

430. BGH 2 StR 495/11 – Beschluss vom 3. April 2012 (LG Gera)

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

431. BGH 2 StR 460/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Gera)

Rechtsfehlerhaft abgelehnte Einschränkung der Steuerungsfähigkeit (dissoziale Persönlichkeitsstörung; widersprüchliche Urteilsgründe).
§ 20 StGB; § 21 StGB

432. BGH 2 StR 639/11 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Mühlhausen)

Auffangrechtserwerb (entgegenstehende Ansprüche Dritter; Wertersatzverfall gegenüber Dritten: erforderliche Feststellungen).
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB

433. BGH 2 ARs 59/12 2 AR 34/12 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (AG Wiesbaden)

Unbegründeter Antrag auf Übertragung der Untersuchung und Entscheidung.
§ 12 Abs. 2 StPO

434. EGMR Nr. 43547/08 (5. Kammer) – Urteil vom 12. April 2012 (Stübing v. Deutschland)

Zulässigkeit der Strafbarkeit des Geschwisterinzests nach dem Recht auf Achtung der Familie und des Privatlebens (Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Recht auf sexuelle Selbstbestimmung; Rechtsgutsschutz und Schutz von Moralvorstellungen; pressing social need; Verhältnismäßigkeit).

Art. 8 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art 1 Abs. 1 GG; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB

435. BGH 4 StR 558/11 – Urteil vom 22. März 2012 (LG Saarbrücken)

BGHSt; Hemmschwellentheorie bei den Tötungsdelikten (Interpretation als Hinweis auf die gebotene freie Beweiswürdigung; Tötungsvorsatz; Vertrauen auf das Ausbleiben auf den Erfolg; fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert: Beinahe-Unfall).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 345 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

436. BGH 4 StR 629/11 – Urteil vom 8. März 2012 (LG Münster)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Drittverschaffung); Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (Tatort bei Mittäterschaft); Anforderungen an die Urteilsgründe (Beweiswürdigung; Überprüfbarkeit auf Rechtsfehler; Bezugnahmen auf Urteile); Umfang der Urteilsaufhebung.

§ 259 StGB; § 260 StGB; § 246 StGB; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 7 StGB; § 9 Abs. 1 StGB; § 353 StPO

437. BGH 4 StR 669/11 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Bielefeld)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug (Vermögensschaden; betrügerische Einreichung gefälschter Schecks: Erteilung der Vorbehaltsgutschrift, schadensausschließende Sicherungen; Betrugsvorsatz); Erstreckung des Erfolgs der Revision.

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 15 StGB; § 357 StPO

438. BGH 4 StR 635/11 – Beschluss vom 21. März 2012 (LG Essen)

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

439. BGH 4 StR 498/11 – Urteil vom 8. März 2012 (LG Saarbrücken)

Verurteilung wegen Mordes auf wahldeutiger Grundlage (Verdeckungsabsicht; Heimtücke; niedrige Beweggründe).

Vor § 1 StGB; § 211 StGB