

Professor Dr. Jens Bülte, Mannheim\*

## Möglichkeiten und Grenzen beweis erleichternder Tatbestandsfassungen im Strafrecht

Im Strafverfahrensrecht ist eine Beweislastumkehr unzulässig. Der Gesetzgeber hatte zur Vermeidung von Beweisnot in der Vergangenheit bisweilen Strafvorschriften erlassen, die Vermutungen für strafbares Verhalten enthielten. Diese wurden zwar wegen Bedenken mit Blick auf den Zweifelsgrundsatz aufgehoben. In jüngerer Zeit wird jedoch versucht, Beweiserleichterungen mittels Ausweitung des tatbestandlichen Unrechts zu erreichen. Handelt es sich dabei um missbräuchliche Strafgesetzgebung zur Umgehung von Verfahrensgarantien?

### I. Ausgangspunkt: Die freie Beweiswürdigung im Strafprozess

Das Strafrecht vergangener Zeiten, etwa des Preußischen Allgemeinen Landrechts, kannte zahlreiche gesetzliche Vermutungen. So wurde vermutet, wer einen anderen eines Verbrechens beschuldigte, wolle diesen an der Ehre kränken (§§ 543 ff. PrALR II 20). Bei Entwendung von Sachen wurde die Bereicherungsabsicht widerlegbar vermutet (§ 1112 PrALR II 20). Der Vorsatz einen Erfolg herbeizuführen wurde vermutet, wenn eine Handlung nach allgemeinem Erfahrungswissen zu einem bestimmten Erfolg führen musste (§§ 27, 812 PrALR II 20). Wer sich einer Waffe auf tödliche Weise bediente, den belastete die Vermutung, die Lebensgefahr vorausgesehen zu haben (§ 813 PrALR II 20).<sup>1</sup>

Das moderne rechtsstaatliche Strafverfahren wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (vgl. §§ 152, 244 Abs. 2 StPO).<sup>2</sup> Die Strafverfolgungsorgane haben alle für die Beurteilung strafrechtlicher Rechtsfolgen relevanten Umstände von Amts wegen zu erforschen. Ihnen obliegt damit die Aufklärungslast.<sup>3</sup> Aufklärungslast bedeutet nicht, dass das Gericht jeden noch so fernliegenden, der strafrechtlichen Sanktion theoretisch entgegenstehenden Umstand aufklären müsste.<sup>4</sup> Im Strafverfahren gilt vielmehr der Grundsatz der freien Beweiswürdigung;<sup>5</sup> Nach § 261 StPO entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner „freien, aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung“. Diese freie Überzeugung ist Maßstab und Schranke der Aufklärungspflicht, so dass entfernte, theoretische Möglichkeiten, welche die Überzeugung des Gerichts nicht erschüttern, nicht zur weiteren Aufklärung verpflichten.<sup>6</sup> *Frei* bedeutet jedoch nicht die Entbindung von den Denkgesetzen der Logik und der Naturwissenschaften.<sup>7</sup> Gemeint ist viel-

mehr die Freiheit von *Beweisregeln*, also rechtlichen Vorgaben, die bestimmen, wie ein konkreter Umstand beweisrechtlich zu würdigen ist.<sup>8</sup> Solche Regeln sind nach dem Wortlaut von § 261 StPO allenfalls als Handlungsanleitungen mit dem Charakter von Erfahrungssätzen ohne rechtliche Bindungswirkung denkbar. Gesetzliche Beweisregeln des gemeinen Strafrechts wie „Zwei Zeugen Mund, tun allerwegs die Wahrheit kund“<sup>9</sup> gehören damit scheinbar der Vergangenheit an.

Dem steht auch der Grundsatz in dubio pro reo nicht entgegen, der nach ständiger Rechtsprechung<sup>10</sup> nicht für die Würdigung eines Beweismittels gilt, sondern eine Entscheidungsregel darstellt.<sup>11</sup> Diese kommt erst zur Anwendung, wenn sich das Gericht nach abschließender Würdigung aller Beweismittel keine zweifelsfreie Überzeugung über einen rechtsfolgenrelevanten tatsächlichen Umstand bilden konnte. Der Zweifelsgrundsatz ist deswegen von so überragender Bedeutung, weil er der Selbstbelastungsfreiheit erst zur Geltung verhilft. Könnten Zweifel zu Lasten des Beschuldigten ausschlagen, so wäre das Schweigerecht entwertet.

Die Maximen, die für Sachverhaltsaufklärung, Überzeugungsbildung und Entscheidung des Gerichts im Strafprozess gelten, erscheinen damit rasch bestimmt. Ebenso liegen die Unterschiede zum Zivilverfahren mit seinem Beibringungsgrundsatz, seinen Beweislasten und Non-liquet-Entscheidungen<sup>12</sup> auf der Hand.<sup>13</sup> Auch das durch den Offizialgrundsatz beherrschte Verwaltungsverfahrensrecht kennt Beweislasten und Beweiserleichterungen<sup>14</sup> und hebt sich damit vom Strafverfahren ab.

Aber heißt das, das Strafverfahren kennt keine Beweisvermutungen mehr, die sich für den Bürger nachteilig auswirken können? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht so leicht, wie es scheinen mag. Beweisregeln kommen auch nach der Aufhebung von §§ 245a,<sup>15</sup> 259 a. F. StGB,<sup>16</sup> § 359 Abs. 5

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim.

1 Vgl. ferner zu Beweisregeln *Kühne*, Lehrbuch Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 946; zur Entwicklung bis zur Abschaffung der Beweisregeln *Küper*, in: Festschrift für Peters, 1984, S. 23 ff.

2 Vgl. *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 18 Rn. 2.

3 Vgl. nur *Kühne* (Fn. 1), Rn. 299 ff., der betont, dass dem Gericht aber keinesfalls die Beweislast auferlegt sei; a. A. *Feigen*, Die Beweislastumkehr im Strafrecht, 1998, S. 36 ff.

4 Vgl. *Bittmann* NStZ 2013, 72, 74.

5 Kritisch zum Begriff der freien Beweiswürdigung wegen ihres irrationalen Moments *K. Peters*, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, S. 281, der von objektiv-subjektiver Beweiswürdigung spricht.

6 Vgl. nur *BGHSt* 11, 1, 4; *BGH* NJW 1951, 83; NStZ 1985, 15.

7 *BVerfG* NJW 1995, 125, 126; *BGHSt* 17, 382, 385; 19, 33, 34 f.; 50, 80, 84 f.; *BGH* StV 1984, 431, 436.

8 Vgl. *BGHSt* 39, 291, 295; zur historischen Entwicklung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung *Küper*, in: Festschrift für Peters, 1984, S. 23, 25 ff.; vgl. ferner zum Begriff der Beweisregel *Walter* JZ 2006, 340, 341; *Feigen* (Fn. 3), S. 10 ff.

9 Hierzu *Sarstedt*, in: Festschrift für Hirsch, 1968, S. 171; ferner *K. Peters* (Fn. 5), S. 63 f.

10 Vgl. nur *BGH* NStZ-RR 2009, 90, 91; 2012, 18, 19; krit. zum Begriff der Entscheidungsregel *Feigen* (Fn. 3), S. 43 f.: Beweislastregel.

11 Vgl. auch *BVerfG* MDR 1975, 468, 469.

12 Zur Non-liquet-Situation im Strafprozess *Feigen* (Fn. 3), S. 36 f.

13 Vgl. nur *Prütting*, in: MünchKommZPO, 4. Aufl. 2012, § 286 Rn. 104 ff. m. w. N.; ferner *Feigen* (Fn. 3), S. 20 ff.

14 Vgl. nur *BVerwGE* 80, 290, 296; *BVerwG* NJW 1994, 468; *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 108 Rn. 12; *Dawin*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 24. ErgL. 2012, § 108 Rn. 93 ff.

15 Bis zum 1. 9. 1969 (BStBl. I 645 ff.) lautete § 245a StGB wie folgt: „§ 245a. (1) Wer Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat oder von einem anderen für sich verwahren läßt, nachdem er wegen schweren Diebstahls, [...] rechtskräftig verurteilt worden ist, wird mit Gefängnis [...] bestraft, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist. (2) Wer Diebeswerkzeug für einen anderen in Verwahrung nimmt oder einem anderen überläßt, obwohl er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist, wird, sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bestraft.“

16 StGB § 259 (1) Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst

RAO a.F.<sup>17</sup> und § 1 WiStG 1949<sup>18</sup> – um *Sarstedt* zu zitieren – „fast unbemerkt, Schritt für Schritt von Fall zu Fall, wie einer der viel Zeit hat, und in mancherlei Verkleidung“<sup>19</sup> daher.<sup>20</sup> Bei der Suche nach solchen Vermutungen kann hier jedoch nur auf wenige Beispiele eingegangen werden, die deutlich machen sollen, wie sehr in diesem Bereich die Grenzen zwischen materiellem und formellem Strafrecht verschwimmen<sup>21</sup> und das Strafrecht unter dem Druck strafprozessualer Beweismöglichkeiten sowie durch Blankette und normative Tatbestandsmerkmale unter außerstrafrechtlichem Einfluss steht. Daher müssen die Vielzahl strafprozessualer Vermutungen im Zusammenhang mit Ermittlungshandlungen, das Ausweichen auf ein Unterlassen bei mangelnder Nachweisbarkeit des Tuns und die verkappten Verdachtsstrafen in der Strafzumessung und vieles andere außen vor bleiben.<sup>22</sup>

## II. Begriffsbestimmung: Vermutung und Fiktion

Eine *Vermutung* liegt vor, wenn der Gesetzgeber – wie bei §§ 938, 1006 BGB – trotz tatsächlicher Unsicherheit darüber, ob die Voraussetzungen eines Tatbestandes gegeben sind, dessen gesetzliche Rechtsfolge anordnet.<sup>23</sup> Die Vermutung bezieht sich auf die Beweissituation, auf die Unsicherheit in der Sachverhaltsfeststellung, sie ist also eine Beweisregel. Die *Fiktion* ordnet dagegen – wie zum Beispiel in § 212 Abs. 2 BGB – durch Gleichstellung zweier ungleicher Sachverhalte eine Rechtsfolge an.<sup>24</sup> Auf den Nachweis der Anwendungsvoraussetzungen einer Vorschrift, auf deren Tatbestand Bezug genommen wird, kann es hier bereits deswegen nicht ankommen, weil die Fiktion schlicht einen anderen Tatbestand statuiert. Die Fiktion ist damit – solange sie sich nicht auf Prozessvoraussetzungen bezieht – eine Regel des materiellen Rechts.

Zwischen diesen beiden Beweisvorgaben steht die *unwiderlegbare Vermutung*, die gesetzliche Anordnung einer Rechtsfolge, obwohl die Merkmale ihres gesetzlichen Tatbestandes nicht festgestellt sind, aber bestimmte andere Umstände festgestellt werden konnten. Sie stellt also letztlich einen Austausch von Tatbestandsmerkmalen dar. Diese Anordnung basiert auf der Annahme, mit dem Vorliegen der Voraussetzungen der „unwiderlegbaren Vermutung“ sei typischerweise auch der Tatbestand erfüllt, dessen Rechtsfolge

an sich bringt oder zu deren Absätze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

**17** RAO § 359 (5) Die Vorschriften der Zoll- und Verbrauchsabgabengesetze, nach denen eine Bestrafung wegen Steuerhinterziehung eintritt, ohne daß der Vorsatz der Hinterziehung festgestellt zu werden braucht, bleiben unberührt.

**18** Weitere Nachweise für Vermutungstatbestände bei *Bockelmann* NJW 1954, 1746, 1747.

**19** *Sarstedt*, in: Festschrift für Hirsch, 1968, S. 171, 173.

**20** Zum Charakter von § 259 StGB a.F. als gesetzliche Beweisregel vgl. nur *BGHSt* 2, 146 ff.; *Frank*, RStGB, 18. Aufl. 1931, § 259 V 1; *Schönke/Schröder*, 9. Aufl. 1959, § 259 Ziff. 2 m. w. N.; a. A. *Bockelmann* NJW 1954, 1748: Ausprägung der freien Beweiswürdigung; zur Vermutungswirkung in § 245a StGB a.F. *Kohlrausch-Lange*, StGB, 41. Aufl. 1956, § 245a V; *Schönke/Schröder* a. a. O., § 245a 3.

**21** Vgl. nur *K. Peters*, Die rechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, 1963, passim; *Lüderssen* ZStW 85 (1973), 288 ff.; *Arzt*, Der Einfluss der Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht, 1980, S. 77 ff.

**22** Vgl. hierzu nur *Hillenkamp*, in: Festschrift für Wassermann, 1984, S. 861, 863 f.; sowie *Weigend*, in: Festschrift für Triffterer, 1996, S. 695, 696 ff.

**23** Vgl. *Magnus*, in: *Staudinger*, BGB, 2011, Rom I VO Art. 18 Rn. 17; ferner *Beckemper/Wegner* wistra 2003, 281, 282.

**24** Vgl. *Magnus*, in: *Staudinger* (Fn. 23), Art. 18 Rn. 19; zur Fiktionswirkung im Strafrecht *Beckemper/Wegner* wistra 2003, 281 ff.

eintreten soll. Soweit dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, wird die eigentlich unpassende Rechtsfolge unter anderem aus Gründen der Effektivität hingenommen. Damit ist die unwiderlegbare Vermutung nur solange eine Vermutung, wie nicht feststeht, dass der Ursprungstatbestand nicht erfüllt ist. Ist dagegen festgestellt, dass die Voraussetzungen der „Vermutung“, nicht aber die des Tatbestandes gegeben sind, so wandelt sich die Vermutung zur Fiktion. Es wird eine für diesen Sachverhalt grundsätzlich nicht vorgesehene Rechtsfolge angeordnet. Damit umfasst die unwiderlegbare Vermutung sowohl Vermutungen als auch Fiktionen. Sie steht also auf der Schwelle zwischen materiellem und prozessuellem Recht.

## III. Kernstrafrecht

### 1. Zwei „klassische“ Problemfälle

#### a) Promillegrenze als Beweisregel?

Nach der Rechtsprechung ist Fahruntüchtigkeit i.S. des § 316 StGB anzunehmen, wenn eine Blutalkoholmessung einen Wert von mindestens 1,1 Promille ergibt.<sup>25</sup> Das Tatgericht muss nicht klären, ob die Alkoholisierung in concreto zur Fahruntüchtigkeit geführt hat. Ja, es *darf* diese Frage nach der Rechtsprechung des *BGH* nicht einmal stellen.<sup>26</sup> Nach wissenschaftlichen Erkenntnissen sei Fahrtüchtigkeit bereits bei einer BAK von 1,00 bis 1,1 Promille kategorisch ausgeschlossen.<sup>27</sup> Aber zugunsten des Beschuldigten seien Messungenauigkeiten durch einen Sicherheitszuschlag von 0,15 Promille auszugleichen.<sup>28</sup> Daher seien bei einem Messergebnis von 1,3 Promille zwingend die Fahruntüchtigkeit und gleichermaßen das Tatbestandsmerkmal der Unfähigkeit, ein Fahrzeug im Straßenverkehr sicher zu führen, anzunehmen.<sup>29</sup>

Es liegt nahe, in diesen Feststellungen eine Qualifizierung als unwiderlegbare Vermutung zu sehen: Dem Beschuldigten wird allein durch das Messergebnis der Beweis der Fahrtüchtigkeit abgeschnitten. Das Tatgericht wird der Pflicht enthoben, weitere Umstände festzustellen, aus denen sich die Fahruntüchtigkeit im konkreten Fall ergibt. Obwohl die h.L.<sup>30</sup> hier von einer unwiderlegbaren Vermutung ausgeht, wird dagegen weder der Vorwurf einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes noch der Unschuldvermutung erhoben. Vielmehr wird von der Literatur eingewandt, die Judikatur habe hier letztlich ein Tatbestandsmerkmal geschaffen.<sup>31</sup> Die These von der Freiheit des Strafprozesses von Beweisregeln und Vermutungen erscheint damit bereits *prima facie* widerlegt.

**25** Vgl. *BGHSt* 37, 89; *BGH* NStZ 1990, 491; *OLG Nürnberg* NStZ-RR 2011, 153; *OLG Brandenburg*, Urteil v. 11. 6. 2008 – 1 Ss 33/08 = BeckRS 2008, 23 687; *AG Jülich* NZW 1990, 204 f.; zur Kritik an der Festsetzung dieses Wertes *Fabl* DAR 1996, 393 ff.

**26** *BGHSt* 21, 157, 159 ff.

**27** A.A. noch *OLG Düsseldorf* NJW 1954, 165, 166, das von einem „wahrscheinlichen Vorliegen“ der Fahruntüchtigkeit bei mehr als 1,5 Promille spricht.

**28** *BGHSt* 37, 89, 95.

**29** Vgl. hierzu auch *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 364 ff.

**30** So die h.M., vgl. nur *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 316 Rn. 7; *Kudlich*, in: Beck-OK-StGB, § 315b Rn. 18; *Fabl* DAR 1996, 393, 394; *Fischer* (StGB, 61. Aufl. 2014, § 316 Rn. 13) spricht von „einer prozessualen Beweisregel“.

**31** Einen Tatbestand sieht *Bialas* (Promille-Grenzen, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1996, S. 110 ff.) in der Promillegrenze; diff. zwischen Grundwert (materieller Gehalt) und Sicherheitszuschlag (prozessualer Gehalt) *Schümann*, in: Festschrift für Lackner, 1987, S. 367, 382; dem folgend *Dannecker* (Fn. 29), S. 360.

Im Ergebnis stellt die Promille-Regel aber allenfalls eine Beweisregel im weitesten Sinne dar und enthält auch keine Vermutung: Verstünde man unter einer Beweisregel jede Vorgabe, aus dem Vorliegen bestimmter Umstände bestimmte andere Sachumstände abzuleiten, so handelte es sich zwar auch hier um eine *Beweisregel*. Damit würden aber auch alle anderen naturwissenschaftlichen Gesetze und Erkenntnisse, die für die Entscheidung des Richters Bedeutung haben, zu Beweisregeln. Ein so weitgehendes Verständnis würde zur Entgrenzung des Begriffs führen. Von einer Beweisregel sollte nur bei einem *Rechtssatz* gesprochen werden, der dem Tatrichter vorgibt, beim Vorliegen gewisser Tatsachen andere, daraus typischerweise ableitbare Tatsachen als bewiesen anzusehen. Beweisregeln bestimmen demnach die rechtliche Bewertung von Beweisergebnissen, gegebenenfalls auch unter Überwindung der Denkgesetze der Logik und der Naturwissenschaften. Eine Vermutung liegt hingegen vor, wenn eine bestimmte rechtliche Bewertung angeordnet wird, obwohl Zweifel am Vorliegen der für die Rechtsfolge notwendigen Sachvoraussetzungen bestehen.

Beides ist hier jedoch nur faktisch-mittelbar gegeben, nicht aber rechtlich angeordnet. Der *BGH* gibt dem Richter weder vor, sich über Zweifel hinwegzusetzen, noch werden *rechtliche* Regeln zum Umgang mit dem Messergebnis statuiert. Vielmehr betont die Rechtsprechung die zwingende Wirkung naturwissenschaftlicher Forschungsergebnisse und setzt damit bereits *vor* der Entstehung von Zweifeln an: Wo die Naturwissenschaft keine Zweifel hat, sind sie dem Richter ebenfalls verwehrt.<sup>32</sup> Für Vermutungen, die per definitionem Zweifel voraussetzen, ist hier kein Raum. Bei der Promillegrenze handelt es sich nicht um eine *Rechtsregel*, sondern um einen *Erfahrungssatz*, der zum Schluss von einem Messergebnis auf den tatsächlichen Umstand der Fahruntüchtigkeit,<sup>33</sup> mithin zur Annahme des Tatbestandsmerkmals aus § 316 StGB zwingt. Das Argument, die freie Beweiswürdigung des Richters werde hierdurch *nicht* eingeschränkt, wird man nur schwer widerlegen können. Ein fader Beigeschmack bleibt jedoch, den *Sarstedt* wie folgt zum Ausdruck gebracht hat: „Wo ein Tatrichter nicht an die Naturwissenschaft glaubt, da verstehen die Revisionsgerichte keinen Spaß; da lassen sie die Freiheit seiner richterlichen Überzeugung schlechterdings nicht gelten.“<sup>34</sup> Aber dürfte ein Rechtsstaat dem Richter überhaupt zugestehen, nicht an die Naturwissenschaften zu glauben? Muss er nicht dem allein dem Gesetz unterworfenen und persönlich unabhängigen Richter zumindest diejenigen Schranken in seiner Überzeugungsbildung auferlegen, die notwendig sind, um Willkür zu verhindern und eine entsprechende Kontrolle zu gewährleisten?

Es erscheint sophistisch, einen Verstoß gegen den Zweifelsgrundsatz abzulehnen, wenn dem Richter bereits das Zweifeln zugunsten des Beschuldigten verboten ist. Dennoch stellt sich hier eher die Frage nach einer Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips als nach der Unschuldsvermutung, wenn das Tatbestandsmerkmal der Fahruntüchtigkeit de facto durch einen Messwert ersetzt und damit der status quo naturwissenschaftlicher Erkenntnis zum materiellen Tatbestandsmerkmal erhoben wird. Die naturwissenschaftlichen Denkgesetze sind keine Rechtssätze, sondern Bezugsobjekte des Strafprozessrechts. Sie sind – man denke nur an das Contergan-Verfahren<sup>35</sup> – Gegenstand der Beweis-

erhebung, bilden also einen Teil des Sachverhalts, der bei Anwendung des materiellen Rechts zugrunde gelegt wird. Dadurch sowie durch die praktische Verbindlichkeit der *BGH*-Rechtsprechung entsteht eine materielle Festlegung, die gesetzesähnliche Kraft, mithin Tatbestandswirkung hat. Ob diese Bewertung eine rückwirkende Änderung des Grenzwerts durch die Rechtsprechung verbietet,<sup>36</sup> mag hier offen bleiben; eine rechtliche Beweisregel oder Vermutung beinhaltet die Promillegrenze jedenfalls nicht.

#### b) Beweislastumkehr in § 186 StGB

Anders scheint die Rechtslage bei § 186 StGB zu sein: Die Strafbarkeit wegen übler Nachrede setzt die Behauptung eines ehrenrührigen Umstandes voraus, der nicht erweislich wahr ist. Der Wahrheitsbeweis wird von der h. M. als Strafausschlussgrund<sup>37</sup> – weil bereits die Vermutung der Ehrenhaftigkeit des Beleidigten geschützt sei<sup>38</sup> – bzw. die Nichterweislichkeit als objektive Bedingung der Strafbarkeit betrachtet.<sup>39</sup> Schon diese Charakterisierung macht die Verbindung von prozessuellem und materiellem Recht deutlich,<sup>40</sup> weil der Nachweis als potentielles Ergebnis der Beweiserhebung in die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit inkorporiert wird. Das Gericht muss darüber Beweis erheben, ob die Wahrheit *nicht nachgewiesen* ist.<sup>41</sup> Formell ändert sich damit die Beweislast – besser: Aufklärungslast – nicht; sie obliegt weiterhin dem Gericht, das sich von der *Nichterweislichkeit* überzeugen muss.

Aber hier wird in der Literatur der Vorwurf erhoben, die materielle Beweislast sei zum Nachteil des Beschuldigten verschoben, weil sich der Gegenstand der Beweiserhebung ändere. *Bockelmann* spricht von einer materiellen Beweislastregel.<sup>42</sup> Diese führe zu einer Vermutung gegen den Beschuldigten, weil er die Wahrheit seiner Behauptung beweisen müsse. Denn Zweifel an der Wahrheit bedeuten ihre Nichterweislichkeit, führen also zur Strafbarkeit. Daher behalte § 186 StGB eine materielle Beweislastregel, wenn den Beschuldigten auch formell weder eine Beweislast noch eine Beweisführungslast treffe.<sup>43</sup>

Aus dieser Fassung der Strafvorschrift ergibt sich offenkundig ein Nachteil für den Beschuldigten. Sieht man jedoch das Schutzgut der Strafvorschrift nicht in der Ehre, sondern in dem *Ehranspruch*, so nivelliert dies auch die „Beweislastverschiebung“. Die Rechtsgutsverletzung liegt dann in der herabsetzenden Äußerung selbst, die aber nicht strafwürdig oder nicht strafbedürftig ist, soweit sie der Wahrheit entspricht. Voraussetzung dieser Straflosigkeit ist der Wahr-

35 *LG Aachen* JZ 1971, 507 ff.

36 So *Naucke* NJW 1968, 758 f.; a. A. jedoch *BVerfG* NJW 1995, 125, 126.

37 Vgl. *RGSt* 1, 40 f.; 2, 379, 380; 19, 386, 387; *Hilgendorf*, in: *Leipziger Kommentar (LK) StGB*, 12. Aufl. 2010, § 190 Rn. 1; *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 30), § 186 Rn. 13; a. A.: *Beling* Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede, 1909, S. 18 ff.; *Binding*, *Strafrecht* BT I, 2. Aufl. 1902, S. 158 f.; *Sauer* ZStW 46 (1925), 349, 352.

38 Hierzu *Bockelmann* NJW 1954, 1746, 1747; anders aber *RGSt* 2, 379, 381, wo auf das Recht verwiesen wird, die Wahrheit zu sagen, das durch die Pflicht zur Vergewisserung der Richtigkeit einer Behauptung eingeschränkt werde.

39 So bereits *Sauer* ZStW 46 (1925), 349, 352; vgl. auch *RGSt* 2, 379, 381 (Bedingung der Strafbarkeit); Nachweise ferner bei *Regge/Pegel*, in: *MünchKommStGB*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 186 Rn. 26 Fn. 133.

40 Nach *Lüderssen* ZStW 85 (1973), 288, 292 stößt die Verwendung der Kategorie der objektiven Bedingung der Strafbarkeit „die Tür zum Verfahrensrecht auf“.

41 Vgl. bereits *Sauer* ZStW 46 (1925), 349, 352.

42 Vgl. *Bockelmann* NJW 1954, 1746, 1747; *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, 2006, S. 547 ff.

43 *Regge/Pegel*, in: *MünchKommStGB* (Fn. 39), § 186 Rn. 26.

32 Vgl. *BGHSt* 21, 157, 159 ff.; wohl ebenso *BVerfG* NJW 1995, 125, 126.

33 Gegen den Begriff der Fahruntüchtigkeit und für Fahrsicherheit *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 30), § 316 Rn. 3.

34 *Sarstedt*, in: *Festschrift für Hirsch*, 1968, S. 171, 176.

heitsbeweis. Auf diese Weise wird durch Ausweitung des Rechtsguts eine Beweislastumkehr vermieden.<sup>44</sup> Das Beweisproblem wird dadurch ins materielle Recht überführt, dass der Achtungsanspruch so lange uneingeschränkt besteht, bis die ehrenrührige Tatsache bewiesen ist. Insofern ist es auch konsequent und beinhaltet kein Beweisthemaverbot<sup>45</sup> oder Beweisverbot,<sup>46</sup> wenn § 190 StGB den Wahrheitsbeweis in Bezug auf eine behauptete Straftat im Falle der rechtskräftigen Verurteilung als erbracht und im Falle des rechtskräftigen Freispruchs vor Tätigen der herabsetzenden Äußerung als nicht erbracht bestimmt.<sup>47</sup> § 190 StGB umreißt so den Umfang des geschützten Rechtsguts.

Im Strafverfahren wegen übler Nachrede ist also keine prozessuale Vermutung unmittelbar anzuwenden. Dennoch kann die materiell-rechtliche Wirkung einer Vermutung, nämlich für die Unantastbarkeit des Ehranspruchs, nicht gelehnet werden. Die Lozierung der Vermutung im materiellen Recht ergibt sich zudem nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern erst aus dem Rechtsgutsverständnis. Sähe man die Ehre und nicht den Ehranspruch als Schutzgut der Strafvorschrift an, so läge es nahe, §§ 186, 190 StGB insofern als prozessuale Vorschriften zu verstehen. Der Vorwurf einer unzulässigen Beweislastumkehr oder prozessualen Vermutung wäre dann kaum von der Hand zu weisen.

Ob eine solche Verschiebung von strafprozessualen Fragen in das materielle Recht durch die Gestaltung des Strafgesetzes zulässig ist, ist eine verfassungsrechtliche Frage: Darf der Gesetzgeber den Ehranspruch – in verfassungsrechtlicher Terminologie: das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>48</sup> – nicht nur vor falschen, sondern auch vor nicht beweisbaren ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen schützen? Insofern erscheint eine Differenzierung dahingehend vorzugswürdig, dass die Verbreitung unbewiesener ehrenrühriger Behauptungen, die den Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betreffen, strafbar gestellt werden darf, während unbewiesene Behauptungen, die „nur“ den Sozialbereich betreffen, dieses Verdikt nicht verdienen. Aber es ist nicht schlechthin unvertretbar, auf eine solche Differenzierung, die tatbestandlich auch kaum fassbar wäre, zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verzichten und alle nicht erweislich wahren ehrenrührigen Behauptungen grundsätzlich als strafbar anzusehen, aber gegebenenfalls von der Verfolgung abzusehen.

## 2. Änderung des Beweisgegenstands durch Erweiterung von Straftatbeständen

Das Beispiel der üblen Nachrede (§ 186 StGB) verdeutlicht neben den Abgrenzungsschwierigkeiten auch die bereits von *Karl Peters* in seiner Tübinger Antrittsvorlesung betonte Wechselwirkung zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht. Die Vorschrift zwingt zum Blick auf das Straf-

recht als Einheit von materiellem Recht und Prozessrecht:<sup>49</sup> Je höher die Beweisanforderungen des Prozessrechts sind, desto mehr muss das Strafrecht die materiellen Anforderungen senken, um seine kriminalpolitischen Ziele noch zu erreichen.<sup>50</sup> Je weitergehend prozessuale Beweiserleichterungen zugelassen werden, desto höher können die materiellen Hürden der Strafbarkeit sein, ohne die Effektivität des Strafrechts zu beeinträchtigen. Diese Interaktion von materiellem und formellem Strafrecht kann plastisch an der Einführung neuerer Leichtfertigkeitstatbestände verdeutlicht werden.<sup>51</sup>

### a) Schaffung der „leichtfertigen Geldwäsche“ zur Umgehung von Beweisproblemen

Im Reichsstrafgesetzbuch war die leichtfertige Tatbegehung nur bei der falschen Anschuldigung (§ 164) und der unterlassenen Anzeige von Schwerstkriminalität (§ 138) ausdrücklich mit Strafe bedroht.<sup>52</sup> Im Übrigen konnten Straftaten grundsätzlich nur vorsätzlich begangen werden. Fahrlässiges Handeln war nur strafbar, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmte oder sich die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit „aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen oder dem Grunde oder Zwecke der einzelnen Norm mit Sicherheit“ ergab.<sup>53</sup> Durch die Große Strafrechtsreform wurden erfolgsqualifizierte Delikte eingeführt, die durch Sanktionierung leichtfertiger Tötungen besonders rücksichtslose und brutale Formen der Tatbegehung erfassen sollten.<sup>54</sup> Zur effektiveren Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität wurden zudem später der leichtfertige Subventionsbetrug (§ 264 Abs. 4 StGB)<sup>55</sup> und die Geldwäsche bei leichtfertiger Verknennung der kriminellen Herkunft des Tatobjekts (§ 261 Abs. 5 StGB)<sup>56</sup> unter Strafe gestellt.

Die „leichtfertige Geldwäsche“ soll nun näher betrachtet werden: Mit der Einführung dieser Leichtfertigkeitsstrafbarkeit wird dem Richter nicht nur erlaubt, von den objektiven Umständen auf die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes zu schließen. Vielmehr entfallen bereits die Möglichkeit und damit die Notwendigkeit eines Schlusses auf den Vorsatz, weil dieser nicht mehr verlangt wird. Liegt die Inkriminierung eines Gegenstandes auf der Hand, so ist der vorsätzliche Umgang mit diesem trotz fehlender Kenntnis von der Herkunft tatbestandlich.<sup>57</sup> In der Praxis stellt zwar die Rechtsprechung an die Leichtfertigkeit hohe Anforderungen,<sup>58</sup> gleichwohl verändert sich durch eine solche materiell-rechtliche Regelung, die den Schluss von den äußeren Umständen auf die Vorstellung des Beschuldigten erspart,<sup>59</sup> der Gegenstand der Beweiswürdigung. Die Beweiserleichte-

<sup>44</sup> Kritisch zu dieser Technik der Erweiterung auf ein „luftiges, universelles, schwer greifbares“ Rechtsgut *Weigend*, in: Festschrift für Triffterer, 1996, S. 695, 699 f.

<sup>45</sup> So *Zaczyk*, in: Nomos Kommentar (NK) StGB, 4. Aufl. 2013, § 190 Rn. 1.

<sup>46</sup> So aber *Alsberg/Nüser/Meyer*, Der Beweisanspruch im Strafrecht, 5. Aufl. 1983, 463 m. w. N.

<sup>47</sup> *Regge/Pegel*, in: MünchKommStGB (Fn. 39), § 190 Rn. 7; *Diehm* (Fn. 42), S. 552 f. sieht hier den In-dubio-pro-reo-Grundsatz „außer Kraft“ gesetzt.

<sup>48</sup> Vgl. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 2 Rn. 127.

<sup>49</sup> *K. Peters* (Fn. 21), S. 11.

<sup>50</sup> Vgl. auch *Lüderssen* ZStW 85 (1973), 288, 306; ferner *Hillenkamp*, in: Festschrift für Wassermann, 1984, S. 861.

<sup>51</sup> Vgl. *Hillenkamp*, in: Festschrift für Wassermann, 1984, S. 861, 868 f.

<sup>52</sup> Ausnahmen galten nur nach § 143a StGB (zwischen 1941 und 1946) und für das Wehrstrafrecht.

<sup>53</sup> *RGSt* 49, 116, 118; *BGHSt* 6, 131, 132; ferner *Frank* (Fn. 20), S. 198; *Mezger*, in: LK-StGB, 7. Aufl. 1954, § 59 S. 479; *Schönke/Schröder* (Fn. 20), § 59 X.

<sup>54</sup> 4. Strafrechtsreformgesetz von 1975, G. v. 23. 11. 1973, BGBl. 1973, 1725; BT-Drs. VI/1552, S. 17 zu § 176 Abs. 4 StGB.

<sup>55</sup> Durch das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BT-Drs. 7/3441, S. 27 unter ausdrücklichem Verweis auf *Tiedemann*, Subventionskriminalität, 1974, BT-Drs. IV/650, S. 417.

<sup>56</sup> Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität v. 15. 7. 1992, BGBl. I S. 1302; BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>57</sup> *BGH* NStZ 1998, 42, 44.

<sup>58</sup> *BGHSt* 50, 347, 351; *BGH* wistra 2012, 19; dem folgend *OLG Köln* v. 13. 9. 2012 – 2 Ws 524/12.

<sup>59</sup> Die Leichtfertigkeit erfordert nach h.M. zwar eine Prüfung am individuellen Maßstab, aber keine Prüfung der Vorstellung des Beschuldigten; vgl. nur *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1995, § 54 II 2 m. w. N.

zung wird durch eine Änderung des materiellen Straftatbestandes, also der Unrechtsdefinition, erkaufte. Der Grundsatz in dubio pro reo ist damit bei formaler Betrachtung nicht verletzt. Zweifel an der Tatbestandserfüllung führen nach wie vor zum Freispruch, wenn auch der Bereich, in dem solche Zweifel entstehen können, deutlich eingeschränkt ist.

Damit wird der Konflikt mit dem Zweifelsgrundsatz umgangen, der entstanden wäre, hätte man an Stelle der Leichtfertigkeitstrafbarkeit die Beweiswürdigungsregel in das Gesetz aufgenommen,<sup>60</sup> die in der Sache gewollt ist. Eine Regelung, die vorgäbe, der Handelnde habe die kriminelle Herkunft gekannt, wenn sie zweifelsfrei offenbar gewesen ist, wäre nämlich mit der Unschuldsvermutung und dem Zweifelsgrundsatz kaum vereinbar. Entsprechendes hat bereits der *Bayerische Verfassungsgerichtshof*<sup>61</sup> festgestellt. Er entschied, Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPressG<sup>62</sup> beinhalte keine verfassungsrechtlich unzulässige, weil mit dem Schuldgrundsatz<sup>63</sup> nicht vereinbare, strafprozessuale Beweislastumkehr. Die Vorschrift lasse keine Bestrafung ohne Schuld nachweis zu, weil die Beweiserhebung Sache des Gerichts sei, so dass der Beschuldigte ohnehin niemals etwas beweisen, sondern allenfalls Beweismittel beschaffen oder Anträge stellen könne. Das Tatgericht habe die Pflichtverletzung vielmehr in freier Beweiswürdigung und unter uneingeschränkter Geltung des Zweifelsgrundsatzes festzustellen. Die Botschaft dieser Entscheidung ist unmissverständlich: Eine Beweislastumkehr ist im Strafverfahren unzulässig; ein Gesetz, das sie anordnete, wäre verfassungswidrig.

#### b) Unschuldsvermutung und § 261 Abs. 5 StGB

Muss dagegen die Beweisverschiebung im Gewand des materiellen Rechts grundsätzlich akzeptiert werden?<sup>64</sup> Ist sie also nur kriminalpolitisch, nicht aber verfassungsrechtlich problematisch?<sup>65</sup> Das Bild einer Verdachtsstrafe, die zwar nicht unmittelbar gegen den Zweifelsgrundsatz verstößt, aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den materiellen Gehalt der Unschuldsvermutung missachtet,<sup>66</sup> drängt sich bei § 261 Abs. 5 StGB zumindest auf.<sup>67</sup> Diesen Eindruck verstärkt die Entscheidung des Gesetzgebers, den Hehlertatbestand zu beseitigen, der eine Strafbarkeit vorsah, wenn der Täter „nach den Umständen annehmen musste“, dass die Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt worden war: Diese Regelung wurde mit der Neufassung des EGStGB

vom 2. 3. 1974<sup>68</sup> aufgehoben, weil man sie als mit der Unschuldsvermutung unvereinbar angesehen hatte.<sup>69</sup>

*Welzel* hatte es bereits damals ausdrücklich als verfehlt Methode bezeichnet, „prozessuale Schwierigkeiten auf materiellem Wege durch eine Ausdehnung auf gar nicht gewollte Fälle – nämlich auf Fahrlässigkeit – zu beheben“.<sup>70</sup> Er schlug allerdings vor, eine entsprechende Beweisregel zuungunsten des Angeklagten einzuführen,<sup>71</sup> die aber vom *Bayerischen Verfassungsgerichtshof* zutreffend kategorisch abgelehnt worden ist.

#### c) § 261 Abs. 5 StGB im Konflikt mit der Wesentlichkeitsrechtsprechung

Selbst wenn man in § 261 Abs. 5 StGB keine Verletzung des materiellen Gehalts der Unschuldsvermutung sieht, sprechen verfassungsrechtliche Gründe gegen eine Zulässigkeit der Beweisverschiebung in den Straftatbestand durch § 261 Abs. 5 StGB.

Die Begründung des Entwurfs zu § 261 Abs. 5 StGB räumt ausdrücklich ein, dass sich das materielle Strafrecht hier der Beweisnot beugt.<sup>72</sup> Die Motive stellen nicht auf die besondere Sozialschädlichkeit der leichtfertigen Geldwäsche ab,<sup>73</sup> sondern ausschließlich auf die Beweisprobleme. Um sie zu beseitigen und so eine effektive Strafverfolgung von Geldwäschern zu ermöglichen, habe der Leichtfertigkeitstatbestand geschaffen werden müssen.<sup>74</sup> Der Gesetzgeber hat also die Unrechtsdefinition weiter gefasst als Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit reichen, um auch den „Geldwäscher“ nicht straflos zu lassen, dem nicht nachzuweisen ist, dass er hinsichtlich der Herkunft des Gegenstandes vorsätzlich gehandelt hat, also dass er tatsächlich Geldwäscher ist.

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Normgenese und des § 261 Abs. 5 StGB werden mit Blick auf die Wesentlichkeitsrechtsprechung des *BVerfG*<sup>75</sup> deutlich: Danach darf Strafbarkeit wegen ihrer elementaren Grundrechtsrelevanz ausschließlich durch eine Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers begründet werden. Die Strafbarkeit darf demzufolge nur so weit gehen, wie die entsprechende gesetzgeberische Entscheidung reicht. Im Falle von § 261 Abs. 5 StGB liegt jedoch ausschließlich eine Entscheidung vor, die *vorsätzliche* Tatbegehung effektiver zu verfolgen. An einer Entscheidung, auch leichtfertig begangene Taten verfolgen zu wollen, fehlt es trotz scheinbar gegenteiligen Gesetzeswortlauts; es sollten ja ausschließlich Beweisprobleme vermieden werden. Wenn der Gesetzgeber sich jedoch nicht für eine solche Strafbarkeit entscheidet, so liegt darin (zumindest vorläufig) eine Entscheidung *gegen* die Strafbarkeit.

Damit ist das Argument zur Rechtfertigung der Leichtfertigkeitstrafbarkeit abgeschnitten, der Gesetzgeber hätte die Entscheidung für eine Strafwürdigkeit und Strafbedürft-

<sup>60</sup> Vgl. *Lüderssen ZStW* 85 (1973), 288, 302.

<sup>61</sup> *BayVerfGH NJW* 1983, 1600 ff.; vgl. hierzu auch *RGSt* 66, 158, 159.

<sup>62</sup> „Wer als verantwortlicher Redakteur, Verleger, Drucker oder Verbreiter am Erscheinen eines Druckwerks strafbaren Inhalts mitgewirkt hat, wird, wenn er nicht schon nach Absatz 1 als Täter oder Teilnehmer zu bestrafen ist, wegen fahrlässiger Veröffentlichung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, sofern er nicht die pflichtgemäße Sorgfalt angewandt hat.“

<sup>63</sup> Hier in der Ausprägung *nulla poena sine culpa*; vgl. hierzu *Frisch NSTZ* 2013, 249, 250.

<sup>64</sup> So zumindest die h.M.; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 30), § 261 Rn. 28; kritisch aber *Hillenkamp*, in: *Festschrift für Wassermann*, 1984, S. 861 ff. m. w. N. zu § 264 Abs. 5 StGB.

<sup>65</sup> So wohl *Weigend*, in: *Festschrift für Triffterer*, 1996, S. 695, 705.

<sup>66</sup> Zu diesem materiellen Gehalt *Schubarth*, *Zur Tragweite der Unschuldsvermutung*, 1978, S. 6, Fn. 25; *Stuckenberger*, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, 1998, S. 91.

<sup>67</sup> Vgl. zum Begriff und zur historischen Bedeutung der Verdachtsstrafe *Hillenkamp*, in: *Festschrift für Wassermann*, 1984, S. 861 ff. m. w. N.; ferner zum Verbot der Verdachtsstrafe eingehend *Frister*, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, 1988, S. 69 ff.; vgl. zudem Kritik des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, 1968, *Politisches Strafrecht zu RegE* § 85, S. 21; *Lüderssen ZStW* 85 (1973), 288, 303.

<sup>68</sup> BGBl. I 1974, S. 469, 491.

<sup>69</sup> BT-Drs. VI/3250, S. 242; BT-Drs. 7/550, S. 253; vgl. hierzu auch *Hillenkamp*, in: *Festschrift für Wassermann*, 1984, S. 861, 868 m. w. N.; *Versuche der verfassungskonformen Interpretation* finden sich z. B. bei *Bockelmann NJW* 1954, 1754 ff. und bei *Henkel*, in: *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1971, S. 586 ff.

<sup>70</sup> *Niederschriften Bd. 6 Anlage 2 zu Umdruck J 59 S. 347.*

<sup>71</sup> Für eine solche Lösung auch *Weigend*, in: *Festschrift für Triffterer*, 1996, S. 695, 705.

<sup>72</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>73</sup> So begründen *Krey/Dierlammer JR* 1992, 353, 359 die Strafwürdigkeit der leichtfertigen Geldwäsche.

<sup>74</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>75</sup> Vgl. nur *BVerfGE* 40, 237 (248 f.); 49, 89 (126 f.); 83, 130 (152); 98, 218 (251 f.); 101, 1 (34); 105, 279 (301 ff.); 116, 24 (58); w. N. bei *Schnapp*, in: *von Münch/Kunig*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 76; krit. zur „Keule der Wesentlichkeitstheorie“ *Herzog NJW* 1999, 25, 26.

tigkeit treffen dürfen, weil seine Einschätzungsprärogative so weit reiche. Zwar hat *Manssen*<sup>76</sup> zutreffend festgestellt, es sei wenig sinnvoll, ein Gesetz für nichtig zu erklären, wenn der Gesetzgeber das gleiche Gesetz nur mit anderer Begründung jederzeit neu erlassen könne. Aber vorliegend hat der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative bindend ausgeübt. Die dem Gesetz zugrunde liegende parlamentarische Entscheidung darf nicht einfach durch eine Auswechslung des Gesetzeszwecks ignoriert werden.

Damit steht hier die Entscheidung des historischen Gesetzgebers – nur Vorsatztaten (effektiver) verfolgen zu wollen – im Konflikt mit dem Wortlaut des Gesetzes, der die Leichtfertigkeit mit Strafe bedroht. Nähme man insofern eine Reduktion auf den parlamentarisch gewollten Anwendungsbereich vor, so verlöre die Vorschrift des § 261 Abs. 5 StGB jede Bedeutung. Hier eine rein objektiv-teleologische Auslegung im Widerspruch zum erklärten Willen des historischen Gesetzgebers, wie er in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommt, vorzunehmen, dürfte Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip widersprechen, die den Vorrang des Gesetzes begründen, dem Art. 103 Abs. 2 GG dienen soll.<sup>77</sup> „Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen.“<sup>78</sup> Die Folge dieses unauflöselichen Widerspruchs zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und der klar artikulierten Intention des Gesetzgebers ist die Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift.

Zwar handelt es sich bei dem Recht der Geldwäschebekämpfung um durch die RiL 2005/60/EG harmonisiertes Recht. Dennoch kann der hier vertretene Ansicht nicht entgegengehalten werden, sie führe zu einer unzulässigen Schwächung der Effektivität des Unionsrechts,<sup>79</sup> weil das Unionsrecht selbst in Art. 1 Abs. 5 der vorgenannten Richtlinie den Mitgliedstaaten (noch) freistellt, ob sie nur den vorsätzlichen oder auch den leichtfertigen Umgang mit inkriminierten Vermögenswerten als Geldwäsche betrachten wollen.

#### d) § 261 Abs. 5 StGB als Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Umgehungsvorschrift des § 261 Abs. 5 StGB verstößt zudem gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zwar verfolgt die Regelung einen legitimen Zweck im Sinne der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsabwägung, wenn sie für strafwürdig und strafbedürftig gehaltene Handlungen mit dem Strafrecht bekämpfen soll. Das angewandte Mittel mag auch tauglich und erforderlich sein, wenn der Gesetzgeber keinen anderen Weg zur Erreichung des Ziels sieht, als den materiellen Tatbestand auszudehnen. Aber angemessen im engeren Sinne ist das Mittel nicht: Hier wird eine *leichtfertige* Handlung, die vom Gesetzgeber nicht für strafwürdig und strafbedürftig gehalten wird, unter Strafe gestellt, um so eine *vorsätzliche*, aber andere als die mit Strafe bedrohte Handlung bestrafen zu können. Unter der Prämisse, dass nur Handlungen mit Kriminalstrafe bedroht werden dürfen, wenn dies in Bezug auf exakt diese Handlungen unerlässlich ist, ist die Androhung von

Strafe zur Erreichung von Zwecken außerhalb dieses Zusammenhangs unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

### 3. Umgehung von Verfahrensrechten durch Änderungen von Straftatbeständen

Als Zwischenfazit kann konstatiert werden, dass der Gesetzgeber wegen der verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit von Vermutungs- und Beweisregeln zu Lasten des Beschuldigten den Weg über das materielle Strafrecht sucht. Die im Zuge dessen vorgenommene Reduzierung tatbestandlicher Anforderungen erscheint grundsätzlich mit dem Zweifelsgrundsatz vereinbar. Voraussetzung für eine Verfassungsmäßigkeit ist jedoch, dass der Gesetzgeber den Straftatbestand mit Rücksicht auf Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit ausweitet, also um sozialschädliches Verhalten zu erfassen. Die Entscheidung darüber steht ihm im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative und der sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu. Eine Absenkung der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen allein zu dem Zweck, Beweisprobleme zu lösen, ist dagegen zumindest unverhältnismäßig. Hier wird Strafbarkeit nicht aufgrund einer zielgerichteten gesetzgeberischen Entscheidung begründet, sondern gegen ein nicht als strafwürdig und strafbedürftig bewertetes Verhalten als Kollateralschaden in Kauf genommen, um Beweisprobleme zu umgehen.

Zur Abgrenzung beider Fallgestaltungen kann man in Anlehnung an *Lüderssen* fragen, ob hinter der Regelung lediglich Sachzwänge des Beweisrechts oder eine Wertentscheidung für die Strafbarkeit stehen.<sup>80</sup> Auch wenn in letzteren Fällen eine unmittelbar greifbare Verletzung des Verfassungsrechts nicht vorliegt, sollte bei der Schaffung und Ausweitung von Straftatbeständen stets das Monitum von *Peters*<sup>81</sup> beachtet werden: „Je weiter wir das Strafrecht ausdehnen, sei es, daß wir eine Überfülle von Tatbeständen schaffen, sei es, daß wir sozial unerhebliche Vorgänge in die Strafverfolgung miteinbeziehen, um so schwächer wird der Kampf gegen das schwere Verbrechen.“ Mehr Strafbarkeit erreicht nicht stets mehr Rechtsgüterschutz.

### IV. An außerstrafrechtliche Entscheidungen anknüpfende Straftatbestände

In einem zweiten Schritt soll nun die Anknüpfung an außerstrafrechtliche Entscheidungen betrachtet werden: Aufgrund der Herrschaft des Gesetzgebers über die Unrechtsdefinition verstößt ein Transfer von Ergebnissen aus dem Zivil- oder Verwaltungsverfahren nicht gegen den strafrechtlichen Zweifelsgrundsatz, soweit der Transfer durch den Straftatbestand erfolgt. Der Strafrichter ist nach § 262 StPO grundsätzlich nicht an Entscheidungen der Zivil- und Verwaltungsgerichte gebunden. Aber anders als die Übernahme von Verfahrensregeln ist der Transfer von Verfahrensergebnissen insbesondere für das Wirtschaftsstrafrecht, nicht untypisch. In Form von Verwaltungsakten, die auf außerstrafrechtlichen Bewertungen beruhen, finden solche Verwaltungsentscheidungen Eingang in den Straftatbestand.

Das Lebensmittelstrafrecht nimmt in § 59 Abs. 1 Nr. 20 LFGB Bezug auf vollstreckbare Anordnungen, durch die dem Unternehmer der Transport von möglicherweise kran-

<sup>76</sup> *Manssen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2013, Rn. 182 mit Verweis auf *BVerfG* NJW 1998, 1776 f.

<sup>77</sup> Vgl. *Dannecker*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 296; ferner *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 52. Lfg. Mai 2008, Art. 97 Rn. 57.

<sup>78</sup> *BVerfGE* 128, 193 (2009).

<sup>79</sup> Vgl. hierzu u. a. *Bülte/Krell* StV 2013, 713 ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Lüderssen* ZStW 85 (1973), 288, 291.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu nur *K. Peters* (Fn. 21), S. 21.

ken Tieren verboten wird.<sup>82</sup> Durch diese Verwaltungsaktsakzessorietät wird eine Verwaltungsentscheidung zum Substrat der Strafbarkeit, auch wenn die Anordnung in einem von Beweislasten geprägten Verwaltungsverfahren ergangen ist, das keinen Zweifelsgrundsatz kennt und materielle Vorschriften zur Gefahrenabwehr umsetzt, die ausdrücklich auf Vermutungen und Wahrscheinlichkeitsprognosen aufbauen. Der Straftatbestand knüpft unmittelbar an den Verwaltungsakt an, dessen Beachtung mit Strafe bewehrt wird, und nicht an die materielle Verwaltungsrechtslage. Auch wenn sich die zugrunde liegende Vermutung später als unrichtig erweist, bleibt die Verletzung der behördlichen Entscheidung strafbar,<sup>83</sup> weil die effektive Gefahrenabwehr durch die Zuwiderhandlung in Frage gestellt worden ist. Eine solche Strafbarkeit basiert auf Vermutungen. Sie ist am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und am Schuldprinzip zu messen. Eine Verletzung des Zweifelsgrundsatzes kommt aber bereits strukturell nicht in Betracht, weil nicht das Unrecht Gegenstand der Vermutung ist, sondern die Vermutung – auf der die Verwaltungsanordnung basiert – Gegenstand des Unrechts.

Aber auch im Kernstrafrecht finden sich Straftatbestände, die auf Vermutungen aus anderen Rechtsgebieten aufbauen. § 170 StGB bedroht die Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht mit Strafe. Danach kann auch derjenige strafbar sein, der nicht biologisch, sondern ausschließlich nach einem Statusurteil familienrechtlicher Vater ist, auch wenn die Entscheidung unter Anwendung der Vermutungen aus §§ 1600c, 1600d BGB ergangen ist. Dieses Statusurteil entfaltet materielle Wirkung dahingehend, dass es die Vaterschaft und damit die familienrechtliche Beziehung feststellt, auf der die Unterhaltspflicht basiert.<sup>84</sup> Diese Wirkung des Urteils ergibt sich aus der Rechtsgutsbestimmung für § 170 Abs. 1 StGB: Die Strafvorschrift schützt die persönliche Lebensgrundlage des Unterhaltsgläubigers, nicht die biologische Familienbeziehung.<sup>85</sup> Der Unterhaltsanspruch und damit das Rechtsgut werden durch das Statusurteil bestimmt. Entzieht sich der Vater seiner auf diese Weise festgestellten Leistungspflicht, so erfüllt er den Straftatbestand.

Die Feststellungen des Familiengerichts zur Unterhaltspflicht sind dagegen für das Strafgericht nicht von Belang; selbst ein rechtskräftiges Urteil über den Unterhalt bindet nicht.<sup>86</sup> Denn anders als die Entscheidung über die Vaterschaft hat dieses Urteil nach h. M.<sup>87</sup> keine Gestaltungswirkung, sondern bestimmt nur die Leistungsbeziehung zwischen den Beteiligten.<sup>88</sup>

## V. Vermutungen und Beweiserleichterungen im Verwaltungsverfahren

Verfahrenserleichterungen aus dem Verwaltungsverfahren, wie etwa die Schätzung im Steuerverfahren<sup>89</sup>, können dagegen nicht unmittelbar auf das *Strafverfahren* übertragen werden. Die Rechtsprechung hat ferner die Übertragung einer Vermutung aus dem Zollverwaltungsrecht nach § 17 Abs. 1 Satz 2 ZG a. F. in das Steuerstrafverfahren abgelehnt. Diese Regelung sah den Schluss von einer amtlichen Verprobung auf die Gesamtheit der eingeführten Waren vor: Die zollrechtliche Vermutung diene allein der Erleichterung des Zollverfahrens und gehöre nicht zum spezifischen Steuerstrafverfahrensrecht, das nach § 385 Abs. 1 AO Vorrang vor den Regeln der StPO hat. Daher gelte § 261 StPO hier uneingeschränkt.<sup>90</sup>

Diese Rechtsprechung wird von der Literatur auch auf die verbrauchsteuerrechtliche Fehlmengenvermutung nach § 161 AO übertragen.<sup>91</sup> Danach wird für amtlich festgestellte Fehlmengen verbrauchssteuerpflichtiger Waren widerlegbar vermutet, dass die Steuer insofern entstanden ist.<sup>92</sup> Anders als das Zollrecht bestimmt das Gesetz hier seinem Wortlaut nach allerdings keine reine Tatsachenvermutung, sondern aus der Vermutung scheint unmittelbar die Entstehung des Steueranspruchs zu folgen. Sie hätte folglich Fiktionswirkung. Danach hätte die Vorschrift als eigener Besteuerungstatbestand Rechtsgutsrelevanz und somit materiell-strafrechtliche Wirkung. Die herrschende Ansicht im Steuerrecht behandelt § 161 Satz 1 AO dennoch als widerlegbare Vermutung für die Erfüllung des Steuerentstehungstatbestandes.<sup>93</sup> § 161 AO ist damit eine steuerrechtliche *Verfahrensregel*. Es gilt also auch für das Steuerstrafrecht, dass eine Übertragung von Verfahrensvereinfachungen in das Strafrecht strikt abgelehnt wird, obwohl das Steuerstrafrecht auf das Steuerrecht Bezug nimmt, das seinerseits durch Massenverfahren und damit zwangsläufig durch Vermutungen und Beweiserleichterungen geprägt ist.<sup>94</sup>

Allerdings macht das letzte Beispiel das bereits im Kernstrafrecht dargestellte Problem deutlich: Die Grenze zwischen einer Vermutung als Beweisregel für das Verfahren zur Feststellung der Eingriffsvoraussetzungen und einer Vermutung mit materieller Wirkung verwischt leicht. Verstünde man § 161 AO als Steuertatbestand, so verstieße die Vermutung auch im Steuerstrafrecht nicht gegen den Zweifelsgrundsatz. Die Anwendung der Norm müsste jedoch dahingehend hinterfragt werden, ob es verhältnismäßig ist, die Hinterziehung einer Steuer zu sanktionieren, deren Entstehung auf einer Vermutung basiert.

<sup>82</sup> Vgl. hierzu nur *Dannecker/Bülte*, in: *Achenbach/Ransiek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, Kapitel 2 Teil 2 Rn. 297 ff.

<sup>83</sup> *Dannecker*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, Vorbemerkungen §§ 32 ff. StGB; vgl. hierzu auch *Krell* NZWiSt 2014, 14, 18.

<sup>84</sup> *BGHSt* 26, 113; *OLG Hamm*, Urteil v. 5. 5. 2004 – 4 Ss 65/04; *Dippel*, in: *LK-StGB* (Fn. 37), § 170 Rn. 28; *Heimann-Trosien* JR 1976, 235; *Maurach/Schroeder/Matwald*, Strafrecht BT, Teilband 2, 10. Aufl. 2012, § 63 Rn. 33; *Ritscher*, in: *MünchKommStGB* (Fn. 39), § 170 Rn. 23 ff.; *Schall*, in: *Systematischer Kommentar* (SK) StGB, 8. Aufl., 116. Lfg. Nov. 2008, § 170 Rn. 19; a. A. *OLG Oldenburg* NJW 1952, 118.

<sup>85</sup> So noch *BGHSt* 5, 106, 108.

<sup>86</sup> *BGHSt* 5, 106; *BayObLG* NJW 1967, 1287; weitere Nachweise bei *Schwab* NJW 1960, 2169; a. A. aber *Kaiser* NJW 1972, 1847, 1848 m. w. N. wohl auch *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 170 Rn. 3.

<sup>87</sup> Vgl. *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 322 Rn. 4 f.; *Gottwald*, in: *MünchKommZPO* (Fn. 13), § 322 Rn. 19; *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 30. Aufl. 2014, Vor § 322 Rn. 4.

<sup>88</sup> *BGHSt* 5, 106; *BayObLG* NJW 1967, 1287; *OLG Bremen* NJW 1964, 1286; *OLG Düsseldorf* StV 1991, 68; *OLG Stuttgart* NJW 1960, 2204; *Dippel*, in: *LK-StGB* (Fn. 37), § 170 Rn. 28; *Fischer* (Fn. 30), § 170 Rn. 5; a. A. *OLG Braunschweig* NJW 1953, 558.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu grundlegend *BVerfG*, Beschluss v. 20. 3. 2007 – 2 BvR 162/07; ferner *BGH* wistra 2010, 148 ff.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch *OLG Brandenburg*, Urteil v. 12. 3. 2003 – 2 Ss 56/01 = StV 2004, 7 ff.

<sup>91</sup> *Krause* DStR 1998, 553, 556.

<sup>92</sup> Die Variante der bedingten Verbrauchsteuer hat sich durch In-Kraft-Treten des VerbrauchSt-Binnenmarktgesetzes (BGBl. I 1992, 2150) erledigt; vgl. *Cöster*, in: *Pablke/König*, AO, 2. Aufl. 2009, § 161 Rn. 1.

<sup>93</sup> *BFHE* 189, 223 m. w. N.; *BFH* BStBl. III 1961, 9; *BT-Drs.* VI/1982, S. 146 f. zu § 142 AO-E.; *Cöster*, in: *Pablke/König* (Fn. 92), § 161 Rn. 1; *Rüsken*, in: *Klein*, AO, 11. Aufl. 2012, § 161 Rz. 1; *Wöhner*, in: *Schwarz*, AO, § 161 Rn. 8; *Dewitz* ZfZ 1984, 205.

<sup>94</sup> Vgl. hierzu nur *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 3 Rn. 147 m. w. N.

## VI. Vermutungen und Beweis- erleichterungen im materiellen Verwaltungsrecht

Auch materielles Verwaltungsrecht, das strafrechtliche Tatbestandsmerkmale ausfüllt oder auf das Strafvorschriften Bezug nehmen, beinhaltet Vermutungen oder Fiktionen, so dass diese im Strafrecht wirken können.

### 1. Annahme einer Nettoentgeltvereinbarung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV

Ein Beispiel für eine Vorschrift mit partieller Fiktionswirkung im Strafrecht stellt § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV dar. Das materielle Sozialrecht erlangt über § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) strafrechtliche Bedeutung, weil sich hiernach die Beiträge zur Sozialversicherung bemessen, die Tatobjekte des § 266a Abs. 1 StGB sind. Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV gilt ein *Nettoarbeitsentgelt* als vereinbart, wenn bei einem illegalen Beschäftigungsverhältnis Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung sowie zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind. Durch diese mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit eingeführte Regelung<sup>95</sup> wurde nach h.M. im Sozialrecht eine gesetzliche Fiktion normiert.<sup>96</sup>

Diese Regelung basiert auf der Erfahrung, dass illegale Beschäftigungsverhältnisse gegenüber der Sozialversicherung und den Finanzbehörden verborgen werden und dem illegal beschäftigten Arbeitnehmer so, jedenfalls bei Nichtabführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, wirtschaftlich ein Nettoarbeitsentgelt zufließt. Die Vorschrift führt dazu, dass bei der sozialrechtlichen Berechnung ein erhöhter Beitrag zugrunde gelegt wird, ohne dass es auf einen Nachweis der Nettovereinbarung ankäme. Die Fiktionswirkung greift ein, wenn tatsächlich eine Bruttovereinbarung vorliegt. Diese wird dann als nichtexistent behandelt. Nach der hier verwendeten Begriffsbestimmung (siehe oben II.) handelt es sich daher um eine unwiderlegbare Vermutung.

Der *BGH* hat diese „Fiktion“ in das Strafrecht übernommen.<sup>97</sup> Gegen diesen Transfer sprechen nach der Judikatur des *BGH* keine überzeugenden Argumente, so dass eine frühere, abweichende Rechtsprechung aufgegeben wurde.<sup>98</sup> Daher bestimmen sich der Umfang und das Unrecht der Tatbegehung nach einer Vorschrift, die sich nicht auf die tatsächliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stützt, sondern auf eine vermutete oder sogar fiktive Abrede zwischen den Parteien.

Hier wird deutlich, dass § 14 SGB IV auf das materielle Sozialrecht und nicht nur auf das Verfahrensrecht einwirkt. Die Regelung bestimmt das Aufkommen der Mittel für die Sozialversicherung selbst, das § 266a StGB mittelbar schützt,<sup>99</sup> so dass die Fiktion auch das Rechtsgut der Strafvorschrift erweitert. Diese Ausdehnung steht nicht im Konflikt mit dem Zweifelsgrundsatz, sondern ist vornehmlich am Maßstab der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit zu

messen. Es geht hier allein um die Frage, ob die Gefährdung oder Verletzung auch dieses Teils des Beitragsanspruchs (noch) strafwürdig und strafbedürftig erscheint. Daran mögen Zweifel berechtigt sein, weil der Rechtsfolge des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV auch Sanktionscharakter zukommen soll. Dennoch hat die Vorschrift nach dem *BGH* einen materiellen Regelungsgehalt, weil sie der wirtschaftlichen Situation bei der Schwarzlohnabrede Rechnung trage.<sup>100</sup> Im Ergebnis ist dem *BGH* zuzustimmen, weil § 266a StGB nicht allein das Vermögen des Sozialversicherungsträgers schützen soll, sondern das Interesse an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung<sup>101</sup> und damit auch die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung als solcher.<sup>102</sup>

§ 14 SGB IV beinhaltet damit einen gesetzlich fixierten Erfahrungssatz, der dazu führt, dass auch tatsächliche Bruttoentgeltvereinbarungen erfasst werden. Doch nimmt das Sozialrecht dies in Kauf. Fiktionen können folglich, trotz ihrer Grundlage im außerstrafrechtlichen materiellen Recht, auch im materiellen Strafrecht Wirkungen entfalten. Dies wird sogar regelmäßig der Fall sein, sofern sie das strafrechtlich geschützte Rechtsgut mitgestalten und keine spezifisch strafrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Gründe entgegenstehen.<sup>103</sup>

Der Strafbarkeit einer Hinterziehung von durch Fiktion entstandenen Beiträgen sind die gleichen Monita entgegenzuhalten, die auch einer Strafbarkeitsbegründung durch § 161 AO entgegengehalten werden können:<sup>104</sup> Ist es tatsächlich strafwürdig und strafbedürftig, einen nur durch Fiktion entstandenen Beitragsanspruch mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen? Im Rahmen der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative liegt die Begründung von Strafbarkeit aber wohl noch, weil auch die Verletzung solcher durch Fiktion entstandener Ansprüche die Funktionsfähigkeit des Sozialversicherungssystems beeinträchtigen kann.

### 2. Mangelnder Nachweis als Tatbestandsmerkmal des Ordnungswidrigkeitentatbestandes (Meerkatzen- Entscheidung)

Wie bereits am Beispiel der leichtfertigen Geldwäsche erörtert, hat die Veränderung der materiellen Strafvorschrift als solcher nicht stets rechtsgutsgestaltende Wirkung. In der Meerkatzen-Entscheidung des *KG*<sup>105</sup> wird die Materialisierung eines Nachweises deutlich, die das Verschwimmen der Grenze zwischen Prozessrecht und materiellem Recht und die damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Bewertungsprobleme aufzeigt: Der Halter einer Meerkatze wurde zu einer Geldbuße verurteilt, weil er die legale Herkunft des Tieres nicht nachweisen konnte. Der Besitz eines solchen besonders geschützten Tieres war nach § 30 Abs. 2 Nr. 4b NatSchG Bln<sup>106</sup> verboten und der Verstoß dagegen mit Geldbuße bedroht. Das Verbot galt allerdings nicht für im

<sup>95</sup> BGBl. I 2002, 2787.

<sup>96</sup> So *Mette*, in: BeckOK-SGB, Stand 1.3.09, § 14 SGB IV Rn. 28; vgl. ferner BT-Drs. 14/8221, S. 14.

<sup>97</sup> Zuletzt *BGH* wistra 2013, 277 ff.

<sup>98</sup> *BGHSt* 53, 71, 75 f.

<sup>99</sup> Zum Schutzgut des § 266a StGB *Fischer* (Fn. 30), § 266a Rn. 2; *Wiedner*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 83), § 266a Rn. 3.

<sup>100</sup> *BGHSt* 53, 71, 77 mit Hinweis auf BT-Drs. 14/8221, S. 14; i. E. zust. *Gercke*, in: Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2012, Kap. 2 Rn. 38; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 30), § 266a Rn. 4; *Bader* wistra 2010, 121, 123; *Obenhaus* BB 2012, 1130, 1131; *Röthlein* wistra 2009, 113, aber mit Zweifeln bei der Anwendung von Schätzungen auf Grundlage des Bruttolohns; offen gelassen von *Joecks* JZ 2009, 531.

<sup>101</sup> Vgl. nur *BVerfG* NJW 2003, 961; *BGH* NSTz 2006, 227, 228; wistra 2005, 458, 459.

<sup>102</sup> *Wiedner*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 83), § 266a, Rn. 3.

<sup>103</sup> Vgl. zur Fiktions-/Vermutungswirkung des § 3 Abs. 3 KrW/AbfG *Beckemper/Wegner* wistra 2003, 281, 282.

<sup>104</sup> Vgl. unter VI.

<sup>105</sup> *KG* NSTz 1986, 560.

<sup>106</sup> Gesetz v. 30. 1. 1979 (GVBl. Bln 183 ff.)

Inland gezüchtete oder rechtmäßig ins Inland verbrachte Tiere. In § 3 Abs. 2 BArtSchVO<sup>107</sup> hieß es jedoch, dass sich nur „auf eine Berechtigung hierzu berufen“ könne, wer den „zuständigen Stellen auf Verlangen nachweist“, dass die Voraussetzungen der Ausnahme vorliegen.

Das KG entschied, das Tatgericht müsse sich von der Schuld des Betroffenen überzeugen. Eine Beweislastumkehr wie im Verwaltungsverfahren habe im Strafprozess keinen Platz. Die Formulierung, „wenn er.. nachweist“ könne nicht als Beweisregel für die Hauptverhandlung angesehen werden, weil der Betroffene nichts zu beweisen habe. Das sei Sache des Strafgerichts. Die Nachweispflicht habe allerdings materielle Bedeutung: Sie knüpfe an bestimmte Tatbestandsmerkmale die Vermutung für eine illegale Einfuhr, die den Schuld nachweis erleichtern soll. Die Vorschrift grenze das Beweisthema ein und ändere den Bezugspunkt der Beweiswürdigung. Der mangelnde Legalitätsnachweis sei Tatbestandsmerkmal, so dass sich das Gericht nur von diesem überzeugen müsse. Verbleibende Ungewissheiten über das Vorliegen der Berechtigung müsse der Betroffene gegen sich gelten lassen. Der Schuldgrundsatz sei nicht verletzt, weil dieser nur die Feststellung der Schuld als solcher, nicht aber die Art und Weise dieser Feststellung oder das Verbot abstrahierender Regeln vorgebe. Das Gericht verglich diese Blankettvorschrift des Naturschutzrechts mit den abstrakten Gefährungsdelikten und dem Vermutungstatbestand des § 245a StGB a.F.,<sup>108</sup> dessen Rechtsstaatlichkeit ebenfalls nie bezweifelt worden sei. Das LG Heidelberg hatte diese Vorschrift allerdings bereits 1958<sup>109</sup> als mit der EMRK unvereinbar angesehen. Im Entwurf des StGB von 1962 wurde § 245a StGB a.F. zudem als „rechtsstaatlich nicht unbedenklich“ bezeichnet und deshalb durch das 1. Strafrechtsreformgesetz<sup>110</sup> aufgehoben.<sup>111</sup>

Daher sind solche Tatbestände, die widerlegbare Beweisvermutungen enthalten, auch ohne prozessuale Beweislast für den Beschuldigten keineswegs unproblematisch. Es besteht auch insofern ein grundlegender Unterschied zu § 186 StGB, als im Meerkatzenfall das Rechtsgut nicht durch die besondere Formulierung des Vermutungstatbestandes beeinflusst ist. Schutzgut des § 3 Abs. 2 BArtSchVO war – weil es nicht um die Verletzung von Meldepflichten etc. ging – die Erhaltung bedrohter Arten und der Schutz der Tiere vor unsachgemäßer Haltung, nicht die effektive Überwachung des Artenschutzes als solchem.<sup>112</sup>

Das KG weist zwar auf eine Entscheidung des BVerfG zu § 23 WiStG 1949 hin, in der ausgeführt wird, nicht jede Form der Schuldvermutung im Strafrecht widerspreche rechtsstaatlichen Grundsätzen; es komme vielmehr auf die Gestalt der gesetzlichen Tatbestände an.<sup>113</sup> Außerdem gälten nach der Auffassung des BVerfG für das Ordnungswidrigkeitenrecht weniger strenge verfassungsrechtliche Vorgaben. Denn Schuldgrundsatz und Unschuldsvormutung seien zwar auch für das Bußgeldrecht zu beachten, aber eine Einschränkung des Zweifelsgrundsatzes sei möglich, weil der Schuld-

wortwurf hier die Ebene des Sozial-ethischen nicht erreiche; der Geldbuße fehle der „Ernst der staatlichen Strafe“.<sup>114</sup> Im Hinblick auf diesen geringeren Stigmatisierungseffekt rechtfertigten die besondere Informationslage innerhalb von Unternehmen und die Abschottung von Informationen nach außen die besonderen Beweisanforderungen.<sup>115</sup> Dennoch macht das BVerfG in seiner Entscheidung deutlich, dass Zwangswirtschaftsvorschriften wie § 23 WiStG 1949 den besonderen Umständen der Nachkriegszeit geschuldet gewesen seien. Generell unbedenklich seien sie aber keineswegs.<sup>116</sup> Die Rechtsstaatswidrigkeit trete nur nicht mit einer Klarheit offen zutage, die das nachträgliche Verdikt der Verfassungswidrigkeit in einem Verfahren trage, in dem die Schuld des Beschwerdeführers durch das LG ohnehin nachgewiesen sei.

### 3. Formeller Nachweis als materielle Voraussetzung von Steuervorteilen

Im Steuerrecht wurden spezifische Nachweisanforderungen zum Teil ganz offen zu Tatbestandsmerkmalen umqualifiziert: Die Bewertung von Nachweisen als materiell-steuerrechtliche Voraussetzung von Umsatzsteuerbefreiungen war bis zur Colleé-Entscheidung des EuGH<sup>117</sup> anerkannt und auch für das Umsatzsteuerstrafrecht akzeptiert.<sup>118</sup> Die Geltendmachung der Steuerfreiheit trotz Nichterfüllung der Formalanforderungen für Nachweise nach §§ 6, 6a UStG und § 17 UStDV wurde bis dahin selbst dann als Steuerhinterziehung angesehen, wenn aufgrund anderer Beweismittel außer Zweifel stand, dass eine innergemeinschaftliche Lieferung tatsächlich stattgefunden hatte.<sup>119</sup> Erst nachdem der EuGH<sup>120</sup> die besonderen Nachweisanforderungen dem Verfahrensrecht zuordnete,<sup>121</sup> gab auch der BGH seine Auffassung auf, bereits das Fehlen der gesetzlichen Beweismittel könne den Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllen.<sup>122</sup> Damit war auch die Frage beantwortet, ob die Nachweisanforderungen auf das Steuerstrafrecht durchschlagen: Ihre Zuordnung zum Steuerverfahrensrecht hat nach einhelliger Ansicht zur Folge, dass sie für das Steuerstrafverfahren keine Bedeutung haben.<sup>123</sup>

Mit der Entscheidung des EuGH ist allerdings das Grundsatzproblem nicht beseitigt, andere Problembereiche sind geblieben: Die formalen Nachweisanforderungen des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EStG für Rechnungen über Bewirtungsaufwendungen werden von den Finanzgerichten nach wie vor als materielle Tatbestandsvoraussetzung des Betriebsausgabenabzugs angesehen.<sup>124</sup> Ohne formell ordnungs-

<sup>107</sup> VO v. 25. 8. 1980 (GVBl Bln 2136 ff.).

<sup>108</sup> Siehe oben Fn. 15.

<sup>109</sup> LG Heidelberg NJW 1959, 1932.

<sup>110</sup> BGBl. I 1969, 645.

<sup>111</sup> BT-Drs. IV/650, S. 400; ferner BT-Drs. V/4094, S. 36; vgl. hierzu Kraatz, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung, 2011, S. 182.

<sup>112</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1 sowie Art. 1, Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. b i) der VO/EG 338/97, die zur Gewährleistung eines effektiven Artenschutzes bereits ein Nachweiserfordernis aufstellen; vgl. auch Dannecker NWB 2003, Fach 13, 1013, 1024.

<sup>113</sup> BVerfGE 9, 167, 169.

<sup>114</sup> BVerfGE 9, 167, 170 f.

<sup>115</sup> BVerfGE 9, 167, 170 f.

<sup>116</sup> BVerfGE 9, 167, 172.

<sup>117</sup> EuGH, Urteil v. 27. 9. 2007 – C-146/05 Albert Collé./FA Limburg = DStR 2007, 1811 ff.

<sup>118</sup> BGH NJW 2005, 2241, 2242.

<sup>119</sup> BFHE 58, 108, 109; 68, 310, 313; 130, 118, 119; ferner Husmann, in: Rau/Dürrovächter/Flick/Geist, UStG, 8. Aufl. 2012 § 6 Rn. 130; Mösbauer DStR 1984, 418; a. A. Kefeböhmer wistra 1996, 335; Spiegel wistra 1998, 245; hierzu eingehend Dannecker NWB 2003, Fach 13, 1030 ff.; ferner Pyszka IStR 1995, 476 ff.

<sup>120</sup> EuGH, Urteil v. 27. 9. 2007 – C-146/05 Albert Collé./FA Limburg = DStR 2007, 1811 ff.; ferner BFH DStR 2008, 297, 299.

<sup>121</sup> So bereits vorher Dannecker, in: Leitner, Finanzstrafrecht, 1999, S. 57 ff.; ders. NWB 2003, Fach 13, 1013.

<sup>122</sup> Hierzu BGH NJW 2009, 1516 ff, 2009, 3383; vgl. auch Schmitz/Wulf, in: MünchKommStGB, Bd. 6/1, 2010, § 370 AO Rn. 160 ff., 223.

<sup>123</sup> Vgl. die Nachweise bei Beckemper/Wegner wistra 2003, 281, 282 Fn. 3 ff.

<sup>124</sup> Zuletzt BFH BFH/NV 2012/1768 (NV); Wied, in: Blümich, EStG/KStG, GewStG, 114. Aufl. 2/2012, § 4 Rn. 744; a. A. Spiegel wistra 1998, 245; ferner Dannecker NWB 2003, Fach 1, 1013.

gemäßem Nachweis sei bereits der Steuerminderungstatbestand nicht erfüllt. Die freie Beweiswürdigung ist damit nicht eingeschränkt, denn das Gericht hat sich demnach – ähnlich wie bei § 186 StGB – nur davon zu überzeugen, dass der steuertatbestandliche Nachweis durch geeignete Rechnung nicht erbracht ist. Diese Lösung führt also nominell nicht zu einer strafprozessualen, sondern zu einer materiellrechtlichen Schlechterstellung des Beschuldigten.

Doch die Behandlung der steuerlichen Nachweisanforderungen als Tatbestandsmerkmale überzeugt nicht. Der Gesetzgeber hat die Nachweisvoraussetzungen für Bewirtungsaufwendungen zur Missbrauchsbekämpfung statuiert. Der *BFH* nahm ohne Begründung oder Hinweis in den Gesetzesmaterialien<sup>125</sup> an, es handle sich bei der Erfüllung der Nachweisanforderungen um eine materielle Steuerminderungsvoraussetzung.<sup>126</sup> Diese Auffassung wurde zu Recht kritisiert.<sup>127</sup> Doch selbst wenn man sie teilt, kann das Nachweiserfordernis aus mehreren Gründen nicht unmittelbar auf die materiell-strafrechtliche Bewertung „durchschlagen“: Zunächst fehlt es an einer Rechtsgutsverletzung, wenn der Nachweis der Voraussetzungen der Betriebsausgaben aus rein formalen Gründen scheitert. Steht nämlich fest, dass Betriebsausgaben angefallen sind, so ist die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen in diesem Maße gemindert. Dies erkennt das Steuerrecht auch grundsätzlich an, soll doch durch die Nachweisanforderungen nur die *missbräuchliche*, nicht aber die Geltendmachung der Betriebsausgabe per se verhindert werden.<sup>128</sup> Darin liegt der entscheidende Unterschied zu anderen Abzugsverboten, zum Beispiel für Schmiergelder.<sup>129</sup> Die grundsätzliche Anerkennung der Bewirtungsaufwendungen als Betriebsausgabe führt dazu, dass in dieser Höhe materiell kein Steueranspruch verkürzt werden kann. Ferner fehlt es an einer tatbestandlichen Handlung i. S. von § 370 Abs. 1 AO, da dort unrichtige oder unvollständige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen gefordert sind. In der steuerlichen Geltendmachung der Betriebsausgaben liegt aber nicht der Tatsachenvortrag, sie auch formal ordnungsgemäß nachweisen zu können.<sup>130</sup> Die Nachweispflichten des Steuerrechts können also auch dann keine „Lockerung“ der Beweisanforderungen im Strafprozess begründen,<sup>131</sup> wenn man sie in den materiellen Steuertatbestand verschiebt, ohne dabei die Bedeutung des Nachweises inhaltlich zu verändern, er also ohne Wirkung auf das Rechtsgut selbst bleibt.

## VII. Unrechtsrelevanz als Kernkriterium einer Regelung des materiellen Strafrechts

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass der Satz von *Eberhardt Schmidt*, Beweislastprobleme gebe es im Strafprozess nicht<sup>132</sup>, nur vordergründig und formal zutref-

fend ist. In nicht wenigen Situationen ist jedoch mit dieser Erkenntnis wenig gewonnen, weil sich bereits die Frage stellt, was unter Beweislast und was unter Strafprozessrecht zu verstehen ist. Zum Teil findet eine verdeckte, zum Teil eine offene, in manchen Bereichen aber auch nur scheinbare Verlagerung von Beweisproblemen in das materielle Strafrecht statt. Diese Erkenntnis lässt sich in folgenden Thesen formulieren:

– Dem Strafverfahren sind Beweisregeln und Vermutungen fremd; sie wirken hier nicht.

– Gesetzliche Vorschriften sind verfassungswidrig, soweit sie die Beweislast im Strafverfahrensrecht umkehren.

– Beweisregeln und Vermutungen wirken nach § 262 StPO auch dann nicht im Strafverfahren, wenn sich das Strafrecht über Blankette oder rechtsnormative Tatbestandsmerkmale auf Rechtsnormen bezieht, in deren Verfahrensordnungen Beweisregeln und Vermutungen zulässig und üblich sind.

– Außerstrafrechtliche Verfahrensordnungen einschließlich ihres Beweisrechts können über das materielle Strafrecht wirken, wenn das tatbestandliche Unrecht durch rechtsgestaltende Entscheidungen aus anderen Rechtsgebieten bestimmt wird, seien es Urteile oder Verwaltungsakte.

– Der Beweisgegenstand wird im Strafprozess durch den Straftatbestand bestimmt. Dem Gesetzgeber steht es im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative frei, durch eine Änderung des materiellen Unrechts den Gegenstand der Beweiserhebung und -würdigung zu bestimmen, soweit die Strafvorschriften den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Darin liegt keine Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo.

– Die Abgrenzung zwischen verfassungsrechtlich unzulässiger Beweisregelung und verfassungsrechtlich zulässiger Unrechtsumschreibung hat nach dem Kriterium der Unrechtsrelevanz zu erfolgen. Eine Regelung, die allein dem Zweck der Beweiserleichterung dient und nicht das Unrecht der Tat selbst betrifft, ist eine prozessuale Umgehungsvorschrift und verstößt gegen den Zweifelsgrundsatz.

– Eine Regelung, die *allein* der Beweiserleichterung dient und zu diesem Zweck das tatbestandliche Unrecht modifiziert, ist zwar eine materielle Strafvorschrift und verstößt deshalb nicht gegen den Zweifelsgrundsatz. Dennoch ist eine solche Vorschrift verfassungswidrig, weil nicht angemessen im engen verfassungsrechtlichen Sinne, soweit sie zur Erfassung auch nicht strafwürdiger Fallgestaltungen führt. Sie verstößt gegen das Übermaßverbot.

Mit Blick auf diese Möglichkeit, den Zweifelsgrundsatz durch eine Verlagerung der Beweislast in das materielle Recht zu umgehen, bleibt folgende eindringliche Mahnung *Friedrich von Spees* in seiner *Cautio Criminalis* von 1632 unverändert aktuell:

„Es ist besser 30 oder noch mehr Schuldige laufen zu lassen, als auch nur einen Unschuldigen zu bestrafen... Man soll die Sünder so verfolgen und das Schwert so führen, dass es nicht auf das Haupt Unschuldiger niederfalle.“

Dieses Monitum, das *von Spee* an den Inquisitor richtete, ist heute an den Gesetzgeber zu adressieren, der mit der Ausdehnung materieller Strafbarkeit zur Überwindung prozessualer Probleme nicht nur denjenigen einer Strafe unterwirft, der wegen strafwürdigen und strafbedürftigen Verhaltens ansonsten nicht verurteilt werden könnte, sondern auch denjenigen, der keine strafwürdige und strafbedürftige Handlung begangen hat.

<sup>125</sup> BT-Drs. 11/1428, 138 f.

<sup>126</sup> *BFHE* 146, 241; *BFH NJW* 1998, 1973.

<sup>127</sup> Vgl. nur *Dannecker NWB* 2003, Fach 13, 1013, 1014 ff.

<sup>128</sup> Die völlige Streichung der Abzugsfähigkeit von Bewirtungskosten war mehrfach vorgeschlagen worden; vgl. BT-Drs. 7/1470, 221; BR-Drs. 788/1/93, 2.

<sup>129</sup> Vgl. *Bülte*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, 2013, S. 87 ff.

<sup>130</sup> Vgl. *Keßböhrer wistra* 1996, 335; ebenso *Dannecker NWB* 2003, Fach 13, 1013, 1023 ff.

<sup>131</sup> A.A.: noch *BGH NSStZ* 1986, 271, 272 für den Vorsteuernachweis nach § 15 Abs. 1 UStG a. F.

<sup>132</sup> *Eberhardt Schmidt*, *Deutsches Strafprozessrecht*, 1967, Rn. 102.