

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; RiLG Dr. Holger
Mann; RA Dr. iur. Stephan
Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius
Law School); Dr. Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cam-
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleczew-
ski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (Flick Gocke Schaum-
burg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

- RA Dr. *Markus Rübenstahl*, Mag. iur., Frankfurt aM – **Die Rezeption der verfassungs-
rechtlichen Vorgaben zur bilanzorientierten Bestimmung des Vermögensscha-
dens bei der Kreditvergabe** – zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2012 Nr. 515 S. 501
- Wiss. Mit. *Alexandra Schwan*, FU Berlin, Wiss. Mit. *Nils Andrzejewski*, HU Berlin – **Zur
Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts von Angehörigen gemäß § 52
StPO bei Mitbeschuldigten** – zugl. Anm. zu BGH HRRS 2012 Nr. 121 S. 507
- RA Prof. Dr. *Carsten Wegner*, Berlin – **Verabschiedet sich der Gesetzgeber von der
„Leichtfertigkeit“ im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht?** S. 510

Entscheidungen

- EGMR **(Falter Zeitschriften v. Österreich No. 2) Äußerungsfreiheit von Jour-
nalisten bei Publikationen zur möglichen Befangenheit eines Ge-
richts**
- BVerfG **Außervollzugsetzung eines Haftbefehls und Freiheit der Person**
- BGHSt **Inverkehrbringen von Fertigarzneimitteln ohne Zulassung**
- BGHSt **Zurechnung erworbener Geschäftsanteile bei formunwirksamer
Treuhandvereinbarung im Rahmen der Steuerhinterziehung**
- BGHSt **Unterbliebener Gerichtsbeschluss bei Widerspruch gegen die Anord-
nung des Selbstleseverfahrens und Beruhen**
- BGHSt **Eintragungen im Bundeszentralregister und Gutachten über den
Geisteszustand**
- BGHSt **Anforderungen an die Feststellung einer Beauftragtenstellung**
- BGHR **Nebenklageberechtigung geschiedener türkischer Ehegatten**
- BGH **Wirksame Verteidigung nach plötzlicher Mandatsniederlegung**
- BGH **Verurteilung wegen Betruges ohne Bezifferung des Schadens**
- BGH **Keine Übersteigerung der Prognoseanforderungen bei der Siche-
rungsverwahrung**
- BGH **Heimtückemord trotz grundsätzlicher Angst des Opfers vor dem Tä-
ter**
- BGH **Heimtückemord nach vorheriger verbaler Auseinandersetzung**
- BGH **Geringer Beweiswert der sequentiellen Lichtbildvorlage**

Die Ausgabe umfasst 110 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (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, November 2012, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

932. EGMR Nr. 3084/07 – Urteil der 1. Kammer vom 18. September 2012 (Falter Zeitschriften v. Österreich No. 2)

Äußerungsfreiheit von Journalisten bei Publikationen zur möglichen Befangenheit eines Gerichts (Meinungsfreiheit und Beleidigungen von Richtern; faires Verfahren; Urteilsschelte; Abgrenzung von Tatsachen und Wertungen).

Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 193 StGB

1. Obschon die Presse bestimmte Grenzen insbesondere zugunsten der Ehre und der Rechte anderer sowie der ordnungsgemäßen Rechtspflege nicht übertreten darf,

liegt ihre Pflicht doch darin, Information und Ideen zu allen Fragen öffentlichen Interesses auf verantwortliche Art und Weise zu verbreiten. Ein verantwortliches Handeln setzt voraus, dass Journalisten in gutem Glauben handeln, auf der Grundlage einer korrekten Faktenbasis agieren und präzise Informationen in Übereinstimmung mit journalistischen Standards publizieren. Die Methoden der objektiven und ausgewogenen Berichterstattung können sich aber in erheblichem Umfang unterscheiden. Die Gerichte dürfen insoweit ihre Einschätzung nicht kurzerhand an die Stelle derjenigen der Presse setzen.

2. Auch die Freiheit, Richter und die Justiz zu kritisieren, fällt klar unter den Schutz des Art. 10 EMRK. Die besondere Bedeutung der Justiz für die Gesellschaft muss je-

doch beachtet werden. Es kann erforderlich sein, die Gerichte gegen destruktive und im Wesentlichen unbegründete Angriffe der Presse zu schützen.

3. Einzelfall der legitimen Verurteilung eines Verlages zu einer zivilrechtlichen Entschädigungszahlung wegen der nicht hinreichend durch Tatsachen belegten Publikation des Vorwurfs gegenüber einem Richter, er habe ein skandalöses und mit Befangenheit zu erklärendes Urteil gefällt, indem er einen Täter vom Vorwurf der Vergewaltigung einer Asylsuchenden freigesprochen habe.

1006. BVerfG 2 BvR 1874/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2012 (OLG München)

Freiheit der Person (Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Außervollzugsetzung eines Haftbefehls); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses; neu hervorgetretene Umstände; Auflagen; Sicherheitsleistung; Privatinsolvenz); Willkürverbot.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO; § 80 InsO, § 81 InsO.

1. Als neu hervorgetretene Umstände, aufgrund derer ein Haftbefehl nach § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO wieder in Vollzug gesetzt werden kann, kommen nur Tatsachen in Betracht, welche die Gründe des Haftverschonungsbeschlusses in einem so wesentlichen Punkt erschüttern, dass keine Aussetzung bewilligt worden wäre, wenn sie bei der Entscheidung bereits bekannt gewesen wären.

2. Wenn die Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO erfüllt sind, hat das Gericht infolge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stets darzulegen, aus welchen konkreten Gründen anstelle einer Rücknahme der Haftverschonung nicht mildere Mittel der Verfahrenssicherung – namentlich eine Verschärfung der Auflagen – in Betracht kommen.

3. Werden hingegen neu hervorgetretene Umstände i. S. d. § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO verneint und kommt daher eine Wiederinvollzugsetzung des Haftbefehls von vornherein nicht in Betracht, so ist auch kein Raum für eine Verschärfung der Auflagen, weil diese nur als milderes Mittel gegenüber einer – tatbestandlich zulässigen – Wiederinvollzugsetzung möglich ist.

4. Ein Gericht verstößt gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG i. V. m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, wenn es eine festgesetzte Sicherheitsleistung erhöht, obwohl es unter Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht zu § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO aufgestellten Grundsätze zu dem Ergebnis gelangt ist, dass mangels neu hervorgetretener Umstände eine Aufhebung der Haftverschonung ausscheidet (Folgeverfahren zu 2 BvR 1092/12 [= HRRS 2012 Nr. 658]).

5. Eine Gerichtsentscheidung ist objektiv willkürlich und verletzt Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Dies ist der Fall, wenn eine offensichtlich ein-

schlägige Norm nicht berücksichtigt oder wenn der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird.

6. Die Festsetzung oder Erhöhung einer Sicherheitsleistung im Rahmen einer Haftverschonung erfordert es, den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beschuldigten Rechnung zu tragen und den allein verfahrenssichernden Zweck der Sicherheitsleistung zu beachten. Die Anordnung einer „Eigenhinterlegung“ ist objektiv willkürlich, wenn das Gericht in seiner Entscheidung ein über das Vermögen des Beschuldigten eröffnetes Insolvenzverfahren unberücksichtigt lässt, infolgedessen der Beschuldigte gesetzlich an der Zahlung des geforderten Betrages gehindert ist (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO).

1003. BVerfG 2 BvR 922/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (OLG Hamm / LG Bochum)

Strafvollzug und lebenslange Freiheitsstrafe (Maßnahme; medizinische Behandlung bei Diabetes; effektiver Rechtsschutz).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 58 StVollzG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1. Der von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Anspruch auf wirksame gerichtliche Kontrolle wird für den Bereich des Strafvollzugs einfachrechtlich durch die Verfahrensvorschriften der §§ 109 ff. StVollzG konkretisiert, die im Lichte der Rechtsschutzgarantie auszulegen sind.

2. Ob ein Handeln oder Unterlassen der Justizvollzugsanstalt eine Maßnahme zur Regelung einzelner Angelegenheiten im Sinne des § 109 StVollzG darstellt, richtet sich danach, ob die Möglichkeit besteht, dass dieses Handeln oder Unterlassen Rechte des Gefangenen verletzt.

3. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet eine gerichtliche Nachprüfung der medizinischen Behandlung eines Strafgefangenen daraufhin, ob die Grenzen des pflichtgemäßen ärztlichen Ermessens gewahrt sind. Erforderlichenfalls haben sich die Gerichte dabei der Hilfe von Sachverständigen zu bedienen.

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

5. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Überprüfung der medizinischen Behandlung einer chronischen Erkrankung im Strafvollzug besteht unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr auch dann fort, wenn die Behandlung zwischenzeitlich umgestellt worden ist.

1002. BVerfG 2 BvR 442/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Oktober 2012 (OLG Bamberg / LG Bayreuth)

Freiheitsgrundrecht (Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus); Fortdauer der Unterbringung (Aussetzung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gefahrprognose: Konkretisierung, Begründungstiefe, Beziehungstat).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

1. Bei der Vollstreckung einer Maßregel ist das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Erfordernis des Schutzes der Allgemeinheit vor zu erwartenden Rechtsverletzungen abzuwägen. Die Freiheit der Person darf dabei nur beschränkt werden, soweit dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.

2. Bei der erforderlichen Abwägung der Sicherungsbelange der Allgemeinheit mit dem Freiheitsanspruch des Unterbrachten darf nur auf die Gefahr solcher Taten abgestellt werden, die geeignet sind, die Maßregel zu tragen. Die Gefahr ist daher im Hinblick auf Art und Gewicht der zu erwartenden Taten sowie Wahrscheinlichkeit, Häufigkeit und Frequenz ihrer künftigen Begehung einzelfallbezogen zu konkretisieren. Dabei sind auch das frühere Verhalten des Verurteilten sowie die für seine künftige Entwicklung bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen.

3. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto stärkeres Gewicht gewinnt das Freiheitsgrundrecht und umso strenger werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Im Rahmen der Abwägung ist auch auszuführen, inwieweit etwaigen Gefahren durch geeignete Auflagen begegnet werden kann. Einer besonderen Begründung bedarf es, wenn ein Gericht – auch nur in Einzelaspekten – von einem eingeholten Sachverständigen-gutachten abweichen will.

4. Nach einer zwölf Jahre andauernden Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus anlässlich eines singulären, als Beziehungstat einzustufenden Tötungsdelikts genügt die – zumal in ihrem Ausmaß nicht konkretisierte – Gefahr von Körperverletzungen im privaten Umfeld nicht, um die Fortdauer der Unterbringung zu begründen. Dies gilt insbesondere, wenn ausweislich eines Sachverständigen-gutachtens in Belastungssituationen wie vor der Ausgangstat eine rechtzeitige therapeutische Intervention möglich ist.

1007. BVerfG 2 BvR 2819/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. September 2012 (OLG Naumburg / LG Halle)

Rechtsstaatsprinzip; Beschleunigungsgrundsatz (Verfahrensverzögerung); Verfassungsbeschwerde (Substantiierung; Subsidiarität); Verfahrensrüge.

Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt eine Verpflichtung zur angemessenen Beschleunigung des Strafverfahrens.

2. Eine Verfahrensverzögerung verletzt den Beschuldigten allerdings nur dann in seinem Recht auf ein rechtsstaatliches Verfahren, wenn es sich um eine von den Strafverfolgungsorganen zu verantwortende erhebliche Verzögerung handelt. Nicht zu berücksichtigen sind von dem Beschuldigten selbst oder der Verteidigung verursachte Verzögerungen, auch wenn sie auf zulässigem prozessuellem Verhalten beruhen.

3. Will ein Beschuldigter eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung geltend machen, so muss er den Verfahrensgang umfassend und vollständig und darlegen und dabei insbesondere auf Umfang und Ursachen aller Verzögerungen, die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, den Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes sowie das Ausmaß der mit dem schwebenden Verfahren für ihn verbundenen Belastungen eingehen.

4. Mit der Verfassungsbeschwerde kann ein Beschuldigter Verfahrensverzögerungen, die sich nicht bereits vollständig aus dem tatrichterlichen Urteil ergeben, nur geltend machen, wenn er diesbezüglich zuvor im Revisionsverfahren eine den formellen Anforderungen genügende Verfahrensrüge erhoben hat.

1005. BVerfG 2 BvR 1766/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2012 (OLG Koblenz)

Widerruf einer Gnadenentscheidung; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Wiedereinsetzungsgrund; Rechtsbehelfsbelehrung; effektiver Rechtsschutz); Zulassung eines Beistandes im Verfassungsbeschwerdeverfahren.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 EGGVG; § 26 Abs. 1 EGGVG; § 22 Abs. 1 BVerfGG

1. Aus Art. 19 Abs. 4 GG, der einen möglichst effektiven Zugang zu dem von der jeweiligen Prozessordnung eröffneten gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet, folgt die Verpflichtung, die Anforderungen an einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu überspannen.

2. Das Fehlen einer – wenngleich gesetzlich nicht vorgesehenen – Rechtsbehelfsbelehrung kann im Einzelfall dazu führen, dass die Versäumung einer Rechtsbehelfsfrist als unverschuldet anzusehen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist.

3. Die komplexe Rechtslage bezüglich der Justiziabilität von Gnadenentscheidungen erfordert vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG die Erteilung einer Rechtsbehelfsbelehrung. Ist diese unterblieben, darf bei der Entscheidung über eine Wiedereinsetzung in die Frist nach § 26 Abs. 1 EGGVG nicht allein auf Erkundigungspflichtigen des Betroffenen abgestellt werden.

4. Die Zulassung eines Beistandes im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 4 BVerfGG kommt nur in Betracht, wenn sie objektiv sachdienlich und subjektiv notwendig ist. Hierfür muss es dem Be-

schwerdeführer unzumutbar sein, sich durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen in § 22 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG genannten Berechtigten vertreten zu lassen. Der Hinweis auf eine Inhaftierung des Beschwerdeführers genügt dafür nicht.

1004. BVerfG 2 BvR 1218/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (OLG Koblenz / LG Trier)

Strafvollzug (körperliche Durchsuchung; Rechtswegerschöpfung; Anhörungsrüge; rechtliches Gehör; Stellungnahme).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 84 StVollzG

1. Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verfassungsbeschwerde ist nach § 90 Abs. 2 BVerfGG die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges. Dazu gehört auch eine Anhörungsrüge, soweit diese nach dem jeweiligen Verfahrensrecht statthaft und nicht offensichtlich aussichtslos ist.
2. Eine Anhörungsrüge ist nicht statthaft und daher nicht Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verfassungsbeschwerde, wenn dem letztinstanzlichen Gericht kein neuer, eigenständiger Gehörsverstoß, sondern nur die Nichtbehebung eines Gehörsverstoßes der Vorinstanz zur Last gelegt wird.
3. Rügt ein Strafgefangener mit der Rechtsbeschwerde einen Gehörsverstoß des Vollstreckungsgerichts mit der Begründung, eine Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt sei ihm nicht zugänglich gemacht worden, so verletzt das Beschwerdegericht den Anspruch des Gefangenen auf rechtliches Gehör erneut, wenn es ihm die Stel-

lungnahme auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zugänglich macht.

1008. BVerfG 2 BvR 2025/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (OLG München)

Resozialisierungsgebot (Vollzugslockerungen; Entlassungsperspektive; Absehen von der weiteren Strafvollstreckung; Ausweisung; Abschiebung).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 456a StPO

1. Ein Strafgefangener, der wegen seiner Ausweisung aus der Bundesrepublik ein Absehen von der weiteren Strafvollstreckung nach § 456a StPO begehrt, kann sich in dem zugehörigen gerichtlichen Verfahren nicht gegen die Versagung von Vollzugslockerungen oder sonstigen Resozialisierungsmaßnahmen wenden. Vielmehr handelt es sich hierbei um in einem gesonderten Rechtsweg angreifbare Entscheidungen der Justizvollzugsanstalt.
2. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auf eine Resozialisierung auszurichten, schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Tüchtigkeit des Inhaftierten für ein Leben in Freiheit zu erhalten. Dem dienen insbesondere Vollzugslockerungen.
3. Auch wenn bei einem Strafgefangenen (noch) keine konkrete Entlassungsperspektive besteht, dürfen ihm Vollzugslockerungen nicht generell versagt werden. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Strafgefangene aus der Haft heraus abgeschoben werden soll, weil das Resozialisierungsgebot nicht allein dem (inner)staatlichen Interesse an einer künftigen Straffreiheit des Verurteilten dient, sondern vor allem auch dessen Grundrechte schützt.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

986. BGH 2 StR 199/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Mainz)

Tateinheit (Anforderungen bei Taten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter; natürliche Handlungseinheit).
§ 52 StGB

1. Unter dem Gesichtspunkt einer natürlichen Handlungseinheit liegt eine Tat im sachlich-rechtlichen Sinne nur dann vor, wenn mehrere, im Wesentlichen gleichartige Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden (objektiv) auch für

einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches Geschehen darstellt (st. Rspr.).

2. Richten sich die Handlungen des Täters gegen höchstpersönliche Rechtsgüter der Opfer, wird die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sie liegt jedoch bereits nicht nahe. Höchstpersönliche Rechtsgüter sind einer additiven Betrachtungsweise allenfalls in Ausnahmefällen zugänglich. Deshalb können solche Handlungen, die sich nacheinander gegen mehrere Personen richten, grundsätzlich weder durch ihre enge Aufeinanderfolge noch durch einen einheitlichen Plan oder Vorsatz zu einer

natürlichen Handlungseinheit und damit zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden. Ausnahmen kommen nur in Betracht, wenn ein einheitlicher Tatenschluss gegeben ist und die Aufspaltung des Tatgeschehens in Einzelhandlungen wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhanges, etwa bei Messerstichen oder Schüssen ohne jegliche zeitliche Zäsur, willkürlich und gekünstelt erschiene.

1000. BGH 4 StR 308/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Bochum)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung und Begründung der erheblich verminderten Schuldfähigkeit).

§ 63 StGB; § 20 StGB

1. Die richterliche Entscheidung, ob die Fähigkeit eines Täters, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert war, besteht aus in einem aus mehreren

Schritten bestehenden Verfahren. Zuerst ist die Feststellung erforderlich, dass beim Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein.

2. Dabei hat der Tatrichter bei der Entscheidung über die Bejahung eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB und bei der Annahme eingeschränkter Schuldfähigkeit nicht nur die Darlegungen des medizinischen Sachverständigen eigenständig zu überprüfen; er ist auch verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise zu begründen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 74).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

935. BGH 3 StR 171/12 – Urteil vom 6. September 2012 (LG Düsseldorf)

Mord; Heimtücke (kein automatischer Ausschluss der Arglosigkeit bei vorherigen verbalen Auseinandersetzungen; Maßgeblichkeit der Arglosigkeit bei Versuchsbeginn)

§ 211 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist das Tatopfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren oder doch erheblichen Angriff rechnet. Das Opfer muss weiter gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein. Arg- und Wehrlosigkeit können auch gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber nicht (mehr) mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet. Voraussetzung heimtückischer Begehungsweise ist zudem, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt (st. Rspr.).

2. Verbale Streitigkeiten stehen, selbst wenn sie der Tötungshandlung unmittelbar vorausgehen, der Heimtücke nicht entgegen. Es kommt auch in einem solchen Fall auf die Arglosigkeit des Opfers gegenüber einem Angriff auf Leben oder körperliche Unversehrtheit an. Eine tatsächlich vorhandene Arglosigkeit in diesem Sinne wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Opfer nach den Umständen mit einem tätlichen Angriff hätte rechnen müssen. Erkennt der im unmittelbaren räumlichen und zeit-

lichen Zusammenhang mit einer von ihm ausgehenden bloß verbalen Attacke zur Tötung seines Opfers ansetzende Täter dessen dennoch erhalten gebliebene Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines tätlichen Angriffs und nutzt er diese bewusst zur Tat aus, so handelt er heimtückisch (vgl. BGHSt 33, 363, 365; BGH HRRS 2007 Nr. 274).

993. BGH 4 StR 84/12 – Urteil vom 30. August 2012 (LG Essen)

Versuchter Mord (Heimtücke bei grundsätzlicher Angst des Opfers vor dem Täter: mangelnde Aktualisierung des Argwohns in der konkreten Tatsituation; niedrige Beweggründe: Wut, Eifersucht, Tötung, um sich einer berechtigten Festnahme zu entziehen; Verdeckungsabsicht).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und dadurch bedingte Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist das Opfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnet (st. Rspr.).

2. Lauert der Täter seinem ahnungslosen Opfer auf, um an dieses heranzukommen, kommt es nicht mehr darauf an, ob und wann es die von dem ihm gegenüber tretenden Täter ausgehende Gefahr erkennt. Eine auf früheren Aggressionen beruhende latente Angst des Opfers hebt seine Arglosigkeit erst dann auf, wenn es deshalb im Tatzeitpunkt mit Feindseligkeiten des Täters rechnet. Die Rechtsprechung hat daher auch bei Opfern, die aufgrund

von bestehenden Konfliktsituationen oder früheren Bedrohungen dauerhaft Angst um ihr Leben haben, einen Wegfall der Arglosigkeit erst dann in Betracht gezogen, wenn für sie ein akuter Anlass für die Annahme bestand, dass der ständig befürchtete schwerwiegende Angriff auf ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit nun unmittelbar bevorsteht.

3. Aus niedrigen Beweggründen tötet, wer sich maßgeblich von einem oder mehreren Handlungsantrieben leiten lässt, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb verwerflich sind (st. Rspr.). Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren Faktoren beurteilt werden, die für die Motivbildung von Bedeutung waren (st. Rspr.). Beruht die Tötung auf Gefühlsregungen wie Wut, Zorn oder Verärgerung, denen jedermann mehr oder weniger stark erliegen kann, kommt es für die Beurteilung auf die zugrunde liegende Gesinnung des Täters an (st. Rspr.). Das Tatgericht muss sich daher mit einer Grundhaltung des Angeklagten, die der Tat zugrunde lag, auseinandersetzen (hier: mögliche ungehemmte Eigensucht, exklusive Besitzansprüche und eine unduldsame Selbstgerechtigkeit).

4. Ein niedriger Beweggrund kann auch gegeben sein, wenn sich der Täter zur Tötung eines Menschen entschließt, um sich einer berechtigten Festnahme zu entziehen und ungehindert entkommen zu können. Dieser Tatantrieb muss in aller Regel ebenso beurteilt werden, wie die in § 211 Abs. 2 StGB ausdrücklich hervorgehobe-

ne Verdeckungsabsicht, weil es dem Täter in beiden Fällen darum geht, sich seiner Verantwortung für begangenes Unrecht unter Inkaufnahme des Todes eines Menschen zu entziehen.

996. BGH 4 StR 244/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Leipzig)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Beifahrer als tauglicher Opfer; Merkmal des „Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“).

§ 316a StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal des „Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“ ist in der Regel erfüllt, wenn der Angriff zu einem Zeitpunkt erfolgt, an dem sich der Fahrer mit dem Fahrzeug im fließenden Verkehr befindet oder wenn das Kraftfahrzeug während der Fahrt verkehrsbedingt mit laufendem Motor hält, die Fahrt aber nach Veränderung der Verkehrssituation sogleich fortgesetzt werden soll, das Fahrzeug sich also weiterhin im fließenden Verkehr befindet.

2. In allen anderen Fällen, insbesondere bei einem nicht verkehrsbedingten Halt, bedarf es zusätzlicher, in den Urteilsgründen darzulegender Umstände, die die Annahme rechtfertigen, dass die Tat unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen worden ist (vgl. BGH NSTZ-RR 2006, 185). Dies gilt insbesondere bei der Einwirkung auf einen Beifahrer („Mitfahrer“).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1010. BGH 1 StR 160/12 – Urteil vom 25. September 2012 (LG München I)

Rechtsfehlerhaft begründetes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung bei (zur Tatzeit) jugendlichen (Erörterungsmangel; Maßstäbe der Prognose schwerer Gewalt- und Sexualdelikte; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; Anforderungen an die Begutachtung; Einbeziehung der psychischen Störung).

§ 7 Abs. 2 JGG; Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG

1. Die vom Bundesverfassungsgericht für die Sicherungsverwahrung geforderte „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ ist dahin zu verstehen, dass bei beiden Elementen der Gefährlichkeit – mithin der Erheblichkeit weiterer Straftaten und der Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung – ein gegenüber der bisherigen Rechtsanwendung strengerer Maßstab anzulegen ist.

2. Auch bei den hier zu treffenden Prognoseentscheidungen kann aber nicht verlangt werden, dass zukünftige Ereignisse oder Zustände zur vollen richterlichen Überzeugung feststehen. Ansonsten könnte die Gefahrpro-

gnose immer mit dem Argument verneint werden, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass gefahr begründende Faktoren nicht eintreten. Ein solcher Maßstab ist wegen zu hoher Anforderungen rechtsfehlerhaft. Es genügt eine hochgradige Wahrscheinlichkeit der gefahr begründenden Faktoren.

3. Kann ein Sachverständiger zum Vorliegen einer psychischen Störung eine gutachterliche Äußerung „aufgrund seiner Fachgebiettsfremdheit nicht abgeben“, darf sich die Kammer bei ihrer Gefährlichkeitsprognose auf dessen Ausführungen nicht stützen. Eine Prognose, die ohne Berücksichtigung der psychischen Störung des Probanden abgegeben wird, hat keinen forensisch relevanten Wert. Der Zustand und die Befindlichkeit des zu Beurteilenden sind unerlässliche Faktoren für die Prognoseentscheidung.

963. BGH 5 StR 295/12 – Urteil vom 28. August 2012 (LG Saarbrücken)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Berücksichtigung länger währender Straffreiheit als Indiz gegen die Wahr-

scheinlichkeit künftiger Straftaten; Pflicht zur Erörterung straffreier Zeiträume im Urteil).

§ 63 StGB

1. Die grundsätzlich unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB ist eine außerordentlich belastende Maßnahme, die einen besonders gravierenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellt und daher nur unter sorgfältiger Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnet werden darf. Deshalb ist es grundsätzlich erforderlich, dass bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Gefährlichkeitsprognose länger währende Straffreiheit als gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten zu berücksichtigen ist (vgl. bereits BGH HRRS 2012 Nr. 118).

2. Das Gericht darf – gerade bei einem nicht vorbestraften Angeklagten, der nur wenige (hier: zwei) Anlasstaten aus dem Bereich der mittleren Kriminalität begangen hat – Zeiträume, in denen der Angeklagte straffrei geblieben ist, im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose nicht unerörtert lassen. Dies gilt insbesondere für den Zeitraum zwischen der Begehung der Anlasstat und der Hauptverhandlung, dem für die Gefährlichkeitsprognose naturgemäß ein erhebliches Gewicht zukommt.

989. BGH 2 StR 526/11 – Urteil vom 8. August 2012 (LG Koblenz)

Verabredung zu einem Verbrechen (Konkretisierung der geplanten Straftat; Tatumehrheit); Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 30 Abs. 2 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 46a Nr. 1 StGB

1. Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses zwischen verschiedenen Straftaten richtet sich – auch bei der Mitwirkung mehrerer Tatbeteiligter – für jeden Beteiligten allein danach, welche Tathandlungen er im Hinblick auf die jeweilige Tat vorgenommen hat, unabhängig davon, ob die einzelne Tat nur verabredet, versucht oder vollendet worden ist (BGHSt 56, 170, 172).

2. Die Vorschrift des § 46a Nr. 1 StGB dient – anders als die in erster Linie für materiellen Schadensersatz bei Vermögensdelikten vorgesehene Vorschrift des § 46a Nr. 2 StGB – über den Ausgleich immaterieller Folgen zwi-

schen Täter und Opfer der Lösung von Konflikten, die zu der Straftat geführt haben oder durch sie veranlasst worden sind. Solche immateriellen Folgen sind grundsätzlich auch bei Vermögensdelikten denkbar (BGH NStZ 1995, 492).

945. BGH 3 StR 320/12 – Beschluss vom 2. Oktober 2012 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln; Verfall; (erlangtes Etwas; kein Verfall bei Zahlungen für illegale Tätigkeiten, die mit zivilrechtlich unwirksamen Ansprüchen verrechnet werden).

§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB

Der Begriff des „etwas“ i.S.d. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB umfasst die Gesamtheit der materiellen Vermögenszuflüsse (sog. Bruttoprinzip), die der Tatbeteiligte unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes erzielt. Wird dem Angeklagten für ein gesetzeswidriges Verhalten (hier: eine Drogenkurierfahrt) ein Lohn in Aussicht gestellt, wobei ein Teil anschließend mit vermeintlichen „Schulden“ aus vorangegangenen gesetzeswidrigen Geschäften (hier: Betäubungsmittelgeschäften) „verrechnet“ wird, unterliegt der aufgrund dieser „Verrechnung“ nicht zur Auszahlung gelangte Teil nicht dem Verfall. Insoweit fehlt es an einer zivilrechtlich wirksamen (§ 134 BGB) Verbindlichkeit, von der der Angeklagte durch die „Verrechnung“ hätte frei werden können und damit an einem erlangten „etwas“ i.S.d. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB (vgl. bereits BGH HRRS 2011 Nr. 129).

1021. BGH 2 StR 248/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Koblenz)

Minder schwerer Fall des Wohnungseinbruchsdiebstahls (Erörterungsmangel; Meistbegünstigungsgrundsatz).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

Einer Erörterung, ob ein minder schwerer Fall in Betracht kam, bedarf es nur dann nicht, wenn alle Umstände, die für die Wertung der Tat und des Täters bedeutsam sein können, von vornherein die Annahme eines minder schweren Falles als so fernliegend erscheinen lassen, dass die Ablehnung des Ausnahmestrafrahmens auf der Hand liegt.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

962. BGH 5 StR 251/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Dresden)

BGHSt; Selbstleseverfahren (unterlassene Entscheidung trotz Widerspruchs; kein Verlust der Revisionsrüge nach einem vor der Vorsitzendenanordnung erklärtem Widerspruch; Verlesung als im Vergleich zum Selbstleseverfahren grundsätzlich vorzugswürdige Methode der Einführung von Beweisstoff in die Haupt-

verhandlung); Beruhen (kein regelmäßiger Ausschluss des Beruhens bei unterlassener Entscheidung trotz Widerspruchs).

§ 249 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Unterbliebener Gerichtsbeschluss bei Widerspruch gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens und Beruhen. (BGHSt)

2. Der durch das Unterbleiben eines Gerichtsbeschlusses trotz Widerspruchs gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens begründete Verstoß gegen § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO kann grundsätzlich mit der Revision gerügt werden. Es ist auch nicht regelmäßig auszuschließen, dass das Urteil auf einem solchen Verstoß beruht. Vielmehr ist stets die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass aufgrund des Gerichtsbeschlusses vom Selbstleseverfahren Abstand genommen worden wäre. (Bearbeiter)

3. Der gemäß § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO erhobene Widerspruch betrifft lediglich das Absehen von der Verlesung, mithin die Art der Beweiserhebung und nicht die Verwertung der Urkunden als solche. Daher ist bei der Beruhenprüfung darauf abzustellen, ob ausgeschlossen werden kann, dass für den Fall alternativer Verlesung nach § 249 Abs. 1 StPO der in dem mangelhaft angeordneten Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden ein abweichendes Beweisergebnis denkbar wäre, und zwar namentlich infolge hierbei erhobener erheblicher Einwände von Verfahrensbeteiligten. (Bearbeiter)

4. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Verlesung jenseits prozessökonomischer Erwägungen die im Vergleich zum Selbstleseverfahren vorzugswürdige Methode der Einführung von Beweisstoff in die Hauptverhandlung darstellt. Eine Verlesung in der Hauptverhandlung kann den Verfahrensbeteiligten eine Chance geben, eher zu erkennen, welchen Urkunden oder Urkundeninhalten das Gericht besondere Bedeutung beimisst. Insbesondere ergibt sich durch die Verlesung die Gelegenheit für Erörterungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Einführung des jeweiligen Beweismittels. (Bearbeiter)

943. BGH 3 StR 309/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Mönchengladbach)

BGHSt; Eintragungen im Bundeszentralregister (Verwertungsverbot bei Einträgen aus getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen); Gutachten zum Bestehen eines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten kein „Gutachten über den Geisteszustand“.
§ 66 StGB; § 51 Abs. 1 BZRG, § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG

1. Ein Gutachten zum Bestehen eines Hanges im Sinne von § 66 StGB und einer darauf beruhenden Gefährlichkeit eines Angeklagten ist kein „Gutachten über den Geisteszustand“, dessen Erstattung eine Verwertung von Taten aus im Zentralregister getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen erlaubt. (BGHSt)

2. Das gesetzliche Verwertungsverbot gemäß § 51 Abs. 1 BZRG, demzufolge aus der Tat, die Gegenstand einer getilgten Verurteilung ist, keine nachteiligen Schlüsse auf die Persönlichkeit des Angeklagten gezogen werden dürfen, gilt auch, soweit über die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung zu entscheiden ist. Das Verwertungsverbot ist deshalb auch bei der nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. zu treffenden Entscheidung zu beachten, ob die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu schweren Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist. (Bearbeiter)

3. Der Begriff „Geisteszustand“ in § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG zielt auf die vier Eingangsmerkmale des § 20 StGB, die krankhafte seelische Störung, die tiefgreifende Bewusstseinsstörung, den Schwachsinn oder die schwere andere seelische Abartigkeit, ab. Vom Gutachten über das Vorliegen eines dieser Merkmale ist die nach § 246a StPO vor der Anordnung der Sicherungsverwahrung durchzuführende sachverständige Begutachtung zu unterscheiden. Kommt die Unterbringung nach § 66 StGB in Betracht, soll dem Tatgericht eine Entscheidungshilfe für die Beurteilung gegeben werden, ob der Angeklagte infolge seines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist. Bei der Prüfung des Hanges im Sinne des § 66 StGB geht es somit im Ergebnis nicht in erster Linie um die Bewertung des Geisteszustands des Täters, sondern um die wertende Feststellung einer persönlichen Eigenschaft. (Bearbeiter)

4. Sinn und Zweck des Verwertungsverbots nach § 51 Abs. 1 BZRG ist es, den Angeklagten davor zu schützen, dass ihm nach Ablauf einer im Verhältnis zur erkannten Rechtsfolge kürzer oder länger bemessenen Frist straffreien Lebens alte Taten nochmals vorgehalten und zu seinem Nachteil verwertet werden. Dieses Schutzes bedarf der Angeklagte jedenfalls nicht in demselben Maße, wenn es um die Beurteilung der Schuldfähigkeit geht, da deren Ausschluss oder erhebliche Verminderung regelmäßig entweder die Bestrafung hindern oder die Strafe mildern. (Bearbeiter)

5. Die indizielle Verwertung im Register getilgter früherer Verurteilungen zur Feststellung eines Hanges im Sinne von § 66 StGB zum Nachteil des Angeklagten ist mehrfach beanstandet worden (BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 7; BGH NStZ-RR 2002, 332; zuletzt BGH StV 2007, 633 – nur obiter). Soweit der 4. Strafsenat in einer späteren, vom Landgericht für seine Rechtsauffassung in Anspruch genommenen Entscheidung (BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 8) in einem nicht tragenden Hinweis ohne nähere Begründung Zweifel an dieser Rechtsprechung angemeldet hat, teilt der Senat diese Bedenken aus den vorstehenden Gründen nicht. (Bearbeiter)

960. BGH Ermittlungsrichter 3 BGs 262/12 2 BJs 162/11-2 – Beschluss vom 18. September 2012

BGHR; Nebenklageberechtigung des geschiedenen Ehegatten (Ausschluss der Nebenklageberechtigung bei einer Ehe zwischen türkischen Staatsangehörigen bereits aufgrund der rechtskräftigen Scheidung nach deutschem Recht).
§ 395 Abs. 2 Nr. 1; § 397a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 406g Abs. 1, 3 Satz 1 Nr. 1 StPO; Art. 14 türk. IPRG; Art. 58 türk. IPRG

1. Zur Nebenklageberechtigung des Ehegatten im Falle einer in Deutschland rechtskräftig erfolgten Scheidung einer zwischen türkischen Staatsangehörigen geschlossenen Ehe bei Fehlen der nach dem anzuwendenden materiellen türkischen Recht erforderlichen Anerkennungsentscheidung. (BGHR)

2. Geschiedene Ehegatten sind nicht nebenklageberechtigt. Demgemäß kann ihnen auch nicht nach § 406g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO in Verbindung mit § 397a Abs. 1 Nr. 2 StPO ein Rechtsanwalt als Beistand bestellt werden. (Bearbeiter)

3. Sind die geschiedenen Ehegatten türkische Staatsangehörige, mit der Folge, dass für deren Scheidung gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Art. 17 Abs. 1 EGBGB materielles türkisches Recht anzuwenden ist, ist eine Nebenklageberechtigung regelmäßig bereits dann ausgeschlossen, wenn ein nach deutschem Recht rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt. Einer Anerkennungsentscheidung durch ein türkisches Gericht bedarf es insoweit nicht. (Bearbeiter)

4. Es kann dahinstehen, ob im Einzelfall besondere Umstände es rechtfertigen können, im Rahmen der § 406g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, § 397a Abs. 1 Nr. 2, § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht auf die Rechtskraft des inländischen Scheidungsurteils, sondern auf die türkische Anerkennungsentscheidung abzustellen. Jedenfalls genügt eine spätere Wiederannäherung der geschiedenen Ehegatten nicht, um eine solche Ausnahme zu begründen. (Bearbeiter)

969. BGH 5 StR 372/12 (alt: 5 StR 397/11) – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Überzeugungsbildung bzgl. der Täterschaft (Anforderungen an die objektive Grundlage der Überzeugungsbildung; Mängel der Wiedererkennungsleistung eines Zeugen; Einzelbildvorlage; sequentielle Lichtbildvorlage; Videowahlgegenüberstellung; suggestiver Effekt der Einzellichtbildvorlage) § 261 StPO

1. Die zur richterlichen Überzeugungsbildung erforderliche persönliche Gewissheit setzt objektive Grundlagen voraus. Diese müssen aus rationalen Gründen den Schluss erlauben, dass das festgestellte Geschehen mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Das ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruht und die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht etwa nur eine Annahme ist oder sich als bloße Vermutung erweist, die letztlich nicht mehr als einen Verdacht zu begründen vermag (BGH StV 2002, 235 und BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 26, jeweils mwN).

2. Der Identifizierung eines Angeklagten durch einen Zeugen kommt nur ein äußerst geringer Beweiswert zu, wenn dieser den Täter lediglich auf einer Einzelbildvorlage, nicht aber auf einer sequentiellen Lichtbildvorlage oder einer Videowahlgegenüberstellung erkennt. Zudem hat eine Einzelbildvorlage einen starken suggestiven Effekt, der zur Folge hat, dass der Beweiswert einer danach folgenden Identifikation in der Hauptverhandlung eingeschränkt wird.

950. BGH 3 StR 348/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Mönchengladbach)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Schweigerecht; Recht auf effektive Verteidigung; rechtsfehlerhafte Zurückweisung einer schriftlichen Erklärung des Angeklagten; Gewahrsam als Mittel zur Herbeiführung einer geständigen Einlassung; wesentliche Beschränkung der Verteidigung); Adhäsionsausspruch (Anforderungen an die Grundlage für die Bestimmung der Schmerzensgeldhöhe); Geiselnahme (Verhältnis von Prüfung eines minder schweren Falls und eines vertyp-ten Milderungsgrundes aufgrund eines Täter-Opfer-Ausgleichs).

Art. 6 EMRK; § 136a StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 406 StPO; § 239b Abs. 2 StGB; § 46a StGB

1. Einzelfall einer nicht revisiblen Zurückweisung schriftlicher Einlassungen von Angeklagten durch das Zerreißen derselben und der Ingewahrsamnahme aller nicht geständigen Mitangeklagten nach der Ablegung eines Geständnisses durch einen der Mitangeklagten in der Hauptverhandlung.

2. Das Gericht ist verpflichtet, eine schriftliche Stellungnahme des Angeklagten zur Kenntnis zu nehmen (vgl. BGHSt 52, 175, 178). Insofern ist die Verfahrensweise, eine Entgegennahme der schriftlichen Erklärung des Angeklagten abzulehnen und diese gar zu zerreißen, fehlerhaft. Für den Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO ist jedoch eine kausale Beziehung zwischen der fehlerhaft unterbliebenen Kenntnisnahme und dem Urteil erforderlich.

3. Eine Ingewahrsamnahme nach § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO setzt voraus, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, der Angeklagte werde sich aus der Verhandlung entfernen. Werden die Grenzen des § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht gezielt übertreten, lässt sich aus einer unbegründeten Ingewahrsamnahme während der Hauptverhandlung aber kein Verwertungsverbot hinsichtlich einer daraufhin gemachten Einlassung eines Angeklagten herleiten.

1028. BGH 4 StR 108/12 – Urteil vom 30. August 2012 (LG Detmold)

Recht auf effektiven Verteidigerbeistand und Mandatsniederlegung (Aussetzung und Unterbrechung; faires Verfahren; Fürsorgepflicht; Vorbereitung der Verteidigung; Darlegungsvoraussetzungen in der Revision: Verfahrensrüge); Auswahl des Pflichtverteidigers; Beweisverwertungsverbot bei heimlich gefertigten Audioaufzeichnungen (Anforderungen an die Verfahrensrüge; Widerspruchslösung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. b und c EMRK; § 140 StPO; § 145 Abs. 3 StPO; § 265 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 142 Abs. 1 StPO; Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 201 StGB; Art. 8 EMRK

1. Die Frage, ob eine Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung wegen einer Mandatsniederlegung geboten war, kann nur beurteilt werden, wenn feststeht, welche Informationen über den bisherigen Verfahrensgang dem neuen Verteidiger zur Verfügung standen. Dazu bedarf es nicht nur näherer Angaben zum Zeitpunkt und zum Inhalt der erfolgten Unterrichtung, sondern auch zur Person des Unterrichtenden, weil daraus

Schlüsse auf die Vollständigkeit und Zuverlässigkeit der übermittelten Informationen gezogen werden können. Die näheren Angaben muss die Revision nach dem Maßstab des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO darlegen. Dies gilt auch für den Verteidiger, der die Verteidigung in der Revision erst übernimmt.

2. Verfahrensvorgänge können eine veränderte Sachlage im Sinne des § 265 Abs. 4 StPO herbeiführen, wenn sie geeignet sind, die Fähigkeit des Angeklagten zu einer sachgerechten Verteidigung zu beschränken. Der Wechsel des Verteidigers während der laufenden Hauptverhandlung ist ein solcher Verfahrensvorgang. Er schafft selbst dann eine veränderte Sachlage, wenn der neue Verteidiger sogleich an die Stelle des früheren tritt. Der § 265 Abs. 4 StPO wird nicht von § 145 Abs. 3 StPO verdrängt.

3. Ob auf eine veränderte Sachlage nach § 265 Abs. 4 StPO in Ausübung der prozessualen Fürsorgepflicht mit einer Aussetzung der Hauptverhandlung zu reagieren ist, steht im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen des Gerichts und hängt vom Einzelfall ab. Anstelle einer Aussetzung kann es bei einem Verteidigerwechsel auch ausreichend sein, wichtige Verfahrensabschnitte zu wiederholen, um dem neuen Verteidiger Gelegenheit zu geben, sich ein umfassendes eigenes Urteil von dem Beweisergebnis zu machen.

4. Ein nach § 145 Abs. 1 Satz 1 StPO neu bestellter Verteidiger hat als unabhängiges Organ der Rechtspflege grundsätzlich selbst zu beurteilen, ob er für die Erfüllung seiner Aufgabe hinreichend vorbereitet ist. Zwar hat das Gericht über die Frage, ob die Fürsorgepflicht eine Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 265 Abs. 4 StPO gebietet, unabhängig von Anträgen und Erklärungen der Beteiligten zu entscheiden, doch kommt bei dieser Entscheidung der Einschätzung des neu bestellten Verteidigers und seinem Prozessverhalten eine maßgebliche Bedeutung zu. Stellt der neue Verteidiger seine Fähigkeit zu sachgerechter Verteidigung nicht in Frage, will er vielmehr die Hauptverhandlung ohne zeitliche Verzögerung fortsetzen und gibt auch der Angeklagte nicht zu erkennen, dass er mehr Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung benötigt, so ist das Gericht in der Regel nicht dazu berufen, seine Auffassung von einer angemessenen Vorbereitungszeit gegen den Verteidiger durchzusetzen und von diesem nicht angestrebte prozessuale Maßnahmen zu treffen.

5. Widerspricht der Angeklagte der ihm mitgeteilten Abwägung des neuen Pflichtverteidigers nicht, dass eine Fortsetzung der Verhandlung in seinem Interesse lag, ist das Gericht nur dann gehalten, von Amts wegen eine Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung anzuordnen, wenn sich die dem Prozessverhalten des Angeklagten und seines Verteidigers zu entnehmende Einschätzung der Sach- und Rechtslage als evident interessenwidrig darstellt und ohne diese Maßnahmen eine effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 c MRK) unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet gewesen wäre.

6. Die Auswahl eines Pflichtverteidigers ist nur dann nach § 142 Abs. 1 StPO ermessens- und damit rechtsfehlerhaft, wenn der ausgewählte Verteidiger aus nachvollziehbaren Gründen nicht das Vertrauen des Angeklagten

genießt oder objektiv keine Gewähr für eine sachgerechte Verteidigung bietet.

7. Die Rüge, das Tatgericht habe mit der Verlesung des Protokolls der von der Nebenklägerin heimlich gefertigten Audioaufzeichnung gegen ein aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 GG, § 201 StGB abzuleitendes Beweisverbot verstoßen, ist nur zulässig erhoben, wenn das Verhalten des Angeklagten zu einer früheren Einführung des Beweismittels in das Verfahren geschildert wird.

1035. BGH 4 StR 305/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Hagen)

Anforderungen an die Beweiswürdigung beim Vorwurf von Sexualstraftaten (Bedeutung schwer erklärlicher Erinnerungslücken zu sexuellen Kontakten mit dem Angeklagten; relative Bedeutung der Aussagekonstanz); schwerer sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger.

§ 261 StPO; § 179 StGB

1. Macht ein Zeuge in Bezug auf ein wenig vergessensanfälliges Erleben eine unter normalen Bedingungen nicht erklärbare Erinnerungslücke geltend, besteht Grund zu der Annahme, dass er dieses Thema meiden will und sein Aussageverhalten auch im Übrigen einer entsprechenden Steuerung unterliegt (hier: Erinnerungslücken hinsichtlich früherer sexueller Kontakte zum Angeklagten). Das Tatgericht muss in einem solchen Fall erörtern, ob die Nebenklägerin der Frage nach weiteren, insbesondere einvernehmlichen sexuellen Kontakten mit dem Angeklagten ausweichen wollte und – bejahendenfalls – inwieweit sich daraus Schlüsse auf eine entsprechende Steuerung ihrer Aussage auch in Bezug auf die Schilderung des Tatgeschehens ziehen lassen.

2. Die Erwägung, dass bei einer erfundenen Aussage eine „komplikationslose Verneinung“ der Frage nach einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu erwarten gewesen wäre, vermag die glaubwürdigkeitskritische Bedeutung der geltend gemachten Erinnerungslücke nicht zu entkräften.

3. Der Annahme, dass in der Übereinstimmung von Aussageinhalten in aufeinanderfolgenden Vernehmungen ein Indiz für das Vorliegen einer erlebnisbegründeten Aussage gesehen werden kann, liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Beobachtungen realer Vorgänge und eigene Erlebnisse zuverlässiger gespeichert werden, als aus dem Allgemeinwissen zusammengesetzte oder von Dritten vorgegebene Inhalte. Eine für die Glaubwürdigkeitsbeurteilung bedeutsame Konstanz kann sich daher nur in Bezug auf hinreichend komplexe Sachverhaltsschilderungen ergeben. Sie lässt sich dagegen nur mit Einschränkungen auf die wiederholte Äußerung stützen, zu einem bestimmten Geschehen nichts mehr zu wissen.

4. Eine Inkonstanz in den Bekundungen eines Zeugen stellt einen Hinweis auf mangelnde Glaubhaftigkeit der Angaben insgesamt dar, wenn sie nicht mehr mit natürlichen Gedächtnisunsicherheiten erklärt werden kann. Bei der Schilderung von körpernahen Ereignissen ist im Allgemeinen zu erwarten, dass der Zeuge globale Körperpositionen bei der Haupthandlung auch über längere Intervalle in Erinnerung behält.

5. In einem Fall in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat, die die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten beeinflussen können.

1020. BGH 2 StR 122/12 – Beschluss vom 6. September 2012 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Befangenheitsanträge im Besetzungsstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenates (gesetzlicher Richter: Rüge der nicht vorschriftsgemäßen Besetzung des Senates; Beurteilungsgrundlage).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 26a Nr. 2 StPO; § 27 StPO

1. Der zur Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch berufene Spruchkörper darf bei seiner Entscheidung nur diejenigen Gründe berücksichtigen, die in dem Antrag innerhalb des von § 25 StPO vorgegebenen zeitlichen Rahmens geltend gemacht worden sind. Soweit in den im vorliegenden Verfahren erhaltenen dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter, der stattdessen von Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Fischer vorgelegten Erklärung sowie dem Vermerk (nebst Anlage) von Richter am Bundesgerichtshof Dr. Eschelbach neue oder andere Umstände vorgebracht wurden, als sie der Antragsteller geltend gemacht hat, müssen sie daher unberücksichtigt bleiben.

2. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet. Der Gesetzgeber hat deshalb in materieller Hinsicht Vorsorge dafür zu treffen, dass die Richterbank im Einzelfall nicht mit Richtern besetzt ist, die dem zur Entscheidung anstehenden Streitfall nicht mit der erforderlichen professionellen Distanz eines Unbeteiligten und Neutralen gegenüberstehen (BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 2010 – 1 BvR 96/10, NZS 2011, 92 mwN). Befangenheit ist mithin ebenso wie die Unparteilichkeit auf den konkret zu entscheidenden Fall bezogen; sie bezieht sich auf die innere Haltung des Richters zum Verfahrensgang und zum Ausgang des betreffenden Verfahrens.

3. Etwaige Besetzungsfehler können als solche nicht den Vorwurf der Befangenheit begründen, sondern allenfalls mit einer Besetzungsrüge beanstandet werden.

4. Zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit völlig ungeeignet sind auch Erwägungen, die allein darauf abstellen, dass der 2. Strafsenat seine Rechtsansicht zu seiner ordnungsgemäßen Besetzung bzw. den sich daraus ergebenden Folgen (Aussetzung oder Weiterführung des Verfahrens) geändert hat. Neue oder bessere Rechtskenntnis kann für sich eine Befangenheit nicht begründen.

5. Auch nach den dienstlichen Erklärungen von Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krehl wurde mit oder während der Anhörung durch das Präsidium des Bundesgerichtshofs am 18. Januar 2012 bzw. nach der Einsicht-

nahme des Präsidenten des Bundesgerichtshofs in ein Senatsheft kein „Druck“ ausgeübt, der sich in irgendeiner Weise auf Entscheidungen des 2. Strafsenats in der Sache, also über den Erfolg oder Misserfolg der Rechtsmittel der bei diesem Senat anhängigen oder anhängig werdenden Verfahren, bezog.

1017. BGH 1 StR 442/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG München I)

Spezialitätsgrundsatz (Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl; andere Handlung; Abweichung bei den Tatzeiten: bloße Schreibfehler).

§ 11 IRG; § 83h Abs. 1 IRG; Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten

1. Ein Verstoß gegen den Spezialitätsgrundsatz liegt auch nach Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten nicht vor, wenn die Tatzeiten im Europäischen Haftbefehl mit denen nach den Urteilsfeststellungen im Anordnungsstaat übereinstimmen.

2. Es bleibt offen, inwieweit ein Verstoß gegen den Spezialitätsgrundsatz bei Auslieferung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls, wobei es sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union um kein Verfahrens-, sondern um ein Vollstreckungshindernis und ein Verbot freiheitsbeschränkender Maßnahmen handelt, grundsätzlich revisionsgerichtlicher Prüfung unterliegt und ob es dazu jedenfalls der Erhebung einer Verfahrensrüge bedarf.

1040. BGH 4 StR 354/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Dessau-Roßlau)

Adhäsionsentscheidung ohne Beteiligung oder Anhörung des Betreuers (Interessenwahrnehmung durch den Verteidiger).

§ 404 StPO; § 137 StPO; § 149 Abs. 2 StPO; § 51 Abs. 1 ZPO; § 53 ZPO; § 1902 BGB; § 1903 BGB

Dass für den Angeklagten eine Betreuung eingerichtet ist, die auch den Aufgabenkreis „Abwehr und Geltendmachung von Ansprüchen“ umfasst, steht einer ohne Beteiligung oder Anhörung des Betreuers getroffenen Adhäsionsentscheidung nicht entgegen. Die Wahrnehmung der Interessen des Angeklagten im Strafverfahren liegt allein in den Händen des (notwendigen) Verteidigers. Auch eine entsprechende Anwendung von § 149 Abs. 2 StPO auf den Betreuer scheidet aus.

1014. BGH 1 StR 389/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Ravensburg)

Beurteilung der Schuldfähigkeit und Rekonstruktionsverbot (Schizophrenie; Schilderung der Bewertung durch den Sachverständigen im Urteil).

§ 20 StGB; § 72 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 4 StPO

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind behauptete Widersprüche zwischen dem Inhalt des Urteils und den Akten oder dem Verlauf der

Hauptverhandlung, wenn sie sich nicht aus den Urteilsgründen selbst ergeben, für sich allein regelmäßig revisionsrechtlich unerheblich. Eine Rekonstruktion der tatrichterlichen Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht widerspricht der Ordnung des Revisionsverfahrens (vgl. BGH NStZ 1992, 506, 507; 1997, 296; 2008, 55).

2. Auch wenn die im Urteil mitgeteilten Ausführungen des Sachverständigen in der Hauptverhandlung nicht dem Ergebnis seines vorbereitenden schriftlichen Gutachtens übereinstimmen, kommt es allein auf das in der Hauptverhandlung erstattete Gutachten an. Für dessen Würdigung kann es jedoch bedeutsam sein, wenn der Sachverständige im Laufe des Verfahrens seine Meinung geändert hat. Hier lassen sich jedenfalls die folgenden Fallgestaltungen unterscheiden:

a) Sind in ihrer Bedeutung klar erkennbare neue Erkenntnisse angefallen, bedürfte eine hierauf beruhende Änderung der Auffassung des Sachverständigen keiner besonderen Erklärung.

b) Beruhte die Änderung auf für die übrigen Verfahrensbeteiligten weniger offenkundigen Erkenntnissen, müssten sich allein daraus – ebenfalls – noch keine Bedenken gegen das in der Hauptverhandlung erstattete Gutachten ergeben. Die für die Änderung maßgeblichen Gesichtspunkte wären aber eingehender als die für jedermann erkennbare Änderung von Erkenntnissen zu erläutern und sollten zweckmäßigerweise – zumindest knapp – auch in den Urteilsgründen dargelegt werden (vgl. schon BGHSt 8, 113, 116 mwN).

c) In einem – nach forensischer Erfahrung allenfalls seltenen – Fall, in dem ein Sachverständiger überhaupt keinen (nachvollziehbaren) Grund für die Änderung seiner Auffassung nennen könnte, würde dies Zweifel an seiner Sachkunde wecken und die Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen nahelegen. Jedenfalls könnten danach die Ausführungen dieses Sachverständigen allein schwerlich maßgebliche Grundlage richterlicher Überzeugungsbildung sein.

3. Die Entscheidung über Verfahrensrügen, die auf Unterschiede zwischen einem vorbereitenden und dem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten gestützt sind, erfordert regelmäßig einen inhaltlichen Vergleich zwischen den beiden Gutachten. Der Revisionsführer hat in einem solchen Fall regelmäßig jedenfalls den wesentlichen Kern des ursprünglichen Gutachtens vorzutragen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) und kann sich nicht auf die Mitteilung beschränken, das ursprüngliche Gutachten sei zu einem anderen Ergebnis gekommen.

4. Schizophrenie führt für sich genommen nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten Aufhebung der Schuldfähigkeit führt.

5. Hilfsweise angebrachte Verfahrensrügen sind unzulässig.

997. BGH 4 StR 247/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Kaiserslautern)

Anordnung der Sicherheitsverwahrung (Einbeziehung bereits getilgter Verurteilungen in die Gefährlichkeitsprognose).

§ 66 Abs. 3 Satz 2; § 51 Abs. 1 BZRG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 BRZG

1. Durch § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG soll vermieden werden, dass ein Sachverständiger, der ein Gutachten über den Geisteszustand des Betroffenen zu erstellen hat, zu falschen oder nicht belastbaren Aussagen gelangt, weil er bei der Persönlichkeitsanamnese auf bedeutsame Erkenntnisse verzichten muss, die nur aus den früheren Taten des Betroffenen und dem anschließenden Strafverfahren gewonnen werden können

2. § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG hebt das Verwertungsverbot des § 51 Abs. 1 Nr. 1 BZRG daher nur für Erkenntnisse aus der getilgten oder tilgungsreifen Verurteilung auf, deren Verwendung für eine tragfähige Beurteilung des Geisteszustandes des Betroffenen im konkreten Einzelfall erforderlich ist. Eine zulässig bei der Beurteilung des Geisteszustands berücksichtigte frühere Tat darf daher nicht auch an anderer Stelle zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden (vgl. BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 2).

980. BGH 1 StR 324/12 – Beschluss vom 5. September 2012 (LG Mosbach)

Gefährliche Körperverletzung; Notwehr; Beweiswürdigung und Schweigerecht.

§ 224 Abs. 1 StGB; § 32 StGB; § 261 StPO; Art. 6 EMRK

Aus dem ursprünglichen, einem Schweigen gleichzusetzenden pauschalen Abstreiten einer Tatbeteiligung durch den Angeklagten darf kein Schluss zu dessen Nachteil gezogen werden (vgl. BGHSt 38, 302, 305, 307). Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte in einem früheren Verfahren von Beginn an auf Notwehr berufen hat.

978. BGH 1 StR 212/12 (alt: 1 StR 354/11) – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Augsburg)

Anforderung an zur Urteilsgrundlage gemachten Feststellungen und Strafzumessungserwägungen (kein Verweis auf ein aufgehobenes früheres Urteil).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO verlangt eine in sich geschlossene Darstellung der vom Gericht zur Urteilsgrundlage gemachten Feststellungen. Bezugnahmen auf außerhalb der Urteilsgründe befindliche Aktenteile sind nur ausnahmsweise zulässig (vgl. § 267 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 Satz 1 StPO). Auf mit dem früheren Urteil aufgehobene, also nicht mehr existente Feststellungen, verbietet sich eine Bezugnahme von selbst. Auch die Feststellungen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten im aufgehobenen ersten Urteil müssen vom neuen Tatrichter neu getroffen werden.

2. Gleiches gilt für nicht mehr existente Strafzumessungserwägungen.

1039. BGH 4 StR 350/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Magdeburg)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung, die zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt; Misshandlung eines Schutzbefohlenen).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 225 StGB

Nach dem Tod des Opfers kann sich die Berechtigung zum Anschluss als Nebenkläger nach der Rechtspre-

chung des Bundesgerichtshofs allein aus § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO ergeben. Rechtswidrige Taten im Sinne dieser Vorschrift sind Straftaten gegen das Leben sowie solche, die durch den Tötungserfolg qualifiziert sind. Die Misshandlung eines Schutzbefohlenen nach § 225 StGB genügt hierfür nicht.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**967. BGH 5 StR 363/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Hamburg)**

BGHSt; Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Voraussetzungen der Geltung des gesetzlichen Mindestlohnes im Gebäudereinigerhandwerk); Handeln für einen anderen (Anforderungen an die Feststellung einer Beauftragtenstellung).

§ 266a StGB; § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. Zu den Anforderungen an eine ausdrückliche Beauftragung im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB. (BGHSt)

2. Eine Beauftragung i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 ist zwar formfrei möglich; sie muss jedoch zweifelsfrei erfolgen und ausreichend konkret sein, damit für den Beauftragten das Ausmaß der von ihm zu erfüllenden Pflichten eindeutig erkennbar ist. (Bearbeiter)

3. An das Vorliegen einer Beauftragtenstellung sind strenge Anforderungen zu stellen. Mit der Beauftragung wird eine persönliche Normadressatenstellung des Beauftragten begründet, die ihm (strafbewehrt) die Erfüllung betriebsbezogener Pflichten überbürdet. Die bloße Einräumung von Leitungsbefugnissen reicht hierfür ebenso wenig aus wie die Einbeziehung in eine unternehmerische Mitverantwortung. (Bearbeiter)

4. Entscheidend für die Annahme einer Beauftragtenstellung ist, dass gesetzliche Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten übergehen. Die Regelung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB führt insoweit zu einer jedenfalls partiellen Verlagerung strafbewehrter Pflichten vom primär zuständigen Organ auf nachgeordnete Mitarbeiter. Deshalb darf auch nicht ohne weiteres von der Übertragung von Leitungsbefugnissen auf die Begründung einer Normadressatenstellung geschlossen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob – wie etwa im Hinblick auf die betriebliche Struktur oder die Vorfahrungen der handelnden Personen – eine sachliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Aufgabenübertragung bestanden haben könnte. Je weniger eine solche erkennbar ist, umso ferner liegt es, eine Übertragung genuiner Arbeitgeberpflichten anzunehmen. (Bearbeiter)

982. BGH 1 StR 534/11 – Urteil vom 4. September 2012 (LG München II)

BGHSt; Inverkehrbringen von Fertigarzneimitteln ohne Zulassung (Herstellen eines neuen Medikamentes; Einordnung als Fertigarzneimittel; Tatmehrheit); Abgabe von Medikamenten ohne Verschreibung (Subsidiarität zu § 96 Nr. 5 AMG); Abrechnungsbetrug (Täuschung über die Erstattungsfähigkeit bzw. Verkehrsfähigkeit eines Medikaments; Schaden bei der Abrechnung von Medikamenten).

§ 96 Nr. 5 AMG; § 96 Nr. 13 AMG; § 4 AMG; § 21 AMG; § 263 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

1. Ein in Deutschland nicht zugelassenes Fertigarzneimittel wird durch Hinzugabe von Kochsalzlösung, um eine Injektion vornehmen zu können, nicht zu einem zulassungsfreien Rezepturarzneimittel. (BGHSt)

2. Bei natürlicher Betrachtung stellt sich ein Arzneimittel als das Ergebnis mehrerer aufeinanderfolgender Herstellungstätigkeiten i.S.v. § 4 Abs. 14 AMG dar. Wann – erstmalig oder aus einem bereits bestehenden Arzneimittel ein eigenständiges Arzneimittel entsteht, ist eine Frage des Einzelfalls. Nicht jeder denkbare Herstellungsschritt innerhalb eines mehrstufigen Herstellungsprozesses führt zur Entstehung eines neuen Arzneimittels. (Bearbeiter)

3. Der Begriff des „Herstellens“ in § 4 Abs. 1 AMG ist so auszulegen, dass bei arbeitsteiligen Produktionsprozessen das Arzneimittel dort „hergestellt“ ist, wo der Schwerpunkt der Herstellungstätigkeiten liegt. (Bearbeiter)

4. Wenn die im Einzelfall abgegebenen Arzneimittel aus größeren, im Voraus beschafften Arzneimittelvorräten stammen, die zudem zum Zwecke des Verkaufs vorrätig gehalten wurden, können die einzelnen Abgabehandlungen eine Bewertungseinheit mit der Folge bilden, dass jeweils nur ein einheitlicher Fall des unerlaubten Inverkehrbringens von Fertigarzneimitteln ohne Zulassung vorliegt (§ 4 Abs. 17 AMG; vgl. BGHSt 54, 243 ff.). (Bearbeiter)

5. Der Tatbestand des § 96 Nr. 5 AMG entfällt nicht dadurch, dass das vom Angeklagten verwendete Medikament mit einem für Deutschland zugelassenen Alternativmedikament inhaltlich identisch ist. (Bearbeiter)

6. Wird vorgespiegelt, ein sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähiges Medikament eingesetzt zu haben, kann in der Geltendmachung von Erstattungsansprüchen ein (Abrechnungs-)Betrug liegen. (Bearbeiter)

7. Bei der betrügerischen Erschleichung nicht erstattungsfähiger Leistungen entfällt der Leistungsanspruch insgesamt; für die Bemessung des Schadens ist auf den gesamten zu Unrecht erlangten Betrag abzustellen. Gleiches gilt hinsichtlich der privat versicherten Patienten: In dem Umfang, in dem die Rechtsordnung einer Leistung die Abrechenbarkeit versagt, weil etwa die für die Abrechenbarkeit vorgesehenen Qualifikations- und Leistungsmerkmale nicht eingehalten sind, kann ihr kein für den tatbestandlichen Schaden i.S.v. § 263 StGB maßgeblicher wirtschaftlicher Wert zugesprochen werden. Führt die erbrachte Leistung mangels Abrechenbarkeit nicht zum Entstehen eines Zahlungsanspruchs, findet eine saldierende Kompensation nicht statt. Zahlt der in Anspruch Genommene irrtumsbedingt ein nicht geschuldetes Honorar, ist er in Höhe des zu Unrecht Gezahlten geschädigt. (Bearbeiter)

8. Eine im Einzelfall festzustellende erhebliche Reduzierung oder gar der Ausschluss einer tatsächlichen Gefährdung der Patienten durch die Verwendung eines nicht zugelassenen Medikaments kann im Bereich der Straf-bemessung Berücksichtigung finden. (Bearbeiter)

1009. BGH 1 StR 140/12 – Beschluss vom 6. September 2012 (LG München II)

BGHSt; Steuerhinterziehung (Zurechnung erworbener Geschäftsanteile bei formunwirksamer Treuhandvereinbarung; wirtschaftliche Betrachtungsweise; verdeckte Gewinnausschüttung durch unterlassene Vermögensmehrung und sonstige Bezüge; Hinterziehungsvorsatz; Steueranspruchstheorie; Tateinheit bei zeitgleicher Abgabe gleichermaßen unrichtiger Steuererklärungen).

§ 370 Abs. 1 AO; § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO; § 41 Abs. 1 Satz 1 AO; § 15 Abs. 4 GmbHG; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; § 15 StGB

1. Zur Zurechnung erworbener Geschäftsanteile bei formunwirksamer Treuhandvereinbarung. (BGHSt)

2. Ein zivilrechtlich unwirksames Treuhandverhältnis führt nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO grundsätzlich nicht zur Zurechnung zum Treugeber. Darüber hinaus kommt aber eine abweichende Zurechnung von Wirtschaftsgütern auch nach § 41 Abs. 1 Satz 1 AO in Betracht. Diese Norm ist Ausdruck der das Steuerrecht beherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Sie bringt zum Ausdruck, dass es für Zwecke der Besteuerung soweit und solange auf den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt und nicht auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der zugrunde liegenden Vereinbarung ankommt, wie die Beteiligten aus der anfänglichen oder späteren Unwirksamkeit keine Folgerungen ziehen. Ihre Grund-

sätze sind auch in gleicher Weise im Fall formunwirksamer Treuhandvereinbarungen anzuwenden. (Bearbeiter)

3. Da es für die Besteuerung nicht auf die äußere Rechtsform, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, sind auch bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums nicht das formal Erklärte oder formalrechtlich Vereinbarte, sondern das wirtschaftlich Gewollte und das tatsächlich Bewirkte ausschlaggebend. Der in § 41 Abs. 1 Satz 1 AO angeordneten Maßgeblichkeit des tatsächlichen Vollzugs eines formunwirksamen Vertrags ist auch bei der Konkretisierung des § 39 AO Rechnung zu tragen. (Bearbeiter)

4. Ein (verdecktes) Treuhandverhältnis kann grundsätzlich nur dann zu einer von § 39 Abs. 1 AO abweichenden Zurechnung führen, wenn es eindeutig vereinbart und nachweisbar ist. Zu fordern ist eine konsequente Durchführung der Treuhandabrede. Es muss zweifelsfrei erkennbar sein, dass der Treuhänder in dieser Eigenschaft – und nicht für eigene Rechnung – tätig geworden ist, der Treugeber muss das Treuhandverhältnis beherrschen. Die mit der formellen Eigentümerstellung verbundene Verfügungsmacht im Innenverhältnis muss in tatsächlicher Hinsicht so eingeschränkt sein, dass das rechtliche Eigentum eine „leere Hülle“ bleibt. Auf einen auch rechtlich durchsetzbaren Übertragungsanspruch kommt es nicht an. (Bearbeiter)

5. Eine verdeckte Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG kann auch in einer verhinderten Vermögensmehrung liegen. Allerdings dient § 8 Abs. 3 Satz 2 AO nur der Gewinnkorrektur und ist keine Einkünfte-Zurechnungsnorm; sie ist demzufolge keine Rechtsgrundlage, um jedes Tätigwerden des Gesellschafters auf eigene Rechnung im Geschäftsbereich seiner Kapitalgesellschaft dieser zuzurechnen. Es kommt auch nicht maßgeblich auf das Fehlen einer im Vorhinein getroffenen klaren und eindeutigen Aufgabenabgrenzung an oder einer Befreiung von einem (zivilrechtlich zu beurteilenden und hier nicht anzunehmenden) Wettbewerbsverbot. (Bearbeiter)

6. Auch bei Fehlen eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Vorteilsherausgabe und/oder Schadensersatz kann eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen sein, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer Geschäftschancen, die der Kapitalgesellschaft zustehen, als Eigengeschäft wahrnimmt oder Kenntnisse der Gesellschaft über geschäftliche Möglichkeiten tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art an sich zieht und für eigene Rechnung nutzt. Verfügt die Gesellschaft bei Wahrnehmung der Chance durch den Gesellschafter-Geschäftsführer gegen diesen nicht über einen zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch, kann dennoch eine nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu korrigierende Gewinnverlagerung anzunehmen sein, wenn jedenfalls ein fremder Dritter für die Überlassung der Geschäftschance ein Entgelt gezahlt hätte. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich anhand der Umstände des Einzelfalls und obliegt tatrichterlicher Würdigung. (Bearbeiter)

7. Für die Annahme eines Vermögenszuflusses genügt es, wenn der Vorteil dem Gesellschafter mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahe stehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht.

Wenn die Zuwendung allein auf dem Näheverhältnis des Empfängers zum Gesellschafter beruht, ist sie so zu behandeln, als hätte der Gesellschafter selbst den Vorteil erhalten und diesen (als steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung) an die nahestehende Person weitergegeben. „Nahe stehend“ sind dabei nicht nur Angehörige i.S.v. § 15 AO; eine Beziehung, die auf die außerbetriebliche Zuwendung schließen lässt, kann auch gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder rein tatsächlicher Art sein. (Bearbeiter)

8. In Fällen verhinderter Vermögensmehrung ist auf den Betrag abzustellen, der nach objektiven Maßstäben dem Wert der entzogenen Gewinnchance entspricht. Waren aber zum Zeitpunkt der Vertragsgestaltung die Gewinnerwartungen bereits konkret gefasst und stand die Gewinnerzielung unmittelbar bevor, begegnet es keinen Bedenken, den gesamten Erlös aus dem dann abgewickelten Geschäft als den Vermögensvorteil anzusehen, den zu erlangen die Kapitalgesellschaft unterlassen hat. (Bearbeiter)

1027. BGH 2 StR 496/11 – Beschluss vom 17. August 2012 (LG Gießen)

Aufrechterhaltung einer Verurteilung wegen Betruges trotz mangelnder Bezifferung des jeweiligen Gefährdungsschadens (Bestimmtheitsgrundsatz; Strafzumessung).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 46 StGB

Eine Verurteilung wegen Betruges kann auch dann aufrechterhalten bleiben, wenn das Tatgericht entgegen der jüngeren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, NJW 2010, 3209 ff.; BVerfGE 126, 70 = NJW 2012, 3209 ff.; NJW 2012, 907 ff.) die Höhe des jeweiligen Gefährdungsschadens im Einzelfall nicht näher beziffert hat, solange das Revisionsgericht ausschließen kann, dass das Tatgericht bei genügender Konkretisierung des jeweiligen Schadens zu mildernden Strafen gelangt wäre.

1011. BGH 1 StR 26/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Mannheim)

Steuerhinterziehung im Beitreibungsverfahren (wiederholte Steuerhinterziehung; Strafklageverbrauch: Tat im prozessualen Sinne; Nemo tenetur-Grundsatz: Selbstbelastungsfreiheit und Selbstanzeige, Verwendungsverbot).

§ 370 AO; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 393 AO; § 371 AO; § 218 AO; § 284 AO; § 264 StPO

1. Steuerhinterziehung kann auch im Beitreibungsverfahren begangen werden. Im Beitreibungsverfahren sind dabei steuerlich erhebliche Tatsachen im Sinne des § 370 Abs. 1 AO auch Umstände, die für die Entscheidung des Finanzamts, ob und welche Vollstreckungsmaßnahmen ergriffen werden sollen, von Bedeutung sind (BGH wistra 1992, 300, 302).

2. Der Umstand, dass auch das Beitreibungsverfahren (Erhebungs- und Vollstreckungsverfahren) Teil des Besteuerungsverfahrens ist, führt nicht dazu, dass unrichtige Angaben in verschiedenen Verfahrensabschnitten zu einem einheitlichen Lebensvorgang im Sinne des § 264

StPO gehören würden und deshalb Teile derselben Tat im prozessualen Sinn wären. Nach der Rechtsprechung liegt zwar nur eine Tat im prozessualen Sinn vor, wenn nach Abgabe einer falschen Steuererklärung gegenüber der Veranlagungsstelle des Finanzamts im Festsetzungsverfahren das Ziel der Steuerverkürzung in der Folge im Rechtsmittelverfahren weiter verfolgt wird. Anderes gilt aber dann, wenn der Angeklagte mit unrichtigen Angaben im Vollstreckungsverfahren zu seinen Vermögensverhältnissen das Ziel verfolgt, die Vollstreckung wegen bereits festgestellter Steueransprüche in sein Vermögen zu verhindern. Eine rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten wegen Steuerhinterziehung im Festsetzungsverfahren kann in diesem Fall im Hinblick auf eine Steuerhinterziehung im Beitreibungsverfahren keinen Strafklageverbrauch auslösen.

3. Die Taten der Steuerhinterziehung im Festsetzungsverfahren und im Beitreibungsverfahren stehen selbst dann materiell rechtlich in Tatmehrheit und nicht im Verhältnis der Tateinheit zueinander, wenn der Täter von Anfang an beabsichtigte, auch im Beitreibungsverfahren unrichtige Angaben zu machen.

4. Wurden die tatbestandsmäßigen Angaben im Wege einer eidesstattlichen Versicherung nach § 284 AO gemacht, unterliegen sie keinem Verwertungsverbot unter dem Gesichtspunkt des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Die Aufforderung zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 284 AO gehört nicht zu den unzulässigen Zwangsmitteln zur Durchsetzung einer Mitwirkung i.S.v. § 393 Abs. 1 AO.

5. Der Nemo-tenetur-Grundsatz („nemo tenetur se ipsum accusare“) berechtigt nur zum Schweigen, nicht aber zur Begehung neuen Unrechts.

6. Während im gesamten Besteuerungsverfahren die gesetzlich normierten Mitwirkungspflichten auch während eines eingeleiteten Strafverfahrens fortbestehen, ergibt sich für das Strafverfahren aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz, dass die im Rahmen einer eidesstattlichen Versicherung nach § 284 AO gemachten wahrheitsgemäßen Angaben über die Vermögenssituation nicht in dem das Festsetzungsverfahren betreffenden Strafverfahren verwertet werden dürfen. Insoweit gilt für erzwungene Angaben im Beitreibungsverfahren gegenüber einem Strafverfahren wegen einer Steuerhinterziehung im Festsetzungsverfahren nichts anderes als im Hinblick auf erzwungene Angaben im Steuerfestsetzungsverfahren, soweit es sich auf andere Veranlagungszeiträume und Steuerarten bezieht, als diejenigen, die von einem bereits eingeleiteten Strafverfahren erfasst werden.

1019. BGH 1 StR 492/11 – Urteil vom 26. Juli 2012 (LG Landshut)

Steuerhinterziehung durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen bei Einkünften aus Patentrechten (Einkommensteuer: Zurechnung von Einkünften, Besteuerung bei Patenten und Erfindungen; Körperschaftsteuer: verdeckte Gewinnausschüttung und Verzicht auf Geschäftschancen; Gewerbesteuer; Umsatzsteuer: entgeltliche Überlassung der Patentrechte als

steuerbare sonstige Leistung); Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten und Scheingeschäfte (Umgehung eines Wettbewerbsverbotes); Hinweispflicht bei Änderung der (steuer-)rechtlichen Beurteilung; Einkünfte einer sog. Zwischengesellschaft bei der Hinzurechnungsbesteuerung.

§ 370 AO; § 41 AO; § 42 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG; § 3 Abs. 9 UStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; § 8 AStG; § 10 AStG; § 50a Abs. 4 EStG aF; § 265 StPO

1. Zur Zurechnung von „Transferzahlungen“ als verdeckte Gewinnausschüttungen und der Abgrenzung von Einkünften natürlicher Personen infolge von Scheingeschäften.

2. Geschäftschancen, die ein Gesellschafter „seiner“ Gesellschaft nimmt, können im Moment ihres Entzuges verdeckte Gewinnausschüttungen im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG auslösen und im Moment ihres Gegenstand einer Steuerhinterziehung sein. Dies kann der Fall sein, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer Geschäftschancen, die der Kapitalgesellschaft gebühren, als Eigenes wahrnimmt oder Kenntnisse der Gesellschaft über geschäftliche Möglichkeiten tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art an sich zieht und für eigene Rechnung nutzt. Entzieht ein Gesellschafter aus gesellschaftsrechtlichen Gründen „seiner“ Gesellschaft eine Geschäftschance, so vollzieht sich die verdeckte Gewinnausschüttung regelmäßig in diesem einmaligen Akt. Dies gilt auch dann, wenn sich beim Gesellschafter der Vorteil später realisiert.

3. Eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht. Dabei muss die Minderung des Unterschiedsbetrags geeignet sein, beim Gesellschafter einen sonstigen Bezug im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auszulösen. Zur Abgrenzung, ob Zuwendungen an einen Gesellschafter aus betrieblichen Gründen erfolgten oder mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurden, ist regelmäßig ein Fremdvergleich vorzunehmen. Hiernach ist dann eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis anzunehmen, wenn die Gesellschaft den zugewendeten Vermögensvorteil bei der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte.

4. Die für den Leistungsaustausch gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG erforderliche innere Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung liegt vor, wenn zwischen dem Unternehmer und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis besteht, das einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Leistung und Entgelt begründet, so dass das Entgelt als Gegenwert für die Leistung anzusehen ist. Hieran kann es bei „Transferzahlungen“ zwischen zwei Gesellschaften fehlen, die zum Schein entrichtet werden.

5. Werden Entlohnungen natürlicher Personen durch „Transferzahlungen“ an eine zwischengeschaltete Gesellschaft verschleiert, ist es für die steuerstrafrechtliche Beurteilung unerheblich, ob diese der natürlichen Person

in voller Höhe tatsächlich unmittelbar zugeflossen sind. Kann sich der Steuerpflichtige der Besteuerung in seiner Person schon durch zivilrechtlich wirksame Übertragung des Einkünfteanspruchs nicht entziehen, so ist die nicht ernstlich gewollte Verlagerung der Einkünfte erst recht steuerlich unbeachtlich.

979. BGH 1 StR 317/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Koblenz)

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Vollendung bei Veranlagungssteuern und Schätzung; erforderliche Berechnungsdarstellung); nemo-tenetur-Grundsatz; verminderte Schuldfähigkeit.

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 21 StGB

1. Mit der Bekanntgabe eines Ermittlungsverfahrens wegen Steuerhinterziehung entfällt mit Blick auf das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung („nemo tenetur se ipsum accusare“) die strafbewehrte Pflicht, die entsprechenden Steuererklärungen für den betroffenen Veranlagungszeitraum noch abzugeben (vgl. BGH, NStZ-RR 2009, 340).

2. Sind bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen die Taten nicht bereits zuvor vollendet, so tritt mit der Bekanntgabe des Schätzungsbescheides, in dem die Steuer zu niedrig festgesetzt wird, Tatvollendung ein. Wird die Steuer in dem Schätzungsbescheid hingegen richtig oder zu hoch festgesetzt, so kann die Tat nicht mehr vollendet werden, da kein Verkürzungserfolg mehr eintritt.

981. BGH 1 StR 423/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Münster)

Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Millionengrenze).

§ 370 Abs. 1 AO; § 46 StGB

Die Zumessung der schuldangemessenen Strafe richtet sich auch bei § 370 AO nach den Grundsätzen des § 46 StGB. Je nach den Umständen des Einzelfalls kommt auch bei Hinterziehungsbeträgen unterhalb der Millionengrenze eine Freiheitsstrafe von über zwei Jahren in Betracht.

1022. BGH 2 StR 277/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Köln)

Voraussetzungen der Bewertungseinheit beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (sukzessive Auffüllung eines Drogenvorrats).

§ 29 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Beim wiederholten Rauschgifterwerb zum Weiterverkauf in Kleinmengen sind die Handlungen des Käufers grundsätzlich nicht als eine Tat im Sinne einer Bewertungseinheit anzusehen. Dies gilt selbst dann, wenn die einzelnen Portionen von einem Lieferanten erworben werden, der sie seinerseits aus einem einheitlichen Vorrat entnommen hat. Alleine der gleichzeitige Besitz mehrerer Drogenmengen verbindet die hierauf bezogenen Handlungen nicht zu einer Tat des unerlaubten Handeltreibens. Auch das wiederholte Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats führt nicht zur Verklammerung der Erwerbsakte zu einer Bewertungseinheit.

Die Rezeption der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur bilanzorientierten Bestimmung des Vermögensschadens bei der Kreditvergabe

Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11 = HRRS 2012 Nr. 515

Von Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.

Der Beitrag zeichnet die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bestimmung des Vermögensnachteils bei § 266 StGB und des Vermögensschadens bei § 263 StGB – deren Ergebnisse auch der besprochenen Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zu Grunde liegen – knapp nach. Er zeigt zugleich einige verbleibende rechtsdogmatische Friktionen und Unklarheiten der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf und diskutiert die sich hieraus in der Praxis ergebenden Fragen.

I. Sachverhalt

Die Angeklagten wirkten in Berlin an Immobiliengeschäften mit, die von Käuferseite kreditfinanziert werden mussten. Der Angeklagte A hatte als freiberuflicher Kreditvermittler die Kunden geworben, der Angeklagte B hatte als Notar die Beurkundungen vorgenommen. Beide wiesen gegenüber der finanzierenden Bank einen wesentlich höheren Betrag als Kaufpreis der Immobilien aus, als tatsächlich mit den Käufern vereinbart gewesen ist. B hatte der finanzierenden Bank mitgeteilt, ihm gegenüber sei das (tatsächlich nicht vorhandene) Eigenkapital nachgewiesen worden. Tatsächlich lag B zu diesem Zeitpunkt lediglich ein von der Verkäuferseite ausgestellter (gedeckter) Scheck vor, den er bei Auszahlungsreife des Kaufpreises an den Aussteller zurückgab. Der Kaufpreis ist von der darlehensgewährenden Bank mit Abschlägen bis zu 30 % finanziert worden. Soweit die Kreditsumme die Beleihungsgrenze überstieg, waren Ausfallbürgschaften von einer Landesbank beigebracht worden. Auf diesem Weg sollten Immobilien auf dem stagnierenden Berliner Wohnungsmarkt auch an Personen ohne eigene Ersparnisse und an Geringverdienende veräußert werden. Zum Teil sind sogar aus der im Vergleich zum tatsächlich vereinbarten Kaufpreis höheren Kreditsumme zuvor bestehende Verbindlichkeiten der Käufer abgelöst worden. Die Darlehen zum Kauf der Immobilien konnten von den Erwerbern teilweise nicht zurückgeführt werden, so dass die Bank die Darlehensvaluta nicht in voller Höhe zurück erhielt.

Das Landgericht ging von einem durch u.a. A und B begangenen Eingehungsbetrug aus. Die Bank sei täuschungsbedingt bei der Kreditgewährung ein höheres Wagnis eingegangen als sie es bei wahrheitsgemäßer Information über den Kaufpreis getan hätte, denn sie hätte die Immobilien in Kenntnis des tatsächlich geringeren Kaufpreises nur in geringerer Höhe finanziert. Den Schaden berechnet das Landgericht aus der Differenz der Kreditsumme zum tatsächlichen Verkehrswert der Grundstücke, wobei es „zugunsten der Angeklagten“ den Verkehrswert mit dem tatsächlich bezahlten Kaufpreis gleichsetzt. Gestellte Bürgschaften hat es hiervon in Abzug gebracht. Auf dieser Grundlage – Subtraktion des erzielten Kaufpreises von der Darlehenssumme – hat das Landgericht einen Gesamtschaden von über 170.000 EUR festgestellt. Eine Wertermittlung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Bank zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (oder zu einem späteren Zeitpunkt) erfolgte hingegen nicht.

II. Entscheidungsgründe

Der BGH stellte fest, dass die Schadensberechnung im Rahmen des § 263 StGB rechtlicher Überprüfung nicht standhielt. Dieser Rechtsfehler führte zur Aufhebung aller Schuldsprüche wegen Betrugs, denn der Senat konnte in keinem Fall mit Sicherheit ausschließen, dass sich überhaupt kein Vermögensschaden ergibt.¹

Der BGH bezieht sich zur Begründung maßgeblich auf den nach Erlass des landgerichtlichen Urteils ergangenen Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 07.12.2011² zur verfassungskonformen Bestimmung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Vermögensschadens auch bei

¹ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515.

² BVerfG NStZ 2012, 496 ff. = wistra 2012, 102 ff.; vgl. dazu Schlösser NStZ 2012, 473 ff.; K. Cornelius NZWiSt 2012, 259 ff. = HRRS 2012 Nr. 27.

§ 263 StGB, der wiederum auf der Grundsatzentscheidung zur verfassungskonformen Auslegung der Untreue (§ 266 StGB), insbesondere auch des Merkmals des Vermögensnachteils, im Beschluss des BVerfG vom 23.06.2010 beruht.³ Der BGH hält fest, dass es vor dem Hintergrund dieser verfassungsgerichtlichen Rspr. im Falle der Annahme eines Eingehungsbetrugs einer ausreichenden Beschreibung und Bezifferung der täuschungsbedingten Vermögensschäden bedarf; die Schadenshöhe ist entscheidend von der Wahrscheinlichkeit und vom Risiko eines zukünftigen Verlusts abhängig und setzt daher für die Bestimmung eines Mindestschadens voraus, dass die Verlustwahrscheinlichkeit tragfähig eingeschätzt wird.⁴ Wenn bei fehlender Bonität des Schuldners und mangels ausreichender Sicherheiten konkret erkennbar ist, dass mit einem teilweisen Forderungsausfall zu rechnen ist, müssen bilanzrechtlich seitens der Bank Korrekturen bei der Bewertung der Kreditforderungen vorgenommen werden. Nicht nur hierbei, sondern auch im Hinblick auf die Bewertung der Darlehensforderung im Rahmen der Saldierung mit dem Anspruch des Kreditnehmers auf die (volle) Darlehensvaluta können nach Auffassung des BGH die banküblichen Bewertungsansätze für Wertberichtigungen ungeachtet der praktischen Schwierigkeiten ihrer Ermittlung Anwendung finden (vgl. § 253 Abs. 4; § 340f HGB).⁵ Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben wird das landgerichtliche Urteil nicht gerecht, denn es bezieht die Schadensbezifferung allein auf die Differenz zwischen Kredithöhe (Darlehensvaluta) und tatsächlichem Kaufpreis der Immobilien als von ihm angenommenen maximalen Verkehrswert der Grundstücke, ohne den Versuch zu unternehmen, den Wert der Darlehensforderung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziffern. Damit verfehlt die Strafkammer die Bewertung des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts, das Ausdruck des Vermögensschadens beim Eingehungsbetrug ist.⁶ Für dessen Berechnung ist maßgeblich, ob und in welchem Umfang die das Darlehen ausreichende Bank ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es bestanden hätte, wenn die risikobestimmenden Faktoren zutreffend gewesen wären. Dann hätte die kreditgewährende Bank in Kenntnis dieser Umstände die von ihr verlangte Gegenleistung, die Zinshöhe des Darlehens, entsprechend angepasst oder weitergehende Sicherheiten verlangt. Nur in diesem Zusammenhang –

d.h. indirekt und indiziell – können daher die bestellten Sicherheiten von Bedeutung sein.⁷

Der BGH weist zudem darauf hin, dass für die nötige bilanzielle Bewertung sachverständige Beratung des Gerichts „naheliegend“ gewesen wäre. Überdies führt der Senat aus, dass die im Rahmen der bilanziellen Betrachtungsweise ermittelten Verlustwahrscheinlichkeiten nicht so „diffus sein“ oder sich „in so geringen Bereichen bewegen“ dürfen, dass der „Eintritt eines realen Schadens“ letztlich ungewiss bleibt.⁸ Bei der wirtschaftlichen Bewertung des täuschungsbedingt veränderten Kreditrisikos könne auch dem Umstand Gewicht zukommen, dass die kreditgewährende Bank der Ermittlung der Verkehrswerte der einzelnen Grundstücke keinen wesentlichen Stellenwert beigemessen hat, weil sie die Beleihungsgrenze nur im Wege von prozentualen Abschlägen bestimmt hat, deren Höhe ersichtlich im Belieben des jeweiligen Kreditsachbearbeiters gestanden hatte.⁹

III. Stellungnahme und Einordnung

Dem BGH blieb vor dem Hintergrund der jüngeren Rspr. des BVerfG hier kaum eine Wahl, als die Schuldsprüche des Instanzgerichts wegen (Eingehungs- und Kredit-)Betrugs mangels verfassungskonformer Feststellung eines Vermögensschadens aufzuheben. Zu präzise und eng hatten die beiden Beschlüsse vom 23. Juni 2010 – betreffend die sog. Bankenuntreue – und vom 7. Dezember 2011 – betreffend den sog. Eingehungsbetrug – die verfassungsrechtlichen Grenzen des Vermögensschadensbegriffs gezogen. Voraussetzung hierfür war zunächst, dass das BVerfG die Kontrolldichte des Bestimmtheitsgrundsatzes und des (erweiterten) Analogieverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG durch seine Grundsatzentscheidung vom 23. Juni 2010 deutlich erhöht hat, mit der Begründung, in der Norm komme ein strenger Gesetzesvorbehalt zum Ausdruck, der die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte erhöhe, denn die Bestimmung der äußersten Grenzen des Strafgesetzes betreffe die Entscheidung über die Strafbarkeit und damit die Abgrenzung der Kompetenzen von Judikative und Legislative, weshalb das BVerfG insoweit nicht auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkt sondern genuin zuständig sei.¹⁰

³ BVerfG, Beschl. v. 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, in: BVerfGE 126, 170, 226 ff. = HRRS 2010 Nr. 656; vgl. dazu u.a. *Saliger* NJW 2010, 3195 ff.; *Schlösser* HRRS 2011, 254 ff.; *Krüger* NSTz 2011, 369 ff.; *Safferling* NSTz 2011, 376 ff.; *Hüls* NZWiSt 2012, 12 ff.; *Bittmann* NSTz 2012, 57 ff.

⁴ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515 unter Verweis auf BVerfG NSTz 2012, 915 ff.

⁵ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515. In diesem Sinne für die (Banken-)Untreue bei der Kreditvergabe schon BVerfGE 126, 170, 226 ff. = HRRS 2010 Nr. 656.

⁶ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515 unter Verweis auf BGH StV 2003, 446 u. BGHSt 51, 165, 174 f. = HRRS 2007 Nr. 1.

⁷ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515.

⁸ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515; vgl. BVerfGE 126, 170, 229 . = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfG NJW 2012, 907, 916.

⁹ BGH, Beschl. v. 13.04.2012 – 5 StR 442/11, in BeckRS 2012, 10850 = HRRS 2012 Nr. 515.

¹⁰ BVerfGE 126, 170, 199 = NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Gefährdungsschaden bei der Banken- bzw. Kredituntreue (§ 266 StGB)

Zu § 266 StGB hat das BVerfG klargestellt, dass die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens¹¹ bzw. der schadensgleichen Vermögensgefährdung unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots zwar nicht grundsätzlich zu beanstanden ist.¹² Das Erfordernis der Feststellung einer aktuell und messbar gegenwärtig eingetretenen Vermögenseinbuße¹³ darf durch deren Verwendung allerdings nicht umgangen werden, da die Untreue von Verfassung wegen ein reines Verletzungserfolgsdelikt oder Bestandsschutzdelikt darstellt, das ein Erfolgsunrecht voraussetzt.¹⁴ Die Erforderlichkeit eines – in diesem Sinn verfassungsrechtlich begrenzten – Gefährdungsschadens ergibt sich daraus, dass sich im marktorientierten Wirtschaftssystem die Preise über den Mechanismus von Angebot und Nachfrage bilden und dass sich daher auch die Zukunftserwartungen der Marktteilnehmer auf den erzielbaren Preis und damit den Wert von Gegenständen auswirken.¹⁵ Diesen Umstand spiegeln laut BVerfG auch die Bewertungsvorschriften des Bilanzrechts wieder, insbesondere § 253 Abs. 4 HGB, wonach bei Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens Abschreibungen vorzunehmen sind, um diese grundsätzlich mit demjenigen niedrigeren Wert anzusetzen, der sich aus einem Börsen- oder Marktpreis am Abschlussstichtag ergibt.¹⁶ Zu den Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens, für die gem. § 253 Abs. 4 S. 1, 2 HGB alternativ eine Abschreibungspflicht auf einen am Abschlussstichtag niedrigeren „beizulegenden Wert“ besteht, zählen nach § 340e Abs. 1 S. 2 HGB grundsätzlich alle durch Banken ausgereichte Kredite; ist auf Grund fehlender Bonität des Schuldners und unzureichender Sicherheiten konkret erkennbar, dass mit einem teilweisen oder vollständigen Forderungsausfall zu rechnen ist, muss eine Einzelwertberichtigung gebildet oder eine Direktabschreibung vorgenommen werden so dass das Vermögen der Bank bereits durch die verbindliche Kreditzusage wegen der Minderwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs negativ verändert wird.¹⁷ Daher gehe der BGH grundsätzlich zu Recht davon aus, dass sich in Fällen der Kreditvergabe ein Gefährdungsschaden bereits

aus der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gegenüber der ausgereichten oder auszureichenden Darlehensvaluta ergeben kann.¹⁸ Zu ermitteln ist laut BVerfG von Verfassung wegen im Anschluss an die Bilanzierungsvorgaben für die Bankpraxis der Barwert der voraussichtlich erzielbaren künftigen Zins- und Tilgungszahlungen unter Berücksichtigung der Bonität des Kreditnehmers und der Rendite des Kredits sowie aller Umstände, die den Forderungseingang zweifelhaft erscheinen lassen; auch verwertbare Sicherheiten und etwaige Rückgriffsmöglichkeiten sind bei der Bestimmung des Ausfallrisikos zu berücksichtigen.¹⁹ Anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe sind zu beachten; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, wird die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich sein²⁰; die bei der Bewertung unvermeidlichen Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen.²¹

Sowohl das BVerfG als auch der BGH hatten bzgl. der zu Grunde liegenden Instanzentscheidung Ermittlungsdefizite bemängelt. Da das Geschäftsmodell der damaligen Darlehensnehmerin die Rückzahlung des Kredits aus den mit den finanzierten Objekten erzielten Miet- und Veräußerungseinnahmen vorsah, hätte ermittelt werden müssen, welche konkreten Gewinnaussichten für die Darlehensnehmerin zum Zeitpunkt der Kreditbewilligung bestanden und wie diese sich auf die Werthaltigkeit der Kreditforderung auswirkten, d.h. zur aktuellen und zur zu erwartenden Höhe der Mieteinnahmen sowie zum nominellen Wert der Kreditforderung und der Zinsen.²² Die Berechnung des Forderungswerts hätte daher eine Auseinandersetzung mit banküblichen Bewertungsverfahren erfordert und wäre ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen nicht zu leisten gewesen.²³ Die Annahme des BGH, dass eine tatbestandsrelevante Vermögensgefährdung darin liege, dass mit der Kreditgewährung ein zu weitgehendes Risiko eingegangen worden sei, weil – anders als bei anderen Kreditgewährungen – kein ausreichender Sicherheitsspielraum bestand, hielt der verfassungsgerichtlichen Überprüfung nicht stand, da das BVerfG in diesen Überlegungen lediglich eine Umdeutung der Pflichtwidrigkeit (pflichtwidrig hohes Risiko der Kreditgewährung) in einen Vermögensnachteil erkannte.²⁴

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG zur Kredituntreue hätte hier dem Landgericht von vornherein klar sein müssen, dass es den Vermögensschaden

¹¹ Vgl. insgesamt näher zur Figur des Gefährdungsschadens instruktiv *Gaede*, in: *Anwaltskommentar StGB*, 1. Aufl. (2011), § 263 Rn. 116 ff.

¹² BVerfG NJW 2010, 3209, 3218 = HRRS 2010 Nr. 656.

¹³ Vgl. etwa BGHSt 48, 354 357f. = NJW 2003, 3717; BGHSt 51, 100, 113 = NJW 2007, 1760 = HRRS 2007 Nr. 2; BGHSt 52, 182, 188 = NJW 2008, 1827 = HRRS 2008 Nr. 568.

¹⁴ BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 = HRRS 2010 Nr. 656; *Perron*, FS Tiedemann (2008) S. 737, 740; *Rönnau* StV 2009, 246.

¹⁵ BVerfG NJW 2010, 3209, 3218 f. = HRRS 2010 Nr. 656; *Fischer*, NStZ-Sonderheft 2009, 8, 11.

¹⁶ BVerfG NJW 2010, 3209, 3219 = HRRS 2010 Nr. 656; grundlegend *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen (1994), S. 169 ff., 448, 454 f.

¹⁷ BVerfG NJW 2010, 3209, 3219 = HRRS 2010 Nr. 656 unter Hinweis auf BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330, 331 = HRRS 2009 Nr. 318; und u.a. *Schneider* BB 1995, 2155; *Fischer/Sittmann-Haury* IRZ 2006, 217, 222.

¹⁸ BVerfG NJW 2010, 3209, 3219 = HRRS 2010 Nr. 656 unter Verweis auf BGHSt 47, 148, 157 = NJW 2002, 1211; *Schmitt* BKR 2006, 125, 130; *Hellmann* ZIS 2007, 433, 440.

¹⁹ BVerfG NJW 2010, 3209, 3220 = HRRS 2010 Nr. 656; vgl. *Nack* StraFo 2008, 277, 280; *Fischer/Sittmann-Haury* IRZ 2006, 217, 223; *Wimmer/Kusterer* DStR 2006, 2046, 2047/2048; v. *Heynitz/Jörg* BC 2003, 97 f.; *Schneider* BB 1995, 2155; *Kozikowski/Roscher*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 8. Aufl. (2012), HGB § 253 Rn. 570.

²⁰ *Gaede* (Fn. 11), § 263 Rn. 109, hält diese sogar für „unverzichtbar“.

²¹ BVerfG NJW 2010, 3209, 3220 = HRRS 2010 Nr. 656.

²² BVerfG NJW 2010, 3209, 3221 = HRRS 2010 Nr. 656; vgl. *Nack*, StraFo 2008, 277, 279.

²³ BVerfG NJW 2010, 3209, 3221 = HRRS 2010 Nr. 656.

²⁴ BVerfG NJW 2010, 3209, 3221 = HRRS 2010 Nr. 656.

des Eingehungsbetrugs nicht aus der Differenz der Kreditsumme zum tatsächlichen Verkehrswert der Grundstücke hätte berechnen dürfen, indem es (vorgeblich) „zugunsten der Angeklagten“ den Verkehrswert mit dem tatsächlich bezahlten Kaufpreis gleichsetzt und Bürgschaften abzieht. Dies verstößt nicht nur gegen die vom BVerfG bzgl. der Bewertung von Darlehensforderungen für maßgeblich erklärten bilanziellen Betrachtungsweise. Es hätte danach unter Berücksichtigung der Bilanzierungsregeln der Bankpraxis ein Barwert der voraussichtlich erzielbaren künftigen Zins- und Tilgungszahlungen unter Berücksichtigung der Bonität des Kreditnehmers und der Rendite des Kredits sowie aller Umstände, die den Forderungseingang zweifelhaft erscheinen lassen ermittelt werden müssen. Zwar ist der vom Landgericht berücksichtigte Wert der verwertbaren Sicherheiten – hier der Grundpfandrechte basierend auf dem Wert der Immobilien – dabei in Betracht zu ziehen, darf aber offensichtlich nicht der allein herangezogene Gesichtspunkt sein. Vielmehr sind im Rahmen der bilanziellen Betrachtung alle für die Bewertung der Darlehensforderung relevanten Kriterien in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen, auch etwaige weitere Rückgriffsmöglichkeiten (s.o.). Vor diesem Hintergrund hätte das Landgericht hier wohl den Maßstäben des BVerfG mit den eigenen Kenntnissen kaum gerecht werden können, selbst wenn es sich bemüht hätte. Eine sachgerechte bilanzielle Bewertung der Darlehensforderung zum Abschlusszeitpunkt ist wegen der Komplexität der Bewertungsüberlegungen regelmäßig nur mit sachverständiger Hilfe möglich, auf die das Landgericht aber wohl offenbar verzichten wollte. Anscheinend war aber das Landgericht gar nicht bemüht, überhaupt eine Wertermittlung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Bank für den maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorzunehmen, oder es hat übersehen, dass es hierfür nur teilweise und nur mittelbar auf den Wert der Sicherheit – zu einem späteren Zeitpunkt – ankam.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Eingehungsbetrag (§ 263 StGB)

Hinsichtlich des § 263 StGB hat das BVerfG den Eingehungsbetrag – d.h. die Rechtsfigur eines vollendeten Betrugs durch bloßen Abschluss eines gegenseitigen Vertrags vor Leistungserbringung²⁵ – zwar grundsätzlich als grundgesetzkonform gebilligt,²⁶ auch wenn der Vermögensschaden hier insbesondere früher als schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung beschrieben wurde²⁷. Ein Vermögensschaden und damit ein vollende-

ter Betrug bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses liege vor, wenn der erlangte Anspruch weniger wert sei als die übernommene Verpflichtung.²⁸ Die bloße Möglichkeit eines Schadens genügt aber nicht; zur Verhinderung der verfassungswidrigen Tatbestandsüberdehnung muss – von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen etwa bei einem ohne Weiteres greifbaren Mindestschaden – abgesehen – der Vermögensschaden der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden.²⁹ *Verlustwahrscheinlichkeiten* dürfen daher nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt.³⁰ Bestehen Unsicherheiten, so kann zwar ein Mindestschaden im Wege einer *traufähigen* Schätzung ermittelt werden.³¹ Da die Schadenshöhe aber von der Wahrscheinlichkeit und vom Risiko eines zukünftigen Verlusts abhängt, setzt die Bestimmung eines Mindestschadens voraus, dass die *Verlustwahrscheinlichkeit traufähig eingeschätzt werden kann*.³² Das Urteil muss daher Erwägungen dazu enthalten, wie traufähig geschätzt werden kann, wie hoch zum Zeitpunkt der (beabsichtigten) Vertragsabschlüsse die Wahrscheinlichkeit des Vermögensverlustes war.³³ Verfassungsrechtlich nicht traufähig ist jedenfalls ein Urteil, das für die Feststellung eines Vermögensschadens (abstrakte) Risiken genügen lässt, die jeder Vertragsabschluss mit einem unredlichen Vertragspartner mit sich bringt.³⁴

Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG zum Betrug scheidet das landgerichtliche Urteil daran, dass es keine Erwägungen dazu enthält, wie traufähig geschätzt werden kann, wie hoch zum Zeitpunkt der Darlehensvertragsabschlüsse die Wahrscheinlichkeit des Vermögensverlustes bzgl. der Darlehensvaluta war. Unabhängig von den Spezifika der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Methode der Schadens- bzw. Nachteilermittlung bei den §§ 263, 266 StGB ist jedenfalls festzuhalten, dass das Landgericht entgegen langjähriger höchstrichterlicher Rspr. verkannte, dass in dem vorliegenden Fall des Eingehungsbetrugs der maßgebliche Zeitpunkt der Verfügung ist, d. h. des Abschlusses des Kreditvertrages.³⁵ Daher ist im Rahmen der Gesamtsaldierung als mögliche schadensverhindernde Kompensation *der zum Abschlusszeitpunkt bestehende Wert der Darlehensforderung* zu berücksichtigen, denn nur diese Forderung entsteht als synallagmatische Gegenleistung

²⁵ BGHSt 16, 220, 221 = NJW 1961, 1876 und in letzter Zeit BGHSt 45, 1, 4 = NJW 1999, 1485; Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 Rn. 176 m. w. N.

²⁶ BVerfGE 126, 223, 226 = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfG NJW 2012, 907, 915/917 = HRRS 2012 Nr. 27.

²⁷ Vgl. BGHSt 23, 300, 303 = NJW 1970, 1932; BGHSt 32, 211, 212 f.; nach einer anderen Ansicht sind die schadensgleiche Vermögensgefährdung oder der Gefährdungsschaden als eigenständige Kategorie entbehrlich oder sogar irreführend, da ohnehin stets eine Bewertung und Bezifferung des Schadens erforderlich sei, BGHSt 53, 199, 201 ff. = NJW 2009, 2390 = HRRS 2009 Nr. 318; Saliger, in: FS Samson, S. 455, 469 ff.; Fischer (Fn. 23), § 263 Rn. 157 f.; Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (2011), § 263 StGB Rn. 94 f.

²⁸ Bereits BGHSt 16, 220, 221 = NJW 1961, 1876; jüngst BGHSt 51, 165, 174 = NJW 2007, 782 = HRRS 2007 Nr. 1; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 128 ff.

²⁹ BVerfGE 126, 170, 211, 228 ff. = NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656.

³⁰ BVerfGE 126, 170, 229 = NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656.

³¹ BVerfGE 126, 170, 212, 229 f. = NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656.

³² BVerfG NJW 2012, 907 = HRRS 2012 Nr. 27, 916; BVerfGE 126, 170, 224 = NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656; Dannecker (Fn. 25), § 263 StGB Rn. 95; Saliger, in: FS Samson, S. 455, 470 f.

³³ Vgl. sinngemäß BVerfG NJW 2012, 907, 916 = HRRS 2012 Nr. 27.

³⁴ BVerfG NJW 2012, 907, 917 = HRRS 2012 Nr. 27.

³⁵ Statt aller Fischer (Fn. 23), § 263 Rn. 111 unter Verweis auf BGHSt 30, 388, 389; BGH wistra 1993, 265; 1995, 222; NSTz 1999, 353, 354.

unmittelbar aus der Verfügung (Vertragsschluss).³⁶ Deren Wert bemisst sich auch nach früherer Rspr. nach der (Gesamt-)Bonität des Darlehensnehmers.³⁷ Schon im Ansatz ist daher die alleinige Berücksichtigung des (Minder-)Werts der Sicherheit durch das Landgericht verfehlt. Wenn die Rückzahlungsmöglichkeit bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrags von der vollen Werthaltigkeit der Grundpfandrechte (in Höhe des eingetragenen Nominalwerts) abhängig ist, falls zu diesem Zeitpunkt sonst keinerlei Sicherheiten, Rückgriffsmöglichkeiten und gesicherte Einnahme- und Erwerbssichten des Darlehensnehmers bestehen, hätte das Landgericht zumindest dies tragfähig darlegen und feststellen müssen, was nur ganz ausnahmsweise, bei Evidenzfällen – etwa bei Mittel- und Erwerbslosen – ohne sachverständige Hilfe möglich sein wird³⁸ und jedenfalls der Revisionsentscheidung nicht eindeutig zu entnehmen ist. Auch vor diesem Hintergrund erscheint die Entscheidung des BGH zwangsläufig.

3. Kritikpunkte und offene Fragen

Während der Entscheidung des BGH somit im Ergebnis zuzustimmen ist, wecken einige – wohl nicht tragende – Elemente der Begründung hingegen rechtsdogmatische Zweifel, auch soweit diese teilweise unverändert den Ausführungen der beiden BVerfG-Entscheidungen zu §§ 263, 266 StGB entnommen wurden.

a) Unklarheit hinsichtlich der anzuwendenden Bilanzierungsgrundsätze

Zunächst ist erneut darauf hinzuweisen, dass der BGH im Anschluss an das BVerfG zwar die Maßgeblichkeit bilanzrechtlicher und bilanzpraktischer Grundsätze bei der Schadensbestimmung einfordert und konkret auf Normen des HGB zur Forderungsbilanzierung und die Grundsätze des Bankwesens zur Wertberichterung von Darlehensforderungen abstellt, aber jedenfalls nicht ausdrücklich Vorgaben dazu macht, welche Bilanzierungsgrundsätze und -methoden für welche Sachverhaltskonstellationen bei der Ermittlung des Vermögensschadens maßgeblich sein sollen.³⁹ Es hat jedenfalls hier den Anschein, als seien aus Sicht des BGH die normativen Vorgaben des HGB-Bilanzrechts einschlägig, denn auf andere geht er nicht ein. Insbesondere zieht der BGH nicht erkennbar in Betracht, dass auch US-amerikanische oder internationale Rechnungslegungsvorschriften (US-GAAP, IFRS) den §§ 253, 320f HGB vergleichbare, aber nicht unbedingt deckungsgleiche Regeln enthalten dürften. Es mag nun durchaus plausibel erscheinen, bei einem innerstaatlichen Sachverhalt, an dem alleseits nur deutsche Rechtssubjekte beteiligt sind, das HGB heranzuziehen. Jedoch stellt sich die Frage, wie bei Sachverhalten mit internationalem Bezug zu verfahren wäre, etwa

wenn die geschädigte Bank eine ausländische wäre, die nach US-GAAP oder IFRS bilanziert. Auch bei deutschen Konzernen ist überdies die Erstellung jedenfalls des Konzernabschlusses nach IFRS oder US-GAAP durchaus verbreitet. Der Hinweis, dass allein Normen des HGB geltendes Recht sind, dürfte zu kurz greifen, da diese im Rahmen der §§ 263, 266 StGB lediglich als Vehikel zur Ermittlung eines wirtschaftlichen Schadens des Betrugsopfers herangezogen werden. Wäre dieses zu einer Wertberichterung einer (Darlehens-)Forderung gerade wegen und unter Zugrundelegung der Anwendung eines ausländischen Bilanzierungsstandards gezwungen oder bliebe ihm diese umgekehrt gerade deshalb verwehrt, erscheint zweifelhaft, ob dennoch deutsche Gerichte allein auf die Maßstäbe des HGB abzustellen hätten. Wären also aus Sicht des BGH bei der Ermittlung des Vermögensschadens solcher Geschädigter im Rahmen der §§ 263, 266 StGB durch deutsche Gerichte die Regeln des US-GAAP oder IFRS statt der des HGB heranzuziehen wären? An welchen Maßstäben sollen sich Staatsanwaltschaften und Instanzgerichte orientieren? Wie sollen sie ggf. die heranzuziehenden Sachverständigen instruieren, denen jedenfalls nach einer plausiblen Auffassung in der Literatur aus Rechtsgründen (§ 78 StPO) die Auswahl der jeweils normativ einschlägigen Bilanzierungsregeln nicht selbst überlassen werden kann?⁴⁰ Der Rechtsanwender würde sich wünschen, dass der BGH demnächst über die bloße Inbezugnahme und Anwendung einiger Normen des HGB hinaus die Gelegenheit erhält und wahrnimmt, das aus seiner Sicht zutreffende Vorgehen auch grundsätzlich und allgemein näher zu erläutern.

b) Gewissheit des Eintritts eines „realen Schadens“ nötig?

Soweit der Senat im Anschluss an das BVerfG ausführt, dass die im Rahmen der bilanziellen Betrachtungsweise ermittelten Verlustwahrscheinlichkeiten nicht so „diffus sein“ oder sich „in so geringen Bereichen bewegen“ dürfen, dass der „Eintritt eines realen Schadens“ letztlich ungewiss bleibt, verträgt sich die Bezugnahme auf den realen Schaden nicht ohne Weiteres mit der Annahme des BGH und des BVerfG, eine Vermögensgefährdung als solche könne bzw. müsse schadens- bzw. nachteilsgleich im Sinne der §§ 263, 266 StGB sein. In Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung – und stets in Konstellationen des Eingehungsbetrugs – ist typischerweise eben ein endgültiger Verlust von Vermögenswerten nicht bzw. noch nicht (zurechenbar bzw. nachweisbar) eingetreten und daher ungewiss, andernfalls wäre der Rückgriff auf diese Rechtsfiguren – zum wesentlichen späteren Zeitpunkt der Hauptverhandlung erster Instanz – unnötig. Es kann allein darauf ankommen, dass aufgrund der (hohen) Wahrscheinlichkeit des vollständigen oder teilweisen Verlusts von Vermögensgegenständen eine gegenwärtige Wertminderung des Vermögens angenommen werden muss, auch ohne dass der Verlust von Vermögensgegenständen bzw. der „Eintritt eines realen Schadens“ in diesem Sinne gewiss wäre.

³⁶ BGHSt 31, 115, 117; 52, 323, 327 f.; BGH NStZ 1999, 353, 354; 2008, 96, 98 = HRRS 2007 Nr. 1089; 2009, 150 = HRRS 2010 Nr. 481; Fischer (Fn. 23), § 263 Rn. 111, 119 m.w.N.

³⁷ Fischer (Fn. 23), § 263 Rn. 133.

³⁸ BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656, 231; Hefendehl wistra 2012, 325, 327; Schlösser NStZ 2012, 473, 477 f.

³⁹ Kritisch Hefendehl wistra 2012, 325, 329; Becker JR 2012, 82, 84; Rübenstahl NJW 2009, 2392, 2393.

⁴⁰ Becker JR 2012, 82, 84; Hefendehl wistra 2012, 325, 330.

c) Keine Schadensrelevanz nicht vollwertiger Sicherheiten bei unzureichender Ermittlung ihres Wertes durch die Bank?

Der BGH führte im Zusammenhang mit dem Vermögensschaden aus, dass bei der „Bewertung des täuschungsbedingt veränderten Kreditrisikos ... auch dem Umstand Gewicht zukommen [könne], dass die kreditgewährende Bank der Ermittlung der Verkehrswerte der einzelnen Grundstücke keinen wesentlichen Stellenwert beigemessen hat“. Soweit damit tatsächlich gemeint sein sollte, dass das mangelnde Interesse der Bank einen Einfluss auf die Saldierung der Forderungswerte und damit die Ermittlung des (objektiven) Vermögensschadens im Rahmen eines Eingehungsbetrugs haben sollte, wäre dem entgegenzutreten. Es ist vor dem Hintergrund des Rechtsgedankens des § 18 KWG und der Bilanzierungsgrundsätze jedenfalls regelmäßig davon auszugehen, dass die unzureichende Ermittlung des Werts der Sicherheiten gerade nicht auf deren objektiv geringer Bedeutung für den tatsächlichen Wert des Anspruchs der Bank auf Rück- und Zinszahlung zurückzuführen ist, sondern auf individuell-subjektive Entscheidungen und insbesondere auf Sorgfaltsmängel der zuständigen Mitarbeiter der Bank. Jedoch zieht der BGH zu recht in Betracht, dass bei einer fehlenden Prüfung des Wertes der Sicherheiten seitens der für die Bank Handelnden der Betrugstatbestand ausscheiden kann. Sollte die einzige Täuschung der Bank über Tatsachen in den übertriebenen Angaben zum Kaufpreis der Immobilien und damit indirekt zu deren Wert bestehen, kann aus fehlenden Anstrengungen zur Überprüfung und Objektivierung des mitgeteilten Kaufpreises durch Bemühungen zur hiervon unabhängigen Ermittlung des Verkehrswerts der Wohnungen – je nach den Umständen des Einzelfalls – gefolgert werden, dass bei den Bankverantwortlichen entweder schon kein Irrtum hinsichtlich des Kaufpreises und des Werts der Immobilien eingetreten ist, oder dass dieser Irrtum sich jedenfalls nicht objektiv zurechenbar im Abschluss des Darlehensvertrags niedergeschlagen hat. So ist anerkannt, dass derjenige, der im Geschäftsverkehr die Berechtigung eines Leistungsverlangens nicht zu prüfen hat, diesbezüglich re-

gelmäßig auch keine (täuschungsbedingte) Fehlvorstellung bildet.⁴¹ Sofern sich – auch entgegen den Vorgaben – bei einer Bank eingebürgert haben sollte, den Wert der Sicherheiten unter bestimmten Umständen nicht mehr zu überprüfen, kann entsprechend angenommen werden, dass die zuständigen Bankmitarbeiter – u. U. pflichtwidrig – keine positiven Fehlvorstellungen über den Preis und den Wert der Immobilie bilden, auch wenn sie hierzu (unzutreffende) Angaben erhalten. In diesem Fall läge kein Irrtum vor. Selbst wenn man einen täuschungsbedingten Irrtum über den Kaufpreis der Immobilien bejahen könnte, wäre der objektive Tatbestand des Betrugs – unabhängig von einem etwaigen Schadenseintritt – nicht erfüllt.⁴² Das Fehlen jeglicher Überprüfung der täuschenden, ggf. geglaubten Angaben, entgegen gesetzlichen und internen Vorgaben kann indizieren, dass der Getäuschte die Verfügung – hier den Abschluss des Darlehensvertrags – zwar im Irrtum vornahm, aber auch in Kenntnis des wahren Sachverhalts vorgenommen hätte. Diese Überlegung lässt zwar als lediglich hypothetische – und damit für die Äquivalenzkausalität unbeachtliche – Ersatzursache wohl noch nicht die Ursächlichkeit des Irrtums für die Vermögensverfügung entfallen.⁴³ Unterbrochen wird aber die objektive Zurechnung wegen des fehlenden Erfolgswahrscheinlichkeits.⁴⁴ Vorliegend könnte für eine gewisse Toleranz der Bank oder ihrer zuständigen Mitarbeiter gegenüber einem Ausfallrisiko sprechen, dass offenbar wohnungsbau- und sozialpolitische Erwägungen im Hintergrund der Kreditvergabe gestanden haben dürften und die Kreditvergabe teilweise durch Ausfallbürgschaften der Landesbank gefördert und abgesichert wurde. Nicht ausschließbar war die Kreditvergabe hier trotz oder gerade wegen einer eher gering ausgeprägten Zahlungsfähigkeit der Käufer – vielleicht auch unter Inkaufnahme wirtschaftlicher Risiken – auf jeden Fall politisch gewollt.

⁴¹ BGH NSStZ 1997, 281; 2006, 687 = HRRS 2006 Nr. 575.

⁴² Vgl. BGHSt 24, 257, 260; BGH NSStZ 2003, 313, 314 f.

⁴³ Gaede (Fn. 11), § 263 Rn. 95 m.w.N.

⁴⁴ So auch Gaede (Fn. 11), § 263 Rn. 95 m.w. Fallbeispielen.

Zur Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts von Angehörigen gemäß § 52 StPO bei Mitbeschuldigten

Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14. Dezember 2011 (BGH 5 StR 434/11) = HRRS 2012 Nr. 121

Von Wiss. Mit. Alexandra Schwan, Freie Universität Berlin, und Wiss. Mit. Nils Andrzejewski, Humboldt-Universität zu Berlin*

I. Problemstellung

Werden mehrere Personen der Beteiligung an einer prozessualen Tat beschuldigt, so stellt sich häufig das Problem, ob Angehörige eines Beschuldigten sich auch im Verhältnis zu anderen Beschuldigten auf § 52 StPO berufen können. Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass in einem gegen mehrere Beschuldigte geführten Verfahren die Zeugnisverweigerung auch gegenüber den mit den Zeugen nicht verwandten Beschuldigten wirkt. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass das Zeugnisverweigerungsrecht in einem Verfahren nicht teilbar ist.¹ Umstritten ist jedoch, wie es sich bei formal getrennten Verfahren verhält.

II. Ständige Rechtsprechung

Nach bisher ständiger Rechtsprechung besteht ein Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen nach § 52 StPO in einem Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten immer dann, wenn das Verfahren gegen ihn und den angehörigen Beschuldigten in irgendeinem Verfahrensabschnitt als gemeinsames Verfahren wegen derselben prozessualen Tat geführt wurde.² Bereits das Reichsgericht machte die Eigenschaft als Mitbeschuldiger von einer in irgendeinem Prozessstadium bestehenden prozessualen Gemeinsamkeit abhängig.³ Der Bundesgerichtshof führte diese Rechtsprechung zum Zeugnisverweigerungsrecht fort, schloss aber nach und nach Fälle aus, bei denen nach seiner Auffassung eine Zwangslage des angehörigen Zeugen nicht mehr besteht. Dazu gehören der Tod des angehörigen Beschuldigten⁴, dessen rechtskräftige Verurteilung⁵ beziehungsweise sein Freispruch⁶ oder auch

eine Verfahrenseinstellung nach § 154 StPO⁷. Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bestätigte diese Rechtsprechung zuletzt am 8. Dezember 2011.⁸

III. Der Beschluss des BGH vom 14. Dezember 2011 (BGH 5 StR 434/11)

In seinem Beschluss vom 14. Dezember 2011 deutet der 5. Strafsenat jedoch Zweifel an der nach seiner Auffassung „überkommenen“ bisherigen Rechtsprechung zum Weiterbestehen des Zeugnisverweigerungsrechts nach Verfahrenstrennung an. Dabei bezieht sich der Senat insbesondere darauf, dass in anderen Zusammenhängen, namentlich der Inkompatibilität von Zeugen- und Beschuldigtenrolle, allein auf die Verfahrensverbinding zum Zeitpunkt der Beurteilung und nicht auf eine möglicherweise früher einmal gegebene prozessuale Gemeinsamkeit abgestellt werde.⁹ Der Senat befürwortet eine mit diesem „allgemeinen Mitbeschuldigtenbegriff“ harmonisierende Auslegung und meint, das Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber einem Mitbeschuldigten könne „nur so lange Bestand haben, wie sich das Verfahren im Zeitpunkt der Entscheidung über das Verweigerungsrecht noch gegen einen Angehörigen richtet“. Nach Abtrennung der Verfahren würde ein weiter bestehendes Verweigerungsrecht den Nichtangehörigen lediglich als Reflexwirkung begünstigen. Zudem hänge das Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts von Zufälligkeiten im Verfahrensablauf ab und führe nach Ansicht des Senats somit zu unbefriedigenden und die Wahrheitsermittlung erheblich erschwerenden Konsequenzen. In getrennten Verfahren sei der angehörige Zeuge außerdem ausreichend über § 55 StPO geschützt.¹⁰

* Die Verfasser danken Prof. Dr. Gerhard Seher, Freie Universität Berlin, für wertvolle Anregungen.

¹ KK-Senge, StPO, 6. Aufl. (2008), § 52 Rn. 6.

² BGH NJW 1974, 758 f.; BGHSt 34, 139 ff.; BGHSt 34, 215 ff.

³ RGSt 27, 270, 271; 32, 72, 73; 33, 350, 351.

⁴ BGH NStZ 1992, 291, 292.

⁵ BGHSt 38, 96, 101.

⁶ BGH NStZ 1993, 500, 501.

⁷ BGHSt 54, 1, 5 ff. = HRRS 2009 Nr. 570.

⁸ BGH NStZ 2012, 340 f. = HRRS 2012 Nr. 169.

⁹ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. (2011), Rn. 928.

¹⁰ BGH NStZ 2012, 221, 222 = HRRS 2012 Nr. 121.

Zwar tragen die Ausführungen zum Zeugnisverweigerungsrecht nach Verfahrenstrennung den Beschluss des 5. Strafsenats nicht, es scheint sich jedoch um die Andeutung einer Rechtsprechungsänderung zu handeln.¹¹

IV. Der Begriff des (Mit-) Beschuldigten

Die Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts eines Angehörigen im Verfahren gegen Mitbeschuldigte hängt erheblich vom Verständnis des Begriffs des Mitbeschuldigten ab. Die vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs angezeigte, bisherige ständige Rechtsprechung verwendet zwar einen formellen Mitbeschuldigtenbegriff, wonach mehrere Beschuldigte nur Mitbeschuldigte sind, wenn sie gemeinsam in einem Ermittlungs- bzw. Strafverfahren verfolgt werden, erweitert diesen jedoch um den Aspekt, dass es für den Status als Mitbeschuldiger bereits ausreicht, wenn in irgendeinem Verfahrensabschnitt ein gegen die mehreren Beschuldigten gerichtetes zusammenhängendes Verfahren in Bezug auf dieselbe Tat im Sinne des historischen Geschehens anhängig gewesen ist.¹²

Zurecht weist der 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 14. Dezember 2011 darauf hin, dass die Ursache für ein getrenntes oder gemeinsames Verfahren nur in Zufälligkeiten im Verfahrensablauf liege. Da das bislang der Rechtsprechung zugrunde liegende Verständnis des Begriffs des Beschuldigten im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO vom Gesetzeswortlaut nicht erzwungen werde, spricht sich der Senat für eine mit dem allgemeinen Mitbeschuldigtenbegriff harmonisierende Auslegung des § 52 Abs. 1 StPO aus.¹³ Obwohl § 52 StPO nur vom „Beschuldigten“ spricht, wird der Mitbeschuldigte auch vom Beschuldigtenbegriff des § 52 StPO erfasst.¹⁴ Der Status eines Beschuldigten wird nach ganz herrschender Auffassung formell durch Prozesshandlung (sog. Inkulpatation) erlangt. Insoweit erscheine es konsequent, auch den Mitbeschuldigtenbegriff rein formell, also zum einen durch die Inkulpatation und zum anderen durch eine Verfahrensverbundung, zu bestimmen.¹⁵ Diese Betrachtungsweise entspricht auch der Rechtsprechung zur Inkompatibilität der Zeugeneigenschaft mit dem Status als Mitbeschuldiger.¹⁶ Da § 60 Nr. 2 StPO auch von verdächtigen Zeugen spricht, kann Mitbeschuldiger und somit nicht Zeuge nur derjenige sein, der in demselben Verfahren verfolgt wird.¹⁷

Anders als die Rechtsprechung, die nur formelle Kriterien verwendet, ziehen Teile der Literatur auch materielle

Komponenten bei der Auslegung des Mitbeschuldigtenbegriffs heran. Dabei ist ein rein materieller Begriff, wonach Mitbeschuldigte Verdächtige derselben prozessualen Tat sein müssen¹⁸, abzulehnen. Dieser ist zum einen praktisch nicht handhabbar¹⁹, und zum anderen mit §§ 55 und 60 StPO nicht in Einklang zu bringen, weil ein rein materieller Beschuldigtenbegriff sich über die gesetzgeberische Entscheidung für die Existenz des tatverdächtigen Zeugen hinwegsetzt.²⁰

Hingegen sollte einer formell-materiellen Auslegung Aufmerksamkeit entgegen gebracht werden. Bei einer solchen muss es sich formell um Beschuldigte und materiell um dieselbe prozessuale Tat handeln, auf eine prozessuale Gemeinsamkeit der Verfahren kommt es dagegen nicht an.²¹

V. Bewertung

Die Gründe, die der 5. Strafsenat für die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung anführt, sind beachtlich. Schon der Ausgangspunkt der älteren Rechtsprechung, auf eine irgendwann mal bestehende prozessuale Gemeinsamkeit abzustellen, ist fragwürdig, weil dieser Umstand für sich genommen wertungsmäßig bedeutungslos ist und damit zu Zufallsergebnissen führt.²² Endgültig ihre Berechtigung hat diese Rechtsprechung jedoch dadurch verloren, dass der Bundesgerichtshof in jüngerer Zeit unter Rückgriff auf ein Kriterium des § 55 StPO, nämlich die Gefahr der Strafverfolgung für den Angehörigen des Zeugen, in immer weiteren Fallgruppen dem Zeugen, der mit einem Mitbeschuldigten verwandt ist, die Berufung auf § 52 StPO versagt hat.²³ Dann aber bleibt unklar, wieso der Schutz des Zeugen vor einer Konfliktlage nicht direkt über § 55 StPO gewährleistet wird, und stattdessen die Voraussetzungen des § 55 StPO in § 52 StPO „hineingelesen“ werden.²⁴ Die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung erscheint deshalb angezeigt.

Weniger eindeutig ist, ob dem Senat in seiner Tendenz zu einem rein formellen Mitbeschuldigtenbegriff zugestimmt werden kann. Die Zufälligkeiten und Widersprüche der bisherigen Rechtsprechung könnten gleichfalls durch einen Rückgriff auf den im Schrifttum vordringenden formell-materiellen Mitbeschuldigtenbegriff vermieden werden. Für diesen sprechen im Wesentlichen drei Erwägungen. Erstens ist es nicht leugnen, dass die Zwangslage eines Zeugen unabhängig davon besteht, ob

¹¹ Hiermit würde der 5. Strafsenat auch den Anforderungen genügen, die das BVerfG mit Blick auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen aufgestellt hat (BVerfGE 122, 248, 277 f. = HRRS 2009 Nr. 296).

¹² BGH NJW 1974, 758 f.; BGHSt 34, 138, 139; 34, 215, 216; BGH NStZ 2012, 340, 341.

¹³ BGH NStZ 2012, 221, 222.

¹⁴ Meyer-Göfner, 55. Aufl. (2012), § 52 Rn. 11 f.; SK-Rogall, StPO, § 52 Rn. 45 (40. Aufbau-Lfg. 2004); anders z.B. noch Fuchs NJW 1959, 14, 17 f.

¹⁵ SK-Rogall, StPO, § 52 Rn. 51 (40. Aufbau-Lfg. 2004); Otto NStZ 1991, 220, 221.

¹⁶ Dazu BGHSt 10, 9, 11; 10, 186, 188.

¹⁷ Fischer JZ 1992, 570, 572.

¹⁸ Prittwitz, Der Mitbeschuldigte im Strafprozess (1984), S. 61.

¹⁹ BGHSt 34, 138, 140.

²⁰ Fischer JZ 1992, 570, 572.

²¹ Ostendorf, Strafprozessrecht, 1. Aufl. (2012), Rn. 130, 303; Prittwitz a.a.O. (Fn. 18), S. 62, 115; Ranft, Strafprozessrecht, 3. Aufl. (2005), Rn. 525; Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl. (1983), Rn. 478.

²² Ähnlich Otto NStZ 1991, 220, 221.

²³ Schlusspunkt dieser Erosion der reichsgerichtlichen Rechtsprechung war die Entscheidung des 1. Strafsenats, bei Einstellung nach § 154 StPO auf die bloße „Unwahrscheinlichkeit“ einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Angehörigen des Zeugen abzustellen (BGHSt 54, 1, 5 ff. = HRRS 2009 Nr. 570).

²⁴ Vgl. hierzu Widmaier NStZ 1992, 194, 195 f.

er in dem Verfahren aussagen soll, das unmittelbar gegen seinen Angehörigen geführt wird, oder in dem Strafverfahren, das sich auf dieselbe Tat bezieht, aber gegen einen anderen Beschuldigten gerichtet ist.²⁵ Sinn und Zweck des § 52 StPO sprechen daher erst einmal für die Erstreckung auf Mitbeschuldigte unabhängig von der Verfahrensführung.²⁶ Zweitens wird der Mitbeschuldigte, in dessen Verfahren der mit einem weiteren Beschuldigten verwandte Zeuge aussagen soll, die begriffliche Befürchtung haben, dass der grundsätzlich bestehende – und nur durch § 55 StPO zurückgenommene – Aussagezwang den Zeugen zur Entlastung seines Angehörigen auf Kosten des Mitbeschuldigten veranlassen wird.²⁷ Drittens lädt die Abhängigkeit des Zeugnisverweigerungsrechts von der prozessualen Verbindung die Strafverfolgungsbehörden geradezu ein, die Verfahrensverbundung und -trennung zu instrumentalisieren.²⁸

Dennoch wird man letztendlich dem vom 5. Strafsenat favorisierten formellen Beschuldigtenbegriff folgen müssen. Dieser hat schon den Vorzug, dass er mit der ebenfalls rein formellen Bestimmung des Mitbeschuldigten bei der Abgrenzung zwischen Zeugen- und Beschuldigtenrolle übereinstimmt.²⁹

Ausschlaggebend ist jedoch, dass die gesetzlichen Belehrungspflichten in einer Weise ausgestaltet sein müssen, dass es der Vernehmungsperson möglich ist, Bestehen oder Nichtbestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts ohne Weiteres zu ermitteln.³⁰ Der Bundesgerichtshof hat daher in einer früheren Entscheidung mit Recht verlangt, dass „[d]er erkennende Richter [...] in der Hauptverhandlung in der Lage sein [muss], ohne zeitraubendes Studium umfangreicher Ermittlungsakten sofort zu entscheiden, ob [...] einem zu vernehmenden Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO zusteht oder nicht“.³¹ Das kann nur über eine formalisierte Auslegung des § 52 StPO geschehen, denn ob gegen einen anderen Tatverdächtigen ein weiteres Strafverfahren geführt wird, wird sich oftmals der Kenntnis der Vernehmungsperson entziehen.

Weiterhin vermeidet ein rein formeller Beschuldigtenbegriff die Wertungswidersprüche, die auftreten, wenn gegen zwei miteinander verwandte Beschuldigte und eine weitere Person ermittelt wird – eine solche Konstellation lag auch der hier besprochenen Entscheidung zugrunde.³² Dann nämlich verschaffen sich die miteinander verwandten Beschuldigten wechselseitig ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO, wenn sie als Zeugen im Verfahren gegen den dritten Beschuldigten geladen sind. Dem mit niemandem verwandte Beschuldigte stünde hingegen nur die Berufung auf § 55 StPO im Verfahren gegen die beiden miteinander verwandten Beschuldigten

zu, obwohl sein Interesse an einer umfassenden Zeugnisverweigerung nicht geringer einzuschätzen ist.³³

Die vom 5. Strafsenat vertretene Auffassung vom Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Beschuldigten fügt sich auch besser in das vom Gesetz vorgesehene Verhältnis von § 52 StPO und § 55 StPO ein: auf der einen Seite sieht § 52 StPO in schematisierender Weise einen Schutz des angehörigen Zeugen vor der wichtigsten (potenziellen) Konfliktlage vor, dies wird andererseits durch § 55 StPO ergänzt, der in allen weiteren aktuellen Konfliktlagen einen begrenzten Schutz des Zeugen vorsieht. Den oben genannten Einwänden gegen ein solches Zurücknehmen des Angehörigenschutzes kann – bis zu einem gewissen Grad – mit Verweis auf § 55 StPO begegnet werden. Häufig wird sich das Auskunftsverweigerungsrecht faktisch zu einem Zeugnisverweigerungsrecht verdichten³⁴, so dass der Zeuge keine unzumutbaren Nachteile erleidet.³⁵ Anzuerkennen ist allerdings, dass dem Beschuldigten nach der hier vertretenen Auffassung der Nachteil verbleibt, nach der Rechtskreistheorie³⁶ der Rechtsprechung Verstöße gegen § 55 StPO bei der Vernehmung des Angehörigen des weiteren Beschuldigten in der Revision nicht rügen zu können.³⁷

Auch der Einwand, dem Angehörigen des weiteren Beschuldigten sei wegen dessen Motiv an einer Entlastung seines Angehörigen auf Kosten des Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht zuzugestehen, ist nicht überzeugend. Dass Zeugen eigene Interessen an einer bestimmten Aussage haben, ist keineswegs selten und kann nicht durch das Zugestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts kompensiert werden. Vielmehr ist in diesen Fällen das Belastungsinteresse in der Beweiswürdigung gem. § 261 StPO zu berücksichtigen.³⁸

Schließlich ist das Argument, ein rein formeller Mitbeschuldigtenbegriff könne leicht zu gesteuerten Verfahrenstrennungen führen, nicht ganz von der Hand zu weisen. Indes stellt sich das Problem des Ermessensmissbrauchs bei Verfahrenstrennungen nicht nur im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Beschuldigten, sondern auch und vor allem beim sog. Rollentausch, bei dem ein Beschuldigter durch Abtrennung seines Verfahrens in die Zeugenrolle im anderweitig geführten Verfahren gedrängt wird.³⁹ Eine Lösung dieses Problems kann daher auch nicht über den Mitbeschuldigtenbegriff erfolgen; missbräuchlichen Ver-

²⁵ Satzger, in: Festschrift für Schöch (2010), S. 919.

²⁶ Prittowitz NStZ 1986, 64, 65 f.

²⁷ Satzger, a.a.O. (Fn. 25), S. 919; Bertheau StV 2010, 611, 612 – es ist freilich umstritten, ob dieses Interesse des Mitbeschuldigten vom Schutzzweck des § 52 StPO umfasst ist.

²⁸ Kühne, StPO, 8. Aufl. (2010), Rn. 821.1.

²⁹ Fischer JZ 1992, 570, 575.

³⁰ So auch in anderem Zusammenhang: BGHSt 22, 187, 190.

³¹ BGHSt 34, 215, 217.

³² Eine ähnliche Situation lag schon bei BGH 1 StR 199/89, Beschluss v. 2. Mai 1989, vor.

³³ Weitere Fallgruppen finden sich bei Fischer JZ 1992, 570, 573.

³⁴ Verweigert werden kann die Antwort auf eine verfängliche Frage, wenn sie einen Anfangsverdacht gegen den Zeugen oder Angehörigen begründen würde „und sei es nur als Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude“ (BGH NJW 1999, 1413).

³⁵ Fischer JZ 1992, 570, 575.

³⁶ BGHSt 11, 213, 214 ff.; Eisenberg, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 1131.

³⁷ Anderes gilt auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung bei Anwendung des § 52 StPO (vgl. KK-Senge, a.a.O. [Fn. 1], § 52 Rn. 49).

³⁸ Vgl. hierzu KK-Schoreit, a.a.O. (Fn. 1), § 261 Rn. 29 ff.

³⁹ Vgl. hierzu LR-Erb, 26. Aufl. (2006), § 2 Rn. 21 ff.

fahrenstrennungen ist vielmehr durch eine entsprechende Auslegung des § 338 Nr. 4 StPO entgegenzuwirken.⁴⁰

VI. Ausblick

Die ehemals gefestigte Rechtsprechung zum Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Beschuldigten ist ins Wanken geraten. Bereits 1992 hatte der 1. Strafsenat einen Vorstoß zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung und Zuwendung zu einem rein formellen Beschuldigtenbegriff unternommen. Die anderen Strafsenate wollten sich dieser Ansicht jedoch nicht anschließen, so

⁴⁰ Insofern könnte die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung, die erst bei über den Rollentausch hinausgehenden „besondere[n] Umstände[n]“ eine missbräuchliche Verfahrenstrennung annimmt (BGH NJW 1963, 869, 870), als zu restriktiv erscheinen.

dass es – als Kompromiss – nur zur Einschränkung der bis dahin ständigen Rechtsprechung für die Fälle des Todes oder der rechtskräftigen Verurteilung des mit dem Zeugen verwandten Beschuldigten kam.⁴¹ Nach einer daran anschließenden Reihe von Entscheidungen, die Einschränkungen in der bisherigen Rechtsprechung brachten und Zweifel an ihrer Berechtigung äußerten, ist diese Entscheidung des 5. Strafsenats die jüngste und bisher deutlichste Abkehr von der traditionellen Rechtsprechung. Es ist daher gut möglich, dass in Kürze das Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Beschuldigten doch noch Gegenstand einer Entscheidung des Großen Senats wird. Dabei stehen die Chancen nicht schlecht, dass der 5. Strafsenat mit der formellen Betrachtungsweise durchdringt, wiesen doch sämtliche Entscheidungen in jüngerer Zeit eine restriktive Tendenz auf.

⁴¹ Vgl. die Dokumentation von Widmaier NStZ 1992, 196 ff.

Aufsätze und Anmerkungen

Verabschiedet sich der Gesetzgeber von der „Leichtfertigkeit“ im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht?

Von Prof. Dr. Carsten Wegner, Berlin

Die Bundesregierung hat den »Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz)« vorgelegt. Er ist eine Reaktion auf die Finanzmarktkrise vom Herbst 2008 und zielt auf eine Stärkung der Widerstandskraft des Bankensystems ab. Hierzu sollen zahlreiche Regelungen im Kreditwesengesetz (KWG) erweitert und angepasst werden. Diese kapitalmarktbezogenen Themen stehen allerdings nicht im Fokus des vorliegenden Beitrages, sondern eine nahezu beiläufig geplante Reform der Sanktionssystematik in § 56 KWG (Bußgeldvorschriften). Die Streichung des Tatbestandsmerkmals der leichtfertigen Deliktsbegehung und vor allem deren Begründung wirft die Frage auf, ob daran anknüpfend nicht ganz allgemein eine sanktionsrechtliche Diskussion im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht zu führen ist: Ist das Tatbestandsmerkmal der „Leichtfertigkeit“ noch sachgerecht und erforderlich?

1. Sanktionssystematik des § 56 KWG*

§ 56 Kreditwesengesetz (KWG) sanktioniert gegenwärtig als Bußgeldtatbestand zahlreiche Fehlverhaltensweisen als Ordnungswidrigkeit und droht in der Rechtsfolge eine Geldbuße an. Die Norm richtet sich an individuelle Personen. Sie kann darüber hinaus Anknüpfungstat sein für Aufsichtspflichtverletzungen nach § 130 OWiG oder eine Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG.

a) Objektive Struktur: § 56 KWG weist in der aktuellen Fassung zunächst eine recht klare Struktur auf, die sich an der subjektiven Tatseite orientiert: Absatz 1 erfasst vorsätzliche Fehlverhaltensweisen, Absatz 2 sanktioniert – in acht Ziffern – solche Handlungen, die nur vorsätzlich oder leichtfertig begangen werden können, und weitergehend erfassen Absatz 3 – in zwanzig Ziffern – und Absatz 4 – in sieben Ziffern – neben einem vorsätzlichen Fehlverhalten auch fahrlässiges Handeln.

* Der Autor ist Partner der Kanzlei *Krause & Kollegen* in Berlin und Honorarprofessor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Analysiert man den Bußgeldtatbestand im Detail¹ werden jedoch die Schwächen sichtbar, die sämtliche Normen der strafrechtlichen Nebengebiete haben: Sie ist durch ihre „nach vorne“ gerichtete Verweisungstechnik kaum lesbar und sehr komplex, so dass sie an die Grenzen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots stößt. Dies gilt umso mehr, als sich bestimmte Handlungspflichten nicht einmal aus dem KWG selbst, sondern erst aus konkretisierenden Rechtsverordnungen ergeben.

b) Individuelles Fehlverhalten: Nach § 10 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) setzen Ordnungswidrigkeitentatbestände ohne nähere gesetzliche Anordnung stets ein vorsätzliches Handeln voraus. Eine Ausdehnung auf fahrlässiges Handeln muss stets ausdrücklich gesetzlich bestimmt sein. Entsprechend enthält § 56 KWG – wie eingangs schon erwähnt – explizite Hinweise (Abs. 2: „vorsätzlich oder leichtfertig“; Abs. 3 und 4: „vorsätzlich oder fahrlässig“); dem Gebot des § 10 OWiG ist damit Genüge getan.

aa) Vorsatz: Der Vorsatz wird in der Wissenschaft kontrovers diskutiert. Es geht sowohl um die Unterscheidung zwischen einem intellektuellen und einem voluntativen Element als auch deren Bestimmung im Einzelnen. Nach dem vorherrschenden Verständnis kann der in § 10 OWiG gemeinte Tatbestandsvorsatz in drei Erscheinungsformen auftreten: Absicht – direkter Vorsatz – Eventualvorsatz.² Durch das Willenselement beherrscht wird die Absicht. Sie ist gegeben, wenn der Täter die Realisierung des Handlungsziels als sicher oder als möglich voraussieht und es ihm darauf ankommt, einen tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen oder die tatbestandliche Handlung zu verwirklichen.³ Demgegenüber wird der direkte Vorsatz geprägt durch die Wissentlichkeit. Die Voraussetzungen sind gegeben, wenn der Täter sicher weiß, dass ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal vorliegt, bzw. wenn er die Verwirklichung der Tatbestandshandlung oder den Eintritt eines tatbestandlich vorausgesetzten Erfolges als gewiss voraussieht,⁴ nicht erforderlich ist, dass es darauf im Sinne des Vorstehenden ankäme. Eventualvorsatz liegt vor, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes als möglich erkennt und sie billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit ihr abfindet.⁵

bb) Fahrlässigkeit: Der Unrechtskern der Fahrlässigkeit besteht nach allgemeinem Verständnis darin, dass der Täter die für einen besonnenen und gewissenhaften Angehörigen seines Verkehrskreises erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt und so trotz genereller Vorhersehbarkeit einen Tatbestand verwirklicht. Nach der inneren Beziehung des Täters zu der konkreten Tatbestandsverwirklichung wird zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit unterschieden. Die individuelle Zurechenbarkeit (Vorwerfbarkeit) der Fahrlässigkeit erfordert, dass der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und

Kenntnissen imstande war, die Tatbestandsverwirklichung als möglich vorauszusehen und die generell erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Details sind hoch umstritten.⁶

cc) Leichtfertigkeit: Leichtfertigkeit ist enger als die bloße Fahrlässigkeit; die Rechtsprechung erachtet eine besondere Gleichgültigkeit oder grobe Unachtsamkeit für erforderlich.⁷ Sie bedeutet einen erheblichen Grad an Fahrlässigkeit, der etwa der groben Fahrlässigkeit des bürgerlichen Rechts entspricht, aber im Gegensatz hierzu auf die persönlichen Fähigkeiten des Täters abstellt.⁸ Ein derartiges Verschulden soll vorliegen, wenn ein Betroffener nach den Gegebenheiten des Einzelfalles und seinen individuellen Fähigkeiten in der Lage gewesen wäre, den aus den einschlägigen gesetzlichen Regelungen sich im konkreten Fall ergebenden Sorgfaltspflichten zu genügen. Hierzu ist eine Gesamtwertung seines Verhaltens erforderlich.

2. CRD IV-Umsetzungsgesetz

Mit dem CRD IV-Umsetzungsgesetz⁹ soll nach den Plänen der Bundesregierung diese gewachsene Struktur der Bußgeldnorm im KWG geändert werden. Neben die Vorsatzstruktur in § 56 Abs. 1 KWG-E sollen künftig alle – sehr zahlreichen und nochmals erweiterten – Tatbestandsalternativen „vorsätzlich oder fahrlässig“ begangen werden können, d.h. auf das Merkmal der „Leichtfertigkeit“ soll nach den Plänen der Bundesregierung vollständig verzichtet werden. Dies würde angesichts der vorstehend aufgezeigten Definitionen zu einer erheblichen Ausweitung der sanktionsrechtlichen Risiken führen, ohne dass dies im Entwurf näher dargelegt wird. Vielmehr wird die Abschaffung des die Ahndbarkeit begrenzenden Merkmals der „Leichtfertigkeit“ und deren Ersetzung durch die „Fahrlässigkeit“ wie folgt begründet:

„Mit den Änderungen zu § 56 erfolgt zum einen eine Neuordnung der bestehenden Bußgeldtatbestände im Kreditwesengesetz (KWG). Damit erfolgt künftig die Beurteilung, ob ein schuldhaftes Handeln vorlag im Rahmen der Klärung, ob dieses Handeln vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Es wird daher künftig nur noch auf Vorsatz und Fahrlässigkeit abgestellt. Die überholte Differenzierung zwischen Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit wird aufgegeben, da eine Abgrenzung zwischen Leichtfertigkeit (= grober Fahrlässigkeit) und (einfacher) Fahrlässigkeit bei den betroffenen Tatbeständen des KWG nicht möglich ist.“¹⁰

3. „Leichtfertigkeit“ im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Die Feststellung von einer „überholten Differenzierung“ wird im Regierungsentwurf nicht nur nicht näher begründet, sondern es fehlen auch jedwede empirischen Belege. Anknüpfend an die Begründung zu § 56 KWG-E

¹ Siehe dazu die Kommentierung von Wegner in Beck/Samm/Kokemoor, KWG (Loseblattwerk – Stand: 160. ErgLfg.).

² Allgemein hierzu: BGHSt 36, 1, 9 f.

³ Gürtler in Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 10 Rdnr. 3.

⁴ Gürtler in Göhler (Fn. 3), § 10 Rdnr. 4.

⁵ Gürtler in Göhler (Fn. 3), 10 Rdnr. 5.

⁶ Hierzu im Einzelnen siehe Rengier in Karlsruher Kommentar, OWiG, 3. Aufl. 2006, § 10 Rdnr. 15 ff.

⁷ BGHSt 43, 158, 167; siehe auch BFH/NV 1998, 8.

⁸ BGH NStZ 2012, 160 = HRRS 2011 Nr. 1139.

⁹ BT-Drucks. 17/10974.

¹⁰ A.a.O., S. 119 – Unterstreichungen nicht im Original.

muss jedoch unabhängig von diesen Begründungsdefiziten die Frage gestattet sein, ob dann nicht auch andersorts im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, weil ebenfalls dort die Komplexität des Regelwerks es den Strafverfolgungsbehörden „nicht möglich“ macht, zwischen „Fahrlässigkeit“ und „Leichtfertigkeit“ zu differenzieren.¹¹ Welches Bild bietet sich insoweit gegenwärtig bzw. welche Normen müssten in die allgemein zu führende Diskussion mit einbezogen werden?

aa) §§ 38, 39 WpHG: Auf jeden Fall wären die ebenfalls kapitalmarktbezogenen Straf- und Bußgeldvorschriften im Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) zu beachten. Hier sanktioniert § 38 (Strafvorschriften) in zahlreichen Alternativen in den Absätzen 1, 2 und 2a vorsätzliche Fehlverhaltensweisen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe. § 38 Abs. 4 WpHG ordnet sodann an: „Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 oder des Absatzes 2a Nummer 1 leichtfertig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.“ Rein einfach-fahrlässige Verstöße werden (bislang) nicht als Straftat erfasst. Das von der Bundesregierung im Rahmen von § 56 KWG konstatierte Abgrenzungsproblem könnte sich also auch hier stellen.

Schlichtweg nicht mehr lesbar, geschweige denn verständlich, ist die Bußgeldnorm im WpHG, die – vergleichbar § 56 KWG – zunächst nur anhand der subjektiven Kriterien eine gewisse Ordnung bietet: Absatz 1 ahndet – sechs – vorsätzliche Fehlverhaltensweisen; Absatz 2 ahndet ca. sechzig (!) Tatbestandsalternativen, die „vorsätzlich oder leichtfertig“ begangen werden können; Absatz 2a erfasst ebenfalls verschiedene vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße, während in Absatz 3 ca. fünfzehn „vorsätzlich oder fahrlässig“ zu begehende Delikte beschrieben sind. Warum die Abgrenzung zwischen Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit angesichts dieser Normstruktur hier nicht ebenso „überholt“ sein soll, wie dies die Bundesregierung zu § 56 KWG konstatiert, bzw. aus welchen Gründen hier eine Abgrenzung zwischen „Leichtfertigkeit“ (= grober Fahrlässigkeit) und (einfacher) „Fahrlässigkeit“ bei den betroffenen Tatbeständen ebenso (un-)möglich ist, wäre durch den Gesetzgeber – im Vorgriff dazu aber sicherlich auch durch die Wissenschaft – einmal aufzubereiten.

bb) §§ 33, 34 AWG: Komplexe sanktionsrechtliche Regelungen enthält auch das Außenwirtschaftsgesetz (AWG). § 33 Abs. 1 bis 3 AWG bestrafen in zahlreichen Tatbestandsalternativen vorsätzlich begangene Fehlverhaltensweisen. Absatz 4 ordnet erweiternd an: „Handelt der Täter in den Fällen der Absätze 1, 2 oder 4 fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.“ Eine Abstufung auf die „Leichtfertigkeit“ erfolgt

¹¹ Interessant wäre auch eine Diskussion, ob angesichts der vorliegenden Regierungsbegründung *gegenwärtig* eine Sanktionierung »leichtfertigen« Fehlverhaltens bereits konstruktiv ausgeschlossen ist, da im Einzelfall aufgrund der gesetzlich dokumentierten Abgrenzungsschwierigkeiten nicht möglich ist festzustellen, ob der Täter (Strafrecht) oder Betroffene (Ordnungswidrigkeitenrecht) „nur“ »fahrlässig« gehandelt hat und es insoweit aber an den Ahndungsvoraussetzungen fehlt, wenn nur leichtfertiges Fehlverhalten geahndet werden kann.

hier nicht. Gleiches gilt auch für die Bußgeldnorm des § 33 AWG, die ebenfalls nur auf vorsätzliche und fahrlässige Verstöße abstellt, so dass hier – bei einem vergleichbar komplexen Regelungsgehalt wie im KWG? – kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zu bestehen scheint.

Empirisch wäre allerdings von Interesse, welche Bedeutung das Merkmal der »Fahrlässigkeit« in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden hat. Ist also z.B. eine Steuerungswirkung der Norm zu erkennen gegenüber den Sachverhalten, in denen keine einfach-fahrlässige Ahndung erfolgt, sondern lediglich leichtfertige Fehlverhaltensweise sanktioniert werden können?

cc) § 264 StGB: Ein wiederum anderes Bild bietet sich beim Subventionsbetrug (§ 264 StGB). In den Absätzen 1 bis 3 werden vorsätzliche Fehlverhaltensweisen beschrieben. Daran anknüpfend formuliert Absatz 4 erweiternd: „Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 bis 3 leichtfertig handelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“¹² Einfach-fahrlässige Fehler bleiben straflos und werden auch nicht als Ordnungswidrigkeit erfasst.

dd) § 378 AO: Parallelen zum Subventionsbetrug zeigen sich insoweit zu § 378 Abgabenordnung (AO). Auch hier werden (nur) leichtfertig¹³ begangene Angriffe auf die Vermögensinteressen des Staates geahndet, nicht aber einfach-fahrlässige Verstöße, ohne dass bislang mit erkennbarem Gewicht eine Diskussion geführt zu werden scheint, auch hier zu einer Ausweitung auf einfach-fahrlässige Fehlverhaltensweisen zu gelangen. Gesetzesystematisch fällt allerdings auf, dass es sich bei der leichtfertigen Steuerverkürzung nur um eine Ordnungswidrigkeit handelt, während der leichtfertig begangene Subventionsbetrug eine Straftat darstellt, obgleich als zu schützendes Rechtsgut jeweils die Vermögensinteressen des Staates angesehen werden.¹⁴ Dass sich dem steuerlichen Delinquenten darüber hinaus auch noch nach Tatbeendigung die Möglichkeit einer straf- bzw. bußgeldbefreienden Selbstanzeige offen steht (§§ 371, 378 Abs. 3 AO), hinter der § 264 Abs. 5 StGB zurückbleibt, rundet die tatbestandlichen Ungleichheiten ab.

ee) § 265b StGB: Rein vorsätzliche Fehlverhaltensweisen erfasst im StGB der Kreditbetrug (§ 265b StGB), obgleich auch diese Norm als Vorfeldtatbestand ausgestaltet ist und damit Parallelen zu § 264 StGB aufweist, der – wie vorstehend aufgezeigt – auch leichtfertige Fehlverhaltensweisen ahndet. Eine einheitliche Fachlässigkeit-Leichtfertigkeit-Struktur ist auch hier nicht zu erkennen.

ff) §§ 19 ff. KWKG: Keine einheitliche Linie ist auch den Straftatbestände im Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) zu entnehmen. Während § 19 (Strafvorschriften gegen biologische und chemische Waffen), § 20 (Strafvorschriften gegen biologische und chemische Waffen) und § 20a (20a Strafvorschriften gegen Antipersonenminen und

¹² Näher zur Leichtfertigkeit im beim Subventionsbetrug BGH NStZ-RR 2010, 311 = HRRS 2011 Nr. 182.

¹³ Näher zur Leichtfertigkeit im Steuerstrafrecht BGH NStZ 2012, 160 = HRRS 2011 Nr. 1139; HRRS 2010 Nr. 137.

¹⁴ Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), § 264 Rdnr. 2 ff; Joecks in Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. (2009), § 370 AO Rdnr. 16 m.w.N.

Streumunion) neben den Vorsatzalternativen auch – im Einzelnen abgestuft und ausdifferenziert – fahrlässige und leichtfertige Verstöße erfassen, differenziert § 22a (22a Sonstige Strafvorschriften) nur zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

gg) § 283 StGB: Eine „Kreuzung“ von Vorsatz- sowie Fahrlässigkeit-Fahrlässigkeit und Fahrlässigkeit-Leichtfertigkeit-Alternativen weist auch § 283 StGB (Bankrott) auf (vgl. Abs. 7). Es handelt sich hierbei ausschließlich um strafrechtliche Rechtsfolgen.

hh) § 81 GWB: Auf das Merkmal der »Leichtfertigkeit« verzichtet hingegen das Kartellbußgeldrecht. § 81 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWG) ahndet nur vorsätzlich begangene Verstöße (Abs. 3) oder „vorsätzlich oder fahrlässig“ begangene Fehlverhaltensweisen (Abs. 1 und 2).

ii) §§ 106 ff. UrhG / §§ 16 ff. UWG: Ausschließlich vorsätzliche Verstöße werden durch die Straf- und Bußgeldvorschriften des Urhebergesetzes (UrhG) erfasst. Gleiches gilt für die Sanktionsvorschriften im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

jj) §§ 95 ff. AMG: Ein gänzlich unterschiedliches Bild bietet demgegenüber das Arzneimittelgesetz (AMG). § 95 Abs. 1 AMG erfasst eine Vielzahl vorsätzlicher Tatbestandsalternativen. Erweiternd ordnet § 95 Abs. 4 AMG an: „Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.“ Demgegenüber erfasst § 96 AMG nur vorsätzliche Fehlverhaltensweisen als Straftat; ihre fahrlässige Begehung wird durch § 97 Abs. 1 AMG (nur) als Ordnungswidrigkeit geahndet. Auf das Merkmal der „Leichtfertigkeit“ wird im AMG vollständig verzichtet.

kk) §§ 58 ff. LFGB: In ihrer (Un-)Lesbarkeit vergleichbar den Regelungen im KWG und WpHG sind die Sanktionsvorschriften im Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB). Auch diese verzichten allerdings vollständig auf die Ahndung leichtfertiger Fehlverhaltensweisen.

ll) §§ 31, 32 ZAG: Und um im Rahmen der vorliegenden Kurzanalyse den Kreis der Betrachtung wieder beim Kapitalmarktrecht zu schließen: § 31 Abs. 1 Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG) bestraft vorsätzliche Fehl-

verhaltensweisen. § 31 Abs. 2 ZAG sieht darüber hinaus für fahrlässige Verstöße ein milderes Strafmaß vor. Demgegenüber differenziert § 32 ZAG als Bußgeldnorm zwischen vorsätzlichen (Abs. 1), vorsätzlichen oder leichtfertigen (Abs. 2) sowie vorsätzlichen oder fahrlässigen (Abs. 3) Verstößen. Ordnungswidrigkeitenrechtlich bestehen also Parallelen zur aktuellen Rechtslage in § 56 KWG.

mm) §§ 143, 144 InvG: Ein vergleichbares Bild bietet sich im Investmentgesetz (InvG). § 143 InvG differenziert als Bußgeldnorm zwischen vorsätzlichen (Abs. 1), vorsätzlichen oder leichtfertigen (Abs. 2) sowie vorsätzlichen oder fahrlässigen (Abs. 3) Verstößen. Der Straftatbestand des § 144 InvG ahndet nur vorsätzliche Fehlverhaltensweisen.

4. Ausblick

Nimmt man die Bundesregierung mit ihrem Entwurf zum CRD IV-Umsetzungsgesetz beim Wort, so können die geplanten Änderungen in § 56 KWG nur der Einstieg sein in einer sehr viel weitergehenden Diskussion. Denn ist die Differenzierung zwischen „Leichtfertigkeit“ und „Fahrlässigkeit“ tatsächlich „überholt“, weil – so scheint der Entwurf zu verstehen zu sein – eine Abgrenzung zwischen Leichtfertigkeit (= grober Fahrlässigkeit) und (einfacher) Fahrlässigkeit bei komplexen Tatbeständen und den dahinter stehenden Regelwerken „nicht möglich ist“, so wird man auch andere wirtschafts- und steuerstrafrechtliche Normen untersuchen müssen. Im Rahmen dieser Analyse wird man dann aufgrund praktischer Erfahrungen und empirischer Daten auch aufzubereiten und zu bewerten haben, ob eine Ausweitung der sanktionsrechtlichen Risiken zwingend ist oder ob es bei einer vorsätzlichen Begehungweise verbleibt, so wie dies heute schon in einzelnen Bereichen der Fall ist. Gleichzeitig müsste aufbereitet werden, ob die gegenwärtige Gesetzgebungssystematik, wie sie vorstehend skizziert worden ist, in sich immer schlüssig ist und wie ein sachgerechtes Nebeneinander von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht gefunden werden kann. Ohne diese Analysen ist auch die eingangs gestellte Frage nicht zu beantworten, ob das Tatbestandsmerkmal der „Leichtfertigkeit“ noch sachgerecht und erforderlich ist.

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.

932. EGMR Nr. 3084/07 – Urteil der 1. Kammer vom 18. September 2012 (Falter Zeitschriften v. Österreich No. 2)

Äußerungsfreiheit von Journalisten bei Publikationen zur möglichen Befangenheit eines Gerichts (Meinungsfreiheit und Beleidigungen von Richtern; faires Verfahren; Urteilsschelte; Abgrenzung von Tatsachen und Wertungen).

Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 193 StGB

933. BGH 3 StR 149/12 – Beschluss vom 16. August 2012 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

934. BGH 3 StR 159/12 – Urteil vom 6. September 2012 (LG Hannover)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (paranoidhalluzinatorische Psychose); Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung (Berücksichtigung täterschonender nichtstrafrechtlicher Maßnahmen erst auf Vollstreckungsebene).

§ 63 StGB; § 67b StGB

935. BGH 3 StR 171/12 – Urteil vom 6. September 2012 (LG Düsseldorf)

Mord; Heimtücke (kein automatischer Ausschluss der Arglosigkeit bei vorherigen verbalen Auseinandersetzungen; Maßgeblichkeit der Arglosigkeit bei Versuchsbeginn)
§ 211 StGB

936. BGH 3 StR 220/12 – Beschluss vom 20. September 2012 (LG Osnabrück)

Bildung der Gesamtstrafe (rechtsfehlerhafte Einbeziehung der Strafe aus einem Strafbefehl); kein Teilfreispruch beim Wegfall tatmehrheitlich angeklagter Delikte aufgrund der Zusammenfassung zu einer Bewertungseinheit.

§ 54 StGB; § 260 Abs. 1 StPO

937. BGH 3 StR 239/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Wuppertal)

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

938. BGH 3 StR 289/12 – Beschluss vom 2. Oktober 2012 (LG Duisburg)

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

939. BGH 3 StR 302/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Rostock)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Widerspruch zwischen Urteilsgründen und Ablehnungsbeschluss).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

940. BGH 3 StR 88/12 – Beschluss vom 4. Oktober 2012 (LG Krefeld)

Unzulässige Gegenvorstellung.
Art. 17 GG; § 356a StPO

941. BGH 3 StR 303/12 – Beschluss vom 16. August 2012 (LG Rostock)

Verhältnis von Betäubungsmittelerwerb und Besitz.
§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG

942. BGH 3 StR 305/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Lüneburg)

Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Vorrang der Prüfung einer positiven Sozialprognose auch bei Freiheitsstrafen von über einem Jahr; zu hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände).
§ 56 Abs. 2 StGB

943. BGH 3 StR 309/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Mönchengladbach)

BGHSt; Eintragungen im Bundeszentralregister (Verwertungsverbot bei Einträgen aus getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen); Gutachten zum Bestehen eines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten kein „Gutachten über den Geisteszustand“.
§ 66 StGB; § 51 Abs. 1 BZRG, § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG

944. BGH 3 StR 315/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Aurich)

Rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

945. BGH 3 StR 320/12 – Beschluss vom 2. Oktober 2012 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln; Verfall; (erlangtes Etwas; kein Verfall bei Zahlungen für illegale Tätigkeiten, die mit zivilrechtlich unwirksamen Ansprüchen verrechnet werden).
§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB

946. BGH 3 StR 334/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Neubrandenburg)

Rechtsfehlerhafte Anrechnung erbrachter gemeinnütziger Arbeit (Berücksichtigung erbachter Leistungen nicht schon bei der Bemessung der Strafe, sondern bei der Vollstreckung).
§ 56f Abs. 3 Satz 2 StGB; § 58 Abs. 2 Satz 2 StGB

947. BGH 3 StR 337/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Düsseldorf)

Beteiligung am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Täterschaft bei bloßer Vermittlung und Begleitung eines fremden Umsatzgeschäfts).
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

948. BGH 3 StR 340/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Oldenburg)

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

949. BGH 3 StR 342/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Osnabrück)

Bildung einer Gesamtstrafe (mögliche Erledigung einer einbezogenen Einzelstrafe; Entscheidung im Nachverfahren).
§ 55 StGB; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO

950. BGH 3 StR 348/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Mönchengladbach)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Schweigerecht; Recht auf effektive Verteidigung; rechtsfehlerhafte Zurückweisung einer schriftlichen Erklärung des Angeklagten; Gewahrsam als Mittel zur Herbeiführung einer geständigen Einlassung; wesentliche Beschränkung der Verteidigung); Adhäsionsauspruch (Anforderungen an die Grundlage für die Bestimmung der Schmerzensgeldhöhe); Geiselnahme (Verhältnis von Prüfung eines minder schweren Falls und eines vertyppten Milderungsgrundes aufgrund eines Täter-Opfer-Ausgleichs).
Art. 6 EMRK; § 136a StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 406 StPO; § 239b Abs. 2 StGB; § 46a StGB

951. BGH 3 StR 352/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Schwerin)

Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs (Halbstrafe); Neufestsetzung der Dauer des Vorwegvollzugs trotz Ausnahme der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt vom Revisionsangriff.
§ 67 Abs. 2 StGB

952. BGH 3 StR 354/12 – Beschluss vom 6. September 2012 (LG Stralsund)

Verhängung der Einheitsjugendstrafe.
§ 31 Abs. 1 S. 1 JGG

953. BGH 3 StR 356/12 – Beschluss vom 18. September 2012 (LG Bückeburg)

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

954. BGH 3 StR 358/12 – Beschluss vom 4. Oktober 2012 (LG Hannover)

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

955. BGH 3 StR 366/12 – Beschluss vom 2. Oktober 2012 (LG Aurich)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Exklusivität des Ablehnungsgrundes der Wahrunterstellung und des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit; Pflicht zur Angabe, ob eine Beweisbehauptung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für bedeutungslos erachtet wird); Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler.
§ 244 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

956. BGH 3 StR 367/12 – Beschluss vom 20. September 2012 (LG Düsseldorf)

Rücktritt vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung (kein Fehlschlag bei fortbestehender Möglichkeit der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; kein Ausschluss des Rücktritts wegen außertatbestandlicher Zielerreichung).
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

957. BGH 3 StR 371/12 – Beschluss vom 2. Oktober 2012 (LG Kleve)

Absehen vom Verfall.
§ 73 StGB

958. BGH 3 StR 380/12 – Beschluss vom 20. September 2012 (LG Neubrandenburg)

Räuberische Erpressung (Eignung des abgenötigten Opferverhaltens zur Herbeiführung eines Vermögensschadens); Umfang der Pflicht zur Aufklärung und Darlegung des Sachverhalts trotz Verständigung.
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 267 StPO

959. BGH 3 StR 381/12 – Beschluss vom 2. Oktober 2012 (LG Stade)

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

960. BGH Ermittlungsrichter 3 BGs 262/12 2 BJs 162/11-2 – Beschluss vom 18. September 2012

BGHR; Nebenklageberechtigung des geschiedenen Ehegatten (Ausschluss der Nebenklageberechtigung bei einer Ehe zwischen türkischen Staatsangehörigen bereits aufgrund der rechtskräftigen Scheidung nach deutschem Recht).

§ 395 Abs. 2 Nr. 1; § 397a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 406g Abs. 1, 3 Satz 1 Nr. 1 StPO; Art. 14 türk. IPRG; Art. 58 türk. IPRG

961. BGH 5 StR 115/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Hamburg)

Korruption (keine Strafbarkeit des Vertragsarztes durch Annahme von Kick Backs eines Pharmaunternehmens).

§ 299 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB

962. BGH 5 StR 251/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Dresden)

BGHSt; Selbstleseverfahren (unterlassene Entscheidung trotz Widerspruchs; kein Verlust der Revisionsrüge nach einem vor der Vorsitzendenanordnung erklärtem Widerspruch; Verlesung als im Vergleich zum Selbstleseverfahren grundsätzlich vorzugswürdige Methode der Einführung von Beweisstoff in die Hauptverhandlung); Beruhen (kein regelmäßiger Ausschluss des Beruhens bei unterlassener Entscheidung trotz Widerspruchs).

§ 249 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

963. BGH 5 StR 295/12 – Urteil vom 28. August 2012 (LG Saarbrücken)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Berücksichtigung länger währendender Straffreiheit als Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten; Pflicht zur Erörterung straffreier Zeiträume im Urteil).

§ 63 StGB

964. BGH 5 StR 314/12 – Beschluss vom 30. August 2012 (LG Hamburg)

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

965. BGH 5 StR 329/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Frankfurt)

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

966. BGH 5 StR 332/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Braunschweig)

Strafzumessung bei Vergewaltigung (Strafrahmenwahl; minder schwerer Fall; unzureichende Berücksichtigung strafmildernder Umstände).

§ 177 StGB

967. BGH 5 StR 363/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Voraussetzungen der Geltung des gesetzlichen Mindestlohnes im Gebäudereinigerhandwerk); Handeln für einen anderen (Anforderungen an die Feststellung einer Beauftragtenstellung).

§ 266a StGB; § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB

968. BGH 5 StR 367/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

969. BGH 5 StR 372/12 (alt: 5 StR 397/11) – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Überzeugungsbildung bzgl. der Täterschaft (Anforderungen an die objektive Grundlage der Überzeugungsbildung; Mängel der Wiedererkennungseistung eines Zeugen; Einzelbildvorlage; sequentielle Lichtbildvorlage; Videowahlgegenüberstellung; suggestiver Effekt der Einzellichtbildvorlage)

§ 261 StPO

970. BGH 5 StR 382/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Hamburg)

Reichweite der zugelassenen Anklage (keine Erstreckung auf einen nur teilweise im Anklagesatz erwähnten Handlungsablauf); rechtsfehlerhaft unterbliebene Erörterung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 266 Abs. 1 StPO; § 64 StGB

971. BGH 5 StR 391/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Saarbrücken)

Schwerer Raub; rechtsfehlerhafte Verneinung eines minder schweren Falles (unzureichende Berücksichtigung subjektiver Momente).

§ 250 Abs. 3 StGB

972. BGH 5 StR 394/12 – Beschluss vom 30. August 2012 (LG Saarbrücken)

Vergewaltigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Anforderungen an die Beweiswürdigung; auffälliges Aussageverhalten der Anzeigerstatterin); Konkurrenzen (mehrere sexuelle Handlungen bei fortdauernder Gewalt als eine Tat im Rechtssinne).

§ 177 StGB; § 261 StPO

973. BGH 5 StR 401/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Chemnitz)

Beweiswürdigung (Anforderungen in Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Aussageverweigerung der einzigen Belastungszeugin in der Hauptverhandlung; Glaubwürdigkeit trotz Teillüge); Benachrichtigung des Angeklagten über einen Vernehmungstermin trotz Ausschlussgrund.

§ 261 StPO; § 168c Abs. 5 StPO

974. BGH 5 StR 409/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Leipzig)

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

975. BGH 5 StR 418/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Kiel)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Unzulässigkeit des Schlusses vom Reiferückstand auf fehlende Therapierbarkeit; fehlende Darlegungen zur Aussichtslosigkeit der Therapie).
§ 64 Abs. 2 StGB

976. BGH 5 StR 425/12 (alt: 5 StR 425/11) – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Berlin)

Begründung der Gesamtstrafenhöhe (Unzulässigkeit der strafschärfenden Berücksichtigung von nach § 154 StPO eingestellten Taten, deren Begehung nicht prozessordnungsgemäß festgestellt wurde).
§ 54 StGB; § 154 StPO

977. BGH StB 9/12 – Beschluss vom 8. Oktober 2012 (OLG Stuttgart)

Fortdauer der Untersuchungshaft; Verbrechen gegen die Menschlichkeit; Kriegsverbrechen; Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts bei der Beurteilung des dringenden Tatverdachts (Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; Anforderungen an die Darlegung des Ergebnisses der Beweisaufnahme; kein über die Nachprüfung des dringenden Tatverdachts hinausgehenden Zwischenverfahren im Haftbeschwerdeverfahren); Beschleunigungsgebot.
§ 121 StPO; § 7 VStGB; § 4 VStGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

978. BGH 1 StR 212/12 (alt: 1 StR 354/11) – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Augsburg)

Anforderung an zur Urteilsgrundlage gemachten Feststellungen und Strafzumessungserwägungen (kein Verweis auf ein aufgehobenes früheres Urteil).
§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

979. BGH 1 StR 317/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Koblenz)

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Vollendung bei Veranlagungssteuern und Schätzung; erforderliche Berechnungsdarstellung); nemo-tenetur- Grundsatz; verminderte Schuldfähigkeit.
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 21 StGB

1. Mit der Bekanntgabe eines Ermittlungsverfahrens wegen Steuerhinterziehung entfällt mit Blick auf das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung („nemo tenetur se ipsum accusare“) die strafbewehrte Pflicht, die entsprechenden Steuererklärungen für den betroffenen Veranlagungszeitraum noch abzugeben (vgl. BGH, NStZ-RR 2009, 340).

2. Sind bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen die Taten nicht bereits zuvor vollendet, so tritt mit der Bekanntgabe des Schätzungsbescheides, in dem die Steuer zu niedrig festgesetzt wird,

Tatvollendung ein. Wird die Steuer in dem Schätzungsbescheid hingegen richtig oder zu hoch festgesetzt, so kann die Tat nicht mehr vollendet werden, da kein Verkürzungserfolg mehr eintritt.

980. BGH 1 StR 324/12 – Beschluss vom 5. September 2012 (LG Mosbach)

Gefährliche Körperverletzung; Notwehr; Beweiswürdigung und Schweigerecht.
§ 224 Abs. 1 StGB; § 32 StGB; § 261 StPO; Art. 6 EMRK

981. BGH 1 StR 423/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Münster)

Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Millionengrenze).
§ 370 Abs. 1 AO; § 46 StGB

982. BGH 1 StR 534/11 – Urteil vom 4. September 2012 (LG München II)

BGHSt; Inverkehrbringen von Fertigarzneimitteln ohne Zulassung (Herstellen eines neuen Medikamentes; Einordnung als Fertigarzneimittel; Tatmehrheit); Abgabe von Medikamenten ohne Verschreibung (Subsidiarität zu § 96 Nr. 5 AMG); Abrechnungsbetrug (Täuschung über die Erstattungsfähigkeit bzw. Verkehrsfähigkeit eines Medikaments; Schaden bei der Abrechnung von Medikamenten).
§ 96 Nr. 5 AMG; § 96 Nr. 13 AMG; § 4 AMG; § 21 AMG; § 263 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

983. BGH 1 StR 534/11 – Beschluss vom 25. September 2012 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

984. BGH 2 StR 153/12 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Bonn)

Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe.
§ 54 StGB

985. BGH 2 StR 42/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Aachen)

Geldwäsche (Vorsatz bezüglich der Vortat; Zwischenerwerb).
§ 261 Abs. 1 StGB; § 261 Abs. 2 StGB; § 261 Abs. 6 StGB; § 15 StGB

986. BGH 2 StR 199/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Mainz)

Tateinheit (Anforderungen bei Taten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter; natürliche Handlungseinheit).
§ 52 StGB

987. BGH 2 StR 218/12 – Beschluss vom 7. August 2012 (LG Limburg)

Mord; verminderte Schuldfähigkeit (tiefgreifende Bewusstseinsstörung; Gesamtwürdigung des Tatgerichts).
§ 211 StGB; § 21 StGB

988. BGH 2 StR 279/12 – Beschluss vom 8. August 2012 (LG Marburg)

Schwerer Raub (minderschwerer Fall); Strafzumessung (gesetzlich vertyppte Schuld mindernde Gründe als Indikatoren für einen minderschweren Fall); Unterbringung in

einer Erziehungsanstalt (Anforderungen an die Symptomtat).
§ 250 Abs. 3 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

989. BGH 2 StR 526/11 – Urteil vom 8. August 2012 (LG Koblenz)

Verabredung zu einem Verbrechen (Konkretisierung der geplanten Straftat; Tatmehrheit); Täter-Opfer-Ausgleich.
§ 30 Abs. 2 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 46a Nr. 1 StGB

990. BGH 4 StR 188/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Bochum)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Verfall (Härtefallregelung).
§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

991. BGH 4 StR 205/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Dortmund)

Schuldunfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Begründung).
§ 20 StGB; § 63 StGB

992. BGH 4 StR 207/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Essen)

Geldstrafe (Bestimmung der Tagessätze); Teileinstellung des Verfahrens (Beweisbedeutung der Begründung).
§ 40 Abs. 2 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

993. BGH 4 StR 84/12 – Urteil vom 30. August 2012 (LG Essen)

Versuchter Mord (Heimtücke bei grundsätzlicher Angst des Opfers vor dem Täter; mangelnde Aktualisierung des Argwohns in der konkreten Tatsituation; niedrige Beweggründe: Wut, Eifersucht, Tötung, um sich einer berechtigten Festnahme zu entziehen; Verdeckungsabsicht).
§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

994. BGH 4 StR 217/12 – Urteil vom 27. September 2012 (LG Hamburg)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gesamtabwägung; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).
§ 63 StGB; § 62 StGB

995. BGH 4 StR 234/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Paderborn)

Betrug (mittelbare Täterschaft; Tateinheit); Urkundenfälschung.
§ 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 267 Abs. 1 StGB

996. BGH 4 StR 244/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Leipzig)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Beifahrer als tauglicher Opfer; Merkmal des „Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“).
§ 316a StGB

997. BGH 4 StR 247/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Kaiserslautern)

Anordnung der Sicherheitsverwahrung (Einbeziehung bereits getilgter Verurteilungen in die Gefährlichkeitsprognose).

§ 66 Abs. 3 Satz 2; § 51 Abs. 1 BZRG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 BRZG

998. BGH 4 StR 278/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Magdeburg)

Einziehung des Tatwerkzeugs (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).
§ 74 Abs. 1 StGB; § 74b Abs. 2 StGB

999. BGH 4 StR 294/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Bochum)

Anordnung der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (Erörterungsmangel).
§ 64 StGB

1000. BGH 4 StR 308/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Bochum)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung und Begründung der erheblich verminderten Schuldfähigkeit).
§ 63 StGB; § 20 StGB

1001. BGH 4 StR 329/12 – Beschluss vom 27. September 2012 (LG Essen)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung einer zwischenzeitlichen Verurteilung).
§ 55 Abs. 1 StGB

1002. BVerfG 2 BvR 442/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Oktober 2012 (OLG Bamberg / LG Bayreuth)

Freiheitsgrundrecht (Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus); Fortdauer der Unterbringung (Aussetzung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gefahrprognose: Konkretisierung, Begründungstiefe, Beziehungstat).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

1003. BVerfG 2 BvR 922/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (OLG Hamm / LG Bochum)

Strafvollzug und lebenslange Freiheitsstrafe (Maßnahme; medizinische Behandlung bei Diabetes; effektiver Rechtsschutz).
Art. 19 Abs. 4 GG; § 58 StVollzG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1004. BVerfG 2 BvR 1218/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (OLG Koblenz / LG Trier)

Strafvollzug (körperliche Durchsuchung; Rechtswegerschöpfung; Anhörungsrüge; rechtliches Gehör; Stellungnahme).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 84 StVollzG

1005. BVerfG 2 BvR 1766/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2012 (OLG Koblenz)

Widerruf einer Gnadenentscheidung; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Wiedereinsetzungsgrund; Rechtsbehelfsbelehrung; effektiver Rechtsschutz); Zulassung

eines Beistandes im Verfassungsbeschwerdeverfahren.
Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 EGGVG; § 26 Abs. 1 EGGVG;
§ 22 Abs. 1 BVerfGG

1006. BVerfG 2 BvR 1874/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2012 (OLG München)

Freiheit der Person (Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Außervollzugsetzung eines Haftbefehls); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses; neu hervorgetretene Umstände; Auflagen; Sicherheitsleistung; Privatinsolvenz); Willkürverbot.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO; § 80 InsO, § 81 InsO.

1007. BVerfG 2 BvR 2819/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. September 2012 (OLG Naumburg / LG Halle)

Rechtsstaatsprinzip; Beschleunigungsgrundsatz (Verfahrensverzögerung); Verfassungsbeschwerde (Substantiierung; Subsidiarität); Verfahrensrüge.
Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1008. BVerfG 2 BvR 2025/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (OLG München)

Resozialisierungsgebot (Vollzugslockerungen; Entlassungsperspektive; Absehen von der weiteren Strafvollstreckung; Ausweisung; Abschiebung).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 456a StPO

1009. BGH 1 StR 140/12 – Beschluss vom 6. September 2012 (LG München II)

BGHSt; Steuerhinterziehung (Zurechnung erworbener Geschäftsanteile bei formunwirksamer Treuhandvereinbarung; wirtschaftliche Betrachtungsweise; verdeckte Gewinnausschüttung durch unterlassene Vermögensmehrung und sonstige Bezüge; Hinterziehungsvorsatz; Steueranspruchstheorie; Tateinheit bei zeitgleicher Abgabe gleichermaßen unrichtiger Steuererklärungen).
§ 370 Abs. 1 AO; § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO; § 41 Abs. 1 Satz 1 AO; § 15 Abs. 4 GmbHG; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; § 15 StGB

1010. BGH 1 StR 160/12 – Urteil vom 25. September 2012 (LG München I)

Rechtsfehlerhaft begründetes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung bei (zur Tatzeit) Jugendlichen (Erörterungsmangel; Maßstäbe der Prognose schwerer Gewalt- und Sexualdelikte; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; Anforderungen an die Begutachtung; Einbeziehung der psychischen Störung).
§ 7 Abs. 2 JGG; Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG

1011. BGH 1 StR 26/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Mannheim)

Steuerhinterziehung im Beitreibungsverfahren (wiederholte Steuerhinterziehung; Strafklageverbrauch: Tat im prozessualen Sinne; Nemo tenetur-Grundsatz: Selbstbelastungsfreiheit und Selbstanzeige, Verwendungsverbot).

§ 370 AO; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 393 AO; § 371 AO; § 218 AO; § 284 AO; § 264 StPO

1012. BGH 1 StR 272/12 – Beschluss vom 5. September 2012 (LG München II)

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

1013. BGH 1 StR 361/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Nürnberg-Fürth)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Revisionsbegründungsfrist zur Anbringung von Verfahrensrügen nur in Ausnahmefällen.
Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 StPO

1014. BGH 1 StR 389/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Ravensburg)

Beurteilung der Schuldfähigkeit und Rekonstruktionsverbot (Schizophrenie; Schilderung der Bewertung durch den Sachverständigen im Urteil).
§ 20 StGB; § 72 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 4 StPO

1015. BGH 1 StR 394/12 – Beschluss vom 5. September 2012 (LG München II)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Verhältnismäßigkeitsprüfung; hohes Rückfallrisiko).
§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 Satz 2 StGB

1016. BGH 1 StR 91/03 – Beschluss vom 13. September 2012 (LG Memmingen)

Weiterleitung eines Schreibens an das Wiederaufnahmegesicht.
§ 367 Abs. 1 Satz 2 StPO

1017. BGH 1 StR 442/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG München I)

Spezialitätsgrundsatz (Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl; andere Handlung; Abweichung bei den Tatzeiten; bloße Schreibfehler).
§ 11 IRG; § 83h Abs. 1 IRG; Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten

1018. BGH 1 StR 462/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012 (LG Karlsruhe)

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

1019. BGH 1 StR 492/11 – Urteil vom 26. Juli 2012 (LG Landshut)

Steuerhinterziehung durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen bei Einkünften aus Patentrechten (Einkommensteuer: Zurechnung von Einkünften, Besteuerung bei Patenten und Erfindungen; Körperschaftsteuer: verdeckte Gewinnausschüttung und Verzicht auf Geschäftschancen; Gewerbesteuer; Umsatzsteuer: entgeltliche Überlassung der Patentrechte als steuerbare sonstige Leistung); Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten und Scheingeschäfte (Umgehung eines Wettbewerbsverbotes); Hin-

weispflicht bei Änderung der (steuer-)rechtlichen Beurteilung; Einkünfte einer sog. Zwischengesellschaft bei der Hinzurechnungsbesteuerung.

§ 370 AO; § 41 AO; § 42 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG; § 3 Abs. 9 UStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; § 8 AStG; § 10 AStG; § 50a Abs. 4 EStG aF; § 265 StPO

1020. BGH 2 StR 122/12 – Beschluss vom 6. September 2012 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Befangenheitsanträge im Besetzungsstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenates (gesetzlicher Richter: Rüge der nicht vorschriftsgemäßen Besetzung des Senates; Beurteilungsgrundlage).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 26a Nr. 2 StPO; § 27 StPO

1021. BGH 2 StR 248/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Koblenz)

Minder schwerer Fall des Wohnungseinbruchsdiebstahls (Erörterungsmangel; Meistbegünstigungsgrundsatz).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

1022. BGH 2 StR 277/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Köln)

Voraussetzungen der Bewertungseinheit beim unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln (sukzessive Auffüllung eines Drogenvorrats).

§ 29 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1023. BGH 2 StR 290/12 – Beschluss vom 8. August 2012 (LG Meiningen)

Erörterungsmangel zum minder schweren Fall des Totschlages (Prüfung des minder schweren Falles vor Anwendung des gemilderten Regelstrafrahmens).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB

1024. BGH 2 StR 313/12 – Beschluss vom 7. August 2012 (LG Gießen)

Erforderliche Bemessung der Jugendstrafe nach dem Erziehungsgedanken (Doppelverwertungsverbot).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 46 StGB

1025. BGH 2 StR 322/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung); Fortwirkung der Bestellung als Beistand des Nebenklägers und der Feststellung der Nebenklageberechtigung durch das erstinstanzliche Gericht in der Revision.

§ 400 Abs. 1 StPO; § 397a Abs. 1 Nr. 1 StPO

1026. BGH 2 StR 330/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1027. BGH 2 StR 496/11 – Beschluss vom 17. August 2012 (LG Gießen)

Aufrechterhaltung einer Verurteilung wegen Betruges trotz mangelnder Bezifferung des jeweiligen Gefährdungsschadens (Bestimmtheitsgrundsatz; Strafzumessung).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 46 StGB

1028. BGH 4 StR 108/12 – Urteil vom 30. August 2012 (LG Detmold)

Recht auf effektiven Verteidigerbeistand und Mandatsniederlegung (Aussetzung und Unterbrechung; faires Verfahren; Fürsorgepflicht; Vorbereitung der Verteidigung; Darlegungsvoraussetzungen in der Revision: Verfahrensrüge); Auswahl des Pflichtverteidigers; Beweisverwertungsverbot bei heimlich gefertigten Audioaufzeichnungen (Anforderungen an die Verfahrensrüge; Widerspruchslösung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. b und c EMRK; § 140 StPO; § 145 Abs. 3 StPO; § 265 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 142 Abs. 1 StPO; Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 201 StGB; Art. 8 EMRK

1029. BGH 4 StR 195/12 – Beschluss vom 11. September 2012 (BGH)

Unzulässige Gegenvorstellung; unbegründete Anhö-rungsrüge.

Vor § 1 StPO; § 356a StPO

1030. BGH 4 StR 253/12 – Beschluss vom 27. September 2012 (LG Essen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der mangelnden Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Kokainkonsum; Beschaffungskriminalität).

§ 64 StGB

1031. BGH 4 StR 254/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Hagen)

Abgrenzung des Beweisantrags vom Antrag auf Wiederholung einer bereits durchgeführten Beweiserhebung (Maßstab der Aufklärungspflicht; erneute Vernehmung).

§ 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO

1032. BGH 4 StR 263/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1033. BGH 4 StR 276/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Essen)

Fortbestehende Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (erforderliches Protokollberichtigungsverfahren; dienstliche Erklärungen).

§ 274 StPO

1034. BGH 4 StR 277/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Bielefeld)

Besonders schwere Vergewaltigung (vorherige schwere Misshandlung; bei der Tat; Verwertbarkeit ausländischer Verurteilungen).

§ 177 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2a StGB; § 46 StGB

1035. BGH 4 StR 305/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Hagen)

Anforderungen an die Beweswürdigung beim Vorwurf von Sexualstraftaten (Bedeutung schwer erklärlicher Erinnerungslücken zu sexuellen Kontakten mit dem Angeklagten; relative Bedeutung der Aussagekonstanz); schwerer sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger.

§ 261 StPO; § 179 StGB

1036. BGH 4 StR 314/12 – Beschluss vom 11. September 2012 (LG Leipzig)

Feststellungsantrag zu weiteren zu ersetzenden Schäden im Adhäsionsverfahren (Absehen von einer Entscheidung; Urteilsergänzung; Kostenentscheidung).
§ 404 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

1037. BGH 4 StR 322/12 – Beschluss vom 29. August 2012 (LG Essen)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (fehlende Feststellungen; strafschärfende Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens).
§ 46 StGB

1038. BGH 4 StR 327/12 – Beschluss vom 12. September 2012 (LG Detmold)

Unzulässige Revision.
§ 349 Abs. 1 StPO

1039. BGH 4 StR 350/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Magdeburg)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung, die zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt; Misshandlung eines Schutzbefohlenen).
§ 400 Abs. 1 StPO; § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 225 StGB

1040. BGH 4 StR 354/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Dessau-Roßlau)

Adhäsionsentscheidung ohne Beteiligung oder Anhörung des Betreuers (Interessenwahrnehmung durch den Verteidiger).
§ 404 StPO; § 137 StPO; § 149 Abs. 2 StPO; § 51 Abs. 1 ZPO; § 53 ZPO; § 1902 BGB; § 1903 BGB

1041. BGH 4 StR 373/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Essen)

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