

RSÜ 7

vom 13. Dezember 2015

von Dieter Kochheim

Der unregelmäßig erscheinende Rechtsprechungsüberblick dokumentiert die aktuelle Rechtsentwicklung mit den Schwerpunkten Wirtschafts- und Ermittlungsrecht. Von besonderer Bedeutung sind die Entscheidungen zum Zahlungsdienststeuergesetz (Nr. 2), zum Forderungsmanagement (Nr. 4) und zur Tatprovokation durch einen Verdeckten Ermittler (Nr. 17). Die RSÜ 7 schließt mit einem kurzen Rück- und Ausblick sowie mit einem Jahres-Inhaltsverzeichnis ab.

Inhalt:

A. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht	3
1. Tabaksteuer	3
2. Zahlungsdienststeuergesetz und Bargeldtransfer.....	3
B. Vermögensstrafrecht	5
3. Betrug im Autohandel	5
4. Forderungsmanagement.....	7
5. Gesamtsaldierung beim Factoring.....	9
6. Tateinheit beim Betrug.....	9
C. IuK-Strafrecht. Kinderpornographischer Download.....	10
D. Allgemeines Strafrecht.....	11
7. Fehlgeschlagener Versuch	11
8. Täterschaft, Tatbeitrag und uneigentliches Organisationsdelikt	11
9. Täterschaft und Teilnahme	12
10. Sukzessive Beihilfe im Beendigungsstadium	13
11. Die ungeliebte Bande	13
12. Berufsverbot.....	14
E. Strafzumessung	14
13. Lange zurückliegende Taten und überlange Verfahrensdauer	14
14. Hoffnungslose Kriminalprognose	14
15. Leiden unter U-Haft.....	14

16. Schwere Tatfolgen.....	15
F. Strafverfahrensrecht.....	15
17. Tatprovokation durch einen Verdeckten Ermittler	15
18. Feststellungen sind nur dem Strengbeweis zugänglich	17
19. Hinweis auf eine abweichende Rechtsansicht	17
20. Überzogene Darlegungspflicht	18
21. Das Recht zu schweigen	18
22. Verständigung und Transparenz	19
23. Unaufschiebbarer Antrag	20
G. Sonstige Meldungen	21
24. Fairness bedarf der schriftlichen Dokumentation.....	21
25. Unmut und Obzönität.....	21
26. Falsche Meldungen an die Presse	21
H. In eigener Sache	22
I. Jahres-Inhaltsverzeichnis.....	23

A. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Zunächst ist auf einen bei HRR-Strafrecht erschienenen Aufsatz hinzuweisen:

[Vanessa Saam, "Schwarze Kassen" und Untreuestrafbarkeit](#), HRR 8/2015, S. 345.

1. Tabaksteuer

Mit der Tabaksteuer bei der Durchfuhr hat sich der BGH im Oktober befasst.¹ Wegen der Steuerhinterziehung im Übrigen hat das Gericht erneut auf die besonderen persönlichen Eigenschaften hingewiesen, deren Fehlen nur zu einer Beihilfe führen kann:²

Täter - auch Mittäter - einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO kann nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist (...³).

2. Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz und Bargeldtransfer

Grundsätzliche Ausführungen über die Anwendbarkeit des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz – ZAG – und den danach verbotenen Zahlungsdienstgeschäften macht der BGH in einem Beschluss aus dem Oktober 2015.⁴ Dabei greift er den untypischen Fall einer **Hawala** auf, wobei der Hawaladar das Bargeld persönlich transportiert und übergibt. Der typische Fall ist hingegen der, dass, dem Prinzip der Anweisung folgend, die Forderungen zwischen den Hawaladaren verrechnet werden und der zweite Hawaladar aus eigenem Vermögen den angewiesenen Betrag auszahlt. Folgt man der systematisch nicht überzeugenden Entscheidung, dann sind unerlaubte Zahlungsdienstleistungen, die von Einzelpersonen erbracht werden, seit der Geltung des ZAG straflos. Im Einzelnen hat der BGH ausgeführt:⁵

*<Rn. 5> § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG setzt tatbestandlich voraus, dass der Täter ohne Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 Satz 1 ZAG Zahlungsdienste erbringt. § 8 Abs. 1 Satz 1 ZAG bestimmt, dass derjenige, der im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut erbringen will, einer schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bedarf. In § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG werden Zahlungsinstitute definiert als **Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen. Normadressaten** sind daher nur Unternehmen, **nicht aber natürliche Personen** (vgl. Walter in Casper/Terlau, ZAG, § 8 Rn. 6, 10 f., § 31 Rn. 3, 9 ff.).*

<Rn. 6> Mit der Einführung des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes zum 31. Oktober 2009 hat der Gesetzgeber die Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 (ABl. EU L 319 vom 5. Dezember 2007, S. 1; im Folgenden: „Zahlungsdiensterichtlinie“) zur Schaffung eines harmonisierten Rechtsrahmens für unbare Zahlungen im europäischen Binnenmarkt in deutsches Recht umgesetzt. Hiermit sollte für Zahlungsinstitute ein Spezialgesetz geschaffen werden, das im Interesse der Normenklarheit das neue Regelwerk für seine Adressaten so einfach wie der Sache nach möglich hält (BT-Drucks. 16/11613, S. 26). Entsprechend der Zahlungsdiensterichtlinie in Art. 4 Nr. 4, Art. 10 Abs. 1 Satz 2, nach der eine Zulassung für die gemeinschaftsweite Erbringung und Ausführung von Zahlungsdiensten lediglich juristischen Personen erteilt werden sollte, sah der Ge-

¹ BGH, Beschluss vom 14.10.2015 - 1 StR 521/14, Rn. 19,20.

² BGH, Beschluss vom 14.10.2015 - 1 StR 521/14, Rn. 13.

³ Verweis auf BGH, Urteil vom 9.4.2013 - 1 StR 586/12.

⁴ BGH, Beschluss vom 28.10.2015 - 5 StR 189/15.

⁵ BGH, Beschluss vom 28.10.2015 - 5 StR 189/15.

setzgeber als **Normadressaten ausschließlich Unternehmen an, die der Kategorie der Zahlungsinstitute zuzuordnen sind**, unabhängig davon, ob ihnen eine Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 ZAG erteilt worden ist oder nicht (BT-Drucks. 16/11613, S. 32). Bei diesen Unternehmen muss es sich um **juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften** handeln (BT-Drucks. 16/11613, S. 46).

<Rn. 7> Das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz erfasst gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 auch bar durchgeführte Finanztransfergeschäfte (vgl. Art. 4 Nr. 13 Zahlungsdiensterichtlinie). Mit dieser Regelung sollte das Finanztransfergeschäft, das weitgehend der Finanzdienstleistung nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 6 KWG (in der damaligen gültigen Fassung vom 19. Dezember 2008) entspreche und der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG unterliege, aus dem KWG abgelöst werden (BT-Drucks. 16/11613, S. 35). Dementsprechend wurde § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 6 KWG zum 31. Oktober 2009 aufgehoben mit der Folge, dass eine Strafbewehrung gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, die sich auch gegen natürliche Personen richtete (vgl. zum „Hawala-Banking“...⁶), für **Finanztransaktionen vorliegender Art auch für zurückliegende Tatzeiträume (§ 2 Abs. 3 StGB) entfallen ist**.

Tatsächlich spricht die BT-Drs. 16/11613 im Zusammenhang mit der aufsichtsrechtlichen Erlaubnis nach § 8 ZAG davon, dass es sich um *juristische Personen oder Personengesellschaften* handeln muss⁷ und folgt damit der Definition aus Art. 4 Nr. 4 der Zahlungsdiensterichtlinie, wonach ein **Zahlungsinstitut** eine *juristische Person* <ist>, die nach Artikel 10 eine Zulassung für die gemeinschaftsweite Erbringung und Ausführung von Zahlungsdiensten erhalten hat,⁸ also ein Unternehmen, das eine Erlaubnis bereits hat. Eine nähere Begründung der Strafvorschrift in § 31 ZAG fehlt in der BT-Drs.; dort heißt es nur: *Die Formulierung des Straftatbestandes und die Bestimmung des Strafrahmens orientieren sich an § 54 KWG*,⁹ der auch Privatpersonen erfasste. Danach unterliegt der BGH einem Gedankenfehler, wenn er Ausschluss der Erlaubnisfähigkeit im Hinblick auf **Zahlungsinstitute** gleichzeitig auf die Strafbarkeit beim Veranlassen unerlaubter **Zahlungsdienste** überträgt, zumal die neue Strafvorschrift das erlaubnislose Handeln in der Nachfolge der Strafnormen des KWG regeln soll. Das referierte Ergebnis wird schon von der Zahlungsdiensterichtlinie nicht getragen, die als „Zahlungsdienst“ jede im Anhang aufgeführte gewerbliche Tätigkeit ansieht (Art. 4 Nr. 3). Die Anlage benennt ausdrücklich den *Finanztransfer* (Nr. 6 der Anlage) und das auch ohne dass ein Inkassokonto (Zahlungsempfänger) angesprochen wird. Das KWG und ihm folgend das ZAG haben unerlaubte Bankgeschäfte – jetzt Zahlungsdienste – unter eine Strafdrohung stellen wollen und danach ist es unerheblich, ob der Handelnde als Personennmehrheit oder Kapitalgesellschaft ohne Erlaubnis handelte, weil er die Erheblichkeitsschwelle des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG überschreitet, oder als Einzelperson oder –kaufmann die Erlaubnis von vornherein nicht bekommen könnte. Auch das kaufmännische Unternehmen ist zunächst das des Einzelkaufmanns (§ 1 Abs. 1 HGB) und wird vom Minderkaufmann – für den klassisch der Flickschuster bemüht wird – eben dadurch abgegrenzt, dass sein *Unternehmen* <keinen> *nach Art oder Umfang ... in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb ... erfordert* (§ 1 Abs. 2 HGB). Wenn der Gesetzgeber den Wirkungsbereich des KWG hätte eingrenzen wollen, dann hätte er in der maßgeblichen Drucksache nicht angeben dürfen, dass sich der ZAG-Straftatbestand an dem des KWG orientiert. Die Entschei-

⁶ Verweis auf [BGH, Urteil vom 11.9.2002 – 1 StR 73/02](#).

⁷ [BT-Drs. 16/11613 vom 16.1.2009](#), S. 46.

⁸ [Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007](#).

⁹ [BT-Drs. 16/11613 vom 16.1.2009](#), S. 57.

dung des BGH öffnet Umgehungsgeschäften Tür und Tor, was mit Sicherheit vom Gesetzgeber nicht gewollt war.

Schließlich führt der BGH aus:

<Rn. 11> Der Senat weist darauf hin, dass § 1 Abs. 10 Nr. 3 ZAG, ungeachtet seiner im Einzelnen unklaren inhaltlichen Abgrenzung zu § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG (vgl. Casper in Casper/Terlau, aaO, § 1 Rn. 72 einerseits, Rn. 85 andererseits) einer Verurteilung bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nicht entgegenstehen dürfte. Nach dieser Vorschrift ist der „gewerbsmäßige Transport von Banknoten und Münzen“ kein Zahlungsdienst im Sinne des Gesetzes (vgl. Art. 3 Buchst. c der Zahlungsdiensterichtlinie). Diese Ausschlussnorm ist demgemäß auf den rein physischen Transport von Bargeld (und ggf. dessen Bearbeitung im Sinne einer bankmäßigen Aufarbeitung) beschränkt, weswegen beispielsweise schon die Zwischenschaltung von Konten schadet (vgl. BT-Drucks. 16/11613, S. 38; Casper, aaO Rn. 85 f.). Den – insoweit allerdings spärlichen – Feststellungen des Urteils entnimmt der Senat, dass der Angeklagte in ein Geldtransfersystem eingebunden war, in dem zunächst die gesondert verfolgten Verantwortlichen der Firmengruppe T. S. GmbH das zu transferierende Bargeld entgegennahm, zu Tranchen zusammenstellten und diese dem Angeklagten übergaben, der für die Durchführung des Transports der Bargeldtranchen nach Vietnam sorgte; dort wurde er von seinen Geschwistern bei der Organisation der Übermittlung und Auszahlung der jeweiligen einzelnen Geldbeträge an ihre Empfänger unterstützt. Die gesamten für die jeweiligen Auftraggeber erbrachten Dienstleistungen von der Übernahme des Geldes bis zu seiner Übergabe an die Empfänger in Vietnam gingen mithin wohl über den von § 1 Abs. 10 Nr. 3 ZAG erfassten reinen Transport des Geldes hinaus.

B. Vermögensstrafrecht

Mehrere jüngere Entscheidungen befassen sich mit Einzelfragen im Zusammenhang mit dem Betrug.

3. Betrug im Autohandel

Gemeinhin wollen Betrüger nicht betrügen. Und auf unlautere Gedanken – etwa durch Vortäuschen von Diebstählen – ist man erst durch einen Dritten gebracht worden. Das gilt es zu widerlegen, meint der BGH:¹⁰

<Rn. 18> Im Fall 1 hält die Verurteilung des Angeklagten wegen Betruges bereits deshalb sachlicher-rechtlicher Prüfung nicht stand, weil das Landgericht den Betrugsvorsatz beweismäßig nicht hinreichend belegt (§ 261 StPO). Der Angeklagte hat sich dahin eingelassen, dass er im Fall 1 den Pkw zwar nicht in einer Summe habe bezahlen können, jedoch ausreichend Geld zur Verfügung gehabt habe, um die Anzahlung und die nachfolgenden Raten zahlen zu können. Seine Vermögensverhältnisse habe er aber nicht nachweisen können. Deshalb habe er zur Darstellung seiner Kreditwürdigkeit eine gefälschte Gehaltsbescheinigung bei Beantragung des Darlehens vorgelegt. Zu diesem Zeitpunkt habe er nicht vorgehabt, den Darlehensgeber zu betrügen; auf die Idee, das Fahrzeug als gestohlen zu melden, habe ihn erst später der Mitangeklagte H. gebracht.

<Rn. 19> Diese Einlassung hat das Landgericht nicht widerlegt. Es geht selbst davon aus, dass der Angeklagte bei Vertragsabschluss über „erhebliche“ Geldmittel ungeklärter Herkunft verfügte, so dass allein durch die Vorlage einer gefälschten Gehaltsbescheinigung bei erfolg-

¹⁰ [BGH, Beschluss vom 2.9.2015 - 5 StR 314/15.](#)

ter Tilgung der Raten über einen Zeitraum von 20 Monaten nicht ohne Weiteres auf einen Betrugsvorsatz geschlossen werden kann. Die Feststellung, dass der Angeklagte seit 2010 keiner regelmäßigen Erwerbstätigkeit nachging, jedoch im Zeitraum 2008 bis Oktober 2013 eine Vielzahl von Bareinzahlungen auf seine Konten vornahm, um Überweisungen zu ermöglichen, ist jedenfalls nicht geeignet, einen Betrugsvorsatz zu belegen. Entsprechendes gilt für die strafzumessungsrechtlich angestellte Erwägung, dass eine „Steigerung des Unrechts von Autokauf zu Autokauf (Fälle 1, 3, 5, 8)“ stattgefunden habe. Denn die spätere Begehung ähnlicher Taten lässt keinen hinreichenden Schluss zu, dass das „System“ bereits bei dem zeitlich vorgelagerten Fall 1 vom Angeklagten praktiziert wurde.

<Rn. 21> Unter Beachtung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Dezember 2011 (...¹¹) bedarf es im Falle eines Eingehungsbetrugs einer ausreichenden Beschreibung und Bezifferung des täuschungsbedingten Vermögensschadens. Da speziell beim Eingehungsbetrag die Schadenshöhe entscheidend von der **Wahrscheinlichkeit und vom Risiko eines zu-künftigen Verlustes abhängt, setzt die Bestimmung eines (Mindest-)Schadens voraus, dass die Verlustwahrscheinlichkeit tragfähig eingeschätzt wird** (...¹²). Denn ist aufgrund der fehlenden Bonität des Schuldners und nicht ausreichender Sicherheiten konkret erkennbar, dass mit einem (teilweisen) Forderungsausfall zu rechnen ist, müssen gegebenenfalls Korrekturen – etwa entsprechend banküblicher Bewertungsansätze für Wertberichtigungen – vorgenommen werden, die ihrerseits ungeachtet der praktischen Schwierigkeiten ihrer Ermittlung auch im Rahmen der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden können, ohne dass es auf den tatsächlichen Verlauf des Darlehensverhältnisses (noch) ankommt (...¹³).

<Rn. 23> Unzutreffend ist auch die Ansicht des Landgerichts, hinsichtlich der Höhe des Vermögensschadens allein auf die bei Beantragung des Darlehens vorgelegte **gefälschte Gehaltsbescheinigung des jeweiligen Darlehensnehmers abstellen** zu können, um einen Gefährdungsschaden in voller Höhe des Darlehensbetrages anzunehmen, weil der Rückzahlungsanspruch aufgrund des in Wahrheit nicht bestehenden Beschäftigungsverhältnisses nicht der vertraglich vorausgesetzten Werthaltigkeit entspreche. Der betrugsbedingte Vermögensschaden hätte vielmehr durch eine Bewertung **des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts ermittelt werden müssen**, für dessen Berechnung maßgeblich ist, ob und in welchem Umfang die das Darlehen ausreichende M. – B. ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es bestanden hätte, wenn die risikobestimmenden Faktoren vom Darlehensnehmer zutreffend angegeben worden wären. In diesem Zusammenhang hätte auch die Werthaltigkeit etwaiger Sicherheiten – wie die Sicherungsübereignung der Fahrzeuge – in den Blick genommen und wirtschaftlich in Ansatz gebracht werden müssen.

Dagegen wendet der 4. Strafsenat auch auf Autoverkäufe die weitreichende Rechtsprechung zu den Schneeballsystemen an, wonach bereits der Vertragsabschluss zu einer schadensgleichen Vermögensbeeinträchtigung führt:¹⁴

<Rn. 27> Die Feststellungen zum täuschungsbedingten Vorstellungsbild der Fahrzeugkäufer bei Abschluss der verbundenen Verträge durfte das Landgericht auf die Bekundungen der vernommenen zwölf betroffenen Vertragspartner stützen. In Fällen, denen **zahlreiche, im**

¹¹ Verweis auf [BVerfG, Beschluss vom 7.12.2011 - 2 BvR 2500/09, 1857/10](#).

¹² Ebenda.

¹³ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 13.4.2012 – 5 StR 442/11](#), [BGH, Beschluss vom 4.2.2014 – 3 StR 347/13](#) – und [BGH, Beschluss vom 20.5.2014 – 4 StR 143/14](#).

¹⁴ [BGH, Urteil vom 19.11.2015 - 4 StR 115/15](#).

Wesentlichen gleich gelagerte Betrugshandlungen zu Grunde liegen, ist es dem Tatrichter gestattet, nur eine begrenzte Anzahl von Geschädigten als Zeugen zu vernehmen und gegebenenfalls auf eine entsprechende Irrtumserregung auch bei anderen Verfügenden zu schließen (...¹⁵). Das ist im vorliegenden Fall rechtsfehlerfrei geschehen.

<Rn. 28> Für den Fall, dass sich die für die Annahme täuschungsbedingter Vermögensverfügungen erforderlichen Feststellungen in der neuen Verhandlung bestätigen sollten, werden bei der rechtlichen Bewertung des Vermögensschadens die vom Bundesgerichtshof zum sog. **Schneeballsystem** aufgestellten Grundsätze zu beachten sein.

<Rn. 29> Auch insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze, also das Prinzip der **Gesamtsaldierung**, wonach der Vermögenswert unmittelbar vor der Vermögensverfügung mit dem unmittelbar nach ihr zu vergleichen ist (...¹⁶). Spätere Entwicklungen, etwa in Gestalt der Erbringung der versprochenen Gegenleistung durch den Täter vor allem im Anfangsstadium eines auf Täuschung aufgebauten Geschäftsmodells, können lediglich einen Ausgleich für einen bereits eingetretenen tatbestandlichen Schaden darstellen. **Dem Schneeballsystem ist immanent, dass zunächst eine gewisse Chance auf Erhalt der versprochenen Gegenleistung besteht.** Da jedoch alles vom weiteren Erfolg des Systems und vom Eingang weiterer betrügerisch erlangter Gelder abhängt, ist die hierauf basierende Aussicht auf Erfüllung der vom Täter eingegangenen Verpflichtung nicht, auch nicht teilweise, die versprochene Gegenleistung, sondern stellt von vornherein keinen wirtschaftlichen Wert dar (...¹⁷).

4. Forderungsmanagement

Früher sprach man von Neppern, Schleppern und Bauernfängern, später von Adressbuchverlagen, jetzt von Gewinnspieleintragungsdiensten, Produktgebern und dem Forderungsmanagement:¹⁸

<Rn. 5> Nach den diesbezüglichen Feststellungen fasste der Angeklagte zusammen mit dem Angeklagten D. und der Mitangeklagten K. den Entschluss, gemeinsam sogenanntes **Forderungsmanagement** zu betreiben. Über die Firmen MS und SK schlossen sie Verträge mit anderen Unternehmen, den sog. **Produktgebern**, ab, für die sie Forderungen gegenüber den ihnen genannten Personen geltend machen sollten. Die einzuziehenden Forderungen sollten aus dem telefonischen Vertrieb von **Gewinnspieleintragungsdiensten** und Zeitschriftenabonnements resultieren. 50% der generierten Einnahmen sollten an die jeweiligen Produktgeber zurückfließen, den Rest sollten die Angeklagten S., D. und K. vereinnahmen.

<Rn. 6> Auf dieser Grundlage versendeten die Angeklagten Schreiben an die von ihren Vertragspartnern mitgeteilten Kunden, mit denen sie die Zahlung der ihnen genannten Ansprüche anmahnten. In den Fällen der Forderungen, die mit dem Vertrieb des Lottereeintragungsdienstes "Gewinnerzentrale 49" in Zusammenhang standen, wurden die Kunden in den von den Angeklagten versendeten Schreiben aufgefordert, einen Betrag in Höhe von 99 € zur Vertragsbeendigung zu zahlen. Die Geschädigten wurden zum Teil durch die in den **Mahnschreiben** aufgeführte **Drohung**, dass rechtliche Schritte eingeleitet würden bzw. dass im Falle von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen höhere Kosten entstünden, zu Zahlungen veranlasst, obwohl weitere Maßnahmen gar nicht geplant waren. In einigen Fällen wurde bei den überwiegend älteren Adressaten der **Eindruck hervorgerufen, dass sie tatsächlich einen**

¹⁵ Verweis auf [BGH, Urteil vom 22.5.2014 – 4 StR 430/13](#).

¹⁶ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 18.2.2009 - 1 StR 731/08](#).

¹⁷ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 18.2.2009 - 1 StR 731/08](#).

¹⁸ [BGH, Beschluss vom 1.10.2015 - 3 StR 102/15](#).

Vertrag geschlossen hatten und damit ein entsprechender Irrtum erregt. Insgesamt erwirkten die Angeklagten auf diese Weise Zahlungen in Höhe von 192.398 €.

<Rn. 7> Hinsichtlich der aus dem Gewinnspieleintragungsdienst "Gewinnerzentrale 49" geltend gemachten Ansprüche sah der Angeklagte die Möglichkeit, dass es sich um nicht bestehende Forderungen handelte, und billigte dies (UA S. 58). Bezüglich der Forderungen aus den vertriebenen Zeitschriftenabonnements sowie einem Teil der anderen Gewinnspieleintragungsdienste wusste der Angeklagte S. , "dass diese Forderungen tatsächlich nicht berechtigt waren, d.h. dass entweder gar keine Forderungen bestanden oder aber dass entsprechende Verträge aufgrund von Betrugshandlungen zustande gekommen waren" (UA S. 58 f.). Hinsichtlich des verbleibenden Teils der Gewinnspieleintragungsdienste, aus denen die angemahnten Zahlungsansprüche resultierten ("ProWin 59", "Euromillions", "SmartWin" und "WinTotal 24"), wusste er zumindest, "dass derartige Gewinnspiele unter falschen Versprechungen vertrieben wurden, was hinsichtlich dieser Gewinnspiele auch tatsächlich der Fall war" (UA S. 59).

<Rn. 9> Nach diesen Maßstäben belegen die Urteilsgründe das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens (§ 263 Abs. 1 StPO) nicht hinreichend. Ein solcher scheidet aus, wenn **durch die täuschungsbedingt erwirkte Zahlung eine entsprechende Zahlungspflicht des Getäuschten erlischt** (st. Rspr.; vgl. ...¹⁹). Dies kommt vorliegend in den Fällen in Betracht, in denen die angeschriebenen Kunden zunächst tatsächlich einen Vertrag mit den Produktgebern geschlossen hatten. Dass die Befreiung von der vertraglichen Zahlungspflicht keinen kompensationsfähigen Vorteil begründete, weil es sich um nach § 123 BGB anfechtbare Verträge handelte (vgl. BGH aaO), lässt sich anhand der Urteilsfeststellungen nicht nachvollziehen. Allein die pauschale, nicht näher ausgeführte Feststellung, die Verträge seien aufgrund von Betrugshandlungen oder falschen Versprechungen zustande gekommen, zeigt die Voraussetzungen eines **Anfechtungsrechts nach § 123 BGB** oder anderer auf Vertragsaufhebung gerichteter Rechte der Kunden nicht auf; der Rechtsbegriff des Betrugs ist ebenso ausfüllungsbedürftig wie die Deutungsspielräume zulassende Wendung **"falsche Versprechungen"**. **Inbesondere wird nicht ersichtlich, dass die Kunden über den Wert der erworbenen Gegenleistung getäuscht worden waren.** Mangels näherer Feststellungen zu den vertriebenen Gewinnspieleintragungsdiensten und Zeitschriftenabonnements lässt sich deren Wert nicht in Beziehung zu den jeweils geltend gemachten Forderungen setzen; dass die Teilnahme an Gewinnspieleintragungsdienste oder erworbene Zeitschriftenabonnements per se wertlos sind, versteht sich nicht von selbst.

<Rn. 11> Daneben besteht ein durchgreifender Rechtsfehler darin, dass das Landgericht seinen Schluss, die in die Bestimmung des Vermögensschadens eingestellten Zahlungen seien ausschließlich auf Fälle zurückgegangen, in denen zuvor mit den angeschriebenen Kunden entweder gar kein Vertrag zustande gekommen oder ein solcher aufgrund von Betrugshandlungen bzw. unter falschen Versprechungen erwirkt worden war, nicht auf eine tragfähige Beweisgrundlage gestützt hat. Auch der Beweiswürdigung zum Vorsatz des Angeklagten S. lässt sich nicht entnehmen, aufgrund welcher Umstände die Strafkammer die Überzeugung gewonnen hat, dass die - für sich betrachtet rechtsfehlerfrei begründeten - subjektiven Vorstellungen des Angeklagten auch in objektiver Hinsicht zutrafen. Dies gilt insbesondere auch für die anhand der Beweiswürdigung nicht nachvollziehbare Differenzierung, wonach den hinsichtlich der Produkte "ProWin 59", "Euromillions", "SmartWin" und "WinTotal 24" geltend gemachten Zahlungsansprüchen sämtlich zunächst zustande gekommene Ver-

¹⁹ [BGH, Urteil vom 22.1.2014 - 5 StR 468/12.](#)

tragsabschlüsse zugrunde lagen, die jedoch auf falsche Versprechungen zurückgingen (UA S. 59), hinsichtlich der übrigen Gewinnspieleintragungsdienste und Zeitschriftenabonnements jedoch entweder gar keine Forderungen bestanden oder solche aufgrund von Betrugshandlungen zustande gekommen waren (UA S. 58).

5. Gesamtsaldierung beim Factoring

Eine sachverständig unterstützte Gesamtsaldierung hält der BGH jetzt auch für notleidende Forderungskäufe für geboten, wenn sie ohne Zahlungswillen erworben wurden und deshalb der Kaufpreis kein marktgängiger, also durch Angebot und Nachfrage gebildeter Wert ist.²⁰

<Rn. 5> Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB tritt nur ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der **Gesamtsaldierung**, vgl. ...²¹) Bei der hier vorgenommenen Wertberechnung hat die Strafkammer zu Unrecht die Grundkaufpreise der Forderungen als Schaden angesetzt. Dieser errechnete sich aus einem Prozentsatz von 20 bis 25 % des „Fair Value“. **Die sogenannten Grundkaufpreise sind damit auf eine typisierte Durchschnittsbetrachtung zurückgeführt und stellen schon deshalb keine geeignete Basis für die Schadensbestimmung im Sinne des § 263 StGB dar.** Demnach sind die verfahrensgegenständlichen Factoringverträge auch keine Verträge, in denen die Vertragsparteien in einem von Angebot und Nachfrage bestimmten marktwirtschaftlichen System den Wert eines häufig verkauften oder gehandelten Gegenstandes festsetzen, und deshalb bei der Darlegung des Schadens auf nähere Ausführungen verzichtet werden könnte. Hinzu kommt, dass der Angeklagte für die völlig überschuldete J. AG die Forderungen zwar schnell erwerben und verwerten wollte, er von vorneherein jedoch nie vorhatte, den Kaufpreis zu zahlen. Deshalb lässt sich aus dem Kaufpreis kein tragfähiges Indiz für den objektiven Wert der abgetretenen Forderung ableiten.

<Rn. 6> Die Berechnung des wirtschaftlichen Werts der durch die Forderungsabtretung aus dem Vermögen der Geschädigten ohne werthaltigen Gegenanspruch ausgeschiedenen Forderungen hätte das Landgericht deshalb - gegebenenfalls im Wege der Schätzung oder mit sachverständiger Hilfe - anhand der insoweit **maßgeblichen Wertkriterien (etwa: materiell-rechtliche Begründetheit des Anspruchs nebst Anspruchsgrundlage und -höhe, Beweisbarkeit im Gerichtsverfahren, Bonität des Schuldners, Vergleichsbereitschaft des Schuldners - Einwendungen/Einreden)** ermitteln müssen. Für diese Wertermittlung kann **als Indiz auch relevant sein, inwieweit eine Forderung später tatsächlich durchgesetzt werden konnte.**

6. Tateinheit beim Betrug

Klarstellend und ohne Überraschungen auszulösen hat sich der BGH zur Tateinheit bei sich überschneidenden Ausführungshandlungen geäußert:²²

Die sich aus der Überschneidung der Täuschungshandlungen ergebende **Teilidentität der objektiven Ausführungshandlungen** führt zu einer tateinheitlichen Verknüpfung der jeweiligen

²⁰ BGH, Beschluss vom 19.8.2015 - 1 StR 334/15.

²¹ Verweise auf BGH, Beschluss vom 18.2.2009 - 1 StR 731/08 – und BGH, Beschluss vom 29.1.2013 – 2 StR 422/12.

²² BGH, Beschluss vom 6.10.2015 - 4 StR 38/15, Rn. 2.

Betrugshandlungen (st. Rspr. ...²³), so dass sich der Angeklagte in den Fällen II.B.43 und 48 sowie II.B.45 und 46 der Urteilsgründe jeweils eines Betrugs in zwei tateinheitlichen Fällen schuldig gemacht hat.

Vorbereitende Ausführungsschritte beim Betrug sind von der mehrgliedrigen Tatausführung abzugrenzen, die direkt in die Vollendung führen sollen (sukzessive Tatausführung):²⁴

... Nicht als Zwischenakte in diesem Sinne anzusehen sind Handlungen, die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan der Täter als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden; dies kann auch für ein notwendiges Mitwirken des Opfers gelten (...²⁵). Maßgebliche Kriterien für die Beurteilung im Einzelfall sind u.a. die Dichte des Tatplans und der Grad der Rechtsgutgefährdung (...²⁶).

C. IuK-Strafrecht. Kinderpornographischer Download

Bei Heise wird von einem ungewöhnlichen, aber völlig legalen Geschäftsmodell berichtet.²⁷

Im Zusammenhang mit einem rückfälligen Konsumenten von Kinderpornografie befasst sich der BGH mit den Konkurrenzen, wobei der Besitz als Auffangtatbestand hinter dem Sich-Verschaffen zurücktritt. Mehrere Downloads während derselben Internetsitzung sind durch Tateinheit verbunden:²⁸

<Rn. 10> *Nach den Feststellungen hat sich der Angeklagte sämtliche der verfahrensgegenständlichen Bild- und Videodateien durch Herunterladen und Speichern auf verschiedenen internen oder externen Speichermedien selbst verschafft und dadurch den Tatbestand von § 184b Abs. 4 Satz 1 bzw. § 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 1 StGB verwirklicht. Gegenüber dem Sich-Verschaffen gemäß § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB tritt der vom Landgericht dem Schuldspruch u.a. zugrunde gelegte **Besitztatbestand gemäß § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB als subsidiärer Auffangtatbestand** zurück (...²⁹). Für den in der tatbestandlichen Struktur und der Schutzrichtung weitgehend übereinstimmenden § 184c Abs. 4 Satz 1 StGB gilt im Verhältnis des Sich-Verschaffens (§ 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 1 StGB) zu dem Besitz (§ 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 2 StGB) jugendpornographischer Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) nichts anderes. Der Angeklagte war daher jeweils wegen Sich-Verschaffens von kinder- bzw. jugendpornographischen Schriften zu verurteilen (zur Bezeichnung dieses verwirklichten Tatbestandes in der Entscheidungsfomel siehe ...³⁰).*

<Rn. 11> *Wegen des Wertungsfehlers bei der Bestimmung des verwirklichten Straftatbestandes tragen die Feststellungen auch die vom Landgericht angenommene Anzahl der Taten im materiell-rechtlichen Sinne nicht. **Lädt der Täter im Verlaufe einer Internetsitzung jeweils mehrere Dateien mit kinderpornographischem Inhalt auf seinen Computer herunter,***

²³ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 25.11.1997 - 5 StR 526/96](#), [BGH, Urteil vom 25.4.2013 - 4 StR 418/12](#), [BGH, Beschluss vom 17.12.2014 - 4 StR 398/14](#) und Eschelbach in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 52 Rn. 52

²⁴ [BGH, Urteil vom 16.9.2015 - 2 StR 71/15](#), Rn. 7.

²⁵ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 16.7.2015 - 4 StR 219/15](#).

²⁶ Verweis ua auf [BGH, Urteil vom 12.12.2001 - 3 StR 303/01](#).

²⁷ [Dennis Schirmacher, 11-Jährige erwürgelt und verkauft starke Passphrasen](#), Heise Security 26.10.2015.

²⁸ [BGH, Beschluss vom 3.9.2015 - 1 StR 255/15](#).

²⁹ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 10.7.2008 - 3 StR 215/08](#), [BGH, Beschluss vom 4.8.2009 - 3 StR 174/09](#), Rn. 25 und [BGH, Beschluss vom 8.2.2012 - 4 StR 657/11](#), Rn. 3.

³⁰ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 8.2.2012 - 4 StR 657/11](#).

handelt es sich aufgrund natürlicher Handlungseinheit jeweils lediglich um eine Tat des Sich-Verschaffens im Sinne von § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB (...³¹). Entsprechendes gilt für § 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 1 StGB.

D. Allgemeines Strafrecht

Zur Strafraumenwahl beim Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonderem gesetzlichen Milderungsgrund berichtet Sobota bei HRR-Strafrecht.³²

7. Fehlgeschlagener Versuch

Wegen des Rücktritts vom Versuch stellt sich immer wieder die Frage nach dem Erkenntnis-horizont des Täters und seiner Vorstellung von der Erfolgserwartung für die ihm noch zur Verfügung stehenden Mittel. Dazu hat der BGH ergänzend ausgeführt:³³

<Rn. 7> Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorge-stellten Tatablaus 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 allenfalls **Indizwirkung** für den Erkenntnishorizont des Täters zu-kommen kann, sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungs-handlung. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müs-se von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (...³⁴).

8. Täterschaft, Tatbeitrag und uneigentliches Organisationsdelikt

Mit der geltenden Bandenrechtsprechung hat sich der Große Senat des BGH für Strafsachen von dem Vorstellungsbild gelöst, eine mittäterschaftliche Beteiligung könne nur bei der tatbe-standlichen Vollendung angenommen werden, so dass jedenfalls vorbereitende Handlungen mit erheblicher Bedeutung für die abschließende Tatvollendung auch diese Handlungen zu Täterhandlungen machen, wobei sich der vorbereitende Täter die vollendenden Handlungen als Mittäter zurechnen lassen muss. Das hat der BGH gerade wieder wegen des arbeitsteili-gen Betruges bestätigt:³⁵

Rn. 16> ... Zwar stellen die einzelnen Vertragsabschlüsse für sich genommen selbständige Handlungen dar, die sich die Angeklagten, sofern der Betrugstatbestand erfüllt ist, nach den Grundsätzen der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) zurechnen lassen müssten. Für die Frage des Vorliegens einer oder mehrerer Handlungen im Sinne der §§ 52, 53 StGB kommt es aber auf die eigenen **Tatbeiträge der Angeklagten** zu den jeweiligen Vertragsabschlüssen an. Nur soweit sie selbst die Käufer getäuscht oder sonst einen konkreten Bei-trag zu dem jeweiligen Abschluss geleistet hätten, läge Tatmehrheit vor. **Bestand ihr Tatbeitrag zum Ab-**

³¹ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 10.7.2008 – 3 StR 215/08](#), [BGH, Urteil vom 10.10.2013 – 4 StR 258/13](#), Rn. 14 und [BGH, Beschluss vom 3.12.2014 – 4 StR 342/14](#), Rn. 8.

³² [Sebastian Sobota, Zur Strafraumenwahl beim Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonde-rem gesetzlichen Milderungsgrund](#), HRR 8/2015, S. 339.

³³ [BGH, Beschluss vom 6.10.2015 - 4 StR 352/15](#).

³⁴ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 21.4.2015 - 4 StR 92/15](#), [BGH, Beschluss vom 15.1.2015 – 4 StR 560/14](#), [BGH, Beschluss vom 22.3.2012 - 4 StR 541/11](#) - und [BGH, Beschluss vom 26.9.2006 - 4 StR 347/06](#).

³⁵ [BGH, Urteil vom 19.11.2015 - 4 StR 115/15](#).

schluss der Kauf- und Werbeverträge aber lediglich in der Leitung und Organisation einer der beteiligten Gesellschaften, läge nur eine Tathandlung vor (...³⁶).

9. Täterschaft und Teilnahme

Wiederholt hat sich der BGH zur Tatbeteiligung geäußert, die Vorbereitungs- und Unterstützungshandlungen umfasst:³⁷

<Rn. 5> Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob danach Mittäterschaft anzunehmen ist, hat der Tatrichter aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen (...³⁸).

Auf den BtM-Handel übertragen bedeutet das:³⁹

<Rn. 4> Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gelten auch im Betäubungsmittelrecht die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts. Beschränkt sich die Beteiligung des Täters am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf einen Teilakt des Umsatzgeschäfts, kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblich darauf an, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt (...⁴⁰). Erschöpft sich die Tätigkeit im bloßen Transport von Betäubungsmitteln, besteht in der Regel auch dann keine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit, wenn Handlungsspielräume hinsichtlich der Art und Weise des Transports verbleiben, sodass von einer Beihilfe auszugehen ist. Anderes kann nur gelten, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, am An- und Verkauf des Rauschgifts unmittelbar beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am weiteren Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem zu erzielenden Gewinn erhalten soll (...⁴¹).

³⁶ Verweise auf [BGH, Urteil vom 19.7.2001 - 4 StR 65/01](#) - und [BGH, Beschluss vom 18.10.2007 - 4 StR 481/07](#); darüber hinaus zum sog. uneigentlichen Organisationsdelikt: [BGH, Urteil vom 17.6.2004 - 3 StR 344/03](#) – und [BGH, Beschluss vom 29.7.2009 - 2 StR 160/09](#).

³⁷ [BGH, Beschluss vom 29.9.2015 - 3 StR 336/15](#).

³⁸ Verweise auf [BGH, Urteil vom 17.10.2002 - 3 StR 153/02](#) – und [BGH, Beschluss vom 2.7.2008 - 1 StR 174/08](#).

³⁹ [BGH, Beschluss vom 1.10.2015 - 3 StR 287/15](#).

⁴⁰ Verweise auf [BGH, Urteil vom 28.2.2007 - 2 StR 516/06](#), (Berichtigung: [BGH, Beschluss vom 3.7.2007 – 2 StR 516/06](#)), [BGH, Beschluss vom 7.8.2007 - 3 StR 326/07](#), [BGH, Urteil vom 5.5. - 3 StR 445/10](#) - und [BGH, Beschluss vom 22.8.2012 - 4 StR 272/12](#).

⁴¹ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 22.8.2012 - 4 StR 272/12](#).

10. Sukzessive Beihilfe im Beendigungsstadium

Neben breiten Ausführungen über die Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit Verständigungsgesprächen (siehe unten) weist der BGH auch (wieder) auf die Begünstigung als Beutesicherung hin:⁴²

<Rn. 27> Die Annahme des Landgerichts, die Haupttat sei zurzeit der Unterstützungshandlung des Angeklagten A. C. noch nicht beendet gewesen, so dass sukzessive Beihilfe noch möglich gewesen sei, wird von den Feststellungen nicht getragen. Danach hatten die Haupttäter bereits den Tatort mit der Beute verlassen und ihre Maskierung unter einer Garage versteckt, als der Angeklagte A. C. mit seinem Fahrzeug herbeigerufen wurde, der sodann die Haupttäter an einem Treffpunkt aufnahm und erst dabei von dem Überfall erfuhr. Zu diesem Zeitpunkt war der Raub aber nach den bisherigen Feststellungen bereits beendet.

<Rn. 28> Ein Raub ist beendet, wenn der Täter ausreichend sichere Verfügungsgewalt über die Beute erlangt hat (vgl. Fischer, StGB 62. Aufl., § 249 Rn. 16). Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, wann dies anzunehmen ist. Hier war schon nach dem Entfernen der Täter vom Tatort und dem Verstecken der Maskierung eine erste Sicherung erfolgt. Eine direkte Verfolgung der Täter durch die Polizeistreifen, die alsbald nach der Tat mit der Fahndung im Stadtgebiet begonnen hatten, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen.

<Rn. 29> Danach stellt sich die Handlung des Angeklagten A. C. als sachliche Begünstigung der Täter gemäß § 257 Abs. 1 StGB dar. ...

11. Die ungeliebte Bande

Im Zusammenhang mit seiner schon angesprochenen Entscheidung zum Schneeballsystem hat der 4. Strafsenat ebenfalls ausgeführt:⁴³

<Rn. 23> Damit hat sich das Landgericht den Blick dafür verstellt, dass die für die Qualifikationsnorm des § 263 Abs. 5 StGB erforderliche Bandenabrede auch noch in dem Zeitraum ab dem 15. Oktober 2008 getroffen worden sein könnte, dies nach den Feststellungen sogar nahe liegt. Da eine solche Abrede nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits vorliegt, wenn die **Bandenmitglieder mit dem Willen handeln, sich zur Begehung von Straftaten für die Zukunft und für eine gewisse Dauer zusammenzutun, und dies auch konkludent geschehen kann** (...⁴⁴), drängten die Feststellungen zur Erörterung einer entsprechenden Abrede ab dem genannten Datum. Der Generalbundesanwalt weist zutreffend darauf hin, dass das Geschäftsmodell der Angeklagten und ihr arbeitsteiliges Zusammenwirken besonders nach dem Abschluss des Vertrages mit der Ad. am 15. Oktober 2008 eine neue Dimension erreichte, zumal die Aktivitäten zum Vertrieb von Produkten über die N. Ltd. im Niedergang begriffen waren und kurze Zeit später ganz eingestellt wurden. **Die rechtlichen Anforderungen an den Nachweis einer Bandenabrede beim Übergang von einer zunächst legalen Tätigkeit zur Begehung von Straftaten** (...⁴⁵) **schließen die Annahme einer derartigen Abrede hier nicht von vornherein aus.**

⁴² BGH, Urteil vom 17.6.2015 - 2 StR 139/14.

⁴³ BGH, Urteil vom 19.11.2015 - 4 StR 115/15.

⁴⁴ Verweis auf BGH, Urteil vom 16.6.2005 - 3 StR 492/04.

⁴⁵ Verweis auf BGH, Urteil vom 19.5.1998 - 1 StR 154/98.

12. Berufsverbot

Klärende Worte zum strafrechtlichen Berufsverbot als Maßregel:⁴⁶

<Rn. 17> Die in das Ermessen des Gerichts gestellte Sicherungsmaßregel gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 StGB soll die Allgemeinheit vor den Gefahren schützen, die von der Ausübung eines Berufs durch hierfür nicht hinreichend zuverlässige Personen ausgehen. Dabei ist zu prüfen, ob die Anlasstat in **symptomatischer Weise die Unzuverlässigkeit des Täters in seinem Beruf erkennen lässt**. Ein Missbrauch des Berufs liegt nur vor, wenn die Tat in einem **inneren Zusammenhang mit der Berufsausübung steht**. Es genügt nicht, dass der Beruf rein äußerlich die Möglichkeit gibt, bestimmte strafbare Handlungen zu begehen (...⁴⁷). Ob dies alleine aufgrund der Tatsache der Fall ist, dass die Angeklagte sich unter Ausnutzung ihrer Approbation als Ärztin das Morphinium verschafft hat, das sie selbst konsumieren wollte, in der zugespitzten Auseinandersetzung mit ihrem Ehemann aber als Tatmittel eingesetzt hat, ist vom Landgericht nicht erschöpfend erörtert worden. Die weitere Erwägung, sie habe ihre beruflichen Fähigkeiten nicht zur Heilung und Pflege von Menschen, sondern zur Tötung eines anderen eingesetzt, erscheint als Maßregelanlass bedenklich.

E. Strafzumessung

Fünf aktuelle Entscheidungen befassen sich mit der Strafzumessung und wiederholen damit Bekanntes.

13. Lange zurückliegende Taten und überlange Verfahrensdauer

Es musste mal wieder gesagt werden und jetzt vom BGH:⁴⁸

<Rn. 3> Die Strafkammer hatte schon nicht im Blick, dass zwischen den abgeurteilten Taten und dem Urteil sieben bzw. neun Jahre vergangen sind und dass eine solch lange Zeitspanne zwischen Begehung der Tat und ihrer Aburteilung einen wesentlichen Strafmilderungsgrund darstellt (...⁴⁹). Daneben hätte das Tatgericht hier strafmildernd zu bedenken gehabt, dass auch einer überdurchschnittlich langen Verfahrensdauer eine eigenständige strafmildernde Bedeutung zukommt, wenn sie für den Angeklagten mit besonderen Belastungen verbunden ist (...⁵⁰). Ein großer zeitlicher Abstand zwischen Tat und Aburteilung sowie eine lange Verfahrensdauer und ihre nachteiligen Auswirkungen auf den Angeklagten stellen regelmäßig selbst dann gewichtige Milderungsgründe dar, wenn diese sachlich bedingt waren (...⁵¹).

14. Hoffnungslose Kriminalprognose

Für das Vorliegen einer positiven Kriminalprognose reicht das Bestehen einer bloßen „Hoffnung“ ... künftigen straffreien Lebens nicht aus (vgl. § 56 Abs. 1 StGB).⁵²

15. Leiden unter U-Haft

<Rn. 12> ... Untersuchungshaft ist indes, jedenfalls bei der Verhängung einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe, kein Strafmilderungsgrund, es sei denn, mit ihrem Vollzug wären unge-

⁴⁶ BGH, Urteil vom 11.3.2015 - 2 StR 423/14.

⁴⁷ Verweis auf BGH, Urteil vom 20.4.1983 - 2 StR 175/83.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 29.9.2015 - 2 StR 128/15.

⁴⁹ Verweis auf BGH, Urteil vom 20.12.1995 - 2 StR 468/95.

⁵⁰ Verweise auf BGH, Beschluss vom 16.6.2009 - 3 StR 173/09 und BGH, Beschluss vom 17.1.2008 - GSSt 1/07.

⁵¹ Verweis auf BGH, Beschluss vom 21.12.2010 - 2 StR 344/10.

⁵² BGH, Beschluss vom 29.9.2015 - 5 StR 394/15.

wöhnliche, über die üblichen deutlich hinausgehende Beschwerne verbunden (...⁵³). Will der Tatrichter wegen besonderer Nachteile für den Angeklagten den Vollzug der Untersuchungshaft bei Strafzumessung mildernd berücksichtigen, müssen diese Nachteile in den Urteilsgründen dargelegt werden (...⁵⁴). Daran fehlt es hier.⁵⁵

16. Schwere Tatfolgen

Der Generalbundesanwalt weist im Übrigen mit Recht darauf hin, dass der Senat ein Beruhen der angesichts weiterer schwerster Tatfolgen (Verfallen in Siechtum, Lähmung einer Hand) unvertretbar milden Strafaussprüche auf dem geltend gemachten Wertungsfehler ausschließen könnte.⁵⁶

F. Strafverfahrensrecht

Während „normale“ Fehler bei der Beweiserhebung zu einem am Schluss der Hauptverhandlung gewürdigtem Beweisverwertungsverbot führen können, wenn etwa der gesetzliche Richter umgangen wurde oder ein nachhaltiger Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens festzustellen ist, führt eine rechtsstaatswidrige Beweiserhebung bereits zu einem Verfahrenshindernis, auf das der BGH mit einem Einstellungsurteil reagiert.⁵⁷

Die aufgeführten Entscheidungen im Übrigen greifen bekannte Probleme wieder auf und präzisieren die Maßstäbe.

17. Tatprovokation durch einen Verdeckten Ermittler

Nach klassischer Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit schweren Straftaten die Grenze vom erlaubten Scheinkauf zur verbotenen Tatprovokation überschritten, wenn der Täter nicht schon tatbereit ist, sondern eine Straftat erst aufgrund des Drängens des Provokateurs unternimmt.⁵⁸ Das führt der BGH im Kern auch jetzt aus, mit der allerdings neuen Konsequenz, das Verfahren durch Urteil wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen:⁵⁹

<Rn. 24> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine staatliche Tatprovokation vor, wenn ein Verdeckter Ermittler (oder eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson) über das bloße „Mitmachen“ hinaus in Richtung auf eine **Weckung der Tatbereitschaft** oder eine **Intensivierung der Tatplanung** mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Sie ist nur zulässig, wenn diese gegen eine Person eingesetzt wird, die in einem den § 152 Abs. 2, § 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen oder **zu einer zukünftigen Straftat bereit** zu sein (...⁶⁰). Eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person darf hingegen nicht in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet werden. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, **wenn die Einwirkung auf die Zielperson im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar**

⁵³ Verweise auf [BGH, Urteil vom 19.12.2013 - 4 StR 302/13](#), Rn. 9, [BGH, Urteil vom 10.10.2013 - 4 StR 258/13](#), Rn. 18, und [BGH, Urteil vom 28.3.2013 - 4 StR 467/12](#), Rn. 25.

⁵⁴ Verweis auf [BGH, Urteil vom 14.6.2006 - 2 StR 34/06](#).

⁵⁵ [BGH, Urteil vom 22.10.2015 - 4 StR 275/15](#).

⁵⁶ [BGH, Beschluss vom 10.11.2015 - 5 StR 420/15](#), Rn. 11.

⁵⁷ [BGH, Urteil vom 10.6.2015 - 2 StR 97/14](#).

⁵⁸ [BGH, Urteil vom 18.11.1999 - 1 StR 221/99](#), Rn. 52 (Gemengelage beim Lockspitzel).

⁵⁹ [BGH, Urteil vom 10.6.2015 - 2 StR 97/14](#).

⁶⁰ Verweise auf [BGH, Urteil vom 30.5.2001 - 1 StR 42/01](#) - und [BGH, Urteil vom 18.11.1999 - 1 StR 221/99](#).

übergewichtig“ ist (...⁶¹); im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen (...⁶²).

<Rn. 26> Der Einsatz der Verdeckten Ermittler beschränkte sich nicht auf eine weitgehend ?passive Strafermittlung?, wie es der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für zulässige Einflussnahmen auf den Täter voraussetzt, sondern stellt sich als eine massive aktive Einwirkung auf die Angeklagten dar, die dazu führte, dass sie sich nur deshalb an den begangenen Straftaten beteiligten.

<Rn. 30> Bei der weiteren nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs notwendigen Erörterung, ob und in welcher Weise durch die Verdeckten Ermittler Druck auf die Angeklagten ausgeübt wurde, sind die konkreten Umstände in den Blick zu nehmen, wie es zur Tatverleitung der Angeklagten gekommen ist. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass Verdeckte Ermittler aus den Niederlanden in Deutschland tätig geworden sind, ohne dass zu jedem Zeitpunkt eine Genehmigung hierfür vorgelegen hätte. So waren „Ap.“ und „K.“ erstmals am 10. Februar 2011 in Deutschland im Einsatz, eine Genehmigung ist aber erst am 16. März 2011 erteilt worden. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass sich der Angeklagte B. zahlreichen Anfragen des „Ap.“ nach Vermittlung seiner Drogenkontakte in den Niederlanden seit Anfang April 2011 widersetzte, bevor er dem ständigen und immer intensiverem Drängen am 30. Mai 2011 schließlich nachgab. Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, dass dem Angeklagten B. wahrheitswidrig vorgespiegelt wurde, „Ap.“ und auch „N.“ würden von serbischen Abnehmern, die „rasend“ vor Wut seien, bedroht, weswegen „Ap.“ zusammen mit „K.“ schon seinen bisherigen Wohnort gewechselt habe. Erst als ihm erklärt wurde, dass sich die Situation noch weiter zugespitzt habe, erklärte sich der Angeklagte B., der wiederholt betont hatte, mit Rauschgiftgeschäften nichts zu tun haben zu wollen, dazu bereit, einen Freund zu fragen, ob dieser helfen könnte. Dabei verfügte der Angeklagte B. nicht über eigene Kontakte; deshalb schaltete er den Angeklagten J. ein, bei dem durch vorangegangene Erzählungen der Eindruck entstanden war, es handele sich um eine Sache von „Leben und Tod“. Er ließ sich deshalb zur Tatbeteiligung überreden, konnte aber nicht auf einen bestimmten Lieferanten zurückgreifen, sondern musste einen solchen erst suchen. Die Tathandlungen der Angeklagten waren dabei geprägt und bestimmt davon, „Ap.“ und „N.“ einen Gefallen zu tun, ihr Handeln beruhte zu keinem Zeitpunkt auf eigenem Antrieb und ging auch nicht auf eigenes Gewinnstreben zurück. Es handelte sich um ein ganz und gar fremdnütziges Verhalten, zu dem es nicht gekommen wäre, wären der Angeklagte B. und mittelbar auch der Mitangeklagte J. nicht durch die Verdeckten Ermittler unter „Druck“ gesetzt worden.

<Rn. 54> Die Anerkennung eines **Verfahrenshindernisses knüpft an die provozierte Tat selbst** und daher - anders als ein Beweisverwertungsverbot - **an der unmittelbaren Folge des rechtsstaatswidrigen Handelns an**. Es führt zur Einstellung des Verfahrens hinsichtlich dieser Tat (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) und damit zu vergleichbaren Konsequenzen wie der Ausschluss sämtlicher als Ergebnis polizeilicher Tatprovokation gewonnener Beweismittel (...).

⁶¹ Verweise auf [BGH, Urteil vom 11.12.2013 - 5 StR 240/13](#), [BGH, Urteil vom 23.5.1984 - 1 StR 148/84](#) – und [BGH, Urteil vom 21.9.1983 - 2 StR 370/83](#) (Veröffentlichung unter anderem Datum).

⁶² Verweise auf [BGH, Urteil vom 23.5.1984 - 1 StR 148/84](#) – und [BGH, Urteil vom 21.9.1983 - 2 StR 370/83](#).

18. Feststellungen sind nur dem Strengbeweis zugänglich

Juristisches Allgemeinwissen vermittelt der BGH jüngst.⁶³

<Rn. 3> *Der Tatrichter darf seiner Entscheidung über die Schuld- und Straffrage nur die Erkenntnisse zugrunde legen, die er in der Hauptverhandlung nach den Regeln des **Strengbeweises gewonnen hat**. Dies schließt es grundsätzlich aus, außerhalb der Hauptverhandlung erlangtes Wissen ohne förmliche Beweiserhebung zum Nachteil des Angeklagten zu verwenden (...⁶⁴). Eine Ausnahme kann für gerichtskundige Tatsachen gelten, wenn - was das Revisionsgericht im Zweifel freibeweislich nachprüft - in der Hauptverhandlung darauf hingewiesen wurde, dass sie der Entscheidung als offenkundig zugrunde gelegt werden könnten. Dies ist erforderlich, um den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör zu gewähren (...⁶⁵). Auf den Einzelfall bezogene Wahrnehmungen über Tatsachen, die unmittelbar für Merkmale des äußeren und inneren Tatbestandes erheblich oder mittelbar für die Überführung des Angeklagten von wesentlicher Bedeutung sind, dürfen nicht als gerichtskundig behandelt werden (...⁶⁶).*

19. Hinweis auf eine abweichende Rechtsansicht

Rechtsprechung ist kein Gesetz und die Abkehr von bisherigen Rechtspositionen verlangt nicht zwingend nach einem ausdrücklichen rechtlichen Hinweis:⁶⁷

<Rn. 12> ***Es gehört zu den anerkannten Aufgaben der Rechtsprechung, im Rahmen der Gesetze von ihr als rechtsgrundsätzlich aufgestellte Rechtssätze zu überprüfen und sie, wenn erforderlich, weiter zu entwickeln.** Im Einzelfall kann dies auch dazu führen, dass ein früher als richtig angesehenes Normverständnis aufgegeben und abweichend entschieden wird. Der Umstand, dass ein im Wege richterlicher Rechtsfindung gewonnener Rechtssatz über einen langen Zeitraum Beachtung fand, mag in die Entscheidung einfließen, ob es gerechtfertigt ist, einen abweichenden Rechtssatz aufzustellen; er verleiht indes dem bisherigen Rechtssatz keine höhere Wertigkeit oder gar eine verfassungsrechtlich erhebliche Bestandsgarantie. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, an denen Rechtsprechungsänderungen zu messen sind, unterscheiden sich, abgesehen von dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, nicht von denjenigen, die gegenüber dem erstmaligen Aufstellen eines Rechtssatzes durch ein Gericht angezeigt sind (...⁶⁸). **Höchstrichterliche Rechtsprechung schafft kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung.** Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Es bedarf deswegen nicht des Nachweises wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG von seiner früheren Rechtsprechung abweichen kann*

⁶³ [BGH, Beschluss vom 24.9.2015 - 2 StR 126/15](#).

⁶⁴ Verweise auf [BGH, Urteil vom 4.2.1964 - 1 StR 510/63](#), [BGH, Urteil vom 9.12.1999 - 5 StR 312/99](#) – und auf eine falsche Quelle (BGH NStZ 2013, 367).

⁶⁵ Verweise auf [BGH, Urteil vom 6.2.1990 - 2 StR 29/89](#), [BGH, Beschluss vom 27.7.2012 – 1 StR 68/12](#) – und [BGH, Beschluss vom 13.2.2013 - 2 StR 556/12](#).

⁶⁶ Verweise auf [BGH, Urteil vom 9.12.1999 - 5 StR 312/99](#), [BGH, Urteil vom 22.3.2002 - 4 StR 485/01](#) – und [BGH, Beschluss vom 8.12.2005 - 4 StR 198/05](#).

⁶⁷ [BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015 - 1 BvR 1667/15](#).

⁶⁸ Verweis auf [BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009 - 2 BvR 2044/07](#).

(...⁶⁹). **Kein Prozessbeteiligter kann daher darauf vertrauen, der Richter werde stets an einer bestimmten Rechtsauffassung aus der bisherigen Judikatur festhalten** (...⁷⁰). Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden (...⁷¹). Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Entscheidungen kann daher in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer **gefestigten und langjährigen Rechtsprechung** entstehen (...⁷²).

20. Überzogene Darlegungspflicht

Kenntnisse, über die der Antragsteller (noch) nicht verfügen kann, können ihm auch nicht im Wege der Darlegungspflicht abverlangt werden:⁷³

<Rn. 7> Soweit das Kammergericht unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung ausführt, dass der Antrag auf Prozesskostenhilfe auch mitteilen müsse, was bisher im Ermittlungsverfahren geschehen ist und was die Staatsanwaltschaft zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat (so Beschluss des KG vom 25. Juli 2014 - 3 Ws 377/14 -, S. 3), erscheint dies jedenfalls dann **überzogen**, wenn die Bescheide der Staatsanwaltschaft und der Generalstaatsanwaltschaft insoweit keine Angaben enthalten und der Antragsteller diese Kenntnisse **erst durch Hinzuziehung eines Rechtsanwalts erlangen kann** (§ 406e Abs. 1 StPO). Die bloße Erteilung von Auskünften, zu denen keine Einschaltung eines Rechtsanwalts erforderlich ist (vgl. § 406e Abs. 5 StPO), dürfte zur Erfüllung der vorgenannten Anforderungen nicht genügen. Wenn ein Antragsteller sich aber zur Begründung seines Antrags auf Prozesskostenhilfe eines Rechtsanwalts bedienen muss, widersprechen die aufgestellten Anforderungen an den Inhalt des Prozesskostenhilfeantrags offenkundig dem Sinn und Zweck des Prozesskostenhilfverfahrens und stellen insoweit **überzogene Anforderungen an den Zugang zu Gericht** dar.

21. Das Recht zu schweigen ...

Aus dem Aussageverhalten des Angeklagten und aus dem Zeitpunkt, zu dem ein Beweisantrag gestellt wird, dürfen keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden.⁷⁴

<Rn. 4> Diese Überlegung verstößt gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten. Diesem kann der Zeitpunkt, zu dem er sich erstmals zur Sache einlässt, nicht zum Nachteil gereichen. Erst recht gilt dies für den Zeitpunkt eines vom Verteidiger gestellten Beweisantrages.

⁶⁹ Verweise auf [BVerfG, Beschluss vom 26.6.1991 - 1 BvR 779/85](#) - und [BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009 - 2 BvR 2044/07](#).

⁷⁰ Verweise auf [BVerfG, Beschluss vom 26.4.1988 - 1 BvR 669, 686, 687/87](#) – und [BVerfG, Beschluss vom 2.5.2012 - 2 BvL 5/10](#).

⁷¹ Verweise auf [BVerfG, Beschluss vom 26.6.1991 - 1 BvR 779/85](#), [BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009 - 2 BvR 2044/07](#), [BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010 - 1 BvR 2530/05, 11, 12, 13/06](#) – und [BVerfG, Beschluss vom 2.5.2012 - 2 BvL 5/10](#).

⁷² Verweise auf [BVerfG, Urteil vom 12.6.1986 - 2 BvL 5/80](#), [BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009 - 2 BvR 2044/07](#), [BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010 - 1 BvR 2530/05, 11, 12, 13/06](#) – und [BVerfG, Beschluss vom 2.5.2012 - 2 BvL 5/10](#).

⁷³ [BVerfG, Beschluss vom 19.11.2015 - 2 BvR 2577/14](#).

⁷⁴ [BGH, Beschluss vom 17.9.2015 - 3 StR 11/15](#).

<Rn. 5> ... **Macht ein Angeklagter von seinem Schweigerecht Gebrauch, so darf dies nicht zu seinem Nachteil gewertet werden** (...⁷⁵). Der unbefangene Gebrauch dieses Schweigerechts wäre nicht gewährleistet, wenn der Angeklagte die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Aussageverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der anfänglichen Aussageverweigerung - und damit auch nicht aus dem Zeitpunkt, zu dem sich der Angeklagte erstmals einlässt - nachteilige Schlüsse gezogen werden (...⁷⁶).

<Rn. 6> Erst recht darf aus dem Zeitpunkt, zu dem ein Verteidiger einen Beweisantrag anbringt, nichts zum Nachteil des bis dahin schweigenden Angeklagten hergeleitet werden. **Der Verteidiger ist neben dem Angeklagten selbständig berechtigt, Beweisanträge zu stellen. Er kann einen solchen Antrag auch gegen den offenen Widerspruch des Angeklagten vorbringen, der Antrag muss nicht mit der Einlassung des Angeklagten übereinstimmen, die unter Beweis gestellte Behauptung kann auch einem Geständnis des Angeklagten widersprechen.** Dementsprechend darf der Antrag des Verteidigers sowie die hierzu abgegebene Begründung oder weitergehende Erläuterung nicht als Einlassung des Angeklagten behandelt werden, es sei denn der Angeklagte erklärt (eventuell auf Befragen), er mache sich das Vorbringen als eigene Einlassung **zu eigen** (...⁷⁷).

22. Verständigung und Transparenz

Einmal mehr setzt sich der BGH mit der Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung und den Mitteilungspflichten des Gerichts auseinander:⁷⁸

<Rn. 18> Die Hinweispflicht nach § 243 Abs. 4 StPO betrifft zwar unmittelbar nur Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung, die auf eine Verständigung im Sinne von § 257c Abs. 3 StPO bezogen sind. Durch die Bestimmungen des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353 ff.) sollen aber nicht nur Möglichkeiten zu informellen Absprachen über das Prozessergebnis unterbunden, sondern zugleich **gegenüber der Öffentlichkeit schon der Anschein geheimer Erörterungen über das Entscheidungsergebnis ausgeschlossen** werden. Daher hat das Verständigungsgesetz umfassende Transparenz- und Dokumentationspflichten des Tatgerichts statuiert. Sie zielen darauf, nicht nur eine Verständigung im engeren Sinne, sondern **bereits Vorgespräche, die mit Blick auf das Prozessergebnis geführt werden, in die Hauptverhandlung einzuführen, auch wenn dort eine Verständigung nicht zustande kommt.** Für alle Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung, die das Entscheidungsergebnis im Urteilsverfahren betreffen, verlangen § 243 Abs. 4 StPO und der hierdurch konkretisierte Fairnessgrundsatz eine Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts in der Hauptverhandlung. Diese Mitteilung ist sodann gemäß § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO zu protokollieren (...⁷⁹).

<Rn. 19> Aus diesem Grund unterliegen auch Gespräche von Richtern mit Verfahrensbeteiligten über eine Teileinstellung des Verfahrens in der Hauptverhandlung entsprechenden Transparenz- und Dokumentationsregeln. Dies muss auch deshalb gelten, weil die **Teileinstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO** ohne Verletzung des Verbots der Verständigung über

⁷⁵ Verweise auf [BGH, Urteil vom 26.10.1983 - 3 StR 251/83](#), [BGH, Urteil vom 26.5.1992 - 5 StR 122/92](#), [BGH, Urteil vom 22.12.1999 - 3 StR 401/99](#) – und [BGH, Beschluss vom 3.5.2000 - 1 StR 125/00](#).

⁷⁶ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 22.2.2001 - 3 StR 580/00](#) – und [BGH, Beschluss vom 28.5.2014 - 3 StR 196/14](#).

⁷⁷ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 29.5.1990 - 4 StR 118/90](#), [BGH, Urteil vom 24.7.1991 - 4 StR 258/91](#), [BGH, Beschluss vom 7.8.2014 - 3 StR 105/14](#) – und LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 118

⁷⁸ [BGH, Urteil vom 17.6.2015 - 2 StR 139/14](#).

⁷⁹ Verweis auf [BVerfG, Urteil vom 19.3.2013 - 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11](#).

den Schuldspruch gemäß § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO (...) **Gegenstand einer förmlichen Verständigung** sein kann (...). Ein Gesetzentwurf des Bundesrats, wonach die §§ 154 ff. StPO ausdrücklich von einer Verständigung unberührt bleiben sollten (...), ist nicht Gesetz geworden (...). Zur Vermeidung informeller Absprachen hierüber sind die Förmlichkeiten zur Herstellung von Transparenz und zur Dokumentation des Verfahrensablaufs an den Maßstäben der §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO zu messen (...⁸⁰).

<Rn. 20> Im vorliegenden Fall wäre es demnach erforderlich gewesen, in der Hauptverhandlung darauf hinzuweisen, dass das Gericht außerhalb der Haupt-verhandlung mit der Staatsanwaltschaft die fehlende Entscheidungsreife des Verfahrens hinsichtlich des zweiten Anklagepunkts sowie die Möglichkeit einer Teileinstellung des Verfahrens besprochen und die Staatsanwaltschaft einem solchen Vorgehen zugestimmt hatte. Dieser Hinweis hätte sodann in das Protokoll der Hauptverhandlung aufgenommen werden müssen.

<Rn. 21> Die genaue Mitteilung und Dokumentation des Vorgangs war auch deshalb angezeigt, weil ein Wahlverteidiger, der für den Verhandlungstag vom 6. November 2013 nur noch mit der Urteilsverkündung rechnete, dann nicht mehr anwesend war. Dieser Verteidiger hat aus eigenem Recht eine Rechtsmittelbefugnis für die Urteilsanfechtung; er muss auch deshalb den Vorgang nachvollziehen können.

<Rn. 22> Aber auch die Öffentlichkeit sollte in der Hauptverhandlung nicht davon überrascht werden, dass nach dem Antrag der Staatsanwaltschaft am vorletzten Verhandlungstag, das Gericht möge gegen den Angeklagten I. C. zwei Einzelstrafen aussprechen und daraus eine Gesamtfreiheitsstrafe bilden, aus nicht genannten Gründen eine Einzelstrafe fallen gelassen und nur die andere Einzelstrafe - annähernd in der von der Staatsanwaltschaft beantragten Höhe - verhängt wurde.

<Rn. 23> Die Bemerkung der Vorsitzenden der Strafkammer in der Hauptverhandlung, die Teileinstellung des Verfahrens sei vorab mit der Staatsanwaltschaft besprochen worden, reicht, von fehlender Protokollierung abgesehen, inhaltlich nicht aus. § 243 Abs. 4 StPO verlangt vielmehr, dass angegeben wird, **wer an Erörterungen über potenziell entscheidungserhebliche Umstände außerhalb der Hauptverhandlung teilgenommen hat, welche Vorstellungen dabei geäußert wurden und welchen Standpunkt die Beteiligten dazu eingenommen haben**. Daran fehlt es hier. Die Gründe für die Teileinstellung des Verfahrens in Abweichung von den vorher gestellten Schlussanträgen der Staatsanwaltschaft wurden nicht in der Hauptverhandlung mitgeteilt. Die Bezugnahme der Staats-anwaltschaft - auf ihre bereits gestellten Anträge - im neuen Schlussvortrag des Sitzungsvertreters blieb danach unklar.

23. Unaufschiebbarer Antrag

Einen strengen Maßstab an die Unverzüglichkeit legt der BGH in einer Entscheidung aus dem November an:⁸¹

<Rn. 3> ... Der Angeklagte hätte nach den insoweit geltenden strengen Maßstäben (...⁸²) das Befangenheitsgesuch unmittelbar nach Fortsetzung der Hauptverhandlung anbringen müssen. Dies hat er jedoch versäumt und zunächst einen bereits vor der 45-minütigen Unterbrechung angekündigten Beweisantrag gestellt.

⁸⁰ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 10.9.2014 - 5 StR 351/14](#).

⁸¹ [BGH, Urteil vom 10.11.2015 - 5 StR 303/15](#).

⁸² Verweise auf [BGH, Beschluss vom 25.4.2006 - 3 StR 429/05](#) – und [BGH, Beschluss vom 6.5.2014 – 5 StR 99/14](#).

G. Sonstige Meldungen

Drei Fundstücke sind es wert, dokumentiert zu werden.

24. Fairness bedarf der schriftlichen Dokumentation

Streite um Beurteilungen und die Besetzung von Beförderungsstellen bei den obersten Gerichten des Bundes bieten immer wieder Anlass zu interessanten Erkenntnissen. So auch der Streit um die Besetzung einer Vorsitzendenstelle beim Bundessozialgericht:⁸³

<Rn. 14> ... Zur Sicherung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG auch die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen (...⁸⁴). **Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen** - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber gegebenenfalls durch Akteneinsicht verschaffen kann - **wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will.** Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen (...⁸⁵).

25. Unmut und Obzönität

Da wurde eine Missbrauchsgebühr fällig:⁸⁶

<Rn. 2> So liegt der Fall hier. Die Verfassungsbeschwerde zeigt zunächst bereits keinerlei nachvollziehbare Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten des Beschwerdeführers auf, sondern stellt sich als **Ansammlung reiner Unmutsäußerungen dar.** Dabei ergeht sich der Beschwerdeführer in **verbalen Obszönitäten,** die er mit dem Abdruck eines **anstößigen Fotos** abschließt.

26. Falsche Meldungen an die Presse

Vorverurteilende und sachlich falsche öffentliche Äußerungen der Staatsanwaltschaft über einen Beschuldigten können Schmerzensgeldansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung begründen (LG Wiesbaden).⁸⁷

⁸³ [BVerfG, Beschluss vom 25.11.2015 - 2 BvR 1461/15.](#)

⁸⁴ Verweise auf [BVerfG, Beschluss vom 09.7.2007 - 2 BvR 206/07](#), [BVerfG, Beschluss vom 5.9.2007 - 2 BvR 1855/07](#) - und [BVerfG, Beschluss vom 25.11.2011 - 2 BvR 2305/11.](#)

⁸⁵ Verweis auf [BVerfG, Beschluss vom 09.7.2007 - 2 BvR 206/07.](#)

⁸⁶ [BVerfG, Beschluss vom 28.10.2015 - 2 BvR 1613/15.](#)

⁸⁷ [LG Wiesbaden, Urteil vom 3.6.2015 - 10 O 80/12](#), JurPC Web-Dok. 171/2015

H. In eigener Sache

Am 10.4.2015 erschien die erste Rechtsprechungsübersicht in der vorliegenden Form und die Ausgaben 1 bis 6 umfassen insgesamt 59 Seiten (siehe auch das anschließende Jahres-Inhaltsverzeichnis). Die 7. Ausgabe ist die letzte, die im Jahr 2015 erscheinen wird, und gibt Anlass zu einem Rück- und einem Ausblick:

Das wesentliche gesetzgeberische Ereignis in 2015 war die Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung – in völlig missglückter Form.⁸⁸ Das Gesetz ist bis heute nicht im BGBl. veröffentlicht worden und seine Gegner stehen bereits „Gewehr bei Fuß“, um es vor dem BVerfG anzufechten. Ihre Erfolgsaussichten sind nicht schlecht. Die allgemeine Speicherung von Verkehrsdaten ist ein Eingriff mit sehr großer Streubreite, der die wenigen Anwendungsfälle, in denen auf diese Daten zugegriffen werden darf, womöglich nicht mehr rechtfertigt. Außerdem weist das Gesetz auch handwerkliche Mängel auf: Bei der Internettelefonie können unter einer Anschlusskennung mehrere Zehntausend Verbindungen abgewickelt werden. Um diese auseinander zu halten hätte es der Speicherung des Ports bedurft, der der einzelnen Verbindung zugewiesen wird. Das ist im TKG hingegen nicht vorgesehen. Man kann nur gespannt darauf sein, ob das BVerfG mit einer Einstweiligen Anordnung reagieren wird.

Mit in dem Gesetzgebungspaket enthalten ist die Neueinführung einer strafbaren Datenhehlerei (§ 202d StGB neu). Dabei ist die überfällige Revision der §§ 202a und 202b StGB auf der Strecke geblieben.

Das IuK-Strafrecht ist in der Vergangenheit bevorzugt im Hinblick auf das Skimming und den Computerbetrug behandelt worden. Im vergangenen Jahr sind vom BGH auch das Ausspähen von Daten, das Kontohacking als Anwendungsfall der Fälschung beweisbarer Daten und die Fälschung technischer Aufzeichnungen thematisiert worden. Es ist zu erwarten, dass sich die Klarstellungen des Gerichts fortsetzen und zahlenmäßig erhöhen werden. Einer dringenden Revision bedarf auch das Urkunden- und Datenfälschungsrecht, das eine verheerende Unbedarftigkeit wegen der elektronischen (Quasi-) Urkunden ausweist.

Deutliche Konturen hat die Rechtsprechung zu den uneigentlichen Organisationsdelikten bekommen (wie auch diese Ausgabe belegt), die besonders auch die Handelnden im Vorbereitungsstadium in die täterschaftliche Haftung nimmt. Bei sich ergebenden Anlass ist eine neue zusammenfassende Darstellung im RSÜ zu erwarten.

Ein ständiger Dauerbrenner sind die Auseinandersetzungen mit dem Vermögensstrafrecht und dem Vermögensschaden als solchen (Gesamtsaldierung). Insoweit fehlt es noch an einer klaren und praxismgerechten Struktur, die die verteilten Rechtsprechungsstücke zusammenfügt. Mit einer gewissen Böswilligkeit könnte man meinen: Das ist vielleicht auch besser so.

Große Gesetzgebungsvorhaben sind im kommenden Jahr nicht zu erwarten.

Auf die Rechtsprechungsübersicht erfolgten einige aufmunternde Reaktionen. Ihre Erstellung ist jedoch ein recht einsames Unterfangen. Ich möchte Sie deshalb dringend bitten, auch Ihre Fundstücke und Kommentare einzubringen!

Mit den besten Wünschen für das Jahr 2016

Ihr Dieter Kochheim

⁸⁸ [Dieter Kochheim, Speicherung und Zugriff auf Verkehrsdaten](#), CF 17.5.2015.

I. Jahres-Inhaltsverzeichnis

A. Wirtschaftsstrafrecht

Untreue durch zweckwidrige Mittelverwendung	RSÜ 2, 2
Arbeitgeber	RSÜ 5, 2
Zahlungsunfähigkeit	RSÜ 6, 2
Forderungsmanagement	RSÜ 7, 7
Bestechung im geschäftlichen Verkehr	RSÜ 5, 3
Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz und Bargeldtransfer	RSÜ 5, 2; 7, 3
Kartellrecht	RSÜ 3, 2

B. Steuerstrafrecht

Scheinrechnungen	RSÜ 6, 2
Vorsteuerabzug auf gezahlte Anzahlungen	RSÜ 1, 2
USt für elektronische Dienstleistungen	RSÜ 3, 2
Zigarettschmuggel, Tabaksteuer	RSÜ 2, 2; 7, 3

C. IuK-Strafrecht

Kontohacking	RSÜ 4, 7
Ausspähen von Daten und Datenveränderung	RSÜ 6, 4
Fälschung technischer Aufzeichnungen	RSÜ 4, 4
Kinderpornographischer Download	RSÜ 7, 10
Internetradio und kriminelle Vereinigung	RSÜ 4, 8
Filesharing und Datenmüll	RSÜ 6, 12
Haftung des Betreibers eines offenen WLANs	RSÜ 3, 4; 4, 16

D. Vermögensstrafrecht

Betrug und Urkundenfälschung	RSÜ 4, 3
Eingehungsbetrug	RSÜ 2, 3
Betrug im Autohandel	RSÜ 7, 5
Konkludente Täuschung	RSÜ 4, 3
Täuschung und Irrtum	RSÜ 1, 2
Betrug im Zusammenhang mit Kapitalbeteiligungen	RSÜ 6, 3
Rechtsprechung zur vermögensstrafrechtlichen Schadensbestimmung	RSÜ 2, 4
Gesamtsaldierung beim Factoring	RSÜ 7, 9
Betrugsschaden beim Kfz-Kauf	RSÜ 4, 4
Missbrauch einer Zahlungskarte	RSÜ 5, 4
Irrtumsnachweis in Umfangsverfahren	RSÜ 3, 2

E. Materielles Strafrecht - BT

Äußerungsdelikte; Anforderungen an die Auslegung	RSÜ 4, 8
Rechtmäßigkeit einer Diensthandlung	RSÜ 5, 4
Beleidigung und Wahrnehmung eigener Interessen	RSÜ 3, 3
Falsche Verdächtigung	RSÜ 1, 3
Zusammengesetzte Urkunde	RSÜ 4, 2
Urkundenfälschung und gewerbsmäßiges Handeln	RSÜ 5, 3
Schutzrechte	RSÜ 3, 4

F. Materielles Strafrecht - AT

Erfolgsort	RSÜ 1, 3
Sukzessiver Tatplan	RSÜ 6, 5
Täterschaft und Teilnahme	RSÜ 7, 12
Täterschaft, Tatbeitrag und uneigentliches Organisationsdelikt	RSÜ 6, 6; 7, 11

Sukzessive Beihilfe im Beendigungsstadium	RSÜ 7, 13
Die ungeliebte Bande	RSÜ 7, 13
Fehlgeschlagener Versuch	RSÜ 7, 11
Handlungseinheit und prozessuale Tat	RSÜ 4, 9
Tateinheit beim Betrug	RSÜ 7, 9
Tateinheit im Waffenstrafrecht	RSÜ 1, 4
Reihenfolge bei der Festlegung des Strafrahmens	RSÜ 4, 9
Minder schwerer Fall	RSÜ 1, 3; 3, 3
Gesamtstrafenbildung	RSÜ 3, 4
Geldstrafe und „Schätzung ins Blaue“	RSÜ 6, 7
Strafzumessung	RSÜ 5, 5; 7, 15
Schwere Tatfolgen	RSÜ 7, 15
Lange zurückliegende Taten und überlange Verfahrensdauer	RSÜ 7, 14
Leiden unter U-Haft	RSÜ 7, 14
Hoffnungslose Kriminalprognose	RSÜ 7, 14
Klare Regeln im Aussetzungsbeschluss	RSÜ 6, 11
Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung	RSÜ 6, 11
Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung	RSÜ 1, 4; 5, 5
Einziehung versus Datenlöschung	RSÜ 4, 11
Berufsverbot	RSÜ 7, 14
Bruttoprinzip	RSÜ 5, 4
Rückgewinnungshilfe	RSÜ 4, 10
G. Strafverfahrensrecht	
Grenzen der Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft	RSÜ 2, 5
Kein Recht auf einzelne Ermittlungshandlungen und auf Anklage	RSÜ 4, 12
Beschlagnahme von E-Mails	RSÜ 6, 8
Tatprovokation durch einen Verdeckten Ermittler	RSÜ 7, 15
Vorratsdatenspeicherung und Verkehrsdatenerhebung	RSÜ 2, 7; 4, 17
Wohnungsdurchsuchung	RSÜ 6, 7
Beschlagnahmefreie Verteidigerunterlagen	RSÜ 6, 8
Unzulässige Tricks bei der Protokollierung (Vertrauenspersonen)	RSÜ 6, 9
Wirtschaftsstrafsachen	RSÜ 3, 4
Änderung der Geschäftsverteilung	RSÜ 3, 7; 4, 15
Enger Maßstab bei der Entbindung von Schöffen	RSÜ 3, 6
Rechtliches Gehör	RSÜ 5, 6
Die simsende Richterin	RSÜ 6, 10
Unaufschiebbarer Antrag	RSÜ 7, 20
Befangenheit im anwaltsgerichtlichen Verfahren	RSÜ 4, 15
Spezialitätsvorbehalt	RSÜ 4, 15
Verbindung von Strafsachen	RSÜ 5, 6
Das Recht zu schweigen	RSÜ 7, 18
Hinweispflicht wegen Änderung der Teilnahme	RSÜ 6, 10
Hinweis auf eine abweichende Rechtsansicht	RSÜ 7, 17
Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung	RSÜ 4, 9
Verständigung und Transparenz	RSÜ 7, 19
Feststellungen sind nur dem Strengbeweis zugänglich	RSÜ 7, 17
In dubio pro reo: Entscheidungsregel	RSÜ 3, 6

Überzogene Darlegungspflicht	RSÜ 7, 18
Bindende Beschwerdeentscheidung	RSÜ 3, 5
Unzulässige Beschwerde gegen den abschließenden Beschluss	RSÜ 3, 6
Langer Weg zur Rechtswegerschöpfung	RSÜ 3, 8
Stilrüge	RSÜ 2, 6
H. Beweisantragsrecht	
Beinahetreffer	RSÜ 4, 14
Beweisantritt	RSÜ 5, 7
Unerreichbarer Zeuge. Sperrerklärung	RSÜ 1, 5
Unerreichbarkeit eines Zeugen	RSÜ 3, 6
Indiztatsachen ohne Bedeutung	RSÜ 1, 5
Beweisaufnahme über Indiz- oder Hilfstatsachen	RSÜ 6, 9
Beweiswürdigung im Urteil	RSÜ 3, 6
I. Kostenrecht	
„erfolgloses“ Gutachten	RSÜ 2, 7
J. Datenschutz, Verfahrensregister und Persönlichkeitsrechte	
Löschung von Registerdaten	RSÜ 4, 16
Persönlichkeitsschutz und Akteneinsicht	RSÜ 4, 16
K. Sonstiges	
Richter und Staatsanwälte	RSÜ 3, 8
Fairness bedarf der schriftlichen Dokumentation	RSÜ 7, 21
Unmut und Obzönität	RSÜ 7, 21
Lob vom BGH	RSÜ 3, 9
Falsche Meldungen an die Presse	RSÜ 7, 21
political correctness	RSÜ 3, 9
Generalprüfanwalt	RSÜ 3, 9
Der Amtseid des Bundespräsidenten	RSÜ 5, 7