

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

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede; StA Dr. Holger
Mann; 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); Prof. Dr. Frank Meyer,
LLM (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo
Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.
Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.
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. *Hendrik Schneider*, Universität Leipzig und RAin *Claudia Reich* Leipzig –
Abrechnungsbetrug durch „Upcoding“ S. 267

Jonas Sturies, Bucerius Law School, Hamburg – **Ermächtigt der Vertrag von
Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstraf-
gesetze?** S. 273

Entscheidungen

- EuGH **Recht auf Freizügigkeit und Ausweisungsverfügung nach straf-
rechtlicher Verurteilung**
- BVerfG **Unabhängigkeit des gesetzlichen Richters und Doppelvorsitz
am Bundesgerichtshof**
- BGHSt **Erledigterklärung der Sicherungsverwahrung in Mischfällen**
- BGHSt **Rechtsfehlerhafte aber nicht willkürliche Annahme der Zu-
ständigkeit durch eine Jugendschutzkammer**
- BGHR **Überprüfung eines Scheinbeweisantrages durch freibeweisli-
che Einholung eines Gutachtens im Revisionsverfahren**
- BGHR **Schadensberechnung beim täuschungsbedingt gewährtem
Kreditbetrug und Gesetzlichkeitsprinzip**
- BGH **Fahrlässige Tötung durch unzureichende Aufbewahrung von
Waffen (Fall Winnenden)**
- BGH **Voraussetzungen eines beachtlichen Tatbestandsirrtums bei
der (räuberischen) Erpressung**
- BGH **Zumutbarer Selbstschutz bei der sexuellen Nötigung durch
Ausnutzen einer schutzlosen Lage**
- BGH **Besorgnis der Befangenheit im Zusammenhang mit der Beset-
zung des Vorsitzes des 2. Strafsenates**
- BGH **Straflose Übernahme von Cannabispflanzensetzlingen**

Die Ausgabe umfasst 116 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; StA Dr. Holger Mann; 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); Prof. Dr. Frank Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. 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, Juni 2012, Ausgabe

6

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

489. EuGH C-348/09 (Große Kammer) – Urteil vom 22. Mai 2012 (P.I. vs. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid)

Recht auf Freizügigkeit und Ausweisungsverfügung nach strafrechtlicher Verurteilung (Unionsbürgerschaft; zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit; Verhältnismäßigkeit; sexueller Missbrauch von Kindern; Richtlinie 2011/93/EU); Vorabentscheidungsersuchen.

Art. 234 EG; Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV; Art. 28 Abs. 3 lit. a Richtlinie 2004/38/EG; § 176 StGB

1. Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mit-

gliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG ist dahin auszulegen, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, Straftaten wie die in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV angeführten als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses anzusehen, die geeignet ist, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen, und die damit unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen kann, mit denen gemäß Art. 28 Abs. 3 eine Ausweisungsverfügung gerechtfertigt werden kann, sofern die Art und Weise der Begehung solcher Straftaten besonders schwerwiegende Merkmale auf-

weist; dies ist vom vorlegenden Gericht auf der Grundlage einer individuellen Prüfung des konkreten Falles, mit dem es befasst ist, zu klären.

2. Jede Ausweisungsverfügung setzt voraus, dass das persönliche Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder des Aufnahmemitgliedstaats berührt, wobei diese Feststellung im Allgemeinen bedeutet, dass eine Neigung des Betroffenen bestehen muss, das Verhalten in Zukunft beizubehalten. Bevor der Aufnahmemitgliedstaat eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügt, hat er insbesondere die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet dieses Staates, sein Alter, seinen Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration in diesem Staat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen.

555. BVerfG 2 BvR 610/12, 2 BvR 625/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2011 (BGH / LG Kassel)

Unabhängigkeit des gesetzlichen Richters und Besetzungsstreit am Bundesgerichtshof (Doppelvorsitz; Überbeanspruchung; Arbeitspensum; richtungsweisender Einfluss; Anhörung; Präsidium; Sanktionierung); Beschleunigungsgebot (Recht auf eine Verhandlung in angemessener Frist).

Art. 97 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 21f VVG

1. Das von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter enthält neben der formellen Garantie, dass für jeden Einzelfall allgemeine Regelungen darüber bestehen müssen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welcher Richter zur Entscheidung berufen ist, auch die materielle Gewährleistung, dass jedes Verfahren von einem unabhängigen und unparteilichen Richter entschieden werden muss.

2. Eine Beeinträchtigung des Rechts auf den gesetzlichen Richter kann sich grundsätzlich nicht aus einer dienstlichen Überbeanspruchung des zur Entscheidung berufenen Richters ergeben. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt dem Rechtsuchenden nicht das subjektive Recht, eine aus der Arbeitsbelastung des Richters abgeleitete mögliche Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit geltend zu machen.

3. Vielmehr kann der Richter im Rahmen seiner von Art. 97 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG geschützten richterlichen Unabhängigkeit selbst entscheiden, ob er ihm im Wege der Geschäftsverteilung zugewiesene Angelegenheiten zurückstellt, soweit diese ein durchschnittliches Arbeitspensum übersteigen, oder ob er gegebenenfalls sein erhöhtes Leistungsvermögen zur Bewältigung solcher überobligatorischer Aufgaben einsetzt.

4. Wird dem Vorsitzenden eines Spruchkörpers der Vorsitz eines weiteren Spruchkörpers übertragen, so kann Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht dadurch beeinträchtigt sein, dass der Vorsitzende seinen richtungsweisenden

Einfluss (§ 21f VVG) nicht mehr sachgerecht ausüben könnte. Der richtungsweisende Einfluss des Vorsitzenden basiert auf dessen Erfahrung, Menschenkenntnis und geistiger Überzeugungskraft und nicht auf einer überlegenen inhaltlichen Kenntnis der zu entscheidenden Verfahren, die nur durch vertiefte Einarbeitung zu erlangen wäre.

5. Die Anhörung von Mitgliedern eines Spruchkörpers durch das Präsidium des Gerichts wegen eines Besetzungsstreits kann die richterliche Unabhängigkeit allenfalls dann beeinträchtigen, wenn das Präsidium Sanktionen in Bezug auf das künftige Entscheidungsverhalten der Richter in den Raum stellt.

6. Die richterliche Unabhängigkeit ist von etwaigen Ansprüchen, die sich aus belastungsbedingten Erledigerungsverzögerungen ergeben, zu trennen. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, der aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch oder aus Art. 19 Abs. 4 GG herzu-leiten ist und einen Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit umfasst, ist mit den dafür in der Rechtsordnung vorgesehenen Mitteln durchzusetzen.

441. BVerfG 2 BvR 2355/10, 2 BvR 1443/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel)

Effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug (Arbeit; Hilfstätigkeit; Befristung; Ablösung; Widerruf; begünstigende Maßnahme); Vertrauensschutzgebot; Einheitlichkeit der Rechtsprechung.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 41 Abs. 1 StVollzG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG erschöpft sich nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts, sondern gebietet eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wirksame gerichtliche Kontrolle. Dies gilt auch im gerichtlichen Eilverfahren nach § 114 Abs. 2 StVollzG.

2. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist verletzt, wenn ein Gericht die Gewährung von Eilrechtsschutz allein deshalb verweigert, weil die besonderen Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht erfüllt seien, und dabei verkennt, dass die Hauptsache überhaupt nicht vorweggenommen würde.

3. Beantragt ein Strafgefangener gerichtlichen Eilrechtsschutz gegen die Ablösung von der bislang von ihm ausgeübten Arbeit, so liegt eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht darin, dass ihm gestattet wird, der Arbeit vorläufig weiter nachzugehen. Vielmehr kann die Ablösung von der Arbeit als belastende Maßnahme einstweilen ausgesetzt werden, wenn dem kein höher zu bewertendes Interesse an einem sofortigen Vollzug entgegensteht.

4. Die unbefristete Zuteilung von Arbeit an einen Strafgefangenen stellt eine diesen begünstigende Regelung dar, die nur aufgehoben werden kann, wenn hierfür eine Rechtsgrundlage besteht, und wenn bei deren Anwen-

dung das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitende Vertrauensschutzgebot angemessen berücksichtigt wird.

5. Weicht eine gerichtliche Entscheidung erkennbar von der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Vertrauensschutzgebot ab, so verstößt das Beschwerdegericht gegen Art. 19 Abs. 4 GG, wenn es gleichwohl die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 116 Abs. 1 Alt. 2 StVollzG (Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) verneint.

440. BVerfG 2 BvR 741/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. April 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel)

Recht auf Freiheit der Person (richterliche; Prognoseentscheidung; Sachverständigengutachten; Würdigung: eigene, kritische; Sicherungsverwahrung; Abstandsgebot; Verhältnismäßigkeit: erhöhte Anforderungen).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB

1. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt, dass alle Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer den Mindestanforderungen genügenden richterlichen Sachaufklärung beruhen müssen. Insbesondere müssen die Gerichte die Grundlagen einer ihrer Entscheidung zugrunde gelegten Prognose selbständig bewerten.

2. Bei der gebotenen kritischen Würdigung eines Sachverständigengutachtens kann das Gericht in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangen, dass der Empfehlung des Sachverständigen nicht zu folgen ist. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Gericht nicht nur das Freiheitsinteresse des Betroffenen, sondern auch das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit zu beachten hat. Allein der Umstand, dass das Gericht von dem Ergebnis eines Sachverständigengutachtens abweicht, macht nicht die Einholung eines weiteren Gutachtens erforderlich.

3. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) verstoßen die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung gegen das aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG herzuleitende Abstandsgebot. Sie dürfen längstens bis zum 31. Mai 2013 und nur dann angewendet werden, wenn aufgrund konkreter Umstände in der Person oder dem Verhalten des Verurteilten davon auszugehen ist, dass von ihm die Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten ausgeht.

4. Auf § 66 StGB gestützte Entscheidungen sind während der Übergangszeit jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn sie den erhöhten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung genügen.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

460. BGH 1 StR 359/11 – Beschluss vom 22. März 2012 (LG Stuttgart)

Fahrlässige Tötung durch unzureichende Aufbewahrung von Waffen (Sorgfaltswidrigkeit; Vorhersehbarkeit; Fall Winnenden); Fragerecht (zu Unrecht zugestandenes Auskunftsverweigerungsrecht); Verwertung von Patientenakten nach dem Tode des Patienten (Abwägung; fahrlässige Tat als Straftat von erheblicher Bedeutung).

§ 222 StGB; § 55 StPO; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 240 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 160a Abs. 2 StPO; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; § 36 WaffG

1. Schon die unzulängliche Sicherung von Waffen und Munition unter Verstoß gegen die spezifischen waffenrechtlichen Aufbewahrungspflichten kann den Vorwurf der Fahrlässigkeit hinsichtlich der Begehung einer Straftat durch eine andere Person begründen, die vorhersehbare Folge einer ungesicherten Verwahrung ist.

2. Straftaten, die erst durch die Aussage selbst begangen wurden, können ein Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen gemäß § 55 StPO nicht begründen. Anderes gilt auch nicht dann, wenn eine Zeugin durch die Anfertigung einer schriftlichen Erklärung den Versuch einer Strafvereitelung zugunsten des Angeklagten begangen habe könnte. Die Herstellung eines schriftlichen Textes, den der Zeuge als seine Aussage bei seiner Vernehmung verlesen will und abliest, enthält keinen über die falsche Aussage hinausgehenden Unrechtsgehalt. Bei der Anfertigung der Erklärung handelt es sich also um eine straflose Vorbereitungshandlung.

3. Wie sich aus der Aufzählung der aussageverweigerungsberechtigten Personen in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3-3b StPO ergibt, steht nicht jedem Berater, der berufsmäßig oder ehrenamtlich in schwierigen Situationen Hilfe leistet, ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Diese Wertentscheidung des Gesetzgebers kann nicht im Wege

extensiver Auslegung des Gesetzes abgeändert werden.

4. Nach dem Tode des Patienten geht die verbindliche Entscheidung über die Verwertbarkeit von ihm betreffenden ärztlichen Unterlagen nicht auf die Erben über. Ob die (hier bereits aktenkundigen) Unterlagen verwertbar sind, ist nach Maßgabe des § 160a Abs. 2 StPO abzuwägen. Das Ergebnis der Abwägung ist vom Revisionsgericht nur auf seine Vertretbarkeit hin zu überprüfen; jedoch unterliegen die der Abwägung zugrunde gelegten rechtlichen Maßstäbe revisionsrichterlicher Kontrolle. Im Rahmen dieser Abwägung kann es eine Rolle spielen, ob der (die) Erbe(n) des Patienten mit der Verwertung der den Patienten betreffenden Unterlagen einverstanden ist (sind).

5. Eine Straftat hat „erhebliche Bedeutung“, wenn sie mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Der Bereich mittlerer Kriminalität bestimmt sich maßgeblich nach den abstrakten Strafraumen des materiellen Strafrechts, nicht nach der Schuldform. Bei entsprechend hohen Strafraumen kann daher auch eine fahrlässige Straftat eine solche von „erheblicher Bedeutung“ sein. Selbst eine fahrlässige Körperverletzung kann nach den Umständen des Einzelfalls noch ausreichen. Hieran gemessen ist die Annahme, fahrlässige Tötungen (Höchststrafe fünf Jahre) seien, zumal unter den hier vorliegenden konkreten Umständen, schon im Ansatz keine erheblichen Straftaten, nicht tragfähig.

6. Der Persönlichkeitsschutz des Geheimnisinhabers (Patienten) wird durch dessen Tod in einen allgemeinen, der Abwehr von Angriffen auf die Menschenwürde dienenden Achtungsanspruch umgewandelt; dessen Schutzwirkung reicht jedenfalls weniger weit als das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Lebenden. Diesem Interesse des Geheimnisinhabers (Patienten) steht das Interesse des Angeklagten gegenüber, nicht unschuldig verurteilt bzw. nicht schärfer als schuldangemessen bestraft zu werden.

484. BGH 4 StR 541/11 – Beschluss vom 22. März 2012 (LG Halle)

Versuchte besonders schwere räuberische Erpressung; strafbefreiender Rücktritt (Begriff des Fehlschlages; Rücktritt mehrerer Beteiligten); Raub und Diebstahl (Zueignungsabsicht: Abgrenzung von der Sachentziehung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 242 StGB; § 249 StGB

1. Bei einem fehlgeschlagenen Versuch scheidet ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 StGB von vorneherein aus (st. Rspr.). Fehlgeschlagen ist der Versuch jedoch erst, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv – sei es auch nur wegen aufkommender innerer Hemmungen – die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung allenfalls Indi-

zwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann, sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung.

2. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeeendeten Versuch zu bewerten. Fehlschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansatzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs.

3. Kann einer von mehreren Beteiligten den noch möglichen Eintritt des Taterfolgs allein dadurch vereiteln, dass er seinen vorgesehenen Tatbeitrag nicht erbringt oder nicht weiter fortführt, so verhindert bereits seine Untätigkeit oder sein Nichtweiterhandeln die Tatvollendung. Ist dem Beteiligten dies im Zeitpunkt der Verweigerung oder des Abbruchs seiner Tatbeteiligung bekannt und handelt er dabei freiwillig, liegen damit die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB vor. Hat sich hingegen jemand zu diesem Zeitpunkt nicht nur als Gehilfe oder Anstifter, sondern – gegebenenfalls sukzessiv – als Mittäter an der Tat beteiligt und bestand aufgrund von dessen Beteiligung im Vorfeld der Untätigkeit oder des Nichtweiterhandelns bereits die Gefahr der Tatvollendung durch den Mittäter, bedarf der strafbefreiende Rücktritt eines auf die Erfolgsabwendung gerichteten aktiven Tuns.

4. Täter kann beim Raub nur sein, wer bei der Wegnahme die Absicht hat, sich oder einem Dritten die fremde Sache rechtswidrig zuzueignen. Hierfür genügt, dass der Täter die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder den Dritten haben und sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem des Dritten „einverleiben“ oder zuführen will. Dagegen ist nicht erforderlich, dass der Täter oder der Dritte die Sache auf Dauer behalten soll oder will. Während für die Ausschließung des Berechtigten – Enteignung – bedingter Vorsatz ausreicht, verlangt die Zueignungsabsicht in Bezug auf die Aneignung der Sache oder des in ihr verkörperten Sachwertes einen zielgerichteten Willen. Dass die Aneignung vom Täter nur als mögliche Folge seines Verhaltens in Kauf genommen wird, reicht nicht aus, vielmehr muss er sie für sich oder einen Dritten mit unbedingtem Willen erstreben.

5. Nimmt ein Täter eine Sache weg, um dies als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen, handelt er nicht mit Zueignungsabsicht, weil er weder die Sache noch den in ihr verkörperten Sachwert seinem Vermögen dauerhaft einverleiben will.

524. BGH 3 StR 63/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Düsseldorf)

Beihilfe zum Betrug (Abgrenzung zur Täterschaft; Mit-täterschaft).

§ 263 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Ob danach Mittäterschaft anzunehmen ist, hat der Tatrichter aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Erschöpft sich demgegenüber die Mitwirkung nach dem Willen des sich Beteiligenden in einer bloßen Förderung fremden Handelns, so fällt ihm lediglich Beihilfe zur Last.

2. Im Fall der betrügerischen Veräußerung von Aktien durch Dritte an gutgläubige Kapitalanleger unter der Vorspiegelung, es handle sich um ein erfolgreich tätiges Unternehmen, stellen sich die folgenden Handlungen, nämlich die Durchführung des Mantelkaufs der Gesellschaft und der Weitergabe der Aktien zum Zwecke der betrügerischen Veräußerung sowie die Einwirkung auf den Aktienkurs und Mithilfe bei der Vortäuschung operativen Geschäfts jedenfalls dann nur als Beihilfe zum Betrug dar, wenn die in Aussicht genommenen Anlagegeschäfte dem Einfluss der Beteiligten entzogen sind und diese nicht am Gewinn beteiligt sind.

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

Beteiligung (Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme; sukzessive Mittäterschaft, Garantstellung; Täterschaft durch Unterlassen neben aktiv Handelndem; Beihilfe); Mord; Raub mit Todesfolge.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 211 StGB; § 251 StGB

1. Mittäterschaft liegt vor, wenn ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten fremdes tatbestandsverwirklichendes Tun nicht bloß fördern will, sondern wenn sein Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muss der Beteiligte seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Ob ein Beteiligter ein derart enges Verhältnis zur Tat hatte, muss nach den gesamten Umständen, die von den Vorstellungen des Handelnden umfasst wurden, in wertender Betrachtung beurteilt werden. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Wertung sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat vom Einfluss des Mitwirkenden abhängen.

2. Für gemeinschaftliche Tatbegehung ist nicht erforderlich, dass jeder der Mittäter eigenhändig an der zum Tode führenden Verletzungshandlung teilnimmt. Die Tat muss aber in jedem Falle auf einem gemeinsamen Willensentschluss beruhen und im gegenseitigen Einverständnis vorgenommen werden.

3. Sukzessive Mittäterschaft liegt nur vor, wenn jemand in Kenntnis und Billigung des von einem anderen begonnenen Handelns in das tatbestandsmäßige Geschehen als Mittäter eingreift und er sich mit dem anderen vor Beendigung der Tat zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung verbindet. Es reicht aber aus, dass der Beteiligte die durch andere verwirklichten Tatumstände kennt, sie billigt und durch eigenes Einschreiten verhindern könnte. Voraussetzung der Mittäterschaft ist vielmehr eine – auch nur psychische – Förderung der Tat und das Bewusstsein des Täters von der fördernden Wirkung seines Beitrags. Außerdem erfordert die gebotene Willensübereinstimmung, dass der andere seine Tätigkeit durch die geleistete Unterstützung vervollständigen und diese sich zurechnen lassen will

4. Eine Garantstellung aus vorangegangenem Tun, setzt voraus, dass das Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts gerade des tatbestandsmäßigen Erfolges herbeigeführt hat. Dies kann etwa der Fall sein bei der Beteiligung an Misshandlungen und der anschließenden Tötung des Opfers durch einen anderen Mittäter, wenn das vorausgegangene Verhalten eine Gefahrerhöhung für das Opfer dadurch bewirkte, dass der Täter in seinem zum Tode führenden Vorgehen bestärkt wurde.

5. Für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden ist die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag – im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe.

469. BGH 2 StR 92/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Bonn)

Voraussetzungen von Mittäterschaft und Beihilfe bei der räuberischen Erpressung (bloße Anwesenheit; Vorsatz).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB

Begeht der Begleiter des Angeklagten einen bewaffneten Überfall, den der Angeklagte erst im Moment seiner Begehung realisiert und fühlt sich das Opfer durch die Präsenz des Angeklagten zusätzlich bedroht, liegt in dem Stehenbleiben des Angeklagten hinter dem Täter in Kenntnis dieses Umstandes nicht notwendig eine Beihilfe.

520. BGH 3 StR 17/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Lüneburg)

Beweiswürdigung (Anforderungen bei Annahme von Tötungsvorsatz)
§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Der Schluss von der Gefährlichkeit der Tatausführung auf den Tötungsvorsatz ist nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter alle nach Sachlage in Betracht kommenden subjektiven und objektiven Umstände in seine Erwägungen einbezieht, die dieses Ergebnis in Frage stellen können; dies gilt insbesondere bei der Annahme von direktem Tötungsvorsatz.

2. Insbesondere bei spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann aus dem Wissen um den möglichen Eintritt des Todes nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass das selbständig neben dem Wissens-element stehende voluntative Vorsatzelement gegeben ist.

483. BGH 4 StR 51/12 – Urteil vom 26. April 2012 (LG Stendal)

Gefährliche Körperverletzung (Quarzhandschuhe als gefährliches Werkzeug; gemeinschaftliches Handeln; Leben gefährdende Behandlung; Mittäterschaft (Anforderungen an einen Exzess bei einem verabredeten Denkkzettel; sachgedankliches Mitbewusstsein); rechtsfehlerhafte Würdigungen der Einlassung von Mitangeklagten beim Vorwurf des Totschlages; Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 212 StGB; § 261 StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 und Nr. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 46a StGB

1. Angaben eines Angeklagten, für die keine zureichenden Anhaltspunkte bestehen und deren Wahrheitsgehalt fraglich ist, darf der Tatrichter nicht ohne weiteres seiner Entscheidung zugrunde legen, nur weil es für das Gegenteil keine unmittelbaren Beweise gibt. Die Zurückweisung einer Einlassung erfordert auch nicht, dass sich ihr Gegenteil positiv feststellen lässt. Vielmehr muss sich der Tatrichter aufgrund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung bilden (st. Rspr.). Dies gilt umso mehr, wenn objektive Beweisanzeichen festgestellt sind, die mit Gewicht gegen die Richtigkeit der Einlassung des Angeklagten sprechen.

2. Für die das Leben gefährdende Behandlung ist eine konkrete Lebensgefahr nicht erforderlich. Sie kann auch bei einem Schlag mit einer gefüllten Bierflasche auf den Kopf gegeben sein.

3. Zwar kann einem Mittäter das Handeln eines anderen Mittäters, das über das gemeinsam Gewollte hinausgeht, nicht zugerechnet werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Zurechnung keine ins Einzelne gehende Vorstellung von den Handlungen des anderen Tatbeteiligten erfordert. Regelmäßig werden die Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders

vorgestellt hat. Dasselbe gilt, wenn ihm die Handlungsweise des Mittäters gleichgültig ist.

4. Quarzhandschuhe sind in der Regel gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

532. BGH 3 StR 435/11 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Wuppertal)

Betrug durch „Phishing“ (Abgrenzung zur Begünstigung; Beendigung) Gehilfenvorsatz; Konkurrenzen.
§ 263 StGB; § 257 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Der Gehilfe muss seinen eigenen Tatbeitrag sowie die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechts- und Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen. Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe nicht zu kennen und keine bestimmte Vorstellung von ihr zu haben. Eine andere rechtliche Einordnung der Tat ist für den Gehilfenvorsatz unschädlich, sofern die vorgestellte Haupttat in ihrem Unrechtsgehalt von der tatsächlich begangenen nicht gänzlich abweicht.

2. Von einer materiellen Beendigung solcher Taten des Computerbetruges, bei denen aufgrund einer Manipulation des Datenverarbeitungsvorgangs Geldbeträge von Konten der Geschädigten auf Empfängerkonten geleitet werden, ist auszugehen, sobald entweder das überwiesene Geld vom Empfängerkonto abgehoben oder auf ein zweites Konto weiterüberwiesen worden ist.

3. Die Förderung mehrerer rechtlich selbständiger Taten durch eine Beihilfehandlung ist nur als eine Beihilfe im Rechtssinne zu werten. Bei Hilfeleistung zu jeder Haupttat durch weitere selbständige Unterstützungshandlungen im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB, stehen die Beihilfehandlungen für jede Haupttat im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander.

538. BGH 3 StR 470/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Mönchengladbach)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme); Änderung des Schuldspruchs.
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; 27 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 265 Abs. 1 StPO

1. Voraussetzung für eine mittäterschaftliche Einfuhr von Betäubungsmitteln ist ein die Tatbegehung objektiv fördernder Beitrag, der sich als ein Teil der Tätigkeit aller darstellt und der die Handlungen der anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheinen lässt. Von besonderer Bedeutung sind dabei der Grad des eigenen Interesses, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betroffenen abhängen. Entscheidender Bezugspunkt bei allen diesen Merkmalen ist der Einfuhrvorgang selbst.

2. Keine ausschlaggebende Bedeutung kann dabei dem Interesse eines mit der zu beschaffenden Betäubungsmittel

telmenge Handel Treibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs zukommen; in einem solchen Falle gewinnt insbesondere die Tatherrschaft oder der Wille hierzu an Gewicht. Bloßes Veranlassen einer Beschaffungsfahrt ohne Einfluss auf deren Durchführung genügt dagegen nicht.

445. BGH 2 StR 70/12 – Beschluss vom 4. April 2012 (LG Koblenz)

Tateinheit zwischen Nötigung, Freiheitsberaubung und gefährlicher Körperverletzung (Verklammerung); Geiselnahme.

§ 240 StGB; § 239 StGB; § 239b StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Einer Verklammerung der Nötigung und der gefährlichen Körperverletzung durch die Freiheitsberaubung zur Tateinheit steht nicht zwingend entgegen, dass das Dauerdelikt der Freiheitsberaubung in seinem strafrechtlichen Unwert, wie er in der Strafdrohung Ausdruck findet, deutlich hinter dem Körperverletzungsdelikt zurückbleibt.

550. BGH 5 StR 545/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Dresden)

Inbegriffsrüge (Anforderungen an den Ausschluss eingeschränkter Schuldfähigkeit); Kostenentscheidung bei Zurückverweisung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hanges).

§ 261 StPO; § 74 JGG; § 473 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 StPO, § 21 StGB § 64 StGB

1. Eine Blutalkoholkonzentration von maximal 2,44 ‰ legt die Annahme einer erheblichen Herabsetzung der Hemmungsfähigkeit nahe. Der festgestellte Wert ist dabei ein gewichtiges Beweisanzeichen für die Stärke der alkoholischen Beeinflussung.

2. Es ist der eingeschränkte Beweiswert aufgrund von Trinkmengenangaben errechneter Blutalkoholwerte zu beachten. Solange jedoch nicht auf der Grundlage einer schlüssigen Beweiswürdigung ein geringerer Alkoholkonsum festgestellt wird, gebietet es der Zweifelsatz, den aufgrund der Trinkmengenangabe errechneten Maximalwert mit der sich daraus ergebenden Indizwirkung der Beurteilung der Schuldfähigkeit zugrunde zu legen, wenn keine gegenteiligen Beweisanzeichen vorhanden sind.

3. Als in diesem Sinne kontraindikatorische psychodiagnostische Beurteilungskriterien kommen dabei nur solche Umstände in Betracht, die Hinweise darauf geben können, ob das Steuerungsvermögen des Täters trotz der erheblichen Alkoholisierung voll erhalten geblieben ist

4. Für die Annahme eines Hanges genügt eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ohne dass diese den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

475. BGH 2 StR 547/11 – Urteil vom 14. März 2012 (LG Frankfurt am Main)

Voraussetzungen eines beachtlichen Tatbestandsirrtums bei der (besonders schweren räuberischen) Erpressung; erpresserischer Menschenraub; gefährliche Körperverletzung; Freiheitsberaubung; Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe (Beurteilungsspielraum und gebotene umfassende Würdigung des Beweisergebnisses); Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium; Aussetzung zur Bewährung.

§ 239 StGB; § 224 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 16 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 56 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

1. Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist ein normatives Tatbestandsmerkmal des § 253 StGB, auf das sich der – zumindest bedingte – Vorsatz des Täters erstrecken muss. Stellt dieser sich für die erstrebte Bereicherung eine in Wirklichkeit nicht bestehende Anspruchsgrundlage vor, so handelt er in einem Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB (st. Rspr., vgl. BGHSt 48, 322, 328). Jedoch genügt es für den Erpres-

sungsvorsatz, wenn der Täter es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass die Forderung nicht oder nicht im Umfang des Nötigungsziels besteht oder aber von der Rechtsordnung nicht geschützt ist. Nur wenn der Täter klare Vorstellungen über Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruchs hat, fehlt es ihm an dem Bewusstsein einer rechtswidrigen Bereicherung (BGH NStZ-RR 1999, 6; StV 2000, 79, 80).

2. Zu den Anforderungen an die Feststellung hinreichend klaren Vorstellungen über einen bestehenden Anspruch.

3. Ob ein Tatbeteiligter als Mittäter oder Gehilfe eine Tat begeht, ist nach den Gesamtumständen in wertender Betrachtung zu bestimmen. Wesentliche Bewertungskriterien sind dabei das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft bzw. der Wille dazu (st. Rspr., vgl. etwa BGH NStZ 2003, 253, 254). Die tatrichterliche Bewertung über das Vorliegen von Täterschaft oder Teilnahme ist zwar nur einer begrenzten revisionsrechtlichen Kontrolle zugänglich (BGH NStZ-RR 2001, 148, 149). Die Zubilligung eines dem

Tatrichter eingeräumten Beurteilungsspielraums verlangt jedoch eine umfassende Würdigung des Beweisergebnisses (BGH NStZ-RR 2002, 74, 75; NStZ 2003, 253, 254).

485. BGH 4 StR 561/11 – Beschluss vom 20. März 2012 (LG Essen)

Sexuelle Nötigung durch Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Vergewaltigung; zumutbarer Selbstschutz durch Flucht und die Zuhilfenahme Dritter; Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben); Misshandlung eines Schutzbefohlenen (Quälen; Vorsatz).

§ 177 Abs. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 225 StGB; § 15 StGB

1. Der objektive Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt voraus, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es über keine effektiven Schutz- oder Verteidigungsmöglichkeiten mehr verfügt und deshalb nötigen der Gewalt des Täters ausgeliefert ist. Hiervon ist auszugehen, wenn das Opfer bei objektiver ex-ante-Betrachtung keine Aussicht hat, sich den als mögliche Nötigungsmittel in Betracht zu ziehenden Gewalthandlungen des Täters zu widersetzen, sich seinem Zugriff durch Flucht zu entziehen oder fremde Hilfe zu erlangen. Dazu ist eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen, bei der neben den äußeren Gegebenheiten (Beschaffenheit des Tatortes, Vorhandensein von Fluchtmöglichkeiten, Erreichbarkeit fremder Hilfe etc.) auch das individuelle Vermögen des Tatopfers zu wirksamem Widerstand oder erfolgreicher Flucht und die Fähigkeit des Täters zur Anwendung von nötiger Gewalt in den Blick zu nehmen sind.

2. Die Gesamtwürdigung setzt voraus, dass sich das Gericht auch dann mit Fluchtmöglichkeiten und möglichen Schreien um Hilfe auseinandersetzt, wenn sich das mögliche Opfer mit dem Angeklagten im Wohnzimmer der ehelichen Familienwohnung befand und die schlafenden Kinder nicht wecken wollte. Zu den räumlichen Gegebenheiten in der Wohnung und zum Schließzustand der Türen sind konkrete Feststellungen zu treffen.

3. Es genügt nicht, dass sich das Opfer schutzlos fühlte, weil es keinen Weg sah, Dritte ohne Risiko für sich selbst und ihre Kinder auf ihre Situation aufmerksam zu machen. Ob und inwieweit seine Befürchtungen tatsächlich berechtigt waren und es deshalb auch bei objektiver Betrachtung keine Möglichkeit hatte, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen, ist maßgeblich.

4. Eine sexuelle Nötigung durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB) begeht auch, wer eine sexuelle Handlung erzwingt, indem er durch ein schlüssiges Verhalten auf frühere Gewaltanwendungen hinweist oder frühere Drohungen konkludent bekräftigt. Dabei kann auch Gewalt, die der Täter zuvor aus anderen Gründen angewendet hat, als gegenwärtige Drohung mit nötigendem körperlichem Zwang fortwirken. Der objektive Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist deshalb auch dann verwirklicht, wenn eine Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände ergibt, dass der Täter gegenüber dem Opfer durch häufige Schläge ein Klima der Angst und Einschüchterung geschaffen hat und das Opfer die ihm abverlangten se-

xuellen Handlungen nur deshalb duldet, weil es auf Grund seiner Gewalterfahrungen mit dem Täter befürchtet, von ihm erneut körperlich misshandelt zu werden, falls es sich seinem Willen nicht beugt.

5. Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender Schmerzen oder Leiden, die über die typischen Auswirkungen der festgestellten einzelnen Körperverletzungshandlungen hinausgehen. Mehrere Körperverletzungshandlungen, die für sich genommen noch nicht den Tatbestand des § 225 Abs. 1 StGB erfüllen, können als ein Quälen im Sinne dieser Vorschrift zu beurteilen sein, wenn erst die ständige Wiederholung den gegenüber § 223 StGB gesteigerten Unrechtsgehalt ausmacht. In diesem Fall werden die jeweiligen Einzelakte zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit und damit einer den Tatbestand des § 225 Abs. 1 StGB verwirklichenden Tat zusammengefasst. Ob sich mehrere Körperverletzungen zu einer als Quälen zu bezeichnenden Tathandlung zusammenfügen, ist auf Grund einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden. Regelmäßig wird es dabei erforderlich sein, dass sich die festgestellten einzelnen Gewalthandlungen als ein äußerlich und innerlich geschlossenes Geschehen darstellen. Dabei sind räumliche und situative Zusammenhänge, zeitliche Dichte oder eine sämtliche Einzelakte prägende Gesinnung mögliche Indikatoren.

530. BGH 3 StR 392/11 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Duisburg)

Raub (Zueignungsabsicht); räuberische Erpressung (Vermögensvorteil); nachträgliche Gesamtstrafe.

§ 249 Abs. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 55 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 265 StPO

1. Es fehlt an dem für eine Aneignung erforderlichen Willen, den Bestand seines Vermögens oder den eines Dritten zu ändern und folglich an einer für eine Strafbarkeit wegen Raubes erforderlichen Zueignungsabsicht, wenn das Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsmaßnahme eingesetzt oder wenn die fremde Sache nur weggenommen wird, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseite zu schaffen“, „zu beschädigen“, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern.

2. Der bloße Besitz einer Sache bildet nur dann einen für die Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung notwendigen Vermögensvorteil, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt, etwa weil er zu wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen führt, die der Täter oder ein Dritter für sich nutzen will. Daran fehlt es nicht nur in den Fällen, in denen der Täter die Sache unmittelbar nach Erlangung vernichten will, sondern auch dann, wenn er den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens hinnimmt.

3. Dies gilt auch für eine Durchsuchung des Speichers und das Kopieren der dabei aufgefundenen Bilddateien im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs eines Handys.

449. BGH 4 StR 30/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Frankenthal)

Erfolgreiche Inbegriffsrüge (mangelnde Einführung einer Aussage in die Hauptverhandlung; Beruhen); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug; Anfahren mit einem Kraftfahrzeug).

§ 261 StPO; § 337 StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Eine gefährliche Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs begeht, wer seinem Opfer durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel eine Körperverletzung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB beibringt.

2. Ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, ist in der Regel als ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen. Wird eine Person durch ein gezieltes Anfahren zu Fall gebracht, kann darin eine gefährliche Körperverletzung im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegen, wenn bereits durch den Anstoß eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und damit eine körperliche Misshandlung gemäß § 223 Abs. 1 StGB ausgelöst worden ist.

3. Erst infolge des anschließenden Sturzes erlittene Verletzungen sind dagegen nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Kraftfahrzeug und Körper zurückzuführen, sodass eine Verurteilung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB allein darauf nicht gestützt werden kann.

488. BGH 4 StR 665/11 – Urteil vom 26. April 2012 (LG Bochum)

Voraussetzungen des Bandendiebstahls (spontane Tatbegehung mit wechselnder Beteiligung; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe: Schmierestehen).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

1. Der Annahme bandenmäßiger Tatbegehung steht es nicht entgegen, dass nicht alle an der betreffenden Abrede beteiligten Personen an sämtlichen Bandentaten teilnehmen sollten und dass nicht alle Bandenmitglieder am Erlös sämtlicher Taten beteiligt waren. Ist eine grundsätzliche Übereinkunft belegt, zukünftig bei günstiger Gelegenheit Bandentaten zu begehen, wird die Bandenmitgliedschaft auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Angeklagte die einzelnen Straftaten spontan in wechselnder Beteiligung mit den anderen Tätern durchführte.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Bandenmitgliedschaft einerseits und die Beteiligung an einer Bandentat andererseits unabhängig voneinander zu beurteilen. Ebenso wie nicht jeder Beteiligte an einer von einer Bande ausgeführten Tat hierdurch schon zum Bandenmitglied wird, ist umgekehrt nicht jeder Beteiligte an einer Bandentat schon deshalb als deren Mittäter anzusehen. Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Diebstähle im Sinne der § 242 Abs. 1, § 244a Abs. 1 StGB zu begehen, hat dies nicht zur Folge, dass jede von einem der Bandenmitglieder auf Grund der Bandenabrede begangene Tat den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Viel-

mehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt und ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Beitrag geleistet haben (st. Rspr.).

3. Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an bzw. Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der Vorstellung des jeweiligen Bandenmitglieds umfasst sind. Maßgeblich sind dabei insbesondere sein Interesse an der Durchführung der Tat sowie der Umfang seiner Tatherrschaft oder jedenfalls sein Wille, Tatherrschaft auszuüben, was sich danach beurteilt, ob objektiv oder jedenfalls aus der Sicht des Täters die Ausführung der Tat wesentlich von seiner Mitwirkung abhängt.

4. Einzelfall der Einordnung des „Schmierestehens“ als Tatbeitrag von untergeordneter Bedeutung (Beihilfe).

547. BGH 5 StR 78/12 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Neuruppin)

Betrug (Irrtum über die Zahlungsfähigkeit; gewerbmäßiges Handeln); Anforderungen an die Urteilsfeststellungen.

§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB, § 337 StPO; § 349 Abs. 2, 4 StPO; § 353 Abs. 1 StPO; 354 Abs. 2 StPO

1. Werden trotz offen stehender Rechnungen weitere Warenlieferungen ausgeführt, bedarf es für die Annahme eines strafbaren Betrages im Hinblick auf die Frage, ob auch die spätere Lieferungen noch auf der ursprünglichen Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit beruhen, in der Regel näherer Feststellungen dazu, ob der Lieferant Kenntnis von der Zahlungssäumigkeit erlangte und weshalb er sich gleichwohl zu weiteren Lieferungen bereit fand.

2. Die Verurteilung wegen gewerbmäßigen Betrages bei einer Serie von Warenkäufen unter Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit setzt für das erste Kaufgeschäft den Nachweis voraus, dass der Angeklagte damit rechnen konnte, er werde entsprechende Taten wiederholen können, ohne dass zuvor die Bezahlung früherer Rechnungen verlangt würde.

528. BGH 3 StR 346/11 – Urteil vom 16. Februar 2012 (LG Düsseldorf)

Mord (niedrige Beweggründe, Heimtücke und Arglosigkeit); verminderte Schuldfähigkeit (Affektdurchbruch).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 21 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 der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und – in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag – als verachtenswert erscheinen, bedarf einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren. 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. 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.

2. Ein der Tat vorausgegangener Wortwechsel, der eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen geschaffen hat, schließt die Arglosigkeit des Opfers und damit heimtückisches Handeln nicht aus, wenn das Opfer hieraus noch nicht die Gefahr einer Tötlichkeit entnimmt. Erforderlich ist vielmehr, dass das Opfer mit einem tätlichen Angriff rechnet

3. Arglosigkeit kann bei einem Opfer auch dann vorliegen, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, also es etwa von vorne angreift, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen. Entsprechend macht es für das Mordmerkmal der Heimtücke keinen Unterschied, ob ein überraschender Angriff von vornherein mit Tötungsvorsatz geführt wird oder ob der ursprüngliche – auf Körperverletzung gerichtete – Handlungswille derart schnell in den Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt bis zu dem Zeitpunkt andauert, zu dem der Täter mit Tötungsvorsatz angreift.

529. BGH 3 StR 385/11 – Urteil vom 2. Februar 2012 (LG Oldenburg)

Erpresserischer Menschenraub (Zusammenfallen von Bemächtigungs- und Nötigungsmittel); Räuberische Erpressung.
§ 239a Abs. 1 StGB; § 255 StGB

1. Der für einen Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubes in der Variante des Sichbemächtigens erforderliche funktionale Zusammenhang zwischen einer stabilen Bemächtigungslage und der Absicht der Ausnutzung dieser Lage für eine Erpressung liegt dann nicht vor, wenn sich der Täter des Opfers durch Nötigungsmittel bemächtigt, die zugleich unmittelbar der beabsichtigten Erpressung dienen, wenn also Bemächtigungs- und Nötigungsmittel zusammenfallen. Der stabilisierten Bemächtigungslage muss mit Blick auf die erstrebte Erpressung eine eigenständige Bedeutung zukommen.

2. Die Tatbestandsalternative des Ausnutzens ist dagegen bereits dann vollendet, wenn der Täter (während der Bemächtigungslage und unter Ausnutzung derselben) den Versuch einer Erpressung begeht, also unmittelbar zur Nötigung einer Person ansetzt, durch welche dem Vermögen der genötigten (oder einer anderen) Person in (rechtswidriger) Bereicherungsabsicht noch während des Andauerns der Bemächtigungslage ein Vermögensnachteil zugefügt werden soll.

3. Bei der räuberischen Erpressung muss der Vermögensnachteil Ergebnis einer das Opfer nötigenden Gewaltausübung oder einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben durch den Täter sein. Zwi-

schen dem Einsatz des Nötigungsmittels und dem erlangten Vorteil muss – wie beim Raub – ein finaler Zusammenhang bestehen.

482. BGH 4 StR 45/12 – Beschluss vom 16. April 2012 (LG Gießen)

Fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefahr: Beinahe-Unfall); Anstiftung zu einer Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination.
§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 26 StGB;
§ 11 Abs. 2 StGB

1. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Tathandlung für § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 2 StGB 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.

2. Für die konkrete Gefahr hinsichtlich einer Beifahrerin muss während der Fahrt ein Vorgang belegt werden, bei dem es beinahe zu einer Verletzung der Mitfahrerin gekommen wäre – also ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, „das sei noch einmal gut gegangen“.

3. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Schutzbereich des § 315c StGB für an einer solchen Straftat beteiligte Insassen des Fahrzeugs zu verneinen.

470. BGH 2 StR 398/11 – Urteil vom 28. März 2012 (LG Darmstadt)

Betreiben eines Internet-Boards nebst dazugehörigen Chats als (bandenmäßige) Verbreitung kinderpornographischer Schriften (öffentliches Zugänglichmachen; Unternehmen des Drittbesitzverschaffens).
§ 184b Abs. 1 Nr. 2 Var. 4, Abs. 2, Abs. 3 Alt. 2 StGB

1. Mitglied einer Bande im Sinne des § 184b StGB kann auch sein, wer unter falschem Namen nach einem früheren Ausschluss in einem Internet-Board tätig ist.

2. Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der sog. Bandenabrede. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen mit dem Willen voraus, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen. Als Bandenmitglied ist anzusehen, wer in die Organisation der Bande eingebunden ist, die dort geltenden Regeln akzeptiert, zum Fortbestand der Bande beiträgt und sich an den Straftaten beteiligt. Nicht erforderlich für eine – ausdrücklich oder konkludent getroffene – Bandenabrede ist hingegen, dass sich alle Bandenmitglieder persönlich miteinander verabreden oder einander kennen.

3. Das Betreiben eines Internet-Boards nebst den dazugehörigen Chats zum Austausch kinderpornographischer

Bild- und Videodateien und das eigene Bereitstellen entsprechender Links auf dem Board ist rechtlich als (bandenmäßige) Verbreitung kinderpornographischer Schriften in der Variante des öffentlichen Zugänglichmachens (§ 184b Abs. 1 Nr. 2 Var. 4, Abs. 3 Alt. 2 StGB) zu werten.

4. Das eigene Posten von Links auf kinderpornographische Dateien in den zu dem Board gehörenden Chats erfüllt den Tatbestand des (bandenmäßigen) Unternehmens des Drittbesitzverschaffens kinderpornographischer Schriften (§ 184b Abs. 2, Abs. 3 Alt. 2 StGB).

531. BGH 3 StR 434/11 – Urteil vom 1. März 2012 (LG Hannover)

Diebstahl (Zueignungsabsicht) und Unterschlagung.
§ 242 StGB; § 246 StGB.

1. Die Wegnahme einer fremden bewegliche Sachen mit der Absicht, sodann gestellt zu werden und die Sache sogleich wieder an den Eigentümer zurückgelangen zu lassen, schließt das Vorliegen einer für einen vollendeten oder versuchten Diebstahl erforderlichen Zueignungsabsicht aus.

2. Die spätere Realisierung der Zueignungsabsicht kann vor Vollendung der Wegnahme zur Strafbarkeit wegen

(versuchten) Diebstahls führen; nach Vollendung der Wegnahme in einem Warengeschäft kann sich durch das Verlassen des Geschäfts mit den Waren der Zueignungswille manifestieren, womit eine Strafbarkeit wegen (versuchter) Unterschlagung in Betracht kommt.

533. BGH 3 StR 83/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Oldenburg)

Raub (besonders schwerer Raub; Begriff der Waffe); Strafzumessung (mögliche Strafmilderung bei Hilfe zur Festnahme von Tatbeteiligten trotz Leugnung des eigenen Tatbeitrags; Kronzeugenregelung).
§ 250 Abs. 1, 2 StGB; § 46 StGB; § 46b StGB

1. Eine geladene Schreckschusspistole unterfällt nur dann dem Waffenbegriff des § 250 StGB, wenn feststeht, dass beim Abfeuern der Waffe der Explosionsdruck nach vorne aus dem Lauf austritt und deshalb die Waffe nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.

2. Die Leugnung des eigenen Tatbeitrages steht einer Anwendung von § 46b StGB nicht grundsätzlich entgegen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

517. BGH 5 StR 451/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; Erledigterklärung der nach § 66 StGB aF angeordneten Sicherungsverwahrung in Fällen, in denen lediglich einzelne Vorverurteilungen, nicht aber die Anlasstaten in den Katalog des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF fallen („Mischfälle“); Freiheit der Person; Meistbegünstigungsprinzip.

Art. 316e Abs. 3 Satz 1 EGStGB; § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF; § 66 StGB aF; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 121 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG

1. In dem Verfahren nach Art. 316e Abs. 3 Satz 1 EGStGB ist die nach § 66 StGB aF angeordnete Sicherungsverwahrung nur dann für erledigt zu erklären, wenn alle für die Anordnung der Sicherungsverwahrung kausalen Taten aus den Anlass- und den Vorverurteilungen nicht mehr in den Katalog des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB in der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Fassung fallen. (BGHSt)

2. Art. 316e Abs. 3 Satz 1 EGStGB ist nach dem Wortsinne der Vorschrift sowie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dahingehend zu verstehen, dass mit den „Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet“ werden soll, ausschließlich die Anlasstaten gemeint sind. Vielmehr ist auch eine Einbeziehung der Vorverurteilungen zulässig und geboten. (Bearbeiter)

3. Die formellen Voraussetzungen des § 66 StGB markieren den „Türöffner“ für den Eintritt in eine qualifizierte Gefährlichkeitsprüfung (Hang und Allgemeingefährlichkeit). Nach den Wertungen des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung sollen ein Hang zu gewaltlosen Eigentums- oder Vermögensdelikten und eine entsprechende Gefährlichkeit des Täters für die Anordnung der Sicherungsverwahrung grundsätzlich nicht mehr ausreichen. Bei Altfällen, die den seinerzeit gültigen „Türöffner“ bereits passiert haben, scheidet die Annahme der nunmehr enger zu beurteilenden Gefährlichkeit daher aus, wenn sowohl Vor- als auch Anlasstaten ausschließlich aus diesem Bereich stammen. (Bearbeiter)

4. „Mischfälle“, bei denen einzelne Vorverurteilungen, nicht aber die Anlasstaten in den Katalog des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB in der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Fassung fallen, unterliegen den allgemeinen Prüfungsverfahren nach § 67c Abs. 1, § 67e Abs. 1 StGB. Eine Anordnung des weiteren Vollzugs der Sicherungsverwahrung durch die Strafvollstreckungskammer im Rahmen dieser Prüfung ist in Fällen, in denen die Maßregel nach dem neuen Recht gar nicht mehr angeordnet werden dürfte, nur bei gleichwohl ausnahmsweise bestehender hochgradiger Gefährlichkeit des Verurteilten für im Sinne von § 66 StGB nF spezifische Rechtsgüter gestattet. (Bearbeiter)

5. Die Änderung des § 66 StGB verpflichtet die Strafvollstreckungskammern in „Mischfällen“ zu einer Prüfung der Erledigung oder Aussetzung von Amts wegen. Dabei ist unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Vollzugsfortdauer anzuordnen, wenn sich ein Hang und eine entsprechende Gefährlichkeit des Verurteilten nur noch in Bezug auf Taten ergeben, die nach der Wertung des Gesetzgebers in § 66 StGB nF nicht mehr Anlass für die Anordnung von Sicherungsverwahrung sein können. (Bearbeiter)

6. Eine übergeordnete Norm, die den Gesetzgeber gezwungen hätte, die Erledigung rechtskräftig angeordneter Sicherungsverwahrungen in allen Fällen herbeizuführen, die nach Maßgabe des neuen Rechts bereits die formellen Voraussetzungen des § 66 StGB nicht mehr erfüllt hätten, ist nicht ersichtlich. Verfassungsrechtlich abgesicherte Vertrauensschutzbelange (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 7 Abs. 1, Art. 5 MRK), die im Bereich der Sicherungsverwahrung gelten (vgl. BVerfGE 128, 326), sind durch die Rechtsänderung nicht berührt. (Bearbeiter)

7. Das Meistbegünstigungsgebot gilt nicht im Bereich der Maßregeln und nur für Fälle der Rechtsänderung „vor der Entscheidung“. (Bearbeiter)

451. BGH 4 StR 81/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Paderborn)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose bei Gewalt- und Aggressionsdelikten gegenüber Pflegepersonal in geschlossenen Einrichtungen).
§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Deshalb darf sie nur angeordnet werden, wenn die Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Dabei sind zu erwartende Gewalt- und Aggressionsdelikte regelmäßig zu den erheblichen Taten zu rechnen.

2. Jedoch sind solche Verhaltensweisen innerhalb einer Einrichtung gegenüber dem Pflegepersonal nicht ohne weiteres denjenigen Handlungen gleichzusetzen, die ein Täter außerhalb einer Betreuungseinrichtung begeht. Dass es sich bei den geschädigten Opfern nicht um im Umgang mit schwierigen und aggressiven Patienten erfahrenes besonders geschultes Personal, sondern um einfache Krankenpflegerinnen handelt, rechtfertigt keine Gleichsetzung der Taten mit solchen außerhalb der Einrichtung.

543. BGH 5 StR 411/11 – Urteil vom 13. März 2012 (LG Hamburg)

Subventionsbetrug (Anwendung des Normalstrafrahmens trotz Vorliegens von Regelbeispielen: Gesamtwürdigung); Verhängung von Geldstrafe neben Freiheitsstrafe; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; besondere Erschwerung bei Inhaftierung).

§ 264 Abs. 1, 2 StGB; § 41 StGB; Art. 6 Abs. 1, 3 lit. a EMRK

1. Maßstab für die Kompensationsentscheidung bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung ist der Umfang der staatlich zu verantwortenden Verzögerung, das Maß des Fehlverhaltens der Strafverfolgungsorgane sowie die Auswirkung all dessen auf den einzelnen Angeklagten.

2. Eine Inhaftierung eines Erstverbüßers während des Verfahrens ohne Vollzugslockerungen verleiht der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ein zusätzlich erschwerendes Gewicht.

549. BGH 5 StR 525/11 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Potsdam)

Sicherungsverwahrung (Anordnungsvoraussetzungen, schwere Sexual- oder Gewaltstraftaten), Verhältnismäßigkeit der Anordnung bei anderweitig verbüßter Straftat.

§ 66 Abs. 1 StGB

Die Sicherungsverwahrung darf zurzeit nur nach Maßgabe einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden, wenn eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder in dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist. Danach sind erhöhte Anforderungen sowohl an die Konkretisierung der Rückfallprognose als auch an den Wert der gefährdeten Rechtsgüter zu stellen. Bei der auf den Einzelfall bezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es, über die gesetzgeberische Aufnahme in den Katalog tauglicher Vor- und Anlasstaten hinaus, prinzipiell nicht auf die Bezeichnung des Straftatbestands an, dessen Verletzung für die Zukunft droht. Auch kommt es nicht auf den durch gesetzliche Strafrahmen im Voraus gewichteten Schuldumfang, sondern auf die Bedeutung des vor Rückfalltaten des Angeklagten zu schützenden Rechtsgutes an, ferner auf den Grad der Wahrscheinlichkeit der künftigen Rechtsgutsverletzung und gegebenenfalls auf die mögliche Verletzungsintensität.

466. BGH 2 StR 31/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Köln)

Anordnung des Wertersatzverfalls (keine Anwendung auf verjährte Taten; entgegenstehende Ansprüche Dritter: aus der Tat und für die Tat Erlangtes).

§ 78 Abs. 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 73a StGB; § 73 StGB

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB hindert eine Verfallsentscheidung nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer „aus der Tat“ einen Vermögensvorteil erlangt hat und Gegenansprüche eines Verletzten bestehen; das „für die Tat“ Erlangte unterliegt dem Verfall hingegen ohne Rücksicht auf Ansprüche Verletzter. „Aus der Tat erlangt“ sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind, insbesondere also die Beute; „für die Tat erlangt“ sind hingegen Vermögenswerte, die dem Täter als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, etwa ein Lohn für die Tatbegehung.

521. BGH 3 StR 18/12 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Hannover)

Minder schwerer Fall bei Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Doppelverwertungsverbot); Wertersatzverfall.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 3 StGB, § 73a StGB; § 29a BtMG

Die Eigenschaft des Angeklagten als Lieferant von Betäubungsmitteln ist dem Begriff des Handeltreibens immanent und kann nicht, ebenso wenig wie das Überschreiten der nicht geringen Menge, als Tatbestandsmerkmal bei der Beurteilung, ob es sich um einen minder schweren Fall handelt, zu Lasten des Angeklagten gewertet werden.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

516. BGH 5 StR 444/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Braunschweig)

BGHR; Überprüfung des Verdachts einer wahrheitswidrigen Beweisbehauptung im Revisionsverfahren durch freibeweisliche Einholung des in der Tatsacheninstanz beantragten DNA-Identifizierungsgutachtens (missbräuchlicher Scheinbeweisanspruch; Missbrauchsverbot; Strengbeweis); Beweisantrag (Konnexität).

Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 4 und 6 StPO

1. Überprüfung des Verdachts einer wahrheitswidrigen Beweisbehauptung im Revisionsverfahren durch freibeweisliche Einholung des in der Tatsacheninstanz beantragten DNA-Identifizierungsgutachtens. (BGH)

2. Trotz einer gegen § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO verstoßenden Ablehnung eines Antrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens liegt keine Verletzung des Beweisantragsrechts vor, wenn es sich um einen nicht zum Zwecke der Wahrheitsermittlung, sondern allein aus sachwidriger Prozesstaktik gestellten missbräuchlichen Scheinbeweisanspruch handelt. (Bearbeiter)

3. Zum Zwecke der Feststellung, ob eine bewusst wahrheitswidrige Beweisbehauptung vorliegt, kann ein in der Tatsacheninstanz beantragtes Sachverständigengutachten im Revisionsverfahren freibeweislich eingeholt werden. (Bearbeiter)

4. Es kann offen bleiben, ob das Revisionsgericht ausnahmsweise nach einem Aufklärungsmangel oder einem vom Tatgericht rechtsfehlerhaft beschiedenen Beweisantrag, einen Sachverständigenbeweis betreffend, zur Nachholung einer versäumten tatgerichtlichen Beweiserhebung befugt ist, bei der ein eindeutiges, von keiner weiteren gerichtlichen Bewertung abhängiges Beweisergebnis zu erwarten ist. (Bearbeiter)

465. BGH 2 StR 25/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

1. Die Vorgänge um die Neubesetzung und ordnungsgemäße Besetzung des Vorsitzes im 2. Strafsenat des BGH führen nicht zur Besorgnis der Befangenheit hinsichtlich der Richter Berger, Eschelbach, Fischer und Krehl.

2. Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters ist gerechtfertigt, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln. Ob nach § 24 Abs. 2 StPO die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit stattfindet, beurteilt sich stets im Hinblick auf das konkrete Verfahren; ist ein Bezug zum konkreten Verfahrensgegenstand gegeben, kann nicht von einer verfahrensübergreifenden Generalablehnung die Rede sein, die gesetzlich nicht vorgesehen ist.

3. Der von einem der abgelehnten Richter in seiner dienstlichen Erklärung aus seiner subjektiven Wahrnehmung geschilderte Ablauf seiner Anhörung am 18. Januar 2012 vor dem Präsidium ist für Beurteilung unerheblich. Es kann dahinstehen, ob ansonsten durch das Präsidium – wie ein anderer abgelehnter Richter, der am 18. Januar 2012 nicht angehört wurde, dienstlich erklärt hat – nach seinem subjektiven Eindruck und Empfinden ein hoher Druck aufgebaut wurde, die Rechtsprechung der Spruchgruppe 2 des Senates zu ihrer Besetzung aufzugeben. Weiterer Aufklärung, etwa durch Anhörung der Mitglieder des Präsidiums, bedarf es nicht. Selbst wenn die Behauptung, das Präsidium habe wie auch immer gearteten Druck auf die abgelehnten Richter ausgeübt, zutreffen sollte, bezog sich dieser Druck auch nach den dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter nicht etwa inhaltlich auf die Entscheidung über das Rechtsmittel des Angeklagten, sondern ausschließlich darauf, dass den bei der Spruchgruppe 2 des 2. Strafsenates anhängigen Verfahren Fortgang gegeben wird.

535. BGH 3 StR 455/11 – Urteil vom 29. März 2012 (LG Osnabrück)

Ablehnung eines Vorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit.

§ 24 Abs. 1, 2 StPO, § 338 Nr. 3 StPO

1. Maßgeblich für die Besorgnis der Befangenheit ist der nach außen deutlich gewordene Eindruck von der inne-

ren Haltung des Richters, ohne dass es maßgeblich darauf ankommt, inwieweit dieser Eindruck tatsächlich der inneren Haltung des Richters entspricht.

2. Beharrliche und intensive Versuche eines Vorsitzenden, den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft zu einem Verzicht auf die Vernehmung des überwiegenden Teils der Zeugen zu drängen, obwohl der Angeklagte das Gewicht seiner Tatbeiträge nicht in vollem Umfang einräumt hatte und insbesondere für eine schuldangemessene Sanktion wesentliche Umstände noch klärungsbedürftig sind, und die auf eine Weigerung des Sitzungsvertreters folgende Bezeichnung als „unanständig“, kann die Besorgnis begründen, der Vorsitzende ziehe eine schnelle Prozess erledigung ohne Beachtung der prozessualen Beteiligtenrechte der Staatsanwaltschaft einer sachgemäßen Aufklärung der Anklagevorwürfe vor.

540. BGH 5 StR 49/12 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Saarbrücken)

Zweifelsgrundsatz (Anforderungen an den Ausschluss der eingeschränkten Schuldfähigkeit); Europäischer Haftbefehl und Auslieferungsbewilligung (Verbot der Verwertung von Taten, die nicht Gegenstand der Auslieferungsbewilligung sind; Spezialitätsgrundsatz).

§ 261 StPO; § 337 StPO; § 21 StGB; Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl (2002/584/JI), § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG

1. Wird ein Angeklagter aufgrund eines Europäischen Haftbefehls festgenommen und ausgeliefert, dürfen die Taten, die nicht Gegenstand der Auslieferungsbewilligung sind, nicht zu Lasten des Angeklagten verwertet werden.

2. Ihre Verwertung zum Nachteil des Angeklagten bei der Strafzumessung verletzt den Grundsatz der Spezialität nach Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI) in Verbindung mit § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG, die nicht nur die Festsetzung selbständiger Strafen für andere Taten als die Auslieferungstat ausgeschlossen verbieten, sondern auch deren Mitbestrafung im Wege der Erhöhung der für die Auslieferungstat verwirkten Strafe.

442. BGH 1 StR 152/11 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (BGH)

Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH (Verspätung; Verknüpfung mit einer Anhörungsrüge; Antrag auf Namhaftmachung der entscheidenden Richter).

§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 356a StPO; § 26a StPO; § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Entscheidet das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege (hier gemäß § 349 Abs. 2 StPO), so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur so lange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einem Antrag nach § 356a StPO verbunden

wird, der sich deswegen als unbegründet erweist, weil die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht vorliegt, so dass insoweit nicht mehr in eine erneute Sachprüfung einzutreten ist.

2. § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO findet keine Anwendung, wenn das Ablehnungsgesuch ohne Ausscheiden der abgelehnten Richter (§ 26a Abs. 2 Satz 1 StPO) als unzulässig zu verwerfen ist.

476. BGH 2 StR 592/11 alt: 2 StR 347/09 – Urteil vom 28. März 2012 (LG Trier)

Übernahme von Urteilsbestandteilen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten nach Urteilsaufhebung; Strafzumessung bei schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern; Sicherungsverwahrung nach dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vom 22. Dezember 2010 (Verhältnismäßigkeitsprüfung; Vollzugserfahrung).

§ 267 StPO; § 353 StPO; § 176a Abs. 4 StGB; § 66 StGB

1. Nach Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen durch das Revisionsgericht ist der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter gehalten, eigene Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten zu treffen und diese im Urteil mitzuteilen. Hat der Angeklagte in dem neuen Verfahren dieselben Angaben gemacht, wie sie in dem früheren, jedoch insoweit aufgehobenen Urteil enthalten sind, kann zwar auf die aufgehobenen Feststellungen aus dem früheren Urteil nicht Bezug genommen werden; sie können jedoch – auch im Wortlaut – in das neue Urteil übernommen werden, sofern kein Zweifel daran verbleibt, dass es sich um neue, eigenständig getroffene Feststellungen handelt.

2. Die Wirkungen eines erstmals erlebten längeren Strafvollzugs und von in diesem Rahmen (möglicherweise) wahrgenommenen Therapieangeboten können zwar im Einzelfall wesentliche gegen die Anordnung der Maßregel sprechende Gesichtspunkte darstellen. Ein Absehen von der Anordnung trotz bestehender hangbedingter Gefährlichkeit kommt in Ausübung des in § 66 Abs. 2 StGB eingeräumten Ermessens aber nur dann in Betracht, wenn bereits zum Zeitpunkt des Urteilerlasses die Erwartung begründet ist, der Täter werde hierdurch eine Handlungsänderung erfahren, sodass für das Ende des Strafvollzugs eine günstige Prognose gestellt werden kann. Zum Zeitpunkt des Urteilerlasses noch ungewisse positive Veränderungen und lediglich mögliche Wirkungen künftiger Maßnahmen im Strafvollzug können auch nach dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vom 22. Dezember 2010 nicht genügen. Vielmehr bedarf es zumindest konkreter Anhaltspunkte für einen Behandlungserfolg.

458. BGH 1 StR 146/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung bei minderjährigen Zeugen, denen die Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts fehlt; Unmittelbarkeitsgrundsatz.

§ 52 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 250 StPO; § 261 StPO

Die Beurteilung der Strafkammer, den minderjährigen Kindern der Angeklagten fehle eine genügende Vorstellung von der Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts i.S.v. § 52 Abs. 2 Satz 1 StPO, ist als tatrichterliche Ermessensentscheidung revisionsrechtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich. Schon Zweifel darüber, ob Kinder über die erforderliche geistige Reife verfügen, eine mögliche Konfliktlage zwischen der Pflicht zu wahrheitsgemäßer Aussage und den familiären Rücksichten verstandesmäßig genügend erfassen zu können, muss die Strafkammer veranlassen, von fehlender Verstandesreife auszugehen.

541. BGH 5 StR 63/12 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Chemnitz)

Beweiswürdigung in Fällen Aussage gegen Aussage.
§ 261 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

In Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, muss sich das Tatgericht bewusst sein, dass die Aussage des einzigen Belastungszeugen einer besonderen Glaubhaftigkeitsprüfung zu unterziehen ist, zumal der Angeklagte in solchen Fällen wenig Verteidigungsmöglichkeiten durch eigene Äußerungen besitzt. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, die seine Entscheidung beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Die Aussage des Belastungszeugen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung ist insbesondere zur Beurteilung der Aussageentwicklung und Aussagekonstanz wiederzugeben und zu erörtern.

527. BGH 3 StR 335/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Koblenz)

Inbegriffsrüge (Überzeugungsbildung bei Geständnis); Mittäterschaft bei Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung.
§ 261 StPO; § 129 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Die richterliche Überzeugungsbildung hat auf vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials zu beruhen. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte – unter Umständen im Rahmen einer Verfahrensabsprache – geständig zeigt. Das Tatgericht muss von der Richtigkeit eines Geständnisses überzeugt sein. Es ist deshalb stets zu untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis vereinbar ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt.

2. Die Beschränkung der Beweiswürdigung im Wesentlichen auf den bloßen Hinweis, der Angeklagte sei geständig gewesen, genügt insbesondere dann nicht, wenn aufgrund der Komplexität und der zahlreichen Details des festgestellten Sachverhalts Zweifel bestehen können, dass der Angeklagte an das Tatgeschehen eine auch in den Einzelheiten genügende Erinnerung hat.

3. Allein der Zusammenschluss zu einer kriminellen Vereinigung hat nicht zur Folge, dass jede von einem Vereinigungsmitglied begangene Straftat jedem sonstigen Mitglied im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen

Mitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

522. BGH 3 StR 41/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (DNA-Spuren am Tatort; Wahrscheinlichkeitsberechnung).
§ 261 StPO

1. Das Ergebnis eines DNA-Vergleichsgutachtens ist lediglich – jedoch als bedeutsames – Indiz anzusehen, das der Würdigung im Zusammenhang mit anderen für die Täterschaft sprechenden Beweisanzeichen bedarf; denn ein solches Gutachten enthält lediglich eine abstrakte, biostatistisch begründete Aussage über die Häufigkeit der festgestellten Merkmale bzw. Merkmalskombinationen innerhalb einer bestimmten Population.

2. Wird bei einem DNA-Vergleichsgutachten ein Seltenheitswert im Millionenbereich festgestellt, kann die tatrichterliche Überzeugungsbildung dahin ausreichen, die Tatortspur stamme vom Angeklagten. Dem ist umgekehrt jedoch nicht zu entnehmen, ein solcher Schluss sei ab einer bestimmten Wahrscheinlichkeit in jedem Falle als zwingend anzusehen.

490. BGH 3 StR 47/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Stralsund)

Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsache abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihr aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenanspruch beimisst. Geht es um die Glaubwürdigkeit einer Zeugin, bedarf es der Begründung, warum die zu beweisende Tatsache das Gericht auch im Falle ihres Nachweises unbeeinflusst ließe. Die Anforderungen an die Begründung entsprechen grundsätzlich den Darlegungserfordernissen bei der Würdigung von durch die Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen.

536. BGH 3 StR 460/11 – Beschluss vom 1. März 2012 (LG Düsseldorf)

Aufrechterhaltung des Strafausspruches bei teilweiser Ausnahme von der Strafverfolgung und Änderung des Schuldspruchs; Kosten der Revision.
§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 154a Abs. 2 StPO; 46 Abs. 2 StGB; § 152a Abs. 1, 3 StGB, § 263 StGB

In der Ausnahme von der Strafverfolgung und der Änderung des Schuldspruchs liegt nicht automatisch ein solcher Erfolg des Rechtsmittels, der es unbillig erscheinen ließe, den Angeklagten mit den gesamten Gebühren und Auslagen des Verfahrens zu belasten.

526. BGH 3 StR 285/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Düsseldorf)

Inbegriffsrüge (richterliche Überzeugung bei Verfahrensabsprache); Betrug.
 § 261 StPO; § 257c StPO; § 263 StGB

Die Möglichkeit des Gerichts, sich mit den Verfahrensbeteiligten über das Ergebnis des Verfahrens zu verständigen (§ 257c Abs. 1 Satz 1 StPO), berührt die gerichtliche

Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Ermittlung der Wahrheit nicht (§ 257c Abs. 1 Satz 2 StPO). Die Bereitschaft eines Angeklagten, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet nicht von dieser Pflicht.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

452. BGH 1 StR 6/12 – Beschluss vom 7. März 2012 (LG Hechingen)

BGHSt; rechtsfehlerhafte aber nicht willkürliche Annahme der Zuständigkeit durch eine Jugendschutzkammer (Vorlage durch das Beschwerdegericht zur Eröffnungsentscheidung; gesetzlicher Richter; besondere Bedeutung der Sache).

§ 209 StPO; § 209a StPO, § 210 StPO; § 309 StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 24 GVG; § 26 GVG; § 74b GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Die Jugendschutzkammer hat ihre Zuständigkeit nicht deshalb willkürlich bejaht, weil ihr die Sache durch das Beschwerdegericht zur Eröffnungsentscheidung vorgelegt wurde. (BGHSt)

2. Dies kann auch bei personenidentischer Besetzung der Jugendschutzkammer mit der Beschwerdekammer gegeben sein. (Bearbeiter)

3. Ein Richterspruch ist willkürlich, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist, sodass sich der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Eine gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung darf sich bei Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsnormen nicht so weit von dem Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernen, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen ist. Bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes kann von Willkür dann nicht gesprochen werden, wenn sich ein Gericht mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jeden sachlichen Grundes entbehrt. Selbst eine objektiv falsche Anwendung von Zuständigkeitsnormen genügt unter diesen Umständen für eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG regelmäßig nicht. (Bearbeiter)

515. BGH 5 StR 442/11 – Beschluss vom 13. April 2012 (LG Berlin)

BGHR; Schadensberechnung beim täuschungsbedingt gewährtem Kreditbetrug und Gesetzlichkeitsprinzip (Darlehen; Vermögensschaden; Bestimmtheitsgebot; Verschleifungsverbot).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Schadensberechnung beim täuschungsbedingt gewährten Darlehen. (BGH)

2. Die Annahme eines Eingehungsbetrugs setzt die ausreichende Beschreibung und Bezifferung des täuschungsbedingten Vermögensschadens voraus. Da speziell beim Eingehungsbetrug die Schadenshöhe entscheidend von der Wahrscheinlichkeit und vom Risiko eines zukünftigen Verlusts abhängt, ist eine tragfähige Einschätzung der Verlustwahrscheinlichkeit erforderlich (BVerfG NJW 2012, 907 ff.). Hierbei können bankübliche Bewertungsansätze für Wertberichtigungen Anwendung finden, da die bei einem teilweisen Forderungsausfall notwendigen bilanziellen Korrekturen auch bei der Vermögensschadensermittlung zu berücksichtigen sind (vgl. auch BVerfGE 126, 170, 226 ff.). (Bearbeiter)

3. Bei der täuschungsbedingten Kreditvergabe liegt ein Vermögensschaden vor, wenn die darlehensgebende Bank angesichts der wirklichen Bonität des Kreditschuldners ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es der Fall gewesen wäre, wenn die unzutreffend erklärten risikorelevanten Umstände tatsächlich vorgelegen hätten. Bei der insoweit anzustellenden Vergleichsbetrachtung kommt es darauf an, ob die Bank bei Kenntnis aller Umstände eine andere Vertragsgestaltung gewählt, insbesondere höhere Zinsen oder zusätzliche Sicherheiten verlangt hätte. (Bearbeiter)

4. Die Verlustwahrscheinlichkeiten dürfen allerdings nicht so diffus sein oder sich in so geringen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens letztlich ungewiss bleibt (vgl. BVerfGE 126, 170, 229; BVerfG NJW 2012, 907, 916). (Bearbeiter)

551. BGH 5 StR 559/11 – Urteil vom 15. März 2012 (LG Frankfurt [Oder])

Begriff des Handelns mit Betäubungsmitteln (Begrenzungsfunktion des Tatbestandes; unerlaubter Anbau; straflose Vorbereitung; unmittelbares Ansetzen; Verabredung eines Verbrechens); Freiwilligkeit des Rücktritts.

§ 29 I Nr. 1 BtMG, § 29a BtMG, § 22 StGB, § 30 Abs. 2 StGB; § 31 Abs. 1 Nr. 3, Art. 103 Abs. 2 GG; § 354 Abs. 1 StPO

1. Die bloße Übernahme von Cannabispflanzenetzlingen mit dem Ziel der Anpflanzung und späteren Gewinnung und Veräußerung von Cannabis stellt, soweit die Setzlinge selbst nicht zur Veräußerung bestimmt sind, eine

straflose Vorbereitungshandlung dar und ist weder vom Tatbestand des unerlaubten Anbaus noch des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln erfasst.

2. Der Tatbestand des unerlaubten Anbaus von Betäubungsmitteln entfaltet eine Begrenzungsfunktion für den Tatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit den erst noch anzubauenden Produkten, in dem er als Anfangsstadium den Versuch des unerlaubten Handeltreibens erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Anpflanzen beginnen lässt.

3. Ein unmittelbares Ansetzen zum Handeltreiben kann, bezüglich nicht zur Veräußerung sondern zum Anbau bestimmter Cannabissetzlinge, nach diesen Grundsätzen erst im Heranschaffen der Setzlinge an die vorbereitete Fläche oder zu den vorbereiteten Pflanzgefäßen liegen.

4. Die Absprache zwischen zwei Personen, die von einer in einer Plantage zu gewinnenden Cannabisblüten über Kontakte der zweiten im Drogenmilieu zum beiderseitigen Vorteil verkaufen zu lassen, enthält die für die erforderliche Verabredung mittäterschaftlicher Begehungsweise gebotene genügende Konkretisierung des Verbrechens.

5. Kann das Verbrechen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln aufgrund einer Durchsuchung und Beschlagnahme nicht mehr durchgeführt werden, so steht dies einem freiwilligen Rücktritt durch Verhinderung der Tat entgegen.

471. BGH 2 StR 426/11 – Urteil vom 29. Februar 2012 (LG Meiningen)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (gebotene Prüfung und Beurteilung bei Zusammenarbeit in Absatzketten).

§ 30a Abs. 1 BtMG

1. Nach der neueren Rechtsprechung (vgl. BGHSt 46, 321) setzt der Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Wesentliches Element einer Bande ist danach eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung mehrerer Personen zur zukünftigen gemeinsamen Deliktsbegehung (BGHSt 46, 321, 329), wobei Mitglied einer Bande auch sein kann, wem nach der – stillschweigend möglichen – Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeiten darstellen (BGHSt 47, 214). An einer Verbindung zur gemeinsamen Tatbegehung fehlt es, wenn sich Beteiligte eines Drogengeschäfts – sei es auch in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem – lediglich jeweils auf der Verkäufer- und Erwerberseite gegenüberstehen (vgl. BGH NStZ 2004, 696).

2. Sind Anhaltspunkte vorhanden, der Verkäufer von Drogen könnte in die Absatzorganisation des Erwerbers eingebunden sein, muss das Tatgericht dem im Hinblick

auf eine mögliche Bandentat nachgehen. Allerdings folgt nicht aus jeglicher Unterstützung einer Gruppierung, etwa durch Strecken von Betäubungsmitteln oder Kurierfahrten, auch ohne Weiteres die Zugehörigkeit zu einer Bande; auch Dienstleistungen eines Dritten, die einem Täterzusammenschluss zugutekommen, können „selbständig“ erbracht werden, ohne dass darin eine Verbindung zu gemeinsamer künftiger Deliktsbegehung zu sehen ist.

546. BGH 5 StR 73/12 – Beschluss vom 13. März 2012 (LG Leipzig)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff der Schusswaffe; Begriff des Mitsichführens).

§ 30a Abs. 2 BtMG, § 349 Abs. 2, 4 StPO; § 354 Abs. 1, 2, § 337 StPO

1. Die Tatbestandsvariante des Mitsichführens einer Schusswaffe setzt bei einer in unmittelbarer Nähe zu den Betäubungsmitteln in der Wohnung des Angeklagten aufgefundenen Schusswaffe voraus, dass diese entweder geladen oder Munition in Reichweite für den Angeklagten vorhanden war

2. Gas- und Schreckschusswaffen sind nur dann Schusswaffen, wenn nach deren – gegebenenfalls manipulierter – Bauart der Explosionsdruck beim Abfeuern der Munition nach vorne durch den Lauf austritt.

493. BGH 3 StR 64/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Düsseldorf)

Zu den Anforderungen an ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln bei der Überlassung von Betäubungsmitteln zum Selbstkostenpreis oder Einstandspreis

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG

Nicht eigennützig und daher kein Handeltreiben ist ein Umsatzgeschäft, das allein auf die Überlassung von Betäubungsmitteln zum Selbstkostenpreis oder Einstandspreis gerichtet ist.

519. BGH 3 StR 14/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Hildesheim)

Erziehungsgedanke bei Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (Anforderungen an die Strafzumessungserwägungen).

§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG; 18 Abs. 2 JGG

Auch bei einer wegen der Schwere der Schuld verhängten Jugendstrafe bemisst sich deren Höhe vorrangig nach erzieherischen Gesichtspunkten. Die Urteilsgründe müssen deshalb erkennen lassen, dass dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt und bei Bemessung der Jugendstrafe das Gewicht des Tatunrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abgewogen worden ist. Eine lediglich formelhafte Erwähnung des Erziehungsgedankens genügt grundsätzlich nicht.

Abrechnungsbetrug durch „Upcoding“.

Ein Beitrag zu den Fallgruppen der „konkludenten Täuschung“ im Straftatbestand des Betruges

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Universität Leipzig und Rechtsanwältin Claudia Reich*, Leipzig

1. Einführung

Im strafrechtlichen Schrifttum wird die Thematik des „Abrechnungsbetruges“ nahezu ausschließlich mit Abrechnungsmanipulationen niedergelassener Vertragsärzte gleichgesetzt.¹ Die Darstellungen beziehen sich vornehmlich auf die Probleme des Vermögensschadens (Stichwort: streng formale Betrachtungsweise²) sowie – im Anschluss an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05. Dezember 2002³ – sekundär auch auf Fragen des Irrtums bei Zweifeln des Opfers⁴ oder strafprozessual auf die Zulässigkeit der Schadenshochrechnung.⁵

Im schroffen Gegensatz zu seiner Bedeutung in der Praxis hat das strafrechtliche Schrifttum demgegenüber dem Abrechnungsbetrug durch Mitarbeiter eines Krankenhauses bislang noch kaum Beachtung geschenkt.⁶ Die für den Abrechnungsbetrug des niedergelassenen Vertragsarztes entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf die Fallkonstellationen des Abrechnungsbe-

truges von Krankenhäusern übertragen. Denn die Abrechnung im Bereich des stationären und des ambulanten Sektors folgt völlig unterschiedlichen Konzeptionen, die sich auch in den zugrunde liegenden strafrechtlichen Fragestellungen und im modus operandi der Täter niederschlagen.

Seitens der Gesetzlichen Krankenversicherungen wird aufgrund der ermittelten Fehleranteile in den Prüfungen durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherungen (MDK) ein hohes Dunkelfeld strafrechtlich relevanter Erlösmanipulationen bei der Abrechnung von Krankenhausleistungen vermutet. Ein gegenwärtig im Deutschen Bundestag diskutierter Gesetzgebungsantrag verschiedener Abgeordneter sowie der Fraktion der SPD fordert deshalb sogar die Einführung eines Straftatbestandes des Sozialversicherungsbetrugs und will hiermit „systematischen Falschabrechnungen von Krankenhäusern“ begegnen.⁷ Ferner berichtet Bundesgesundheitsminister *Bahr* davon, es sei geplant, im Zusammenhang mit dem kommenden Psychiatrie-Entgeltgesetz „einen Passus anzuhängen, der Strafzahlungen bei Falschabrechnungen vorsieht“. Denn „Gesundheitspolitik und Krankenkassen haben kein Interesse daran, jemanden zu schützen, der nachhaltig und wiederholt betrügt“.⁸

Allerdings sind bereits de lege lata die Grenzen zwischen zulässiger Abrechnungsoptimierung, Abrechnungsfehlern und Straftaten unsicher und in der Strafrechtsdogmatik bislang noch nicht abschließend geklärt. Auch der vorgeschlagene „Tatbestand des Sozialversicherungsbetruges“ würde lediglich Unsicherheiten in der Dogmatik des Vermögensschadens, nicht aber im Zusammenhang mit dem Merkmal der Täuschung beseitigen. Insbesondere auf diese Lücke im Forschungsstand bezieht sich der vorliegende Beitrag.

* Boemke und Partner Rechtsanwälte Partnerschaft.

¹ *Ellbogen/Wichmann* MedR 2007, 10 ff.; *Gaidzik* wistra 1998, 329 ff.; *Stein* MedR 2001, 124 ff.; *Volk* NJW 2000, 3385 ff.; *Wessing/Dann* GesR 2006, 150 ff. Ausführlich mit Differenzierung einzelner Fallgruppen: *Badle* NJW 2008, 1028 ff.; *Janssen*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.): *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. (2012), S. 546 ff. (Rn. 89 ff.).

² Vgl. aus neuerer Zeit zum Beispiel *Schneider*, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.): *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht* (2011), S. 57 ff.; *ders.*, in: *Duttge* (Hrsg.): *Tatort Gesundheitsmarkt. Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention* (2011), S. 35 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen zu Literatur und Schrifttum. Zur Anwendbarkeit der streng formalen Betrachtungsweise im Bereich privatrechtlicher Leistungserbringung und Abrechnung, vgl. *BGH* NJW 2012, 1377, 1383 = *HRRS* 2012 Nr. 313.

³ *BGH* NJW 2003, 1198 ff.

⁴ *Beckemper/Wegner* NStZ 2003, 315 ff.; *Grunst* NStZ 2004, 533 ff.; *Herffs* wistra 2004, 281 ff.; *Idler* JuS 2004, 1037 ff.

⁵ *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. (2008), S. 554, § 14 Rn. 37.

⁶ Eine Ausnahme stellen zwei Beiträge des Bielefelder Strafrechtslehrers *Ralf Kölbl* dar: *Kölbl* NStZ 2009, 314 ff.; *ders.*, in: *Bannenberg/Jehle* (Hrsg.): *Wirtschaftskriminalität* (2010), S. 221 ff.

⁷ Vgl. hierzu die lesenswerte Gegendarstellung der Deutschen Krankenhausgesellschaft, Ausschussdrucksache 17(14)248(12), http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoeerungen/r_Korruption_im_Gesundheitswesen/Stellungnahmen/17_14_0248_12_DKG_Deutsche_Krankenhausgesellschaft_e_V.pdf.

⁸ *Meißner/Rieser* Dtsch Ärztebl 2012, C 592 ff., C 594.

2. „Upcoding“ im Krankenhaus – sozialrechtliche Prämissen und strafrechtsdogmatische Konsequenzen

2.1 Grundlagen der Abrechnung von Krankenhausleistungen

Voll- und teilstationäre Leistungen der Krankenhäuser werden seit 2004 auf der Grundlage eines leistungsorientierten und pauschalisierenden Vergütungssystems gegenüber der Krankenkasse eines Patienten auf der Basis so genannter DRG-Fallpauschalen abgerechnet (German **D**iagnosis **R**elated **G**roups). Grundlage der Ermittlung der Fallpauschale ist die Kodierung der Behandlungsleistung (Haupt- und Nebendiagnose) und der durchgeführten Prozeduren anhand der „Deutschen Kodierrichtlinien“. Krankheiten (= Diagnosen) werden anhand der ICD (Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme), Operationen und anderen Behandlungsleistungen anhand des OPS (Operationen- und Prozedurenschlüssel) kodiert.

Die Kodierung liegt in der Verantwortung des behandelnden Arztes. Die Deutschen Kodierrichtlinien stellen klar, dass eine Verantwortungsdelegation auch dann nicht möglich ist, wenn eine vom Arzt beauftragte Person die Kodierung vornimmt.⁹ Mittels einer zertifizierten Software („Grouper“) wird anhand der Kodierung und weiterer Rohdaten (z.B. Verweildauer, Dauer der maschinellen Beatmung) sodann die Fallpauschale berechnet und der Krankenkasse des jeweiligen Patienten zugeleitet. In den meisten Krankenhäusern wird die Richtigkeit der eingegebenen Schlüssel durch eine eigene Abteilung Medizincontrolling (auch Kodierfachkräfte oder Casemanager genannt) anhand der Deutschen Kodierrichtlinien, des OP-Protokolls und der Patientenakte überprüft und gegebenenfalls in Rücksprache mit dem Arzt ergänzt oder berichtigt. Hintergrund ist die hohe Komplexität des Abrechnungswesens mit rund 13.000 Diagnoseschlüsseln, 25.000 Prozedurenschlüsseln und 1.194 DRG-Fallpauschalen sowie zunehmenden Prüfungen und Beanstandungen durch den MDK im Verfahren nach §§ 275 ff. SGB V aufgrund EDV-gestützter Vorprüfungen sämtlicher Abrechnungen durch die Krankenkassen.

Nach einem aktuellen, im Auftrag der Deutschen Krankenhausgesellschaft erstellten Gutachten der BDO Wirtschaftsprüfungsgesellschaft¹⁰ vom 04. Oktober 2011 ergab sich im Jahr 2010 eine durchschnittliche Prüfquote durch den MDK von 11,1 % sämtlicher Behandlungsfälle. Etwa 4 % der Rechnungen wurden auf Grundlage der Prüfung durch den MDK nachträglich zugunsten der

Gesetzlichen Krankenversicherung gekürzt. Die Kürzung erfolgt in der Regel auf der Grundlage von Gutachten des MDK zu den jeweiligen Behandlungsfällen, in denen die Patientenunterlagen (z.B. OP-Berichte) ausgewertet und mit der Kodierung verglichen werden. Den Kürzungen liegen häufig Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der Deutschen Kodierrichtlinien zugrunde, die bei einzelnen Prozeduren mehrdeutig sind. Da der MDK durch den Kostenträger finanziert wird, erfolgt die Begutachtung nicht neutral, sondern interessengesteuert. Dem Ausgleich der „systembedingten Schiefelage zu Lasten der Krankenhäuser“¹¹ dient die gemäß § 275 Abs. 1c S. 3 SGB V seitens der Krankenkasse zu leistende „Aufwandspauschale“ von 300,- €. Sie wird fällig, wenn die Prüfung durch den MDK nicht zu einer Minderung der Rechnung führt, die Prüfung also aus Sicht der GKV ergebnislos verlief.

2.2 Strafrechtliche Einordnung des Abrechnungsbetruges durch Upcoding

Abrechnungsbetrug durch sogenanntes Upcoding ist einer der praxiswichtigsten Fallkonstellationen deliktischer Erlösmaximierungen im Rahmen der Abrechnung von Krankenhausleistungen.¹² Unter Upcoding versteht man eine Kodierung von Diagnose und/oder Prozedur, die eine höhere Vergütung der Krankenhausleistung auslöst. Insbesondere in der Analyse dieser Fallgruppe im strafrechtlichen Schrifttum wird die Auffassung vertreten, die Einordnung „unrichtig verschlüsselter Falldaten“ in den Tatbestand des Betruges bereite „kaum Probleme“. Aufgrund der „organisatorischen Gegebenheiten auf Seiten der Kassen“ und der Besonderheiten der Krankenhausfinanzierung ergebe sich allenfalls bei den Merkmalen des Irrtums und des Vermögensschadens ein erhöhter Begründungsaufwand, der an der „selbstverständlichen Subsumierbarkeit“ des „Upcodings“ unter die Tatbestandsvoraussetzungen des fremdnützigen Betruges letztlich aber nichts ändere.¹³

Bei näherem Hinsehen ergeben sich aber insbesondere im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der Täuschung folgende Auslegungsfragen und Differenzierungen:

2.3 Die Problematik der konkludenten Täuschung

Die Abrechnung der DRG-Fallpauschale über das unter 2.1 beschriebene Verfahren beinhaltet eine Erklärung über bestimmte Tatsachen des Behandlungsgeschehens durch aktives Tun, deren Inhalt durch Auslegung¹⁴ unter

¹¹ BDO-Gutachten, Seite 4.

¹² Zu weiteren Fallkonstellationen, vgl. *Kölbel* a.a.O. (Fn. 6), S. 223.

¹³ *Kölbel* NStZ 2009, 312, 314.

¹⁴ Allgemein zur Ermittlung des Erklärungswerts ausdrücklicher und konkludenter Tatsachenbehauptungen: *Schönke/Schröder-Cramer/Perron*, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 12.; *StGB-Fischer*, 59. Aufl. (2012), § 263 Rn. 14 f.; *MK-Hefendehl*, 1. Aufl. (2006), § 263 Rn. 94 ff.; *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.): *Anwaltskommentar*

⁹ Einleitung zu den Deutschen Kodierrichtlinien, Version 2012, S. VI: „Die Verantwortung für die Dokumentation von Diagnosen und Prozeduren, insbesondere der Hauptdiagnose, liegt beim behandelnden Arzt, unabhängig davon ob er selbst oder eine von ihm beauftragte Person die Verschlüsselung vornimmt“.

¹⁰ Im Internet einsehbar unter: <http://www.dkgev.de/media/file/10261.BDO-Studie1.pdf>.

Berücksichtigung der durch das Medizinrecht ausgestalteten Interpretationsregeln zu ermitteln ist.

2.3.1 Abrechnung von Luftleistungen

Da selbstverständlich nur tatsächlich durchgeführte Behandlungsmaßnahmen abgerechnet werden dürfen und nur tatsächlich entstandene Sachkosten erstattungsfähig sind, kann eine Täuschung unproblematisch auch im stationären Sektor bei der Abrechnung von Luftleistungen¹⁵ bejaht werden. Ein Abrechnungsbetrug liegt folglich zum Beispiel in den von *Michels*, Leiterin der „Abteilung zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“¹⁶ der KKH-Allianz, berichteten Fällen vor, in denen Krankenhäuser den Austausch von Hüftgelenken im Rahmen einer Operation abrechnen, die künstlichen Gelenke aber tatsächlich nicht oder nur teilweise gewechselt wurden. Derartige Fallgestaltungen werden in der Praxis allerdings deshalb selten vorkommen, weil eine entsprechende Vorgehensweise systematisch unrichtige Informationen in den Patientenunterlagen voraussetzt, d.h. dass Diagnosen verändert und OP-Berichte manipuliert werden müssen. Außerdem wird das Prozedere verschiedenen in Behandlung und Abrechnung involvierten Personen, die überwiegend kein wirtschaftliches Eigeninteresse an den Taten haben, bekannt, sodass ein hohes Entdeckungsrisiko durch whistleblowing zu erwarten ist.

2.3.2 Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot

Nach herrschender Meinung im strafrechtlichen Schrifttum und ständiger Rechtsprechung¹⁷ wird bei der Abrechnung einer Behandlungsleistung weiterhin konkludent „miterklärt“, die erbrachte Leistung sei medizinisch indiziert und wirtschaftlich erforderlich gewesen (insbesondere am Maßstab der §§ 12 Abs. 1, 70 SGB V).¹⁸ Der Erklärungsinhalt ergibt sich insoweit aus den medizinrechtlichen Abrechnungsprämissen, die Leistungserbringer dazu verpflichtet, nur solche Leistungen zu erbringen, die „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“ sind und „das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ (§§ 12 Abs. 1, 70 SGB V). Indizien für das Vorliegen nicht indizierter und unwirtschaftlicher Maßnahmen ergeben sich in der Praxis anhand einer Analyse des Patientenaufklärungsbogens und des Entlassungsbriefs an den nachbehandelnden Vertragsarzt, in denen die zusätzlich durchgeführten und abgerechneten Prozeduren bei fehlender Indikation in der Regel nicht erwähnt werden. Soweit demnach Behandlungsleistungen zum Zweck der Erlössteigerung über das medizinisch erforderliche Maß hinaus erbracht wurden, liegt, vorsätzliches

Handeln vorausgesetzt, ein Fall des Abrechnungsbetruges vor. Daneben kann ein ungerechtfertigter Behandlungseingriff vorliegen, der als Körperverletzung strafbar ist, soweit die Maßnahme Nebenwirkungen und Belastungen beinhaltet und die Einwilligung des Patienten hierzu aufgrund defizitärer Aufklärung nicht vorlag oder durch eine Täuschung über die Erforderlichkeit der Maßnahme erschlichen wurde.¹⁹

2.3.3 Täuschung bei Auslegungsfragen im Rahmen der Kodierung

Die in der Praxis bedeutsamste Fallgruppe, die Abgrenzungsfragen zwischen zulässiger Erlösoptimierung und strafbarer Abrechnungsmanipulation aufwirft, betrifft Auslegungsdivergenzen zwischen MDK und Krankenhäusern über die Legitimität der Kodierung einer bestimmten Prozedur.

2.3.3.1 Beispielhafte Verdeutlichung: Abrechnung einer Anästhesie bei einer stationär durchgeführten Darmspiegelung

Anlässe für derartige Meinungsverschiedenheiten ergeben sich insbesondere dann, wenn die Kodierung einer Prozedur nach Auffassung des MDK an die Durchführung einer bestimmten medizinischen Maßnahme oder den Einsatz weiteren Fachpersonals geknüpft ist, die einschlägige medizinische Fachliteratur aber auch andere Verfahren anerkennt, die denselben Behandlungserfolg herbeiführen können. Hier entschließt sich der verantwortliche Arzt (zum Beispiel aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten „Schule“ oder aufgrund sonstiger Überzeugungen) häufig für eine bestimmte Methode oder Vorgehensweise, die nach MDK aber nicht die Kodierungsvoraussetzungen erfüllt. Ein geradezu klassisches Beispiel für die genannte Fallgruppe bildet die Frage der Abrechnungsvoraussetzungen der intravenösen Anästhesie gemäß OPS 8-900 bei einer stationär durchgeführten Koloskopie, der diese Untersuchung, zum Beispiel im Fall der Darmspiegelung bei Morbus Crohn, einer entzündlichen Darmerkrankung, um ca. 1.500,- € verteuert (1.827,- € gegenüber 3.321,- € auf der Grundlage der DRG 2012 und einem Basisfallwert von 3.000,- €).^{20,21} Der Unterschied zwischen einer einfachen Sedierung und einer (separat abrechenbaren) Anästhesie ergibt sich aus Art und Menge des verwendeten Medikaments und aus der begleitenden Überwachung (so ge-

StGB, 1. Auflage (2011), § 263 Rn. 25 ff.; *Janssen* a.a.O. (Fn. 1), S. 535 (Rn. 44 ff.).

¹⁵ Vgl. nur *StGB-Fischer* (Fn. 14), § 263 Rn. 36.

¹⁶ *Michels*, *Weiß* *Kittel* – *Dunkle Geschäfte*. Im Kampf gegen die Gesundheitsmafia (2009), S. 144 ff.

¹⁷ BGH *NStZ* 1993, 388, vgl. zu den Auswirkungen im Bereich privatliquidierender Ärzte BGH *NJW* 2012, 1377 ff. = *HRRS* 2012 Nr. 313.

¹⁸ *Schuhr*, in: *Spickhoff* (Hrsg.): *Medizinrecht*, 1. Auflage (2011), § 263 StGB Rn. 16; *Hellmann/Herffs*, *Der ärztliche Abrechnungsbetrug* (2006), Rn. 276 ff.

¹⁹ Zu den strafrechtlichen Grundfragen des Heileingriffs als Körperverletzung sowie der Bedeutung der Einwilligung, vgl. *Schneider*, in: *Mitglieder der Juristenfakultät* (Hrsg.): *Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig* (2009), S. 165 ff.

²⁰ Die Autoren danken Dr. med. *A. Mündemann-Hahn*, M.Sc., Analyse – Beratung – Organisation im Gesundheitswesen (www.abog.de) für den Hinweis auf das Beispiel „Koloskopie“ und die Analyse der Vergütungsdifferenzen bei Durchführung der Maßnahme mit und ohne Anästhesie.

²¹ Weitere Beispiele betreffen Fragen der Wundversorgung und des Narbenverschlusses (<http://foka.medizincontroller.de/index.php/KDE-206>) sowie die so genannten „Komplexcodes“ bei Therapien mit mehreren Behandlungsteilen, z.B. in der Palliativmedizin.

nanntes Monitoring). Nach den rechtlich nicht verbindlichen Kodierempfehlungen des MDK soll die Kodierung von OPS 8-900 nur anzuerkennen sein, wenn die Anästhesie durch einen Anästhesisten durchgeführt wurde. Die von der „Sektion Endoskopie“ im Auftrag der „Deutschen Gesellschaft für Verdauungs- und Stoffwechselerkrankungen“ herausgegebene S3-Leitlinie „Sedierung in der gastrointestinalen Endoskopie“ (MWMF-Register-Nr. 021/014) setzt demgegenüber lediglich voraus, dass bei der Durchführung einer tiefen Sedierung oder Narkose ein zweiter intensivmedizinisch erfahrener Arzt anwesend ist.²² Es muss sich hierbei aber nicht zwingend um einen Anästhesisten handeln.

2.3.3.2 Ermittlung des Erklärungsinhalts bei Abrechnung von OPS 8-900

Bei derartigen Fallkonstellationen stellt sich, abgesehen von der Problematik des Nachweises eines Täuschungsvorsatzes, die Frage, ob bei Kodierung des OPS 8-900 eine unwahre Erklärung, mithin eine Täuschung über Tatsachen vorliegt, wenn die Maßnahme ohne Hinzuziehung eines Anästhesisten durchgeführt wurde. Für die Täuschung kommt es demnach entscheidend darauf an, ob durch die Verschlüsselung des OPS 8-900 seitens des die Kodierung vornehmenden Arztes (oder Medizincontrollers) konkludent miterklärt wird, die Anästhesie sei durch einen entsprechenden Facharzt durchgeführt und überwacht worden. Der strafrechtlichen Literatur ist insoweit lediglich allgemein der Hinweis zu entnehmen, es komme bei der Ermittlung des Erklärungsinhalts auf die Sprachgepflogenheiten des konkreten Kommunikationskreises an. Vergleichbar der Auslegung von Willenserklärungen sei darauf abzustellen, wie der Adressat der Erklärung diese am Maßstab eines objektivierten Empfängerhorizontes²³ verstehen durfte.

Diesen Prämissen für die Ermittlung des Erklärungsinhalts kann allerdings nicht entnommen werden, dass dem Erklärungsempfänger uneingeschränkt die Definitionsmacht über den Erklärungsinhalt zukommt. Bei offen ausgetragenen Divergenzen (vorliegend etwa zwischen dem Fachausschuss für ordnungsgemäße Kodierung und Abrechnung „FOKA“ der Deutschen Gesellschaft für Medizincontrolling einerseits und dem MDK andererseits) über den Inhalt einer „codierten“ Erklärung, kann demnach der Erklärungsempfänger nicht ohne weiteres darauf vertrauen, der Erklärende werde die für den Erklärungsempfänger wirtschaftlich günstige und daher von seinen Interessengruppen vertretene Auslegungsvariante zugrunde legen.²⁴ Ein derartiger Vertrau-

enstatbestand zugunsten des Erklärungsempfängers entsteht vielmehr erst dann, wenn der Erklärungsempfänger aufgrund von Rechtsnormen oder rechtlich verbindlich vorgesehenen Verfahrensvorschriften erwarten durfte, der Erklärende verbinde mit der Kodierung bestimmte Erklärungsinhalte.

2.3.3.3 Voraussetzungen der normativen Absicherung von Erwartungshaltungen auf Seiten des Erklärungsempfängers

Im Bereich der Kodierung von ärztlichen Leistungen besteht nicht in jedem Fall eine normativ gesicherte Erklärungserwartung der Krankenkassen als Erklärungsempfänger. Sofern, wie im Fall der Kodierung des OPS 8-900, keine verbindliche Kodierrichtlinie, sondern lediglich eine Kodierempfehlung des MDK existiert, kann sich die Erklärungserwartung der Krankenkassen daher erst im Rahmen der im Krankenhausrecht vorgesehenen Prüfverfahren verbindlich konkretisieren.

Bei Vorliegen eines Verdachts der Falschabrechnung aufgrund von Upcoding stehen den Krankenkassen grundsätzlich zwei Verfahren zur Verfügung, mittels derer sie eine Abrechnung überprüfen können. Die praktisch relevantere Prüfung ist die oben bereits angesprochene Einzelfallprüfung nach § 275 SGB V. Gemäß § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V sind die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet, in den gesetzlich bestimmten Fällen oder wenn es nach Art, Schwere, Dauer oder Häufigkeit der Erkrankung oder nach dem Krankheitsverlauf erforderlich ist, bei Erbringung von Leistungen, insbesondere zur Prüfung von Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistung sowie bei Auffälligkeiten zur Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung eine gutachterliche Stellungnahme des MDK einzuholen. Die Prüfung erfolgt anhand konkreter Einzelfälle, bei denen die Krankenkasse einen Anfangsverdacht hat und durch Einschaltung des MDK Gewissheit über die Rechtmäßigkeit der Leistungserbringung erlangen möchte.²⁵ Die Prüfung ist fristgebunden. Sie muss gem. § 275 Abs. 1c S. 2 SGB V spätestens sechs Wochen nach Eingang der Abrechnung bei der Krankenkasse eingeleitet werden.

Neben der Einzelfallprüfung kann die Krankenkasse eine Stichprobenprüfung gemäß § 17c Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) durch den MDK veranlassen. Die Stichprobenprüfung kann gem. § 17c Abs. 1 Nr. 3 KHG insbesondere zur Prüfung erfolgen, ob die Abrechnung der nach § 17b KHG vergüteten Krankenhaussfälle ordnungsgemäß erfolgt ist. Hier geht es im Gegensatz zur Einzelfallprüfung um eine verdachtsunabhängige Prüfung von im Voraus nicht festgelegten Behandlungsfällen. Es bedarf keines, auf bestimmte Fälle bezogenen Prüfanlasses.²⁶

²² Vgl. unter 3.1 der genannten Leitlinie: „Der die Sedierung durchführende und für die Sedierung verantwortliche Arzt soll in der Intensivmedizin erfahren sein. Er soll in der Anwendung von Sedativa und damit in Kenntnis, Erkennung und Behandlung der zu erwartenden Nebenwirkungen, einschließlich der kardiopulmonalen Reanimation, dem Freimachen/Freihalten eines durchgängigen Luftwegs, der Intubation und manuellen Beatmung speziell geschult sein und sie beherrschen“.

²³ Zum Empfängerhorizont explizit: MK-Hefendehl, (Fn. 14), § 263 Rn. 86, 88.

²⁴ Vgl. hierzu insbesondere Gaede a.a.O. (Fn. 14), § 263 Rn. 28: Sind, „wie dies z.B. im Gebührenrecht der Ärzte auf-

tritt“, „die rechtlichen Maßstäbe noch unklar oder streitig“, bilden „normative Vorgaben keine allein ausschlaggebenden Indizien für die Annahme konkludenter Erklärungen ..., weil sie noch keine allgemein akzeptierten Erwartungshorizonte verbürgen“.

²⁵ Felix NZS 2012, 1, 2.

²⁶ Felix NZS 2012, 1, 3.

Für die vorliegend entscheidende Fragestellung einer normativen Absicherung des Empfängerhorizontes sehen beide Verfahren ein ähnliches Prozedere vor. Für die Stichprobenprüfung gem. § 17c KHG wurde das Vorgehen in der untergesetzlichen Vereinbarung „Gemeinsame Empfehlungen zum Prüfverfahren nach § 17c KHG“²⁷ vom 06. April 2004 (nachfolgend: Gemeinsame Empfehlungen) geregelt. In § 4 Abs. 4 der Gemeinsamen Empfehlungen werden als Maßstab der Abrechnungsprüfungen gem. § 17c Abs. 1 Nr. 3 KHG die gesetzlichen Abrechnungsvorschriften sowie die von den Vertragsparteien des § 17b KHG vereinbarten Deutschen Kodierrichtlinien in der jeweils gültigen Fassung festgelegt. Zudem wird geregelt, dass die Kodierung der Hauptdiagnose, der Nebendiagnosen und der Prozeduren der vom DIMDI²⁸ herausgegebenen deutschen Fassung des ICD-10²⁹ unter Anwendung der jeweils geltenden Deutschen Kodierrichtlinien zu erfolgen hat (§ 4 Abs. 4, Erster Unterpunkt der Gemeinsamen Empfehlungen). Außerdem muss die Zuordnung zu den Entgelten nach den jeweils gültigen Regelwerken der Vertragsparteien des § 17b Abs. 2 S. 1 KHG (z.B. Vereinbarung zu Zu- und Abschlägen, Vereinbarungen zu den Abrechnungsregeln, Regelwerk zur DRG-Zuordnung, DRG-Klassifikation) sowie den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben erfolgen (§ 4 Abs. 4, Zweiter Unterpunkt der Gemeinsamen Empfehlungen).

Durch die oben zitierten Bestimmungen wird demnach seitens der Krankenkassen zum Ausdruck gebracht, welche rechtlich verbindlichen Verfahrensvorschriften sie bei der Abrechnung von Krankenhausleistungen zugrunde legen. Die MDK-Kodierempfehlungen sind in der Aufzählung explizit nicht enthalten. Allerdings regeln die Gemeinsamen Empfehlungen das Vorgehen bezüglich eines Dissenses zwischen MDK-Prüfarzt und Krankenhausarzt. Weicht das Ergebnis der Kodierprüfung des MDK-Prüfarztes von der Kodierung des Krankenhausarztes ab und lässt sich dieser Dissens auch nicht im Rahmen einer anschließenden Erörterung des Sachverhalts ausräumen, so kann das Krankenhaus gem. § 4 Abs. 5 S. 1 der Gemeinsamen Empfehlungen die Hinzuziehung eines zweiten MDK-Prüfarztes verlangen, welcher den Fall erneut anhand der Krankenakte und der weiteren Begutachtungsgrundlagen zu überprüfen hat. Wenn sodann beide MDK-Prüfarzte in Abweichung von der Kodierung durch den Krankenhausarzt zu derselben erlösrelevanten Kodierung des Behandlungsfalls gelangen, kann der Fall vom MDK gem. § 4 Abs. 5 S. 2 der Gemeinsamen Empfehlungen als fehlerhaft bewertet werden.

²⁷ Die Verfasser der „Gemeinsamen Empfehlungen zum Prüfverfahren nach § 17c KHG“ sind die Deutsche Krankenhausgesellschaft und der AOK-Bundesverband, der BKK-Bundesverband, der IKK-Bundesverband, der Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, die Bundesknappschaft, die See-Krankenkasse, der Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V. und der AEV – Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V.

²⁸ Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information.

²⁹ Internationale Klassifikationen der Krankheiten, Operationen und sonstigen Prozeduren.

Insofern können zwei MDK-Prüfarzte, die der MDK-Kodierempfehlung folgen, die Kodierung des Krankenhausarztes, der sich nicht an die MDK-Kodierempfehlung gehalten hat, als fehlerhaft bewerten. Die MDK-Kodierempfehlungen haben daher zwar keinen normativen Charakter, erlangen aber dahingehend faktische Bedeutung, dass eine Fehlkodierung im Prüfverfahren nach § 17c KHG verbindlich festgestellt werden kann. Nach Durchführung eines solchen Prüfverfahrens darf die Krankenkasse eine Abrechnung entgegen der MDK-Kodierempfehlung daher als Fehlkodierung werten. Dagegen kann sich das Krankenhaus nur mit einer Leistungsklage vor dem Sozialgericht wehren. Auch im Rahmen der Einzelfallprüfung des § 275 SGB V besteht seitens der Krankenhäuser die Möglichkeit, gegen ein MDK-Gutachten, das auf Grundlage einer MDK-Kodierempfehlung eine Falschkodierung feststellt, eine Gegendarstellung zu verfassen.³⁰ Diese Gegendarstellung wird häufig als „Widerspruch“ bezeichnet, wobei darunter jedoch kein gesetzlich vorgesehener Widerspruch mit Suspensiveffekt im Sinne eines Rechtsbehelfs, sondern nur ein Nicht-Einverständnis mit dem Ergebnis der MDK-Prüfung zu verstehen ist.³¹ Im Regelfall wird sodann ein Zweitgutachten des MDK in Auftrag gegeben. Sofern dieses Zweitgutachten das Erstgutachten des MDK bestätigt, muss das Krankenhaus eine Leistungsklage beim Sozialgericht einreichen, um die Streitfrage zu seinen Gunsten klären zu lassen.³²

2.3.3.4 Konsequenzen für den Beispielfall

Das Krankenhaus kann seine Interpretation des OPS 8-900 daher nicht bereits im Vorfeld einer Abrechnung durch die Sozialgerichte überprüfen lassen, sondern ist erst gehalten, die Leistung (auch unter Zugrundelegung der eigenen Auslegungsmaximen des Prozedurenschlüssels) abzurechnen. Hieran knüpft sich das Recht der Krankenkasse an, die Abrechnung durch den MDK begutachten zu lassen, zu beanstanden und die Zahlung zu verweigern. Gegen diese Entscheidung kann der Leistungserbringer Widerspruch einlegen und schließlich Leistungsklage, gerichtet auf Zahlung des vollständigen Rechnungsbetrages zuzüglich Zinsen, erheben.

Erst mit der Beanstandung der Abrechnung verweist die Krankenkasse demnach das Krankenhaus auf den dafür vorgesehenen Rechtsweg und stellt klar, sie werde keine Abrechnungen mehr akzeptieren, die den beanstandeten Erklärungsinhalt (im Beispiel: Kodierung der Anästhesie ohne Hinzuziehung des Anästhesisten) aufweisen. Erst dieses sozialrechtliche Prozedere begründet eine normativ abgesicherte Erwartungshaltung, dass seitens des Krankenhauses bis zur abschließenden gerichtlichen Entscheidung des Streitfalles keine Abrechnungen „untergeschoben“ werden, die nicht den Abrechnungsprämissen der Krankenkasse entsprechen. Demgemäß wird der Leistungserbringer ab diesem Zeitpunkt auf einen entsprechenden Erklärungsinhalt festgelegt. Rechnet er nach der Beanstandung der Abrechnung durch den

³⁰ Savarino, Praxishandbuch MDK-Management, 1. Auflage (2008), S. 60.

³¹ Rapp, Praxiswissen DRG, 2. Auflage (2010), S. 176.

³² Savarino a.a.O. (Fn. 30), S. 61.

MDK mit OPS 8-900 ab, ist hiermit der Erklärungsinhalt verbunden, es sei ein Anästhesist hinzugezogen worden. War dies nicht der Fall, hat der für die Kodierung Verantwortliche im Sinne des § 263 StGB getäuscht.

Vor Zugang einer entsprechenden Beanstandung, zum Beispiel in einem Gutachten des MDK, lässt sich der Kodierung eine entsprechende Erklärung über Tatsachen demgegenüber noch nicht entnehmen. Denn bei gegebenen Auslegungsdifferenzen und ohne eine entsprechende Klarstellung des Empfängerhorizontes durch die Krankenkasse in dem dafür vorgesehenen Verfahren fehlt es noch an der normativ abgesicherten Erwartungshaltung des Erklärungsempfängers. Durch die Kodierung wird in diesem Stadium noch nicht miterklärt, die Anästhesie sei von einem Anästhesisten vorgenommen worden. Folglich liegt insoweit auch dann keine Täuschung vor, wenn bei Abrechnung des OPS 8-900 kein entsprechender Facharzt zugegen war.

2.4 Täterschaft und Teilnahme bei arbeitsteiligem Kodieren

Eine sorgfältige Prüfung ist nicht nur bei der konkludenten Täuschung, sondern auch im Hinblick auf die Strukturen von Täterschaft und Teilnahme bei arbeitsteiligem Vorgehen geboten. Die durch die Deutschen Kodierrichtlinien postulierte Verantwortung des Arztes für die Kodierung bedeutet nicht notwendig, dass dieser im konkreten Fall auch tatsächlich die Tatherrschaft inne hatte. In einigen Kliniken ist die Abteilung Medizincontrolling nur der Geschäftsführung unterstellt und fügt mit dem Ziel der Erlösmaximierung anhand des OP-Berichts und der Patientenunterlagen eigenständig Prozedurenschlüssel ein, die gegenüber der Krankenkasse abgerechnet werden. Soweit hierbei nach den obenstehenden Ausführungen Täuschungen begangen wurden, liegt demnach die Tatherrschaft bei den verantwortlichen Mitarbeitern des Medizincontrollings.

Hat der für die Abteilung verantwortliche Chefarzt Kenntnis von der deliktischen „Nachkodierung“ durch das Controlling, kommt eine Beihilfe durch Unterlassen in Betracht. Die rechtliche Einstandspflicht des Chefarztes (Garantenstellung im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB) für das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Abrechnung der von ihm geleiteten Abteilung ergibt sich aus der unmissverständlichen Einleitung der Deutschen Kodierrichtlinien, nach der „die Verantwortung für die Dokumentation von Diagnose und Prozeduren ... beim behandelnden Arzt“ liegt, „unabhängig davon, ob er selbst oder eine von ihm beauftragte Person die Verschlüsselung vornimmt“. Die Deutschen Kodierrichtlinien begründen die

für eine Garantenstellung vorausgesetzte Rechtspflicht, weil sie auf gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen (dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem Krankenhausentgeltgesetz) beruhen. Soweit die Kodierung aufgrund bestimmter Organisationsstrukturen des Krankenhauses auf andere Einrichtungen (wie etwa das Medizincontrolling) übertragen wird, besteht die Rechtspflicht zur Abwendung deliktischer Erfolge in einer Überwachergarantenstellung, die sich (Stichwort: „Allzuständigkeit des Chefarztes“) sowohl auf die Mitarbeiter der Abteilung Controlling als auch auf nachgeordnete Ärzte der von dem Chefarzt geleiteten Abteilung erstreckt. Nach ständiger Rechtsprechung,³³ die im strafrechtlichen Schrifttum teilweise Zustimmung gefunden hat,³⁴ kommt es bei der Überwachergarantenstellung auch nicht darauf an, ob der Begehungstäter gegenüber dem unterlassenden Garanten weisungsgebunden ist, so dass die Erfolgsabwendungspflicht des Chefarztes unabhängig davon besteht, ob die Abteilung Medizincontrolling den leitenden Ärzten oder der Geschäftsführung des Krankenhauses unterstellt ist.

3. Fazit

Abrechnungsmanipulationen im Krankenhaus werfen subtile Abgrenzungsfragen an der Schnittstelle zwischen Strafrechtsdogmatik und Sozialversicherungsrecht auf. Pauschale Lösungen, durch die bestimmte Abrechnungspraktiken vorschnell und pauschal in den Anwendungsbereich des § 263 StGB einbezogen werden, leisten einer Instrumentalisierung des Strafrechts als Druckmittel zur Durchsetzung einseitiger monetärer Interessen Vorschub.³⁵ Erst die Rekonstruktion der medizinrechtlichen Grundlagen des Abrechnungswesens erlaubt es, die durch Kodierung verschlüsselten Erklärungsinhalte durch Auslegung zu ermitteln und auf die strafrechtlichen Begriffe zu beziehen. Nur diese Auslegungsstrategie schützt vor einseitigen „Übernormativierungen“³⁶ (z.B. durch Auslegung des Erklärungsinhalts ausschließlich im Lichte der Kodierempfehlung des MDK) der Fallgruppe der konkludenten Täuschung und sichert die gebotene Neutralität des Strafrechts innerhalb der divergierenden Interessen der Leistungserbringer einerseits und Kostenträger andererseits.

³³ BGHSt 54, 44 ff. = HRRS 2009 Nr. 718.

³⁴ Schneider, in: Kühl/Seher (Hrsg.): Rom, Recht, Religion. Symposium für Udo Ebert zum 70. Geburtstag (2011), S. 349, 357 f., ders./Gottschaldt ZIS 2011, 573, 575.

³⁵ Näher: Schneider NK 2012, 30 ff.

³⁶ Gaede a.a.O. (Fn. 14), § 263 Rn. 28.

Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze?

Von Jonas Sturies, Bucerius Law School, Hamburg

I. Abstract

Die Staatsschuldenkrise im Euroraum treibt die Entwicklung gemeinsamer Regulierung auf intergouvernementaler und supranationaler Ebene voran. Dabei wird auch der strafrechtliche Schutz der EU-Finzen in den Fokus der Aufmerksamkeit gelangen. Welche Kompetenzen bestehen hierzu auf EU-Ebene? Könnte eine EU-Verordnung erlassen werden, auf Grund derer Täter von Handlungen zulasten der EU-Finzen zu verurteilen wären, die also als EU-Strafgesetz neben die Strafgesetzbücher der Mitgliedstaaten träte?

Die herrschende Auslegung, nach der Art. 325 Abs. 4 AEUV zum Erlass einer solchen Verordnung ermächtigt, widerspricht der Systematik der strafrechtlichen Kompetenzregelungen des AEUV und findet auch keinen Halt in den Gesetzgebungsmaterialien.¹

Zwar können ungewollte Lücken im strafrechtlichen Schutz der EU-Finzen, die hier am Beispiel des deutschen Strafrechts aufgezeigt und kategorisiert werden, durch Unionsmaßnahmen besser als auf mitgliedstaatlicher Ebene behoben werden. Auch bei Zugrundelegung der herrschenden Auslegung des Art. 325 AEUV kann dies jedoch derzeit nicht durch eine direkt anwendbare Strafverordnung, sondern wegen der in Art. 5 EUV verankerten Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit nur mittels einer Richtlinie erfolgen, die die entsprechenden Tatbestände der Mitgliedstaaten harmonisiert.

¹ Böse ZIS 2010, 76, 87; Heger ZIS 2009, 406, 416 sieht jedenfalls die vorherige Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft gem. Art. 86 AEUV als Voraussetzung einer Strafrechtsetzungskompetenz; a.A.: Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2011), § 8 Rn. 30; Safferling, Internationales Strafrecht (2011), S. 409, Rn. 41; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch 27. Aufl. (2011), Vorbemerkung Rn. 18; Eser/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), Vor § 1 Rn. 28, unentschieden Rn. 29; Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. (2010), § 4 Rn. 81; Mansdörfer HRRS 2010, 11, 18; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil 3. Aufl. (2010), Rn. 85a; Fromm, EG-Rechtsetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht (2009), S. 68; Zieschang, Festschrift für Tiedemann (2008), 1303, 1309; Rosenau ZIS 2008, S. 9, 16.

II. Grundprinzipien der Kompetenzordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon

1. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV)

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung besagt, dass die EU nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden darf, die ihr die Mitgliedstaaten übertragen haben.² Während Staaten nämlich allzuständig sind, leiten internationale Organisationen und somit auch die supranationale Union ihre Existenz und ihre Befugnisse aus dem vertraglich niedergelegten Willen ihrer Mitgliedstaaten ab.³ Der EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon betont den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung durch mehrmalige ausdrückliche Erwähnung: Art. 5 Abs. 1 S. 1 lautet: „Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.“ Nach Art. 5 Abs. 2 wird die Union „nur innerhalb der Grenzen und Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen.“ Dabei wiederholt der soeben zitierte Art. 5 Abs. 2 S. 2 fast wörtlich Art. 4 Abs. 1, der unter Bezugnahme auf Art. 5 ebenso betont, dass alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Eine weitere Bezugnahme auf den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung findet sich in Art. 3 Abs. 6, wonach die Union „ihre Ziele mit geeigneten Mitteln entsprechend den Zuständigkeiten, die ihr in den Verträgen übertragen sind“, verfolgt. Dies stellt klar, dass Ziele als solche keine Kompetenzen zu begründen vermögen.⁴ Schließlich legt Art. 7 AEUV fest, dass die Union „unter Einhaltung des

² BVerfGE 89, 155, 187 (Maastricht); Lenaerts/van Nuffel, European Union Law, 3. Aufl. (2011), S. 112 ff.; Nettesheim, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge (2009), S. 389 f., 398.

³ Nettesheim in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl., (2009), § 12 Rn. 3.

⁴ Ruffert, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 3 Rn. 12.

Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung“ ihren Zielen Rechnung trägt. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gilt zudem auch für die Handlungsformen der Union. Die EU ist beschränkt auf die Rechtsaktformen, zu denen sie durch die Verträge ermächtigt wurde. Die Kompetenzen der EU können nur durch Änderung der Verträge zwischen den Mitgliedstaaten erweitert werden.⁵

Auffällig ist die gegenüber früheren Vertragsversionen starke Betonung und oftmalige Wiederholung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung.⁶ Darin kommt die Besorgnis der Mitgliedstaaten zum Ausdruck, dass der Union zu viele Kompetenzen zuwachsen. Dieser Besorgnis ist im Rahmen der Auslegung möglicher Ermächtigungsgrundlagen zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts Rechnung zu tragen.

2. Kompetenzausübungsschranken

Sofern eine Ermächtigungsgrundlage i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EUV besteht, ist auf zweiter Stufe zu klären, ob die Union ihre Kompetenz auch ausüben darf.⁷ Dies richtet sich nach dem Subsidiaritäts- und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

a) Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 EUV)

Der Subsidiaritätsgrundsatz gilt gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV für Bereiche, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen.⁸ Allgemein kommt nach dem Subsidiaritätsprinzip der kleineren Einheit nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit der Vorrang im Handeln gegenüber der größeren Einheit zu.⁹ Dahinter stehen „die Gesichtspunkte einer sachnäheren Problemlösung durch die unmittelbar Betroffenen, die Bewahrung historischer und kultureller Eigenheiten sowie – in der Europäischen Union – vor allem auch die Souveränitäts- und Machtinteressen der Nationalstaaten.“¹⁰ Art. 5 Abs. 1 S. 2 stellt klar, dass der Grundsatz der Subsidiarität für

die Ausübung der Kompetenzen der Union gilt. Im Rahmen des Unionsrechts ist der Subsidiaritätsgrundsatz also keine Kompetenzverteilungs-, sondern eine Kompetenzausübungsregel im Hinblick auf die durch die Verträge bereits verteilten Kompetenzen.¹¹ Kompetenzen der Union zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts dürfen nur ausgeübt werden, sofern und soweit die angestrebten Ziele „weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“¹² Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 EUV fordert also einen „Test der vergleichenden Effizienz“.¹³ Zu prüfen ist danach, ob die Mitgliedstaaten die tatsächlichen und finanziellen Mittel zur Verfügung haben,¹⁴ um das Ziel zumindest genauso gut zu erreichen wie die EU.¹⁵

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 4 EUV)

Die zweite Kompetenzausübungsschranke ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV „gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß hinaus.“ Im Gegensatz zum Subsidiaritätsgrundsatz findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch auf Maßnahmen im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Union Anwendung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein auch in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verankerter allgemeiner Rechtsgrundsatz.¹⁶ Er hat im Unionsrecht zwei Aspekte: Zum einen flankiert er den Subsidiaritätsgrundsatz, indem er gewährleistet, dass die Union die ihr übertragenen Kompetenzen nur insoweit ausübt, als dies zur Erreichung der in den Verträgen festgelegten Zielen geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zum anderen gilt auch im Unionsrecht die individualrechtsschützende Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach in Rechte der Bürger nur in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise eingegriffen werden darf.¹⁷

3. Ermächtigungen der EU auf dem Gebiet des Strafrechts müssen restriktiv gehandhabt werden

Im Strafrecht muss die Einhaltung der Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit besonders streng geprüft werden.¹⁸ Grund hierfür sind im Wesentlichen drei Erwä-

⁵ BVerfGE 89, 155, 190, 199 (Maastricht).

⁶ Priollaund/Siritzky, *Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens*, 2. Aufl. (2008), Art. 5 S. 43, sieht dies als Konsequenz des Bestrebens der Vertragsväter, auf die Kritik der zu weiten Kompetenzausweitung der Union zwar einzugehen, aber nicht, wie von dem deutschen Bundesrats-Vertreter *Erwin Teufel* gefordert, einen klaren Kompetenzkatalog festzulegen.

⁷ BVerfGE 89, 155, 193 (Maastricht); *Calliess* a.a.O. (Fn. 4), Art. 5 Rn. 21; *Streinz*, *Europarecht*, 8. Aufl. (2008), § 3 Rn. 166; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. (2011), § 9 Rn. 5; *Hecker* a.a.O. (Fn. 1), § 8 Rn. 49, 51; *Satzger* a.a.O. (Fn. 1), § 8 Rn. 28.

⁸ Die Bekämpfung von Handlungen zulasten den EU-Finzen unterfällt grundsätzlich dem Bereich „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ gem. Art. 4 Abs. 2 lit. j und somit der geteilten Zuständigkeit. Etwas anderes gilt für die Unterschlagung von Zöllen, die gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a der ausschließlichen Zuständigkeit der Union unterfällt.

⁹ *Calliess* a.a.O. (Fn. 4), Art. 5 Rn. 20; *Lenaerts/van Nuffel* a.a.O. (Fn. 1), S. 131 ff.; *Papier*, FS *Isensee*, S. 691 ff.; *Skouris*, FS *Wildhaber*, S. 1547 ff.

¹⁰ *Sieber* ZStW 121 (2009), 1, 45.

¹¹ *Streinz* a.a.O. (Fn. 7), § 3 Rn. 166.

¹² Art. 5 Abs. 3 EUV.

¹³ *Calliess* a.a.O. (Fn. 4), Art. 5 Rn. 34 unter Verweis auf die Ansicht der Kommission.

¹⁴ *Calliess* a.a.O. (Fn. 4), Art. 5 Rn. 34.

¹⁵ *Priollaund/Siritzky*, a.a.O. (Fn. 6), Art. 5, S. 43.

¹⁶ *Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung* (2000), S. 136 ff.

¹⁷ *Calliess* a.a.O. (Fn. 4), Art. 5 Rn. 46.

¹⁸ *Ambos*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, 2. Aufl. (2011), Vor §§ 3 – 7, Rn. 9; *Griese* *EuR* 1998, 462, 476; *Deutscher*, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung* (2000), S.

gungen, die die Mitgliedstaaten schon bei der Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen zurückhaltender als bei der Übertragung von Kompetenzen in anderen Bereichen sein lassen:

a) Strafgewalt ist Ausdruck staatlicher Souveränität

Die Globalisierung führt dazu, dass die Wirksamkeit der Maßnahmen einzelner Nationalstaaten zurückgedrängt wird, diese also faktisch Souveränität verlieren. Dadurch stoßen die Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen in ihrer Schutzverpflichtung gegenüber den Bürgern an Grenzen. In diesen Bereichen werden Kompetenzen an die EU übertragen, die diese einerseits möglichst effektiv ausüben soll. Andererseits stellt jede Kompetenzübertragung einen zusätzlichen Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten dar und soll deswegen nicht über das zum Erreichen der Unionsziele Erforderliche hinausgehen.

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde versucht, einen Ausgleich zwischen effektiver Erreichung der Unionsziele und möglichst weitgehender Schonung der Souveränität der Mitgliedstaaten zu finden. Generell wurde zur Effektivierung der Kompetenzbereiche der Union das Mehrheitsprinzip im Rat ausgeweitet und dadurch die Vetomöglichkeit der einzelnen Mitgliedstaaten und mithin auch deren Souveränität eingeschränkt. Im strafrechtsrelevanten Bereich wurde einerseits das Unionsziel des einheitlichen Raumes „der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ in Art. 3 Abs. 2 EUV verankert und gegenüber früheren Vertragsversionen aufgewertet. Andererseits finden sich in Art. 72 und 276 AEUV Schranken für Eingriffe in die mitgliedstaatliche Souveränität in Bereichen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der inneren Sicherheit zuzuordnen sind. So legt Art. 72 AEUV fest, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit ausschließlich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen. Art. 276 AEUV bestimmt, dass der Europäische Gerichtshof nicht zuständig für die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von polizeilichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten ist.

Bei der Auslegung der Vertragsbestimmungen muss dieses Bemühen um einen Ausgleich zwischen größtmöglicher Schonung der Souveränität der Mitgliedstaaten und effektiver Erreichung der Unionsziele zu Grunde gelegt werden.

b) EU-Gesetzgebung ist demokratisch weniger legitimiert als nationale Gesetzgebung

Das Gebot, Unionskompetenzen im strafrechtlichen Bereich besonders restriktiv auszulegen, ergibt sich weiterhin daraus, dass die demokratische Legitimation von EU-Gesetzgebung in zweifacher Hinsicht gegenüber der demokratischen Legitimation der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten reduziert ist.

345; Zöller ZIS 2009, 340, 342; Waldhoff a.a.O. (Fn. 4), Art. 325 Rn. 18.

aa) Der Grundsatz der Staatengleichheit schließt Wahlgleichheit bei Europawahlen aus

Gemäß Art. 14 Abs. 2 S. 3 EU sind die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Europäischen Parlament „degressiv proportional, mindestens jedoch mit sechs Mitgliedern je Mitgliedstaat vertreten.“ Die Höchstzahl möglicher Sitze pro Land ist auf 96 Sitze festgesetzt. Die Sitzverteilung wird auf Initiative und mit Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig vom Europäischen Rat erlassen.¹⁹ Die degressive Verteilung führt dazu, dass die Abgeordneten unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterschiedlich viele Bürger vertreten. So werden in der Legislaturperiode 2009 – 2014 82 Mio. Deutsche durch 96 Sitze repräsentiert, 0,4 Mio. Malteser durch 6 Sitze. Die Stimme eines Maltesers hat bei der Wahl zum Europäischen Parlament folglich 12,8 mal mehr Gewicht als die Stimme eines Deutschen. Dies widerspricht dem Grundsatz der Wahlgleichheit.²⁰ Eine supranationale Strafrechtssetzungskompetenz der Union könnte also theoretisch dazu führen, dass Strafnormen von einer Mehrheit im Europäischen Parlament, die aber nur eine Minderheit der Unionsbürger repräsentiert, getragen werden.

bb) Ein europäischer öffentlicher Diskurs findet nur unzureichend statt

Neben den formalen Voraussetzungen an ein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren bestehen zudem vorrechtliche Voraussetzungen an die Legitimation von (Straf-)Recht. Legitimität entsteht, wenn alle möglicherweise Betroffenen den jeweiligen Handlungsnormen „als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können.“²¹ Auch ein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren ist also auf ein Mindestmaß gesellschaftlichen Diskurses angewiesen, um zu gewährleisten, dass die entsprechende Rechtssetzung in der Gesellschaft anerkannt wird. Das Bundesverfassungsgericht fordert insofern eine „ständige Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen (...) aus der heraus eine öffentliche Meinung den Willen vorformt.“²² Eine solche öffentliche Auseinandersetzung ist auf europäischer Ebene zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht in gleichem Maße gegeben wie auf nationaler Ebene. Es ist nicht zu verkennen, dass „die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt.“²³ Schon die Sprachvielfalt im europäischen Raum verhindert eine Auseinandersetzung von gleichem Umfang wie sie in den einzelnen Mitgliedstaaten möglich ist. Weil sich das Europäische Parlament bei seiner Entscheidungsfindung also noch nicht in gleichem Maße wie die nationalstaatlichen Parlamente auf

¹⁹ Vgl. Den Bericht über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments: 2007/2169(INI).

²⁰ BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn 280.

²¹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1998), S. 138; kritisch: *Kubiciel* GA 2010, 100, 108.

²² BVerfGE 89, 155 (Maastricht), Rn. 98.

²³ BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn. 251.

einen öffentlichen Diskurs stützen kann, hat es bei seinen Entscheidungen weniger Zugang zu den Wertentscheidungen der repräsentierten Bürger. Insofern ist es weniger legitimiert als nationale Parlamente, in Normen kodifizierte Entscheidungen über Recht und Unrecht zu treffen.

Für die Frage nach einer Kompetenz der EU zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts nach dem Vertrag von Lissabon ist die Frage der Legitimation nicht alleinentscheidend, denn auch bei idealer Legitimation wäre noch zu prüfen, ob die Verträge eine Kompetenz vermitteln.²⁴ Das beschriebene „Minus“ an Legitimation supranationaler gegenüber einzelstaatlicher Strafgesetzgebung muss aber als Grund restriktiver Auslegung möglicher Ermächtigungsgrundlagen berücksichtigt werden.²⁵ Dies gilt umso mehr im eingriffsintensiven Bereich des Strafrechts, dessen Auswirkungen bis zur Zerstörung der bürgerlichen Existenz reichen können.²⁶

c) Nur gemeinsame Wertüberzeugungen können strafrechtlich geschützt werden

Bei der Abgrenzung und Auslegung der Zuständigkeiten der EU ist zudem zu beachten, dass das Strafrecht bisher auch von soziokulturellen und historisch-traditionellen Eigenheiten des jeweiligen Mitgliedstaats geprägt ist.²⁷ Für die Beeinflussung des Strafrechts durch „ethische und religiöse Vorstellungen, (...) soziale Verhältnisse, (...) volkseigentümliche Entwicklungsbedingungen und Erscheinungsformen des Verbrechertums“²⁸ lassen sich etliche Beispiele finden. Den Einfluss von ethischen, aber auch sozialen und demographischen Bedingungen der jeweiligen Gesellschaft auf ihr Strafrecht zeigt beispielsweise die unterschiedliche Bewertung von Schwanger-

schaftsabbrüchen.²⁹ Den Einfluss von besonderen kriminalpolitischen Erfordernissen zeigen die ausgeprägten Regelungen des italienischen Strafrechts bezüglich krimineller Vereinigungen.³⁰ Auch die enger verwandten Rechtskreise Österreichs und Deutschlands kommen zum Beispiel zu unterschiedlichen Wertungen bezüglich der Notwehrfähigkeit des Rechtsgutes „Ehre“.³¹

Auch bei der Bewertung von Handlungen zulasten der EU-Finzen können unterschiedliche strafrechtliche Auffassungen, die in den Mitgliedstaaten vertreten werden, zum Tragen kommen. Beispielsweise teilen andere europäische Rechtsordnungen die Ablehnung der Strafbarkeit juristischer Personen auf Grundlage des deutschen Schuldprinzips nicht.

Hieraus ergibt sich ein Spannungsfeld:³² Einerseits ist es Intention der Vertragsparteien die jeweiligen nationalen Identitäten zu wahren.³³ Andererseits bedingt das Zusammenwachsen Europas in allen Lebensbereichen die gegenseitige Teilnahme an den verschiedenen Kulturen. Diese Teilnahme kann indes „um so befruchtender wirken (...), je vorsichtiger die selbstständige Eigenart eine[r] jeden von ihnen gewahrt wird“.³⁴ In vielen Bereichen werden also im Einzelnen unterschiedliche Wertvorstellungen noch bestehen bleiben. Dies stellt eine Einschränkung für die normative Ableitbarkeit der „Pönalisierung sozialen Verhaltens (...) aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen“ dar.³⁵ Nur solche Verhaltensnormen können nämlich strafrechtlich geschützt werden, die den gemeinsamen Wertüberzeugungen der Bürger entsprechen.³⁶ Zwar ist es zunächst Aufgabe auf politischer Ebene, dies zu berücksichtigen,³⁷ bei der Auslegung von Normen, die die EU möglicherweise zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts ermächtigen, kann aber zugrunde gelegt werden, dass die Vertragsparteien bezüglich der Integration des Strafrechts zurückhaltender sind als bezüglich anderer Rechtsgebiete.

III. Art. 325 Abs. 4 AEUV ermächtigt nicht zum Erlass supranationaler Strafnormen

Im Folgenden wird gezeigt, dass Art. 325 Abs. 4 AEUV bei der gebotenen restriktiven Auslegung strafrechtsrele-

²⁴ Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin (2002), S. 133; Hecker a.a.O. (Fn. 7), § 4 Rn. 74; a.A.: Böse GA 2006, 211, 221.

²⁵ Lüderssen, GA 2003, 71, 84; an die Legitimation der Ausgestaltung von Zollstrafnormen sind freilich höhere Anforderungen zu stellen als an die Bewertung von Verbrechen, deren Strafwürdigkeit allgemein anerkannt ist. Die Existenz der VStGB Delikte Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen bedeutet nicht, dass die Anforderungen an die demokratische Legitimation supranationaler Strafnormen generell weniger hoch als auf nationalstaatlicher Ebene sind.

²⁶ Rosenau ZIS 2008, 9, 18.

²⁷ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts: eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht (2001), S. 159ff; Hassemer, in: Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch (1999), S. 157: Strafrecht sei „stark kulturell verhaftet und deswegen interkulturell kaum beweglich“; kritisch hierzu: Weigend ZStW 105 (1993), 774, 789.

²⁸ Kahl Deutsche Strafrechtszeitung 1916, 275, 278; vgl.: v. Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1 (1915), 1, 6 „der Stoff des Rechts sey (...) aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen“; Rüter ZStW 105 (1993), 30, 35 „historisch gewachsene Traditionen und Wertvorstellungen“; Weigend ZStW (1993), 774, 785 „nationale und kulturelle Eigenheiten“; BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn 249: „kulturelle(n), historisch gewachsene(n) (...) Vorverständnisse(n)“.

²⁹ Hierzu: Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich, Teil 1: Europa (1988).

³⁰ Satzger a.a.O. (Fn. 27), S. 162.

³¹ § 3 österreichisches StGB; weitere Beispiele bei Satzger a.a.O. (Fn. 27), S. 161f.

³² Kulturelle Unterschiede führen freilich auch in anderen Rechtsgebieten zu Spannungen: vgl. zu den „Sonntagsverkaufsfallen“ nur: Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 227.

³³ Art. 4 Abs. 2 EUV; Art. 67 Abs. 1 AEUV.

³⁴ v. Liszt ZStW 38 (1917), 1, 3.

³⁵ BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn. 253.

³⁶ BVerfGE 120, 224 (Geschwisterbeischlaf), Rn. 50; Bacigalupo, in: Festschrift für Günter Jakobs (2007), S. 14; Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens (1973), S. 152; Kubiciel GA 2010, 99, 111.

³⁷ Satzger a.a.O. (Fn. 27), S. 165.

vanter Normen der EU-Verträge nicht zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts ermächtigt.

1. Der Wortlaut des Art. 325 Abs. 4 AEUV schließt Verordnungen nicht aus

Art. 325 Abs. 4 AEUV stellt fest, dass Rat und Parlament im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren „die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten“ beschließen.³⁸ Strafrechtliche Maßnahmen werden nicht ausdrücklich bezeichnet, die Begriffe „Bekämpfung“ und „Betrügereien“ weisen aber auf strafrechtliches Vorgehen hin:³⁹ „Bekämpfung“ indiziert die Anwendung von repressiven Maßnahmen.⁴⁰ „Betrügereien“ bezeichnet ein Kriminalitätsfeld, gegen das grundsätzlich auch mit strafrechtlichen Maßnahmen vorgegangen werden muss.⁴¹

Fraglich ist allerdings, welche strafrechtlichen Maßnahmen zur Bekämpfung von Betrügereien von Art. 325 Abs. 4 AEUV umfasst sind. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist Art. 288 S.1 AEUV, nach dem der Begriff der Maßnahme neben Richtlinien, Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen auch Verordnungen umfasst.⁴² Weiter spricht die Verwendung des Begriffes der Maßnahme in Art. 325 Abs. 2 AEUV dafür, die Verordnung als Maßnahme i.S.d. Art. 325 Abs. 4 AEUV zu sehen: Art. 325 Abs. 2 AEUV kodifiziert die Assimilierungspflicht der Mitgliedsstaaten. Er legt fest, dass die Mitgliedstaaten Straftaten zulasten der EU-Finzen mit den gleichen „Maßnahmen“ bekämpfen, mit denen sie gegen Straftaten zulasten der eigenen Finanzen vorgehen.⁴³ Eine Maßnahme, mit der die Mitgliedstaaten Taten zulasten ihrer Finanzen bekämpfen, ist der Erlass von Strafgesetzen. Der Begriff „Maßnahme“ i.S.d. Art. 325 Abs. 2 AEUV umfasst folglich Strafgesetze.⁴⁴ Das Äquivalent zu einem mitgliedstaatlichen Strafgesetz auf Unionsebene ist die (keinen Umsetzungsakt erfordernde) Verordnung.⁴⁵

Untersucht man also ausschließlich den Wortlaut des Art. 325 AEUV, finden sich zunächst keine Anhaltspunkte, die darauf deuten, dass der Erlass strafrechtlicher Verordnungen von Art. 325 Abs. 4 AEUV nicht umfasst ist.⁴⁶ Eine Verordnung wäre direkt in den Mitgliedstaaten anwendbar und stellte somit supranationales Kriminalstrafrecht dar. Bezüglich der Ermächtigung zum Beschluss von Maßnahmen findet sich außer dem Erforderlichkeitskriterium im Wortlaut des Art. 325 Abs. 4 AEUV keine Beschränkung. Rat und Parlament scheinen also, sofern kein weniger in die Souveränität der Mitgliedstaaten eingreifendes Mittel gleichermaßen erfolgversprechend ist, zum Erlass auch von Verordnungen zur Bekämpfung von Betrügereien,⁴⁷ die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, ermächtigt zu sein.⁴⁸

Mit Rücksicht auf die oben dargelegten Gründe sind im Bereich des Strafrechts jedoch höhere Anforderungen an die Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung zu stellen.⁴⁹ Die Tatsache, dass der Wortlaut des Art. 325 Abs. 4 AEUV bei isolierter Betrachtung einer supranationalen Strafrechtssetzungskompetenz nicht entgegensteht, erlaubt also noch kein abschließendes Urteil.⁵⁰ Vielmehr sind auch Systematik, Historie und Telos der Norm zu berücksichtigen.

Vertrag von Lissabon; a.A.: *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften (1996), S. 1.

⁴⁶ *Fromm* StraFo 2008, 358ff; *ders.*, EG-Rechtsetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht (2009), S. 64 ff.

⁴⁷ „Betrügereien“ in diesem Sinne erfassen dabei nicht nur Handlungen im Sinne des deutschen § 263 Abs. 1 StGB, sondern auch andere Handlungen mit Täuschungscharakter, zum Beispiel Urkundendelikte. *Satzger* a.a.O. (Fn. 1), § 8, Rn. 25; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil (2008), Rn. 44 ff; *Braun*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit (2003), S. 178.

⁴⁸ Auch die Art. 33 (Schutz des Zollwesens), Art. 43 Abs. 2 (Agrarpolitik), Art. 79 Abs. 2 lit. d (Illegale Einwanderung und Menschenhandel), Art. 91 Abs. 1 lit. c, d (Verbesserung der Verkehrssicherheit), Art. 103 Abs.1 (Wettbewerbsschutz), Art. 192 Abs. 1 (Umweltschutz), Art. 352 (Vertragsabrundungskompetenz) AEUV weisen einen gleichermaßen weit interpretierbaren Wortlaut auf.

⁴⁹ Überträgt Art. 325 Abs. 4 AEUV tatsächlich eine so weitgehende Kompetenz unter so weit gefassten Voraussetzungen wäre das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon nach dem BVerfG wohl verfassungswidrig. Nach BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn. 362 lässt sich der, die Souveränität der Mitgliedstaaten weniger einschränkende Art. 83 AEUV nämlich nur verfassungskonform auslegen, weil er bereits vom Wortlaut eng gefasst ist.

⁵⁰ *Hecker* a.a.O. (Fn. 7), § 4, Rn. 75.

³⁸ Dieses richtet sich nach Art. 289, 294 AEUV, siehe dazu *Satzger*, in *Sieber, Brüner, Satzger, Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht* (2011), § 1 Rn. 62 – 64.

³⁹ In Art. 325 Abs. 1 AEUV wird der Begriff der Abschreckung verwendet. Abschreckung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundlegender Strafzweck (BVerfGE 45, 187, 253) auch dies weist auf den Bereich des Strafrechts hin; a.A.: *Böse* ZIS 2010, 76, 88.

⁴⁰ *Hecker*, a.a.O. (Fn. 38), § 10, Rn. 25.

⁴¹ *Hecker* a.a.O. (Fn. 7), § 4 Rn. 81; *Tiedemann*, in: *Festschrift für Klaus Roxin* (2001), S. 1401, 1409.

⁴² Damit umfassen laut *Vogel*, a.a.O. (Fn. 38), § 5, Rn. 6 Maßnahmen i.S.d. Art. 325 Abs. 4 AEUV „selbstverständlich“ auch Verordnungen; ebenso: *Zieschang* ZStW 113 (2001), 255, 260.

⁴³ Dies hatte bereits EuGHE 1989, 2965 – Rs. 68/88 = EuZW 1990, 99 (Griechischer Mais) aus dem allg. Loyalitätsgebot entwickelt; *Peers*, *EU Justice and Home Affairs Law* (2006), S. 390.

⁴⁴ *Hecker*, a.a.O. (Fn. 38), § 10, Rn. 4 vertritt, die Assimilierungspflicht könne sich im Einzelfall sogar zu einer Pönalisierungspflicht verdichten.

⁴⁵ *Zieschang* ZStW 113 (2001) 255, 260 bejaht mit diesem Argument eine EU Strafsetzungskompetenz schon vor dem

2. Die Systematik der strafrechtlichen Kompetenzregelungen im AEUV schließt die Annahme einer Verordnungskompetenz im Strafrecht aus

a) Art. 86 AEUV setzt kein supranationales Strafrecht voraus

Art. 86 AEUV sieht die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vor. Diese wäre gemäß Art. 86 Abs. 2 AEUV „zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die (...) Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben, die in der Verordnung nach Absatz 1 festgelegt sind.“⁵¹ Unklar ist, was genau in der Verordnung nach Abs. 1 festgelegt werden soll: Zum einen könnte sie Zuständigkeitsfelder der Europäischen Staatsanwaltschaft näher konkretisieren, zum anderen könnte hier auf die Schaffung supranationaler Straftatbestände Bezug genommen worden sein.⁵²

Allerdings müsste die Europäische Staatsanwaltschaft gem. Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV ohnehin vor dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Strafgericht Anklage erheben. Dies ist durchaus auch auf Grund von gegebenenfalls unterschiedlichen nationalen Umsetzungsgesetzen einer Richtlinie zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union möglich. Unmittelbar anwendbares Unionsstrafrecht ist also keine zwingende Voraussetzung für die Tätigkeit der gegebenenfalls neu zu schaffenden Behörde.

Die Möglichkeit der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft gemäß Art. 86 AEUV setzt also die Annahme von Kompetenzen der Union zur Schaffung entsprechender Strafnormen nicht voraus.⁵³ Art. 86 AEUV kann also weder für noch gegen eine Kompetenz zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts in Stellung gebracht werden. Art. 86 AEUV zeigt aber, dass die Mitgliedstaaten bei Vertragsschluss den Grundstein für eine weitergehende europäische Integration auf dem Gebiet des Strafrechts legen wollten.⁵⁴

b) Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV steht einer Strafrechtssetzungskompetenz nicht entgegen

Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV ermächtigt den Rat, gegen Kartelle oder missbräuchliches Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung mit Geldbußen und Zwangsgeldern vorzugehen. Aus dieser ausdrücklichen Regelung wird teils e contrario geschlossen, dass eine Kompetenz zur Strafrechtssetzung nicht bestehen könne.⁵⁵ Wenn

⁵¹ Gem. Art. 68 Abs. 4 AEUV können die Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft auf bestimmte andere Regelungsfelder ausgedehnt werden.

⁵² Heger ZIS 2009, 406, 416.

⁵³ Böse ZIS 2010, 76, 88.

⁵⁴ Heger ZIS 2009, 406, 416.

⁵⁵ Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (2002), S. 120 zur Vorgängernorm Art. 83 Abs. 2 lit. a

schon der Erlass von Bußgeldern geregelt ist, dann bedürfe die Kompetenz zum Erlass von Strafvorschriften erst recht einer ausdrücklichen Regelung. Dem lässt sich jedoch entgegen, dass Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV in erster Linie keine Ermächtigung, sondern vielmehr einen Regelungsauftrag beinhaltet.⁵⁶ Der Unionsgesetzgeber ist demnach bei Vorliegen von „Zweckdienlichkeit“ i.S.d. Art. 103 Abs. 1 AEUV zum Erlass von Bußgeldnormen verpflichtet. Die spezifische Regelung der Bußgeldkompetenz spricht folglich zwar eher gegen darüber hinausgehende, weniger eindeutig geregelte Kompetenzen der Union, schließt solche aber nicht aus.

c) Die detaillierten Regeln zur Richtlinienkompetenz des Art. 83 AEUV schließen die Annahme einer Verordnungskompetenz in Art. 325 Abs. 4 AEUV aus

aa) Das Verhältnis zwischen Art. 83 und Art. 325 AEUV

Anders stellt sich die Situation bei Art. 83 AEUV dar. Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 ermächtigen das Europäische Parlament und den Rat, gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen festzulegen.⁵⁷ Art. 83 AEUV ermächtigt also die EU ausdrücklich zu Eingriffen in das Strafrecht der Mitgliedstaaten. Die Ermächtigungstatbestände sind allerdings eng gefasst.⁵⁸

Nach Art. 83 Abs. 1 AEUV dürfen Richtlinien nur für Bereiche besonders schwerer Kriminalität erlassen werden, welche entweder grenzüberschreitend sind, grenzüberschreitende Auswirkungen haben oder aber zwingend grenzüberschreitend bekämpft werden müssen. Abs. 1 UAbs. 2 zählt entsprechende Kriminalitätsbereiche abschließend auf, diese können gem. Abs. 1 UAbs. 3 nur durch einstimmigen Ratsbeschluss mit Zustimmung des Parlaments ergänzt werden.

Art. 83 Abs. 2 AEUV regelt eine strafrechtliche Annexkompetenz, die der EuGH bereits unmittelbar vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon angenommen hat.⁵⁹ Danach dürfen Richtlinien in Bereichen, in denen bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, erlassen werden, wenn dies unerlässlich für die Durchführung der Unionspolitik auf dem jeweiligen Gebiet ist.

Wie gezeigt, ist der Tatbestand des Art. 325 Abs. 4 AEUV weniger eng gefasst. Sieht man in Art. 325 Abs. 4 AEUV also eine Ermächtigung zum Erlass supranationalen Strafrechts, bestünde ein systematischer Widerspruch: Für das Einwirken auf die nationalen Strafrechtssysteme

EGV; a.A.: Satzger, a.a.O. (Fn. 1), § 8, Rn. 19 der auf die Begriffswahl „insbesondere“ in Abs. 2 hinweist; Böse GA 2006, 211, 220.

⁵⁶ Jung, a.a.O. (Fn. 4), Art. 103, Rn. 16; Böse GA 2006, 211, 220 [zur Vorgängernorm Art. 83 Abs. 2 lit. a EGV].

⁵⁷ Aus dem Begriff Mindestvorschriften folgt, dass es sich nicht um abschließende Regelungen handeln darf.

⁵⁸ BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn. 362 hält das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon nur deswegen „noch“ für verfassungskonform.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-440/05, Slg. 2007, I-9097, Rn. 52 ff. (Kommission/Rat).

per Richtlinie gälten strengere Anforderungen als an den Erlass strafrechtlicher Verordnungen.

Art. 83 Abs. 3 AEUV würde diesen Widerspruch noch verstärken. Gem. Art. 83 Abs. 3 AEUV können die Mitglieder des (Minister) Rates bei Richtlinien, die grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung eines Mitgliedstaates betreffen, das Verfahren aussetzen und beantragen, dass der Europäischen Rat (der Regierungschefs) damit befasst wird.⁶⁰ Diese als „Notbremse“ bezeichnete Möglichkeit stellt eine weitere Restriktion für den Erlass von Richtlinien dar.⁶¹ Auch hier wäre nicht erklärbar, warum eine solche Restriktion zwar für die Kompetenz zum Erlass von Richtlinien vorgesehen wurde, nicht aber für die weitergehende Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Verordnungen.⁶²

bb) Strafrechtssetzungskompetenz trotz unterschiedlich enger Ermächtigungstatbestände?

Unter den Vertretern der Ansicht, dass Art. 325 Abs. 4 AEUV die EU zum Erlass supranationalen Strafrechts ermächtigt, besteht Uneinigkeit, wie mit den unterschiedlich engen Ermächtigungstatbeständen des Art. 83 und des Art. 325 AEUV umzugehen ist.

(1) Die Verordnung als im Vergleich zur Richtlinie schonendere Maßnahme?

Satzger argumentiert, dass der sachliche Grund für die weitergehende Restriktion der Richtlinienkompetenz des Art. 83 AEUV gegenüber der Verordnungskompetenz des Art. 325 Abs. 4 AEUV darin bestehe, dass durch Unionsrechtssetzung eine autonome Rechtsordnung ausschließlich zum Schutz des supranationalen Rechtsguts der finanziellen Interessen der Union entstehe. Durch diese seien Integrität und Kohärenz der nationalen Strafrechtsordnungen nicht in gleicher Weise betroffen wie im durch Art. 83 Abs. 3 AEUV geregelten Fall, denn supranationale Gesetze änderten nichts an den Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten.⁶³

Integrität und Kohärenz der nationalen Strafrechtsordnungen werden aber nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern um die Akzeptanz der jeweiligen Strafrechtsordnung durch die Bürger sicherzustellen. Widersprechen die Wertungen nebeneinander anwendbarer supranationaler und nationaler Strafnormen einander, wird die Akzeptanz der ganzen Strafrechtsordnung in Frage gestellt. Auch der Verweis auf das supranationale

Schutzgut des Art. 325 AEUV überzeugt nicht. Supranationale Normen wären nämlich nicht ohne Regelungen zum allgemeinen Teil denkbar. Hielte man es noch für vermittelbar, beispielsweise Subventionsbetrug zulasten von EU-Mitteln nach anderen Wertungen zu bestrafen als Subventionsbetrug zulasten mitgliedstaatlicher Mittel so täten sich doch spätestens untragbare Widersprüche auf, wenn sich die Wertungen zum Versuch des jeweiligen Delikts widersprächen.

Die Annahme, dass niedrigere Anforderungen des Art. 325 Abs. 4 AEUV dadurch zu erklären seien, dass dieser zu Verordnungen ermächtigt, die die mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen im Gegensatz zu den in Art. 83 AEUV geregelten Richtlinien nicht betreffen, vermag folglich nicht zu überzeugen.

(2) Analoge Anwendung des Art. 83 Abs. 3 AEUV

Andererseits wird vertreten, dass die bei Annahme der Kompetenz zum Erlass supranationalen Strafrechts bestehende systematische Inkohärenz nicht darauf schließen lasse, dass eine solche Kompetenz ausgeschlossen sei. Systematische Widersprüche seien vielmehr Konsequenz daraus, dass die Systematik der strafrechtlichen Kompetenzregeln im Vertrag von Lissabon weitgehend von vorherigen Vertragsversionen übernommen wurde, die keine Strafrechtskompetenz enthielten. Dadurch verursachte systematische Widersprüche seien durch den Rechtsanwender auszugleichen.⁶⁴ Zwar ermächtigt Art. 325 Abs. 4 AEUV grundsätzlich zu supranationalen Strafnormen. Wenn diese gegen in einem Mitgliedstaat herrschende grundlegende Rechtsüberzeugungen verstoßen, sei aber undenkbar, dass diese den Bürgern dieses Mitgliedstaates aufgezwungen werden können. Für diesen Fall finde sich keine Regelung im AEUV. Die Interessenlage sei jedoch mit der des Art. 83 Abs. 3 AEUV vergleichbar. Die Regelung des Art. 83 Abs. 3 AEUV müsse daher auch und erst recht zum Schutz vor supranationalen Normen, die grundlegenden Aspekten einer mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnung widersprechen, Anwendung finden. Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass eine überzeugende Lösung für den systematischen Widerspruch gefunden wird, der entsteht, wenn man Art. 325 Abs. 4 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass supranationaler Strafgesetze sieht.

(3) Vorschlag: Berücksichtigung des Art. 83 AEUV bei der Auslegung des Art. 325 AEUV

Legt man Art. 325 AEUV unter Berücksichtigung des Art. 83 AEUV aus, besteht ein solch starker Widerspruch hingegen schon nicht. Es fällt auf, dass Art. 83 AEUV Strafrecht ausdrücklich nennt, während sich der Strafrechtsbezug des Art. 325 AEUV nur aus dem Kontext ergibt. Weiterhin sticht ins Auge, dass Art. 83 schon nach seiner Wortwahl klar als Ermächtigungsnorm formuliert ist, während Art. 325 Abs. 4 AEUV nur feststellt, dass Maßnahmen beschlossen werden, also eher nach einer Absichtserklärung klingt.

⁶⁰ § 9 Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG) verpflichtet den deutschen Ratsvertreter auf Anweisung des Bundestags (Abs. 1), oder sofern Länderinteressen betroffen sind des Bundesrats (Abs. 2) gem. Art. 83 Abs. 3 AEUV den Europäischen (Regierungs) Rat zu befassen; *Suhr ZEuS* 2009, 709.

⁶¹ Zur „emergency brake“: *Peers*, *EU Justice and Home Affairs Law* (2006), S. 426 f; vgl. bereits den Vorschlag v. *Liszt* in *ZStW* 38 (1917) 1, 15: „In denjenigen Fragen, in denen eine Übereinstimmung nicht erzielt werden kann, bleibt jedem der Verbandsstaaten uneingeschränkt oder in gewissen Grenzen das Recht des selbstständigen Vorgehens.“

⁶² *Heger ZIS* 2009, 406, 415.

⁶³ Aus diesem Grund die analoge Anwendung des Art. 83 Abs. 3 AEUV auf Art. 325 Abs. 4 AEUV ablehnend: *Satzger*, a.a.O. (Fn. 1), § 9, Rn. 52 f.

⁶⁴ *Heger ZIS* 2009, 406, 416.

Es bietet sich daher an, Art. 325 Abs. 4 AEUV als Präzisierung des Art. 83 AEUV zu lesen, der die besondere Bedeutung des Kriminalitätsbereichs „Handlungen zulasten der finanziellen Interessen der EU“ unterstreicht. Maßnahmen, die Parlament und Rat nach Art. 325 AEUV zur Bekämpfung von Betrügereien beschließen, könnten nach dieser Lesart nur diejenigen Maßnahmen sein, die der EU im strafrechtsrelevanten Bereich zur Verfügung stehen, d.h. Maßnahmen, die die mitgliedstaatliche Souveränität jedenfalls nicht weitergehend einschränken als die in Art. 83 AEUV geregelten Richtlinien. Über eine reine Präzisierung des Art. 83 AEUV geht Art. 325 Abs. 4 AEUV indes in zweierlei Hinsicht hinaus: Erstens ist in Art. 325 Abs. 4 AEUV das Schutzgut „finanzielle Interessen der Union“ klar benannt, während Art. 83 AEUV zum Erlass von Richtlinien in Bereichen besonders schwerer Kriminalität von grenzüberschreitender Art oder mit grenzüberschreitenden Auswirkungen ermächtigt. Zwar fällt der Großteil der Handlungen zulasten der Unionsfinanzen in diese Kriminalitätsbereiche. Jedoch unterscheidet sich der für Art. 325 Abs. 4 AEUV wichtigste Bereich des Schutzes der EU-Struktur- und Kohäsionsfonds von den in Art. 83 AEUV genannten Kriminalitätsfeldern.⁶⁵ Zweitens ist Art. 325 AEUV bezüglich der Anforderungen an den Beschluss von Maßnahmen, wie gezeigt, weniger restriktiv als Art. 83 AEUV.

Legt man Art. 325 Abs. 4 AEUV nicht als Art. 83 AEUV überschreitende Kompetenz zum Erlass supranationalen Strafrechts aus, besteht hierin indes kein Widerspruch: Erstens ist Art. 325 Abs. 4 AEUV in seinem Anwendungsbereich auf den Schutz der finanziellen Interessen der EU gegenüber dem weiteren Anwendungsbereich des Art. 83 AEUV beschränkt, zweitens handelt es sich bei den EU-Finanzen um ein originär supranationales Rechtsgut.⁶⁶ Insofern ist es konsequent, der Union hier unter weniger restriktiven Voraussetzungen eine Kompetenz einzuräumen.

Man könnte argumentieren, dass diese sachlichen Gründe nicht nur geringere Restriktionen an den Erlass einer Richtlinie nach Art. 325 Abs. 4 AEUV als an den Erlass einer Richtlinie nach Art. 83 AEUV, sondern ebenso die Annahme einer Kompetenz zum Erlass supranationalen Strafrechts rechtfertigen. Soweit tragen die erläuterten Unterschiede jedoch nicht. Art. 83 Abs. 1 AEUV betrifft Schwerstkriminalität, hinsichtlich derer keine nennenswerten Wertungsspielräume bestehen, man studiere den Katalog des Art. 83 Abs. 2 AEUV.⁶⁷ Art. 83 Abs. 2 AEUV erlaubt Mindestvorschriften für Straftaten wenn dies unerlässlich für die Durchführung der Politik der Union ist. Hierunter wird vor allem der Schutz supranationaler Rechtsgüter, etwa der Umwelt fallen. Die Anwendungsbereiche der Art. 325 Abs. 4 AEUV und Art. 83 AEUV

⁶⁵ Insbesondere die in Art. 83 Abs. 1 S. 2 AEUV genannten Bereiche Korruption und organisierte Kriminalität kommen in Betracht.

⁶⁶ Vgl. Satzger, in: R. Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 325 Rn. 3 m. Nachw.

⁶⁷ Art. 83 Abs. 2 nennt zB: „Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche“.

unterscheiden sich also nicht derart grundlegend, dass eine weitergehende Verordnungskompetenz in Art. 325 Abs. 4 AEUV zu rechtfertigen wäre.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass eine Auslegung des Art. 325 Abs. 4 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass unmittelbar anwendbarer supranationaler Strafgesetze zu einem gewichtigen systematischen Widerspruch im AEUV führt, der allenfalls mittels einer analogen Anwendung des Art. 83 Abs. 3 AEUV auf Art. 325 Abs. 4 AEUV abgemildert werden könnte. Dieser Widerspruch ergibt sich nicht,⁶⁸ wenn man bei der Auslegung des bereichsspezifischen Art. 325 Abs. 4 AEUV die allgemeinere und zu Strafrechtskompetenzen ausdrückliche Regel des Art. 83 AEUV berücksichtigt. Als „Maßnahmen“ i.S.d. Art. 325 Abs. 4 AEUV sind folglich nur diejenigen Maßnahmen zu verstehen, die der EU im Bereich des Strafrechts auch nach Art. 83 AEUV offenstehen, nämlich neben Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen nur Richtlinien.

Die Systematik der strafrechtlichen Kompetenzen spricht somit deutlich gegen die Annahme einer auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützten Kompetenz der EU zum Erlass supranationaler Strafnormen.⁶⁹

3. Die Historie des Art. 325 Abs. 4 AEUV zeigt die stetige Zunahme strafrechtlicher Kompetenzen der EU

Die Historie des Art. 325 Abs. 4 AEUV wird vielfach zur Stützung der weiten, eine supranationale Strafrechtssetzungskompetenz umfassenden Auslegung angeführt. Fraglich ist, ob die Entwicklungslinien der Vorläufernormen oder die Gesetzgebungsmaterialien eine solche Auslegung stützen.

Art. 325 Abs. 4 AEUV und seine Vorgängernormen zeigen anschaulich das zunehmende Vordringen der Europäischen Integration auf dem Gebiet des Strafrechts: Erstmals kodifizierte Art. 209a EGV in der Fassung des *Vertrages von Maastricht* die vom EuGH als Reaktion auf den griechischen Maïsskandal entwickelte Assimilierungspflicht des Schutzes der EU-Fiskalinteressen an das Niveau des Schutzes der finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten.⁷⁰

Der *Vertrag von Amsterdam* übernahm die Assimilierungspflicht in Art. 280 Abs. 2 EGV und führte in Abs. 4 die in Art. 325 Abs. 4 AEUV wortgleich gefasste Kompetenz

⁶⁸ Bzw. weniger gravierend. Auch bei Beschluss einer auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützten Richtlinie wäre Art. 83 Abs. 3 AEUV wohl analog anzuwenden.

⁶⁹ Gleiches gilt bezüglich der übrigen Artikel im AEUV mit offenem Wortlaut s. Fn 48; Böse ZIS 2010, 76, 87 verweist darauf, dass auch das BVerfG möglicherweise davon ausgeht und aus diesem Grund im Lissabon Urteil nicht auf die Möglichkeit einer Kompetenz der EU zur Setzung supranationalen Strafrechts eingeht.

⁷⁰ EuGHE 1989, 2965 ff., EuZW 1990, 99 (Griechischer Mais).

der EG ein, die zum Schutz der finanziellen Interessen der Union erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Art. 280 Abs. 4 EGV enthielt darüber hinaus in Satz 2 die sogenannte „Unberührtheitsklausel“⁷¹, nach der „die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege (..) von diesen Maßnahmen unberührt“ bleiben sollten. Die Bedeutung dieser Klausel war umstritten. Teils wurde vertreten, dass diese Klausel auf eine supranationale Gesetzgebungskompetenz hindeutete, denn supranationale Normen träten neben mitgliedstaatliche Normen und berührten als solche die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten nicht.⁷² Allerdings ist schwer vorstellbar, wie in der Praxis eine parallele Gesetzgebungskompetenz von EG und Mitgliedstaaten so hätte ausgestaltet werden können, dass die Anwendung nationalen Strafrechts unberührt geblieben wäre.⁷³ Überzeugender ist daher, dass die Klausel strafrechtliches Vorgehen gestützt auf Art. 280 Abs. 4 EGV sowohl durch Richtlinie als auch durch Verordnung ausschließen sollte.

Der *Vertrag von Lissabon* führte schließlich in Art. 83 AEUV die Kompetenz ein, unter strengen Voraussetzungen das Strafrecht der Mitgliedstaaten durch Richtlinie anzugleichen. Parallel wurde die „Unberührtheitsklausel“ des ex-Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV nicht in die Nachfolgenorm des Art. 325 Abs. 4 AEUV übernommen. Im Wortlaut des Art. 325 Abs. 4 AEUV, der isoliert betrachtet, wie gezeigt, in Richtung einer Strafgesetzgebungskompetenz weist, findet sich folglich keine Einschränkung zu Gunsten der mitgliedstaatlichen Strafrechtsanwendung mehr. Da die „Unberührtheitsklausel“ in der deutschen Strafrechtswissenschaft als zentrales Argument gegen eine Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts galt, wird aus ihrem Wegfall teils geschlossen, dass eine solche Kompetenz nun bestehe.⁷⁴ Nach dieser Ansicht haben die Mitgliedstaaten durch das Streichen des Nebensatzes aus dem Vertragstext ihren Willen zum Ausdruck gebracht, der EU die Kompetenz zu übertragen, bereichsspezifisch zum Schutz ihrer finanziellen Interessen supranationales Strafrecht zu schaffen.⁷⁵

Eine so weitgehende Interpretation der Streichung der Unberührtheitsklausel des ex-Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV ist aber aus drei Gründen nicht überzeugend:

Erstens sollten Kompetenzübertragungen im strafrechtsrelevanten Bereich grundsätzlich nur ausdrücklich und unmissverständlich erfolgen.⁷⁶ Dies muss vor dem Hintergrund des Vertragsschlusses zwischen den Mitgliedstaaten besonders betont werden. Da nämlich die Zustimmung der mitgliedstaatlichen Parlamente erforderlich ist, müssen die Verträge so gefasst sein, dass den Parlamentariern auch klar ist, welche Kompetenzen sie

übertragen. Könnte eine gewichtige Kompetenz schon durch die Streichung eines Nebensatzes im Vertrag übertragen werden, wäre dies nicht gewährleistet.⁷⁷ Auch angesichts der Diskussion, ob schon die Vorgängernorm des Art. 325 Abs. 4 AEUV, Art. 280 Abs. 4 EGV eine Strafrechtssetzungskompetenz enthielt, kann die schlichte Streichung der Unberührtheitsklausel keine Kompetenzübertragung darstellen. Vielmehr wäre eine Klarstellung erforderlich gewesen.⁷⁸ Auch die Kommission ging in ihrem „Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft“⁷⁹ aus dem Jahr 2001 davon aus, dass eine ausdrückliche Kompetenzübertragung erforderlich sei und schlug die Schaffung eines neuen Art. 280a EGV vor, der den Erlass supranationalen Strafrechts zum Schutz der Gemeinschaftsfinanzen ausdrücklich geregelt hätte.⁸⁰

Zweitens muss die Interpretation der Intention der Streichung der Klausel zunächst an der gestrichenen Klausel selbst ansetzen. Wenn der Satz „die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleibt von diesen Maßnahmen unberührt“ gestrichen wird, kann daraus zunächst nur geschlossen werden, dass die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege nach dem Vertrag von Lissabon durch europäische Maßnahmen nun „berührt“ werden darf. Eine Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts lässt sich darauf nicht stützen.

Drittens bieten auch die gem. Art. 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge subsidiär heranzuziehenden vorbereitenden Arbeiten und Umstände des Vertragsabschlusses wenig Anhaltspunkte für eine so weitgehende Interpretation. Arbeitsgruppe 10 des Konvents („Freiheit, Sicherheit und Recht“) stützte sich bei der Streichung wohl auf Arbeitspapier Nr. 27 (verfasst von der deutschen Kommissarin *Michaela Schreyer*).⁸¹ Dieses enthält Vorschläge zur Regelung einer Europäischen Staatsanwaltschaft und stellt außerdem recht knapp fest: „The last sentence of paragraph 4 of current

⁷¹ Art. 2 Nr. 276 lit. b des Vertrages von Lissabon.

⁷² *Zieschang ZStW* 113 (2001), 255, 260.

⁷³ *Musil NStZ* 2000, 68, 68; *Satzger a.a.O.* (Fn. 27), S. 106.

⁷⁴ *Hecker a.a.O.* (Fn. 38), § 10, Rn. 26.

⁷⁵ *Ambos a.a.O.* (Fn. 7), § 9, Rn. 8.

⁷⁶ *Ambos a.a.O.* (Fn. 18), Rn. 9; *Griese EuR* 1998, 462, 476; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung (2000), S. 345; *Zöller ZIS* 2009, 340, 342; *Waldhoff a.a.O.* (Fn. 4), Art. 325, Rn. 18.

⁷⁷ Dass bezüglich der Kompetenz zum Erlass von EU Strafverordnungen vor der Abstimmung über das Zustimmungsgesetz Unsicherheit bei den deutschen Parlamentariern bestand, zeigt die Anberaumung eines Expertengesprächs im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 28. November 2007, zum Thema „Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?“, Wortprotokoll einsehbar unter: http://www.artikel1.de/20071128_Wortprotokoll.pdf.

⁷⁸ *Hecker*, a.a.O. (Fn. 7), § 4, Rn. 75.

⁷⁹ KOM (2001) 715 endg., abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001_0715de01.pdf.

⁸⁰ KOM (2001) 715 endg., S. 23: „Der Rat legt nach dem Verfahren des Artikels 251 die Bedingungen für die Ausübung des Amtes des Europäischen Staatsanwalts fest und erlässt insbesondere (a) Vorschriften zur Festlegung der Tatbestandsmerkmale von Betrug und jeder anderen rechtswidrigen Handlung, die gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichtet ist sowie der Strafen für alle Straftatbestände“.

⁸¹ Abrufbar unter <http://european-convention.eu.int/docs/wd10/5628.pdf>, vgl. *Fromm*, EG-Rechtsetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht (2009), S. 69.

article 280 EC (...) should be abrogated“. Die Erläuterungen zum Erfordernis einer Europäischen Staatsanwaltschaft im Arbeitspapier legen nahe, dass die Autorin des Arbeitspapiers auch die Schaffung supranationaler Strafnormen befürwortet.⁸² Dieser Gedanke wurde in den Beratungen der Arbeitsgruppe aber nicht aufgenommen.⁸³ Auch im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe finden sich keine Erläuterungen, die darauf hinweisen, dass mit der Streichung der „Unberührtheitsklausel“ eine Kompetenz zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts übertragen werden sollte.⁸⁴ Eine mögliche Alternativerklärung wäre zum Beispiel, dass die Unberührtheitsklausel in der Sorge gestrichen wurde, diese könne die Ausübung der neuen Kompetenz des Art. 83 blockieren.

Die Historie des Art. 325 Abs. 4 AEUV zeigt folglich zwar deutlich den Willen der Mitgliedstaaten, die Europäische Integration auch auf dem Gebiet des Strafrechts voranzutreiben, die Annahme einer supranationalen Strafrechtssetzungskompetenz durch Verordnung lässt sich auf sie aber nicht stützen.

4. Teleologische Erwägungen allein können eine EU-Strafrechtssetzungskompetenz nicht begründen

Die Mitgliedstaaten übertragen der Union aus zwei Gründen Aufgaben und Kompetenzen: zum einen „bei transnationalen Problemlagen, deren Lösung die Aufgabenerledigungskapazität des Staates übersteigt“,⁸⁵ zum anderen hinsichtlich supranationaler Interessen.⁸⁶ Ausufernde Kriminalität zulasten der EU-Finzen zu begrenzen ist ein solches Interesse. Nach einer sowohl im innerstaatlichen Recht (Annexkompetenz) als auch im Völkerrecht allgemein anerkannten Auslegungsregel (Implied-powers-Doktrin) beinhalten solche Kompetenzübertragungen immer zugleich diejenigen Vorschriften, bei deren Fehlen sie sinnlos oder nicht in sinnvoller oder vernünftiger Weise zur Anwendung gelangen könnten.⁸⁷ In ähnlicher Weise ließe sich auch mit dem „effet-utile-Grundsatz“ argumentieren.⁸⁸ Danach sollen die mit einer Bestimmung verfolgten Ziele möglichst effektiv zur Gel-

tung gebracht werden.⁸⁹ In diesem Sinne hatte der EuGH 2005 schon vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ausgeführt, dass der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht daran hindern könne, „Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen unerlässliche Maßnahme darstellt.“⁹⁰ 2007 präzisierte der EuGH diese Entscheidung: Der Gemeinschaftsgesetzgeber könne die Mitgliedstaaten zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen verpflichten, um die volle Wirksamkeit der in einem Kompetenzbereich der Union erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten.⁹¹ Eine weite Auslegung von Ermächtigungsgrundlagen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU kann also nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen werden.⁹² Eine Kompetenz zur Schaffung unmittelbar anwendbaren Strafrechts im engeren Sinne kann aber nicht bereits auf die EuGH-Rechtsprechung gestützt werden, denn der EuGH hat die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für Art und Maß strafrechtlicher Sanktionen ausdrücklich anerkannt.⁹³

Für die hier zu entscheidende Frage nach einer Strafsetzungskompetenz der EU nach dem Vertrag von Lissabon sind zudem noch zwei Aspekte zu berücksichtigen: Erstens gelten die hohen Anforderungen an eine erweiternde Auslegung vor dem Hintergrund der starken Betonung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung seit dem Vertrag von Lissabon in erhöhtem Maße.⁹⁴ Zweitens ist eine zurückhaltende Auslegung im strafrechtsrelevanten Bereich in besonderer Weise geboten.

Eine der Systematik des AEUV entgegenstehende Kompetenz zur Schaffung unmittelbar anwendbaren Strafrechts kann also nicht auf die teleologische Auslegung des Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützt werden.

5. Zusammenfassung

Der Wortlaut des Art. 325 Abs. 4 AEUV erklärt, dass Maßnahmen besonders zum Finanzschutz erlassen werden sollen, genügt den Anforderungen, die an die Über-

⁸² Nach *Walter ZStW* 117 (2005), 912, 918 besteht daran kein Zweifel und er scheint davon auszugehen, dass sich die Arbeitsgruppe diese Ansicht unmittelbar zu eigen gemacht hat.

⁸³ Sitzungsprotokolle der Arbeitsgruppe finden sich unter: http://european-convention.eu.int/DE/doc_register/doc_registerb9bf.html?lang=DE&Content=WGX

⁸⁴ Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe ist abrufbar unter: http://www.drj.de/cms/fileadmin/docs/schlussbericht_eu_konvent.pdf

⁸⁵ *Meyer, NStZ* 2009, 657, 662.

⁸⁶ *Sieber, a.a.O.* (Fn. 38), Einf., Rn. 203.

⁸⁷ *Calliess, a.a.O.* (Fn. 4), Art. 5 EUV Rn. 16; *Degenhart* in: *Sachs, Grundgesetz*, 5. Aufl. (2009), Art. 70 Rn. 29.

⁸⁸ Die implied-powers Doktrin ist in der Theorie streng von der effet-utile Auslegung abzugrenzen. Implied powers bezeichnen schon implizit übertragene Kompetenzen, effet utile Auslegung bedeutet kompetenzerweiternde Auslegung um ein aus der ausgelegten Regelung ableitbares Ziel wirksam erreichen zu können.

⁸⁹ *Calliess, a.a.O.* (Fn. 4), Art. 5 Rn. 18; *Wegener, ebda.*, Art. 19 Rn. 15; zum effet utile *Manthey/Unselde ZEuS* 2011, 323; *Potacs EuR* 2009, 465ff.

⁹⁰ EuGH, Rs. 176/03 (Kommission ./ Rat), Slg. 2005, I-7879, Rn. 47.

⁹¹ EuGH, Rs. 440/05 (Kommission ./ Rat), Slg. 2007, I-9097, Rn. 71; die Rechtsprechung des EuGH zu den implied powers im Umweltstrafrecht ist kritisiert worden: *Hefendehl ZIS* 2006, 161,166f.; *Wegener/Greenawalt ZUR* 2005, 585f.; *Fletcher/Löff/Gilmore, EU Criminal Law and Justice* (2008) S. 178; die besondere Betonung des Subsidiaritätsgrundsatzes durch den Vertrag von Lissabon mögen auch eine Reaktion auf diese als extensiv empfundene Rechtsprechung sein.

⁹² *Heger ZIS* 2009, 406, 416.

⁹³ EuGH, Rs. 440/05 (Kommission ./ Rat), Slg. 2007, I-9097, Rn. 775.

⁹⁴ *Lenaerts/van Nuffel a.a.O.* (Fn. 2), S. 120.

tragung einer Kompetenz zum Erlass supranationalen Strafrechts zu stellen sind, aber nicht. Auch die Historie der Norm bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass eine so weitgehende Kompetenz übertragen werden sollte. Art. 325 Abs. 4 AEUV ist vielmehr systematisch unter Berücksichtigung des Art. 83 AEUV auszulegen, den er insofern präzisiert und erweitert, als er bereichsspezifisch zum Schutz der EU-Finzen zum Erlass von Beschlüssen, Empfehlungen, Stellungnahmen und unter erleichterten Voraussetzungen zum Erlass von Richtlinien ermächtigt. Maßnahmen i.S.d. Art. 325 Abs. 4 AEUV umfassen also ausschließlich die der Union nach den Verträgen zur Verfügung stehenden Maßnahmen, d.h. im strafrechtlichen Bereich keine Verordnungen. Es besteht somit auch nach dem Vertrag von Lissabon keine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass supranationaler Strafnormen.⁹⁵

IV. Der Schutz der EU-Finzen kann durch Unionsgesetzgebung besser als auf mitgliedstaatlicher Ebene verwirklicht werden

Darüber hinaus dürfen jegliche Maßnahmen nach Art. 325 Abs. 4 AEUV, d.h. Richtlinien und, sofern man Art. 325 Abs. 4 entgegen hier vertretener Ansicht weit auslegt, Verordnungen nur unter Wahrung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit erlassen werden. Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz gem. Art. 5 Abs. 3 EUV ist erforderlich, dass der Schutz der EU-Finzen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden kann und auf Unionsebene besser zu verwirklichen ist.

1. Der Schutz der EU-Finzen durch das mitgliedstaatliche Strafrecht ist lückenhaft

a) Der Schutz der EU-Finzen beruht auf interstaatlichen Übereinkommen

Der Schutz der finanziellen Interessen der EU auf mitgliedstaatlicher Ebene ist bereits weitgehend europarechtlich beeinflusst. Er beruht zunächst auf der Vorgabe des EuGH, Handlungen zulasten der finanziellen Interessen der EU gleichermaßen zu bestrafen wie Handlungen zulasten der jeweiligen nationalen Finanzinteressen („Assimilierungspflicht“).⁹⁶ Das auf Art. 3 EUV gestützte Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG (1995) erweiterte diese Grundlage,⁹⁷ indem es Vorgaben für die Bekämpfung von „betrügerischen Handlungen“ sowie zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmensleitern setzt. Zwei Protokolle ergän-

zen das Übereinkommen: Protokoll 1 (1996)⁹⁸ regelt Korruptionsdelikte, Protokoll 2 (1997)⁹⁹ regelt Einziehung, Geldwäsche sowie die Sanktionierung juristischer Personen. Deutschland setzte das Übereinkommen sowie die Protokolle durch das EG-Finanzschutzgesetz (1998)¹⁰⁰, das EU-Bestechungsgesetz (1998)¹⁰¹, sowie das Gesetz zur Ausführung des zweiten Protokolls (2002)¹⁰² um. Dabei wurde der im deutschen Strafrecht herkömmliche „zweigleisige“ Schutz öffentlichen Vermögens beibehalten.¹⁰³ Öffentliche Einnahmen werden über die §§ 369 ff. AO, Ausgaben über §§ 263, 264 StGB geschützt.¹⁰⁴

b) Die deutsche Umsetzung der Übereinkommen führt zu Rechtslücken

Im Folgenden wird an vier Beispielen aufgezeigt, wie die deutsche Umsetzung der Übereinkommen zum Schutz der EU-Finzen zu Rechtslücken führt und die Bekämpfung von Straftaten zulasten der EU-Finzen erschwert.

aa) Vorteilsgewährung an EU-Beamte (§ 333 StGB)

Korruptionsdelikte schädigen die öffentlichen finanziellen Interessen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn diese Beamte betreffen, die für die Verwaltung und Bewilligung von Subventionen oder die Erhebung von Abgaben verantwortlich sind.¹⁰⁵ Daher gilt für Korruptionsdelikte das Gleichstellungsprinzip. Nach diesem muss gegen unrechtmäßige Leistung oder Entgegennahme solcher Leistungen an oder durch Unionsbeamte gleichermaßen wie gegen unrechtmäßige Leistung oder Entgegennahme derselben an oder durch nationale Beamte vorgegangen werden. Dies ist auch in Art. 4 des (ersten) Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften festgelegt.

⁹⁵ S. Fn. 1.

⁹⁶ EuGHE 1989, 2965 (Griechischer Mais); Art. 325 Abs. 2 AEUV Rn. 23-25.

⁹⁷ Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (Abl. C 316 vom 27.11.1995, S. 49).

⁹⁸ Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (Abl. C 313 vom 23.10.1996, S. 2).

⁹⁹ Zweites Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (Abl. C 221 vom 19.07.1997, S. 12).

¹⁰⁰ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EG-Finanzschutzgesetz-EGFinSchG), BGBl. 1998, Teil II, Nr. 37, S.2322.

¹⁰¹ Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz-EUBestG), BGBl. 1998, Teil II, Nr. 37, S. 2340.

¹⁰² Gesetz zur Ausführung des zweiten Protokolls vom 19. Juni 1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der europäischen Gemeinschaften, der gemeinsamen Maßnahme betreffend die Bestechung im privaten Sektor vom 22. Dezember 1998 und des Rahmenbeschlusses vom 29. Mai 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro, BGBl. 2002, Teil 1, Nr. 61, S.3387.

¹⁰³ Zu dieser Umsetzung: Tiedemann NJW 1990, 2226, 2226.

¹⁰⁴ Zieschang EuZW 1997, 78f.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 3 des (ersten) Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften.

Diese Gleichstellung hat der deutsche Gesetzgeber nicht vollständig vollzogen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist Amtsträger nur, wer seine Stellung „nach deutschem Recht“ übertragen bekommen hat.¹⁰⁶ EU-Beamte fallen nur darunter, wenn die rechtliche Grundlage ihrer Bestellung in deutsches Recht transformiert wurde.¹⁰⁷ Auch unter „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete (...), die auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet“ sind, fallen EU-Beamte nicht. § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB wird nämlich eng ausgelegt, es wird eine Verpflichtung nach deutschem Recht vorausgesetzt.¹⁰⁸ Um diese Lücke zu schließen, regelt das der Umsetzung des ersten Protokolls dienende EU-Bestechungsgesetz für die §§ 332, 334 – 336 und 338 StGB die Gleichstellung von nationalen und EU-Beamten.¹⁰⁹ Keine Regelung findet sich bezüglich der Vorteilsgewährung im Sinne des § 333 StGB an EU-Beamte.¹¹⁰

Dass nach derzeitigem Gesetzesstand die Vorteilsgewährung an EU-Beamte im Gegensatz zur Vorteilsgewährung an nationale Beamte somit straflos bleibt, stellt eine wertungswidersprüchliche Lücke im Schutz der finanziellen Interessen der EU durch das deutsche Strafrecht dar.

Es ist allerdings anzumerken, dass das (erste) Protokoll ausdrücklich nur Regelungen bezüglich der Bestechung bzw. Bestechlichkeit trifft. Daher ist fraglich, ob die Assimilierungspflicht Deutschland dazu verpflichtet, die eigene weitergehende Strafbarkeit der Vorteilsgewährung bzw. -annahme auf EU-Beamte auszuweiten. Auch bei Ablehnung einer Assimilierungspflicht bleiben zwei Aspekte widersprüchlich: Zum einen ist die Ungleichbehandlung von Vorteilsgewährung an deutsche und an EU-Beamte nicht verständlich, zum anderen ist fraglich, warum die Vorteilsgewährung an EU-Beamte straflos bleiben soll, nicht aber die Vorteilsannahme. Auch ein von der Bundesregierung 2007 in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachter Gesetzentwurf, der das EU-Bestechungsgesetz in das Strafgesetzbuch inkorporiert, schließt diese Gesetzeslücke bezüglich regulärer EU-Beamter nicht.¹¹¹

bb) Täuschung zur Erlangung von Vertragssubventionen (§ 264 StGB)

§ 264 StGB schützt die öffentlichen finanziellen Interessen auf Ausgabenseite. § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB weitet

den Schutzbereich des § 264 StGB aus, indem er EU-Leistungen, „die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt“ werden, aufnimmt. Dies schützt, entsprechend den Vorgaben des Art. 1 des Übereinkommens, die finanziellen Interessen der EU vor Schaden durch rechtswidrig erlangte Leistungen. Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 sind „unrichtige oder unvollständige Angaben“ (Abs. 1, Nr. 1), Fehlgebrauch der Subvention (Abs. 1, Nr. 2), In-Unkenntnis-Lassen über Tatsachen (Abs. 1, Nr. 3) oder das Gebrauchen einer durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangten Bescheinigung (Abs. 1, Nr. 4). Nr. 1, 3 und 4 setzen allerdings voraus, dass die Angaben bzw. Tatsachen subventionserheblich im Sinne des Abs. 8 sind. Gemäß Abs. 8 sind Tatsachen subventionserheblich, wenn sie gesetzlich als subventionserheblich bezeichnet werden (Abs. 8, Nr. 1) oder wenn sie gesetzliche Bedingung für die Subventionsvergabe sind (Abs. 8, Nr. 2). Demnach ist der Schutzbereich des § 264 StGB bezüglich täuschendem Verhalten auf Subventionen begrenzt, deren Ausgestaltung und Vergabebedingungen gesetzlich festgelegt sind.¹¹² Die Täuschung über Subventionen, deren Bedingungen ausschließlich vertraglich ausgestaltet sind („Vertragssubventionen“), ist demnach nicht nach § 264 StGB strafbar.¹¹³ Bei zusätzlichem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale objektiver Schadeneintritt und subjektive Bereicherungsabsicht greift jedoch der Schutz des § 263 StGB.¹¹⁴ Bezüglich Vertragssubventionen der EU bestehen also höhere Anforderungen an die Strafbarkeit als bezüglich Subventionen, deren Schutz gesetzlich geregelt ist. Insofern sind EU-Subventionen ihrem deutschen Pendant gleichgestellt. Auch deutsche Vertragssubventionen unterfallen den strengeren Anforderungen des § 263 StGB. Die genannten zusätzlichen Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB gehen über die des Art. 1 des Übereinkommens hinaus. Teilweise wird die Norm daher als völkerrechtswidrig zu eng gefasst angesehen.¹¹⁵ Zwar erschweren unterschiedlich hohe Strafbarkeitsanforderungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten die Strafverfolgung, eine Lücke im materiellen Recht zum Schutz der finanziellen Interessen der EU ist hierin jedoch nicht zu sehen.¹¹⁶

¹⁰⁶ Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder a.a.O. (Fn. 1), § 11 Rn. 14.

¹⁰⁷ Hilgendorf, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 1, 12. Aufl. (2006), § 11, Rn. 22.

¹⁰⁸ Hilgendorf a.a.O. (Fn. 107), § 11, Rn. 73; der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB ließe eine weitere Auslegung durchaus zu.

¹⁰⁹ § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 EUBestG.

¹¹⁰ Sowada, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 8, 12. Aufl. (2008), § 333, Rn. 2; vgl. auch: Zweiter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und seiner Protokolle vom 14.02.2008, KOM(2008) 77, S. 4.

¹¹¹ BRDrucks. 548/07; BTDrucks. 16/6558, abgedruckt bei Sowada a.a.O. (Fn. 110), Vor § 333, Rn. 108.

¹¹² Für die Zweckentfremdung gem. § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB spielen subventionserhebliche Angaben/Tatsachen keine Rolle. § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB umfasst nach seinem klaren Wortlaut also auch die Zweckentfremdung von Vertragssubventionen; a.A. wohl: Tiedemann in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 7, 11. Aufl. (2004), Nachtrag § 264, Rn. 5.

¹¹³ Tiedemann a.a.O. (Fn. 112), Nachtrag § 264, Rn. 5.

¹¹⁴ BGHSt 37, 203, 206 f.; 44, 233, 243; BGH NSStZ 2006, 625, 628; NSStZ 2007, 578, 579; NK-StGB/Hellmann, § 264 Rn. 171; Perron in: Schönke/Schröder a.a.O. (Fn. 1), § 263 Rn. 87; Tiedemann a.a.O. (Fn. 112), § 264 Rn. 172; a.A.: Eberle, Der Subventionsbetrug nach Paragraph 263 StGB, Ausgewählte Probleme einer verfehlten Reform (1983), S. 185.

¹¹⁵ Tiedemann a.a.O. (Fn. 112), Nachtrag § 264, Rn. 5.

¹¹⁶ Siehe auch den Bericht der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und seiner Protokolle vom 14.02.2008, KOM(2008) 77, der auf die Problematik der Vertragssubventionen nicht eingeht.

cc) Hinterziehung von Unionsabgaben durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO)

§ 370 Abs. 6 und Abs. 7 AO soll die Gleichstellung von Taten zulasten von Einnahmen der EU und solchen zulasten der Einnahmen des deutschen Staates gewährleisten.¹¹⁷ Bei der Bewertung von Steuerhinterziehungen zulasten der finanziellen Interessen der EU stellen sich zwei Probleme, die sich aus den Tatbestandsvoraussetzungen der Steuerhinterziehung durch Unterlassen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ergeben.

(1) Adressat der Täuschung: Ausländische Finanzbehörden

EU-Einfuhrzölle werden in dem Land erhoben, in dem die Waren in den Gemeinschaftsmarkt eingeführt werden. Zu ihrem wirksamen Schutz ist notwendig, dass die Hinterziehung im gesamten Binnenmarkt strafbar ist. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, zu diesem Zweck keinen eigenen Tatbestand zu schaffen, sondern durch § 370 Abs. 6 und Abs. 7 AO den Grundtatbestand des § 370 Abs. 1 AO auf die Hinterziehung ausländischer Abgaben zu erweitern. Dadurch gelingt die Gleichstellung von Steuerhinterziehungen durch pflichtwidriges Unterlassen der Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern (§ 370 Abs. 1 Nr. 3 AO), sowie durch Abgeben von unrichtigen oder unvollständigen Tatsachen gegenüber Finanzbehörden oder anderen Behörden (Nr. 1). Durch das materielle deutsche Strafrecht besteht also effektiver Schutz der finanziellen Interessen der EU gegen Steuerhinterziehung durch aktives Tun im Sinne des § 370 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 AO.

Wie von *Schmitz/Wulf* aufgezeigt, ergeben sich allerdings Schwierigkeiten bezüglich der Gleichstellung von Steuerhinterziehungen durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen von Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen (Nr. 2).¹¹⁸ § 6 Abs. 2 Nr. 1 – 8 AO legen fest, dass unter den Begriff der Finanzbehörde ausschließlich Bundes- und Landesbehörden fallen. Demnach sind die Behörden anderer Mitgliedstaaten nicht als Finanzbehörden im Sinne des § 370 Abs. 1 AO anzusehen.¹¹⁹ Telos der Regelung der § 370 Abs. 7 und Abs. 6 AO ist die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 370 Abs. 1 AO auf Eingangsabgaben, Umsatz- und harmonisierte Verbrauchsteuer, die von einem anderen Mitgliedstaat und damit notwendigerweise der jeweils zuständigen ausländischen Finanzbehörde verwaltet werden.¹²⁰ Um dem gerecht zu werden, könnte man die Norm also weit auslegen und ausländische Finanzbehörden entgegen

dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 AO als taugliche Adressaten der Täuschung einbeziehen. Die teleologische Auslegung kann sich aber gegen den klaren Wortlaut des § 6 Abs. 2 AO nicht durchsetzen. Dies ist insbesondere mit Rücksicht auf die aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB folgende Wortlautbindung bezüglich strafscharfender Auslegung zu beachten. Zwar handelt es sich bei § 6 Abs. 2 AO nicht um eine Strafnorm, da ihre Auslegung aber unmittelbare Auswirkung auf die Auslegung des § 370 AO hat muss die Wortlautbindung auch für § 6 AO gelten. Ausländische Behörden sind folglich keine Finanzbehörden im Sinne des § 370 Abs. 1 AO. Das Unterlassen von Angaben gegenüber ausländischen Finanzbehörden ist somit bei der gebotenen wortlautgetreuen Auslegung nicht nach § 370 AO strafbar.¹²¹ Bezüglich der Unterlassensvariante des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO besteht also eine Strafbarkeitslücke im materiellen Strafrecht. In der Praxis wirkt sich dies indes nicht aus, da die Rechtsprechung, um die Rechtslücke zu schließen, der weiten Auslegung des § 6 Abs. 2 AO folgt.¹²²

(2) Täterseite: Pflichtwidrigkeitserfordernis

Ein weiteres Problem ergibt sich auf Täterseite. Aufgrund der möglichen Gewinne weisen die meisten Täter von Steuerhinterziehungen zulasten der EU einen hohen Organisationsgrad auf.¹²³ Derjenige, der steuerpflichtige Waren über die Grenze bringt, nimmt oft entweder einen niedrigen Rang in der kriminellen Organisation ein oder hat selbst keine kriminellen Absichten und wird durch die Hintermänner nicht über in seinem Transport versteckte steuerpflichtige Waren in Kenntnis gesetzt. Die Steuerhinterziehung durch Unterlassen ist in Deutschland als Sonderdelikt ausgestaltet.¹²⁴ § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO setzt als bestimmendes Tatbestandsmerkmal die Verletzung einer Erklärungspflicht voraus.¹²⁵ Nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist also nur strafbar, wer Träger dieser Pflicht ist. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist insofern eine Blankettnorm, die bezüglich der Erklärungspflichten auf die einschlägigen Steuergesetze verweist. Die Grundlage des Zollrechts der EU bildet der Zollkodex (ZK).¹²⁶ Art. 40 ZK bestimmt, dass diejenige Person, die die abgabepflichtigen Waren in das Zollgebiet „verbracht hat oder die gegebenenfalls die Verantwortung für ihre Weiterbe-

¹¹⁷ § 370 AO ist ein betrugsähnlicher Straftatbestand, der allerdings weder einen Vermögensschaden fordert, noch einen Irrtum auf Seiten des Geschädigten, darin ähnelt er Art. 1 des PIF und musste daher wenig angepasst werden.

¹¹⁸ *Schmitz/Wulf* Wistra 2001, 361, 366; a.A.: *Ransiek* in: Kohlmann, Steuerstrafrecht, Loseblatt (Stand 01/2011), § 370 AO, Rn. 254 (03/2010).

¹¹⁹ *Kürzinger*, in: Wannemacher, Handbuch Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2004), S. 51, Rn. 168.

¹²⁰ *Hellmann*, in: Hübschmann, Hepp, Spitaler Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, Loseblatt, (Stand 07/2011), § 370 AO, Rn. 89 (03/2011).

¹²¹ *Schmitz/Wulf*, in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 1. Aufl. (2010), § 370, Rn. 318.

¹²² Die Rechtsprechung geht bisher ohne Begründung von der Einbeziehung ausländischer Behörden aus: BGH 08.11.2000 – 5 StR 440/00, Wistra 2001, 62f.; BGH 21.02.2001 – 5 StR 368/00, Wistra 2001, 263; LG Hamburg, 20.03.2000 – 618 KLS 8/99, Wistra 2001, 68f.

¹²³ *Hecker* a.a.O. (Fn. 7), § 14 Rn. 12; anschaulich: BGH 08.11.2000 – 5 StR 440/00, Wistra 2001, 62f.; BGH 21.02.2001 – 5 StR 368/00, Wistra 2001, 263; LG Hamburg, 20.03.2000 – 618 KLS 8/99, Wistra 2001, 68f.

¹²⁴ *Schmitz/Wulf* a.a.O. (Fn. 121), § 370, Rn. 262.

¹²⁵ *Schmitz/Wulf* a.a.O. (Fn. 121), § 370, Rn. 262; BGH wistra 1987, 147; a.A.: *Bender*, Das Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht mit Verfahrensrecht (1968), TZ 63; LG Hamburg, wistra 2001, 68; *Bender* wistra 2001, 69; *Bender* wistra 2004, 368, 370; *Tiegs*, Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft, Eine Bestandsaufnahme des englischen und deutschen Strafrechts zum Schutz der EG-Finanzinteressen (2006), S. 127.

¹²⁶ VO Nr. 2913/92/EWG.

förderung übernimmt“, erklärungspflichtig ist.¹²⁷ Nach dem Wortlaut fällt nur der Transporteur unter diese Norm, das heißt, der Fahrer der steuerpflichtigen Waren. Teils wurde vertreten, dass soweit der Fahrer von den versteckten Waren nichts wusste oder hätte wissen können, Art. 40 ZK teleologisch „zu reduzieren“ sei. Demnach wäre nicht der Fahrer, sondern der Auftraggeber erklärungspflichtig.¹²⁸ Soweit Art. 40 ZK über § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO Auswirkungen auf die Strafbarkeit hat, war diese weite Auslegung bedenklich. In seinem Urteil vom 04.03.2004 hat der EuGH demgemäß entschieden, dass Art. 40 ZK (wortlautgetreu) so auszulegen ist, dass die Erklärungspflicht nur „für den Fahrer und den Beifahrer eines Lastzuges, die diese Waren in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht haben“ gilt, auch dann, wenn die Waren ohne ihr Wissen in dem Fahrzeug versteckt wurden.¹²⁹ Demgemäß scheidet die Strafbarkeit der „Hintermänner“ mangels Erklärungspflicht aus. Mittäter einer Straftat nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO kann also nicht sein, wer den gewerbsmäßigen Schmuggel zwar nicht in eigener Person durchführt und selbst an der Grenze tätig wird, am Schmuggel aber als Hintermann beteiligt ist.¹³⁰ Zudem scheidet auch die Strafbarkeit der Transporteure mangels Vorsatz in der Regel aus. Im deutschen Strafrecht besteht also nach derzeit anwendbarem Recht bezüglich einer der am häufigsten begangenen Handlungen zulasten der finanziellen Interessen der EU eine Strafbarkeitslücke. Der Vorschlag, diese durch Aufgabe der Auslegung des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO als Sonderdelikt zu beheben, hat sich nicht durchgesetzt.¹³¹ Zwar ist am 24.06.2008 ein modernisierter Zollkodex in Kraft getreten, der in Art. 95 Abs. 1 b, c die Gestellungspflicht auch für Auftraggeber und Verantwortliche eines Transports vorschreibt.¹³² Dieser modernisierte Zollkodex ist allerdings derzeit noch nicht anwendbar.¹³³ Nach derzeit anwendbarem Recht besteht folglich bezüglich der Unterlassensvariante als Grundform der Steuerhinterziehung eine ungewollte Strafbarkeitslücke.

bb) Bis 2008: Verschleierung unrechtmäßig erlangter Unionseinnahmen (§ 261 StGB)

Die wirksame Bekämpfung von Betrugsdelikten zulasten der öffentlichen Finanzen setzt zudem die Strafbarkeit der Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte voraus. Entsprechend regelt Art. 2 des Protokolls 2 von 1997, dass Geldwäsche unter Strafe zu stellen ist. Das entsprechende deutsche Umsetzungsgesetz von 2002 nahm den Betrug zulasten von Unionseinnahmen

(§ 370 Abs. 6 AO) jedoch nicht als taugliche Vortat einer Geldwäsche im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB auf.¹³⁴ Dies wurde 2007 nachgeholt.¹³⁵ Mit Wirkung seit 01. Januar 2008 ist demnach der Betrug zulasten von Unionseinnahmen taugliche Vortat einer Geldwäsche im Sinne des § 261 Abs. 1 Nr. 4 lit. b StGB. Eine Strafbarkeitslücke besteht nach aktuellem Gesetzesstand demnach nicht mehr, jedoch sind vor dem 01. Januar 2008 begangene Geldwäschehandlungen zulasten der Unionseinnahmen straffrei.

c) Die Strafbarkeitslücken lassen sich in drei Kategorien einteilen

Die beispielhaft erörterten Lücken im deutschen Strafrechtsschutz der finanziellen Interessen der EU zeigen mögliche Gründe für Lücken im Schutz der finanziellen Interessen der EU durch die Mitgliedstaaten. Dabei lassen sich die aus den Beispielen abgeleiteten Gründe für ungewollte Strafbarkeitslücken in drei Kategorien einteilen:

Erstens führt gesetzestechnisch mangelhafte Umsetzung zu Strafbarkeitslücken. Dies zeigt sowohl § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO in Bezug auf die missglingende Ausweitung der Strafbarkeit der Steuerhinterziehung auf in anderen Mitgliedstaaten hinterzogene Steuern als auch die verspätete Aufnahme des Betruges zulasten der Unionseinnahmen als Vortat im Sinne des § 261 StGB. Zweitens ergeben sich Schwierigkeiten aus dem Zusammenwirken von mitgliedstaatlichen und europaweit geltenden Regelungen. Beispielhaft hierfür wurde der Verweis von § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO auf Art. 40 ZK erläutert. Drittens stehen unter Umständen auch nationale Interessen einem vollumfänglichen Schutz der finanziellen Interessen der EU entgegen. Ein Beispiel hierfür könnte § 333 StGB sein, der trotz Aufforderung durch einen Bericht der Kommission¹³⁶ auch in der anstehenden Gesetzesänderung nicht auf reguläre EU-Beamte ausgeweitet wird.¹³⁷

Untersuchungen weisen darauf hin, dass auch in anderen Mitgliedstaaten Defizite im Schutz der finanziellen Interessen der EU bestehen.¹³⁸ In einer aktuellen Mitteilung weist die Kommission darauf hin, dass die Bestimmungen des Übereinkommens zum Schutz der finanziellen Interessen von 1995 bisher nur in fünf Mitgliedstaaten

¹²⁷ „Gestellungspflichtig“ i.S.d. ZK.

¹²⁸ BFH v. 12.07.99 ZfZ 1999, S. 379.

¹²⁹ EuGH v. 04.03.2004 – C 238/02, wistra 2004, 376.

¹³⁰ So aber noch LG Hamburg, wistra 2001, 68 unter Ablehnung der Sonderdeliktseigenschaft des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.

¹³¹ Bender wistra 2004, 368, 370; Tiegs a.a.O. (Fn. 125), S. 127.

¹³² EU Amtsblatt L-145 vom 04.06.2008 (S. 1).

¹³³ http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/procedural_aspects/general/community_code/index_de.htm, zuletzt abgerufen am 29.04.2012, verweist auf mangelnde, zur Anwendung von Durchführungs-vorschriften zum modernisierten Zollkodex erforderliche EDV-Systeme. Spätestens soll der modernisierte Zollkodex ab dem 24.06.2013 anzuwenden sein.

¹³⁴ Zweiter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und seiner Protokolle vom 14.02.2008, KOM(2008) 77, S. 3.

¹³⁵ Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, Art. 4 Nr. 1 lit. b, BGBl. 2007, Teil 1, Nr. 70, S. 3198.

¹³⁶ KOM(2008) 77, S. 4.

¹³⁷ Gesetzesänderungsvorschlag: BRDrucks. 548/07; BTDrucks. 16/6558.

¹³⁸ Strafbarkeitslücken in einzelnen Mitgliedstaaten sind auch vor dem Hintergrund des gem. Art. 7 PIF, Art. 6 Abs. 1 EU, Art. 50 EU-GRCh geltenden europäischen ne bis in idem Grundsatz problematisch. Rechtslücken können sich so auch in anderen Mitgliedstaaten auswirken, hierzu: Bender wistra 2009, 176ff.

voll umgesetzt wurden.¹³⁹ Dies indiziert, dass der Schutz der finanziellen Interessen der EU noch „lückenhaft und uneinheitlich“ ist.¹⁴⁰

2. Unionsmaßnahmen würden Schutzlücken vermindern

Als weitere Voraussetzung des Subsidiaritätsgrundsatzes müsste der Schutz der Unionsfinanzen gem. Art. 5 Abs. 3 EUV wegen seines „Umfangs oder [seiner] Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen“ sein.

Der erforderliche Unionsbezug ist gegeben: Es muss verhindert werden, dass Strafbarkeitslücken es transnational organisierten Gruppen¹⁴¹ mit Wissen um die entsprechenden Lücken ermöglichen, gezielt Geschäftsmodelle darauf aufzubauen.¹⁴²

Besser zu verwirklichen ist der Schutz der finanziellen Interessen der EU auf Unionsebene, wenn davon ausgegangen werden kann, dass so weniger Strafbarkeitslücken entstehen. Gemäß Art. 5 S. 4 des EU-Subsidiaritätsprotokolls¹⁴³ sind hierzu „qualitative und, soweit möglich, quantitative Kriterien heranzuziehen“. Die aufgezeigten Kategorien von Gründen für Strafbarkeitslücken können bei der hierzu erforderlichen Einschätzung einen Anhaltspunkt geben. Die erste Kategorie der mangelhaften Umsetzung beruht auf Einzelfehlern, die durch die zunehmende Komplexität der zu bewertenden Fälle bedingt ist und auch auf einer möglichen unionsgesetzgeberischen Ebene nicht auszuschließen wäre. Lücken der zweiten Kategorie, die durch das Zusammenwirken von nationalen Strafnormen und supranationalen Vorgaben entstehen („Blankettstrafatbestände“), sowie der dritte Kategorie, die Strafbarkeitslücken umfasst, die durch Auseinanderfallen von mitgliedstaatlichen und Unionsinteressen entsteht, könnten durch vereinheitlichte mitgliedstaatliche Strafgesetzgebung reduziert und durch supranationale Strafatabestände wohl vermieden werden. Ungewollte Strafbarkeitslücken

könnten demnach durch supranationales Unionsstrafrecht reduziert werden. Hieraus ergibt sich die hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Schutz der finanziellen Interessen der EU durch supranationales Strafrecht nach Umfang und Wirkungen mit weniger Strafrechtslücken im materiellen Recht, d.h. besser, verwirklicht werden könnte.

3. Verordnungen dürfen nur subsidiär gegenüber Richtlinien erlassen werden

Am Beispiel des deutschen Strafrechts wurde gezeigt, dass der Schutz der EU-Finanzen durch die Mitgliedstaaten derzeit nur lückenhaft verwirklicht ist und durch Unionsmaßnahmen besser zu verwirklichen wäre. Der Subsidiaritätsgrundsatz stünde Maßnahmen nach Art. 325 Abs. 4 AEUV also nicht entgegen. Geht man jedoch entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass Maßnahmen i.S.d. Art. 325 Abs. 4 AEUV auch den Erlass von Verordnungen umfassen, ist Folgendes zu beachten: Eine Verordnung wäre nicht umsetzungsbedürftig, also ausschließlich Unionsmaßnahme. Eine Richtlinie stellt zwar eine Unionsmaßnahme dar, entfaltet ihre Wirkung allerdings erst nach Umsetzung durch die mitgliedstaatlichen Parlamente. Der Erlass von Verordnungen ist nach dem Subsidiaritätsgrundsatz folglich ausgeschlossen, wenn der Schutz der EU-Finanzen auch durch eine Richtlinie ausreichend verwirklicht werden kann.¹⁴⁴

V. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geht der Erlass einer Richtlinie dem Erlass einer Verordnung vor

Sollten die Voraussetzungen des Subsidiaritätsgrundsatzes erfüllt werden, wäre als weitere Kompetenzzuschranke der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. Gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen Maßnahmen der Union „inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.“ Auf unionsrechtlicher Ebene gilt dies zum einen zum Schutz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bzw. bei supranationaler Gesetzgebung zum Schutz der mitgliedstaatlichen Souveränität sowie zum anderen bezüglich der Individualrechte der Bürger. Bezüglich letzterer ergeben sich für den Unionsgesetzgeber die gleichen Anforderungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit wie für den nationalen Gesetzgeber. In Hinblick auf den Schutz der mitgliedstaatlichen Souveränität ist vor allem das Kriterium der Erforderlichkeit interessant. Dieses hängt vom Vorliegen eines weniger belastenden Mittels ab.¹⁴⁵

¹³⁹ KOM(2011) 293, S. 3; vgl. auch: Zweiter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und seiner Protokolle vom 14.02.2008, KOM(2008) 77, S. 3.

¹⁴⁰ Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 14, Rn. 4; Dannecker ZStW 108 (1996), 577, 585 ff.; Für eine Beschreibung möglicher Schutzdefizite in Großbritannien: Tieggs a.a.O. (Fn. 125), S. 362f.

¹⁴¹ Für eine Einschätzung der entstehenden Schäden: Rosenau ZIS 2008, 9, 17; den Organisationsgrad der Täter zeigen anschaulich: BGH 08.11.2000 – 5 StR 440/00, Wistra 2001, 62f.; BGH 21.02.2001 – 5 StR 368/00, Wistra 2001, 263; LG Hamburg, 20.03.2000 – 618 KLs 8/99, Wistra 2001, 68f.

¹⁴² Vgl. BVerfGE 84, 239, 268 ff.; 110, 94, 112 ff.: Eine Rechtsordnung, die sich ernst nimmt, dürfe nicht Prämien auf die Missachtung ihrer selbst setzen. Sie schaffe sonst Anreize zur Rechtsverletzung, diskriminiere rechtstreu Verhalten und untergrabe damit die Voraussetzungen ihrer eigenen Wirksamkeit.

¹⁴³ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. Nr. C 306 S. 150.

¹⁴⁴ Sieber ZStW 121 (2009), 1, 59; im Ergebnis wohl ebenso: Mitsilegas, Modern Studies in European Law : EU Criminal Law (2009), S. 109; Herlin-Karnell eucrim 2010, 64 welche das Problem allerdings nicht als Subsidiaritätsfrage ansehen.

¹⁴⁵ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn 86.

Vertreter der Ansicht, Art. 325 Abs. 4 AEUV umfasse die Kompetenz, supranationales Strafrecht zu erlassen, argumentieren teils, die Setzung supranationalen Rechts sei für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen schonender als Harmonisierungsvorgaben, da durch supranationales Recht das nationale System nicht berührt werde.¹⁴⁶ Demnach wäre die Schaffung supranationalen Rechts ein gegenüber der Harmonisierung milderes Mittel und würde eine Harmonisierung durch Richtlinie sogar verbieten.

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu Gunsten der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen besteht in erster Linie, um das in diesen Ordnungen zum Ausdruck gebrachte Rechtsempfinden zu schützen. Dazu reicht es nicht aus, die jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsordnung abstrakt vor Einwirkungen durch europäische Normen zu schützen. Es gilt vielmehr, Wertungswidersprüche im in den Mitgliedstaaten anzuwendenden Recht auszuschließen. Diese entstehen erst recht, wenn in supranationalen Normen andere Wertungen getroffen werden als in den mitgliedstaatlichen. Die Schaffung supranationaler Normen ist folglich nicht als milderes Mittel gegenüber der Harmonisierung mitgliedstaatlichen Rechts anzusehen. Sofern die Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes der finanziellen Interessen der Union in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union durch weitere intergouvernementale Absprachen oder Harmonisierung möglich ist, ist die Schaffung unmittelbar anwendbarer Strafgesetze im engeren Sinne durch die Union unverhältnismäßig. Auch wenn eine Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts zum Schutz der EU-Finzen angenommen wird, dürfte diese nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also nicht ausgeübt werden.

VI. Fazit

Der Schutz der finanziellen Interessen der EU nimmt eine Vorreiterstellung im Hinblick auf die Europäisierung des Strafrechts ein.¹⁴⁷ Hier sind die praktischen Zwänge

¹⁴⁶ Satzger, a.a.O. (Fn. 1), § 9, Rn. 52 f.

¹⁴⁷ Dannecker, Wabnitz/Janovsky, Rn. 200; Hecker a.a.O. (Fn 7), § 14, Rn. 4; Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union (1998), Einführung, 4;

besonders bedeutend.¹⁴⁸ Entsprechend liegt in der rechtswissenschaftlichen Diskussion um eine etwaige Kompetenz zur Schaffung supranationalen Kriminalstrafrechts durch die EU hier der Schwerpunkt. Wie die vorherigen Vertragsversionen enthält der Vertrag von Lissabon in unterschiedlichen Regelungsfeldern Normen, deren Wortlaut die Setzung supranationalen Kriminalstrafrechts nicht ausschließt.¹⁴⁹ Mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Strafrechts reicht das Nicht-Entgegenstehen des Wortlauts jedoch nicht aus. Es müssen vielmehr weitere Anhaltspunkte gegeben sein, die den Willen der Vertragsparteien, Kompetenzen zu übertragen, zum Ausdruck bringen. Die Nichtübernahme der Unberührtheitsklausel in Art. 325 Abs. 4 AEUV reicht als solcher Anhaltspunkt nicht aus. Zudem steht auch die Systematik der strafrechtlichen Vorschriften des AEUV der Annahme einer solchen Kompetenz entgegen. Darüber hinaus widerspräche die Schaffung supranationaler Strafnormen sowohl dem Subsidiaritäts- als auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Der Vertrag von Lissabon erlaubt also kein „EU-Wirtschaftsstrafgesetz“. Die einheitliche Strafgesetzgebung wird demnach auch auf dem Gebiet des Schutzes der finanziellen Interessen der Union nicht in Form supranationaler Strafgesetze kommen, sondern durch weiter als bisher gehende Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts.¹⁵⁰

teils werden die Vorschläge zum Schutz der finanziellen Interessen der EU als „Trojanisches Pferd“ für die Entwicklung eines europäischen Strafrechts bezeichnet, *Delmas-Marty, L’Astrée* 1997/1. 1, 4, zit. nach *Sieber* a.a.O., Einführung, 9, Fn. 26.

¹⁴⁸ KOM (2010)382 (Betrugsbekämpfung Jahresbericht), 6, schätzt für das Jahr 2009 ein Schadensvolumen von 279, 8 Mio. €; laut SEK(2011)621 (Arbeitspapier), Tabelle 2.2.a schwanken die Verurteilungsquoten bei gegen den EU-Haushalt gerichteten Handlungen in den Mitgliedstaaten zwischen 14 und 100%.

¹⁴⁹ S. Fn 48.

¹⁵⁰ Auch der Fokus der Kommission liegt neben der Integration des Prozessrechts in erster Linie auf der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sofern sie den Schutz der finanziellen Interessen der EU betreffen: KOM (2001)715 (Grünbuch Finanzschutz), S. 36, 38, KOM (2011)293 (Gesamtkonzept), 11; vgl. auch den Vorschlag zur ersten auf Art. 83 AEUV gestützten Richtlinie http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/abuse/COM_2011_654_en.pdf.

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.

440. BVerfG 2 BvR 741/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. April 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel)

Recht auf Freiheit der Person (richterliche; Prognoseentscheidung; Sachverständigengutachten; Würdigung; eigene, kritische; Sicherungsverwahrung; Abstandsgebot; Verhältnismäßigkeit: erhöhte Anforderungen).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB

441. BVerfG 2 BvR 2355/10, 2 BvR 1443/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel)

Effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug (Arbeit; Hilfstätigkeit; Befristung; Ablösung; Widerruf; begünstigende Maßnahme); Vertrauensschutzgebot; Einheitlichkeit der Rechtsprechung.
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 41 Abs. 1 StVollzG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

442. BGH 1 StR 152/11 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (BGH)

Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH (Verspätung; Verknüpfung mit einer Anhörungsrüge; Antrag auf Namhaftmachung der entscheidenden Richter).
§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 356a StPO; § 26a StPO; § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO

443. BGH 1 StR 566/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Görlitz)

Verfall (Auffangrechtserwerb; keine Rückwirkung; entgegenstehende Ansprüche Verletzter); Aufklärungsrüge.
§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

444. BGH 2 StR 41/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Aachen)

Besonders schwerer Fall der Nötigung (Erörterungsmangel hinsichtlich vertypter Milderungsgründe: verminderte Schuldfähigkeit).
§ 240 Abs. 4 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

445. BGH 2 StR 70/12 – Beschluss vom 4. April 2012 (LG Koblenz)

Tateinheit zwischen Nötigung, Freiheitsberaubung und gefährlicher Körperverletzung (Verklammerung); Geiselnahme.
§ 240 StGB; § 239 StGB; § 239b StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

446. BGH 2 ARs 96/12 (2 AR 79/12) – Beschluss vom 29. März 2012 (OLG Oldenburg)

Zuständigkeitsbestimmung.
§ 14 StPO

447. BGH 2 ARs 127/12 (2 AR 1/12) – Beschluss vom 4. April 2012 (LG Bamberg)

Zuständigkeitsentscheidung zur Bewährungsaufsicht (Fortwirkungszuständigkeit).
§ 14 StPO; § 462a Abs. 4 Satz 3, Abs. 1 Satz 2 StPO

448. BGH 2 StR 614/11 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Frankfurt am Main)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Anforderungen an die Darlegung).
§ 63 StGB

449. BGH 4 StR 30/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Frankenthal)

Erfolgreiche Inbegriffsrüge (mangelnde Einführung einer Aussage in die Hauptverhandlung; Beruhen); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug: Anfahren mit einem Kraftfahrzeug).
§ 261 StPO; § 337 StPO ; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

450. BGH 4 StR 42/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Essen)

Versuchter Diebstahl bei Irrtum über den Inhalt eines Tresors.
§ 242 StGB; § 22 StGB

451. BGH 4 StR 81/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Paderborn)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose bei Gewalt- und Aggressionsdelikten gegenüber Pflegepersonal in geschlossenen Einrichtungen).
§ 63 StGB

452. BGH 1 StR 6/12 – Beschluss vom 7. März 2012 (LG Hechingen)

BGHSt; rechtsfehlerhafte aber nicht willkürliche Annahme der Zuständigkeit durch eine Jugendschutzkammer (Vorlage durch das Beschwerdegericht zur Eröffnungsentscheidung; gesetzlicher Richter; besondere Bedeutung der Sache).
§ 209 StPO; § 209a StPO, § 210 StPO; § 309 StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 24 GVG; § 26 GVG; § 74b GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

453. BGH 1 StR 80/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Bamberg)

Unzulässige Revision nach wirksamem Rechtsmittelverzicht.
§ 349 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

454. BGH 1 StR 92/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Ellwangen)

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

455. BGH 1 StR 94/12 – Beschluss vom 18. April 2012 (LG München I)

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

456. BGH 1 StR 112/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Halle)

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

457. BGH 1 StR 128/12 – Beschluss vom 18. April 2012 (LG München II)

Unerlaubter Besitz und Führen einer Schusswaffe (Konkurrenzen; Tat im prozessualen Sinne).
§ 52 WaffG; § 264 StPO

458. BGH 1 StR 146/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung bei minderjährigen Zeugen, denen die Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts fehlt; Unmittelbarkeitsgrundsatz.
§ 52 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 250 StPO; § 261 StPO

459. BGH 1 StR 359/11 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (BGH)

Berichtigungsbeschluss.
§ 267 StPO

460. BGH 1 StR 359/11 – Beschluss vom 22. März 2012 (LG Stuttgart)

Fahrlässige Tötung durch unzureichende Aufbewahrung von Waffen (Sorgfaltswidrigkeit; Vorhersehbarkeit; Fall Winnenden); Fragerecht (zu Unrecht zugestandenes Auskunftsverweigerungsrecht); Verwertung von Patientenakten nach dem Tode des Patienten (Abwägung; fahrlässige Tat als Straftat von erheblicher Bedeutung).
§ 222 StGB; § 55 StPO; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 240 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 160a Abs. 2 StPO; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; § 36 WaffG

461. BGH 1 StR 618/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Duisburg)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

462. BGH 2 StR 12/12 – Beschluss vom 22. März 2012 (LG Frankfurt am Main)

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

463. BGH 2 StR 16/12 – Urteil vom 28. März 2012 (LG Meiningen)

Revisibilität der Strafzumessung (Gesamtstrafe; gerechter Schuldausgleich).
§ 46 StGB; § 54 StGB; § 261 StPO

464. BGH 2 StR 19/12 – Beschluss vom 13. März 2012 (LG Kassel)

Unstatthafte Gegenvorstellung; gesetzlicher Richter (Anhörungsrüge analog).
Vor § 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

465. BGH 2 StR 25/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

466. BGH 2 StR 31/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Köln)

Anordnung des Wertersatzverfalls (keine Anwendung auf verjährte Taten; entgegenstehende Ansprüche Dritter: aus der Tat und für die Tat Erlangtes).
§ 78 Abs. 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 73a StGB; § 73 StGB

467. BGH 2 StR 63/12 – Beschluss vom 3. April 2012 (LG Meiningen)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Depravation); Vollstreckungsreihenfolge (Vorwegvollzug); natürliche Handlungseinheit bei Computerbetrug.

§ 263a StGB; § 52 StGB; § 64 StGB; § 67 StGB

468. BGH 2 StR 83/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Gießen)

Unzulässige Revision; mangelnde Verantwortungsübernahme des Rechtsanwalts für die Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

469. BGH 2 StR 92/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Bonn)

Voraussetzungen von Mittäterschaft und Beihilfe bei der räuberischen Erpressung (bloße Anwesenheit; Vorsatz).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB

470. BGH 2 StR 398/11 – Urteil vom 28. März 2012 (LG Darmstadt)

Betreiben eines Internet-Boards nebst dazugehörigen Chats als (bandenmäßige) Verbreitung kinderpornographischer Schriften (öffentliches Zugänglichmachen; Unternehmen des Drittbesitzverschaffens).

§ 184b Abs. 1 Nr. 2 Var. 4, Abs. 2, Abs. 3 Alt. 2 StGB

471. BGH 2 StR 426/11 – Urteil vom 29. Februar 2012 (LG Meiningen)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (gebotene Prüfung und Beurteilung bei Zusammenarbeit in Absatzketten).

§ 30a Abs. 1 BtMG

472. BGH 2 StR 426/11 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Meiningen)

Verfall (Erörterungsmangel hinsichtlich einer Anwendung der Härtefallklausel).

§ 73 StGB; § 73c StGB

473. BGH 2 StR 493/11 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Aachen)

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur durch Feststellung des Verstoßes (Recht auf Beschwerde).

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

474. BGH 2 StR 506/11 – Beschluss vom 29. März 2012 (LG Wiesbaden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

475. BGH 2 StR 547/11 – Urteil vom 14. März 2012 (LG Frankfurt am Main)

Voraussetzungen eines beachtlichen Tatbestandsirrtums bei der (besonders schweren räuberischen) Erpressung; erpresserischer Menschenraub; gefährliche Körperverletzung; Freiheitsberaubung; Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe (Beurteilungsspielraum und gebotene umfassende Würdigung des Beweisergebnisses); Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium; Aussetzung zur Bewährung.

§ 239 StGB; § 224 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 16 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 56 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

476. BGH 2 StR 592/11 alt: 2 StR 347/09 – Urteil vom 28. März 2012 (LG Trier)

Übernahme von Urteilsbestandteilen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten nach Urteilsaufhebung; Strafzumessung bei schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern; Sicherungsverwahrung nach dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vom 22. Dezember 2010 (Verhältnismäßigkeitsprüfung; Vollzugserfahrung).

§ 267 StPO; § 353 StPO; § 176a Abs. 4 StGB; § 66 StGB

477. BGH 2 StR 611/11 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Koblenz)

Tenorierung bei den Brandstiftungsdelikten (Konkurrenzen).

§ 306 StGB; § 306b StGB; § 306c StGB

478. BGH 2 StR 620/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

479. BGH 2 StR 620/11 – Beschluss vom 24. April 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Befangenheit von Richtern des BGH hinsichtlich der Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit anderer Richter des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

480. BGH 2 StR 622/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

481. BGH 4 StR 32/12 – Beschluss vom 21. März 2012 (LG Essen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Ermessensausübung bei § 66 Abs. 3 StGB.

§ 66 Abs. 3 StGB

482. BGH 4 StR 45/12 – Beschluss vom 16. April 2012 (LG Gießen)

Fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefahr: Beinahe-Unfall); Anstiftung zu einer Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination.

§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 26 StGB; § 11 Abs. 2 StGB

483. BGH 4 StR 51/12 – Urteil vom 26. April 2012 (LG Stendal)

Gefährliche Körperverletzung (Quarzhandschuhe als

gefährliches Werkzeug; gemeinschaftliches Handeln; Leben gefährdende Behandlung; Mittäterschaft (Anforderungen an einen Exzess bei einem verabredeten Denkmittel; sachgedankliches Mitbewusstsein); rechtsfehlerhafte Würdigungen der Einlassung von Mitangeklagten beim Vorwurf des Totschlages; Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 212 StGB; § 261 StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 und Nr. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 46a StGB

484. BGH 4 StR 541/11 – Beschluss vom 22. März 2012 (LG Halle)

Versuchte besonders schwere räuberische Erpressung; strafbefreiender Rücktritt (Begriff des Fehlschlages; Rücktritt mehrerer Beteiligten); Raub und Diebstahl (Zueignungsabsicht: Abgrenzung von der Sachentziehung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 242 StGB; § 249 StGB

485. BGH 4 StR 561/11 – Beschluss vom 20. März 2012 (LG Essen)

Sexuelle Nötigung durch Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Vergewaltigung; zumutbarer Selbstschutz durch Flucht und die Zuhilfenahme Dritter; Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben); Misshandlung eines Schutzbefohlenen (Quälen; Vorsatz).

§ 177 Abs. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 225 StGB; § 15 StGB

486. BGH 4 StR 599/11 – Urteil vom 26. April 2012 (LG Essen)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung und Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs (Beweiswert von DNA-Spuren; morphologisches Vergleichsgutachten; lückenhafte und widersprüchliche Würdigung der Einlassung des Angeklagten).

§ 261 StPO

487. BGH 4 StR 648/11 – Beschluss vom 24. April 2012 (LG Halle)

Tatobjekte der Veruntreuung von Arbeitsentgelt im Sinne von § 266a Abs. 3 StGB.

§ 266a StGB

488. BGH 4 StR 665/11 – Urteil vom 26. April 2012 (LG Bochum)

Voraussetzungen des Bandendiebstahls (spontane Tatbegehung mit wechselnder Beteiligung; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe: Schmierestehen).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

489. EuGH C-348/09 (Große Kammer) – Urteil vom 22. Mai 2012 (P.I. vs. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid)

Recht auf Freizügigkeit und Ausweisungsverfügung nach strafrechtlicher Verurteilung (Unionsbürgerschaft; zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit; Verhältnismäßigkeit; sexueller Missbrauch von Kindern; Richtlinie 2011/93/EU); Vorabentscheidungsersuchen.

Art. 234 EG; Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV; Art. 28 Abs. 3 lit. a Richtlinie 2004/38/EG; § 176 StGB

490. BGH 3 StR 47/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Stralsund)

Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

491. BGH 3 StR 61/12 – Beschluss vom 19. April 2012 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

492. BGH 3 StR 62/12 – Beschluss vom 19. April 2012 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

493. BGH 3 StR 64/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Düsseldorf)

Zu den Anforderungen an ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln bei der Überlassung von Betäubungsmitteln zum Selbstkostenpreis oder Einstandspreis

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG

494. BGH 3 StR 66/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Wuppertal)

Bestimmtheit einer behaupteten Beweistatsache; Aufklärungspflicht des Gerichts.

§ 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO

495. BGH 3 StR 7/12 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Neubrandenburg)

Stieftochter des Tatopfers nicht zur Nebenklage berechtigt.

§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO

496. BGH 3 StR 7/12 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Neubrandenburg)

Zulässigkeit der Beschränkung der Revision auf die Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs; Voraussetzungen der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1; § 64 StGB

497. BGH 3 StR 88/12 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Krefeld)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 44 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

498. BGH 3 StR 100/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Mönchengladbach)

Betrug; Urkundenfälschung; Teileinstellung

§ 263 StGB; § 267 StGB; § 154 StPO

499. BGH 3 StR 108/12 – Beschluss vom 11. April 2012 (LG Wuppertal)

Unzulässige Verlesung der Niederschrift einer richterlichen Vernehmung bei Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung

§ 252 StPO

500. BGH 3 StR 144/12 – Beschluss vom 3. Mai 2012 (LG Mönchengladbach)

Gesamtstrafenbildung; Zäsurwirkung von Vorverurteilungen; Härteausgleich

§ 55 StGB

501. BGH 3 StR 369/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Lüneburg)

Bandendiebstahl, Strafverfolgungsbeschränkung bei natürlicher Handlungseinheit, Auffangrechtserwerb beim Wertersatzverfall; Unterbrechung der Hauptverhandlung

§ 73 StGB; § 244 StGB, § 111i Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 StPO; § 229 StPO

502. BGH 3 StR 90/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

503. BGH 5 StR 17/12 vom 25. April 2012 (LG Berlin)

Grenzen der revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit einer tatrichterlichen Kriminalprognose.

§ 56 StGB

504. BGH 5 StR 82/12 – Urteil vom 26. April 2012 (LG Hamburg)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Verneinung der Beteiligung an einem räuberischen Diebstahl.

§ 261 StPO; § 252 StGB

505. BGH 5 StR 93/12 – Beschluss vom 12. April 2012 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

506. BGH 5 StR 114/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Berlin)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei einem sich nicht aktiv am Geschehen beteiligenden Angeklagten.

§ 25 StGB; § 27 StGB

507. BGH 5 StR 118/12 – Beschluss vom 24. April 2012 (LG Berlin)

Anordnung des Verfalls über den Wert des beim Angeklagten vorgefundenen Vermögens hinaus.

§ 73 StGB

508. BGH 5 StR 134/12 – Beschluss vom 12. April 2012 (LG Göttingen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

509. BGH 5 StR 142/12 – Beschluss vom 24. April 2012 (LG Hamburg)

Räuberische Erpressung; versuchte Körperverletzung.

§ 255 StGB; § 223 StGB; § 22 StGB

510. BGH 5 StR 144/12 – Beschluss vom 26. April 2012 (LG Berlin)

Nichteinhaltung einer Wahrunterstellung; Verfall von Geldbeträgen in kleiner Stückelung bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

§ 244 StPO; § 73 StGB

511. BGH 5 StR 150/12 – Beschluss vom 24. April 2012 (LG Berlin)

Anforderungen an die tatrichterliche Auseinandersetzung mit der Befundanalyse eines Sachverständigen bei der Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus aufgrund von Schizophrenie.

§ 20 StGB; § 63 StGB

512. BGH 5 StR 151/12 – Beschluss vom 12. April 2012 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

513. BGH 5 StR 153/12 – Beschluss vom 12. April 2012 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

514. BGH 5 StR 160/12 (alt: 5 StR 247/11) – Beschluss vom 23. April 2012 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

515. BGH 5 StR 442/11 – Beschluss vom 13. April 2012 (LG Berlin)

BGHR; Schadensberechnung beim täuschungsbedingt gewährtem Kreditbetrug und Gesetzlichkeitsprinzip (Darlehen; Vermögensschaden; Bestimmtheitsgebot; Verschleifungsverbot).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

516. BGH 5 StR 444/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Braunschweig)

BGHR; Überprüfung des Verdachts einer wahrheitswidrigen Beweisbehauptung im Revisionsverfahren durch freibeweisliche Einholung des in der Tatsacheninstanz beantragten DNA-Identifizierungsgutachtens (missbräuchlicher Scheinbeweisantrag; Missbrauchsverbot; Strengbeweis); Beweisantrag (Konnexität).

Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 4 und 6 StPO

517. BGH 5 StR 451/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; Erledigterklärung der nach § 66 StGB aF angeordneten Sicherungsverwahrung in Fällen, in denen lediglich einzelne Vorverurteilungen, nicht aber die Anlasstaten in den Katalog des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF fallen („Mischfälle“); Freiheit der Person; Meistbegünstigungsprinzip.

Art. 316e Abs. 3 Satz 1 EGStGB; § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF; § 66 StGB aF; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 121 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG

518. BGH 3 StR 10/12 – Beschluss vom 3. April 2012 (LG Lüneburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

519. BGH 3 StR 14/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Hildesheim)

Erziehungsgedanke bei Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (Anforderungen an die Strafzumessungserwägungen).

§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG; 18 Abs. 2 JGG

520. BGH 3 StR 17/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Lüneburg)

Beweiswürdigung (Anforderungen bei Annahme von Tötungsvorsatz)
§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

521. BGH 3 StR 18/12 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Hannover)

Minder schwerer Fall bei Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Doppelverwertungsverbot); Wertersatzverfall.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 3 StGB, § 73a StGB; § 29a BtMG

522. BGH 3 StR 41/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (DNA-Spuren am Tatort; Wahrscheinlichkeitsberechnung).
§ 261 StPO

523. BGH 3 StR 53/12 – Beschluss vom 29. März 2012 (LG Aurich)

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

524. BGH 3 StR 63/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Düsseldorf)

Beihilfe zum Betrug (Abgrenzung zur Täterschaft; Mittäterschaft).
§ 263 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

525. BGH 3 StR 73/12 – Beschluss vom 3. April 2012 (LG Kleve)

Verfahrenshindernis der Rechtskraft bei Wertersatzverfall; Erstreckung der Teilaufhebung auf alle Angeklagten.
§ 73a StGB; 357 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

526. BGH 3 StR 285/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Düsseldorf)

Inbegriffsrüge (richterliche Überzeugung bei Verfahrensabsprache); Betrug.
§ 261 StPO; § 257c StPO; § 263 StGB

527. BGH 3 StR 335/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Koblenz)

Inbegriffsrüge (Überzeugungsbildung bei Geständnis); Mittäterschaft bei Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung.
§ 261 StPO; § 129 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

528. BGH 3 StR 346/11 – Urteil vom 16. Februar 2012 (LG Düsseldorf)

Mord (niedrige Beweggründe, Heimtücke und Arglosigkeit); verminderte Schuldfähigkeit (Affektdurchbruch).
§ 211 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

529. BGH 3 StR 385/11 – Urteil vom 2. Februar 2012 (LG Oldenburg)

Erpresserischer Menschenraub (Zusammenfallen von Bemächtigungs- und Nötigungsmittel); Räuberische Erpressung.
§ 239a Abs. 1 StGB; § 255 StGB

530. BGH 3 StR 392/11 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Duisburg)

Raub (Zueignungsabsicht); räuberische Erpressung (Vermögensvorteil); nachträgliche Gesamtstrafe.
§ 249 Abs. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 55 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 265 StPO

531. BGH 3 StR 434/11 – Urteil vom 1. März 2012 (LG Hannover)

Diebstahl (Zueignungsabsicht) und Unterschlagung.
§ 242 StGB; § 246 StGB.

532. BGH 3 StR 435/11 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Wuppertal)

Betrug durch „Phishing“ (Abgrenzung zur Begünstigung; Beendigung) Gehilfenvorsatz; Konkurrenzen.
§ 263 StGB; § 257 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

533. BGH 3 StR 83/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Oldenburg)

Raub (besonders schwerer Raub; Begriff der Waffe); Strafzumessung (mögliche Strafmilderung bei Hilfe zur Festnahme von Tatbeteiligten trotz Leugnung des eigenen Tatbeitrags; Kronzeugenregelung).
§ 250 Abs. 1, 2 StGB; § 46 StGB; § 46b StGB

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

Beteiligung (Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme; sukzessive Mittäterschaft, Garantstellung; Täterschaft durch Unterlassen neben aktiv Handelndem; Beihilfe); Mord; Raub mit Todesfolge.
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 211 StGB; § 251 StGB

535. BGH 3 StR 455/11 – Urteil vom 29. März 2012 (LG Osnabrück)

Ablehnung eines Vorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit.
§ 24 Abs. 1, 2 StPO, § 338 Nr. 3 StPO

536. BGH 3 StR 460/11 – Beschluss vom 1. März 2012 (LG Düsseldorf)

Aufrechterhaltung des Strafausspruches bei teilweiser Ausnahme von der Strafverfolgung und Änderung des Schuldspruchs; Kosten der Revision.
§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 154a Abs. 2 StPO; 46 Abs. 2 StGB; § 152a Abs. 1, 3 StGB, § 263 StGB

537. BGH 3 StR 468/11 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Osnabrück)

Teileinstellung (Änderung des Schuldspruchs; Gesamtfreiheitsstrafe).
§ 154 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

538. BGH 3 StR 470/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Mönchengladbach)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme); Änderung des Schuldspruchs.
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; 27 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 265 Abs. 1 StPO

539. BGH 5 StR 28/12 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Saarbrücken)

Inbegriffsrüge (Anforderungen an die Beweiswürdigung; Erörterung bei möglichen Motiven für Falschbelastung); Verjährung.

§ 261 StPO; § 349 Abs. 2 StPO, § 78 Abs. 1, 3 StGB

540. BGH 5 StR 49/12 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Saarbrücken)

Zweifelsgrundsatz (Anforderungen an den Ausschluss der eingeschränkten Schuldfähigkeit); Europäischer Haftbefehl und Auslieferungsbewilligung (Verbot der Verwertung von Taten, die nicht Gegenstand der Auslieferungsbewilligung sind; Spezialitätsgrundsatz).

§ 261 StPO; § 337 StPO; § 21 StGB; Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl (2002/584/JI), § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG

541. BGH 5 StR 63/12 – Beschluss vom 14. März 2012 (LG Chemnitz)

Beweiswürdigung in Fällen Aussage gegen Aussage.

§ 261 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

542. BGH 5 StR 121/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Bautzen)

Fehlerhafte Einbeziehung von Mitschriften aus Telekommunikationsüberwachung in die Entscheidungsfindung.

§ 261 StPO; § 249 StPO; § 349 Abs. 2, 4 StPO; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

543. BGH 5 StR 411/11 – Urteil vom 13. März 2012 (LG Hamburg)

Subventionsbetrug (Anwendung des Normalstrafrahmens trotz Vorliegens von Regelbeispielen: Gesamtwürdigung); Verhängung von Geldstrafe neben Freiheitsstrafe; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; besondere Erschwerung bei Inhaftierung).

§ 264 Abs. 1, 2 StGB; § 41 StGB; Art. 6 Abs. 1, 3 lit. a EMRK

544. BGH 5 StR 432/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Potsdam)

Verfahrensrüge (Begründetheit: keine Drohung mit Sanktionsschere ohne gerichtlichen Vorschlag von Mindeststrafen oder Strafrahmen; Zulässigkeit: inhaltliche Anforderungen an eine Befangenheits- und Beweisantragsrüge).

§ 344 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 257c StPO; § 24 StPO; 26a StPO

545. BGH 5 StR 486/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Berlin)

Nachträgliche Gesamtstrafe (Härteausgleich bei Zusammentreffen mit Jugendstrafe; Dokumentationspflicht bei Strafmilderung); Aufhebung des Maßregelausspruchs

§ 55 StGB; § 32 JGG, § 105 Abs. 2 JGG, § 67 StGB, § 67f StGB; § 64 StGB.

546. BGH 5 StR 73/12 – Beschluss vom 13. März 2012 (LG Leipzig)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff der Schusswaffe; Begriff des Mitsichführens).

§ 30a Abs. 2 BtMG, § 349 Abs. 2, 4 StPO; § 354 Abs. 1, 2, § 337 StPO

547. BGH 5 StR 78/12 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Neuruppin)

Betrug (Irrtum über die Zahlungsfähigkeit; gewerbsmäßiges Handeln); Anforderungen an die Urteilsfeststellungen.

§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB, § 337 StPO; § 349 Abs. 2, 4 StPO; § 353 Abs. 1 StPO; 354 Abs. 2 StPO

548. BGH 5 StR 497/11 – Urteil vom 13. März 2012 (LG Göttingen)

Sicherungsverwahrung (Anordnungsvoraussetzungen, Verhältnismäßigkeit), Aufhebung des Maßregelausspruchs.

§ 66 Abs. 1 StGB a.F., § 354 Abs. 1 StPO

549. BGH 5 StR 525/11 – Beschluss vom 28. März 2012 (LG Potsdam)

Sicherungsverwahrung (Anordnungsvoraussetzungen, schwere Sexual- oder Gewaltstraftaten), Verhältnismäßigkeit der Anordnung bei anderweitig verbüßter Straftat.

§ 66 Abs. 1 StGB

550. BGH 5 StR 545/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Dresden)

Inbegriffsrüge (Anforderungen an den Ausschluss eingeschränkter Schuldfähigkeit); Kostenentscheidung bei Zurückverweisung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hangs).

§ 261 StPO; § 74 JGG; § 473 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 StPO, § 21 StGB § 64 StGB

551. BGH 5 StR 559/11 – Urteil vom 15. März 2012 (LG Frankfurt [Oder])

Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Begrenzungsfunktion des Tatbestandes; unerlaubter Anbau; straflose Vorbereitung; unmittelbares Ansetzen; Verabredung eines Verbrechens); Freiwilligkeit des Rücktritts.

§ 29 I Nr. 1 BtMG, § 29a BtMG, § 22 StGB, § 30 Abs. 2 StGB; § 31 Abs. 1 Nr. 3, Art. 103 Abs. 2 GG; § 354 Abs. 1 StPO

552. BGH AK 22 und 23/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (dringender Tatverdacht; mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland; Fluchtgefahr).

§ 121 StPO; 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 129b Abs. 1 Satz 1 StGB; § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB

553. BGH StB 1/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012

Verwerfung der Haftbeschwerde als unbegründet (dringender Tatverdacht; Haftgrund der Schwerekriminalität: Bildung einer terroristischen Vereinigung, besonders schwere Brandstiftung); NSU.

§ 304 StPO; § 112 Abs. 3 StPO; § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB;
§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

554. BGH 2 StR 622/11 – Beschluss vom 24. April 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Befangenheit von Richtern des BGH hinsichtlich der Entscheidung über die Besorgung der Befangenheit anderer Richter des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

555. BVerfG 2 BvR 610/12, 2 BvR 625/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2011 (BGH / LG Kassel)

Unabhängigkeit des gesetzlichen Richters und Besetzungstreit am Bundesgerichtshof (Doppelvorsitz; Überbeanspruchung; Arbeitspensum; richtungsweisender Einfluss; Anhörung; Präsidium; Sanktionierung); Beschleunigungsgebot (Recht auf eine Verhandlung in angemessener Frist). Art. 97 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 21f GVG