

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Passau; Akad. Rat Dr. Christoph Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof.

Dr. Daniela Demko, LL.M. (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleczewski (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. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel)

## Publikationen

Dr. *Gerson Trüg*, Freiburg – **Der Irrtumsnachweis bei massenhaften Täuschungsvorwürfen – Kollaps oder kurzer Prozess?** S. 106

Prof. Dr. *Hendrik Schneider*/RA *Thorsten Ebermann* – **Zangenangriff auf den Honorar-Wahlarzt** S. 116

Dr. *Maximilian Gaßner*, Präsident des Bundesversicherungsamtes/*Jens M. Strömer*, LL.M. (Medizinrecht), Bonn – **Appellfunktion des Straftatbestandes und die unheimliche Kriminalisierung des Bürgers** S. 122

RiAG Dr. *Lorenz Leitmeier*, München – **Das Feindstrafrecht – alter Wein aus der Tüte** S. 128

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

EuGH **Kritisches Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK**

BVerfG **Verfassungswidrige Beruhensprüfung bei der Verständigung**

BGHSt **Beruhen bei Verstößen gegen § 243 IV 1 StPO**

BGHSt **Zeuge als Beteiligter iS des § 174 I 1 GVG**

BGH **Frachtcontainer als umschlossener Raum iS des Diebstahls**

BGH **Verhältnismäßigkeitskriterien bei der Sicherungsverwahrung**

BGH **Umfang der Mitteilungspflicht nach § 243 IV 1 StPO**

BGH **Darlegungsanforderungen an die Verletzung des § 257c StPO**

BGH **Voraussetzungen der Beschuldigteneingeschafft**

BGH **Ausfuhr von Dual-Use-Gütern entgegen der Iran-Embargo-VO**

Die Ausgabe umfasst 108 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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); Akad. Rat Dr. Christoph Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; 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. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

16. Jahrgang, März 2015, Ausgabe

3

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

### **172. EuGH Gutachten 2/13 (Plenum) vom 18. Dezember 2014**

Gutachten über die Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK: Unvereinbarkeit der Übereinkunft mit EUV und AEUV; Verhältnis zwischen EU und EMRK; Inhalt der Übereinkunft; Rechtsnatur der EU; Verfassungsstruktur und Verfassungsmerkmale der Unionsrechtsordnung (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung; Autonomie, Vorrang, unmittelbare Wirkung und Wirksamkeit der Unionsrechtsordnung); Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, insbesondere im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Art. 6 Abs. 2 EUV; Art. 218 Abs. 11 AEUV; Art. 344 AEUV; Art. 53 GRC; EMRK

1. Die Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der

Menschenrechte und Grundfreiheiten ist nicht mit Art. 6 Abs. 2 EUV und dem Protokoll (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vereinbar (EuGH).

2. Die geplante Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK

– ist geeignet, die besonderen Merkmale und die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen, da sie nicht sicherstellt, dass Art. 53 EMRK und Art. 53 der Charta aufeinander abgestimmt werden, keine Vorkehrungen enthält, um der Gefahr einer Beeinträchtigung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten im Uni-

onsrecht zu begegnen, und keine Regelung des Verhältnisses zwischen dem durch das Protokoll Nr. 16 geschaffenen Mechanismus und dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren vorsieht;

- ist geeignet, Art. 344 AEUV zu beeinträchtigen, da sie die Möglichkeit nicht ausschließt, den EGMR mit Rechtsstreitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen ihnen und der Union zu befassen, die die Anwendung der EMRK im materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts betreffen;
- sieht keine Modalitäten des Mitbeschwerdegegner-Mechanismus und des Verfahrens der Vorabebefassung des Gerichtshofs vor, die gewährleisten, dass die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben;
- verstößt gegen die besonderen Merkmale des Unionsrechts in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle der Handlungen, Aktionen oder Unterlassungen der Union im Bereich der GASP, da sie die gerichtliche Kontrolle einiger dieser Handlungen, Aktionen oder Unterlassungen ausschließlich einem unionsexternen Organ anvertraut (EuGH).

3. Die Unionsgrundrechte sind integraler Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts. Der Gerichtshof lässt sich dabei von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind (Rn. 37, Bearbeiter).

4. Das in Art. 218 Abs. 11 AEUV geregelte Gutachtenverfahren dient dazu, sowohl unionsinterne wie auch auf dem Gebiet der internationalen Beziehungen angesiedelte Komplikationen zu vermeiden, die entstehen könnten, wenn nachträglich die Vereinbarkeit völkerrechtlicher Übereinkünfte, die die Union verpflichten, mit den Verträgen vor Gericht bestritten würde (Rn. 145 f., Bearbeiter). Damit sich der Gerichtshof zur Vereinbarkeit der Bestimmungen einer geplanten Übereinkunft mit den Regeln der Verträge gutachterlich äußern kann, muss er über hinreichende Angaben zum Inhalt dieser Übereinkunft verfügen (Rn. 147, Bearbeiter). Der Gerichtshof muss sich dabei vergewissern, dass eine völkerrechtliche Übereinkunft nicht gegen eine Vorschrift des Primärrechts verstößt und dass sie alle gegebenenfalls primärrechtlich erforderlichen Bestimmungen enthält (Rn. 150).

5. Die Gründungsverträge der Union haben, im Unterschied zu gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträgen, eine neue, mit eigenen Organen ausgestattete Rechtsordnung geschaffen, zu deren Gunsten die ihr angehörenden Staaten in Bereichen von immer größerem Umfang ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben und deren Rechtssubjekte nicht nur diese Staaten, sondern auch ihre Bürger sind (Rn. 157, Bearbeiter).

6. Die Verfassungsstruktur der EU spiegelt sich in dem in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV aufgestellten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sowie

dem in den Art. 13 EUV bis 19 EUV festgelegten institutionellen Rahmen wider (Rn., 165, Bearbeiter). Hinzu kommen die das Wesen des Unionsrechts selbst betreffenden besonderen Merkmale, insbesondere die Autonomie, der Vorrang und die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts (Rn. 166, Bearbeiter).

7. Die „Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) beruht auf der grundlegenden Prämisse, dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt; diese wiederum impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten bei der Anerkennung dieser Werte und damit bei der Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden (Rn. 168, Bearbeiter).

8. Maßnahmen, die mit den Unionsgrundrechten nicht vereinbar sind, sind in der Union nicht zulässig (Rn. 169, Bearbeiter). Nicht nur die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union müssen die Unionsgrundrechte beachten, sondern auch die Mitgliedstaaten, wenn sie das Recht der Union durchführen (Rn. 171, Bearbeiter).

9. Der Integrationsprozess stellt die Daseinsberechtigung der Union selbst dar (Rn. 172, Bearbeiter).

10. Es ist Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus ihm erwachsen (Rn. 175, Bearbeiter). Insbesondere besteht das Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems in dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren (Rn. 176, Bearbeiter).

11. Im Falle eines EMRK-Beitritts würde die Union einer externen Kontrolle unterliegen, deren Gegenstand die Beachtung der Rechte und Freiheiten wäre, zu deren Einhaltung sich die Union nach Art. 1 EMRK verpflichten würde. In diesem Zusammenhang würden die Union und ihre Organe, einschließlich des Gerichtshofs, den in der EMRK vorgesehenen Kontrollmechanismen und insbesondere den Entscheidungen und Urteilen des EGMR unterliegen (Rn. 181, Bearbeiter). Zwar ist eine internationale Übereinkunft, die die Schaffung eines mit der Auslegung ihrer Bestimmungen betrauten Gerichts vorsieht, dessen Entscheidungen für die Organe, einschließlich des Gerichtshofs, bindend sind, nicht grundsätzlich mit dem Unionsrecht unvereinbar (Rn. 182, Bearbeiter). Allerdings darf, um die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht zu beeinträchtigen, eine solche Übereinkunft nicht dazu führen, dass der Union und ihren Organen bei der Ausübung ihrer internen Zuständigkeiten eine bestimmte Auslegung der Regeln des Unionsrechts verbindlich vorgegeben wird (Rn. 183 f. Bearbeiter).

12. Die Feststellungen des Gerichtshofs zum materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts, namentlich zur Klärung der Frage, ob ein Mitgliedstaat die Grundrechte der Union beachten muss, dürfen vom EGMR nicht in Frage gestellt werden können (Rn. 186, Bearbeiter).

13. Durch die Anwendung der EMRK darf weder das in der GRC vorgesehene Schutzniveau noch der Vorrang, die

Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden (Bearbeiter, angelehnt an Rn. 187 ff.). Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten hat im Unionsrecht fundamentale Bedeutung, da er die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen ermöglicht. Dieser Grundsatz verlangt, namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, von jedem Mitgliedstaat, dass er, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, davon ausgeht, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten. Bei der Durchführung des Unionsrechts können die Mitgliedstaaten somit unionsrechtlich verpflichtet sein, die Beachtung der Grundrechte durch die übrigen Mitgliedstaaten zu unterstellen, so dass sie weder die Möglichkeit haben, von einem anderen Mitgliedstaat ein höheres nationales Schutzniveau der Grundrechte zu verlangen als das durch das Unionsrecht gewährleistetete, noch – von Ausnahmefällen abgesehen – prüfen können, ob dieser andere Mitgliedstaat in einem konkreten Fall die durch die Union gewährleisteten Grundrechte tatsächlich beachtet hat (Rn. 191 f., Bearbeiter). Da die EMRK, indem sie vorschreibt, dass die Union und die Mitgliedstaaten nicht nur in ihren Beziehungen zu den Vertragsparteien, die nicht Mitgliedstaaten der Union sind, sondern auch in ihren gegenseitigen Beziehungen – selbst wenn für diese Beziehungen das Unionsrecht gilt – als Vertragsparteien anzusehen sind, von einem Mitgliedstaat verlangen würde, die Beachtung der Grundrechte durch einen anderen Mitgliedstaat zu prüfen, obwohl das Unionsrecht diese Mitgliedstaaten zu gegenseitigem Vertrauen verpflichtet, ist der Beitritt geeignet, das Gleichgewicht, auf dem die Union beruht, sowie die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen (Rn. 194, Bearbeiter).

14. Eine internationale Übereinkunft darf die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der Union, deren Wahrung der Gerichtshof sichert, nicht beeinträchtigen; dieser Grundsatz ist insbesondere in Art. 344 AEUV verankert (Rn. 201, Bearbeiter). Der Übereinkunftsentwurf lässt aber die Möglichkeit für die Union oder die Mitgliedstaaten bestehen, den EGMR nach Art. 33 EMRK mit einem Ersuchen zu befassen, das den Vorwurf einer Verletzung der EMRK durch einen Mitgliedstaat oder durch die Union im Zusammenhang mit dem Unionsrecht zum Gegenstand hat. Schon die Existenz einer solchen Möglichkeit steht nicht im Einklang mit dem in Art. 344 AEUV aufgestellten Erfordernis (Rn. 207 f., Bearbeiter).

**174. BVerfG 2 BvR 878/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2015 (BGH/LG Karlsruhe)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Protokollierung; Beruhensprüfung bei Verstoß gegen Dokumentationspflichten); Grundsatz der Öffentlichkeit (Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schutz des Angeklagten gegen eine „Geheimjustiz“; Kontrolle der Gerichte durch die Öffentlichkeit als zentrales Anliegen des Verständigungsgesetzes).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO, § 338 Nr. 6 StPO; § 169 GVG

1. Eine Revisionsentscheidung (hier: BGH, Beschluss vom 29. November 2013 – 1 StR 200/13 – [= HRRS 2014 Nr. 94]) verkennt Bedeutung und Tragweite des Rechts auf ein faires Verfahren für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Verständigung im Strafprozess, wenn sie das Beruhen eines Urteils auf einem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO allein unter dem Gesichtspunkt einer Einwirkung auf das Aussageverhalten des Angeklagten prüft und die von dem Verstoß in erster Linie betroffene, auch dem Schutz des Angeklagten dienende Kontrollmöglichkeit der Öffentlichkeit außer Acht lässt.

2. Der vom Rechtsstaatsprinzip erfasste Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen soll die durch die Gerichte handelnde Staatsgewalt einer Kontrolle unterziehen und dient damit auch dem Schutz der Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Angeklagten, gegen eine im Verborgenen handelnde „Geheimjustiz“.

3. Durch die gesetzliche Zulassung der in eine vertrauliche Atmosphäre drängenden Verfahrensverständigungen erhält die mit der Möglichkeit einer Beobachtung der Hauptverhandlung durch die Allgemeinheit verbundene öffentliche Kontrolle der Justiz zusätzliches Gewicht. Die Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit ist daher auch ein zentrales Anliegen der vom Gesetzgeber mit dem Verständigungsgesetz verfolgten Regelungskonzeption (Bezugnahme auf BVerfGE 133, 168 <214 f., Rn. 81 f.> [= HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 94 f.]).

4. Die gesetzliche Pflicht zur öffentlichen Dokumentation von Verständigungsgesprächen würde unzulässigerweise zur bloßen Ordnungsvorschrift degradiert, wenn man ein Beruhen des Urteils auf dem Verstoß generell verneinen würde, weil sich ein Kausalzusammenhang kaum jemals feststellen lasse. Die Beruhensprüfung ist hier vielmehr auf normative, auf den Sinn und Zweck der Dokumentationspflicht bezogene Aspekte zu erweitern. Dabei können auch Art und Schwere eines Verstoßes berücksichtigt werden.

5. Ein Beruhen des Urteils auf einer gesetzeswidrig unterlassenen Dokumentation von Verständigungsgesprächen kann verneint werden, wenn sich ausnahmsweise sicher ausschließen lässt, dass die Gespräche auf eine inhaltlich unzulässige Absprache gerichtet gewesen sind.

**176. BVerfG 2 BvR 2055/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2015 (BGH / LG Braunschweig)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Protokollierung; Beruhensprüfung bei Verstoß gegen Dokumentationspflichten); Grundsatz der Öffentlichkeit (Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schutz des Angeklagten gegen eine „Geheimjustiz“; Kontrolle der Gerichte durch die Öffentlichkeit als zentrales Anliegen des Verständigungsgesetzes).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO, § 338 Nr. 6 StPO; § 169 GVG

1. Eine Revisionsentscheidung (hier: BGH, Beschluss vom 15. Juli 2014 – 5 StR 169/14 – [= HRRS 2014 Nr. 791]) verkennt Bedeutung und Tragweite des Rechts auf ein faires Verfahren für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Verständigung im Strafprozess, wenn sie das Beruhen eines Urteils auf einem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO allein unter dem Gesichtspunkt einer Einwirkung auf das Aussageverhalten des Angeklagten prüft und die von dem Verstoß in erster Linie betroffene, auch dem Schutz des Angeklagten dienende Kontrollmöglichkeit der Öffentlichkeit außer Acht lässt.

2. Der vom Rechtsstaatsprinzip erfasste Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen soll die durch die Gerichte handelnde Staatsgewalt einer Kontrolle unterziehen und dient damit auch dem Schutz der Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Angeklagten, gegen eine im Verborgenen handelnde „Geheimjustiz“.

3. Durch die gesetzliche Zulassung der in eine vertrauliche Atmosphäre drängenden Verfahrensverständigungen erhält die mit der Möglichkeit einer Beobachtung der Hauptverhandlung durch die Allgemeinheit verbundene öffentliche Kontrolle der Justiz zusätzliches Gewicht. Die Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit ist daher auch ein zentrales Anliegen der vom Gesetzgeber mit dem Verständigungsgesetz verfolgten Regelungskonzeption (Bezugnahme auf BVerfGE 133, 168 <214 f., Rn. 81 f.> [= HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 94 f.]).

4. Die gesetzliche Pflicht zur öffentlichen Dokumentation von Verständigungsgesprächen würde unzulässigerweise zur bloßen Ordnungsvorschrift degradiert, wenn man ein Beruhen des Urteils auf dem Verstoß generell verneinen würde, weil sich ein Kausalzusammenhang kaum jemals feststellen lasse. Die Beruhensprüfung ist hier vielmehr auf normative, auf den Sinn und Zweck der Dokumentationspflicht bezogene Aspekte zu erweitern.

### **173. BVerfG 2 BvR 450/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2014 (OLG Dresden/AG Chemnitz)**

Strafrechtliche Verurteilung wegen Gebrauchs unechter Personaldokumente bei der Einreise nach Deutschland (Urkundenfälschung; „nulla poena sine lege“; Analogieverbot; Geltung auch für Strafausschließungsgründe; Genfer Flüchtlingskonvention; Flüchtlingsstatus als persönlicher Strafaufhebungsgrund bei unerlaubter Einreise; Ausdehnung des Strafaufhebungsgrundes auf Begleitdelikte nur bei notstandsähnlicher Lage; völkerrechtsfreundliche Auslegung des Bundesrechts).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 1 Buchstabe A. GFK; Art. 31 Abs. 2 GFK; § 267 Abs. 1 StGB; § 95 Abs. 5 AufenthG; § 13 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG; § 26a Abs. 2 AsylVfG; Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung

1. Aus Art. 103 Abs. 2 GG folgt für die Rechtsprechung ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie. Ausgeschlossen ist danach jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei deren möglicher Wortlaut die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation bildet.

2. Die nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Bestimmung des Tatbestands umfasst auch die Tatbestandsmerkmale von Strafbarkeitsbedingungen und Strafausschließungsgründen. Hierunter fällt auch der in Umsetzung des Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) geschaffene persönliche Strafaufhebungsgrund des § 95 Abs. 5 AufenthG, wonach die Flüchtlingseigenschaft in Verbindung mit einer Meldung bei den zuständigen Behörden des Gastlandes die Strafbarkeit wegen unerlaubter Einreise entfallen lässt.

3. Der Status als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention entfällt trotz vorherigen Aufenthalts in einem sicheren Drittstaat ausnahmsweise dann nicht, wenn zum Zeitpunkt der Einreise in die Bundesrepublik nicht davon ausgegangen werden konnte, dass im Drittstaat (hier: Griechenland) die Schutzmechanismen der Genfer Flüchtlingskonvention umgesetzt werden und die Bundesrepublik daher von ihrem Selbsteintrittsrecht nach der Dublin II-Verordnung Gebrauch gemacht hat.

4. Es ist völkerrechtlich regelmäßig nicht geboten, die strafbefreiende Wirkung des § 95 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 31 Abs. 1 GFK auch auf Begleitdelikte zu erstrecken, die tateinheitlich mit einreise- oder aufenthaltsrechtlichen Straftaten begangen werden (hier: eine Urkundenfälschung in Form des Gebrauchs unechter Personaldokumente bei der Einreise). Insbesondere besteht unter den Konventionsstaaten weder eine entsprechende spätere Übereinkunft noch eine ständige Übung.

5. Eine Ausdehnung der Strafbefreiung kann allenfalls bei einer notstandsähnlichen Lage geboten sein, die dem Flüchtling die Erfüllung der Einreiseformalitäten angesichts einer aktuellen Verfolgungssituation unmöglich oder unzumutbar macht. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Schutz vor Verfolgung auch in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung des Gastlandes hätte erlangt werden können. Dies ist in der Bundesrepublik regelmäßig der Fall, weil ein Ausländer, der nicht im Besitz der erforderlichen (gültigen) Einreisepapiere ist, bereits an der Grenze um Asyl nachsuchen kann, ohne die Grenzkontrolle zu passieren.

### **175. BVerfG 2 BvR 1856/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Rechtsschutz gegen Disziplinarmaßnahmen im Strafvollzug (einstweilige Aussetzung der Vollstreckung; effektiver Rechtsschutz; wirksame Kontrolle; Vorwegnahme der Hauptsache; Erforderlichkeit einer Interessenabwägung; Aussetzungsinteresse; Vollzugsinteresse; summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache; Gewährung von Schreibhilfe unter Strafgefangenen; Verbot des Austauschs der vorgeworfenen Handlung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 76 Abs. 1 NJVollzG

1. Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ergibt sich für die Fachgerichte die Verpflichtung, auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wirksame Kontrolle – hier: einer Disziplinarmaßnahme im Strafvollzug – zu gewährleisten.

2. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist verletzt, wenn ein Gericht die Gewährung von Eilrechtsschutz entscheidungstragend mit der Erwägung ablehnt, die besonderen Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache seien nicht erfüllt, obwohl es sich überhaupt nicht um einen Fall der Vorwegnahme der Hauptsache handelt.

3. Um eine Vorwegnahme der Hauptsache handelt es sich nur dann, wenn die vorläufige Entscheidung einer endgültigen gleichkäme, nicht hingegen, wenn es lediglich um die vorübergehende Aussetzung einer Maßnahme geht, die als solche nicht rückgängig gemacht werden könnte. Letzteres ist gerade der typische Gehalt des vorläufigen Rechtsschutzes gegen belastende Maßnahmen.

4. Begehrt ein Strafgefangener die einstweilige Aussetzung einer Disziplinarmaßnahme, so ist es dem Gericht verwehrt, den Eilantrag zurückzuweisen, ohne eine Abwägung zwischen Aussetzungs- und Vollzugsinteresse vorzunehmen. Diesem Abwägungserfordernis ist nicht genügt, wenn das Gericht lediglich feststellt, dem Gefangenen drohe kein irreparabler, über den belastenden Charakter der Maßnahme selbst hinausgehender Nachteil.

5. Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung kann auch eine Rolle spielen, ob nach einer summarischen Prüfung der Antragsteller mit seinem Rechtsbehelf voraussichtlich Erfolg haben wird. Das Gericht ist in diesem Zusammenhang nicht befugt, die dem Gefangenen vorgeworfene Handlung auszutauschen und darauf abzustellen, der Gefangene habe das Schreiben eines anderen Gefangenen zum Zweck der Gewährung von Schreibhilfe angenommen und besessen, während die Disziplinarverfügung ihm vorwirft, das Schreiben abgegeben zu haben.

**177. BVerfG 2 BvR 2095/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Januar 2015 (Thüringer OLG / LG Erfurt)**

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht; „elektronische Fußfessel“; Folgenabwägung; Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit; Abwehr schwerer Nachteile).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB; § 68f StGB

Hat eine Strafvollstreckungskammer dargelegt, dass von einem Beschwerdeführer aufgrund konkreter Umstände die Gefahr der Begehung weiterer schwerer Straftaten

ausgeht, so überwiegt das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit regelmäßig die mit dem Tragen einer „elektronischen Fußfessel“ für den Betroffenen verbundenen Beeinträchtigungen, so dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten des Betroffenen nicht in Betracht kommt.

**178. BVerfG 2 BvR 2393/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Münster / AG Münster)**

Durchsuchung (Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verleumdung und der falschen Verdächtigung unter Ärzten; haltlose anonyme Beschuldigung wegen sexuellen Missbrauchs einer Patientin); Wohnungsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (besondere Begründungsanforderungen bei nur vagem Tatverdacht; Vorrang grundrechtsschonenderer Ermittlungshandlungen).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 164 StGB; § 187 StGB; § 102 StPO; § 105 StGB

1. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung ist der (Anfangs-)Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen und über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen.

2. Dem mit einer Durchsuchung verbundenen erheblichen Grundrechtseingriff entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich und mit Blick auf den verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgsversprechend sein und in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der vorgeworfenen Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

3. Bei einem nur vagen Anfangsverdacht ist die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung im Durchsuchungsbeschluss eingehend zu begründen. Dies gilt umso mehr für Durchsuchungen bei Berufsheimlichkeitsgeheimträgern, wenn von einer geplanten Beschlagnahme auch Daten betroffen sein können, die von dem beruflich begründeten Zeugnisverweigerungsrecht umfasst sind.

4. Der Verdacht gegen einen Arzt, seinen früheren Kollegen anonym und offensichtlich haltlos des sexuellen Missbrauchs einer Patientin bezichtigt zu haben, wiegt nur sehr gering, wenn er allein auf einem möglichen Motiv zur Schädigung des betreffenden Kollegen fußt und wenn bei den Ermittlungen weitere für eine Täterschaft in Betracht kommende Personenkreise wie psychisch kranke Patienten oder andere Mitarbeiter außer acht gelassen worden sind.

5. Eine Durchsuchung setzt in derartigen Fällen regelmäßig voraus, dass zuvor andere, grundrechtsschonendere Ermittlungsschritte vorgenommen worden sind, um den Tatverdacht zu erhärten oder endgültig zu zerstreuen.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 209. BGH 5 StR 435/14 – Urteil vom 13. Januar 2015 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung zum Tötungseventualvorsatz (voluntatives Element: spontane Tatbegehung, unfreiwilliger Tatabbruch als zu erörterndes Indiz, gruppensituation, fremdenfeindliche Motivation; Gewalterfahrenheit, Vorsatz bzgl. lebensgefährdender Behandlung).

§ 261 StPO; § 15 StGB; § 212 StGB; § 224 StGB

1. Lässt der Täter von schweren Gewalthandlungen nicht freiwillig ab, kann das demnach gewollte weitere Tun den Schluss nahelegen, dass ihm die Folgen seines Handelns bis hin zum Tod des Opfers gleichgültig sind. Dies würde für den Tötungseventualvorsatz ausreichen, weshalb eine lückenhafte Beweiswürdigung gegeben sein kann, wenn das Tatgericht diesen Umstand nicht erörtert.

2. Eine Verneinung des Tötungseventualvorsatzes unter Berufung auf eine spontane Tatbegehung sowie eine gruppensituation („aus dem Ruder laufende Schlägere“) liegt regelmäßig nicht nahe, wenn die Täter sich schon im Vorfeld der Tat äußerst aggressiv verhalten und das Opfer – mit Ausnahme von Schutzwehr – keine nennenswerte Gegenwehr leistet.

3. Bejaht das Tatgericht eine gefährliche Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, so geht es davon aus, dass die Tat in der Vorstellung des Täters auf eine Lebensgefährdung „angelegt“ ist. In diesem Fall bedarf es regelmäßig tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter dennoch darauf vertraut haben könnte, das Opfer werde nicht zu Tode kommen. Eine Gewalterfahrenheit des Täters genügt hier für sich genommen i.d.R. nicht, da bei Vornahme einer potentiell lebensgefährlichen Handlung grundsätzlich dem Zufall anheim gegeben bleibt, ob die Lebensgefahr sich konkretisiert und letztlich zum Tod führt.

### 277. BGH 4 StR 560/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Paderborn)

Rücktritt vom Versuch des Diebstahls (Fehlschlag).

§ 242 StGB; § 243 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

1. Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung aller-

dings Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann (vgl. BGH NStZ 2008, 393), sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (BGH NStZ-RR 2012, 239).

2. Ein Diebstahlsversuch ist nicht schon dann fehlgeschlagen, wenn die Täter mit den noch für einen Diebstahl aufgefundenen fremden Sache nicht zufrieden sind, jedoch weiter die vom Landgericht getroffenen Feststellungen belegen einen solchen Fehlschlag nicht. Zwar ergibt sich aus dem entfalteten Vandalismus am Ende der Tatausführung, dass der Angeklagte und seine Mittäter den Versuch, weitere stehlebenswerte Gegenstände auf dem Gelände des Containerdienstes zu finden, für gescheitert hielten. Aus welchem Grund dies aber auch für den zu Beginn der Tat aus dem Führerhaus des aufgebrochenen Lkws entnommenen Koffer mit Werkzeug gelten soll, belegen die Ausführungen des Landgerichts nicht. Angesichts der Anwesenheit mehrerer Mittäter am Tatort ist der festgestellte Umstand, dass der Angeklagte den Werkzeugkoffer verletzungsbedingt nicht fortschaffen konnte, für sich allein genommen nicht tragfähig.

### 214. BGH 5 StR 494/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Flensburg)

Rechtsfehlerfreie Verneinung des Körperverletzungsvorsatzes bei kräftigem Schütteln eines Säuglings (Beweiswürdigung; Umfang der revisionsrechtlichen Prüfung; Berücksichtigung einer stark verlangsamten und in ihrer Qualität geringen kognitiven Leistungsfähigkeit des Täters; voluntatives Vorsatzelement); fahrlässige Tötung; Absehen von Strafe.

§ 15 StGB; § 60 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO

Die tatrichterliche Wertung, dass die mit dem kräftigen Schütteln eines Säuglings verbundene Gefahr der Körperverletzung einem Angeklagten mit erheblich eingeschränkter und verlangsamter kognitiver Leistungsfähigkeit nicht ins Bewusstsein gedrungen ist, ist jedenfalls dann möglich und vom Revisionsgericht hinzunehmen, wenn dem eine umfassende Würdigung der Gesamtumstände (hier u.a. Person des Täters sowie dessen Wunsch nach Obduktion des verstorbenen Säuglings) zu Grunde liegt.

### 241. BGH 2 StR 78/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Gera)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch: Korrektur des Rücktrittshorizonts, Darstellung im Urteil).

§ 24 Abs. 1 Satz 1; § 267 Abs. 1 StPO

1. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. nur BGHSt 39, 221, 227).

2. Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber „nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums“ von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt.

3. Die Frage, ob nach diesen Rechtsgrundsätzen von einem beendeten oder unbeendeten Versuch auszugehen ist, bedarf insbesondere dann eingehender Erörterung, wenn das angegriffene Tatopfer nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt (vgl. BGH NSTZ-RR 2002, 73, 74).

### 233. BGH 1 StR 454/14 – Urteil vom 13. Januar 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Beihilfe (erforderliche Konkretisierung des Vorsatzes bezüglich der Haupttat); Strafaussetzung zur Bewährung (Gebot der Verteidigung der Rechtsordnung, die Strafe zu vollstrecken); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot); Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 56 Abs. 3 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Für den Gehilfenvorsatz ist nicht erforderlich, dass der Gehilfe alle Einzelheiten der Haupttat kennt. Vielmehr ist entscheidend, dass der Gehilfe die Dimension des Unrechts der ins Auge gefassten Tat erfassen kann. Der Gehilfenvorsatz unterscheidet sich insofern vom Anstiftervorsatz, da der Anstifter eine konkrete Tat vor Augen haben muss, während der Gehilfe einen von der Haupttat losgelösten Beitrag erbringt (BGH NSTZ 1997, 272, 273).

2. Bei einer Strafaussetzung auf Bewährung ist eine substantiellere Auseinandersetzung mit der Frage der Verteidigung der Rechtsordnung geboten, wenn im Hinblick auf schwerwiegende Besonderheiten des Einzelfalls eine Strafaussetzung für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich oder gar unerträglich wäre, und die Strafaussetzung das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts und den Schutz der Rechtsordnung vor kriminellen Angriffen erschüttern könnte (vgl. BGHSt 24, 40, 46).

### 236. BGH 2 StR 29/14 – Beschluss vom 29. Dezember 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Beihilfe zur Untreue (Vorsatz bezüglich der Haupttat: Nachteil, Verschleifungsverbot); Vernehmung des Angeklagten (Verlesung einer schriftlichen Erklärung des Angeklagten).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 2 StPO

1. Der Vorsatz des Gehilfen muss sich auf sämtliche Merkmale des Untreuetatbestands beziehen, also auch die Verursachung eines Nachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB umfassen. Dabei handelt es sich um ein selbständiges Tatbestandsmerkmal, das die Strafgerichte nicht mit der Pflichtwidrigkeit des Handelns „verschleifen“ dürfen (vgl. BVerfGE 126, 170, 211).

2. Die Zurückweisung einer Sacheinlassung durch Verlesung eines Manuskripts durch den Angeklagten ist rechtsfehlerhaft. Zwar erfolgt gemäß § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO die Vernehmung eines Angeklagten zur Sache nach Maßgabe des § 136 Abs. 2 StPO, also durch mündlichen Bericht, mündliche Befragung und diesbezügliche Antworten. Die Verlesung einer schriftlichen Erklärung durch das Gericht würde dieser Verfahrensweise nicht entsprechen. Dem Angeklagten ist es aber gestattet, seine mündliche Äußerung unter Verwendung von Notizen oder eines Manuskripts abzugeben.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 193. BGH 3 StR 484/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Stade)

Schwerer Bandendiebstahl (Frachtcontainer als umschlossener Raum; Gewerbsmäßigkeit; Zueignungsabsicht; Abgrenzung zur straflosen Gebrauchsanmaßung bei Fahrzeugen).

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB

1. Ein Frachtcontainer ist ein umschlossener Raum i.S.v. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB. Dass er nicht zum Auf-

enthalt von Menschen bestimmt ist, steht dem nicht entgegen, da es nicht auf den Aufenthalt von Menschen, sondern nur darauf ankommt, ob das räumliche Gebilde jedenfalls auch dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden.

2. Dem Umstand, dass ein entwendetes Fahrzeug in einer anderen Stadt mit einem falschen Kennzeichen abgestellt wird, wo es dem Zugriff Dritter preisgegeben ist, lässt sich regelmäßig entnehmen, dass es an einem



Rückführungswillen fehlt und jedenfalls ein – für die Verwirklichung des subjektiven Diebstahlstatbestandes ausreichender – bedingter Enteignungsvorsatz vorliegt.

**276. BGH 4 StR 532/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Kaiserslautern)**

Mord (Ermöglichungsabsicht; Tateinheit mit Schwangerschaftsabbruch).

§ 211 StGB; § 218 StGB; § 52 StGB

Eine Tateinheit zwischen § 211 und § 218 StGB stellt die bejahte Absicht zur Ermöglichung einer „anderen Straftat“ nicht in Frage.

**234. BGH 1 StR 496/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Augsburg)**

Mord (Heimtücke: Wehrlosigkeit trotz eigener Bewaffnung).

§ 211 StGB

Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst und in feindlicher Willensrichtung ausnutzt. Arglos ist dabei, wer sich bei der Tat, d.h. bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz ausgeführten Angriffs, keines Angriffs des Täters versieht. Wehrlos ist, wer keine oder nur eine reduzierte Möglichkeit zur Verteidigung besitzt (st. Rspr.). Die Wehrlosigkeit kann trotz einer Bewaffnung des Opfers vorliegen.

**243. BGH 4 StR 419/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Bielefeld)**

Bedrohung (ernstliches Inaussichtstellen eines Verbrechens; Inaussichtstellen eines Verbrechens unter einer Bedingung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 241 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Der Tatbestand der Bedrohung in § 241 Abs. 1 StGB, der in erster Linie dem Schutz des Rechtsfriedens des Einzelnen dient (vgl. BVerfG, NJW 1995, 2776, 2777), setzt das ausdrücklich erklärte oder konkludent zum

Ausdruck gebrachte Inaussichtstellen der Begehung eines Verbrechens gegen den Drohungsadressaten oder eine ihm nahestehende Person voraus, das seinem Erklärungsgehalt nach objektiv geeignet erscheint, den Eindruck der Ernstlichkeit zu erwecken. Ob einer Erklärung oder einem schlüssigen Verhalten die objektive Eignung zur Störung des individuellen Rechtsfriedens zukommt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls aus Sicht eines durchschnittlich empfindenden Beobachters, wobei auch Begleitumstände der Tatsituation Bedeutung erlangen können.

2. Eine Bedrohung kann auch in der Weise erfolgen, dass die Begehung des Verbrechens vom künftigen Eintritt oder Nichteintritt eines weiteren Umstands abhängen soll (vgl. BGHSt 16, 386, 387).

3. 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. Sie darf daher nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schulfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht. Daneben muss eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades bestehen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Die zu erwartenden Taten müssen schwere Störungen des Rechtsfriedens besorgen lassen. Die notwendige Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln (st. Rspr.).

4. Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrunde liegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 243, 244).

Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**239. BGH 2 StR 292/14 – Urteil vom 7. Januar 2015 (LG Köln)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Voraussetzungen: Hang zu erheblichen Straftaten, kein Weitergelden der höheren Anforderungen des BVerfG).

§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB muss die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergeben, dass der An-

geklagte infolge des Hangs zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.

2. Es besteht kein Anlass, die höheren Anforderungen der „strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung“, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 4. Mai 2011 mit der Weitergeltungsanordnung für die verfassungs-

widrigen gesetzlichen Regelungen zur Sicherungsverwahrung (siehe BVerfGE 128, 326, 404 ff) aufgestellt hat, für nach dem 1. Juni 2013 begangene Straftaten – anders als bei Taten, die zwar nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeurteilt, aber bereits vor dem 1. Juni 2013 begangen wurden (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 207) – weiter gelten zu lassen. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung am 1. Juni 2013 bestehen gegen die Gültigkeit und Verfassungsmäßigkeit von § 66 Abs. 1 StGB keine Bedenken mehr (BGH NJW 2013, 3735).

**211. BGH 5 StR 473/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Berlin)**

Sicherungsverwahrung (strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung; Rückfallverjährungsfrist); Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs bei der Maßregelanordnung.  
§ 66 StGB; § 67 StGB

Wortlaut und Gesetzesbegründung des § 66 Abs. 4 Satz 3 StGB sprechen dafür, dass die Fünfzehnjahresfrist des § 66 Abs. 4 Satz 3 Hs. 2 StGB nur gilt, wenn sowohl die Vortat als auch die Anlasstat Sexualstraftaten sind.

**180. BGH 3 StR 243/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegungserfordernisse; Verhältnismäßigkeit; Bedrohung als Anlassstat; höhere Anforderungen bei ungünstiger Behandlungsprognose).  
§ 63 StGB; § 241 StGB

1. Die Bedrohung (§ 241 StGB) kann eine Straftat der mittleren Kriminalität darstellen, welche die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu rechtfertigen vermag. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine

Drohung mit dem Tode aus der Sicht des Betroffenen die nahe liegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt. Davon kann nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, wenn sich der Täter nach den Bedrohungshandlungen stets beruhigt oder beruhigen lässt, ohne tatsächlich gewalttätig geworden zu sein.

2. Die ungünstige Behandlungsprognose stellt einen Umstand dar, der bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Anordnung nach § 63 StGB Gewicht hat. Denn wenn die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung fehlt, geht es bei der Unterbringung ausschließlich um den Schutz der Allgemeinheit durch Freiheitsentziehung. Dies macht die Anordnung der Maßregel zwar nicht unzulässig, ist aber bei der gebotenen Abwägung zu berücksichtigen.

**238. BGH 2 StR 263/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: länger anhaltender Defektzustand als Ursache der Tat; Darstellung in den Urteilsgründen).  
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung auf diesem Zustand beruht. Der Defektzustand muss, um eine Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein (st. Rspr.).

2. Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrunde liegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

Rechtsprechung

**IV. Strafverfahrensrecht mit GVG**

**229. BGH 1 StR 315/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Magdeburg)**

BGHSt; Pflicht zur Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Anlass; Umfang; Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung des Gerichts; Beruhensauschluss bei Information des Angeklagten durch Verteidiger); Protokollierung von Mitteilungen über Verständigungsgespräche (unterlassene Mitteilung).  
§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 257c StPO; § 202a StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

1. Zum Beruhen bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO. (BGHSt)

2. Das Transparenzgebot soll sicherstellen, dass Erörterungen über die Möglichkeit einer Verständigung stets in öffentlicher Hauptverhandlung zur Sprache kommen, so dass für informelles und unkontrollierbares Verhalten unter Umgehung der strafprozessualen Grundsätze kein Raum verbleibt (vgl. BVerfGE 133, 168 ff). Die Pflicht zur Mitteilung der mit dem Ziel einer Verständigung über den Verfahrensausgang geführten Gespräche erstreckt sich deshalb auch auf die Darlegung, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde, welche Standpunkte gegebenenfalls vertreten wurden und auf welche Resonanz dies bei den anderen am Gespräch

Beteiligten jeweils gestoßen ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 215 f). Dementsprechend hat der Vorsitzende Verlauf und Inhalt der Gespräche in das Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmen. (Bearbeiter)

3. Von einem Beruhen des Urteils auf der Verletzung der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ist auszugehen, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass das Gericht bei gesetzmäßigem Vorgehen zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre. Verstöße gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen der Verständigung sind nicht den absoluten Revisionsgründen zugeordnet worden, so dass eine Beruhensprüfung (§ 337 Abs. 1 StPO) in jedem Einzelfall vorzunehmen ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 223 Rn. 97). (Bearbeiter)

4. Das gesetzliche Schutzkonzept der §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a, 257c StPO darf hierbei jedoch nicht unterlaufen werden, so dass das Beruhen des Urteils auf einem Verstoß nur ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann, wenn eine Beeinträchtigung dieses Schutzkonzepts nicht droht (BVerfGE 133, 168, 223 Rn. 97). (Bearbeiter)

5. Da der Schutzmechanismus des Verständigungsgesetzes auch durch erfolglose Verständigungsbemühungen verletzt werden kann, verlangt § 243 Abs. 4 StPO für alle Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung eine Mitteilung deren wesentlichen Inhalts, die gemäß § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO zu protokollieren ist. Dieses zwar primär auf die Herstellung von Öffentlichkeit ausgerichtete Verfahren ist mittelbar zugleich Teil des dem Angeklagten zugedachten Individualrechtsschutzes, denn es gewährleistet ihm ein bestimmtes Maß an Rechtsstaatlichkeit. (Bearbeiter)

6. Dennoch führt auch die Beachtung dieser Schutzgüter nicht bei jedem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht zu dem Ergebnis, dass ein Beruhen des Urteils hierauf nicht ausgeschlossen werden kann. Aus dem Unterbleiben der nach § 243 Abs. 4 StPO erforderlichen Mitteilung darf nicht per se auf die Bemühung um Herbeiführung einer „informellen Absprache“ geschlossen werden. Bei der – stets an den Umständen des Einzelfalles ausgerichteten – Beruhensprüfung ist vielmehr im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung darauf abzustellen, ob und in welchem Umfang das Gericht Essentialia aus den Vorgesprächen unerwähnt gelassen hat. (Bearbeiter)

7. Generell kann das Gespräch des Angeklagten mit seinem Verteidiger die Mitteilung durch das Gericht in der Hauptverhandlung – auch im Rahmen der Beruhensprüfung – nicht ersetzen. Richterliche und nicht richterliche Mitteilungen sind strafprozessual auch dem Grunde nach nicht von identischer Qualität. Vielmehr liegt der Strafprozessordnung an verschiedenen Stellen die Wertung zugrunde, wonach Authentizität, Vollständigkeit und Verständlichkeit einer Mitteilung oder Belehrung (nur) durch richterliches Handeln verbürgt sind (vgl. BGH StV 2014, 513). (Bearbeiter)

8. In besonders gelagerten Einzelfällen kann ein Ausschluss des Beruhens im Sinne von § 337 Abs. 1 StPO möglich sein, wenn der Instanzverteidiger den Angeklagten über Ablauf und Inhalt der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche zuverlässig unterrichtet

und so ein Informationsdefizit seines Mandanten ausgeglichen hat (vgl. BGH NStZ 2014, 418). Insoweit ist eine Betrachtung des Einzelfalles im Lichte des Schutzzwecks des § 243 Abs. 4 StPO erforderlich. (Bearbeiter)

9. Je einfacher sich die dem Verständigungsversuch zugrunde liegende Sach- und Rechtslage darstellt, desto weniger stark wird die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten gefährdet und umso eher wird auszuschließen sein, dass die Verständigung rechtswidrig war und das Gericht bei regelhafter Vornahme und Protokollierung der Mitteilung zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre. Informationen etwa über leicht erfassbare tatsächliche Umstände wird der Verteidiger dem Angeklagten einfacher vermitteln können, als vielschichtige Rechts- und Verfahrensfragen. Bei komplexen Rechts- oder Verfahrensfragen wird sich dagegen regelmäßig nicht ausschließen lassen, dass die Information des Angeklagten durch das Gericht auf sein Prozessverhalten Einfluss genommen hätte. (Bearbeiter)

10. Wird entgegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO eine Erörterung, die vor der Eröffnung des Hauptverfahrens stattgefunden hat (§ 202a StPO), nach Beginn der Hauptverhandlung nicht bekannt gemacht und damit die Informationspflicht nicht beachtet, so ergibt sich aus dem Schweigen des Protokolls kein zusätzlicher Rechtsfehler; im Gegenteil gibt dieses den Gang der Hauptverhandlung gerade zutreffend wieder (vgl. BGHSt 58, 310, 312 f). § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO kann deshalb nicht verletzt sein. (Bearbeiter)

**187. BGH 3 StR 437/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Düsseldorf)**

BGHSt; nichtöffentliche Verhandlung über den Antrag eines Zeugen auf Ausschließung der Öffentlichkeit (Zeuge als „Beteiligter“; sachliches Interesse an der Ausschließung; Antragsrecht).

§ 174 Abs. 1 Satz 1 GVG

1. Beteiligter im Sinne von § 174 Abs. 1 Satz 1 GVG kann auch ein Zeuge sein. (BGHSt)

2. Nach dem Sinn und Zweck der Ausschließungsgründe ist denjenigen ein Antragsrecht zuzubilligen, die ein sachliches Interesse an der Ausschließung der Öffentlichkeit haben können. Der Wortlaut steht dem nicht entgegen, da der Begriff „Beteiligte“ nicht mit demjenigen der „Prozessbeteiligten“ gleichzusetzen ist. (Bearbeiter)

3. Auch die Gesetzesgeschichte, innerhalb derer die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung im Interesse schutzwürdiger Belange der Opfer von Straftaten, aber auch anderer Zeugen, zunehmend eingeschränkt wurde, spricht für die Einbeziehung des Zeugen in den Beteiligtenbegriff des § 174 Abs. 1 Satz 1 GVG. (Bearbeiter)

**232. BGH 1 StR 422/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Lübeck)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Inhalt der Mitteilung; keine Pflicht zur Mitteilung des Ablaufs der Gespräche).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 202a StPO, § 212 StPO; § 257c StPO

1. Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO hat der Vorsitzende mitzuteilen, ob Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Zu dem mitzuteilenden Inhalt gehört auch dann, wenn keine Verständigung zustande gekommen ist, jedenfalls der Verständigungsvorschlag und die zu diesem abgegebenen Erklärungen der übrigen Verfahrensbeteiligten (vgl. BGH NStZ 2013, 722).

2. Demgegenüber gehört die Frage, von wem die Initiative zu dem Gespräch ausgegangen ist, in dem ein Verständigungsvorschlag unterbreitet oder über die Möglichkeit einer Verständigung gesprochen wurde, nicht zu dem gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO mitzuteilenden wesentlichen Inhalt des Gesprächs. Sie betrifft allein den äußeren Ablauf des Verfahrens, nicht aber den Inhalt von Verständigungsgesprächen.

#### **245. BGH 1 StR 182/14 – Urteil vom 7. Oktober 2014 (LG Augsburg)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerkarussell; Vollendung bei Steuervergütungen; Mittäterschaft); Darlegungsanforderungen an die Rüge der Verletzung des fairen Verfahrens bei einer Verständigung bei mangelnder Thematisierung der verhängten Bewährungsauflagen (Darlegung einer Autonomiebeeinträchtigung; Beruhen; Selbstbelastungsfreiheit).

§ 370 AO; § 15 UStG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 168 S. 2 AO; § 25 Abs. 2 StGB

1. Um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, müssen die den behaupteten Verfahrensmangel begründenden Tatsachen so genau und vollständig mitgeteilt werden, dass das Revisionsgericht im Sinne einer vorweggenommenen Schlüssigkeitprüfung ohne Rückgriff auf die Akten prüfen kann, ob der geltend gemachte Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden. Der vom Gesetz geforderte Sachenvortrag muss zudem für eine zulässige Verfahrensrüge in sich widerspruchsfrei sein.

2. Nach der Rechtsprechung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs gebietet der Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK), dass ein Angeklagter vor einer Verständigung gemäß § 257c StPO, deren Gegenstand die Verhängung einer zur Bewährung auszusetzenden Freiheitsstrafe ist, auf konkret in Betracht kommende Bewährungsauflagen hingewiesen werden muss (BGH NJW 2014, 1831 f.; NStZ 2014, 665 f.). Eine Verständigung im Strafverfahren sei nur dann mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren, wenn durch eine vorherige Belehrung sichergestellt ist, dass der Angeklagte vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung informiert ist (vgl. BGH, aaO unter Bezugnahme auf BVerfGE 133, 168, 237). Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs sieht in dem auch hier relevanten Zusammenhang den den Fairnessverstoß begründenden Verfahrensfehler in der fehlenden Offenlegung des gesamten Umfangs der Rechtsfolgenerwartung vor dem Zustandekommen der Verständigung.

3. Der Senat kann offen lassen, ob der Rechtsprechung des 4. Strafsenats insoweit zu folgen wäre, dass die vom Bundesverfassungsgericht für Fairnessverletzungen im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Belehrungspflicht aus § 257c Abs. 5 StPO formulierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die revisionsgerichtliche Beruhensprüfung auch auf eine unterbliebene Unterrichtung über Bewährungsauflagen bei im gerichtlichen Verständigungsvorschlag in Aussicht gestellter zur Bewährung auszusetzender Freiheitsstrafe zu übertragen sind. Denn unabhängig davon hätte die Revision bei der hier vorliegenden Verfahrenslage sowohl zu dem Zeitpunkt als auch zu dem Inhalt des von der Angeklagten abgelegten Geständnisses vortragen müssen, um den gesetzlichen Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zu genügen und dem Senat die Prüfung zu ermöglichen, ob die geltend gemachte Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens vorliegt.

#### **252. BGH 2 StR 123/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Aachen)**

Mangelndes Beruhen auf einem mangelnden Negativtest; Verständigung (Begriff der Verständigungsgespräche).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 257c StPO; § 116 Abs. 1 StPO

1. Unabhängig davon, ob es Gespräche im Sinne von § 257c StPO vor der Hauptverhandlung gegeben hat, liegt eine Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO vor, wenn es wie im zugrunde liegenden Fall keine Negativmitteilung gegeben hat (BVerfG NStZ 2014, 592, 593 f.). Sie entfällt auch nicht durch den zum Beginn der Hauptverhandlung erfolgten Wechsel in der Person des Vorsitzenden Richters, der die Mitteilungspflicht des neuen Vorsitzenden unberührt lässt (BGH NJW 2014, 3385).

2. Auf einem entsprechenden Verstoß beruht die angefochtene Entscheidung aber nicht, wenn es unter Berücksichtigung einer dienstlichen Äußerung des ehemaligen Vorsitzenden der Strafkammer, die der Revisionsgegenklärung der Staatsanwaltschaft beigelegt war und der der Angeklagte nicht entgegengetreten ist, ausgeschlossen ist, dass verständigungsbezogene Gespräche zwischen Verteidigung und Angeklagten geführt worden sind.

3. Zwar kann die Frage der Fortdauer von Untersuchungshaft grundsätzlich Gegenstand einer Verständigung im Sinne von § 257c Abs. 2 StPO sein (BGH NStZ 2014, 219). Erforderlich für ein auf Verständigung abzielendes Gespräch ist aber, dass die Frage der Untersuchungshaft mit einem für das Verfahren bedeutsamen Verhalten des Angeklagten verknüpft ist oder wird. In Betracht kommt auch insoweit ein Geständnis, das regelmäßig Bestandteil einer Verständigung sein soll (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO) und etwa die Verdunkelungsgefahr entfallen lassen kann. Denkbar ist aber auch ein sonstiges, für den Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens bedeutsames Prozessverhalten wie etwa der Verzicht auf Beweis-, Befangenheits-, Unterbrechungs- oder Aussetzungsanträge. Das bloße Angebot, eine angemessene Sicherheit im Sinne von § 116 Abs. 1 Nr. 4 StPO zu stellen, reicht hierfür nicht.

**208. BGH 5 StR 310/13 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Mitteilung über Vorgespräche; Negativmitteilung; Ausschluss des Beruhens beim Fehlen von Gesprächen über Verständigung; freibeweisliche Klärung im Revisionsverfahren; Vortrag des Revisionsführers zur Beruhensfrage).

§ 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StGB; § 337 Abs. 1 StPO

1. Ein Beruhen des Urteils auf dem Fehlen einer „Negativmitteilung“ i.S.d. § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO (vgl. BVerfG HRRS 2014 Nr. 822) ist regelmäßig auszuschließen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche über die Möglichkeit einer Verständigung gegeben hat. Das ist ggf. vom Revisionsgericht im Freibeweisverfahren zu klären.

2. Ob bei einer auf die Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO gestützten Verfahrensrüge eine Ausnahme vom revisionsrechtlichen Grundsatz, wonach der Revisionsführer zur Beruhensfrage nichts vorzutragen braucht, zuzulassen ist (vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 65), braucht der Senat nicht zu entscheiden.

**235. BGH 1 ARs 21/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren: Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).

§ 252 StPO; § 52 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des 1. Strafsenats können Angaben eines Zeugen vor dem Ermittlungsrichter durch Vernehmung dieses Richters in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn sich der Zeuge in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft und ihn der Ermittlungsrichter ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hatte (vgl. BGH NStZ 2012, 521 ff.). An dieser Rechtsprechung hält der 1. Strafsenat fest.

2. Der Senat schließt sich der Rechtsauffassung des anfragenden 2. Strafsenats nicht an. Er hält eine qualifizierte Belehrung aus Rechtsgründen nicht für erforderlich.

3. Ergänzend merkt der Senat an: Die Anfrage, ob bei einer richterlichen Vernehmung des Zeugen im Ermittlungsverfahren eine qualifizierte Belehrung notwendig ist, beruht auf der Zulassung der Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson. Dem 2. Strafsenat ist insoweit zuzustimmen als sich gegen die Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson, die überhaupt erst die Frage einer qualifizierten Belehrung aufwirft, Argumente vorbringen lassen.

**207. BGH 3 ARs 20/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren (Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung in der richterlichen Vernehmung gemachten Zeugenaussage bei anschließender Beru-

fung auf Zeugnisverweigerungsrecht; Erfordernis der „qualifizierten“ Belehrung).

§ 252 StPO; § 52 StPO

Auf Anfrage des 2. Strafsenats (BGH HRRS 2014 Nr. 879) teilt der Senat mit, dass der beabsichtigten Entscheidung über das Erfordernis einer „qualifizierten“ Belehrung des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen in der richterlichen Vernehmung Rechtsprechung des 3. Strafsenats nicht entgegensteht, da der Senat mit einer entsprechenden Konstellation bisher nicht befasst war. Er neigt allerdings in der Sache dazu, an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, wonach es genügt, wenn die richterliche Verhörsperson den Zeugen über dessen Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß belehrt hat.

**225. BGH 5 ARs 64/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren: Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).

§ 252 StPO; § 52 StPO

1. Der Senat sieht auf Anfrage des 2. Strafsenats (BGH HRRS 2014 Nr. 879) keinen Grund, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und eine Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson nur noch dann zuzulassen, wenn der Zeuge vor seiner richterlichen Vernehmung auch „qualifiziert“ über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt worden ist.

2. Der Senat könnte der Einschätzung des 2. Strafsenats nicht uneingeschränkt folgen, dass die von diesem befürwortete Belehrungspflicht die Effektivität der Strafverfolgung nicht in nennenswertem Umfang in Frage stellen würde. Jedenfalls in „Altfällen“ ist nach Auffassung des Senats vielmehr zu besorgen, dass der vernehmende Richter die nach herkömmlicher Rechtsprechung erhebliche Belehrung nicht erteilt hat und deswegen ein Verwertungsverbot angenommen werden müsste. Vor diesem Hintergrund könnte ein Rechtsprechungswandel nur dann verantwortet werden, wenn der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein – nach Ansicht des Senats nicht gegebenes – gravierendes rechtsstaatliches Defizit anhaften würde.

**240. BGH 2 StR 439/13 – Urteil vom 30. Dezember 2014**

Vernehmung des Beschuldigten (subjektiv-objektiver Beschuldigtenbegriff: konkludente Zuweisung der Beschuldigtenstellung); tatrichterliche Beweiswürdigung (fehlende Beweismittel für Kerngeschehen der Tat).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 261 StPO

1. Die Beschuldigteneigenschaft setzt zwar nicht nur das objektive Bestehen eines Verdachts, sondern auch den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde hinsichtlich einer Verdachtshypothese voraus, der sich in einem Willensakt manifestiert (vgl. BGHSt 10, 8, 12). Wird gegen eine Person förmlich ein Ermittlungsverfahren

eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Aber auch ohne förmliche Verfahrenseröffnung gegen die Person ist die konkludente Zuweisung der Rolle als Beschuldigter möglich. Dies richtet sich danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten bei seinen Aufklärungsmaßnahmen nach außen darstellt (vgl. BGHSt 38, 214, 228).

2. Das Strafverfahren ist eingeleitet, sobald die Ermittlungsbehörde eine Maßnahme trifft, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild darauf abzielt, gegen jemanden strafrechtlich vorzugehen (vgl. BGH NJW 1997, 1591, 1592). Ist eine Ermittlungshandlung darauf gerichtet, den Vernommenen als Täter einer Straftat zu überführen, kommt es daher nicht mehr darauf an, wie der Ermittlungsbeamte sein Verhalten rechtlich bewertet.

3. Fehlt ein auf das Kerngeschehen der Tat bezogenes Beweismittel, so kann die Überführung eines Angeklagten dadurch erfolgen, dass alle konkret in Frage kommenden Alternativen ausgeschlossen werden (vgl. BGH StraFo 2012, 466, 467).

**183. BGH 3 StR 308/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (OLG Frankfurt a.M.)**

Widersprüchliche Begründung der Verfahrensrüge: unklare Angriffsrichtung.  
§ 344 StPO; § 345 StPO

Zwischen der Rüge, ein Beweismittel sei rechtsfehlerhaft nicht benutzt, und der, hinsichtlich desselben Beweismittels bestehe ein Verwertungsverbot, besteht ein nicht auflösbarer Widerspruch. Eine entsprechend begründete Verfahrensrüge ist daher regelmäßig bereits deswegen unzulässig, weil deren Angriffsrichtung nicht eindeutig bestimmt ist.

**227. BGH StB 25/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014**

Fortdauer der bereits mehr als fünf Jahre andauernden Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht der Rädelführerschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Beurteilung des dringenden Tatverdachts während laufender Hauptverhandlung; Fluchtgefahr; Verhältnismäßigkeit; Verhältnis der Haftdauer zur erwarteten Strafe; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Verzögerung durch Verteidigerverhalten).  
§ 129a StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; Art. 5 Abs. 3 EMRK

1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nicht nur für die Anordnung, sondern auch für die Dauer der Untersuchungshaft von Bedeutung. Er verlangt, dass die Dauer der Untersuchungshaft nicht außer Verhältnis zur erwarteten Strafe steht, und setzt ihr auch unabhängig vom Tatvorwurf und von der Straferwartung Grenzen. Das Gewicht des Freiheitsanspruchs vergrößert sich gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung regelmäßig mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft.

2. Das verfassungsrechtlich verankerte Beschleunigungsgebot in Haftsachen verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermitt-

lungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft schon andauert.

3. Eine Verzögerung des Verfahrensabschlusses kann – neben dem Umfang des Prozessstoffes – auch an dem Verhalten der Verteidigung liegen, die Zeugen über mehrere Verhandlungstage hinweg befragt sowie eine Vielzahl von Beweis- und sonstigen Verfahrensanträgen gestellt hat, deren sachgerechte Bearbeitung Zeit in Anspruch nimmt und das Verfahren verlängert. Diese Umstände sind bei der Prüfung der Fortdauer der Untersuchungshaft zu berücksichtigen, ohne dass es insoweit entscheidend darauf ankommt, ob es sich noch um sachdienliches Verteidigungsverhalten handelt oder die Grenzen zulässiger Verteidigung bereits überschritten sind.

**195. BGH 3 StR 489/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Hannover)**

Keine Begründetheit der „Inbegriffsrüge“ bei fehlender Erwähnung der Aussage eines laut Protokoll in der Hauptverhandlung gehörten Zeugen.  
§ 261 StPO; § 55 StPO

Die Rüge eines Verstoßes gegen § 261 StPO („Inbegriffsrüge“) ist nicht bereits durch die fehlende Erwähnung der Aussage eines laut Protokoll in der Hauptverhandlung gehörten Zeugen begründet. Daran vermag auch die hinzutretende protokollwidrige Darlegung, der Zeuge habe von § 55 StPO Gebrauch gemacht, nichts zu ändern. Anders verhält es sich, wenn der Angeklagte sich entgegen den Urteilsgründen laut Protokoll doch zur Sache eingelassen hat (vgl. BGH HRRS 2007 Nr. 903), denn die Einlassung des Angeklagten hat der Tatrichter stets mitzuteilen.

**268. BGH 2 ARs 309/14 (2 AR 253/14) – Beschluss vom 21. Januar 2015 (BGH)**

Unzulässige Anhörungsrüge (Nichtbehebung eines Gehörsverstoßes der Vorinstanz).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

Eine Anhörungsrüge ist nicht statthaft, wenn dem letztinstanzlich entscheidenden Gericht kein neuer, eigenständiger Gehörsverstoß, sondern allein die Nichtbehebung eines Gehörsverstoßes der Vorinstanz zur Last gelegt wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 2 BvR 1218/10).

**230. BGH 1 StR 359/13 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Passau)**

Anhörungsrüge; Verfahrensverzögerung (Einzelfallbetrachtung)  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen eines Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat (vgl. BVerfG wistra 2014, 434), zumal es nach Art. 103 Abs. 1 GG nicht dazu verpflichtet ist, jedes Vorbringen eines Beteiligten ausdrücklich zu bescheiden.

**258. BGH 2 StR 403/14 – Beschluss vom 30. Dezember 2014 (LG Gera)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (Fehlen jeglicher Auseinandersetzung mit der Einlassung des Angeklagten).  
§ 261 StPO; § 267 StPO

Aus § 267 StPO, der den Inhalt der Urteilsgründe festlegt, ergibt sich zwar nicht, dass das Gericht verpflichtet ist, eine Beweiswürdigung im Urteil vorzunehmen, in der die Einlassung des Angeklagten mitgeteilt und diese Einlassung unter Bewertung der sonstigen Beweismittel gewürdigt wird. Doch ist unter sachlichrechtlichem Blickwinkel regelmäßig eine Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten erforderlich, damit das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob sich der Tatrichter unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise eine tragfähige Grundlage für seine Überzeugungsbildung verschafft und das materielle Recht richtig angewendet hat. Es bedarf somit einer geschlossenen und zusammenhängenden Wiedergabe wenigstens der wesentlichen Grundzüge der Einlassung des Angeklagten, um die Beweiswürdigung des Tatrichters auf sachlichrechtliche Fehler hin überprüfen zu können.

**231. BGH 1 StR 364/14 – Beschluss vom 22. Oktober 2014 (LG Stuttgart)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung von Sachverständigengutachten im Urteil).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. Wenn das Tatgericht dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, hat es die wesentlichen Anknüpfungstatfachen und Ausführungen des Gutachters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht überprüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht, und ob die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen, den Erkenntnissen der Wissenschaft und den

Erfahrungssätzen des täglichen Lebens möglich sind (vgl. BGH StV 2014, 587 f.).

2. Für die Überprüfung durch das Revisionsgericht, ob das Ergebnis einer auf einer DNA-Untersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung plausibel ist, bedeutet dies, dass das Tatgericht jedenfalls mitteilen muss, wie viele Systeme untersucht wurden, ob diese unabhängig voneinander vererbbar sind (und mithin die Produktregel anwendbar ist), ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist (vgl. BGH StV 2014, 587 f.).

**237. BGH 2 StR 211/14 – Beschluss vom 29. Dezember 2014 (LG Bonn)**

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (Anforderungen an die Begründung des Zurückweisungsbeschlusses); Auslegung von Beweisanträgen (Bestimmung des Beweismittels).  
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Will das Tatgericht einen Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit zurückweisen, muss es darlegen, warum es aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Gericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Entscheidungsbildung ohne Einfluss geblieben ist. Dies nötigt zu einer Einfügung der behaupteten Beweistatsache in das bis dahin gewonnene Beweisergebnis (vgl. BGH NSTz 2013, 611).

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**185. BGH 3 StR 62/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Mannheim)**

Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck ohne Genehmigung; Konkurrenzen im Außenwirtschaftsstrafrecht (Dual-Use-Güter; Tateinheit zwischen Ausfuhr-, Liefer- und Bereitstellungsverbot); Versuchsbeginn beim gewerbsmäßigen Zuwiderhandeln gegen ein Bereitstellungsverbot; Anforderungen an die Urteilsgründe bei Verurteilung; rechtliche Bezeichnung der Tat im Urteilstenor bei mehreren Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz.

§ 22 StGB; § 18 AWG; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 267 Abs. 1 S. 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 961/2010 (Iran-Embargo-VO); Art. 23 Abs. 3 Iran-Embargo-VO; Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 (Dual Use-Verordnung)

1. Die einzelnen aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 961/2010 (Iran-Embargo-VO) folgenden sachbezogenen Verbote (Verkaufs-, Liefer- und Ausfuhrverbot) stehen im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander.

2. Das aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Iran-Embargo-VO folgende Lieferverbot umfasst jede Form der Zurverfügungstellung, wobei Voraussetzung der Tatvollendung ist, dass die Ware entweder die vom Embargo erfasste Person – unmittelbar oder mittelbar – oder zumindest diejenige Person oder Organisation erreicht, welche die Ware im Iran zu verwenden beabsichtigt.

3. Soweit in der Literatur vertreten wird, unter das Merkmal des Lieferns seien nur solche Transportaktivitä-

ten zu fassen, die sich nicht als Ausfuhr darstellen bzw. die Ausfuhr als Spezialfall des Lieferns gewertet wird, ist dem nicht zu folgen. Sanktionsgrund des Ausfuhrverbotes ist das rechtswidrige Umgehen der Exportkontrolle. Die Ausfuhr ist daher bereits vollendet, sobald die Ware die Wirtschaftsgrenze der EU überschreitet, unabhängig von dem weiteren Schicksal der Lieferung. Für das Unrecht des Verstoßes gegen das Lieferverbot ist demgegenüber der Liefererfolg maßgebend.

4. Das Bereitstellungsverbot des Art. 23 Abs. 3 Iran-Embargo-VO bezieht sich auf den tatsächlichen Vorgang des Zur-Verfügung-Stellens, der dazu führt, dass der gelisteten Person oder Einrichtung ein wirtschaftlicher Vorteil zu Gute kommt. Anknüpfungspunkt ist der Realakt, also der materielle Transfer des Gutes. Ein unmittelbares Ansetzen zu einer Tathandlung im Sinne des Art. 23 Abs. 3 Iran-Embargo-VO liegt daher regelmäßig frühestens dann vor, wenn er die verbotswidrig bereitgestellten Güter – ohne dass weitere wesentliche Zwischenschritte erforderlich sind – auf den Weg zum gelisteten Empfänger gebracht oder für diesen zur unmittelbaren Abholung bereit gestellt werden.

**246. BGH 1 StR 324/14 – Urteil vom 17. Dezember 2014 (LG Gießen)**

Leichtfertige Umsatzsteuerhinterziehung durch Abgabe unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen bei Goldgeschäften.

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 378 AO

1. Leichtfertig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, obwohl sich ihm aufdrängen musste, dass dadurch eine Steuerverkürzung eintreten wird.

2. Jeder Steuerpflichtige muss sich über diejenigen steuerlichen Pflichten unterrichten, die ihn im Rahmen sei-

nes Lebenskreises treffen. Dies gilt in besonderem Maße in Bezug auf solche steuerrechtlichen Pflichten, die aus der Ausübung eines Gewerbes oder einer freiberuflichen Tätigkeit erwachsen. Bei einem Kaufmann sind deshalb jedenfalls bei Rechtsgeschäften, die zu seiner kaufmännischen Tätigkeit gehören, höhere Anforderungen an die Erkundigungspflichten zu stellen als bei anderen Steuerpflichtigen (vgl. BFHE 225, 1). In Zweifelsfällen hat er von sachkundiger Seite Rat einzuholen (vgl. BGH wistra 2011, 465).

3. Die Leichtfertigkeit kann etwa bei einem Betonbauer gerade daraus folgen, dass er keine sachkundige Hilfe zur Beurteilung eines möglichen Vorsteuerabzuges in Anspruch nahm, obwohl ihm seine mangelnden kaufmännischen Fähigkeiten für seine gewerbliche Tätigkeit bekannt waren.

**242. BGH 4 StR 378/14 – Beschluss vom 13. Januar 2015 (LG Frankenthal)**

Einschleusen von Ausländern (Voraussetzungen: Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat des Geschleusten).

§ 96 Abs. 1 AufenthG; § 95 AufenthG

Durch die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 AufenthG werden sonst nach den allgemeinen Regeln strafbare Teilnahmehandlungen an den in § 96 Abs. 1 AufenthG in Bezug genommenen Taten nach § 95 AufenthG zu selbständigen, in Täterschaft begangenen Straftaten heraufgestuft, wenn der Teilnehmer zugleich eines der in § 96 Abs. 1 AufenthG geregelten Schleusermerkmale erfüllt (vgl. BGH NStZ 2013, 483). Trotz dieser tatbestandlichen Verselbständigung zur Täterschaft gelten für die Tathandlungen des § 96 Abs. 1 AufenthG die allgemeinen Regeln der Teilnahme einschließlich des Grundsatzes der limitierten Akzessorietät. Die Strafbarkeit wegen vollendeten Einschleusens von Ausländern setzt daher das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten voraus.



# Der Irrtumsnachweis bei massenhaften Täuschungsvorwürfen – Kollaps oder kurzer Prozess?

Von Dr. Gerson Trüg, Freiburg\*

## I. Einleitung

### 1. „Kurzer Prozess“

Der US-amerikanische Actionfilm „Kurzer Prozess“ (*righteous kill*) zeigt Robert de Niro in der Rolle eines Polizeibeamten mit – wie Wikipedia berichtet – „ausgeprägtem Gerechtigkeitssinn“, der darunter leide, dass Straftäter (sic!) oftmals freigesprochen werden müssten, weil die Beweise nicht ausreichten.<sup>1</sup>

Umgangssprachlich wird die Formulierung „kurzer Prozess“ zumeist negativ verwendet, um gravierende Mängel in gerichtlichen bzw. behördlichen Verfahren zu kritisieren. „Gelegentlich“, so teilt uns Wikipedia weiter mit – finde der Begriff aber auch „eine ins Positive gewendete Verwendung um auszudrücken, man habe eine überflüssige (da das Ergebnis sowieso feststehe) Fortsetzung des Prozesses abgebrochen“.<sup>2</sup>

Dieser anekdotische Hinweis auf vermeintliches Internetwissen leitet unmittelbar über zu der hier interessierenden strafrechtsdogmatischen Frage der Feststellung des Tatbestandsmerkmals „Irrtum“ bei § 263 StGB in sog. gleichförmigen (routinemäßigen) Massenverfahren.<sup>3</sup> Worum geht es sachverhältnissmäßig?

### 2. Gleichförmige Massenverfahren

Die höchstrichterliche Rechtsprechung war in jüngerer Zeit mehrfach mit Konstellationen befasst, in denen sich die Beschuldigten serienweise, mitunter in sechsstelliger Höhe, durch Zuhilfenahme elektronischer Kommunikati-

on (Mailings bzw. (elektronische) Lastschriftverfahren<sup>4</sup> bspw. über die Beteiligung an Gewinnspielen<sup>5</sup>) oder durch den Einsatz von Call-Centern (ferner auch durch sog. Ping-Anrufe (660.000 Betroffene), d.h. kostenpflichtige Mehrwertdienstnummern<sup>6</sup>) oder durch sonstiges Verhalten (Inverkehrbringen von Falschgeld – freilich kein Massenverfahren<sup>7</sup>; Vorspiegelung einer Kreditvermittlung – mehr als 140.000 Fälle<sup>8</sup> oder eine telefonische Anzeigenaquirise<sup>9</sup>), an eine jeweils große Zahl an Adressanten wandten, um diese zu Zahlungen häufig lediglich in mittlerer zweistelliger Höhe zu veranlassen, obwohl in allen Fällen eine zugrunde liegende Forderung nicht bestand. Im Einzelnen divergieren die „Geschäftsmodelle“, ohne dass dies entscheidenden Einfluss auf die hier relevanten strafrechtlichen Fragen hätte.

### 3. Gefahr des Kollapses

Schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass die justizielle Aufarbeitung solcher Erscheinungsformen abweichenden Verhaltens, konkret: die Durchführung einer (streitigen und richtigerweise auch auf einer Verständigung basierenden) Hauptverhandlung schnell zu einem „Kollaps“ führen würde, wäre es erforderlich, alle potentiell betrugsrelevant Geschädigten, mitunter also mehrere einhunderttausend Personen, in der Hauptverhandlung einzeln als Zeugen zu vernehmen. Denn die Ladung und Vernehmung tausender Zeugen in der Hauptverhandlung wäre nicht nur immens teuer sondern ebenso zeitaufwendig. Ein solches Prozedere würde das Funkzionieren der Strafrechtspflege<sup>10</sup> stark belasten und ggf. auch den Anklagten und weitere Verfahrensbeteiligte an den Rand psychischer Belastbarkeit führen.

\* Der Autor ist Fachanwalt für Strafrecht und Partner der Sozietät Bender Harrer Krevet, Freiburg i. Br. sowie Privatdozent an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück gehalten am 03.02.2015 im „Wirtschaftsstrafrechtlichen Gesprächskreis“ an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Kurzer\\_Prozess\\_%E2%80%93\\_Righteous\\_Kill](http://de.wikipedia.org/wiki/Kurzer_Prozess_%E2%80%93_Righteous_Kill).

<sup>2</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Kurzer\\_Prozess\\_\(Urteil\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Kurzer_Prozess_(Urteil)).

<sup>3</sup> BGH 3 StR 162/13 = NStZ 2014, 215, 216 = HRRS 2014 Nr. 42: „gleichförmige, massenhafte oder routinemäßige Geschäfte“; vgl. auch 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132 = HRRS 2014 Nr. 666.

<sup>4</sup> BGH 1 StR 416/12 = NJW 2013, 2608 = HRRS 2013 Nr. 339.

<sup>5</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132 = NJW-Spezial 2014, 441 = HRRS 2014 Nr. 666.

<sup>6</sup> BGH 3 StR 342/13 = HRRS 2014 Nr. 539 = NJW 2014, 2054 m. Anm. *Cornelius; Lux/Schumann* ZWH 2013, 10 ff.

<sup>7</sup> BGH 3 StR 162/13 = NStZ 2014, 215 = HRRS 2014 Nr. 42.

<sup>8</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2013 Nr. 387.

<sup>9</sup> BGH 3 StR 154/13 = NStZ 2014, 111 = HRRS 2014 Nr. 41.

<sup>10</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2013 Nr. 387: „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“.

Wegen der bezogen auf den Einzelfall nur geringen Schadenssumme, zumeist im mittleren zweistelligen Bereich, würde aber eine Verfahrensweise, wonach lediglich in beispielhaften 50-100 Fällen eine Aburteilung herbeigeführt, in den verbleibenden Fällen hingegen von einer Verfahrenseinstellung gem. § 154 StPO Gebrauch gemacht wird, nicht zu einer angemessenen Sanktionierung des zweifellos strafbedürftigen Verhaltens führen. Es ist daher auch mit Blick auf die Verfahrensökonomie und den Beschleunigungsgrundsatz verführerisch, dergestalt „kurzen Prozess“ zu machen, von der Vernehmung nur einiger Zeugen auf das Vorliegen eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden zu schließen.

Bedeutsam ist vorliegend also die Frage nach der Feststellung des Tatbestandsmerkmals „Irrtum“ in derartigen gleichförmigen Massenverfahren.

## II. Hinführung zum Problemkreis

Erste Vorüberlegungen führen zu durch die Rechtsprechung und weite Teile des Schrifttums anerkannten Normativierungen der objektiven Merkmale des Betrugstatbestandes Täuschung und Irrtum.

### 1. Normativierung des Merkmals Täuschung

Das Merkmal „Täuschung“ wird durch die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur normativierend ausgelegt, namentlich soweit es um die Auslegung konkludenter, also schlüssiger Erklärungen geht. Dabei sollte im *Ausgangspunkt* Einigkeit bestehen, dass die Tatbestandsverwirklichung von § 263 StGB auch durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten erfolgen kann, wie dies im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt wurde.<sup>11</sup> Bedenken bestehen aber hinsichtlich der durch die Rechtsprechung unternommenen ausufernden Bestimmung des Inhalts schlüssiger Erklärungen<sup>12</sup>, der das Schrifttum weitgehend folgt<sup>13</sup> und die zuungunsten des potentiellen Täters wirkt.<sup>14</sup> Es ist zunächst notwendig, sich für die hier zu klärende Frage der Feststellung des Merkmals Irrtum in Massenverfahren die Normativierung des *Täuschungsmerkmals* vor Augen zu führen, weil diese die weitere – und für die gleichförmigen Massenverfahren zentral in Rede stehende – Normativierung des Merkmals *Irrtums* konturiert.

Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum<sup>15</sup> greifen bei der Ermittlung der fraglichen konkreten Täuschungs-

handlung über den Bereich der *Feststellung* konkreter Erklärungsinhalte und damit Tathandlungen hinaus. Durch Heranziehung der *allgemeinen Verkehrsauffassung* als zentralem Auslegungsmaßstab, wird eine überindividuelle Perspektive eingenommen. Dies gilt insbesondere, wenn bei der Festlegung der allgemeinen Verkehrsauffassung auch rechtliche Vorschriften, welche die Verkehrsanschauung prägen oder konkretisieren und ggf. ersetzen<sup>16</sup>, namentlich auch allgemeine Geschäftsbedingungen, als Teil der Auslegung herangezogen werden sollen.<sup>17</sup> Auf diesem Wege werden durch Bezug auf (lediglich) *allgemein* festgestellte Erwartungen des Rechtsverkehrs durch – und das ist entscheidend – normative Zuschreibung Erklärungen im Einzelfall konstruiert. Indem bei der Prüfung des Betrugs als Kommunikationsdelikt und der Frage einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten die allgemeine Verkehrsauffassung bemüht wird, nimmt diese Sichtweise – teilweise sogar ausdrücklich – Bezug auf den zivilrechtlich geprägten Begriff des „objektiven Empfängerhorizontes“, der dort zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen dient.<sup>18</sup> Methodisch führt dies mit Blick auf den objektiven Betrugstatbestand dazu, dass die Kausalkette „Täuschung und dadurch begründeter Irrtum“ stillschweigend umgedreht wird, weil von einer verobjektivierten Erwartung der Allgemeinheit auf eine Täuschungshandlung im konkreten Fall geschlossen wird. Es wird also gewissermaßen „von einem unterstellten Irrtum auf eine gleichsam unterstellte Täuschung“ geschlossen.<sup>19</sup> Gegenstand der *konkreten* Entscheidung ist damit nicht ein im Einzelfall festgestellter Sachverhalt, sondern sind die aus der Verkehrsanschauung und damit zusammenhängenden normativ geprägten Erwägungen abgeleiteten *überindividuelle* Vorstellungen, die zur Begründung einer konkludenten Täuschungshandlung durch den *individuellen* Beschuldigten führen.

Damit entspricht der durch das Abstellen auf ein fiktives Vorstellungsbild ermittelte Sinngehalt eines konkludenten Verhaltens nicht dem realen situativen Kontext, in dem sich der zu würdigende kommunikative Akt tatsächlich ereignet hat, sondern durch das Heranziehen eines Auslegungsmaßstabs wird ein ebenso fiktiver Erklärungsinhalt ermittelt.

### 2. Normativierung des Merkmals Irrtum

Dies setzt sich fort – und führt unmittelbar zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung des BGH in den hier in Rede stehenden gleichförmigen Massenverfahren – auf der nächsten Ebene der Tatbestandsprüfung, der Feststellung des Irrtums des Verfügenden, wenn insoweit für die Abgrenzung fehlerhafter gegenüber fehlender Vorstellungen auf ein *sachgedankliches Mitbewusstsein* rekurriert wird. Das aktuelle, also tatsächliche Vorstellungsbild des Erklärungsempfängers bezieht sich ganz regelmäßig lediglich auf einen Bruchteil des unter Heranziehung der allgemeinen Verkehrsauffassung ermittelten, fiktiven Erklärungsinhaltes. In der Konsequenz bedeutet dies,

<sup>11</sup> Vogel, in: Keller-Gedächtnisschrift, 2003, S. 313, 314; Lux, Konkludente Täuschung beim Betrug, 2013; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 28; Erb ZIS 2011, 368 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu bereits eingehend Trüg/Habetha JZ 2007, 878.

<sup>13</sup> Vgl. etwa Fischer, StGB, 62. Aufl. (2015), § 263 Rn. 21 ff. m.w.N.

<sup>14</sup> Rönnau/Wegner JZ 2014, 1064, 1066, Anm. zu BGH 2 StR 616/12 – Abo-Fallen = HRRS 2014 Nr. 700.

<sup>15</sup> Hefendehl, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2014), Bd. IV, 2. Aufl., § 263 Rn. 55 ff., 113; Fischer (Fn. 13), § 263 Rn. 21; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 263 Rn. 14/15; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 263 Rn. 9; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar StGB, 4. Aufl. (2013), § 263 Rn. 117 jeweils m.w.N.

<sup>16</sup> Tiedemann (Fn. 11), § 263 Rn. 30.

<sup>17</sup> Wie dies etwa der BGH im Falle Hoyzer getan hat, BGHSt 51, 165 = HRRS 2007 Nr. 1.

<sup>18</sup> Vogel (Fn. 11), S. 313, 314; vgl. auch Kutzner JZ 2006, 714.

<sup>19</sup> So bereits Trüg/Habetha JZ 2007, 878, 879.

dass der Erklärungsempfänger als potentiell Irrrender in der Kommunikation mit dem *normativ* Täuschenden nur einen Bruchteil dessen wahrnimmt und wahrnehmen kann, was dem potentiell Täuschenden indes als Erklärung (durch Heranziehung der allgemeinen Verkehrsauffassung) zugeschrieben wird.<sup>20</sup> Die Abgabe der konkludenten Erklärung führt bei dem Erklärungsempfänger regelmäßig nicht zu einer aktuellen Vorstellung hinsichtlich des relevanten fiktiven Teils des Erklärungsinhalts (allgemeine Verkehrsanschauung).

Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum normativieren dabei aber das Vorstellungsbild des potentiell Irrrenden und zwar in analoger Weise wie beim potentiell Täuschenden, dies unter Hinweis auf die Schwierigkeit, die psychische Realität des Irrtums theoretisch zu bestimmen und praktisch festzustellen.<sup>21</sup> Das sachgedankliche Mitbewusstsein auf Seiten des Verfügenden und die allgemeine Verkehrsanschauung auf Seiten des Täuschenden sind dabei in der Sache weitgehend deckungsgleich („Spiegelbildlichkeit“)<sup>22</sup> und bilden eine normative Ebene, die sich über die konkrete Erklärung und das konkrete Verstehen wölbt und deren Auslegung bestimmt. Deshalb ist die normative Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins eigentlich auch abzugrenzen von einem eher faktischen „ständigen Begleitwissen“ des Verfügenden.<sup>23</sup>

Bei der Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins handelt es sich um die Annahme, dass Bereiche gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte von als selbstverständlich angesehenen Verhaltens- und Erwartungsmustern geprägt sind.<sup>24</sup> Auch wenn diese Verhaltens- und Erklärungsmuster im Einzelfall durch den Betroffenen nicht (mehr) als positive Vorstellungen aktualisiert sind, sollen sie gleichwohl der vermögensrelevanten Handlung als hinreichende konkretisierte Sachenvorstellung unausgesprochen zugrunde liegen.<sup>25</sup> Nicht selten wird den Verfügenden eine allgemeine Haltung im Sinne einer Annahme „es sei alles in Ordnung“ zugestanden.<sup>26</sup>

Gerade weil bei Abstellen auf die allgemeine Verkehrsauffassung der dadurch kreierte fiktive Erklärungsinhalt regelmäßig gerade nicht auf das individuelle Vorstellungsbild des Kommunikationspartners einwirken kann, wird auch auf der zweiten Stufe der Prüfung des objektiven Tatbestandes, dem Merkmal des Irrtums, eine analoge Normativierung in Form der Heranziehung des sach-

gedanklichen Mitbewusstseins bewirkt.<sup>27</sup> Dabei bietet der auf bestimmten Indizien basierende Schluss, auf das Vorliegen eines Irrtums bei normativ geprägten Vorstellungen im Wege des sachgedanklichen Mitbewusstseins zu schließen, die Möglichkeit, Beweisschwierigkeiten zu umgehen. Gerade hier hat der Verfügende keine „aktive“ Vorstellung gebildet, so dass er zu einer solchen auch schwerlich aussagen könnte.<sup>28</sup>

Der Betrugstatbestand freilich – und das ist dieser Vorgehensweise entgegenzuhalten – schützt das Vermögen des einzelnen, nicht generelle Redlichkeitserwartungen an den Geschäftsverkehr.<sup>29</sup> Deshalb vermag ein Abstellen auf eine etwaige Fehlvorstellung der Art, es sei „alles in Ordnung“, die Kausalität für die Vermögensverfügung mit der Erwägung, dass der Getäuschte bei Kenntnis der Wahrheit die Verfügung nicht vorgenommen hätte, einen betrugsrelevanten Irrtum nicht zu begründen. Denn insoweit wird eine hypothetische Ersatzbedingung herangezogen. Mit *Tiedemann* kommt es aber darauf an, ob das Für-wahr-Halten der vorgespiegelten Tatsache die Vermögensverfügung jedenfalls mitmotiviert hat.<sup>30</sup>

### 3. Annäherung an die Fallgruppe der gleichförmigen Massenverfahren

Nähert man sich nach diesen Vorüberlegungen nunmehr an die Fallgruppe der Massenverfahren an, so ist ferner auch das Verhältnis eines im Rahmen einer strafprozessualen Verständigung (§ 257c StPO) abgelegten Geständnisses (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO) zu den (noch) erforderlichen Feststellungen des Merkmals Irrtum bedeutsam. Denn naheliegend ist, dass die jeweiligen Verfahrensbeteiligten gleichförmige Massenverfahren als „geeignete Fälle“ im Sinne des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO für eine Verständigung ansehen werden.

Zu erinnern ist an diejenige höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach in den Urteilsgründen grundsätzlich festzustellen und darzulegen ist, welche irrigen Vorstellungen die Person hatte, die die Verfügung getroffen hat.<sup>31</sup> Danach ist regelmäßig erforderlich, die jeweils irrende Person zu ermitteln und in der Hauptverhandlung über die tatrelevante Vorstellung zu vernehmen.<sup>32</sup>

<sup>20</sup> *Bung* GA 2012, 353, 357: „Kunstgriff, aus einem psychologischen Nichts ein normatives Etwas zu machen.“

<sup>21</sup> *Tiedemann* (Fn. 11), § 263 Rn. 77.

<sup>22</sup> BGH 5 StR 394/08 = NStZ 2009, 697, Tz. 17 = HRRS 2009 Nr. 718: „Der im Rahmen der Täuschungshandlung maßgebliche Empfängerhorizont spiegelt sich regelmäßig in dem Vorstellungsbild auf Seiten der Empfänger wider.“

<sup>23</sup> Dazu *Perron* (Fn. 15), § 263 Rn. 39.

<sup>24</sup> *Fischer* (Fn. 13) § 263 Rn. 62; *Tiedemann* (Fn. 11), § 263 Rn. 83; *Perron* (Fn. 15), § 263 Rn. 39 jeweils m.w.N.

<sup>25</sup> *Perron* (Fn. 15) § 263 Rn. 39; *Fischer* (Fn. 13) § 263 Rn. 62, mit Hinweis auf den Empfänger von Falschgeld, der irre, auch wenn ihm die Erwartung, mit echtem Geld bezahlt zu werden, nicht bewusst ist.

<sup>26</sup> *Tiedemann* (Fn. 11), § 263 Rn. 79; *Fischer* (Fn. 13), § 263 Rn. 62.

<sup>27</sup> Vgl. auch *Jahn/Maier* JuS 2007, 218, Irrtum in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins als Folge der „Übernormativierung“ des Täuschungsbegriffs.

<sup>28</sup> *Rönnau/Becker* JuS 2014, 504, 506; vgl. BGH 4 StR 55/12 = NJW 2013, 883 = HRRS 2013 Nr. 191: hier wird nicht das Vorliegen eines Irrtums bewiesen, sondern das Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte, die auf das Nichtvorliegen schließen lassen könnten, wird als ausreichend erachtet, einen Irrtum zu bejahen.

<sup>29</sup> Vgl. auch *Gaede*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 52, der die Gefahr sieht, dass das Irrtumsmerkmal zu einem „subjektgelösten objektiven Zusammenhangszusammenhang degeneriert.“

<sup>30</sup> *Tiedemann* (Fn. 11), § 263 Rn. 124; kritisch auch *Hefendehl* (Fn. 15), § 263 Rn. 232: stehe diese Formel für ein diffuses undifferenziertes Allgemeinvertrauen oder ein Gefühl beruhigender Sicherheit und Zuversicht, so können kein betrugsrelevanter Irrtum vorliegen.

<sup>31</sup> BGH NStZ 2014, 215, 216 = HRRS 2014 Nr. 666; NJW 2014, 2132, 2133 = HRRS 2014 Nr. 880.

<sup>32</sup> Vgl. auch BGH 2 StR 658/13 = HRRS 2014 Nr. 880.

Dies hatte in der Vergangenheit dazu geführt, dass namentlich der 3. Strafsenat des BGH erstinstanzliche Verurteilungen aufgehoben hat, die – nach einer Verständigung – lediglich auf ein „glaubhaftes Geständnis“ des Angeklagten gestützt waren, welches aus Sicht der Tatgerichte eine weitere Beweisaufnahme in Gestalt der Vernehmung der potentiell Irrenden ersetzt hatte.<sup>33</sup> So führte der 3. Senat aus:<sup>34</sup>

*„Seine Überzeugung hat [das Tatgericht] auf das „glaubhafte Geständnis“ des Angeklagten gestützt, das es durch die weitere Beweisaufnahme als „bestätigt und ergänzt“ angesehen hat. Diese weitere Beweisaufnahme hat sich zum einen auf die dominante Stellung des Angeklagten in der Firmengruppe, deren desolate finanzielle Situation Anfang 2006 und die Vorgaben des Angeklagten zum Aktienvertrieb erstreckt; zum anderen hat die ermittelnde Polizeibeamtin bekundet, sie habe die „Zahl der Anleger und die Summe der von ihnen geleisteten Zahlungen“, die Gegenstand der Anklage geworden und vom Angeklagten glaubhaft gestanden waren, zusammengestellt.*

*Damit bleibt offen, auf welche Weise sich das Landgericht die Überzeugung davon verschafft hat, dass die 662 zu ihren Aktienkäufen jeweils durch einen dem Angeklagten zuzurechnenden, täuschungsbedingten Irrtum über Tatsachen veranlasst worden sind. Der Angeklagte konnte nur seine Intention gestehen, die Anleger durch seine Telefonverkäufer mittels falscher Angaben über die wirtschaftliche Situation und Entwicklung der Firmengruppe zum Kauf von Aktien verleiten zu lassen [also das Merkmal der Täuschung, Anm. d. Verf.]. Wie sich die einzelnen Verkaufsgespräche abgespielt und aufgrund welcher (Fehl-)Vorstellungen die Anleger, die schon mehrere Jahre zuvor in entsprechende Aktien investiert hatten, ohne dass es zwischenzeitlich zum Börsengang gekommen war, letztlich ihren neuerlichen Kaufentschluss gefasst haben, hätte der Angeklagte nur bekunden können, wenn ihm die unmittelbar Beteiligten darüber etwas berichtet hätten. Hierzu ist indes nichts festgestellt, solches liegt auch nicht nahe. Nach den Urteilsgründen hat das Landgericht weder einen Telefonverkäufer noch einen der Geschädigten über die Anbahnung und den Abschluss eines Aktienkaufs vernommen.“*

Diese Judikatur wird der Verbindung der strafprozessualen Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) mit der Struktur des Straftatbestandes des § 263 StGB gerecht. In den hier interessierenden Massenverfahren wird davon abgewichen. Der 2. Strafsenat formuliert dies so:

*„Ausnahmsweise kann in Fällen eines normativ geprägten Vorstellungsbildes des Verfügenden die Vernehmung weniger Zeugen genügen. Belegen deren Angaben das Vorliegen eines Irrtums in den sie betreffenden Fällen, kann auf die Erregung eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden geschlossen werden [interne Verweise].“<sup>35</sup>*

<sup>33</sup> Vgl. BGH StV 2012, 653 = HRRS 2012 Nr. 526.

<sup>34</sup> BGH StV 2012, 653 = HRRS 2012 Nr. 526, hier ging es mit 662 potentiell Geschädigten auch um eine größere Anzahl potentiell Irrender [Herv. im folgenden Zitat nicht im Original].

<sup>35</sup> Der 2. Strafsenat verweist auf die Entscheidung des 3. Senats, NStZ 2014, 215, 216 = HRRS 2014 Nr. 42; NJW 2014, 2132, 2133 = HRRS 2014 Nr. 666.

### III. Rechtsprechung zu gleichförmigen Massengeschäften

#### 1. Allgemeine Argumentationslinien der einzelnen BGH-Senate

Fasst man die Argumentationslinien der einzelnen BGH-Senate zusammen, soweit sich diese bislang mit gleichförmigen Massenverfahren befasst haben<sup>36</sup>, so stimmt die Vorgehensweise insofern überein, als das gänzliche Fehlen der Feststellung eines Irrtums keinen Betrug (§ 263 StGB) begründen kann und das Gericht grundsätzlich darlegen muss, auf welche Weise es sich vor dem Vorliegen eines Irrtums bzw. davon überzeugt hat, dass die Verfügung gerade deshalb vorgenommen wurde, weil sich der Verfügende im Irrtum befand. Dies macht regelmäßig die Vernehmung der einzelnen Verfügenden erforderlich. Bei „einfach gelagerten routinemäßigen Massenverfahren“ werden indes faktische Beweiserleichterungen zugelassen und es könne, so die Senate, ein indizieller Schluss<sup>37</sup> auf den Irrtum auf der Grundlage eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“<sup>38</sup> erfolgen, welches für eine Fehlvorstellung ausreichend sei. Sei das Vorstellungsbild hierbei normativ geprägt, könne die Vernehmung weniger Zeugen ausreichen und auf das Vorliegen eines Irrtums bei anderen Verfügenden geschlossen werden. Die tatrichterliche Überzeugung (§ 261 StPO) könne ferner auf Indizien gestützt werden, die das Vorliegen eines Irrtums nahelegen. Sei der Irrtum hingegen nicht normativ geprägt und könnten der Verfügung unterschiedliche individuelle Motivationen zugrunde liegen, dann soll eine Zeugenvernehmung und der Nachweis des Vorliegens eines Irrtums im Einzelfall erforderlich sein. Zentral für diese Sichtweise ist daher die Annahme eines „normativ geprägten Vorstellungsbildes“.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> BGH 3 StR 161/02 = NJW 2003, 1198; BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173 = NStZ 2009, 506 = wistra 2009, 433 = HRRS 2009 Nr. 718 [die im Rahmen dieser Abhandlung auch interessierende Frage der Anwendung des Beweisantragsrechts ist nur in wistra 2009, 433 dargestellt]; BGH 3 StR 285/11 = BeckRS 2012, 08599 = HRRS 2012 Nr. 526; BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2012 Nr. 387 und auch NJW-Spezial 2013, 314; BGH 1 StR 416/12 = NJW 2013, 2608 = HRRS 2012 Nr. 387; BGH 3 StR 162/13 = NStZ 2014, 215 = HRRS 2014 Nr. 42; BGH 3 StR 342/13 = NJW 2014, 2054 = HRRS 2014 Nr. 559; BGH 3 StR 154/13 = NStZ 2014, 111 = HRRS 2014 Nr. 41; BGH 4 StR 430/13 = HRRS 2014 Nr. 666; vgl. auch NJW-Spezial 2014, 441; BGH 2 StR 658/13 = NStZ 2014, 644 = HRRS 2014 Nr. 880; BGH 1 StR 314/14 = HRRS 2015 Nr. 60.

<sup>37</sup> Maßgeblich dazu Tiedemann (Fn. 11), § 263 Rn. 87, freilich mit zutreffendem Hinweis auf notwendige Einschränkungen.

<sup>38</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132, Tz. 18 = HRRS 2014 Nr. 666; BGH 3 StR 162/13 = NStZ 2014, 215, Tz. 8 = HRRS 2014 Nr. 42; BGH 3 StR 342/13 = NJW 2014, 2054 = HRRS 2014 Nr. 559.

<sup>39</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132, Tz. 18 = HRRS 2014 Nr. 666; BGH 3 StR 162/13 = NStZ 2014, 215, Tz. 9 = HRRS 2014 Nr. 42; BGH 3 StR 342/13 = NJW 2014, 2054, Tz. 23 = HRRS 2014 Nr. 559; BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545, Tz. 16 = HRRS 2013 Nr. 387; BGH 2 StR 658/13 = NStZ 2014, 644 = HRRS 2014 Nr. 880.

Den vorläufigen Endpunkt in der Entwicklung der Rechtsprechung stellt eine aktuelle Entscheidung des *1. Senats* in dieser Angelegenheit dar.<sup>40</sup> Nach Auffassung des *Senats* ist in dieser Konstellation gar keine Vernehmung der Verfügenden und damit potentiell Irrtenden mehr erforderlich:

„Vor dem Hintergrund, dass die Forderungen eine nicht unerhebliche Summe (deutlich über der Geringwertigkeitsgrenze von 25,00 €<sup>41</sup>) betrafen und bei derartigen Beträgen jedenfalls grundsätzlich davon auszugehen ist, dass niemand eine so hohe angebliche Forderung bezahlt, von der er weiß, dass sie zu Unrecht erhoben wird, konnte die **Strafkammer** aus den **erfolgten Zahlungen** insgesamt den **Schluss ziehen**, dass **mindestens eine von über 50 Personen irrtumsbedingt gezahlt hat**. Die Schlussfolgerung des Landgerichts, dass jedenfalls nicht alle Geschädigten nur deshalb gezahlt haben, „um ihre Ruhe zu haben“, ist lebensnah und nachvollziehbar und deshalb vom Revisionsgericht nicht zu beanstanden. Die Erwägung eines solchen Zahlungsmotivs gewinnt bei unberechtigt übersandten Rechnungen und Mahnschreiben zwar an Gewicht, je niedriger der angeforderte Zahlbetrag und je stärker die Mahnfrequenz und Mahnintensität – und damit die nötigungsnahen Lästigkeit – ist. Bei Fällen wie den vorliegenden (Zahlbetrag deutlich über 25,00 EUR, jeweils über 50 Geschädigte, keine hohe Aufforderungsfrequenz und –intensität) lässt die Annahme, mindestens eine dieser Personen habe irrtumsbedingt und nicht lästigkeitsbedingt verfügt, Rechtsfehler nicht erkennen.

[...] Ein Rechtsfehler liegt auch nicht darin, dass sich das Gericht zur Feststellung dieses Irrtums **nicht auf die Aussage eines oder mehrerer Zeugen, sondern auf äußere Umstände und allgemeine Erfahrungssätze gestützt hat**.

[...] Soweit in **einigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs anklingt, Feststellungen zum Irrtum seien beim Betrug in aller Regel nur möglich, wenn die irrende Person oder bei Massenbetrugsfällen jedenfalls einige der Geschädigten ermittelt und als Zeugen in der Hauptverhandlung vernommen würden** [interne Verweise] **könnte der Senat dem nicht ohne weiteres folgen**. Denn gerade bei einem normativ geprägten Vorstellungsbild wird der Schluss auf einen Irrtum des Verfügenden häufig allein auf tragfähige Indizien gestützt werden [interne Verweise]. Grundlage eines solchen Indizschlusses können auch **äußere Umstände sein, die der Angeklagte glaubhaft gestanden hat, weshalb es keinen Rechtssatz des Inhalts gibt, Feststellungen zu einem Irrtum bei Betrug könnten nicht auf der Grundlage eines Geständnisses getroffen werden** [interne Verweise].<sup>42</sup>

Zu sehen ist bei alledem, dass sich die methodischen Lösungsansätze der einzelnen *Senate* unterscheiden. Dies wird im Folgenden dargestellt.

<sup>40</sup> BGH 1 StR 314/14 = HRRS 2015 Nr. 60.

<sup>41</sup> Vgl. Fischer (Fn. 13), § 243 Rn. 25 m.w.N.

<sup>42</sup> Herv. nicht im Original.

## 2. Lösungsansätze im Einzelnen

Unternimmt man im Folgenden den Versuch, die in der Rechtsprechung herangezogenen Lösungsansätze zu systematisieren, so ergibt sich folgendes Bild:

### a) Materiell-rechtliche Lösungsansätze

#### aa) Vollendung oder Versuch

In materiell-rechtlicher Hinsicht wird durch den *BGH* teilweise mit Blick auf einen „Tatentschluss zum Betrug im Sinne eines uneigentlichen Organisationsdelikts“ und mit Blick auf die eingeschränkte Beweisaufnahme auf eine Versuchsstrafbarkeit (anstelle des Nachweises der Tatvollendung) abgestellt.<sup>43</sup> In dem zugrunde liegenden Sachverhalt zogen die Beschuldigten Geldbeträge im Wege des Lastschriftverfahrens ein unter Vorspiegelung eines Vertragsverhältnisses über die Teilnahme an Gewinnspielen in der Annahme, die gutgläubig Angerufenen würden von der Rechtmäßigkeit der Abbuchungen überzeugt oder wegen des geringen Betrags diesen nicht widersprechen oder aber mangels ausreichender Kontrolle der Kontoauszüge die Abbuchungen nicht bemerken. Hierbei waren teilweise die Kontodaten schon bekannt und sollten im Übrigen durch die Anrufe erlangt werden.

Weil das Tatgericht in den schriftlichen Urteilsgründen – so der *4. Strafsenats* des *BGH* – weder durch den Hinweis auf das „Ermittlungsergebnis“ noch durch die nicht näher belegte Bezugnahme auf die „umfassende Beweisaufnahme“ und die „umfassende geständige Einlassung des Angeklagten“ eine Irrtumserregung bei den von den Lastschrifteinzügen betroffenen Bankkunden hinreichend dargelegt hatte, gelangte der *Senat* in Anwendung von § 154a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO (vgl. dazu gesondert unten, C.II.2.d.) gewissermaßen als „Notlösung“ zur Versuchsstrafbarkeit. Die Feststellungen belegten, dass die Angeklagten nach ihrer Vorstellung als Mittäter im Wege eines uneigentlichen Organisationsdelikts Betrugs handlungen Tateinheitlich zum Nachteil der Kontoinhaber begehen wollten und hierzu auch unmittelbar ange setzt hätten.

Die Würdigung des Verhaltens als *versuchter* Betrug ermöglicht, lediglich an die – in irgendeiner Form erfolgte – Kontaktaufnahme durch die jeweils Beschuldigten anzuknüpfen, auch ohne Feststellung zum Vorstellungsbild der Verfügenden im Einzelfall, weil eine solche Feststellung mit Blick auf den festgestellten Tatentschluss nicht erforderlich war.

Die gängige Würdigung der *Strafsenate* (und auch die bevorzugte Perspektive des *4. Senats*) ist es jedoch, jeweils von Tatvollendung auszugehen. Besonders deutlich wird dies, wenn der *1. Senat* ausführt<sup>44</sup>, auch die Schwierigkeiten einer sinnvollen Verfahrensbeschränkung in den hier in Rede stehenden gleichförmigen Massenverfahren erlaube es dem Tatgericht nicht ohne weiteres, „die Be-

<sup>43</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132 = HRRS 2014 Nr. 666.

<sup>44</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2013 Nr. 387; ferner 1 StR 314/14 = HRRS 2015 Nr. 60.

weiserhebung über den Taterfolg zu unterlassen und lediglich wegen Versuchs zu verurteilen“.<sup>45</sup> Stattdessen verweist der *1. Senat* auf die tatrichterliche Möglichkeit, die eigene Überzeugung auf Indizien zu stützen sowie auf die Möglichkeit, bereits im Ermittlungsverfahren bei einer Vielzahl Geschädigter Fragebögen einzusetzen und das Ergebnis dieser Erhebung sodann „etwa nach Maßgabe des § 251 StPO in die Hauptverhandlung“ einzuführen.<sup>46</sup>

**bb) Strafzumessungslösung**

Als weiterer materiell-rechtlicher Ansatz ist eine (hier sog.) „Strafzumessungslösung“ zu sehen, welche jüngst der *1. Strafsenat*<sup>47</sup> gebilligt hat. Das Landgericht hatte für unterschiedliche (Tat-) Konstellationen (Anrufwellen mittels Call-Center bzw. unterschiedliche Forderungsschreiben) – in Ansehung der bereits bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Massenverfahren – lediglich wenige Zeugen vernommen und je Sachverhaltskonstellation entweder *einen* Betrugsversuch oder *einen* vollendeten Betrug bejaht. Als Vollendungs-schaden hat das Tatgericht lediglich einen geringen Betrag festgestellt, im Rahmen der Strafzumessung jedoch strafschärfend berücksichtigt, dass sich der Vorsatz der Angeklagten auf hohe Schadensbeträge bezogen habe. Dies billigt der *BGH*<sup>48</sup> unter Hinweis auf das gegenüber dem Erfolgsunrecht besonders gesteigerte Handlungsunrecht und unter weiterem Hinweis, es sei für die Strafzumessung nicht immer von entscheidender Bedeutung, „ob es bei (einzelnen) Betrugstaten zur Vollendung kommt oder mangels Irrtums des Getäuschten oder wegen fehlender Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung beim Versuch bleibt.“<sup>49</sup>

**b) Verfahrensrechtliche Begleitmaßnahmen**

Die materiell-rechtlichen Lösungsansätze werden durch strafprozessuale Begleitmaßnahmen flankiert.

**aa) „Spielräume“ für die Beweiswürdigung**

Zunächst hebt der *BGH* hervor und betont, die aus der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) folgende Kognitionspflicht des Tatgerichts dürfe *insoweit* keinesfalls eingeschränkt werden.<sup>50</sup> Gleichwohl werden „Spielräume“ eröffnet für die auf die umfassende Beweisaufnahme folgende tatrichterliche Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Zunächst weist der *BGH* auf die Möglichkeit hin, die Tatgerichte könnten ihre Überzeugung auch auf *Indizien* wie das wirtschaftliche oder sonstige Interesse des Opfers an der Vermeidung einer Schädigung seines eigenen Vermögens stützen. Mag der Hinweis auf die Möglichkeit, einen Indizienbeweis zu führen, wenig überraschend sein, so ist er freilich kontextuell durchaus bemerkenswert, gerade weil die Indizien geeignet sein sollen, den tatsächlich ohne Weiteres möglichen Zeugen-

beweis (Vernehmung des Verfügenden und damit potentiell Irrenden) zu führen. Vor diesem Hintergrund ist es schlüssig, wenn in einem durch die Schriftleitung der NStZ-Redaktion verfassten Leitsatz kontextbezogen von einer zu „Beweiserleichterungen“ führenden Fallgruppe eines normativ geprägten Vorstellungsbildes die Rede ist.<sup>51</sup> Der *1. Senat* demgegenüber wählt im Kontext der Fälle eines normativ geprägten Vorstellungsbildes die Formulierung „Schätzung einer Irrtumsquote“.<sup>52</sup> Dies ist eine schlüssige Bezeichnung für die gebilligte Vorgehensweise. Es findet eine Schätzung statt, freilich nicht nur der Schadenshöhe, sondern – vorgelagert – bereits der Anzahl der irrtumsbedingt Verfügenden.

**bb) Kupierung des Beweisantragsrechts**

Die durch die *BGH-Senate* verfolgte Prozessökonomie durch Beweiserleichterungen bzw. durch eine Schätzung der Irrtumsquote könnte durch die Verteidigung leicht bekämpft werden, indem Beweisanträge auf Vernehmung der einzelnen Verfügenden gestellt werden, zum Beweis der Tatsache, dass die Verfügenden die jeweilige Transaktion in Kenntnis aller Umstände, namentlich der jeweiligen wahrheitswidrigen Behauptungen des Täuschenden durchgeführt haben.

Wird ein solcher Beweisantrag *de lege artis* gestellt, d. h. unter Beachtung der bereits für sich gesehen fraglichen höchstrichterlichen Rechtsprechung, neben einem bestimmten Beweismittel und einer bestimmten Beweisbehauptung als drittes Merkmal auch die (qualifizierte) Konnexität<sup>53</sup> darzulegen, ist fernliegend anzunehmen, einer der in §§ 244, 245 StPO enumerativ aufgeführten Ablehnungsgründe greife ein.

Gleichwohl hat zunächst der *5. Strafsenat*<sup>54</sup> bei einer im Wesentlichen auf eine Zahlungsanforderung beschränkten Erklärung des bei einer Behörde der öffentlichen Verwaltung angestellten Beschuldigten (gegenüber ca. 170.000 Grundstückseigentümern) judiziert, es reiche aus, wenn sich die Empfänger in einer wenngleich allgemein gehaltenen Vorstellung befanden, die Tarifberechnung sei in Ordnung. Ein differenziertes Vorstellungsbild bei den Empfängern der Rechnungen liege fern. Bei den einzelnen Empfängern hätte daher nur das von dem sachgedanklichen Mitbewusstsein umfasste Vorstellungsbild entstehen können, die Abrechnung sei jedenfalls nicht betrügerisch. Das Landgericht habe die gestellten Beweisanträge auf Vernehmung der ca. 170.000

<sup>45</sup> BGH 1 StR 263/12, Tz. 13 = HRRS 2013 Nr. 387.  
<sup>46</sup> BGH 1 StR 263/12, Tz. 16/17 = HRRS 2013 Nr. 387.  
<sup>47</sup> BGH 1 StR 314/14 = HRRS 2015 Nr. 60.  
<sup>48</sup> BGH 1 StR 314/14, Tz. 26 = HRRS 2015 Nr. 60.  
<sup>49</sup> BGH 1 StR 314/14, Tz. 26 = HRRS 2015 Nr. 60.  
<sup>50</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2013 Nr. 387; vgl. hierzu auch NJW-Spezial 2013, 314.

<sup>51</sup> Leitsatz 3 zu der Entscheidung BGH 3 StR 162/13 = NStZ 2014, 215 = HRRS 2014 Nr. 42.  
<sup>52</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1445 (1446), Tz. 19 = HRRS 2013 Nr. 387: „Demgegenüber dürfte in Fällen mit individueller Motivation zur Leistung eines jeden Verfügenden die „Schätzung einer Irrtumsquote“ als Methode der Überzeugungsbildung nach § 261 StPO ausscheiden.“ Dieser Formulierung stellt der Senat in Tz. 18 der fraglichen Entscheidung die Fälle eines normativ geprägten Vorstellungsbildes gegenüber und bezieht damit auch die Formulierung „Schätzung einer Irrtumsquote“ auf diese Konstellation.  
<sup>53</sup> Vgl. dazu ausführlich *Habetha/Trüg* GA 2009, 406, 418 ff.  
<sup>54</sup> BGH 5 StR 394/08 = wistra 2009, 433, 434 = HRRS 2009 Nr. 718 – in BGHSt 55, 44 insoweit nicht abgedruckt – Berliner Stadtreinigungsbetriebe.

Grundstückseigentümer zu Recht lediglich als Beweisermittlungsantrag abgelehnt, weil die Zeugen nicht mit Namen und vollständiger Anschrift genannt wurden. Auch in der Sache hätte das Landgericht indes der beantragten der Beweiserhebung nicht nachkommen müssen.<sup>55</sup> Eine Auseinandersetzung mit einzelnen Ablehnungsgründen findet sich nicht.<sup>56</sup>

Unausgesprochen dürfte sowohl der Entscheidung des 5. *Senats* wie auch des 1. *Senats* die Auffassung zugrunde liegen, vor dem Hintergrund eines uneigentlichen Organisationsdelikts sei die konkrete Zahl der tatsächlich Irrenden tatsächlich bedeutungslos (§ 244 Abs. 3 Var. 2 StPO).<sup>57</sup> In einer weiteren Entscheidung hatte erneut der 1. *Senat* Gelegenheit, sich zu der Frage des Beweisantragsrechts in gleichförmigen Massenverfahren zu äußern. Das Tatgericht hatte Anträge auf Vernehmung der potentiellen Opferzeugen mit einem bunten Argumentationsstrauß abgelehnt, indem Beweistatsachen teils als wahr unterstellt, teils als bedeutungslos angesehen wurden, teils wurde dem Antrag die Qualität als Beweisantrag abgesprochen, weil der Antrag „aufs Geratewohl“ gestellt worden sei und ferner fehle es an der notwendigen Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel. Ein weiterer, ergänzender Beweisantrag ähnlichen Inhalts wurde zudem wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt.<sup>58</sup> Der 1. *Senat* konnte die jeweiligen Verfahrensrügen als unzulässig bewerten, weil die Anträge die Zeugen nicht bestimmt genug benannt waren.<sup>59</sup>

### cc) Der Einsatz von Fragebögen

Als weiteres verfahrensrechtliches Vehikel ist der durch den 1. *Senat* propagierte Einsatz von Fragebögen gem. § 251 StPO als Ersatz für mündliche Zeugenvernehmungen zu thematisieren. Mittels dieser Fragebögen solle geklärt werden, aus welchen Gründen die Leistenden ihre vermögensschädigende Verfügung vorgenommen haben.<sup>60</sup> Der *Senat* gibt zudem den Hinweis auf das „normativ geprägte Vorstellungsbild“ der Verfügenden in gleichförmigen Massenverfahren.<sup>61</sup> Diese Ermittlungsmaßnahme soll im „Engpass Hauptverhandlung“<sup>62</sup> dadurch „verwertet“ werden, dass die Fragebögen sodann gemäß § 251 StPO<sup>63</sup> verlesen werden.

<sup>55</sup> Vgl. jeweils BGH wistra 2009, 433, 434 = HRRS 2009 Nr. 718.

<sup>56</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2013 Nr. 387.

<sup>57</sup> In diese Richtung weist auch ein Judikat des 3. *Senats*, BGH 3 StR 154/13 = HRRS 2013 Nr. 41; NStZ 2014, 111, 112, m. Praxiskommentar *Allgayer*; so wohl auch *Trück ZWH* 2014, 473, Anm. zu BGH 3 StR 430/13.

<sup>58</sup> BGH 1 StR 314/14, Tz. 13 = HRRS 2015 Nr. 60.

<sup>59</sup> BGH 1 StR 314/14, Tz. 13 = HRRS 2015 Nr. 60.

<sup>60</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 203 Nr. 387; 1 StR 314/14 = HRRS 2015 Nr. 60.

<sup>61</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545, Tz. 17 = HRRS 2013 Nr. 387.

<sup>62</sup> *Trüg StV* 2010, 528, 529.

<sup>63</sup> Durch BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545, 1546 = HRRS 2013 Nr. 387 sowie durch BGH 1 StR 314/14, Tz. 24 = HRRS 2015 Nr. 60 nicht näher ausdifferenziert.

### d) (Analoge) Anwendung von § 154a StPO

Schließlich bleibt der bereits (oben, C.II.1.) angesprochene prozessuale Weg einer (analogen) Anwendung von § 154a StPO zu thematisieren. Der 4. *Senat*<sup>64</sup> und vergleichbar auch der 1. *Senat*<sup>65</sup> haben die Verfolgung durch Beschränkung des durch das Landgericht rechtsfehlerhaft bejahten vollendeten Betrugs qua § 154a StPO mit Zustimmung des Generalbundesanwalts durch Zurückverweisung auf einen versuchten Betrug fokussiert.

## 3. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit zeigt der Blick auf die Rechtsprechung zu den gleichförmigen Massenverfahren, dass höchststrichterlich materiell-rechtliche Lösungsansätze mit strafprozessualen Begleitmaßnahmen verbunden werden (wie etwa die Annahme lediglich versuchten Betrugstaten und die insoweit erfolgende Verfolgungsbeschränkung gem. § 154a StPO).

Ergänzend ist hervorzuheben, dass eine Definition des im Fokus stehenden „normativ geprägten Vorstellungsbildes“ der Verfügenden in keiner Weise erfolgt, sodass unklar bleibt, inwieweit das Vorstellungsbild des einzelnen Verfügenden wie auch der Gesamtheit aller Verfügenden überhaupt „normativ“ ist. Daher erscheint auch die damit zusammenhängende Bezugnahme auf die Figur des „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ merkwürdig beliebig.

Es ist daher im Folgenden erforderlich, die dargestellten Lösungsansätze zu analysieren und zu überlegen, wie den Konstellationen der gleichförmigen Massenverfahren strafrechtlich sinnvoll zu begegnen ist.

## IV. Analyse des durch die Rechtsprechung eingeschlagenen Wegs und alternativer Lösungsvorschlag an den Gesetzgeber

### 1. Auslegung vorrangig gegenüber normativen Erwägungen

Die kritische Analyse der Rechtsprechung zu gleichförmigen Massenverfahren beginnt mit einem Zitat aus der bereits in Bezug genommenen Entscheidung des 4. *Senats* aus 2014<sup>66</sup>:

*„Andererseits handelten die Anklagten auch in der Erwartung, die Betroffenen würden in zahlreichen Fällen mangels ausreichend sorgfältiger Kontrolle ihrer Kontoauszüge die Abbuchungen nicht bemerken oder einfach übersehen.“*

<sup>64</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132 = HRRS 2014 Nr. 666; vgl. dazu *NJW-Spezial* 2014, 441.

<sup>65</sup> BGH 1 StR 416/12 = NJW 2013, 2608 = BGHSt 58, 119 = HRRS 2013 Nr. 339, dazu *Heghmanns ZJS* 2013, 423; *Schuh* JR 2013, 579; *Krell NStZ* 2014, 686 ff; *Basar EWiR* 2013, 293.

<sup>66</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132, Tz. 10 = HRRS 2014 Nr. 666.

Ist dies der festgestellte Sachverhalt, so liegt – bei Lichte besehen – kein Irrtum bzw. kein entsprechender Tatentschluss hinsichtlich des Merkmals Irrtum vor. Darüber hinaus verhindert der vorschnelle Rückgriff der Rechtsprechung auf die normativierenden Erwägungen zum Merkmal der Täuschung wie auch des Irrtums (vgl. dazu oben) eine einzelfallbezogene Auslegung des Erklärungsinhalts der potentiell Täuschenden.

Wenn sich die potentiell Täuschenden vorstellen, die Adressaten würden wegen der Lästigkeit des Ansinnens und der überschaubaren Höhe des fraglichen Geldbetrags jedenfalls bezahlen, auch wenn sie erkennen, dass sie dem potentiell Täuschenden nichts schulden, wenn also die Erklärung der potentiell Täuschenden ausgelegt werden kann als: „*Ich will Geld von Dir*“, anstelle – was eine unwahre Tatsachbehauptung und damit eine Täuschung darstellen würde –: „*Du schuldest mir Geld*“, so läge bereits keine Täuschung vor. Dies freilich ist zwingend aufzuklären.

Zwar ist das Vorliegen einer Täuschung naheliegend, das vorstehende Zitat aus der Entscheidung des 4. *Senats* zeigt aber, dass von einer Selbstverständlichkeit nicht ausgegangen werden kann.<sup>67</sup> Dasselbe gilt – erst recht – für die Feststellung des Merkmals Irrtum. Die mangelnde Präzision zeigt sich weiter bei der Annahme des 4. *Strafsenats*, das Vorliegen eines vollendeten Betrugs sei damit zu verneinen, dass ein Irrtum nicht feststellbar sei, weil die Betroffenen die fehlende vertragliche Verpflichtung teilweise erkannten<sup>68</sup> und die Angeklagten erwartet hatten, die Kontoinhaber würden zum Teil die Lastschriften gar nicht bemerken, so dass mangels Vorstellung kein Irrtum vorliegt.

Richtig und präzise ist demgegenüber, dass ein Irrtum dann nicht gegeben ist, wenn diese, den Angeklagten zugeschriebene Erwartung zutrifft. Andernfalls, was aufzuklären gewesen wäre, scheidet die Bejahung des Tatbestands mit Blick auf die hier zitierten tatgerichtlichen Feststellungen am fehlenden Vorsatz diesbezüglich. Diese Perspektive setzt sich aber – und auch dies verkennt der *Senat* – bei Prüfung des Tatentschlusses fort. Weil der Tatentschluss voraussetzt, dass sich die Täter einen Irrtum des Verfügenden vorstellen, scheidet ein solcher Tatentschluss gerade dann aus, wenn die Angeklagten davon ausgingen, dass die Betroffenen in zahlreichen Fällen mangels sorgfältiger Kontrolle ihrer jeweiligen Transaktionen die zu Unrecht erfolgten Lastschriftabbuchungen nicht bemerken oder einfach übersehen würden. Wenn diese Vorstellung als Anhaltspunkt genommen wird, den Irrtum beim vollendeten Delikt zu verneinen, wie dies der 4. *Senat* tut, kann nichts anderes für den Tatentschluss beim Versuch gelten.

## 2. Gebot bestmöglicher Sachaufklärung

Im Übrigen folgt schon aus der Amtsaufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO und damit verbunden aus der

<sup>67</sup> BGH 4 StR 430/13 = NJW 2014, 2132, Tz. 22 selbst = HRRS 2014 Nr. 666.

<sup>68</sup> BGH 4 StR 430, 13 = NJW 2014, 2132 = HRRS 2014 Nr. 666.

gerichtlichen Kognitionspflicht das Gebot zur bestmöglichen Sachverhaltsaufklärung. Das Gericht ist dementsprechend verpflichtet, den die strafprozessuale Tat (§ 264 StPO) darstellenden Sachverhalt bestmöglich, d.h. umfassend und tiefgehend aufzuklären, soweit existente Beweismittel und eine rechtmäßige Beweiserhebung dies zulassen.<sup>69</sup> Es ist dem Gericht daher nicht gestattet, bei der Prüfung eines Sachverhalts quasi „auf halben Wege stehenzubleiben“ und lediglich eine Versuchsstrafbarkeit anzunehmen, wenn stattdessen ein vollendetes Delikt gegeben sein könnte. Auch vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung, welche (zumeist in Anwendung von § 154a StPO) die Verfolgung auf den Tatvorwurf des versuchten Betrugs beschränkt, abzulehnen.

Ein weiterer Verstoß gegen die Kognitionspflicht ist in der hier sog. „Strafzumessungslösung“ des 1. *Senats* zu sehen, wenn bei den – wenigen festgestellten – Vollendungsfällen zwar zugunsten des Betroffenen gewürdigt wird, dass der Vollendungsschaden nur sehr gering sei, zu dessen Lasten aber im Rahmen der Strafzumessung die Höhe des erstrebten unrechtmäßigen Vermögensvorteils zu Buche schlägt<sup>70</sup>. Soweit der *Senat* diese Vorgehensweise mit dem „besonders gesteigerten Handlungsunrecht“ begründet, ist darauf hinzuweisen, dass festgestellt werden muss, ob dieses Handlungsunrecht auch ein tatbestandliches Erfolgsunrecht auslöst. Der 1. *Senat* führt mit der „Strafzumessungslösung“ eine Art „Strafzumessungsverfahren“ (*sentencing procedure*) ein, in welchem niedrigere bzw. andere Beweismaßstäbe gelten sollen als im Verfahrensabschnitt bis zu einer möglichen Schuldfeststellung (*trial procedure*) und Nova Berücksichtigung finden können. Dies ist dem deutschen Strafverfahren wesensfremd.

## 3. Überdehnung des Verfahrensrechts

Nicht zu überzeugen vermögen auch die verfahrensrechtlichen Begleitmaßnahmen. Mit Blick auf die obigen Ausführungen zu einer Verletzung der Amtsaufklärungspflicht bzw. der tatrichterlicher Kognitionspflicht wird das abgegebene Bekenntnis zu einer umfassenden Geltung des § 244 Abs. 2 StPO<sup>71</sup> in der Sache nicht eingehalten. Der im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) vorgenommene Schluss qua Indizien, der in der Sache eine durch Beweiserleichterungen erfolgende Schätzung darstellt, ist abzulehnen. Entscheidend ist, dass die hier fragliche Fallkonstellation der gleichförmigen Masseverfahren von allen sonstigen Konstellationen abweichen, in denen strafrechtlich das Instrument der Schätzung zulässig ist. Denn zu beachten ist, dass vorliegend eine genaue Aufklärung, zur Vermeidung einer Schätzung faktisch und damit tatsächlich möglich ist, weil die jeweiligen Verfügenden als Zeugen zur Verfügung stehen, lediglich die Kapazitäten des jeweiligen Strafverfahrens übersteigt. Damit weicht die hier interessierende Konstellation von denjenigen Fallgestaltungen bei Vermögensstraftaten ab, bei denen ein strafbares

<sup>69</sup> *Dallmeyer*, in: *Alsberg*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 6. Aufl. (2013), Rn. 47; *Meyer-Goßner*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. (2014), § 244 Rn. 11.

<sup>70</sup> BGH 1 StR 314/14, Tz. 26 = HRRS 2015 Nr. 60.

<sup>71</sup> Vgl. etwa BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545 = HRRS 2013 Nr. 387.



Verhalten des Betroffenen feststeht und die höchstrichterliche Rechtsprechung sodann die Bestimmung des Schuldumfangs im Wege der Schätzung zulässt.<sup>72</sup> Denn in diesen Konstellationen wurde die Zulässigkeit einer Schätzung gerade damit begründet, dass die genaue Ermittlung des Vermögensschadens, nach dessen Feststellung dem Grunde nach, aus tatsächlichen Gründen nicht möglich war. In den anerkannten Schätzungskonstellationen ließ daher der jeweilige Sachverhalt die Ermittlung der exakten Höhe des Vermögensschadens nicht zu.<sup>73</sup> Davon weichen die hier fraglichen Fälle der gleichförmigen Massenverfahren entscheidend ab.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich die „Schätzung“ im vorliegenden Kontext nicht lediglich auf die Höhe des Gesamtvermögensschadens bezieht, sondern bereits auf die Frage der Anzahl der Irrenden, also auf die Frage der Anzahl der einzelnen Betrugstaten. Insoweit verbietet sich eine Schätzung a priori.

Nicht überzeugen vermögen weiter die – eher kursorsichen – Restriktionen des Beweisantragsrechts, teilweise unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das vorgeblich normativ geprägte Vorstellungsbild.<sup>74</sup> Der Ablehnungsgrund der tatsächlichen Bedeutungslosigkeit (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 2 StPO) vermag selbst bei Heranziehung der – für sich abzulehnenden – Rechtsfigur des uneigentlichen Organisationsdelikts nicht zu überzeugen, weil die Anzahl der (tateinheitlichen) Einzeltaten bzw. die Gesamtschadenshöhe offensichtlich nicht „bedeutungslos“ sein kann. Tatsächliche Bedeutungslosigkeit würde nur dann vorliegen, wenn zwischen der Anzahl der Einzeltaten/der Gesamtschadenshöhe und dem Gegenstand der Urteilsfindung keinerlei Sachzusammenhang besteht oder wenn die Anzahl/Gesamtschadenshöhe trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zulassen.<sup>75</sup> Dies ist ersichtlich nicht der Fall.

Im Übrigen ist nicht auszuschließen, dass die mittels Beweisantrags benannten Zeugen (= potentiell Irrenden) Aussagen treffen, die einschränkend hinsichtlich des Vorsatzes der potentiell Täuschenden bzw. auf deren

Tatentschluss wirken. Dann indes gilt, dass bei der Bewertung des „Organisationsdelikts“, insbesondere für die Bestimmung der Schuldfrage sowie für die Bemessung der Rechtsfolgen der Umfang der dann tateinheitlich zusammengefassten an sich selbstständigen Taten, ermittelt werden muss.<sup>76</sup> Eine Ablehnung von Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit verbietet sich daher. Im Übrigen sprechen bereits generelle Einwände gegen die Fortentwicklung des ursprünglichen Konzepts der Organisationsherrschaft hin zur Rechtsfigur des uneigentlichen Organisationsdelikts, weil es nicht mehr um den Nachweis täterschaftlicher Verantwortung, sondern letztlich lediglich um die Anknüpfung an hierarchische Verantwortung geht.<sup>77</sup>

Der Einsatz von Fragebögen mag weiter eine gängige Maßnahme im Ermittlungsverfahren sein. Freilich ist zu sehen, dass in den Fällen, in denen die Verteidigung des Angeklagten in der Hauptverhandlung das Einverständnis zu Verlesung nicht erklärt (§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO), § 251 StPO nicht in Betracht kommt. Die Verlesung gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO scheitert daran, dass die Verlesung nicht lediglich das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens, sondern maßgeblich die Frage des Merkmals Irrtum betrifft. Darüber hinaus ist Abs. 3 des § 251 StPO nicht einschlägig, weil die Verlesung in den hier interessierenden Fällen unmittelbar der Urteilsfindung dient, so dass das Streng- und nicht das Freibeweisverfahren Anwendung findet.

Schließlich überzeugt auch die Verfolgungsbeschränkung gemäß § 154a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 StPO von der Vollendung einer Tat auf deren Versuch auch dann nicht, wenn man die vorliegend zur Heranziehung dieser Norm erforderliche Analogie bejaht (Analogie deshalb, weil es sich im Verhältnis Vollendung – Versuch nicht um „mehrere Gesetzesverletzungen“ im Sinne von § 154a Abs. 1 S. 1 StPO handelt<sup>78</sup>). Dies würde dazu führen, dass ein Gericht, wo ein Tatbestandsmerkmal nicht nachweisbar ist, den Vorwurf auf den Versuch beschränkt, um so eine Beweisaufnahme entbehrlich zu machen. Richtig ist aber, dass gerade so, wie die Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen eines Irrtums beim vollendeten Delikt festzustellen und darzulegen ist, dies auch in Bezug auf die Vorstellung der Täter, das Opfer würde einem Irrtum unterliegen, d.h. hinsichtlich des Tatentschlusses, geschehen muss.<sup>79</sup>

#### 4. Strukturelle Kritik

Die vorbezeichnete Kritik betrifft gewissermaßen einzelne Aspekte der Rechtsprechung zu der Fallgruppe der gleichförmigen Massenverfahren. Darüber hinaus sind

<sup>72</sup> BGHSt 36, 320, 328; 38, 186, 193; BGH wistra 2007, 143 f. = HRRS 2007 Nr. 145.

<sup>73</sup> Vgl. dazu BGHSt 38, 186 ff. – Submissionsbetrug; vgl. auch BGH wistra 2007, 143, 144 = HRRS 2007 Nr. 145: „Steht ein strafbares Verhalten des Täters fest, kann es lediglich nicht bestimmten Einzelakten zugeordnet werden, kann die Bestimmung des Schuldumfangs, d.h. die Bestimmung der Zahl der Einzelakte strafbaren Verhaltens im Wege der Schätzung erfolgen (BGHR StGB Klein vor § 1 / Segenstraf-taten Betrug 1.; Steuerhinterziehung 2). Bei der Feststellung der Zahl der Einzelakte ist der Grundsatz in dubio pro reo zu beachten. Ein solches Verfahren ist stets zulässig, wenn sich Feststellungen auf andere Weise nicht treffen lassen. Jede andere Betrachtung, die von einer eingeeengten, jeden Einzelfall isoliert beurteilenden Sichtweise ausgeht, würde zum Ausschluss der Strafbarkeit bei zweifellos strafbaren Gesamtverhalten führen, wie der vorliegende Fall [Konstellationen im Kontext des § 278 StGB, Anm. des Verfassers] zeigt.“

<sup>74</sup> BGH 1 StR 263/12 = NJW 2013, 1545, Tz. 18 = HRRS 2013 Nr. 387.

<sup>75</sup> BGH NJW 1988, 501; BGH NStZ 1982, 126.

<sup>76</sup> Vgl. zur Rechtsprechung 5 StR 572/07 = HRRS 2008 Nr. 247; 5 StR 124/08 = HRRS 2008 Nr. 114; LG Hamburg wistra 2011, 279; StV 2013, 386.

<sup>77</sup> Zu Recht kritisch daher *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts (2011), Rn. 641; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 25 Rn. 30.

<sup>78</sup> Zutreffend *Krell* NStZ 2014, 686, 688.

<sup>79</sup> Vgl. zu den Argumenten gegen eine unmittelbare Anwendung des § 154a StPO, *Krell* NStZ 2014, 686, 688, der aber für eine Analogie plädiert, wenn es um die „prozessuale Bewältigung serienweiser Täuschung“ geht, a.a.O., 690.

jedoch auch – und dies ist wohl noch gewichtiger – strukturelle Einwände zu erheben:

Zunächst ist das Abstellen auf ein „normativ geprägtes Vorstellungsbild“ der Verfügenden verfehlt. Aus der Sicht der jeweils Verfügenden handelt es sich auch nicht um ein massenhaftes oder routinemäßiges Geschäft. Dies trifft lediglich für die Perspektive der Beschuldigten zu. Auf ein normativ geprägtes Vorstellungsbild des Verfügenden hat in einer früheren Entscheidung aus dem Jahre 2002 der BGH zu Recht abgestellt.<sup>80</sup> Dort ging es um ein Massenabrechnungsverfahren von solchen ärztlichen Leistungen an Kassenpatienten über die Kassenärztliche Vereinigung, die in Wahrheit von einem nicht als Kassenarzt zugelassenen Arzt vorgenommen wurden. Dort konnte der BGH zu Recht auf ein standardisiertes, auf massenhafte Erledigung ausgerichtetes Abrechnungsverfahren abstellen, d.h. auf ein Massengeschäft auf der Seite des Verfügenden (!).<sup>81</sup> In einer solchen Konstellation ist auch vertretbar, auf ein normatives Vorstellungsbild des jeweiligen Sachbearbeiters bei der betroffenen Kassenärztlichen Vereinigung abzustellen. „Normativ“ ist das Vorstellungsbild hier deshalb, weil die Einzelfragen der Abrechnung dann gesetzlich bzw. geprägt durch Verwaltungsvorschriften vorgegeben sind, die Abrechnung selbst dementsprechend normativ erfolgt. In einer solchen Konstellation ist es ausreichend, auf die Vernehmung eines Abteilungsleiters oder Innenrevisors abzustellen.<sup>82</sup> Denn der Abteilungsleiter bzw. der Innenrevisor kann in einer solchen Konstellation über die normative Prägung der Abrechnungspraxis gewissenmaßen stellvertretend Zeugnis ablegen.

Dies bedeutet: Ein normativ geprägtes Vorstellungsbild des Verfügenden ist im Fall von Massengeschäften nur dann gegeben, wenn es sich um Massengeschäfte auf Seiten des/der Verfügenden handelt. In den in jüngerer Zeit in Rede stehenden und in dieser Abhandlung kritisierten Konstellationen handelt es sich indes um Massengeschäfte auf Seiten der Täuschenden. Auf Seiten der Verfügenden handelt es sich jeweils um ein einzelnes Geschäft. Beweiserleichterungen, wie sie im Fall des Massengeschäfts auf Seiten des Verfügenden durch die Rechtsprechung zu Recht angenommen werden, verbieten sich in der hier in Rede stehenden Konstellation des Massengeschäfts auf Seiten des Täuschenden und des Einzelgeschäfts auf Seiten des Verfügenden.<sup>83</sup> Das Vorstellungsbild der Verfügenden ist insoweit nicht normativ geprägt.

<sup>80</sup> BGH 3 StR 161/02 = NJW 2003, 1198.

<sup>81</sup> Zutreffende Perspektive bei Tiedemann (Fn. 11), § 263 Rn. 79 f.

<sup>82</sup> Wie dies BGH 3 StR 161/02 = NJW 2003, 1198 getan hat.

<sup>83</sup> So bezeichnet der BGH (NJW 2003, 1198) die Vernehmung von wenigen stellvertretend vernommenen Zeugen selbst als „mittelbare Beweiserhebung“ und spricht dadurch den Konflikt mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz offen an. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung – unterstellt man die generelle Vorgehensweise der lediglich partiellen Zeugenvernehmung einmal als sachgerecht – keine Kriterien dafür entwickelt zu bestimmen, wann die Anzahl der vernommenen Zeugen eine repräsentative Anzahl erreicht.

Wird der Irrtum als psychologisches Phänomen (innere Tatsache) anerkannt<sup>84</sup>, so kann nur schwerlich von der Vorstellung einer Person auf die Vorstellung vieler anderer geschlossen werden. Es gibt eben gerade kein „personenübergreifendes einheitliches Vorstellungsbild“, jedenfalls nicht a priori.<sup>85</sup> Andernfalls – und dies ist der fraglichen Judikatur entgegenzuhalten – wird ggf. unabhängig vom tatsächlichen Vorstellungsbild des Getäuschten auf einen Irrtum geschlossen, was dazu führen kann, dass ein Irrtum auch dann zu bejahen ist, wenn das Opfer die Täuschung tatsächlich durchschaut hat.<sup>86</sup> Nach der durch die Rechtsprechung angenommenen normativierenden Sichtweise kommt es darauf an, ob berechtigte Erwartungen des Getäuschten hinsichtlich des Vorhandenseins bestimmter Tatsachen enttäuscht wurden, nicht jedoch darauf, welche Vorstellung das Opfer in Bezug auf den Täuschungsgegenstand aufweist.<sup>87</sup>

Dies verdeutlicht, dass die normativierende Sichtweise der Rechtsprechung mit dem in dubio pro reo-Grundsatz nicht in Einklang zu bringen ist. Wenn das Vorliegen eines Irrtums nicht bewiesen werden kann, muss in dubio pro reo von dessen Nichtvorliegen ausgegangen werden. Die hier kritisierte Judikatur wendet jedoch den Zweifelsgrundsatz bei normativ geprägten Irrtümern bei Lichte besehen gerade nicht an, wenn insoweit Beweiserleichterungen statthaft sein sollen.<sup>88</sup> Es versteht sich eigentlich von selbst, dass auch der Gedanke der Verfahrensökonomie ein solches Vorgehen nicht rechtfertigen kann. Gerade weil bei einer Vielzahl von Verfügenden eine Vielzahl unterschiedlicher Motivationen für die Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung vorliegen können und daher auch andere Erklärungen als ein Irrtum für eine Verfügung in Betracht kommen, verbietet sich eine solche personenübergreifende Würdigung. Vom Nichtvorliegen eines Irrtums ist etwa dann auszugehen, wenn eine Abbuchung gar nicht bemerkt wurde, oder aber eine solche sehenden Auges akzeptiert wurde, sei es, weil der Betroffene sich nicht um die Veranlassung der Rückbuchung kümmern wollte, sei es, weil der Betrag subjektiv als so gering empfunden wurde, dass sich der Betroffene nicht dafür interessierte. Ob ein solcher Fall gegeben ist, kann freilich nur durch individuelle Beweisaufnahme und –würdigung festgestellt werden.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend kann die hier geäußerte Kritik an der tatrichterlichen Aburteilung von Serientaten im Betrugs-

<sup>84</sup> So zu Recht BGH 2 StR 616/12 = NJW 2014, 2595 = HRRS 2014 Nr. 700 (Abo-Fallen): es komme daher nicht darauf an, was der Getäuschte hätte verstehen müssen, sondern was er tatsächlich verstanden hat; vgl. auch Perron (Fn. 15), § 263 Rn. 36; Verghe, wistra 2010, 86 (89); vgl. aber auch Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 227 ff.; ferner auch Frisch, in: Festschrift für Herzberg, 2008, S. 737.

<sup>85</sup> So aber 2. Leitsatz der Schriftleitung der NStZ zu BGH NStZ 2014, 215 = HRRS 2014 Nr. 42.

<sup>86</sup> Rönnau/Becker JuS 2014, 504; vgl. aber auch das KfZ-Beispiel bei Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999), S. 232 f.

<sup>87</sup> Rönnau/Becker JuS 2014, 504, 505.

<sup>88</sup> BGH NJW 2013, 1545 (1547, Tz. 22) = HRRS 2013 Nr. 387.

bereich dahingehend gebündelt werden, dass bei gleichförmigen Massengeschäften ein weitgehender Verzicht auf die Feststellung eines konkreten Irrtums ermöglicht wird, weil die Rechtsprechung es für zulässig erachtet, dass von einem normativen Empfängerhorizont, d.h. der allgemeinen Verkehrsanschauung, auf ein weitgehend deckungsgleiches sachgedankliches Mitbewusstsein geschlossen wird und hieraus ein dann rein normativierter Irrtum gebildet wird. Mit *Rönnau/Becker* ist also anzunehmen, dass „im Ergebnis [...] damit die Risiko- und Pflichtenverteilung des zugrundeliegenden Geschäftstyps unisono zur Begründung von Täuschung und Irrtum herangezogen“ wird.<sup>89</sup>

Weil ich jedoch durchaus auch der Auffassung bin, dass die hier in Rede stehenden Serienkonstellationen ein an sich strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten darstellen, schlage ich als Ausblick die Schaffung eines – freilich auf die Konstellation des gleichförmigen Massengeschäfts limitierten – Gefährungsdelikt in Gestalt eines Eignungsdelikt vor. Zwar würde dies zur Etablierung eines weiteren Straftatbestands im Vorfeld des eigentlichen Vermögensdelikt Betrugs (§ 263 StGB) führen (wie etwa bereits § 264 StGB – Subventionsbetrug bzw. § 265b StGB – Kreditbetrug) und damit die kritischen Stimmen nähren, die schon jetzt eine Hypertrophie des Straf-

rechts<sup>90</sup> ausmachen. Der bislang durch die Rechtsprechung eingeschlagene Weg indes bedeutet eine dogmatisch nicht hinzunehmende Funktionalisierung des objektiven Betrugstatbestands, die wohl in Anbetracht der in der Praxis nicht seltenen Serienverfahren nur dann ein Ende haben könnte, wenn durch den Gesetzgeber ein neuer Straftatbestand implementiert würde, bei dem bereits solche Serientäuschungen, die geeignet sind, eben solche Serienirrtümer und dadurch bedingt Serienvermögensschäden hervorzurufen, als solche strafrechtlich bewehrt wären.

Die Schaffung eines solchen (neuen) Vorfeldtatbestandes würde die jetzigen dogmatischen Verwerfungen freilich nur beenden, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung dann selbst mit Blick auf die hier kritisierte Vorgehensweise zur massenhaften Irrtumsfeststellung einlenkt oder das *BVerfG* auf entsprechende Verfassungsbeschwerden hin einschreiten würde. Wer dies für illusorisch hält, der wird hinnehmen müssen, dass der Betrugstatbestand die aus der Rechtsprechung zu gleichförmigen Massenverfahren folgenden strukturellen Veränderungen dauerhaft erfährt. Der hier vorgeschlagene Weg ist daher möglicherweise kein Königsweg, aber vielleicht ein Ausweg aus der jetzigen dogmatischen Sackgasse.

<sup>89</sup> *Rönnau/Becker* JuS 2014, 504, 507: „Das ist – bei allem Verständnis für die Schwierigkeiten bei der tatrichterlichen Aburteilung insbesondere von Serientaten im Betrugsbereich – eine bedenkliche Entwicklung.“

<sup>90</sup> Vgl. nur *A. Kaufmann*, in: Festschrift für Henkel, 1974, S. 89, 103, im Kontext des zweifellos zu befürwortenden strafrechtlichen Subsidiaritätsprinzips; ders., *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. (1997), S. 224 f.

Aufsätze und Anmerkungen

# Zangenangriff auf den Honorar-Wahlarzt

## Wie Karlsruhe und Berlin ein etabliertes Versorgungsmodell sanktionieren

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider und RA Thorsten Ebermann

### I. Ausgangslage

Mit Urteil vom 16.10.2014 [Az. III ZR 85/14] in Zivilsachen hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass die vertragliche Vereinbarung sog. Wahlleistungen, die durch Honorarärzte<sup>1</sup> im Rahmen der Versorgung stationärer Patienten des Krankenhauses erbracht werden, nichtig ist.

Die Thematik ist von erheblicher wirtschaftlicher Brisanz, denn die Abrechnung „wahlärztlicher Leistungen“ gemäß § 17 KHEntg ermöglicht lukrative Zusatzentnahmen auf GOÄ-Basis, die zwar angestellten und beamteten Krankenhausärzten nach wie vor offen stehen, jedoch auf Honorarbasis tätigen Vertragsärzten seit dem 16.10.2014 (vorbehaltlich der unter IV. empfohlenen Vorgehensweise) verschlossen sind.<sup>2</sup> Für die Patienten

<sup>1</sup> Zum Begriff des Honorarkooperationsarztes vgl. *Schneider/Ebermann* HRRS 2013, 219 ff.; *Ebermann* Aktuelle Kardiologie 2012, 213 f.

<sup>2</sup> Grundlegend zur Abrechnung wahlärztlicher Leistungen: *Wagner/Nösser/Korthus* Das Krankenhaus 2005, 396 ff.; *Bender* MedR 2008, 336 ff.; *Porten*, Grundlagen und Grenzen der Leistungserbringung durch Honorarärzte (2014), 185 ff.

hat dies zur Folge, dass sie sich nicht mehr uneingeschränkt durch vertragliche Vereinbarung bedingen können, durch den Arzt ihres Vertrauens behandelt werden zu können.

Der Sachverhalt der Entscheidung des BGH in Zivilsachen betraf die Rückforderung ärztlicher Honorare durch eine private Krankenversicherung (Klägerin) gegen einen Honorarkooperationsarzt (Beklagter), der in seiner Funktion als niedergelassener Vertragsfacharzt Mitglied einer Gemeinschaftspraxis war. Hintergrund war die Behandlung der Versicherungsnehmerin (Patientin) durch den Beklagten in einem Krankenhaus. Der stationären Versorgung der Versicherungsnehmerin lagen ein „Behandlungsvertrag über im Krankenhaus zu erbringende stationäre Leistungen“ sowie eine „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“ zugrunde. Auf der genannten Wahlleistungsvereinbarung war der Beklagte weder als Wahlarzt noch als „gewünschter“ Stellvertreter des Wahlarztes aufgeführt. Eine Beauftragung des Beklagten im Rahmen der externen Wahlartzkette erfolgte nicht. Der Beklagte liquidierte die von ihm erbrachten ärztlichen Leistungen gegenüber dem Patienten. Die Versicherung forderte die Summe aus abgetretenem Recht zurück und bekam vor dem BGH Recht.

Der BGH schließt sich in seiner Entscheidungsbegründung hierbei der von Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums zu recht vertretenen engen Auslegung<sup>3</sup> des § 17 Abs. 3 KHEntG an und führt insofern aus:

*„Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntG erstreckt sich eine Wahlleistungsvereinbarung, deren wirksamer Abschluss Grundlage für die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen ist, auf angestellte und beamtete Krankenhausärzte, denen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht eingeräumt hat. Niedergelassene Honorarärzte wie der Beklagte, die auf Grund eines Kooperationsvertrags im Krankenhaus tätig werden, ohne dort angestellt zu sein, sind jedoch weder Beamte noch Angestellte des Krankenhauses.“<sup>4</sup>*

In der Praxis ist, wie im Einzelnen unter II. noch darzustellen sein wird, die Abrechnung von Wahlleistungen durch Honorarkooperationsärzte in unterschiedlichsten Fallvarianten weit verbreitet. Neben den zivilrechtlichen Konsequenzen<sup>5</sup> kann nach geltendem und künftigen Recht auch der Staatsanwalt zuständig sein. Zu prüfen sind de lege lata Körperverletzung und Betrug, „de lege ferenda“ ist zudem an § 299a StGB zu denken. Insbesondere unter dem zuletzt genannten Blickwinkel dürfte die

<sup>3</sup> Clausen ZMGR 2012, 248 ff., 255, ferner: ders. MedR 2013, 57 f.; ders. MedR 2014, 586 ff.; ders. MedR 2009, 655 ff.; ders. Radiologen WirtschaftsForum 11/2014, 5 f. Zur Gegenauffassung vgl. Altendorfer/Heppekausen NZS 2011, 493 ff.; Hauser/Renzewitz/Schliephorst, Vertragsärztliche Tätigkeit im Krankenhaus (2009), 156; Jenschke Der Honorararzt 21.12.2012.

<sup>4</sup> BGH v. 16.10.2014 – III ZR 85/14 = GesR 2014, 720 ff.

<sup>5</sup> Seit der Entscheidung des BGH sind Honorarforderungen von Honorarärzten gegen Patienten nicht mehr gerichtlich durchsetzbar (§ 134 BGB), bereits geleistete Vergütungen können kondiziert werden (§ 812 BGB).

Debatte um die strafrechtliche Relevanz der „getarnten“ Zuweisung gegen Entgelt wieder aufleben.<sup>6</sup>

## II. Praxisrelevante Szenarien

### 1. Direktabrechnung von Wahlleistungen durch den Honorarkooperationsarzt auf dem Briefkopf der Praxis

Häufig rechnen Honorarkooperationsärzte die im Rahmen der Krankenhausbehandlung erbrachten Wahlleistungen auf eigenem Briefkopf der Praxis ab.

Zivilrechtlich liegt dem in der Regel ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag des Patienten mit dem Krankenhaus und ein Zusatzvertrag des Honorarkooperationsarztes mit dem Patienten über die ärztliche Wahlleistung zugrunde.<sup>7</sup> Alternativ ist auch ein gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag denkbar.<sup>8</sup> Bei der zuletzt genannten Variante der Vertragsgestaltung schuldet der Krankenhausträger nur die pflegerischen und untergeordnete medizinische Leistungen. Die eigentliche ärztliche Behandlung folgt ausschließlich aus der getroffenen Wahlleistungsvereinbarung. So liegt es beispielsweise bei Belegärzten. Die Entscheidung des BGH lässt diese Vertragsgestaltung und das Belegarztmodell insgesamt zwar unberührt. Soweit aber der Vertrag des Patienten mit dem Honorarkooperationsarzt – außerhalb des Belegarztmodells – in dem Abschluss einer Wahlarztvereinbarung besteht, steht dem die Entscheidung des BGH v. 16.10.2014 entgegen. Insofern ist es unerheblich, ob Grundlage für die Behandlung ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag oder ein gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag bildet. Denn § 17 KHEntG gilt unabhängig von der vertraglichen Gestaltung für jede Form der Vereinbarung von Wahlleistung.

Die diesbezüglichen strafrechtlichen Folgen sind noch ungeklärt. In der Literatur wird ohne nähere Prüfung auf § 263 StGB verwiesen. Es sei ein Abrechnungsbetrug denkbar, wenn der Arzt eine gerichtlich nicht durchsetzbare Forderung auf nichtiger Vertragsgrundlage durchsetzen wolle.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Schneider/Gottschaldt wistra 2009, 133 ff.; Schneider HRRS 2009, 484 ff.; Schneider/Ebermann HRRS 2013, 219 ff.; Boemke/Schneider KU 06/2013, 63 f.; Schneider/Eberhardt KU 12/2012, 38 f.; Kölbl wistra 2009, 129 ff.; Kölbl NStZ 2011, 195 ff.

<sup>7</sup> Bäume MedR 2014, 76 ff., 79; Biermann/Ulsenheimer/Weißsauer MedR 2000, 107 ff., 108; Bender MedR 2008, 336 ff.; Kreppe/Siebel Zeitschrift für Herz-,Thorax- und Gefäßchirurgie 2014, 196.

<sup>8</sup> Vgl. Spickhoff in, ders. (Hrsg): Medizinrecht (2014), § 630a BGB, Rn. 32; Schloßer MedR 2009, 313 ff.; Biermann/Ulsenheimer/Weißsauer MedR 2000, 107 ff., 108.

<sup>9</sup> Clausen/Schroeder-Printzen ZMGR 2010, 3 ff., 21; Kreppe/Siebel Zeitschrift für Herz-,Thorax- und Gefäßchirurgie 2014, 196 ff.

## 2. Erbringung spezieller ärztlicher Leistungen in eigenem Labor bzw. eigenen Räumlichkeiten

In anderen Fallkonstellationen, in denen das Krankenhaus dem Arzt die Möglichkeit der Abrechnung von Wahlleistungen einräumen möchte, verfügt der Vertragsarzt über bestimmte medizinische Kompetenzen, die von der Klinik durch eigenes Personal nicht vorgehalten werden. Die entsprechenden diagnostischen oder Behandlungsleistungen werden von dem Arzt entweder in eigenen Räumlichkeiten, in vom Klinikum seitens des Vertragsarztes angemieteten Flächen oder in eigenen Räumen des Klinikums ausgeübt. Der Vertragsarzt erbringt Leistung als Wahlleistung auf Veranlassung eines zur Privatliquidation berechtigten Krankenhausarztes. Im Unterschied zu der Fallkonstellation oben, die „interne“ Wahlarztzettel genannt wird und auf § 17 Abs. 3 Satz 1 1. HS KHEntgG beruht, liegt insofern eine Beauftragung im Rahmen der externen Wahlarztzettel vor, deren grundsätzliche Zulässigkeit aus § 17 Abs. 3 Satz 1 2. HS KHEntgG folgt. Im medizinrechtlichen Schrifttum sind die Einzelheiten der externen Wahlarztzettel umstritten. Dies gilt hinsichtlich des Ortes der Leistungserbringung, der Voraussetzungen des Vertragsschlusses sowie der Auslegung des Begriffs der Veranlassung zur Leistungserbringung.<sup>10</sup> Zu den strafrechtlichen Konsequenzen der unterschiedlichen Grundpositionen, siehe nachstehend unter III.

## 3. Umgehungsstrategien – Wechsel in das Angestelltenverhältnis

Teilweise ist zu beobachten, dass niedergelassene Ärzte und Krankenhäuser in Reaktion auf die Entscheidung des BGH ihr Vertragsverhältnis auf eine „Anstellungslösung“ umstellen. Der niedergelassene Arzt ist in diesen Fällen für das Klinikum nicht mehr auf Honorarbasis, sondern als angestellter Arzt tätig. Dies ist grundsätzlich zulässig, vgl. § 20 Ärzte-ZV. Teilweise finden sich insofern aber problematische Einschränkungen. Beispielsweise sind den Autoren Verträge bekannt, in denen parallel zum Anstellungsvertrag ein Honorarvertrag mit identischem Leistungsinhalt geschlossen wird, so dass das Anstellungsverhältnis einzig zu dem Zweck eingegangen wird, dem Arzt in formaler Übereinstimmung mit den Prämissen des § 17 Abs. 3 KHEntgG die Möglichkeit der Abrechnung von Wahlleistungen einzuräumen. Teilweise sehen die Verträge auch vor, dass lediglich „eigene“ Patienten des Vertragsarztes, die von diesem in das Krankenhaus eingewiesen wurden, stationär auf der Grundlage einer Wahlleistungsvereinbarung behandelt werden.

<sup>10</sup> Einzelheiten bei Hauser, in: Robbers/Wagener (Hrsg.): Die Krankenhausbehandlung. Praxiskommentar zur Vertragsgestaltung (2009), 155; Clausen MedR 2014, 33 ff., 34; Bender GesR 2013, 449 ff.

## III. Strafbarkeitsrisiken

### 1. Abrechnungsbetrug

Von Teilen des medizinstrafrechtlichen Schrifttums wird, wie oben dargelegt, vertreten, die Abrechnung von Wahlleistungen entgegen § 17 Abs. 3 Satz 1 1. HS KHEntgG in Interpretation des BGH erfülle den Straftatbestand des Betruges zum Nachteil des Patienten<sup>11</sup>:

*„Eine Strafbarkeit wegen Betruges kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Leistungen zu Lasten von Selbstzahlern oder Kostenträgern abgerechnet werden, ohne dass die Abrechnungsvoraussetzungen erfüllt sind und dem Abrechnenden dies auch bekannt ist. Wenn dann auf diese Abrechnungen gezahlt worden ist, dürfte nicht nur der Verdacht des versuchten Betruges, sondern auch des Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB begründet sein.“<sup>12</sup>*

Dem ist aus zwei Gründen zu widersprechen.

Erstens ist in Rechnung zu stellen, dass der Tatbestand des § 263 StGB eine maßgebliche Begrenzung durch den Tatsachenbegriff, der den Bezugspunkt der Täuschung darstellt, enthält. Eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB liegt nämlich nur dann vor, wenn sich die „konkludente Miterklärung“ auf Tatsachen, nicht aber dann, wenn sie sich auf Rechtsauffassungen bezieht.<sup>13</sup> Hieraus folgt, dass es nicht auf die Abrechnungsfähigkeit der in Rechnung gestellten Leistung, sondern darauf ankommt, ob die Geltendmachung von Ansprüchen „zugleich inzident Tatsachenbehauptungen“ umfasst.<sup>14</sup>

Wenn demnach der niedergelassene Vertragsarzt in voller Kenntnis der Rechtsprechung des BGH in Fallkonstellation 2.1 weiterhin in eigenem Namen gegenüber den Patienten Wahlleistungen abrechnet, täuscht er über die rechtliche Durchsetzungsfähigkeit seiner Forderung und die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Vertrages über Wahlleistungen, nicht aber über eine Tatsache. Dasselbe gilt in Fallkonstellation 2. Werden die rechtlichen Zulässigkeitsprämissen der externen Wahlarztzettel eingehalten, liegt bereits kein Einfordern einer Leistung, auf die kein Anspruch besteht, vor.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der Abgrenzung von Rechtsausführungen und Tatsachen bei dieser Fallgestaltung nur dann, wenn die Grenzen der externen Wahlarztzettel überschritten werden, so z.B. bei der pauschalen Beauftragung des externen Arztes ohne Abwägung der Spezifika des Einzelfalles und ohne Prüfung der Sinnhaftigkeit der Konsultation eines externen Spezialis-

<sup>11</sup> Clausen/Schroeder-Printzen ZMGR 2010, 3 ff., 21; Krempe/Siebel Zeitschrift für Herz-,Thorax- und Gefäßchirurgie 2014, 196 ff., 200.

<sup>12</sup> Clausen/Schroeder-Printzen ZMGR 2010, 3 ff., 21.

<sup>13</sup> Perron, in: Schönke/Schröder (2014), § 263, Rn. 8 ff.; Hefendehl, in: MüKo StGB (2014), § 263, Rn. 85 ff.; Fischer, StGB (2015), § 263, Rn. 27; Lackner, in: Lackner/Kühl (2014), § 263, Rn. 5; Kindhäuser, in: K/N/P (2013), § 263, Rn. 85 ff.; Hoyer, in: SK StGB (2014), § 263, Rn. 19.

<sup>14</sup> Dann, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.): Brennpunkte des Arztstrafrechts (2012), 31 ff.; Schneider/Geiger GesR 2012, 286 ff.

ten. Allerdings bestehen gegenwärtig bei der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 1 2. HS KHEntgG (externe Wahlartzkette) noch erhebliche Gestaltungsspielräume, weil die Entscheidung des BGH v. 16.10.2014 diese Konstellation nicht erfasst und weitere höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht vorliegen. In der Fallgruppe 3 kann die der Abrechnung zugrunde liegende Wahlleistungsvereinbarung als „Umgehungsstruktur“ gemäß § 134 BGB ebenfalls nichtig sein<sup>15</sup>, auch insoweit läge nach hier vertretenem Standpunkt aber keine Täuschung über Tatsachen vor.

Für die Rechtspraxis ist zwar zu bedenken, dass der BGH in neuerer Entscheidung dazu tendiert, in der Abrechnung aus Rechtsgründen nicht erstattungsfähiger Leistungen eine Täuschung über Tatsachen zu sehen<sup>16</sup>. Faktisch hat sich in der Rechtsprechung somit eine streng sozialrechts- bzw. zivilrechtsakzessorische Interpretation des § 263 StGB durchgesetzt, die den Verstoß gegen sozialrechtliche, krankenhaushaltliche oder gebührenrechtliche Tatbestände zu einer betrügerischen Leistungerschleichung hochstilisiert. Da es bei den vorliegenden Fallkonstellationen aber an jedem faktischen Substrat der in der Rechnung des Arztes verkörperten Erklärung fehlt, ist fraglich, ob die Rechtsprechung auch vorliegend die Täuschung bejahen würde.

Zweitens fehlt es nach der hier vertretenen Auffassung auch an einem Vermögensschaden, weil der Vermögensabfluss in Gestalt der GOÄ-Vergütung einen Gegenwert hatte. Dieser bestand in der indizierten und vom Patienten gewünschten Behandlung durch „seinen“ Arzt.

Freilich wird die Rechtsprechung insofern zu einem anderen Ergebnis kommen. Denn aufgrund der Annahmen der „streng formalen Betrachtungsweise“ geht sie auch dann von einem Vermögensschaden aus, wenn die Leistung fachlich einwandfrei erbracht wurde und medizinisch indiziert war.<sup>17</sup> Auch wenn es zu den Fallgestaltungen der Abrechnung von Wahlleistungen durch Honorarkooperationsärzte noch keine höchstrichterliche Entscheidung in Strafsachen gibt, kann man davon ausgehen, dass die Rechtsprechung streng formal aus der Verletzung des § 17 Abs. 3 KHEntgG auf eine wirtschaftlich wertlose Leistung und damit auf einen Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB schließen wird. Vor diesem Hintergrund sind Verfolgungsrisiken auch bei den vorliegenden Szenarien nicht auszuschließen.

<sup>15</sup> Clausen ZMGR 2014, 416, 418.

<sup>16</sup> Vgl. BGH v. 10.3.1993 – 3 StR 461/92 = NStZ 1993, 388 ff. (Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot: Täuschung über die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Behandlung); BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11 = HRRS 2012 Nr. 313 (Verstoß u.a. gegen Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung sowie Verwendung nicht vorgesehener Gebührensätze: Täuschung über die Konformität der Abrechnung mit geltenden Vorschriften); BGH v. 16.6.2014 – 4 StR 21/14 = HRRS 2014 Nr. 830 (Verstoß gegen eine Pflegezusatzvereinbarung: Täuschung über die Qualifikation des Pflegepersonals); AG Landsberg/Lech v. 16.1.2013 – 6 Ls 200 Js 141129/08 = MedR 2013, 735 ff. (Verstoß gegen das Depotverbot nach § 128 Abs. 1 SGB V: Täuschung über dahingehend konforme Abrechnung) und hierzu kritisch: Schneider/Kaltenhäuser medstra 2015, 25, 29.

<sup>17</sup> BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11 = HRRS 2012 Nr. 313.

## 2. Körperverletzung

Berücksichtigt man den Umstand, dass nach h.M. und ständiger Rechtsprechung der ärztliche Heileingriff per se eine tatbestandsmäßige Körperverletzung darstellt<sup>18</sup>, ist der Vorwurf der Verletzung des § 223 StGB nicht von vornherein ausgeschlossen. So geht beispielsweise das Oberlandesgericht Braunschweig<sup>19</sup> in einer Arzthaftungssache davon aus, die Einwilligung des Patienten in den Heileingriff hänge davon ab, dass die Wahlarztvereinbarung rechtswirksam zustande gekommen sei. Folgt man dem, wäre die Einwilligung des Patienten in den Fällen einer zivilrechtlich unwirksamen Wahlleistungsvereinbarung stets unwirksam und die vorsätzliche Körperverletzung in Gestalt der Behandlung des Patienten demnach auch rechtswidrig.

Für die strafrechtliche Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung ist in Rechnung zu stellen, dass der Patient die Wahlarztvereinbarung im Glauben an die Rechtswirksamkeit des zu Grunde liegenden Vertrages abschließt und die Einwilligung somit an einem Willensmangel leidet. Nach der Position der Rechtsprechung sind „ärztliche Heileingriffe nur durch eine von Willensmängeln nicht beeinflusste Einwilligung des Patienten“<sup>20</sup> gerechtfertigt. Derartige Irrtümer bei der Erteilung der Einwilligung dürften in Übereinstimmung mit einer im Schrifttum vertretenen Auffassung allerdings nur dann beachtlich sein, wenn sie sich auf das Rechtsgut des vom Täter verletzten Straftatbestandes beziehen.<sup>21</sup> Rechtsgut des § 223 StGB ist die körperliche Unversehrtheit und nicht das Vermögen des Patienten.<sup>22</sup> Unterschreibt dieser eine nach Rechtsprechung des BGH nichtige Wahlleistungsvereinbarung und zahlt er das geforderte ärztliche Honorar im Vertrauen auf die Bestandskraft der Vereinbarung und die Rechtswirksamkeit des Vertrages, irrt er über das Bestehen einer Forderung, nicht aber über die Art und den Umfang der Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit im Rahmen des ärztlichen Eingriffs. Der Vorwurf einer Körperverletzung lässt sich demnach nicht begründen.<sup>23</sup> Ob die Rechtsprechung auf der Grundlage der oben darlegten Position zu einem anderen Ergebnis kommt, ist unsicher. Denn die bisher entschiedene

<sup>18</sup> Vgl. dazu etwa BGH v. 20.2.2013 – 1 StR 585/12 = HRRS 2013 Nr. 342; Eser, in: Schönke/Schröder (2014), § 223, Rn. 27 ff.; Joecks, in: MüKo StGB (2012), § 223, Rn. 42 ff.; Fischer, StGB (2015), § 223, Rn. 16 ff.; Lackner, in: Lackner/Kühl (2014), § 223, Rn. 8 ff.; Paeffgen, in: K/N/P (2013), § 228, Rn. 56 ff.; Wolters, in: SK StGB (2014), § 223, Rn. 30b ff. Zusammenfassend auch Schneider, in: Mitglieder der Juristenfakultät (Hrsg.): Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig (2009), 165 ff.

<sup>19</sup> OLG Braunschweig v. 25.9.2013 – 1 U 24/12 = GesR 2014, 155.

<sup>20</sup> So der BGH im *Bohrerspitzenfall* (BGH v. 20.1.2004 – 1 StR 319/03 = HRRS 2004 Nr. 193).

<sup>21</sup> Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970), 19 ff. nach Roxin, AT I (2006), 581.

<sup>22</sup> Eser, in: Schönke/Schröder (2014), § 223, Rn. 1; Joecks, in: MüKo StGB (2012), § 223, Rn. 1; Fischer, StGB (2015), § 223, Rn. 2; Lackner, in: Lackner/Kühl (2014), § 223, Rn. 1; Paeffgen, in: K/N/P (2013), § 223, Rn. 2.; Wolters, in: SK StGB (2014), § 223, Rn. 1.

<sup>23</sup> So auch Roxin, AT I (2006), 582 mit anderer Begründung.

denen Fälle<sup>24</sup> betreffen rechtsgutsbezogene Irrtümer und nicht Fehlvorstellungen über außerhalb des Schutzzwecks des § 223 StGB liegende Umstände. Jenseits arztstrafrechtlicher Sachverhalte ist die Rechtsprechung zu Willensmängeln bei der Einwilligung von Kasuistik geprägt. Es soll in jedem Einzelfall unter Würdigung der besonderen Umstände entschieden werden, „ob und inwieweit ein Willensmangel beachtlich ist“<sup>25</sup>. Insofern besteht auch Offenheit für die hier vertretene Differenzierung.

Folgt dem hier vertretenen Ansatz, führt keine der oben genannten Fallkonstellationen zu einer Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung.

### 3. § 299a EStGB gem. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen v. 4.2.2015

Da der geplante Tatbestand der Korruption im Gesundheitswesen<sup>26</sup> insbesondere auch auf niedergelassene Ärzte anwendbar ist, wird insofern eine Lücke im Schutz des Wettbewerbs<sup>27</sup> geschlossen, die durch die Entscheidung des Großen Senats<sup>28</sup> entstanden war.<sup>29</sup>

Vor diesem Hintergrund sind de lege ferenda auch Fälle der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt strafbar<sup>30</sup>. Auch dann, wenn der Arzt eine Gegenleistung in Form der Behandlung erbringt, kann bei unangemessen hohem Honorar die bevorzugte Einweisung in das Klinikum des Vorteilsgebers den Vorwurf der Unrechtsvereinbarung

<sup>24</sup> Auch BGH v. 1.2.1961 – 2 StR 457/60 = BGHSt 16, 309, vom BGH im *Bohrerspitzenfall* zitiert, bezieht sich auf Fallkonstellationen rechtsgutsbezogener Irrtümer.

<sup>25</sup> OLG Stuttgart v. 7.7.1961 – 2 Ss 213/61 = NJW 1962, 62 ff.

<sup>26</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen v. 4.2.2015; *Badle medstra* 2015, 2 ff.; *Schneider HRRS* 2013, 473 ff.; *Kubiciel/Tsamibikakis medstra* 2015, 11 ff.

<sup>27</sup> Zu den von § 299a EStGB geschützten Rechtsgütern vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen v. 4.2.2015, 11: „Er dient der Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen (...). Er dient ferner dem Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen. Mittelbar wird der Straftatbestand auch die Vermögensinteressen der Wettbewerber im Gesundheitswesen sowie die Patienten und der gesetzlichen Krankenversicherung schützen“.

<sup>28</sup> BGH v. 29.3.2012 – GSSt 2/11 = HRRS 2012 Nr. 612.

<sup>29</sup> *Dannecker*, in: *K/N/P* (2013), § 299, Rn. 23e; *Fischer*, StGB (2015), § 299, Rn. 10e; *Krick*, in: *MüKo StGB* (2014), § 299, Rn. 11; *Heine/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (2014), § 299, Rn. 8a; *Geiger CCZ* 2012, 172 ff.

<sup>30</sup> Auch diese Fallkonstellationen zu erfassen, ist das erklärte Ziel des Entwurfs, vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen v. 4.2.2015, 19.

begründen.<sup>31</sup> Einschlägig wären insofern § 299a Abs. 1 Nr. 1 EStGB (unlautere Bevorzugung im Wettbewerb) und – subsidiär – auch § 299a Abs. 1 Nr. 2 EStGB, weil die Zuweisung gegen Entgelt auch berufsrechtswidrig ist (§ 31 Abs. 1 MBO sowie § 73 Abs. 7 SGB V).<sup>32</sup>

Strafbarkeitsrisiken für den Vertragsarzt und den Geschäftsführer des Krankenhauses, der den Vertrag mit dem niedergelassenen Arzt abschließt, bestehen daher insbesondere in Fallkonstellation 3. Denn insofern liegt es nahe, dass die „Angestelltenlösung“, mit der die Vertragsparteien nunmehr formal in Einklang mit der BGH Rechtsprechung vom 16.10.2014 agieren wollen, als „Belohnung“ des Vertragsarztes für die Zuweisung von Patienten eingestuft wird, durch die der Vertragsarzt in den Genuss des Honorars aus wahlärztlicher Behandlung kommen soll.

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Strafverfolgungsrisiken sind nachfolgend kurz überblicksartig nach unserem Dafürhalten gesetzeskonforme Lösungsansätze zur Einbeziehung des niedergelassenen Vertragsarztes in die wahlärztliche Behandlung aufzuzeigen:

## IV. Lösungsansätze

### 1. Der Weg über die externe Wahlärztkette

Die Beauftragung eines niedergelassenen Arztes, der zu dem Krankenhaus in keinem Anstellungsverhältnis steht, über die externe Wahlärztkette des § 17 Abs. 3 Satz 1 2. HS KHEntgG ist vorbehaltlich der gegebenen rechtlichen Grenzen und gegenwärtigen Unwägbarkeiten durchaus möglich. Die externe Kette bietet sich insbesondere dann an, wenn der niedergelassene Arzt über spezielle Kompetenzen verfügt, die im Krankenhaus durch eigenes Personal nicht vorgehalten werden.

Mit Skepsis ist demgegenüber ein in der Literatur für diese Fallgestaltung vorgesehener Vorschlag zu betrachten, der – ohne Beauftragung im Rahmen der externen Kette – eine Lösung über die so genannte „gewünschte Stellvertretung“ sucht.<sup>33</sup> Wünsche der Patient die Behandlung durch einen externen Spezialisten, komme dieser als gewünschter Stellvertreter des liquidationsberechtigten Krankenhauses in Betracht, ohne dass es der externen Beauftragung über § 17 Abs. 3 Satz 1 1. HS KHEntgG bedürfe.

<sup>31</sup> Dies folgt aus der Rechtsprechung des BGH zum Vorteilsbegriff der § 331 ff. StGB, BGH v. 21.6.2007 – 4 StR 99/07 = HRRS 2007 Nr. 731. Zur Gegenauffassung: *Schneider*, in: ders. (Hrsg.): *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag* (2008), 331 ff., aus dem medizinrechtlichen Schrifttum, vgl. *Ratzel/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung für die Deutschen Ärzte (2010), § 32, Rn. 23: Die Kooperationen zwischen niedergelassenen Ärzten und Klinikträgern seien ein „Deckmantel“ für Krankenhäuser, um „einweisende Ärzte (...) an das Haus zu binden“. Die „Grenzen des guten Geschmacks“ seien „teilweise längst überschritten“.

<sup>32</sup> Zu dieser Thematik *Schneider/Ebermann HRRS* 2013, 219 ff.

<sup>33</sup> *Bender GesR* 2013, 449 ff.

Das KHEntg sieht aber einen eigenständigen Weg für die genannte Fallkonstellation vor, der nicht durch eine extensive Interpretation des § 17 Abs. 3 Satz 1 1. HS KHEntg umgegangen werden darf. Hierfür spricht nicht zuletzt auch, dass von Stellvertretung nur dann gesprochen werden kann, wenn der Stellvertreter über vergleichbare Kompetenzen verfügt wie der Vertretene. Verfügt die Vertretene über die entsprechenden medizinischen Kompetenzen nicht, erweitert der Stellvertreter das Handlungsspektrum des Klinikums, wird aber begrifflich nicht an Stelle des Vertretenen tätig.

## 2. Die Anstellungslösung

Grundsätzlich bildet die in Fallkonstellation 2.3 angesprochene „Angestelltenlösung“ eine gesetzeskonforme Möglichkeit, den niedergelassenen Arzt in die interne Wahlarztkette einzubeziehen. Den gesetzlichen Voraussetzungen der internen Wahlarztkette ist in diesem Fall Rechnung getragen, weil es sich bei dem Wahlarzt um einen angestellten Arzt des Krankenhauses handelt. Aus den oben genannten Gründen sind allerdings Umgehungsstrukturen zu vermeiden. Daher verbieten sich Formulierungen in Verträgen, bei denen die Privatliquidationsbefugnis auf die Behandlung von Patienten beschränkt wird, die seitens des niedergelassenen Arztes zuvor zur stationären Behandlung in das Krankenhaus eingewiesen wurden. Auch sind Mischlösungen fraglich, in denen dieselbe Tätigkeit teils auf Honorarbasis (hier sind wegen des unternehmerischen Risikos höhere Einzelhonorare möglich), teils im Angestelltenverhältnis (um dem niedergelassenen Arzt die Berechnung von Wahlleistungen zu ermöglichen) verrichtet werden soll.

## 3. Honorararztstätigkeit

In jedem Fall ist zudem weiterhin die Tätigkeit als Honorararzt eine rechtssichere Möglichkeit für Vertragsärzte, im stationären Sektor Leistungen (d.h. allgemeine Krankenhausleistungen) zu erbringen.<sup>34</sup> Unter Zugrunde-

<sup>34</sup> Siehe hierzu „Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung“ (GKV-VStG) vom 22.12.2011, in Kraft seit 01.01.2012 (BGBl. I, 2983), zusammenfassend *RatzelSzabados* GesR 2012, 210 ff. und außerdem durch das im Zuge des „Gesetzes zur Einführung eines pauschalierten Entgeltsystems für

psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen“ (PsychEntg) vom 21.7.2012, BGBl. I, 1613, Geltung ab 1.1.2013, geänderte KHEntG, zusammenfassend *Clausen ZMGR* 2012, 248 ff.

35 BGH v. 16.10.2014 – III ZR 85/14 = GesR 2014, 720 ff.

36 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen v. 4.2.2015; *Badle medstra* 2015, 2 ff.; *Schneider HRRS* 2013, 473 ff.; *Kubiciel/Tsambikakis medstra* 2015, 11 ff.

37 Siehe hierzu ausführlich: *Schneider/Ebermann HRRS* 2013, 223 f. („Korridorbetrachtung“).

38 Für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen wurde für die deutschen Krankenhäuser gemäß § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) ein durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem eingeführt. Grundlage hierfür bildet das G-DRG-System (German-Diagnosis Related Groups-System), wodurch jeder stationäre Behandlungsfall mittels einer entsprechenden DRG-Fallpauschale vergütet wird.

39 Vgl. hierzu BSG v. 17.3.2005 – B3 KR 11/04R = GesR 2005, 357.

gung der BGH-Rechtsprechung<sup>35</sup> sowie den gesetzgeberischen Vorhaben<sup>36</sup> ist allerdings zu beachten, dass – wie ausführlich beschrieben – hierbei keine Wahlleistungen erbracht und abgerechnet werden können. Die angemessene Beteiligung<sup>37</sup> des Honorararztes an von Krankenhäusern abgerufenen DRG<sup>38</sup> bleibt jedoch möglich; ebenso vertragliche Ausgleichsregelungen zwischen Vertragsarzt und Klinik für die Fälle, in denen ein zunächst begonnener ambulanter Behandlungsfall in den stationären Bereich „kippt“ (so genannter „gekippter Behandlungsfall“), weil damit dem Vertragsarzt die ambulanten Abrechnungsmöglichkeiten rechtlich verwehrt sind, obwohl entsprechende (Vor-)Leistungen erbracht wurden.<sup>39</sup>

Insgesamt bleibt abzuwarten, ob und wie das Strafrecht in der Praxis mit der Entscheidung des BGH in Zivilsachen umgehen wird. Mit entsprechenden Verfahren ist in Kürze zu rechnen. Schon jetzt verweigern private Krankenversicherungen über den unmittelbaren Regelungszusammenhang der Entscheidung vom 16.10.2014 hinaus die Erstattung der ärztlichen Honorare. Dass bei den entsprechenden zivilrechtlichen Verfahren das Strafrecht als Druckmittel eingesetzt wird, ist für die betroffenen Ärzte bitter, in der Praxis aber die Regel.



# Das heimliche Verschwinden der Appellfunktion des Straftatbestandes und die unheimliche Kriminalisierung des Bürgers

Ist in der komplexen Lebenswirklichkeit jedes strafrechtliche Verbot allein mit gesundem Menschenverstand klar erkennbar?

Von Dr. iur. Maximilian Gaßner, Präsident des Bundesversicherungsamtes, und Jens M. Strömer, LL.M. (Medizinrecht), Referent im Bundesversicherungsamt, Bonn\*

## I. Die Appellfunktion des Straftatbestandes

Der Gedanke einer Appellfunktion des Straftatbestandes<sup>1</sup> ist ein wichtiger Aspekt der ethischen Legitimation des staatlichen Strafanspruchs. Er besagt, dass sich aus den äußeren Umständen einer strafbaren Handlung für den Täter der Unwertgehalt einer Tat unmittelbar aus dem gesunden Menschenverstand („common sense<sup>2</sup>“) ergibt und er vor der Begehung der Tat von selbst ein inneres Warnsignal, einen „Appell“, erfährt.<sup>3</sup> Die herkömmliche

Strafrechtsdogmatik<sup>4</sup> geht insofern davon aus, dass allein die Sozialwidrigkeit eines bestimmten Verhaltens einen Menschen daran erinnert, dass ein bestimmtes Verhalten verboten sein könnte und daher zu unterlassen ist. Hieraus zieht die Gesellschaft u. a. die ethische Berechtigung, dass ein Täter für eine Handlung auch dann bestraft werden kann, wenn er seine Handlung nicht juristisch exakt unter die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des entsprechenden Strafgesetzes subsumieren kann.<sup>5</sup> Insofern ist der Gedanke der Appellfunktion des Tatbestandes auch Ausdruck einer naturrechtlichen Vorstellung, wonach es unabhängig von den jeweiligen kulturellen Einflüssen und der Kenntnis der konkreten staatlichen Gesetze selbstverständlich ist, dass manche Handlungen besonders verwerflich und daher strafwürdig sind. In nahezu allen Kulturen und nahezu allen Rechtsordnungen war zu allen Zeiten anerkannt, dass es verboten ist, andere Menschen grundlos zu töten, andere Menschen grundlos zu verletzen oder anderen Menschen etwas zu stehlen. Insofern ist der Gedanke einer Appellfunktion des Tatbestandes auch Ausdruck eines ethischen Grundkonsenses der Gesellschaft bzw. sogar der gesam-

\* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

<sup>1</sup> Der Begriff „Appellfunktion des Tatbestandes“ dürfte auf den japanischen Strafrechtsdogmatiker *Yoshikatsu Naka* (1922-1993) zurückzuführen sein, der ihn mit seinem Beitrag *Naka JZ* 1961, 210 ff. in die deutsche Rechtslehre eingeführt hat (vgl. dazu *Hruschka* in FS f. *Roxin*, 2001, S. 441, 447 Fn. 33). Der Gedanke selbst ist aber älter als der Begriff, vgl. *Engisch ZStW* 70 (1958), 566, 572.

<sup>2</sup> Der im angelsächsischen Bereich verwendete Begriff „common sense“ und die angelsächsische Philosophie vermitteln wesentlich klarer das Kernanliegen des Begriffs und die damit verbundene Philosophie als die deutsche philosophische Auseinandersetzung um den Begriff „gesunder Menschenverstand“. Insbesondere der Deutsche Idealismus lehnte den Begriff „gesunder Menschenverstand“ kategorisch ab. *Hegel* sieht darin eine Abneigung der Vernunft gegen sich selbst und sein „politischer Stiefsohn“ *Karl Marx* bezeichnet ihn als eine Form historischer Dummheit und – wie sollte es anders sein! – als ein Instrument der herrschenden Klasse (Enzyklopädie [1830]; § 63). Vollends diskreditiert wurde der Begriff durch seine missbräuchliche und fehlerhafte Weiterentwicklung zum „gesunden Volksempfinden“ durch die Rechtslehre des deutschen Nationalsozialismus. Im angelsächsischen Sprachraum genießt der Begriff „common sense“ dagegen bis heute hohes Ansehen.

<sup>3</sup> *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 31 Rdnrn. 1 f. S. 273; *Dinter*, Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue, 2012, S. 42 Rdnr. 69; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 393; *Arzt ZStW* 91 (1979), 857, 859 f.

<sup>4</sup> Gegen die Vorstellung einer Appellfunktion des Tatbestandes aber ausdrücklich z. B. *Rinck*, Der zweistufige Deliktaufbau, 2000, S. 84 ff.; kritisch für den Bereich des Nebenstrafrechts z. B. *Neumann* in *Kindhäuser/Neumann/Paefffgen* (Hrsg.), StGB, 4. Aufl. 2013 § 17 Rdnrn. 90 ff. In Bezug auf das Nebenstrafrecht hat sogar der Große Senat des BGH die allgemeine Erkennbarkeit strafrechtlicher Verbote in Zweifel gezogen, BGH, Beschl. v. 18.3.1952 – GStSt 2/51, Rdnr. 20, juris = BGHSt 2, 194, 203.

<sup>5</sup> Grundlegend *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 75 f.; eine Mindermeinung verlangt aber bei strafrechtlichen Blankettgesetzen im Nebenstrafrecht mit Blick auf die hier fehlende Appellfunktion für die Strafbarkeit richtigerweise, dass der Täter Kenntnis von Inhalt und Gültigkeit der blankettausfüllenden Einzelregelungen hat (*Puppe* in *Kindhäuser/Neumann/Paefffgen* [Hrsg.], StGB, 4. Aufl., 2013, § 16 Rdnrn. 64 ff.; dies wird von der h. M. aber nicht anerkannt, vgl. *Joecks* in *MünchKomm-StGB*, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 74).

ten Menschheit. Bei manchen Delikten gibt es zwar unterschiedliche kulturelle Bewertungen des Unwertgehaltes, jedoch werden im deutschen Kernstrafrecht i. d. R. nur solche Handlungen strafrechtlich sanktioniert, deren gesellschaftlicher Unwertgehalt grundsätzlich jeder unmittelbar erfassen kann, selbst wenn nicht jeder den gesellschaftlichen Grundkonsens unserer Gesellschaft teilt. Für extreme Grenzfälle gibt es die Rechtsfigur des unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 S. 1 StGB).<sup>6</sup>

Derzeit ist bei der strafrechtlichen Sanktionspraxis eine bemerkenswerte Entwicklung zu beobachten. Einerseits kommt es im Bereich der Gewaltkriminalität nach wie vor dazu, dass die Justiz bisweilen die „Banalität des Bösen“ unterschätzt und für Straftaten mit schwerwiegenden körperlichen und seelischen Folgen für das Opfer trotz erwiesener Schuld des Täters verhältnismäßig niedrige Strafen verhängt werden, obwohl die eindeutigen Umstände der Tat dem Täter unmittelbar einen starken strafrechtlichen Appell vermittelt haben (Stichwort „U-Bahn-Schläger“). Dies ist insoweit nichts Neues. Neu ist aber die Entwicklung, dass im Bereich des Vermögens- und Steuerstrafrechts zunehmend auch für solche Delikte außerordentlich schwere Strafen verhängt werden, bei denen ein Täter bei der Tatbegehung den Unrechtsgehalt seiner Tat allenfalls mit Mühe richtig erfassen kann. Insbesondere im Bereich des Vermögens- und Steuerstrafrechts gibt es eine Reihe von Situationen, in denen ein Täter zwar alle maßgeblichen Tatsachen noch einigermaßen richtig erfasst,<sup>7</sup> in denen er aber infolge der stets komplexer werdenden Lebenswirklichkeit und der ebenfalls stets komplexer und intransparenter werdenden rechtlichen Rahmenbedingungen kaum noch von einem strafrechtlichen Appell erreicht wird. Wenn aber ein Täter kaum noch von einem nennenswerten strafrechtlichen Appell erreicht wird, ist gerade eine harte Sanktionspraxis rechtsethisches besonders zu hinterfragen.

Der Gedanke der Appellfunktion des Straftatbestandes wird gerne von Strafrechtsdogmatikern in akademischen Beiträgen abstrakt reflektiert, während praktisch tätige Juristen nach unserer Einschätzung im forensischen Alltag eher selten mit ihm argumentieren. Wir halten es aber für wichtig, seine Bedeutung für die Praxis zu veranschaulichen, damit er in Rechtsprechung und Gesetzgebung nicht aus dem Blickfeld gerät. Daher stellen wir im Folgenden ausgesuchte Einzelbeispiele aus verschiedensten Bereichen der Lebenswirklichkeit dar, die wir nach abnehmender Erkennbarkeit des strafrechtlichen Verbots geordnet haben. Jedes Beispiel halten wir cum grano salis für repräsentativ für einen bestimmten Lebensbereich.

<sup>6</sup> Allerdings nimmt die Rechtsprechung einen unvermeidbaren Verbotsirrtum aufgrund ihrer hohen Anforderungen teilweise selbst dann nicht an, wenn ein Bürger gutgläubig einem rechtlichen Rat eines Rechtsanwaltes oder gar einem schriftlich erteilten Rechtsrat eines Hochschullehrers gefolgt ist, wenn dieser aus Sicht des Gerichtes unzutreffend war (Näher dazu Gaede HRRS 2013, 449 f., 454 ff.; Kirch-Heim/Samson wistra 2008, 81 ff.).

<sup>7</sup> D. h. er unterliegt keinem den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

## II. Die Erkennbarkeit strafrechtlicher Appelle in der Lebenswirklichkeit

### 1. Beispiele für Situationen mit gut erkennbarem strafrechtlichen Appell

Jeder geistig gesunde Mensch, der einen anderen Menschen grundlos tötet, körperlich verletzt oder ihm grundlos etwas wegnimmt, weiß, dass er damit ein Strafgesetz verletzt. Dies gilt auch dann, wenn er nicht die genauen juristischen Tatbestandsmerkmale von Mord und Totschlag bzw. von Diebstahl, Raub und Unterschlagung kennt.<sup>8</sup> Aus den hier typischerweise eindeutigen Umständen ergibt sich in der Regel ein sehr eindeutiger und ausgeprägter strafrechtlicher Appell, solche Taten nicht zu begehen. Den meisten Menschen wird es auch noch klar sein, dass es wohl verboten sein dürfte, im Auftrag eines vorbestraften Bekannten neue originalverpackte iPads für 50 € auf einem Autobahnparkplatz gegen Provision zu verkaufen. Die äußeren Umstände vermitteln hier in deutlicher Ausprägung den strafrechtlichen Appell „helf nicht bei der Verwertung von Sachen, die aus einer Straftat herrühren“. Zwar werden die wenigsten Menschen die genauen Tatbestandsmerkmale des Hehlereiparagraphen (§ 259 StGB) kennen, jedoch werden doch viele anhand der äußeren Umstände in einer Parallelwertung in der Laiensphäre mühelos erkennen oder jedenfalls vermuten, dass die iPads aus Straftaten herrühren und ihre Verwertung verboten ist.

### 2. Beispiele für Situationen mit schwieriger zu erkennendem strafrechtlichen Appell

Schwieriger sieht die Sachlage jedoch bereits aus, wenn einem arbeitssuchenden Menschen bei der Lektüre einer Internet-Jobbörse ein Stellenangebot für eine Tätigkeit als „Warenagent“, „Versandmitarbeiter“ oder „Logistikassistent“ unterkommt. Arglosen Arbeitssuchenden wird in solchen Stellenangeboten üblicherweise vorgegaukelt, die vorgesehene Arbeit bestehe lediglich darin, an ihre Privatadresse versendete Pakete entgegenzunehmen, sie auf Beschädigungen zu prüfen, dann mit einem Aufkleber zu versehen und anschließend an eine andere Adresse weiterzuschicken. Tatsächlich rühren diese Pakete auch in diesen Fällen typischerweise aus Straftaten her.<sup>9</sup> Daher handelt es sich bei den beworbenen Tätigkeiten um eine strafbare Beteiligung an einer Hehlerei (§ 259 StGB) bzw. Geldwäsche (§ 261 StGB), was den Betroffenen in dem „Stellenangebot“ natürlich nicht direkt mitgeteilt wird. Vielmehr erwecken die „Arbeitgeber“ bei der weiteren Kontaktaufnahme durch einen Bewerber den Eindruck eines echten Arbeitsverhältnisses, indem sie für die Aufnahme der Tätigkeit die Mitteilung der Sozialversiche-

<sup>8</sup> So bereits *Engisch ZStW* 70 (1958), 566, 571.

<sup>9</sup> Vgl. beispielhaft die Polizeiliche Kriminalstatistik – Jahresbericht 2013 des LKA Rheinland-Pfalz S. 87; Pressemitteilung des BKA vom 24.11.2008; Büchel/Hirsch, Internetkriminalität: Phänomene – Ermittlungshilfen – Prävention 2014, S. 102 ff.; erwähnt auch im Neunten Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Deutschen Bundestages, Bundestags-Drucksache 17/12541, S. 49.

rungsnummer, Angaben zur Krankenversicherung, Steuernummer, etc. einfordern. Dass der strafrechtliche Appell „Hilf nicht bei der Verwertung von Sachen, die aus Straftaten herrühren“ hier Bedeutung erlangt, ist anfänglich nicht leicht erkennbar. Allerdings dürfte auch in diesen Fällen den meisten Menschen zumindest nach einigen Überlegungen der Verdacht aufkommen, dass die Pakete aus Straftaten herrühren und es tatsächlich um kriminelles Verhalten gehen könnte. Menschen, die auf diese Stellenangebote eingehen, dürften zwar anfänglich nur schwach von einem strafrechtlichen Appell erreicht werden, der kriminelle Charakter der Tätigkeit wird sich aber in den meisten Fällen später deutlicher zeigen. Daher ist es in vielen Fällen durchaus zu Verurteilungen von „Warenagenten“ gekommen.

### 3. Beispiele für Situationen mit kaum noch erkennbarem strafrechtlichen Appell

Noch weniger erkennbar dürfte ein strafrechtlicher Appell bei einer bestimmten im Gesundheitswesen bestehenden Konstellation gewesen sein, die im Strafverfahren gegen Prof. Dr. med. B., dem Leibarzt des verstorbenen Bundespräsidenten *Johannes Rau*, vorgelegen hat. Prof. B. konnte die Überlebenschancen bestimmter schwerkranker Patienten aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten dadurch erhöhen, dass er die Operationen persönlich durchführt, anstatt sie seinen Oberärzten oder den Chefärzten anderer Kliniken<sup>10</sup> zu überlassen. Außerdem waren in einzelnen Fällen die Überlebenschancen von Patienten größer, je eher die Operation durchgeführt wurde. Gesetzlich versicherte Patienten hatten grundsätzlich<sup>11</sup> keinen Anspruch auf die persönliche Durchführung der Operation durch Prof. B., selbst wenn sie in seiner Klinik in Behandlung und letal erkrankt waren.<sup>12</sup> Aufgrund eines komplizierten Zusammenspiels von krankenversicherungs-, gebührenordnungs- und krankenhausrechtlichen Rahmenbedingungen verhielt es sich so, dass Prof. B. in seiner Funktion als Chefarzt einer Universitätsklinik gesetzlich versicherte Patienten ohne zusätzliche Bezahlung durch den Patienten hätte persönlich operieren dürfen (rechtmäßige Alternative 1), aber grundsätzlich auch berechtigt war, den Wunsch von gesetzlich versicherten Patienten nach der persönlichen Durchführung der Operation abzulehnen (rechtmäßige Alternative 2).<sup>13</sup> Er hätte die persönliche Durchführung der Operation aber auch ohne weiteres davon abhängig machen dürfen, dass die schwer erkrankten gesetzlich versicherten Patienten im Rahmen einer Wahlleistungsvereinbarung den vollen Satz einer privatärztlichen Behandlung

an ihn persönlich zahlen (rechtmäßige Alternative 3).<sup>14</sup> In allen diesen drei Alternativen hätte sich Prof. B. vollkommen rechtmäßig verhalten. In einer Reihe von Fällen hat er sich aber – insbesondere bei finanzschwachen Patienten – für eine vierte Alternative entschieden: Anstatt für die persönliche Durchführung der Operation die volle Höhe des privatärztlichen Satzes für sich persönlich zu fordern, hat er von den gesetzlich versicherten Patienten einen geringeren Geldbetrag – etwa in Höhe eines Drittels bis zur Hälfte des privatärztlichen Satzes<sup>15</sup> – als Spende für die Forschung der Universitätsklinik („Drittmittel“) gefordert und sie als Gegenleistung persönlich operiert. Dies hat das LG Essen u. a. als Nötigung gemäß § 240 Abs.1 StGB und Bestechlichkeit gemäß § 332 Abs. 1 StGB erachtet und ihn zu drei Jahren Haft verurteilt. Hinsichtlich der Nötigung hat das LG Essen besonders darauf abgestellt, dass Prof. B. in drei der dreißig abgehandelten Fälle gesetzlich versicherten Patienten auch ausdrücklich anbot, dass er sie gegen eine Spende nicht nur persönlich behandeln, sondern auch in den Bettenpool der Privatpatienten aufnehmen würde, so dass diese zeitlich früher operiert werden, als wenn sie dem normalen Bettenpool der gesetzlich versicherten Patienten zugeordnet geblieben wären. Den Umstand, dass Wahlleistungspatienten in Krankenhäusern überhaupt zeitlich bevorzugt werden, hat das LG Essen zwar als „deformierte Praxis“ bezeichnet,<sup>16</sup> nicht aber schuld mindernd zu Gunsten von Prof. B. berücksichtigt. Wenn aber ein liquidationsberechtigter Chefarzt von einem gesetzlich versicherten Krankenhauspatienten für eine bessere privatärztliche Behandlung einerseits den vollen privatärztlichen Satz für sich selbst verlangen darf, andererseits die Ermäßigung dieser Forderung bei finanzschwachen Patienten auf ein Drittel oder die Hälfte bei gleichzeitiger Umwidmung als fremdnützige Spende als schlimmes mit Haftstrafe zu sanktionierendes Unrecht anzusehen sein soll, dann stellt sich die Frage, wo ihn hier noch ein nennenswerter Appell des Straftatbestandes erreichen soll. Dass der strafrechtliche Appell „Nötige niemand durch Drohung mit einem empfindlichen Übel“ in dieser Situation eine Rolle spielen soll, ist jedenfalls vor dem Hintergrund schwer erkennbar, dass in dieser Situation die Forderung eines höheren Geldbetrags bei Einordnung als Wahlleistung wiederum erlaubt ist. Sicherlich war das Verhalten von Prof. B. diskussionswürdig, dies gilt dann aber auch für die krankenversicherungs-, gebührenordnungs- und krankenhausrechtlichen Rahmenbedingungen sowie für die gängige Praxis von Krankenträgern, die Terminvereinbarung von Wahlleistungspatienten und Regelleistungspatienten unterschiedlich zu organisieren und hierdurch Privatpatienten i. d. R. im Ergebnis zeitlich zu bevorzugen. Vielleicht hatte Prof. B. schlicht das Pech, dass das LG Essen mit seinem Urteil ein passantes auch noch einen Beitrag zur rein versor-

<sup>10</sup> Laut *Grosse-Wilde* sahen sich teilweise selbst Chefarzte anderer Universitätskliniken nicht in der Lage, entsprechende Operationen wie Prof. B. durchzuführen, *Grosse-Wilde MedR* 2012, 189 f.

<sup>11</sup> In Ausnahmefällen kann es einen Anspruch eines gesetzlich versicherten Patienten auf persönliche Durchführung der Operation durch den Chefarzt wegen der besonderen Schwierigkeit der Behandlung geben, allerdings lag eine solche Ausnahmesituation in dem vom LG Essen entschiedenen Fall des Prof. B. nicht vor, *Grosse-Wilde MedR* 2012, 189 f.

<sup>12</sup> LG Essen, Urt. v. 12.3.2010 – 56 Kls 20/08 = *MedR* 2012, 188; *Grosse-Wilde MedR* 2012, 189.

<sup>13</sup> *Grosse-Wilde MedR* 2012, 189.

<sup>14</sup> *Grosse-Wilde MedR* 2012, 189.

<sup>15</sup> So jedenfalls *Grosse-Wilde MedR* 2012, 189 unter Bezugnahme auf die vorgetragene Behauptung von Prof. B.; das LG Essen hat sich nur dahingehend geäußert, dass der Vermögensminderung durch die Operation ein angemessener Vermögenszuwachs mit der Folge gegenüberstand, dass kein Schaden entstanden sei, LG Essen, Urt. v. 12.3.2010 – 56 Kls 20/08 = *MedR* 2012, 188 f.

<sup>16</sup> LG Essen, Urt. v. 12.3.2010 – 56 Kls 20/08 = *MedR* 2012, 188.

gungspolitischen Diskussion um die „Zwei-Klassen-Medizin“ leisten wollte.

Ebenfalls schwer erkennbar war ein strafrechtliche Appell im sogenannten „Augsburger Laborfall“,<sup>17</sup> in dem Ärzte bestimmte Laborleistungen („M III / M IV-Leistungen [Speziallabor]) abgerechnet haben, mit deren Durchführung sie dann ein qualifiziertes Fremdlabor beauftragt haben, obwohl sie diese Speziallabor-Leistungen nach § 4 Abs. 2 GOÄ nur abrechnen durften, wenn sie die Laborleistung selbst erbracht haben (und auch erbringen durften) oder sie unter ihrer Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden. Hier ist ein Arzt im Rahmen einer Art „Pilotverfahren“ wegen Abrechnungsbetruges verurteilt worden,<sup>18</sup> obwohl das von ihm beauftragte Fremdlabor die Leistung fachlich einwandfrei erbracht hatte und es – nach dem Gedanken des rechtmäßigen Alternativverhaltens – unter keinem Gesichtspunkt zu einem Schaden gekommen ist:<sup>19</sup> Sowohl für den Fall, dass der abrechnende Arzt entsprechend qualifiziert und die Laborleistung selbst erbracht hätte (rechtmäßige Alternative 1), als auch für den Fall, dass der die Laborleistung durchführende Laborarzt selbst die Abrechnung vorgenommen hätte (rechtmäßige Alternative 2), wäre für den Patienten (bzw. dessen Kostenträger) das wirtschaftliche Ergebnis das gleiche wie bei der Wahl der unrechtmäßigen Alternative 3 gewesen, nämlich der Abrechnung im eigenen Namen und Beauftragung eines fachlich qualifizierten Fremdlabors. Die Bedeutung des strafrechtlichen Appells „Verursache keinen Vermögensschaden durch rechtswidrige Täuschung“ ist hier schwer erkennbar, weil das wirtschaftliche Ergebnis für den Patienten bzw. Kostenträger bei der unrechtmäßigen Alternative nicht anders als bei den beiden rechtmäßigen Alternativen gewesen ist. Durch die Wahl einer unrechtmäßigen Alternative hat der Arzt zwar gegen eine gebührenordnungsrechtliche Pflicht verstoßen, jedoch ist diese Berufspflichtverletzung in Bezug auf Kostenträger und Patienten vermögensindifferent.<sup>20</sup> Der BGH hat dagegen den Wert der fachlich fehlerfrei erbrachten Laborleistung mit Blick auf den gebührenordnungsrechtlichen Pflichtverstoß und gegen die allgemeine zivilrechtliche Schadensdogmatik im Ergebnis mit Null bewertet.<sup>21</sup> Ein gewisser Appell war zwar dadurch erkennbar, dass das verdeckte „Outsourcen“ bestimmter Laborleistungen (Speziallabor) einen Verstoß gegen eine gebührenordnungsrechtliche Pflicht (§ 4 Abs. 2 GOÄ) darstellt. Da aber unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens gar kein Schaden entstanden ist, dessen Vorliegen aber Voraussetzung für das Vorliegen eines strafbaren Betruges ist, ist auch hier ein strafrechtlicher Appell in Bezug auf die

drohende Verwirklichung des Straftatbestandes eines Abrechnungsbetrugs nur extrem schwach ausgeprägt (zudem andere Staatsanwaltschaften in Parallelfällen die Betroffenen nicht angeklagt, sondern die Verfahren wegen fehlenden Schadens eingestellt haben<sup>22</sup>). Insoweit ist es durchaus bemerkenswert, dass es in dieser Fallkonstellation zu einer Verurteilung zu einer mehrjährigen Haftstrafe gekommen ist.<sup>23</sup>

#### 4. Beispiele für Situationen ohne jeden erkennbaren strafrechtlichen Appell

Schließlich gibt es manche sozialadäquate Verhaltensweisen, in denen beispielsweise der strafrechtliche Appell „Mache bestimmte Angaben beim Finanzamt“ dem einfachen Bürger in keiner Weise vermittelt wird,<sup>24</sup> während manche Landesfinanzbehörden dieses Verhalten ohne weiteres als Grundlage für den Vorwurf einer strafbaren Steuerhinterziehung heranziehen. Für den einfachen Bürger stellt es eine bisweilen nicht zu meisternde Herausforderung dar, vorherzusehen, welchen Vorgängen manches Finanzamt noch steuerrechtliche und damit im Ergebnis auch steuerstrafrechtliche Relevanz zumisst; glücklicherweise konnten hier einige Auswüchse der Finanzbehörden vom BFH wieder eingefangen werden. Beispielhaft erwähnt sei der Fall des *Paul-Werner S.* *Paul-Werner S.* engagierte sich in seiner Freizeit ehrenamtlich in einem kirchlichen Verein, dessen Mitglieder sich um das Wohl von Menschen kümmern, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe untergebracht sind. In diesem Zusammenhang betreute er über mehrere Jahre hinweg ehrenamtlich behinderte Menschen, wofür ihm das Amtsgericht eine Aufwandsentschädigung von jährlich gut 300 € pro betreutem Menschen (25 € monatlich) zahlte. Hauptberuflich war *Paul-Werner S.* Abteilungsleiter in einem Verband und kam vermutlich überhaupt nicht auf die Idee, dass er die geringe Aufwandsentschädigung, die er für seine ehrenamtliche Tätigkeit erhalten hat, in seiner Steuererklärung angeben muss. Dass der Vorwurf der Steuerhinterziehung hier überhaupt in Frage kommen könnte, war für einen Normalbürger – wenn überhaupt – nur mit viel Mühe, einschlägigem Erfahrungswissen und ungesunder Grübelei erkennbar. Allenfalls in der Gedankenwelt mancher Finanzbeamter verhält es sich so, dass jeder Bürger von selbst stets eine innere Pflicht verspürt, jeglichen erhaltenen monetären Bagatellbetrag, jede finanzielle Ermäßigung oder jede sonstige finanzielle Vergünstigung in seiner Steuererklärung an-

<sup>17</sup> Dazu *Wimmer* in *Frister/Ratzel/Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein* (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts, 2012, S. 51 ff.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, Rdnrn. 45 ff., juris = BGHSt 57, 95, 101 ff. = HRRS 2012 Nr. 313, Rdnrn. 51 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Gaßner/Strömer* NStZ 2013, 621, 627 f.

<sup>20</sup> *Stein* MedR 2001, 124, 127; vgl. auch *Wimmer* in *Frister/Ratzel/Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein* (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts, 2012, S. 51, 54, 58 ff.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, Rdnrn. 79 ff., juris = BGHSt 57, 95, 115 ff. = HRRS 2012 Nr. 313, Rdnrn. 95 ff.

<sup>22</sup> Nach Ansicht anderer Staatsanwaltschaften entsteht in einer solchen Sachverhaltskonstellation durch das Verhalten des Arztes kein finanzieller Schaden; vielmehr werde das Vermögen des Patienten hier noch nicht einmal gefährdet (so beispielsweise Einstellungsverfügung der StA Augsburg vom 28.1.2009, Az. 501 Js 146024/08). Insgesamt hat die StA Augsburg über 100 Parallelverfahren eingestellt.

<sup>23</sup> Zugunsten des BGH ist allenfalls festzuhalten, dass der konkrete Arzt in anderen Bereichen wohl sehr bewusst die Appellfunktion des Strafrechts missachtet hat, vgl. BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, juris = BGHSt 57, 95 ff. = HRRS 2012 Nr. 313.

<sup>24</sup> Vgl. bereits *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 374 f.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 393.

geben zu müssen, damit das Finanzamt dann über die Steuerpflichtigkeit befinden kann. Legt man eine solche Vorstellung zugrunde, würde tatsächlich jede unterlassene Angabe in einer Steuererklärung zwangsläufig auf einer bewussten Täuschung des Finanzamtes durch den Bürger beruhen. In der Lebenswirklichkeit hat aber längst nicht jeder rechtstreue Bürger das Bewusstsein, dass jeglicher Erhalt eines Bagatellbetrags oder einer sonstigen finanziellen Vergünstigung stets auch steuerrechtliche Relevanz haben könnte und in diesem Zusammenhang irgendwelche Anzeige-, Buchführungs- und Aufbewahrungspflichten bestehen könnten. Dies gilt erst recht für einen im Geschäftsleben unerfahrenen bzw. steuerrechtlich nicht versierten Normalverbraucher. Der gesunde Menschenverstand alleine vermittelt jedenfalls einem einfachen Durchschnittsbürger keinen klaren Impuls, eine geringe Aufwandsentschädigung in der Steuererklärung angeben zu müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn er die geringe Aufwandsentschädigung für die Ausübung einer sozial erwünschten ehrenamtlichen Tätigkeit erhalten hat, bei der er in wirtschaftlicher Hinsicht noch erheblich „draufgezahlt“ hat. *Paul-Werner S.* jedenfalls hätte es sich wohl nicht ausmalen können, dass anlässlich seiner ehrenamtlichen Tätigkeit jemals gegen ihn wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ermittelt werden würde.

Tatsächlich leiteten Steuerfahnder wegen der ehrenamtlichen Tätigkeit nicht nur ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen ihn ein, sondern führten darüber hinaus bei dem völlig verdatterten *Paul-Werner S.* sogar noch eine unangekündigte Steuerfahndungsprüfung durch. Zur Angemessenheit der unangekündigten Steuerfahndungsprüfung bei *Paul-Werner S.* äußerte sich der Vorsitzende Richter am BFH *Heinz-Jürgen Pezzer* später dahingehend, es komme ihm so vor, als würde die GSG 9 zur Regelung des Straßenverkehrs eingesetzt.<sup>25</sup> Das FG Baden-Württemberg hielt die steuerrechtliche Beurteilung der Steuerfahnder im Fall *Paul-Werner S.* aber in Anwendung komplizierter steuerrechtlicher Erwägungen für zutreffend und war insofern der Auffassung, dass die Steuerfahnder den Verdacht einer strafbaren Steuerhinterziehung, der zur unangekündigten Steuerfahndungsprüfung bei *Paul-Werner S.* geführt hat, zu Recht erhoben haben.<sup>26</sup> Erst der BFH stellte fest, dass die Aufwandsentschädigung doch steuerfrei war und die fehlende Angabe der Aufwandsentschädigung in der Steuererklärung durch *Paul-Werner S.* insoweit gar nicht strafbar war.<sup>27</sup> Damit ist es letztlich allein der Revision des *Paul-Werner S.* zu verdanken, dass sein sozialadäquates Verhalten bedenkenlos als nicht strafbar angesehen werden darf. Erst durch das Urteil des BFH wurde klargestellt, dass es sich bei dem *Paul-Werner S.* von den Steuerfahndern zur Last gelegten Verhalten – in der Begrifflichkeit der strafrechtlichen Irrtumslehre – letztlich um ein „umgekehrtes Wahndelikt“ gehandelt hat: Ein Verhalten, das die Voraussetzungen eines Straftatbestandes erfüllt, der in dieser Reichweite nur in der Vorstellung der Strafverfolgungsbehörde, nicht aber in der Wirklichkeit existiert.

Hier war die Rechtslage bei klarem Sachverhalt selbst für die Strafverfolgungsbehörde zu kompliziert, ohne dass man ihr die fehlerhafte Beurteilung der Rechtslage in besonderer Weise hätte vorwerfen können – denn schließlich hat das FG Baden-Württemberg die (unzutreffende) Rechtsauffassung der Strafverfolgungsbehörde in seinem – nicht rechtskräftig gewordenen – Urteil bestätigt. Dennoch ist der Fall des *Paul-Werner S.* ein anschauliches Beispiel dafür, dass es in der heutigen Lebenswirklichkeit Situationen geben kann, in denen von dem ursprünglichen Konzept einer Appellfunktion des Straftatbestandes faktisch nichts mehr übrig bleibt. Auch in komplexen Rechtsmaterien wie dem Steuerrecht darf es aber nicht allein vom Zufall abhängen, ob um Rechtstreue bemühte Bürger sich versehentlich strafbar machen oder nicht.

### III. Die Auswirkungen einer schwachen ausgeprägten oder fehlenden Appellfunktion

Die vorgenannten Beispiele sollen vor allem folgendes zeigen: Auch dann, wenn ein Täter eines vermögens- oder steuerstrafrechtlichen Deliktes alle objektiven Umstände einer Tat genau kennt, bedeutet dies in unserer stets komplizierter und intransparenter werdenden Lebenswirklichkeit noch lange nicht, dass er auch gut von einem strafrechtlichen Appell erreicht wird. Berücksichtigen Gerichte und Strafverfolgungsbehörden nicht auf angemessene Weise, dass in einem zu beurteilenden Fall ein strafrechtlicher Appell nur sehr schwach ausgeprägt oder überhaupt nicht erkennbar war, wird die Anwendung des Strafrechts für viele Bürger nicht mehr nachvollziehbar. Bereits 1952 hat der Große Strafsenat des BGH ein zunehmendes Schwinden der Erkennbarkeit von Straftatbeständen auf denjenigen Gebieten des Strafrechts konstatiert, in denen Strafgesetze an umfangreiche verwaltungsrechtliche Regelungen bestimmter Lebensbereiche anknüpfen, um den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Ge- oder Verboten mit dem Mittel des Strafrechts größeren Nachdruck zu verleihen.<sup>28</sup> 1969 hat der Gesetzgeber in den Materialien zu Strafrechtsreform zum Ausdruck gebracht, dass er bei manchen Tatbeständen des Nebenstrafrechts die Gefahr einer mangelnden Erkennbarkeit von Straftatbeständen sieht.<sup>29</sup> Laut *Arzt* habe dieses prinzipielle Problem in der Praxis wohl deshalb unter der Decke gehalten werden können, weil im Nebenstrafrecht häufig auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht sei und die Strafrahen von vorsätzlichem und fahrlässigem Handeln sich im Nebenstrafrecht nicht drastisch unterscheiden.<sup>30</sup> Dessen ungeachtet hat *Tiedemann* bereits 1969 zu Gunsten des juristisch unerfahrenen Normalbürgers anschaulich darauf aufmerksam gemacht, dass demjenigen, der nichts von einer Verpflichtung ahnt, eine bestimmte Anzeige zu erstatten, bestimmte Bücher zu führen oder bestimmte Aufzeichnungen zu machen etc. nicht vorgeworfen werden kann,

<sup>25</sup> Finanztest 4/2013, S. 59.

<sup>26</sup> FG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.9.2009 – 3 K 1350/08, Rdnrn. 13 ff., juris = EFG 2010, 120 ff.

<sup>27</sup> BFH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII R 57/09, Rdnrn. 13 ff., juris = BFHE 239, 261, 263 ff.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 18.3.1952 – GSSt 2/51, Rdnr. 20, juris = BGHSt 2, 194, 203.

<sup>29</sup> Bundestags-Drucksache V/4095, S. 9.

<sup>30</sup> *Arzt* ZStW 91 (1979), 857, 863.

dass er ja objektiv die Möglichkeit dazu hatte.<sup>31</sup> Zwischenzeitlich ist die deutsche Rechtswelt aber noch weit- aus komplexer und intransparenter geworden. Der Wandel zur Informationsgesellschaft sowie die Zunahme unterschiedlichster interessenpolitischer und finanzpolitischer Konzepte haben zu einer überbordenden Normenflut geführt, die letztlich nur noch durch die Anwendung von Computerprogrammen beherrschbar ist. Wir haben uns längst damit abgefunden, dass wir bei der Inbetriebnahme und Benutzung internetfähiger Geräte juristische Erklärungen abgeben, die wir als Durchschnittsbürger nicht verstehen können („Endbenutzer-Lizenzvereinbarungen“, „Nutzungsvereinbarungen“, „Datenschutzvereinbarungen“ etc.). Die Benutzung von internetfähigen Geräten können wir aber faktisch nicht vermeiden, weil wir z. B. schon durch Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit verpflichtet werden, unsere Steuererklärung nur noch in elektronischer Form abzugeben. Diese uns aufgezwungene alltägliche Komplexität und Intransparenz müssen wir wohl resignierend akzeptieren. Das heißt aber noch lange nicht hier auch strafrechtlich einsteigen zu müssen.<sup>32</sup> Auch im Zeitalter der Informationsgesellschaft fordert das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und der damit verbundene Vertrauensschutz des Bürgers, dass dieser allein mit seinem gesundem Menschenverstand, einem natürlichen Rechtsgefühl und allgemeiner Lebenserfahrung noch einschätzen kann, was strafrechtlich erlaubt und was verboten ist. Bereits jetzt muss in nicht wenigen vermögens- und steuerstrafrechtlichen<sup>33</sup> Fällen die Frage gestellt werden, wie man von einem Durchschnittsbürger noch in jeder Hinsicht normgerechtes Verhalten verlangen will, wenn selbst ausgewiesene Experten die bestehenden rechtlichen Pflichten nicht mehr oder allenfalls nur noch mit Mühe richtig erfassen können. Als rechtstreue Bürger müssen wir die Verhaltensnormen des Rechts wenigstens erkennen können, damit wir uns für rechtmäßiges Verhalten entscheiden können.<sup>34</sup> Niemand kann ernsthaft wollen, dass wir zur Gewährleistung strafrechtlicher Compliance demnächst bei gewöhnlichen Vorgängen des täglichen Lebens zuvor

erst eine entsprechende juristische App auf dem Smartphone zu Rate ziehen müssen.<sup>35</sup> Das Strafrecht soll nicht weniger, aber auch nicht mehr als das „ethische Minimum“ gewährleisten. Soweit der „Schutz“ des Strafrechts über die sozialetischen Mindeststandards hinausgeht, verschwindet die Appellfunktion des Tatbestandes.<sup>36</sup> Ohne diese steht aber die ethische Berechtigung staatlichen Strafens in Frage. Die immer häufiger anzutreffende Neigung des Gesetzgebers, aber auch einzelner Gerichte oder Strafverfolgungsbehörden, mit der Keule des Strafrechts administrative oder rein interessen- und finanzpolitische Zielsetzungen zu verfolgen, steht im Widerspruch zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts.<sup>37</sup>

#### IV. Fazit

Wer ein rechtskonformes Leben führen will, muss hierzu auch in einer stetig komplexer werdenden Lebenswirklichkeit noch in der Lage sein. In manchen Bereichen des Vermögens- und Steuerstrafrechts stellt dies viele rechtstreue Bürger angesichts komplexer und intransparenter rechtlicher Rahmenbedingungen bereits jetzt vor besondere Herausforderungen. Es darf nicht vom Glück bzw. Zufall abhängen, ob sich ein um Rechtstreue bemühter Bürger versehentlich strafbar macht oder nicht. Das Strafrecht sollte nicht durch Bezugnahmen auf komplexe außerstrafrechtliche Vorschriften und Rahmenbedingungen, denen allein administrative, interessen- oder finanzpolitische Erwägungen zugrunde liegen, überfrachtet werden. Gesetzgeber, Gerichte und Strafverfolgungsbehörden müssen sich bewusst sein, dass das Strafrecht von seinem ursprünglichen Ansatz her Ausdruck des ethischen Minimums ist und nicht als bloßer Kommunikator eines interessen- oder finanzpolitischen Maximums instrumentalisiert werden darf. Andernfalls würgt der Staat die Freiheit des Bürgers ab, die zu schützen und zu sichern gerade eine seiner vornehmsten Aufgaben ist.

<sup>31</sup> Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 374.

<sup>32</sup> Vgl. Dinter, Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue, 2012, S. 66 f. Rdnr. 122; vgl. auch Schroth, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 30.

<sup>33</sup> Zur Komplexität des Wirtschaftsstrafrechts im Unterschied zum Kernstrafrecht beispielhaft Ransiek/Hüls ZGR 2009, 157, 162.

<sup>34</sup> Gaede HRRS 2013, 449 f.

<sup>35</sup> Zumal uns selbst dies aus Rechtsgründen nur beschränkt vor einer Strafbarkeit schützen könnte, vgl. oben Fn. 6.

<sup>36</sup> Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 393.

<sup>37</sup> Kritisch z. B. Ransiek/Hüls ZGR 2009, 157, 184 f., 188; Kudlich nimmt ein verfassungsrechtliches Gebot an, laut dem die (mangelnde) Bedeutung der geschützten Rechtsgüter wenigstens auf der Ebene der Angemessenheit der Sanktionsnorm zu berücksichtigen ist, Kudlich JZ 2003, 127, 130.

# Das Feindstrafrecht – alter Wein aus der Tüte

Von RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München

Wir leben in Zeiten des Terrors – permanent als Gefahr, oft genug realisiert. Die Rechtswissenschaft sucht nach Antworten, wie damit umzugehen ist: Sind die Vorfelddelikte bei der Terrorbekämpfung verfassungsgemäß?<sup>1</sup> Wird das Strafrecht zu weit ausgedehnt, wenn Sympathiebekundungen für Terrorvereinigungen wie den „Islamischen Staat“ (wieder) unter Strafe gestellt werden? Schränken wir dadurch die Meinungsfreiheit zu stark ein und geben die Werte auf, die wir verteidigen wollen?<sup>2</sup>

Thomas Fischer hat jüngst in einer Kolumne<sup>3</sup> das „Feindstrafrecht“ diskutiert, das Günther Jakobs in dieser Zeitschrift zweimal dargestellt und verteidigt hat<sup>4</sup>.

Wenn ein Bundesrichter dieses Modell weit über die Fachwelt hinaus als ernsthafte Alternative diskutiert, die „einer der scharfsinnigsten, gnadenlosesten und gründlichsten Denker seiner Zunft in der europäischen Nachkriegszeit“ anbietet; und wenn dem „die verschreckte Rechtswissenschaft nicht viel entgegen zu halten hat“<sup>5</sup>, lohnt es sich, das „Feindstrafrecht“ einmal an den wissenschaftlichen Vorgaben desjenigen zu messen, aus dessen Werkzeugkasten Jakobs sich bedient – nämlich Max Webers.

Liest man dessen Methodologie mit Blick auf Jakobs' Modell, stellt man fest: Weber, Großmeister der Wissenschaftslehre, Erfinder des Idealtypus und Apostel der Wertfreiheit, hat 100 Jahre vor Jakobs die schönste Replik geschrieben.

## I. Die Wissenschaft: Deskriptiv

Jakobs stellt wiederholt klar, deskriptiv zu argumentieren<sup>6</sup> und als Teil des Wissenschafts-, nicht des Rechtssystems, die wirkliche Welt zu beschreiben und keine postulierte Welt (des Korrekten): Es sei „nicht mein Anliegen, irgend jemanden zum Feind zu stilisieren, sondern zu beschreiben, wen das Rechtssystem als Feind behandelt,

und zu prognostizieren, wem es zukünftig diese Rolle zuerkennen wird. Es geht nicht um Normierungen, noch weniger um politische Postulate, sondern um Bestandsaufnahmen und deren Verlängerungen in die Zukunft.“<sup>7</sup>

Jakobs beschreibt also, er wertet nicht; sein Modell des Feindstrafrechts soll analytisch sein und nicht legitimatorisch. Seine Frage ist: Wie wirkt das Recht, wen schließt es aus? Jakobs möchte die tatsächlichen Wirkungen der „Bekämpfungsgesetzgebung“ wissenschaftlich darstellen; er betreibt also nicht Rechtsdogmatik, die sich mit Rechtsnormen unter dem Gesichtspunkt ihrer Sollgeltung beschäftigt, mit ihrem begrifflichen Geltungsbebereich, sondern Rechtssoziologie, der es um die Seinsgeltung des Rechts geht<sup>8</sup>, um die faktische Existenz der Rechtsordnung.<sup>9</sup>

Damit ist die Frage, ob Jakobs den Maßstäben der deskriptiven Wissenschaft genügt.

## 1. Webers Anspruch: Werturteilsfreiheit

Dass Jakobs „gnadenlos“ denkt<sup>10</sup> und die „political correctness“ ignoriert, ist Weber zufolge die beste Voraussetzung: „Nirgends ist das Interesse der Wissenschaft auf die Dauer schlechter aufgehoben als da, wo man unbe-

<sup>7</sup> Jakobs, HRRS 2006, 289.

<sup>8</sup> Vgl. Raiser, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3., überarb. Aufl., 1999, S. 243 f.

<sup>9</sup> Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 5., revidierte Aufl., besorgt von Johannes Winkelmann, Tübingen: Mohr, 1972, S. 181: „Wenn von ‚Recht‘, ‚Rechtsordnung‘, ‚Rechtssatz‘ die Rede ist, so muß besonders streng auf die Unterscheidung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise geachtet werden. Die erstere fragt: was als Recht ideell gilt. Das will sagen: welche Bedeutung, und dies wiederum heißt: welcher *normative Sinn* einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch *richtigerweise* zukommen *sollte*. Die letztere dagegen fragt: was innerhalb einer Gesellschaft *faktisch* um deswillen *geschieht*, weil die *Chance* besteht, daß am Gemeinschaftshandeln beteiligte Menschen, darunter insbesondere solche, in deren Händen ein sozial relevantes Maß von faktischem Einfluß auf dieses Gemeinschaftshandeln liegt, bestimmte Ordnungen als geltend *subjektiv* ansehen und praktisch behandeln, also ihr eigenes Handeln an ihnen orientieren.“

<sup>10</sup> Fischer (Fn. 3).

<sup>1</sup> BGH 3 StR 243/13 = HRRS 2014 Nr. 929; dazu Petzsche, HRRS 2015, 33.

<sup>2</sup> Deutsche Richterzeitung 2014, 410 f.

<sup>3</sup> Die Zeit vom 20.1.2015 (Teil 1) und 27.1.2015 (Teil 2), online abrufbar unter <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-01/thomas-fischer-strafrecht-voelker-recht>.

<sup>4</sup> HRRS 2004, 88 und HRRS 2006, 288.

<sup>5</sup> Zur umfassenden Literatur zum Feindstrafrecht vgl. Greco, Feindstrafrecht, 2010, S. 31-47.

<sup>6</sup> HRRS 2006, 289 f.

queme Tatsachen und die Realitäten des Lebens in ihrer Härte nicht sehen will.“<sup>11</sup>

Wissenschaft muss jedoch beachten, was sie leisten kann – und wo ihre Grenzen sind. Insbesondere muss sie die „oft haarfeine Linie“ zwischen Wissen und Glauben beachten<sup>12</sup>. Aufgabe der Wissenschaft ist es nicht, bindende Normen und Ideale zu ermitteln, um daraus für die Praxis Rezepte ableiten zu können<sup>13</sup>: „Der Jurist hat so wenig die Aufgabe, den Wert jener Kulturgüter, deren Existenz an den Bestand von ‚Recht‘ gebunden ist, zu ‚beweisen‘, wie der Mediziner die Aufgabe hat, ‚nachzuweisen‘, daß die Verlängerung des Lebens unter allen Umständen erstrebenswert sei. Beide sind dazu auch, mit ihren Mitteln, gar nicht imstande. (...) Die Wissenschaften, normative und empirische, können den politisch Handelnden und den streitenden Parteien nur einen unschätzbaren Dienst leisten, nämlich ihnen zu sagen: 1. es sind die und die verschiedenen ‚letzten‘ Stellungnahmen zu diesem praktischen Problem denkbar; – 2. so und so liegen die Tatsachen, mit denen ihr bei eurer Wahl zwischen diesen Stellungnahmen zu rechnen habt.“<sup>14</sup>

Die Abwägung zwischen verschiedenen Werten „nun aber zur Entscheidung zu bringen, ist freilich nicht mehr eine mögliche Aufgabe der Wissenschaft, sondern des wollenden Menschen: er wägt und wählt nach seinem eigenen Gewissen und seiner persönlichen Weltanschauung zwischen den Werten, um die es sich handelt. Die Wissenschaft kann ihm zu dem Bewußtsein verhelfen, daß alles Handeln, und natürlich auch, je nach den Umständen, das Nicht-Handeln, in seinen Konsequenzen eine Parteinahme zugunsten bestimmter Werte bedeutet, und damit – was heute so besonders gern verkannt wird – regelmäßig gegen andere. Die Wahl zu treffen, ist seine Sache.“<sup>15</sup>

Für Weber kommt es allein darauf an, „daß einerseits die Geltung eines praktischen Imperativs als Norm und andererseits die Wahrheitsgeltung einer empirischen Tatsachenfeststellung in absolut heterogenen Ebenen der Problematik liegen und daß der spezifischen Dignität jeder von beiden Abbruch getan wird, wenn man dies verkennt und beide Sphären zusammenzuzwingen sucht. (...) Schon so einfache Fragen aber, wie die: inwieweit ein Zweck die unvermeidlichen Mittel heiligen solle, wie auch die andere: inwieweit die nicht gewollten Nebenerfolge in Kauf genommen werden sollen, wie vollends die dritte, wie Konflikte zwischen mehreren in concreto kollidierenden, gewollten oder gesollten Zwecken zu schlichten seien, sind ganz und gar Sache der Wahl oder des Kompromisses. Es gibt keinerlei (rationales oder empirisches) wissenschaftliches Verfahren ir-

gendwelcher Art, welches hier eine Entscheidung geben könnte.“<sup>16</sup>

## 2. Jakobs` Umsetzung

### a) Behauptete Beschreibung

In seinem Aufsatz aus 2006, in dem er auf alle Kritiker antwortet, behauptet Jakobs, nur zu beschreiben. Er stellt so oft klar, sich allein auf der deskriptiven Ebene zu bewegen, dass kein Rest an Zweifel erlaubt ist:

„Daß jeder als Person behandelt werden soll, ist per se ein bloßes Postulat, ein Modell für eine Gesellschaft, damit aber nicht schon Teil einer wirklich stattfindenden Gesellschaft. (...) Offenbar muß also zwischen einem – wie überzeugend auch immer – postulierten Recht, einem Modellrecht, und der wirklichen normativen Struktur einer Gesellschaft unterschieden werden. Jenes mag in Zukunft, ‚im Geiste‘, orientieren, aber nur dieses orientiert im jeweiligen ‚Hier und Jetzt‘. (...) Ein Recht postulieren zu können und ein Recht wirklich zu haben, ist nicht dasselbe, und nur letzteres, das Recht, das man wirklich hat, bietet in der jeweiligen Gegenwart Orientierung. (...) Die postulierte Welt des Korrekten mag solche Grenzen nicht kennen; die wirkliche Welt kennt sie.“<sup>17</sup>

Bis hierher geht Jakobs methodisch korrekt vor: Er stellt klar, auf welcher Ebene er argumentiert.

### b) Praktizierte Wertung

Jakobs verlässt das Feld wertfreier Deskription entgegen seiner Ankündigung sehr schnell, anfangs angedeutet, später ohne Zurückhaltung. Heikel ist bereits, wie er sein Programm einleitet: „Meine Bemerkungen sind, wie ich wiederhole, deskriptiv gemeint, nicht präskriptiv. (...) Ich werde zu zeigen versuchen, daß der Körper des Kaisers, also des Staates, an manchen Stellen nicht mit ordentlicher rechtsstaatlicher Kleidung bedeckt, sondern nackt ist, mehr noch, daß er unter den gegenwärtigen Bedingungen nackt sein muß, wenn er nicht insgesamt wegen rechtstaatlicher Überhitzung Schaden nehmen soll.“<sup>18</sup>

Nach der Beteuerung, rein deskriptiv zu argumentieren, schreibt er im Anschluss, das Feindstrafrecht „muss sein“ – ohne den Wechsel der Ebenen kenntlich zu machen, wertet er und beschreibt nicht.

In der Folge besteht seine Argumentation dann zu weiten Teilen aus Wertungen. Das liest sich wie folgt: „Nun ist nicht zu erwarten, die vor mehr als 350 Jahren formulierten Gedanken des Hobbes ließen sich eins zu eins in die Gegenwart übertragen, obgleich die Erkenntnis, daß ein prinzipieller Gegner eben anders, als Feind, zu behandeln ist als ein Bürger mit eher passageren Defekten, nach wie vor richtig ist.“<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Weber, Die „Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis“, in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsg. von Johannes Winckelmann, 7. Aufl., 1988, S. 146-214; S. 154 f.

<sup>12</sup> Weber, (Fn. 11), S. 212.

<sup>13</sup> Weber, (Fn. 11), S. 149.

<sup>14</sup> Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsg. von Johannes Winckelmann, 7. Aufl., 1988, S. 489-540; S. 496/499.

<sup>15</sup> Weber, (Fn. 11), S. 150.

<sup>16</sup> Weber, (Fn. 14), S. 501/508.

<sup>17</sup> Jakobs, HRRS 2006, 290.

<sup>18</sup> Jakobs, HRRS 2006, 290.

<sup>19</sup> Jakobs, HRRS 2006, 290.



Das ist offenkundig präskriptiv, auf dem Boden der Deskription kann *Jakobs* so etwas nicht schreiben. Wer anders als *Jakobs* entscheidet, dass jemand als Feind, nicht als Bürger zu behandeln sei?

Wie weit die Gegnerschaft reicht, bestimmt ebenfalls *Jakobs*: „Nur darf unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfaßten Gesellschaft zu begreifen. (...) Wer sein Leben zurechenbar und einigermaßen dauerhaft an kriminellen Strukturen ausrichtet, für den bricht zwar nicht rundum, aber doch bereichsweise die Präsumtion rechtstreuen Verhaltens und damit eine Bedingung seines Status als Person im Recht zusammen. (...) Eine wirklich stattfindende Gesellschaft kommt um eine mehr oder weniger umfassende Exklusion der hartnäckigen Gegner nicht herum.“<sup>20</sup>

Auch diese Sätze vom Verlust des Bürger-Status und der unverzichtbaren Exklusion der Gegner sind keine Beschreibungen des Rechts, wie es ist, sondern hochnormativ. Wer den Anspruch verliert, als Person behandelt zu werden, bestimmt *Jakobs*, und nicht der Gesetzgeber, dessen Gesetze er angeblich deskriptiv beschreibt.

„Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat darf ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde. (...) Der prinzipiell Abweichende bietet keine Garantie personalen Verhaltens; deshalb kann er nicht als Bürger behandelt, sondern muß als Feind bekriegt werden. (...) Ein Individuum, das sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen läßt, kann der Segnungen des Begriffs der Person nicht teilhaftig werden. Der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes. Wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was Norm ist, und wer verliert, hat sich dieser Bestimmung zu beugen. (...) Anders formuliert, wer den Feind unter den Begriff des bürgerlichen Verbrechers bringt, sollte sich nicht wundern, wenn die Begriffe „Krieg“ und „Strafverfahren“ durcheinandergeraten. Nochmals anders formuliert, wer dem Bürgerstrafrecht seine rechtsstaatlichen Eigenschaften (...) nicht nehmen will, sollte das, was man gegen Terroristen tun muß, wenn man nicht untergehen will, anders nennen, eben Feindstrafrecht, gebändigten Krieg.“<sup>21</sup>

Wer formuliert diese präskriptiven Sätze außer *Jakobs*? Wer entscheidet, was man tun „muss“? Wer exkludiert die Feinde, schickt sie in den Naturzustand, verhängt den („gebändigten“) Kriegszustand?

Mit Deskription haben diese Sätze nichts zu tun, sie sind ausschließlich normativ. *Jakobs* argumentiert auf der Ebene des „Sollens“, die er – in Abwehr gegen seine Kritiker – gerade nicht betreten wollte.

<sup>20</sup> *Jakobs*, HRRS 2006, 294.

<sup>21</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 92.

### 3. *Webers* Replik

Für ein Vorgehen, wie es *Jakobs* unternimmt, hat *Weber* persönlich Verständnis, als Wissenschaftler weist er es entschieden zurück: „Nicht diskutieren möchte ich ferner, ob die Scheidung von empirischer Feststellung und praktischer Wertung ‘schwierig’ sei. Sie ist es. (...) Nicht diskutieren ferner, sondern ausdrücklich anerkennen möchte ich: daß man gerade unter dem Schein der Ausmerzung aller praktischen Wertungen ganz besonders stark, nach dem bekannten Schema: ‘die Tatsachen sprechen zu lassen’, suggestiv solche hervorrufen kann. (...) Daß aber ein illoyal erweckter Schein der Erfüllung eines Gebotes sich für die Wirklichkeit ausgeben kann, bedeutet doch keine Kritik des Gebotes selbst. Dieses aber geht gerade dahin: daß, wenn der Lehrer praktische Wertungen sich nicht versagen zu sollen glaubt, er diese als solche den Schülern und sich selbst absolut deutlich mache. (...) Aber es handelt sich doch ausschließlich um die an sich höchst triviale Forderung: daß der Forscher und Darsteller die Feststellung empirischer Tatsachen (einschließlich des von ihm festgestellten ‘wertenden’ Verhaltens der von ihm untersuchten empirischen Menschen) und seine praktisch wertende, d.h. diese Tatsachen (einschließlich etwaiger, zum Objekt einer Untersuchung gemachter ‘Wertungen’ von empirischen Menschen) als erfreulich oder unerfreulich beurteilende, in diesem Sinn: ‘bewertende’ Stellungnahme unbedingt auseinanderhalten solle, weil es sich da nun einmal um heterogene Probleme handelt.“<sup>22</sup>

Die Trennung zwischen „Sein“ und „Sollen“ einzuhalten, ist für *Weber* zentral: „Ich muß abwarten, ob sich wirklich Leute finden, welche behaupten, daß die Fragen: ob eine konkrete Tatsache sich so oder anders verhält?, warum der betreffende konkrete Sachverhalt so und nicht anders geworden ist?, (...) dem Sinn nach nicht grundverschieden seien von den Fragen: was man in einer konkreten Situation praktisch tun solle?, unter welchen Gesichtspunkten jene Situation praktisch erfreulich oder unerfreulich erscheinen könne?, (...) Ob dagegen jemand, der die absolute Heterogenität beider Arten von Fragen zugeht, dennoch für sich in Anspruch nimmt: in einem und demselben Buch, auf einer und derselben Seite, ja in einem Haupt- und Nebensatz einer und derselben syntaktischen Einheit sich einerseits über das eine und andererseits über das andere der beiden heterogenen Probleme zu äußern, — das ist seine Sache. Was von ihm zu verlangen ist, ist lediglich: daß er seine Leser über die absolute Heterogenität der Probleme nicht unabsichtlich (oder auch aus absichtsvoller Pikanterie) täusche. Persönlich bin ich der Ansicht, daß kein Mittel der Welt zu „pedantisch“ ist, um nicht zur Vermeidung von Konfusionen am Platze zu sein.“<sup>23</sup>

*Weber* zufolge gilt: Das „fundamentale Gebot wissenschaftlicher Unbefangenheit ist es deshalb: in solchen Fällen [der Abgabe von Werturteilen] den Lesern (und — sagen wir wiederum — vor allem sich selbst!) jederzeit deutlich zu machen, daß und wo der denkende Forscher aufhört und der wollende Mensch anfängt zu sprechen,

<sup>22</sup> *Weber*, (Fn. 14), S. 497 f.

<sup>23</sup> *Weber*, (Fn. 14), S. 509 f.

wo die Argumente sich an den Verstand und wo sie sich an das Gefühl wenden. Die stete Vermischung wissenschaftlicher Erörterung der Tatsachen und wertender Raisonsnements ist eine der zwar noch immer verbreiteten, aber auch schädlichsten Eigenarten von Arbeiten unseres Faches. Gegen diese Vermischung, nicht etwa gegen das Eintreten für die eigenen Ideale richten sich die vorstehenden Ausführungen. Gesinnungslosigkeit und wissenschaftliche 'Objektivität' haben keinerlei innere Verwandtschaft.<sup>24</sup>

## II. Das Werkzeug: „Idealtypus“

*Jakobs* zufolge handelt es sich bei seinem schillernden „Feindstrafrecht“ um einen Idealtypus, den er „aus den vom Gesetzgeber so genannten Bekämpfungsgesetzen und anderen Vorschriften zu destillieren“<sup>25</sup> versucht habe. Damit übernimmt *Jakobs* das zentrale Werkzeug aus *Webers* Wissenschaftslehre.

### 1. *Webers* Vorgabe

*Weber* zufolge liegen nicht die „sachlichen Zusammenhänge der Dinge“, sondern die „gedanklichen Zusammenhänge der Probleme“ den Arbeitsgebieten der Wissenschaften zugrunde<sup>26</sup>; die objektive Gültigkeit des Wissens beruht darauf, daß die gegebene Wirklichkeit nach Kategorien geordnet wird. Wissenschaft kann allein leisten: „Begriffe und Urteile, die nicht die empirische Wirklichkeit sind, auch nicht sie abbilden, aber sie in gültiger Weise denkend ordnen lassen. (...) Wer den Grundgedanken der auf *Kant* zurückgehenden modernen Erkenntnislehre: daß die Begriffe vielmehr gedankliche Mittel zum Zweck der geistigen Beherrschung des empirisch Gegebenen sind und allein sein können, zu Ende denkt, dem wird der Umstand, daß scharfe genetische Begriffe notwendig Idealtypen sind, nicht gegen die Bildung von solchen sprechen können.“<sup>27</sup>

Idealtypen konstruieren Zusammenhänge, sind ideal nur in dem Sinne, dass sie in der Wirklichkeit nicht erreicht werden: „Vorweg sei hervorgehoben, daß der Gedanke des Sein sollenden, 'Vorbildlichen' von diesen in rein logischem Sinn 'idealen' Gedankengebilden, die wir besprechen, hier zunächst sorgsam fernzuhalten ist.“<sup>28</sup>

Der Idealtypus ist ein Gedankenbild, das bestimmte Beziehungen und Vorgänge zu einem in sich widerspruchslosen Kosmos gedachter Zusammenhänge vereinigt: „Er wird gewonnen durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluß einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen Einzelercheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankenbilde. In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses

Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar (...).“<sup>29</sup>

Um die Wirklichkeit einzufangen, ist festzustellen, „wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht.“<sup>30</sup>

Gesetzliche Regelungen sind dafür geeignet: „Der Kosmos der rechtlichen Normen ist natürlich zugleich begrifflich klar bestimmbar und (im rechtlichen Sinn!) für die historische Wirklichkeit geltend. Aber ihre praktische Bedeutung ist es, mit der die Arbeit der Sozialwissenschaft in unserem Sinn zu tun hat. Diese Bedeutung aber ist sehr oft nur durch Beziehung des empirisch Gegebenen auf einen idealen Grenzfall eindeutig zum Bewußtsein zu bringen.“<sup>31</sup>

### 2. *Jakobs'* Umsetzung

Ganz im Sinne *Webers* möchte *Jakobs* das „Bürgerstrafrecht“ und das „Feindstrafrecht“ als Idealtypen benutzen, „die sich kaum je rein verwirklicht finden lassen.“<sup>32</sup>

Typische Kennzeichen des Feindstrafrechts sind: Die Strafbarkeit wird weit vorverlagert, noch in den privaten Bereich hinein; bei diesen Tatbeständen fällt die Strafe überproportional aus; das Parlament geht über zu einer „Bekämpfungsgesetzgebung“; prozessuale Garantien werden abgebaut<sup>33</sup>. Legt man diese Kennzeichen zugrunde, ist der Idealtypus unproblematisch, hat er weithin anerkannt heuristischen Wert, um die Rechtsentwicklung zu analysieren.

Im Einklang mit *Weber* baut *Jakobs* seine Idealtypen als Extreme auf: „Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg. (...) Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht (im weiteren Sinn: das Maßregelrecht eingeschlossen) bekämpft Gefahren; – gewiß gibt es massenweise Zwischenformen.“<sup>34</sup>

#### b) Ungenauigkeit

An dieser Stelle wird es problematisch: Konstitutiv für den Idealtypus ist der Begriff „Feind“; dieser Begriff ist aber ungenau – also das Gegenteil dessen, was ein Idealtypus sein soll.

Dieser zentrale Begriff bleibt dunkel, wie *Bung* herausgearbeitet hat: „Zum Feind wird erst derjenige, der das nicht leistet, was *Jakobs* die kognitive Mindestgarantie personalen Verhaltens nennt. Was ist aber damit gemeint? Sofern die Formel der kognitiven Mindestgarantie darüber entscheiden soll, ob ein delinquierendes Indivi-

<sup>24</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 156 f.

<sup>25</sup> *Jakobs*, HRRS 2006, 293.

<sup>26</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 166.

<sup>27</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 213/208.

<sup>28</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 192.

<sup>29</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 191.

<sup>30</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 191.

<sup>31</sup> *Weber*, (Fn. 11), S. 195.

<sup>32</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

<sup>33</sup> *Jakobs*, in: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S. 47, 51.

<sup>34</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 90.

duum als Bürger oder als Feind behandelt wird, kommt alles auf begriffliche Präzision und Plausibilisierung dieser Formel an. Hier freilich muss man *Jakobs* eine schwer verständliche Zurückhaltung attestieren. Seine Argumentation zieht sich entweder einfach auf die abstrakte Formel zurück, die als solche kein wirkliches Kriterium erkennen lässt oder er wählt Formulierungen, die schon auf ersten Blick gewisse Zweifel darüber aufkommen lassen, wie es um ihren argumentativen Status bestellt sein mag.<sup>35</sup>

*Jakobs* kontert diese Kritik: „Geläufig wird mir vorgeworfen, diese Bestimmung des Feindes sei einigermaßen ungenau. Die Feststellung stimmt, aber sie ist als Vorwurf falsch formuliert: Beim ‘Bürger’ oder ‘Bürgerstrafrecht’ und beim ‘Feind’ oder ‘Feindstrafrecht’ handelt es sich um Idealtypen, die in reiner Ausprägung praktisch nicht vorkommen. Das Praktische liegt immer dazwischen und trägt deshalb das Stigma aller Mischtypen, eben ungenau zu sein.“<sup>36</sup>

Mit dieser Replik verfehlt *Jakobs* indes den Sinn von Idealtypen: Wenn er solche entwickelt, dann doch genau deshalb, um präzise sein zu können, um reine Formen zu haben.

*Jakobs* hingegen reicht den Vorwurf ungenauer Begriffsbildung an die Wirklichkeit weiter; als ob das Untersuchungsobjekt die klaren Begriffe zur Verfügung stellen müsste, mit denen es eingefangen wird. Das entscheidende Kriterium seines Idealtypus bleibt vage, weil „das Praktische ungenau ist“? Genau so funktionieren Idealtypen nicht: Sie müssen überzeichnet und sehr genau sein, um die „Mischform Wirklichkeit“ messen zu können. Das Modell steht im Dienst der Wirklichkeit, nicht umgekehrt. Wenn das entscheidende Kriterium des Idealtypus nicht genau herausgearbeitet wird, ist er überflüssig, kann er keine Dienste leisten. Heuristisch ist das nahe am GAU. Das wäre so, als hätte *Weber* bei seinem Idealtypus „charismatische Herrschaft“ das Moment „Charisma“ unbestimmt gelassen, weil die „Wirklichkeit eine Mischform ist“.

*Jakobs* liefert keine Bestimmung des „Feindes“, seine begrifflichen Versuche sind hilflos: „Wer genau dazu gerechnet werden muß, läßt sich gewiß nur schwierig bestimmen, aber unmöglich ist es nicht: Wer sich selbst zu einem Teil verfestigter krimineller Strukturen gemacht hat, bei dem verdünnt sich die Hoffnung, ein gemeinsamer modus vivendi werde sich trotz einzelner verbrecherischer Taten finden lassen, zur schieren Illusion, eben zur „endlos kontrafaktischen“ Erwartung. (...) Soweit mit dem Feind als Feind umgegangen wird, fehlt mangels Gegenseitigkeit das Rechtsband, das die bürgerliche Gesellschaft knüpft; der Umgang erfolgt also im Verhältnis zum Feind nicht als rechtlicher (...).“<sup>37</sup>

Diese Bestimmungen verlassen den Bereich des Rechts. So wenig wie Recht die Bedingung seiner Möglichkeit garantieren kann, so wenig kann es darüber bestimmen, wer von ihm zu erfassen ist. Das ist eine politische, nicht

rechtliche Frage. Nicht umsonst war *Hobbes*, auf den sich *Jakobs* wiederholt bezieht, ein politischer Denker.<sup>38</sup>

## b) Wertung

Äußerst problematisch ist der „Feind“ auch in normativer Hinsicht: An ihm entscheidet sich, wie das Strafrecht einen Delinquenten behandelt – als Person oder „entpersonalisiert“.

Unabhängig davon, wie *Jakobs* seinen Idealtypus bestimmt, alleine der Begriff „Feind“ ist wertend: Er impliziert Krieg und totale Vernichtung; er nimmt die Entscheidung vorweg, dass Strafrecht und Feind harmonisieren, dass man einen Delinquenten strafrechtlich als Feind behandeln kann. Weit über eine wertfreie Beschreibung hinaus erschließt *Jakobs* das Phänomen mit seiner Wertung: Der Begriff konstituiert das Phänomen erst, und Sprache kann von Wertungen nicht gereinigt werden.<sup>39</sup>

Mit seiner Begrifflichkeit entscheidet *Jakobs*, dass ein guter Teil des Strafrechts Kriege ist. Warum nennt er sein Modell nicht „Präventionsstrafrecht“? Das wäre weit weniger spektakulär, aber (deutlich stärker) deskriptiv.

*Jakobs* nimmt diesen Einwand auf – und wischt ihn weg: „*Roxin* (...) und *Greco* (...) wenden sich insbesondere gegen die ‘legitimatorisch-affirmative Verwendung’ des Begriffs. Die Legitimation wird jedoch nicht von demjenigen geleistet, der das Notwendige beschreibt.“<sup>40</sup>

Hier irrt *Jakobs* doppelt, für einen scharfsinnigen Denker europäischen Ranges zeigt er wenig Problembewusstsein: Wenn er etwas „beschreibt“, das „notwendig“ sei, hat er dafür Partei ergriffen. Aber selbst, wenn er nur beschreibe, ohne es „notwendig“ zu nennen: Er würde allein die vorherrschenden Werte reproduzieren und dadurch affirmieren, was ohnehin schon gegeben ist. Allein die (vorgeblich wertfreie) Beschreibung der Realität verdoppelt sie positivistisch<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> *Jakobs* wehrt sich auch dagegen, mit *Carl Schmitt* in Verbindung gebracht zu werden: „Einigermaßen wirklichkeitsnah sind freilich die Ausführungen von *Hörnle* (...). Ich wende mich allein gegen ihre Assoziation: Feindstrafrecht – *Carl Schmitt* (...). Wenn in einem Kopf während der Lektüre eines Textes ‘C. S.’ aufblitzt, – warum muß das am Text liegen?“ (HRRS 2006, 297). Wer allerdings das Kriterium „Feind“ als entscheidend theoriebildend einführt, stellt den Anschluss an *Carl Schmitt* her (*Bung*, HRRS 2006, 64 m.w.N.). Genauso könnte man ein „Diskursstrafrecht“ einführen und sich wundern, wenn jemand an *Habermas* denkt.

<sup>39</sup> *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Band 4/1, Metzler, 2010, S. 58.

<sup>40</sup> *Jakobs*, HRRS 2006, 297.

<sup>41</sup> *Ottmann* (Fn. 39), S. 58. Auch *Fischer* unterläuft dieser Fehler: „Man hat Herrn *Jakobs* viele Vorwürfe gemacht wegen der ‘Erfindung’ des Feindstrafrechts – obgleich er es nicht erfunden, sondern nur beschrieben hat.“ Wer die Frage von *Jakobs* übernimmt: Sind die Terroristen „Feinde“ oder „Bürger“?, ist schon in die Falle gegangen: er übernimmt dessen (normative) Dichotomie, die es im StGB nicht gibt.

<sup>35</sup> *Bung*, HRRS 2006, 68.

<sup>36</sup> *Jakobs*, HRRS 2006, 293.

<sup>37</sup> *Jakobs*, HRRS 2006, 294.

### 3. Webers Replik

Wer in seine Idealtypen Wertungen hineinträgt, schafft nach Weber ein prinzipielles Problem: „Demgegenüber ist es aber eine elementare Pflicht der wissenschaftlichen Selbstkontrolle und das einzige Mittel zur Verhütung von Erschleichungen, die logisch vergleichende Beziehung der Wirklichkeit auf Idealtypen im logischen Sinne von der wertenden Beurteilung der Wirklichkeit aus Idealen heraus scharf zu scheiden. Ein 'Idealtypus' in unserem Sinne ist, wie noch einmal wiederholt sein mag, etwas gegenüber der wertenden Beurteilung völlig indifferentes, er hat mit irgend einer anderen als einer rein logischen 'Vollkommenheit' nichts zu tun. Es gibt Idealtypen von Bordellen so gut wie von Religionen (...).“<sup>42</sup>

„Nichts aber ist allerdings gefährlicher als die, naturalistischen Vorurteilen entstammende, Vermischung von Theorie und Geschichte, sei es in der Form, daß man glaubt, in jenen theoretischen Begriffsbildern den 'eigentlichen' Gehalt, das 'Wesen' der geschichtlichen Wirklichkeit fixiert zu haben, oder daß man sie als ein Prokrustesbett benutzt, in welches die Geschichte hineingezwängt werden soll, oder daß man gar die 'Ideen' als eine hinter der Flucht der Erscheinungen stehende 'eigentliche' Wirklichkeit, als reale 'Kräfte' hypostasiert, die sich in der Geschichte auswirken. (...) Auch Entwicklungen lassen sich nämlich als Idealtypen konstruieren und diese Konstruktionen können ganz erheblichen heuristischen Wert haben. Aber es entsteht dabei in ganz besonders hohem Maße die Gefahr, daß Idealtypus und Wirklichkeit ineinander geschoben werden. (...) Logische Ordnung der Begriffe einerseits und empirische Anordnung des Begriffenen in Raum, Zeit und ursächlicher Verknüpfung andererseits erscheinen dann so miteinander verkittet, daß die Versuchung, der Wirklichkeit Gewalt anzutun, um die reale Geltung der Konstruktion in der Wirklichkeit zu erhärten, fast unwiderstehlich wird.“<sup>43</sup>

### III. Erklärungswert des Modells

Will man die rechtspolitische Frage beantworten, ob Sympathiewerbung für terroristische Vereinigungen strafbar sein soll oder nicht, kann Jakobs' Modell heuristischen Wert haben – wenn die Methode sauber eingehalten wird: Zunächst ist ein Idealtypus zu entwickeln, der die Kriterien in reiner Form enthält, wie es Jakobs getan hat. Diesen Idealtypus müsste man (weitgehend) deskriptiv bezeichnen als „Präventionsstrafrecht“, um keine wertende Vorentscheidung zu treffen. Anhand dieses Idealtypus ist dann im einzelnen zu untersuchen, wie nahe der Straftatbestand „Sympathiewerbung“ an diesem Idealtypus ist, welcher Zugewinn an Sicherheit und welche Einbuße an Meinungsfreiheit zu erwarten sind, wie die Kollision der Werte detailliert aussieht.

Damit ist die Grenze der Wissenschaft erreicht: Ob der Tatbestand in das Gesetz aufgenommen werden soll oder nicht, ist nicht Aufgabe des Wissenschaftlers, sondern des Politikers.

<sup>42</sup> Weber, (Fn. 11), S. 200.

<sup>43</sup> Weber, (Fn. 11), S. 195/203 f.

Jakobs' Feindstrafrecht hingegen setzt den „Feind“ voraus, wo er ihn erst begründen müsste; wo er den Abstand der Rechtswirklichkeit von seinem Idealtypus erst messen müsste. Dazu aber wäre begriffliche Klarheit erforderlich, denn nicht überall, wo Zwang ist, wird dem Beschuldigten der Status als Person genommen. Man müsste wissen, was legitime Macht ist und was illegitime Gewalt<sup>44</sup>.

Jakobs entwertet auch den analytischen Teil seines Feindstrafrechts, indem er deskriptive und präskriptive Argumente, normative Rechtspolitik und wertfreie Rechtssoziologie aneinanderreihet, ohne kenntlich zu machen, wann er sich auf welcher Ebene bewegt.<sup>45</sup>

### IV. Fazit

Das „Feindstrafrecht“ ist methodisch ein Desaster: Jakobs wechselt zwischen „Sein“ und „Sollen“, als bedeutete dieser Unterschied nicht die Welt in den Geisteswissenschaften. Er möchte mit den Mitteln der Deskription einen „gebändigten Krieg“ beschreiben, zugleich dessen Notwendigkeit erweisen und schließlich Grenzen einziehen.

Jakobs verhängt den Kriegszustand, allerdings nur ein bisschen – als ob der gebändigte Krieg nicht gleich entfesselt wäre und in Guantánamo endete. Wer die schiefe Ebene betritt, findet keinen Halt. Sollte Jakobs' Befund deskriptiv sein, müssten die „feindstrafrechtlichen Regeln“ als verfassungswidrig dargestellt werden, weil das Grundgesetz das StGB nicht als Kriegsrecht zulässt. Und präskriptiv kann der „gebändigte Krieg im StGB“ nicht vertreten werden, solange das Grundgesetz gilt<sup>46</sup>.

Durch den Wechsel der Ebenen kann Jakobs seine Theorie immunisieren: Werden die normativen Momente kritisiert, will das Modell nur deskriptiv sein, nichts als de-

<sup>44</sup> Die berühmte Formulierung Hannah Arendts lautet: „Macht und Gewalt sind Gegensätze.“, in: „Macht und Gewalt“, 2005, S. 57.

<sup>45</sup> Genauso unsauber heißt es bei Fischer (Fn. 3): Jakobs habe das Bild des Feindstrafrechts entworfen, zunächst distanziert, später auf irritierende Weise bestätigend und fordernd. Zu Unrecht sei er dafür angegriffen worden: Die Angst davor, dass Recht nicht mehr "Gerechtigkeit" und "Glück" verwirklichen möchte, sondern nurmehr Imaginationen davon, nehme man denen übel, die sie beschreiben. Jakobs argumentiere also einerseits „irritierend affirmativ“, sei aber andererseits nur (beschreibender) Bote.

<sup>46</sup> Wenn Fischer (Fn. 3) über das Feindstrafrecht im zweiten Teil seiner Kolumne sagt, es sei keine Lösung, weil die Dick Cheney's dieser Welt die „dark side“ bevorzugten, geht das am Punkt vorbei: Das Feindstrafrecht ist nicht ungeeignet, sondern mit dem Grundgesetz nicht zu machen. Es ist nicht deshalb abzulehnen, weil es auf der schiefen Ebene keinen Halt bietet – sondern weil Art. 1 GG verbietet, die schiefe Ebene zu betreten. Dagegen hilft auch nicht der Einwand, es sei ein rechtsphilosophisches Konzept, das nicht mit der wirklichen Verfassung kollidieren könne: Jakobs beschreibt (vorgeblich) Recht, wie es ist. Eine Beschreibung von tatsächlichen Zuständen ist richtig oder falsch. Ist sie richtig, dann müssten alle feindstrafrechtlichen Vorschriften als verfassungswidrig verworfen werden – Jakobs nennt sie aber „notwendig“. Normativ jedoch ist das Konzept unzulässig, weil verfassungswidrig. Dies müsste Fischer klarstellen. Wer ausdrücklich als Bundesrichter schreibt, muss sich auch an Bundesrecht halten.

skriptiv. Die Deskription wiederum kann man nicht kritisieren, weil das Modell an den entscheidenden Stellen nicht beschreibt.

Gemessen am Giganten *Weber* wirkt vieles klein – das Feindstrafrecht jedoch sieht man kaum noch.

## Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

# Schrifttum

**Frank Müller, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung. Versuch der Apologie einer Strafnorm, Duncker & Humblot, Berlin 2010 (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 220), 250 S., kart. 72 €.**

Um die Legitimationsproblematik des ausnahmslosen (strafbewehrten) Verbots der „Tötung auf Verlangen“ (§ 216 StGB) ist es in den letzten Jahren erstaunlich ruhig geworden. Dabei haben sich weder die rechtsethischen Bedenken, die im Kern stets um die Frage nach der Berechtigung für einen solchermaßen „harten Paternalismus“ kreisen, noch die lebensweltliche Relevanz der Thematik im Kontext der modernen Hochleistungsmedizin mit ihren gefürchteten Schattenseiten verflüchtigt. Dennoch ist der Gedanke einer (begrenzten) Freigabe der sog. „aktiven Sterbehilfe“ in Deutschland (kriminal-)politisch ähnlich undenkbar wie etwa eine Korrektur des seinerzeit nur mühsam geschlossenen Kompromisses im Bereich des Schwangerschaftskonflikts (§§ 218 ff. StGB). Stattdessen zielt die aktuelle Reformdebatte mit Blick auf die *causae* „Dignitas“/„Dignitate“, „Kusch“ u.a. auf eine Neukriminalisierung der Suizidbeihilfe, bei der aber unabhängig vom jeweils bevorzugten Grenzkriterium („organisiert“, „gewerbsmäßig“, „geschäftsmäßig“) auf ihrer Kehrseite zwangsläufig ein mehr oder weniger weit reichender Freiraum aufscheint, den aktuelle Reformvorschläge wie insbesondere der jüngst von *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing* präsentierte in einem selbstbestimmungsfreundlichen Sinne zu befestigen suchen. Wenn jedoch die divergierende Bewertung von gehilfen- und tatherrschaflich (aktiv-gezielt) bewirkter Lebensbeendigung (innerhalb der sozialen Welt) bei gleichermaßen vorlie-

gendem Sterbewillen fragwürdig sein sollte, weil es sich dabei womöglich nur um unterschiedliche Nuancen einer arbeitsteiligen Organisation desselben suizidalen Strebens handeln könnte, so wird sich die „Existenzberechtigung“ (9) einer das generelle Verbotensein jedweder (selbst ausdrücklich und ernstlich verlangten) Tötungstat anordnenden Strafvorschrift alsbald mit neuer Dringlichkeit stellen.

Auf der Suche nach einem „vernunftgegründeten materiellen Verbotsgrund“ (73) diskutiert die Leipziger, unter der Betreuung von *Heribert Schumann* verfasste Dissertation auf anspruchsvollem Verstehens- und Sprachniveau die bekannten zentralen Positionen, um von hier aus den eigenen, schon im Titel der Arbeit deutlich benannten Leitgedanken auszubreiten. Von einem Grundverständnis „freiheitlich-rechtsstaatlich verfassten Strafrechts“ (29) ausgehend, das „nicht auf die Vermeidung der Dezimierung eines bestimmten Bestandes an Rechtsgutsobjekten“ gerichtet ist, sondern auf „Verletzungen des personalen Anerkennungsverhältnisses durch ein sich Übergriffe in eine fremde Freiheitssphäre anmaßendes menschliches Verhalten“ (31 Fn. 71), kann nach *Verf.* das „Dogma von der absoluten materiellen Indisponibilität des Lebens“ von vornherein nicht überzeugen, und zwar weder in seinem christlich-tradierten noch in aufgeklärt sozio-kollektivistischem Gewande oder in Ableitung eines kantianischen Grundverständnisses vom sog. „Sittengesetz“ (32 ff., 38 ff.). Treffend heißt es: „Mag man in der Betätigung der Selbsttötungsmaxime einen innerpersonalen Pflichtenverstoß erkennen, mag die Person als Vernunftwesen gegen die drohende Vergewaltigung durch die Person als Sinnenwesen zu schützen sein – ist dieser

Schutz doch primär eine Angelegenheit der Selbstorganisation des Subjekts“ (60). Eine spezifisch das Unrecht des § 216 StGB begründende „Missbrauchsgefahr“ (im Sinne straftatverdeckender Schutzbehauptungen des Täters) vermag *Verf.* jedenfalls im Verhältnis zur Suizidteilnahme nicht zu erkennen (64 f.), das strafbewehrte Postulieren eines „sozialen Tötungstabus“ münde in einen zweifachen Selbstwiderspruch, weil es erstens die Selbstverantwortung des Subjekts (hier: des Sterbewilligen) und damit nicht weniger als die Geltungsgrundlage (straf-)rechtlicher Verbotsnormen nicht ernst nehme und zweitens die sonst erhobene Forderung nach einem vernunftbegründeten Nachvollzug des materiellen Verbotsgrundes (vgl. § 17 StGB) insoweit unerfüllbar mache (65 ff., 73). Hiergegen hat freilich schon *Kubiciel* mit Recht eingewandt, dass sich das „Odium des Irrationalen“ leicht in die Welt des Rationalen überführen ließe, wenn nicht mehr von einem „Tabu“, sondern von einer „Stabilisierung des Fremdtötungsverbots“ gesprochen würde (JZ 2011, 248). Dem bloßen Verweis auf mögliche Gefahren für den „sozialen Frieden“, verstanden im Sinne einer tatsächlichen Beunruhigung gesellschaftlicher Moralvorstellungen, komme nach *Verf.* aber unabhängig von seiner fraglichen empirischen Evidenz de facto einem Verzicht auf den Aufweis eines materiell legitimierten Schutzzwecks gleich (75 f.); das bekannte „Dambruchargument“ (auch „Schiefe-Ebene“ oder „slippery-slope“) sei schon normativ nicht überzeugend, weil eine ggf. ausufernde gesellschaftliche Praxis sich entweder durch ergänzende Verhaltensnormen oder durch das Recht bei seiner Durchsetzung auch sonst „flankierende Mittel“ einhegen lasse und der Normgeber ein eigenes Versagen nicht „durch die Inanspruchnahme eines absolut unzuständigen Rechtssubjekts ... kompensieren“ dürfe (77 f.). Der geneigte Leser wird die logische Stringenz dieser Argumentation anerkennen und dennoch angesichts bekannter brisanter Entwicklungen auf anderen Gebieten (z.B. PID, Transplantationsmedizin, erhöhter Schutz genetischer Daten gem. GenDG) zweifeln, ob dies schon der Weisheit letzter Schluss ist.

Die eigene Sichtweise knüpft an eine bereits von *Jakobs* entworfene Idee an, wonach es dem Tatbestand des § 216 StGB (ungeachtet seiner systematischen Einbettung in die §§ 211 ff. StGB) gar nicht um die Erfassung von Tötungsunrecht, sondern vielmehr um die mit der Delegation der Tötungstat einhergehenden Zweifel an der „subjektiven Vollzugsreife“ des Sterbewillens gehe (103 ff.). Das wegen der Irreversibilität des Gutsverlusts naheliegende Streben nach einem „Voreiligkeitsschutz“ lässt die Tat des § 216 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt erscheinen; eine kritische Auseinandersetzung mit den einzelnen Begründungselementen der *Jakobs*schen Konzeption (109 ff.) führt *Verf.* jedoch zu der Modifikation, das Verbot als „Mittel zur Verhinderung des Vollzugs nicht freiverantwortlich gefasster Selbsttötungsent-schlüsse“ zu begreifen (120 ff.). In der Tat leuchtet es ein, dass ein beliebiger Vollstrecker individueller Todeswünsche deren „Freiverantwortlichkeit“ meist nicht hinreichend verlässlich beurteilen kann und deshalb – je nach normativ erwartetem Selbstbestimmungsniveau – das Risiko „defizitärer“ Tötungsverlangen besteht: „Es dürfte kaum zu bezweifeln sein, dass die Rechtsordnung grundsätzlich ein Interesse hat, solches Geschehen so wirksam wie möglich ... zu unterbinden“ (122). Eben

dies begründet allerdings gerade keine Spezifität der (Fremd-)Tötung auf Verlangen, sondern erweist sich auch im Kontext der Suizidbeihilfe – die aktuelle Reformdebatte bei Lichte betrachtet – als zentrales Problem. In beiden Konstellationen wäre im Übrigen fraglich, ob aus Gründen des notwendigen Rechtsgutsbezuges der kriminalrechtliche Voreiligkeitsschutz nicht in der Konsequenz jener Grundlegung immer dann einer Reduktion bedarf, sei es schon durch gesetzliche Einschränkung oder qua teleologischer Auslegung, wenn sich der Sterbewille im konkreten Fall als hinreichend belastbar und verlässlich erweisen sollte (von *Verf.* durchaus gesehen, aber in der Substanz nicht ernstgenommen, siehe 121 Fn 345). Eben dann bleibt aber die Ungereimtheit hinsichtlich der normtextlichen Fassung des § 216 StGB, der doch gerade auf dem Boden der Strafbarkeit ein „ernstliches“ Tötungsverlangen voraussetzt, dem aber nach vorstehender Argumentation (und auf der Basis der von *Verf.* zugrunde gelegten Bedeutungsäquivalenz mit dem Zentralkriterium der „Freiwilligkeit“, 134 ff., 151) eine hinreichende Verlässlichkeit dennoch nicht immanent sein darf.

Lobenswert wirft *Verf.* im Anschluss dennoch selbstkritisch die Frage auf, ob eine derartige „gesetzgeberische Prävention durch Schaffung abstrakter Gefährdungsverbote unter Inkaufnahme der Pönalisierung vereinzelter objektiv ungefährlicher Verhaltensweisen“ nicht die Legitimitätsgrenzen überschreitet (160). Auch wenn es in der dogmatischen Struktur abstrakter Gefährdungsdelikte liegt, dass sie notwendig auch konkret ungefährliche Verhaltensweisen erfassen (*Lagodny*), besagt das noch nichts über die Berechtigung, im Ganzen schon den bloßen Verdacht qua lebensweltlicher „Typizität“, „Eignung“ oder „Wahrscheinlichkeit“ zum Bezugspunkt der Strafbarkeit zu nehmen. An dieser Stelle hätte es nun nahelegen, die bekannten Begrenzungskriterien aus der Generaldebatte zum abstrakten Gefährdungsdelikt („Sorgfaltspflichtverletzung“, „Gegenbeweis der Ungefährlichkeit“ u.a.m., vgl. im Überblick *Roxin*, Strafrecht AT/1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn 154 ff.) heranzuziehen und auf ihre Übertragbarkeit hin zu prüfen. *Verf.* verkürzt hingegen das Potential dieser Fragestellung, wenn sich die Argumentation im Nachweis erschöpft, dass die Ausdeutung der Verhaltensnorm in der jeweils konkreten Handlungssituation hier nicht der „exklusiven Verantwortung“ des Normadressen überlassen bleiben dürfe (160 ff.). So kennt etwa das niederländische Euthanasiegesetz sehr wohl konkrete „Sorgfaltsregeln“, die den Beurteilungsspielraum der jeweils Handelnden zu reduzieren suchen (mag die Steuerungsfunktion dieser Regeln in der dortigen Praxis auch begrenzt sein); das Abschneiden jedweder Möglichkeit, die Befolgung eines nachgewiesenermaßen „freiverantwortlichen“ Sterbewillens vom Unrechtsurteil auszunehmen, ist daher keineswegs alternativlos. Dass ein abstrakter Gefährdungstatbestand insoweit daher über das Ziel hinausschießen könnte, sieht *Verf.* durchaus (163); die Lösung soll jedoch in einer Anwendbarkeit des § 34 StGB liegen (201 ff.) mit der Folge einer Abwägung des „individuellen Interesses an der selbstbestimmten Herbeiführung des eigenen Todes“ mit dem Interesse derselben Person, „vor dem Risiko einer nicht in seiner Selbstbestimmung wurzelnden Herbeiführung seines Todes bewahrt zu werden“ (202). Wollte man diese „Abwägung“ aber tatsächlich der „Individualität“

des jeweiligen Rechtsgutsträgers im Rahmen einer konkreten Konfliktlage überlassen, so käme dies der Anerkennung einer Dispositionsbefugnis gleich, die der Gesetzgeber mit § 216 StGB aber normativ ausgeschlossen hat (weswegen *Verf.* wohlweislich auch nicht auf die Einwilligung zurückgreift); wenn *Verf.* aber im Falle erheblicher Leiden von einem regelmäßigen Überwiegen des „Sterbeinteresses“ nach Maßgabe einer „objektiven Vernünftigkeit“ ausgehen will (202 Fn. 596, 204 f.), so entlarvt sich die wortreiche Verankerung im „Prinzip der Selbstverantwortung“ (152 ff.) als hohle Phrase, von der Merkwürdigkeit der strafatsystematischen Verankerung einer solchen Regelausnahme erst auf Rechtswidrigkeitsebene und der leider nicht erörterten Problematik der „Angemessenheitsklausel“ (zu dieser etwa HK-GS/Duttge, 3. Aufl. 2013, § 34 Rn 23: „Sperrwirkung rechtlich vorgegebener Kompetenzen und Verfahren“) im Lichte des § 216 StGB ganz abgesehen. Zudem wäre am Ende gerade dasjenige zugestanden, was zuvor noch bei der Konstruktion des abstrakten Gefährdungsdelikts bedrückt zurückgewiesen wurde: die Überantwortung der Befugnis zur Konkretisierung der Scheidelinie zwischen Recht und Unrecht an die jeweils Handelnden, jetzt anhand der vagen Formel vom „überwiegenden Interesse“.

Was die Konzeption vom abstrakten Gefährdungstatbestand aber dennoch überzeugungskräftig macht, ist ein Umstand, den *Verf.* eher am Rande streift: Ein begründungstheoretisches Gesamtkonzept muss nicht nur die Divergenz des § 216 StGB zur Suizidteilnahme erklären, sondern ebenso die Frage beantworten, wie das „ausdrückliche und ernstliche“ Tötungsverlangen des Verstorbenen ein im Verhältnis zu den Tötungsdelikten minderschweres Unrecht bewirken kann. Auf der Basis der Einwilligungsdoktrin lässt sich diese Abstufung des Unrechts („Privilegierung“) ersichtlich nicht erklären, weil die damit verbundene Verantwortungszuschreibung an die Adresse des Sterbewilligen dann – bei Vorliegen sämtlicher autonomiebegründender Anforderungen – nur eine vollständige und keine „halbe“ sein könnte. Erst der Gedanke des vorverlagerten Rechtsgüterschutzes und damit zugleich eines eigenständigen Unrechtsgehalts im Verhältnis zu den §§ 211 f. StGB (178 f.) macht die Vor-

stellung von einem Unrecht anderen (minderen) Schweregrades begreiflich (s. etwa § 306a Abs. 1 ggü. §§ 306b/c, § 316 ggü. § 315c, § 263a Abs. 3 ggü. Abs. 1 StGB). Zugleich ergeben sich damit bedeutsame Aufschlüsse zur streitigen Frage, ob die (somit irreführend als „Tötung“ etikettierte) Tat des § 216 StGB auch durch Unterlassen begehbar ist (was *Verf.* zutreffend bestreitet, 220 ff.), und interessante Rückwirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tötung (209 ff.).

Wenn es noch immer das hehre Ziel einer juristischen Dissertation sein sollte, nicht lediglich den vorfindlichen Meinungsstand zusammenzutragen und am Ende die Argumente einer dieser Positionen zu bekräftigen, sondern eine neue Perspektive zu eröffnen, aus der sich bedeutsame Folgerungen und neue Einsichten gewinnen lassen: Die vorliegende Arbeit erfüllt diesen Anspruch in weiten Teilen geradezu vorbildlich und beeindruckt durch eine vertiefte Beherrschung des Stoffes, durch die Eigenständigkeit und Innovation der Gedanken und einen zupackenden Stil. Dass einige Formulierungen etwas unangemessen überheblich und besserwisserisch daherkommen (z.B. 47: „stellt prompt die Weiche falsch...“; 86: „erstaunlich, dass ... die Kurzschlüssigkeit seines Begründungsansatzes nicht selbst auffällt...“; 97 Fn. 283: „noch bedenklicher ist der Fehlschluss...“), ist freilich unnötig, die vielen ergänzenden und weiterführenden Erläuterungen in den Fußnoten – mitunter geradezu eine Fundgrube kluger Gedanken – machen die Lektüre leider recht mühsam. Auch in stilistischer Hinsicht hat sich *Verf.* nicht erkennbar um besondere Verständlichkeit seiner Gedanken bemüht. Dennoch ist die Arbeit von erheblichem Gewicht – für die kommenden Wegmarken im Kontext der sog. „Sterbehilfe“ (sei es durch den Gesetzgeber oder in Form bundesgerichtlicher Folgeurteile post „Putz“) ebenso wie für die allgemeine Strafrechtsdogmatik.

**Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen**

# 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.

## **172. EuGH Gutachten 2/13 (Plenum) vom 18. Dezember 2014**

Gutachten über die Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK: Unvereinbarkeit der Übereinkunft mit EUV und AEUV; Verhältnis zwischen EU und EMRK; Inhalt der Übereinkunft; Rechtsnatur der EU; Verfassungsstruktur und Verfassungsmerkmale der Unionsrechtsordnung (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung; Autonomie, Vorrang, unmittelbare Wirkung und Wirksamkeit der Unionsrechtsordnung); Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, insbesondere im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Art. 6 Abs. 2 EUV; Art. 218 Abs. 11 AEUV; Art. 344 AEUV; Art. 53 GRC; EMRK

## **173. BVerfG 2 BvR 450/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2014 (OLG Dresden/AG Chemnitz)**

Strafrechtliche Verurteilung wegen Gebrauchs unechter Personaldokumente bei der Einreise nach Deutschland (Urkundenfälschung; „nulla poena sine lege“; Analogieverbot; Geltung auch für Strafausschließungsgründe; Genfer Flüchtlingskonvention; Flüchtlingsstatus als persönlicher Strafaufhebungsgrund bei unerlaubter Einreise; Ausdehnung des Strafaufhebungsgrundes auf Begleitdelikte nur bei notstandsähnlicher Lage; völkerrechtsfreundliche Auslegung des Bundesrechts).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 1 Buchstabe A. GFK; Art. 31 Abs. 2 GFK; § 267 Abs. 1 StGB; § 95 Abs. 5 AufenthG; § 13 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG; § 26a Abs. 2 AsylVfG; Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung

## **174. BVerfG 2 BvR 878/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2015 (BGH/LG Karlsruhe)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Protokollierung; Beruhensprüfung bei Verstoß gegen Dokumentationspflichten); Grundsatz der Öffentlichkeit (Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schutz des Angeklagten gegen eine „Geheimjustiz“; Kontrolle der Gerichte durch die Öffentlichkeit als zentrales Anliegen des Verständigungsgesetzes).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO, § 338 Nr. 6 StPO; § 169 GVG

## **175. BVerfG 2 BvR 1856/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Rechtsschutz gegen Disziplinarmaßnahmen im Strafvollzug (einstweilige Aussetzung der Vollstreckung; effektiver Rechtsschutz; wirksame Kontrolle; Vorwegnahme der Hauptsache; Erforderlichkeit einer Interessenabwägung; Aussetzungsinteresse; Vollzugsinteresse; summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache; Gewährung von Schreibhilfe unter Strafgefangenen; Verbot des Austauschs der vorgeworfenen Handlung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 76 Abs. 1 NJVollzG

## **176. BVerfG 2 BvR 2055/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2015 (BGH / LG Braunschweig)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Protokollierung; Beruhensprüfung bei Verstoß gegen Dokumentationspflichten); Grundsatz der Öffentlichkeit (Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schutz des Angeklagten gegen eine „Geheimjustiz“; Kontrolle der Gerichte durch die Öffentlichkeit als zentrales Anliegen des Verständigungsgesetzes).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO, § 338 Nr. 6 StPO; § 169 GVG

## **177. BVerfG 2 BvR 2095/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Januar 2015 (Thüringer OLG / LG Erfurt)**

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht; „elektronische Fußfessel“; Folgenabwägung; Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit; Abwehr schwerer Nachteile).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB; § 68f StGB

## **178. BVerfG 2 BvR 2393/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Münster / AG Münster)**

Durchsuchung (Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verleumdung und der falschen Verdächtigung unter Ärzten; haltlose anonyme Beschuldigung wegen sexuellen Missbrauchs einer Patientin); Wohnungsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (besondere Begründungsanforderungen bei nur vagem Tatverdacht; Vorrang grundrechtsschonender Ermittlungshandlungen).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 164 StGB; § 187 StGB; § 102 StPO; § 105 StGB



**179. BGH 3 StR 167/14 – Beschluss vom 20. Januar 2015**

Verwerfung der Anhörungsgründe als unbegründet (Gehörsverletzung; Begründung der Revisionsverwerfung; Inbezugnahme der Ausführungen des GBA).

§ 356a StPO; § 349 StPO

**180. BGH 3 StR 243/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegungserfordernisse; Verhältnismäßigkeit; Bedrohung als Anlasstat; höhere Anforderungen bei ungünstiger Behandlungsprognose).

§ 63 StGB; § 241 StGB

**181. BGH 3 StR 272/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Stade)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**182. BGH 3 StR 277/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Wuppertal)**

Verjährungsfristen im Sexualstrafrecht (Ruhe der Verjährung bis zur Vollendung des achtzehnten Lebensjahres; keine Anwendbarkeit bei Verjährungseintritt vor Änderung der Rechtslage).

§ 78a StGB; § 78b StGB

**183. BGH 3 StR 308/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (OLG Frankfurt a.M.)**

Widersprüchliche Begründung der Verfahrensgründe: unklare Angriffsrichtung.

§ 344 StPO; § 345 StPO

**184. BGH 3 StR 392/14 – Beschluss vom 14. November 2014 (LG Trier)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung des minder schweren Falls beim Totschlag (zusätzliche Berücksichtigung gesetzlich vertyppter Milderungsgründe nach Gesamtabwägung).

§ 213 StGB; § 49 StGB

**185. BGH 3 StR 62/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Mannheim)**

Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck ohne Genehmigung; Konkurrenzen im Außenwirtschaftsrecht (Dual-Use-Güter; Tateinheit zwischen Ausfuhr-, Liefer- und Bereitstellungsverbot); Versuchsbeginn beim gewerbsmäßigen Zuwiderhandeln gegen ein Bereitstellungsverbot; Anforderungen an die Urteilsgründe bei Verurteilung; rechtliche Bezeichnung der Tat im Urteilstenor bei mehreren Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz.

§ 22 StGB; § 18 AWG; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 267 Abs. 1 S. 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 961/2010 (Iran-Embargo-VO); Art. 23 Abs. 3 Iran-Embargo-VO; Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 (Dual Use-Verordnung)

**186. BGH 3 StR 377/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Kleve)**

Aufhebung der Schuldfähigkeit bei nicht vorwerfbar verminderter Einsichtsfähigkeit; rechtsfehlerhafter Maßregelanspruch (Anordnungsvoraussetzungen bei unbe-

fristeter Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; innerer Zusammenhang zwischen abgeurteilter Tat und psychischer Störung).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**187. BGH 3 StR 437/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Düsseldorf)**

BGHSt; nichtöffentliche Verhandlung über den Antrag eines Zeugen auf Ausschließung der Öffentlichkeit (Zeuge als „Beteiligter“; sachliches Interesse an der Ausschließung; Antragsrecht).

§ 174 Abs. 1 Satz 1 GVG

**188. BGH 3 StR 440/14 – Beschluss vom 11. Dezember 2014 (LG Aurich)**

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot bei Verurteilung wegen schweren sexuellen Kindesmissbrauchs (erneute erschwerende Berücksichtigung von Qualifikationsmerkmalen bei der Strafzumessung).

§ 176a StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**189. BGH 3 StR 442/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Bückeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**190. BGH 3 StR 458/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhaftes Unterlassen der Rücktrittsprüfung (fehlgeschlagener Versuch; Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch; subjektive Sicht des Täters; fehlende Feststellungen zur Vorstellung des Täters in den Urteilsgründen).

§ 24 StGB

**191. BGH 3 StR 466/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Krefeld)**

Rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt trotz festgestellter Heroinabhängigkeit der Angeklagten.

§ 64 StGB

**192. BGH 3 StR 472/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Düsseldorf)**

Rechtsfehlerhafter Adhäsionsanspruch (keine hinreichenden Ausführungen zur Höhe des Schmerzensgeldes; Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse von Schädiger und Geschädigtem; Absehen von der Entscheidung im Revisionsverfahren).

§ 406 StPO

**193. BGH 3 StR 484/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Stade)**

Schwerer Bandendiebstahl (Frachtcontainer als umschlossener Raum; Gewerbsmäßigkeit; Zueignungsabsicht; Abgrenzung zur straflosen Gebrauchsanmaßung bei Fahrzeugen).

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB

**194. BGH 3 StR 487/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafter Maßregelanspruch (Begründungserfordernis bei isolierter Sperrfrist für die Erteilung einer Fahrerlaubnis)

§ 69a StGB

**195. BGH 3 StR 489/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Hannover)**

Keine Begründetheit der „Inbegriffsrüge“ bei fehlender Erwähnung der Aussage eines laut Protokoll in der Hauptverhandlung gehörten Zeugen.  
§ 261 StPO; § 55 StPO

**196. BGH 3 StR 493/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Oldenburg)**

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

**197. BGH 3 StR 501/14 – Beschluss vom 20. Januar 2015 (LG Mönchengladbach)**

Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (rechtzeitiger Beitrag zur Aufdeckung begangener Taten; autonomer Tatbegriff).  
§ 31 BtMG

**198. BGH 3 StR 502/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Osnabrück)**

Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung beim (schweren) sexuellen Missbrauch eines Kindes.  
§ 46 Abs. 3 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB

**199. BGH 3 StR 503/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Hannover)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen; Gebrauchsbereitschaft; Zugriffsmöglichkeit auf die Waffe beim Umgang mit dem Betäubungsmittel; mehraktige Begehung; Verwirklichung des qualifizierenden Umstands bei einem Teilakt).  
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**200. BGH 3 StR 507/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Krefeld)**

Gleichartige Tateinheit bei mehrere Taten betreffenden Tatbeiträgen eines Mittäters im Rahmen einer Deliktsserie (hier: Betrug und Urkundenfälschung).  
§ 52 StGB; § 263 StGB; § 267 StGB

**201. BGH 3 StR 510/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Aurich)**

Erforderlichkeit eines richterlichen Hinweises bei Verurteilung wegen Versuchs nach Anklage wegen vollendeter Vergewaltigung; logische Konsistenz der Schilderung als an die Aussage zu stellende Mindestanforderung.  
§ 261 StPO; § 265 StPO; § 177 StGB; § 23 StGB

**202. BGH 3 StR 529/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Trier)**

Wegfall der Einziehungsanordnung.  
§ 74 StGB

**203. BGH 3 StR 534/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Osnabrück)**

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

**204. BGH 3 StR 581/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Neubrandenburg)**

Rechtsfehlerhafter Verurteilung zur Jugendstrafe (Anforderungen an die Feststellung schädlicher Neigungen; bloß formelhafte Erwähnung des Erziehungsgedankens bei der Strafzumessung).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

**205. BGH 3 StR 588/14 – Beschluss vom 19. Januar 2015 (LG Düsseldorf)**

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

**206. BGH 3 StR 600/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Unbeachtlichkeit der Einschätzung des Angeklagten zu seiner Abhängigkeit; Hang; symptomatischer Zusammenhang; Mitursächlichkeit für Anlasstaten).  
§ 64 StGB

**207. BGH 3 ARs 20/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren (Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung in der richterlichen Vernehmung gemachten Zeugenaussage bei anschließender Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht; Erfordernis der „qualifizierten“ Belehrung).  
§ 252 StPO; § 52 StPO

**208. BGH 5 StR 310/13 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Mitteilung über Vorgespräche; Negativmitteilung; Ausschluss des Beruhens beim Fehlen von Gesprächen über Verständigung; freibeweisliche Klärung im Revisionsverfahren; Vortrag des Revisionsführers zur Beruhensfrage).  
§ 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StGB; § 337 Abs. 1 StPO

**209. BGH 5 StR 435/14 – Urteil vom 13. Januar 2015 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung zum Tötungseventualvorsatz (voluntatives Element: spontane Tatbegehung, unfreiwilliger Tatabbruch als zu erörterndes Indiz, gruppensituation, fremdenfeindliche Motivation; Gewalterfahrenheit, Vorsatz bzgl. lebensgefährdender Behandlung).  
§ 261 StPO; § 15 StGB; § 212 StGB; § 224 StGB

1. Lässt der Täter von schweren Gewalthandlungen nicht freiwillig ab, kann das demnach gewollte weitere Tun den Schluss nahelegen, dass ihm die Folgen seines Handelns bis hin zum Tod des Opfers gleichgültig sind. Dies würde für den Tötungseventualvorsatz ausreichen, weshalb eine lückenhafte Beweiswürdigung gegeben sein kann, wenn das Tatgericht diesen Umstand nicht erörtert.

2. Eine Verneinung des Tötungseventualvorsatzes unter Berufung auf eine spontane Tatbegehung sowie eine gruppensituation („aus dem Ruder laufende Schlägere“) liegt regelmäßig nicht nahe, wenn die Täter sich schon im Vorfeld der Tat äußerst aggressiv verhalten und das Opfer – mit Ausnahme von Schutzwehr – keine nennenswerte Gegenwehr leistet.

3. Bejaht das Tatgericht eine gefährliche Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, so geht es davon aus, dass die Tat in der Vorstellung des Täters auf eine Lebensgefährdung „angelegt“ ist. In diesem Fall bedarf es regelmäßig tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter dennoch darauf vertraut haben könnte, das Opfer werde nicht zu Tode kommen. Eine Gewalterfahrenheit des Täters genügt hier für sich genommen i.d.R. nicht, da bei Vornahme einer potentiell lebensgefährlichen Handlung grundsätzlich dem Zufall anheim gegeben bleibt, ob die Lebensgefahr sich konkretisiert und letztlich zum Tod führt.

**210. BGH 5 StR 196/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Düsseldorf)**

Nachträgliche Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Nebenklägerin im Adhäsionsverfahren.  
§ 404 Abs. 5 StPO

**211. BGH 5 StR 473/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Berlin)**

Sicherungsverwahrung (strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung; Rückfallverjährungsfrist); Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs bei der Maßregelverordnung.  
§ 66 StGB; § 67 StGB

**212. BGH 5 StR 486/14 – Urteil vom 28. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Rechtsfehlerhafte Annahme der mit dem Verfall verbundenen Vermögenseinbuße als Strafmilderungsgrund; rechtsbedenkenfreie tatrichterliche Annahme eines minderschweren Falles beim bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Gesamtwürdigung; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfung).  
§ 46 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG

**213. BGH 5 StR 491/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Itzehoe)**

Unbegründetheit der gegen die Verwerfung der Revision durch Beschluss gerichteten Anörungsrüge.  
§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**214. BGH 5 StR 494/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Flensburg)**

Rechtsfehlerfreie Verneinung des Körperverletzungsvorsatzes bei kräftigem Schütteln eines Säuglings (Beweswürdigung; Umfang der revisionsrechtlichen Prüfung; Berücksichtigung einer stark verlangsamten und in ihrer Qualität geringen kognitiven Leistungsfähigkeit des Täters; voluntatives Vorsatzelement); fahrlässige Tötung; Absehen von Strafe.  
§ 15 StGB; § 60 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO

**215. BGH 5 StR 511/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Berlin)**

Verwerfung der auf die Adhäsionsentscheidung beschränkten Revision.  
§ 406a Abs. 2 Satz 2 StPO

**216. BGH 5 StR 522/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Zahlungsvorgänge als tatbestandliche Handlungsteile eines einheitlichen Handeltreibens bezüglich einer Betäubungsmittelmenge; Abgrenzung von Einbindung in Absatzorganisation und selbständiger Abnehmereigenschaft).  
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

**217. BGH 5 StR 536/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 (LG Chemnitz)**

Rechtsfehlerhafte Annahme eines minderschweren Falles beim bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (fehlende Gesamtwürdigung).  
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG

**218. BGH 5 StR 541/14 – Beschluss vom 13. Januar 2015 (LG Berlin)**

Fehlende Erörterung einer möglichen Vortatbeteiligung bei der Verurteilung wegen Geldwäsche.  
§ 261 Abs. 9 S. 2 StGB

**219. BGH 5 StR 549/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

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

**220. BGH 5 StR 582/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Hamburg)**

Verfall (Härtevorschrift; Ermessen; Absehen von der Erkenntnis auf den gesamten Verfallsbetrag bei erschwelter Resozialisierung nach langer Freiheitsstrafe).  
§ 73c StGB

**221. BGH 5 StR 587/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Zwickau)**

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

**222. BGH 5 StR 597/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Chemnitz)**

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

**223. BGH 5 StR 603/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Berlin)**

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

**224. BGH 5 StR 614/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Zwickau)**

Verletzung der Amtsaufklärungspflicht durch Nichtvernehmung von Zeugen.  
§ 244 Abs. 2 StPO

**225. BGH 5 ARs 64/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren: Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).  
§ 252 StPO; § 52 StPO

**226. BGH AK 34/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015**

Dringender Tatverdacht bzgl. geheimdienstlicher Agententätigkeit (Weitergabe von Informationen an US-amerikanischen Geheimdienst durch BND-Mitarbeiter); Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft. § 99 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

**227. BGH StB 25/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014**

Fortdauer der bereits mehr als fünf Jahre andauernden Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht der Rädelsführerschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Beurteilung des dringenden Tatverdachts während laufender Hauptverhandlung; Fluchtgefahr; Verhältnismäßigkeit; Verhältnis der Haftdauer zur erwarteten Strafe; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Verzögerung durch Verteidigerverhalten).

§ 129a StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; Art. 5 Abs. 3 EMRK

**228. BGH StB 27/14 – Beschluss vom 19. Januar 2015**

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Ablehnung der Rücknahme einer Bestellung als Pflichtverteidiger durch das OLG.

§ 304 Abs. 4 StPO

**229. BGH 1 StR 315/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Magdeburg)**

BGHSt; Pflicht zur Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Anlass; Umfang; Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung des Gerichts: Beruhenssausschluss bei Information des Angeklagten durch Verteidiger); Protokollierung von Mitteilungen über Verständigungsgespräche (unterlassene Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 257c StPO; § 202a StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

**230. BGH 1 StR 359/13 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Passau)**

Anhörungsruhe; Verfahrensverzögerung (Einzelfallbeurteilung)

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**231. BGH 1 StR 364/14 – Beschluss vom 22. Oktober 2014 (LG Stuttgart)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung von Sachverständigengutachten im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

**232. BGH 1 StR 422/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Lübeck)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Inhalt der Mitteilung; keine Pflicht zur Mitteilung des Ablaufs der Gespräche).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 202a StPO, § 212 StPO; § 257c StPO

**233. BGH 1 StR 454/14 – Urteil vom 13. Januar 2015 (LG Nürnberg-Fürth)**

Beihilfe (erforderliche Konkretisierung des Vorsatzes bezüglich der Haupttat); Strafaussetzung zur Bewährung (Gebot der Verteidigung der Rechtsordnung, die Strafe zu

vollstrecken); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot); Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 56 Abs. 3 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**234. BGH 1 StR 496/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Augsburg)**

Mord (Heimtücke: Wehrlosigkeit trotz eigener Bewaffnung).

§ 211 StGB

**235. BGH 1 ARs 21/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren: Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).

§ 252 StPO; § 52 StPO

**236. BGH 2 StR 29/14 – Beschluss vom 29. Dezember 2014 (LG Frankfurt a.M.)**

Beihilfe zur Untreue (Vorsatz bezüglich der Haupttat: Nachteil, Verschleifungsverbot); Vernehmung des Angeklagten (Verlesung einer schriftlichen Erklärung des Angeklagten).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 2 StPO

**237. BGH 2 StR 211/14 – Beschluss vom 29. Dezember 2014 (LG Bonn)**

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (Anforderungen an die Begründung des Zurückweisungsbeschlusses); Auslegung von Beweisanträgen (Bestimmung des Beweismittels).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

**238. BGH 2 StR 263/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: länger anhaltender Defektzustand als Ursache der Tat; Darstellung in den Urteilsgründen).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StGB

**239. BGH 2 StR 292/14 – Urteil vom 7. Januar 2015 (LG Köln)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Voraussetzungen: Hang zu erheblichen Straftaten, kein Weitergelten der höheren Anforderungen des BVerfG).

§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB

**240. BGH 2 StR 439/13 – Urteil vom 30. Dezember 2014**

Vernehmung des Beschuldigten (subjektiv-objektiver Beschuldigtenbegriff: konkludente Zuweisung der Beschuldigtenstellung); tatrichterliche Beweiswürdigung (fehlende Beweismittel für Kerngeschehen der Tat).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 261 StPO

**241. BGH 2 StR 78/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Gera)**

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch: Korrektur des Rücktrittshorizonts, Darstellung im Urteil).  
§ 24 Abs. 1 Satz 1; § 267 Abs. 1 StPO

**242. BGH 4 StR 378/14 – Beschluss vom 13. Januar 2015 (LG Frankenthal)**

Einschleusen von Ausländern (Voraussetzungen: Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat des Geschleusten).  
§ 96 Abs. 1 AufenthG; § 95 AufenthG

**243. BGH 4 StR 419/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Bielefeld)**

Bedrohung (ernstliches Inaussichtstellen eines Verbrechens; Inaussichtstellen eines Verbrechens unter einer Bedingung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Anforderungen an die Urteilsbegründung).  
§ 241 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

**244. BGH 4 StR 512/14 – Beschluss vom 3. Dezember 2014 (LG Kaiserslautern)**

Revisionsbegründung (Auslegung durch das Revisionsgericht); unerlaubter Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minderschwerer Fall).  
§ 344 StPO; § 29a Abs. 2 BtMG

Als Prozessklärung ist die Revisionsbegründung auslegungsfähig. Die Ausführungen zur Rechtfertigung der Revision sind in ihrer Gesamtheit zu würdigen, wobei das Revisionsgericht nicht am Wortlaut haften darf, sondern den Sinn des Vorbringens zu erforschen hat, wie er der Begründungsschrift verständigerweise entnommen werden kann (vgl. BGHSt 19, 273, 275). Ergibt sich aus dem Inhalt der Begründungsschrift deutlich, welche Rüge inhaltlich gemeint ist, ist eine Falschbezeichnung des Revisionsvorbringens als Sach- oder Verfahrensrüge unschädlich.

**245. BGH 1 StR 182/14 – Urteil vom 7. Oktober 2014 (LG Augsburg)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerkarussell; Vollendung bei Steuervergütungen; Mittäterschaft); Darlegungsanforderungen an die Rüge der Verletzung des fairen Verfahrens bei einer Verständigung bei mangelnder Thematisierung der verhängten Bewährungsauflagen (Darlegung einer Autonomiebeeinträchtigung; Beruhen; Selbstbelastungsfreiheit).  
§ 370 AO; § 15 UStG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 168 S. 2 AO; § 25 Abs. 2 StGB

**246. BGH 1 StR 324/14 – Urteil vom 17. Dezember 2014 (LG Gießen)**

Leichtfertige Umsatzsteuerhinterziehung durch Abgabe unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen bei Goldgeschäften.  
§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 378 AO

**247. BGH 1 StR 351/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Kempten)**

Rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung beim Freispruch von vorgeworfenen Sexualstraftaten.

§ 261 StPO

**248. BGH 1 StR 509/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Amberg)**

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

**249. BGH 1 StR 573/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG München I)**

Unzulässige Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 45 Abs. 1 StGB

**250. BGH 1 StR 603/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Traunstein)**

Einstellung aus prozessökonomischen Gründen.  
§ 154 StPO

**251. BGH 1 StR 619/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Bamberg)**

Verwerfung der Revision als unzulässig (mangelnde Beschwer).  
§ 349 Abs. 1 StPO

**252. BGH 2 StR 123/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Aachen)**

Mangelndes Beruhen auf einem mangelnden Negativattest; Verständigung (Begriff der Verständigungsgespräche).  
§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 257c StPO; § 116 Abs. 1 StPO

**253. BGH 2 StR 211/14 – Beschluss vom 29. Dezember 2014 (LG Bonn)**

Unzulässige Revision des Nebenklägers (Gesetzesverletzung).  
§ 400 StPO

**254. BGH 2 StR 233/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Erfurt)**

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot und unzulässiger Vorwurf fehlender Milderungsgründe.  
§ 46 Abs. 1 und 3 StGB

**255. BGH 2 StR 247/14 – Urteil vom 21. Januar 2015 (LG Erfurt)**

Abgrenzung von Diebstahl und Raub (finaler Zusammenhang: als Drohung fortwirkende Gewalteinwirkung; Entreißen des Rucksacks als Gewalt).  
§ 242 StGB; § 249 StGB

**256. BGH 2 StR 252/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Bonn)**

Konkurrenzen bei den Betäubungsmitteldelikten.  
§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

**257. BGH 2 StR 370/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Aachen)**

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

**258. BGH 2 StR 403/14 – Beschluss vom 30. Dezember 2014 (LG Gera)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (Fehlen jeglicher Auseinandersetzung mit der Einlassung des Angeklagten).  
§ 261 StPO; § 267 StPO

**259. BGH 2 StR 463/14 – Beschluss vom 7. Januar 2015 (LG Marburg)**

Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage).  
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**260. BGH 2 StR 476/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Kassel)**

Wertersatzverfall (Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtevorschrift).  
§ 73c StGB

**261. BGH 2 StR 605/13 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (BGH)**

Unbegründete Erinnerung gegen den Kostenansatz (mangelnde Aufrechnungslage).  
§ 66 Abs. 1 GKG; § 139 GVG; § 387 BGB

**262. BGH 2 ARs 169/14 (2 AR 107/14) – Beschluss vom 21. Januar 2015 (BGH)**

Unzulässige Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**263. BGH 2 ARs 157/14 (2 AR 97/14, 2 ARs 239/14, 2 AR 114/14, 2 ARs 249/14, 2 AR 149/14) – Beschluss vom 9. Januar 2015 (BGH)**

Zuständigkeit zur Überlassung einer Kopie der Sachakten nach Abschluss des Verfahrens.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes

**264. BGH 2 ARs 191/14 (2 AR 115/14) – Beschluss vom 7. Januar 2015 (BGH)**

Zuständigkeit zur Überlassung einer Kopie der Sachakten nach Abschluss des Verfahrens.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes

**265. BGH 2 ARs 157/14 (2 AR 97/14, 2 ARs 239/14, 2 AR 114/14, 2 ARs 249/14, 2 AR 149/14) – Beschluss vom 9. Januar 2015 (BGH)**

Zuständigkeit zur Überlassung einer Kopie der Sachakten nach Abschluss des Verfahrens.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes

**266. BGH 2 ARs 157/14 (2 AR 97/14, 2 ARs 239/14, 2 AR 114/14, 2 ARs 249/14, 2 AR 149/14) – Beschluss vom 9. Januar 2015 (BGH)**

Zuständigkeit zur Überlassung einer Kopie der Sachakten nach Abschluss des Verfahrens.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes

**267. BGH 2 ARs 278/14 (2 AR 233/14) – Beschluss vom 27. Januar 2015 (BGH)**

Unzulässige Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**268. BGH 2 ARs 309/14 (2 AR 253/14) – Beschluss vom 21. Januar 2015 (BGH)**

Unzulässige Anhörungsrüge (Nichtbehebung eines Gehörsverstößes der Vorinstanz).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

**269. BGH 4 StR 335/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Münster)**

Unbegründete Anhörungsrüge; kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör bei mangelnder Akteneinsicht des Verteidigers und daraus folgender Rügeverluste (wirksame Verteidigung; Verbot der Überraschungsentscheidung).  
§ 356a StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 147 StPO

**270. BGH 4 StR 369/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Bielefeld)**

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

**271. BGH 4 StR 392/14 – Beschluss vom 13. Januar 2015 (LG Magdeburg)**

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

**272. BGH 4 StR 440/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Essen)**

Konkurrenzverhältnisse bei Betäubungsmittelstraftaten.  
§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 52 StGB

**273. BGH 4 StR 445/14 – Beschluss vom 13. Januar 2015 (LG Stendal)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung (günstige Kriminalprognose; Vorwurf zulässigen Verteidigungsverhaltens; besondere Umstände).  
§ 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**274. BGH 4 StR 476/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Bielefeld)**

Ausschluss der Strafmilderung nach § 28 I StGB bei vorhandener Tatherrschaft (Untreue; Vermögensbetreuungspflicht).  
§ 28 I StGB; § 266 StGB; § 27 II StGB

**275. BGH 4 StR 503/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Essen)**

Fehlerhafte Gesamtstrafe.  
§ 54 StGB

**276. BGH 4 StR 532/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Kaiserslautern)**

Mord (Ermöglichungsabsicht; Tateinheit mit Schwangerschaftsabbruch).  
§ 211 StGB; § 218 StGB; § 52 StGB

**277. BGH 4 StR 560/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Paderborn)**

Rücktritt vom Versuch des Diebstahls (Fehlschlag).  
§ 242 StGB; § 243 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

**278. BGH 4 StR 580/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Essen)**

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

**279. BGH 4 StR 609/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

Unzulässige Revision.  
§ 345 Abs. 1 StPO