

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

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

STÄNDIGE MITARBEITER

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

Publikationen

RA Dr. *Franziska Mahler*, LL.M. (LSE), Berlin – **Keine Sperrung der Vertrauensperson gemäß § 96 StPO analog bei gleichzeitiger Verletzung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3d EMRK** S. 333

PD Dr. *Nina Nestler* – **Das Ende des Vollstreckungselements im (teil-)europäischen Doppelbestrafungsverbot?** S. 337

Wiss. Mit. Dr. *Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*, Erlangen/Nürnberg – **Tod auf Rezept – Überlegungen zur Tatbestandszurechnung bei ärztlich ermöglichtem Konsum von Betäubungsmitteln** S. 344

Rechtsassessor *Björn Engelmann*, Erlangen/Nürnberg – **Strafbare Beteiligung am Ehrenmord** S. 351

RiAG Dr. *Lorenz Leitmeier*, München – **§ 257c Abs.1 S.2 i.V.m. § 244 Abs.2 StPO?!** S. 362

Entscheidungen

BVerfG **Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes**

BVerfG **Üble Nachrede und scharfe Kritik an Ausländerbehörden**

HessVGH **Audiovisuelle Vernehmung einer Vertrauensperson**

BGHSt **Unbefugtes Erheben personbezogener Daten durch Detektive**

BGHSt **Hinreichende Verteidigung bei Vernehmung eines Auslandszeugen**

BGHSt **Grenzen für Nachfragen nach Spontanäußerungen**

BGHSt **Entgegen § 273a Ia StPO fehlende Dokumentation und Protokollrüge**

BGHSt **Bedeutung des Sachverständigengutachtens nach § 246a S. 2 StPO**

BGHSt **Grenzen der Mitteilungspflicht des § 243 IV 1 StPO**

BGHSt **Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland**

Die Ausgabe umfasst 151 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

14. Jahrgang, September 2013, Ausgabe

9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

693. BVerfG 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 11. Juli 2013 (Saarländisches OLG / LG Saarbrücken)

Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes (Gesetzgebungskompetenz; Abstandsgebot; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutzgebot; erhöhter Gefährlichkeitsmaßstab; verfassungskonforme Auslegung; psychische Störung; Bestimmtheitsgebot; Einzelfallgesetz; objektiver Grundrechtsverstoß).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 1 ThUG; § 2 ThUG; Art. 316e Abs. 4 EGStGB

1. Zur Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes (BVerfG).

2. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers zum Erlass des Therapieunterbringungsgesetzes folgt – ungeachtet seiner präventiven Zielsetzung – aufgrund seines Regelungsgegenstandes und seines lückenfüllenden Charakters bezüglich der Sicherungsverwahrung aus dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG („Strafrecht“). (Bearbeiter)

3. Die Therapieunterbringung beeinträchtigt als nachträgliche freiheitsentziehende Maßnahme ein schutzwür-

diges Vertrauen des Betroffenen und ist daher an den zum Recht der Sicherungsverwahrung entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäben zu messen (Bezugnahme auf BVerfGE 128, 326 <399> [= HRRS 2011 Nr. 488]; BVerfGE 129, 37 <46 f.> [= HRRS 2011 Nr. 740]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 6. Februar 2013 – 2 BvR 2122/11 u.a. [= HRRS 2013 Nr. 228]). (Bearbeiter)

4. Eine Therapieunterbringung ist daher nur zulässig, wenn der gebotene Abstand zur Strafe gewahrt wird, eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK erfüllt sind. Insoweit ist § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG hinsichtlich der Gefahrprognose verfassungskonform auszulegen. (Bearbeiter)

5. Mit § 2 ThUG ist der verfassungsrechtlich gebotene Abstand der nicht als Strafe im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG und des Art. 7 Abs. 1 EMRK zu qualifizierenden Therapieunterbringung zur Vollstreckung der Straftat gewahrt. (Bearbeiter)

6. Das Tatbestandsmerkmal der psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 ThUG steht trotz seiner Loslösung von der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (§§ 20, 21 StGB) nicht in Widerspruch zu den Wertungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK, soweit es im Einklang mit der Gesetzesbegründung dahingehend ausgelegt wird, dass sich ein klinisch erkennbarer Komplex von solchen Symptomen oder Verhaltensauffälligkeiten zeigen muss, die mit Belastungen und Beeinträchtigungen auf der individuellen und oft auch der kollektiven oder sozialen Ebene verbunden sind. (Bearbeiter)

7. Der unbestimmte Rechtsbegriff der psychischen Störung ist auch hinreichend bestimmt im Sinne des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG. Dies gilt insbesondere angesichts seiner Anknüpfung an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK, seiner Anlehnung an die in der Psychiatrie genutzten Diagnoseklassifikationssysteme sowie seines erforderlichen Kausalzusammenhangs mit der von dem Unterzubringenden ausgehenden Gefahr. (Bearbeiter)

8. Das Therapieunterbringungsgesetz verstößt nicht gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes aus Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, weil es zwar einen eng begrenzten Personenkreis betrifft, in der abstrakten Begrenzung des Anwendungsbereichs jedoch keine Individualisierung der Betroffenen liegt. (Bearbeiter)

9. Die Anordnung einer Unterbringung nach dem Therapieunterbringungsgesetz verstößt gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG, wenn sie im Einzelfall den aus Vertrauensschutzgründen heranzuziehenden erhöhten Gefährlichkeitsmaßstab einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten nicht zur Anwendung bringt. Dies gilt unabhängig davon, ob dem anordnenden Gericht die Grundrechtsverletzung vorwerfbar ist, weil es für die Feststellung einer Grundrechtsverletzung allein auf die objektive Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Entscheidung ankommt. (Bearbeiter)

702. VGH Hessen 8 B 1005/13; 8 D 1006/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (VG Wiesbaden 4 L 219/13 WI)

Anordnung der Zustimmung zur Vernehmung einer Vertrauensperson als Zeuge in einem Strafverfahren (audiovisuelle Vernehmung des Zeugen an einem geheim gehaltenen Ort; optische und akustische Verfremdung von Bild und Ton; Zeugensperrung; weitere Verwendung als Vertrauensperson, Beeinträchtigung der Bereitschaft anderer Vertrauenspersonen; Konfrontationsrecht; Fragerecht; Zeuge vom Hörensagen; Wahrheitsermittlung; Lockspitzeinsatz; Tatprovokation); Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Sperrerklärung (keine Vorwegnahme der strafrechtlichen Hauptsacheentscheidung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 EMRK; Art. 8 EMRK; § 247 StPO; § 96 StPO; § 172 Nr. 1 a GVG

1. Für die Rechtmäßigkeit einer aus der Sicht der obersten Dienstbehörde primär an der Gefahrenabwehr ausgerichteten Sperrerklärung ist maßgeblich, ob von der zuständigen obersten Dienstbehörde Gründe für die Feststellung geltend gemacht und im Rahmen des Möglichen belegt werden, dass die Weigerung, dem Strafgericht bestimmte Beweismittel zugänglich zu machen, aus einem in § 96 StPO ausgeführten Hinderungsgrund unumgänglich ist. Das Gebot einer rechtsstaatlichen und fairen Verfahrensgestaltung ist nicht nur von den Gerichten, sondern auch von allen anderen staatlichen Organen zu beachten. Eine derartige Erklärung kann daher vor der Verfassung nur Bestand haben, wenn die darin liegenden Einwirkungsmöglichkeiten auf ein Strafverfahren in einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbaren Weise gehandhabt werden und Beweismittel der Beurteilung durch das Gericht nicht weiter entzogen werden, als dies zur Wahrnehmung verfassungsrechtlich geschützter Belange unumgänglich nötig ist.

2. Soll der Zeuge der Vernehmung durch eine Sperrerklärung ganz entzogen werden, muss auch glaubhaft gemacht werden, weshalb eine abgeschirmte audiovisuelle Vernehmung des begehrten Zeugen, die seine Identität nicht preis gibt, ausscheidet. Insoweit muss überzeugend dargelegt werden, weshalb selbst eine Kumulation denkbarer Schutzmaßnahmen unzureichend sein sollte.

3. Die in der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geltend gemachten Bedenken, die audiovisuelle Vernehmung eines Zeugen sei nach dem Gesetz schon nicht zulässig, sind spätestens seit der letzten Änderung des § 247a StPO überholt.

4. Der Umstand, dass eine audiovisuelle Vernehmung für eine Vertrauensperson und für andere künftige Vertrauenspersonen mit Unannehmlichkeiten verbunden sein dürfte, die ihn und andere Vertrauenspersonen künftig davon abhalten könnten, sich als Lockspitzel und Informanten der Polizei zur Verfügung zu stellen, muss im Hinblick auf eine erhebliche Bedeutung der beabsichtigten Zeugenvernehmung der Vertrauensperson für das Strafverfahren in Kauf genommen werden.

5. Das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gewährleistet dem Angeklagten unter anderem, zur Wahr-

rung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Insoweit sind bei der Bestimmung der Beteiligungsrechte des Angeklagten auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und die diese konkretisierenden Leitlinien der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen. Für das sich aus Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK ergebende Konfrontationsrecht bedeutet dies, dass dem Angeklagten die effektive Möglichkeit verschafft werden muss, einen Zeugen zu befragen und seine Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit in Frage zu stellen. Davon ausgehend hat der Beschuldigte – als eine besondere Ausformung des Grundsatzes der Verfahrensfairness – ein Recht darauf, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen. Die Befragung des Zeugen hat dabei grundsätzlich, aber nicht zwingend in der Hauptverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten zu erfolgen, wobei in bestimmten Fällen jedoch auf eine Konfrontation des Zeugen mit dem Angeklagten verzichtet werden kann, etwa aus Gründen des Zeugenschutzes oder des Staatswohls.

6. Die Nachteile einer Sperrerklärung für den die Beweiserhebung beantragenden Beschuldigten werden nicht dadurch ausgeglichen, dass das Strafgericht eine nur eingeschränkte Sachaufklärung durch eine Beweiswürdigung „in aller Schärfe“ zu kompensieren hat. Der Strafrichter unterliegt dem „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“, d.h. er ist verpflichtet, die Wahrheit zu ermitteln und alle für die Tatsachenermittlung bedeutsamen Umstände in der Hauptverhandlung zu erörtern. Lediglich in Ausnahmefällen – etwa bei einer rechtmäßigen Sperrerklärung i.S.d. § 96 StPO – kann er auf Beweissurrogate ausweichen, muss den Mangel der Beweisführung dann jedoch durch eine besonders sorgfältige und vorsichtige Beweiswürdigung hinsichtlich der nur eingeschränkt zugänglichen Beweismittel ausgleichen. Diese Möglichkeit ist jedoch stets nur die „ultima ratio“, wenn der Rückgriff auf den unmittelbaren Beweis in rechtmäßiger Weise versperrt und damit unmöglich ist. Sie rechtfertigt es nicht, dem Angeklagten schon im Vorfeld effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG im Rahmen eines Eilverfahrens zu verweigern. Zunächst ist alles Zumutbare zu tun, um die der Heranziehung eines verfahrensrelevanten Beweismittels entgegenstehenden Gründe auszuräumen und zu der Beweisquelle in der unter Wahrung entgegenstehender Belange bestmöglichen Weise Zugang zu gewähren, damit die erforderliche Sachaufklärung und die damit verbundenen Rechte der Verfahrensbeteiligten nicht mehr als unvermeidlich beeinträchtigt werden.

687. BVerfG 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2013 (LG Potsdam / AG Potsdam)

Schutz der Meinungsfreiheit und üble Nachrede (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil; Bewertung im Gesamtkontext; Verbot der Sinnentstellung); Schmähkritik (enge Auslegung) und kritische Äußerung gegenüber Behörden (Recht auf polemische Zuspitzung).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 186 StGB; § 185 StGB; § 193 StGB

1. Bei der Frage, ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung anzusehen ist, sind nicht die Äußerungsteile isoliert zu betrachten, sondern ist die Äußerung in ihrem Gesamtkontext zu würdigen. Soweit eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung nicht ohne Verfälschung ihres Sinns möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden.

2. Die öffentliche Äußerung des Mitarbeiters einer Flüchtlingsorganisation, eine Ausländerbehörde habe bei einer Entscheidung über die Erteilung eines Aufenthaltstitels „absichtlich“ und „bewusst“ bestimmte Tatsachen ignoriert, ist bei der vorzunehmenden Bewertung im Gesamtkontext nicht als Tatsachenbehauptung, sondern als Meinung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG einzustufen, wenn sie das betreffende Hintergrundgeschehen zusammenfassend würdigt und wenn sie in einem vorrangigen inhaltlichen Zusammenhang mit weiteren Wertungen wie der Bezeichnung eines Vorgehens als „völlig unverständlich“ steht.

3. Die Einstufung einer Äußerung als strafwürdige Schmähkritik ist nur dann mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar, wenn der Begriff der Schmähkritik eng ausgelegt und lediglich im Sinne einer persönlichen Herabsetzung verstanden wird, bei der ein zugrunde liegendes sachliches Anliegen völlig in den Hintergrund gedrängt wird. Dies wird bei einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage – wie der Bewertung des Vorgehens einer Behördenmitarbeiterin in einem aufenthaltsrechtlichen Verfahren – kaum jemals der Fall sein.

4. Bei der strafrechtlichen Würdigung kritischer Äußerungen gegenüber Behördenmitarbeitern erlaubt es die Meinungsfreiheit nicht, den Betroffenen auf das zur Kritik am Rechtsstaat Erforderliche zu beschränken und ihm damit ein Recht auf polemische Zuspitzung abzusprechen.

688. BVerfG 2 BvR 298/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2013 (OLG München / LG Deggendorf)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Maßregelvollzug); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen an eine Fortdauerentscheidung; Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; leichte Kriminalität); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Dauer der Unterbringung; milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht).

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

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus entfällt nicht deshalb, weil der Betroffene zwischenzeitlich aus dem Maßregelvollzug entlassen worden ist.

2. Bei der Fortdauerentscheidung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einzelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden, wobei insbesondere auch die Dauer des bereits erlittenen Freiheitsentzuges zu berücksichtigen ist.

3. Die für eine Fortdauerentscheidung erforderliche konkrete Gefahr erheblicher Straftaten ist nur anzunehmen, wenn die Taten mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Hierzu gehören regelmäßig nicht Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind.

4. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitseingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

5. Eine Fortdauerentscheidungen genügt den Begründungsanforderungen nicht, wenn die Anlasstaten mehrere Hausfriedensbrüche und eine Nötigung sowie ein nach heutiger Rechtslage als Nachstellung zu beurteilendes Verhalten waren und das Gericht lediglich von einer erheblichen Gefahr „deliktanaloger Taten“ ausgeht. In diesem Fall genügt auch der Verweis auf eine „gewisse sexuelle Komponente“ der Anlasstaten nicht, wenn sich der Fortdauerentscheidung nicht entnehmen lässt, dass und ggf. aufgrund welcher konkreten Tatsachen das Gericht eine Gefahr künftiger Sexualstraftaten sieht.

6. Dem sich mit zunehmender Vollzugsdauer verstärken Gewicht des Freiheitsanspruchs ist insbesondere dann nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn das Gericht nach einer über elfjährigen Unterbringung im Maßregelvollzug und bei nur wenig schwerwiegenden Anlasstaten die Fortdauer der Unterbringung ohne weitere Begründung für verhältnismäßig erklärt.

7. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

8. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet jedermann „die Freiheit der Person“ und nimmt einen hohen Rang unter den Grundrechten ein. Das kommt darin zum Ausdruck, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG die Freiheit der Person als „unverletzlich“ bezeichnet, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ihre Beschränkung nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässt und Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG besondere Verfahrensgarantien für ihre Beschränkung statuiert. Die Freiheit der Person darf nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden.

695. BVerfG 2 BvR 2957/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (OLG Düsseldorf / LG Kleve)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen an eine Fortdauerentscheidung; Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (künftige rechtswidrige Taten; Konkretisierung; Deliktstypus; Wahrscheinlichkeit höheren Grades); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht); Sachverständigengutachten (Abweichung des Gerichts von der Einschätzung eines Sachverständigen; Auseinandersetzung mit Anknüpfungstatsachen).

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

1. Bei der Entscheidung über die Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einzelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden, wobei insbesondere auch die Dauer des bereits erlittenen Freiheitsentzuges zu berücksichtigen ist.

2. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Unterbrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen. Dabei trägt nur eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades eine Fortdauerentscheidung; nicht ausreichend ist demgegenüber die bloße Möglichkeit der Begehung weiterer erheblicher rechtswidriger Taten.

3. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitseingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

4. Eine Fortdauerentscheidung genügt den Begründungsanforderungen nicht, wenn das Gericht ohne Konkretisierung des Deliktstypus und des Wahrscheinlichkeitsgrades künftiger Taten lediglich ausführt, es müsse damit gerechnet werden, dass der Unterbrachte in alte destruktive Verhaltensweisen zurückfalle, die ihn gegebenenfalls wieder in deliktische Situationen führen könnten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Unterbringung bereits über zwölf Jahre andauert und damit die Dauer einer zugleich verhängten Freiheitsstrafe erheblich übersteigt.

5. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann. Ausführungen sind insbesondere dann erforderlich, wenn für den Unterbrachten die konkrete Möglichkeit einer Arbeit und einer ambulanten Therapie besteht. Der bloße Hinweis auf eine bislang fehlende Erprobung in Freiheit genügt dann nicht.

6. Einer besonders sorgfältigen Begründung bedarf es, wenn ein Gericht von einem eingeholten Sachverständi-

gengutachten abweichen will. Stützt ein Sachverständiger eine positive Prognose auf eine Persönlichkeitsreife des Untergebrachten, eine Abkehr vom Suchtmittelmissbrauch und eine Übernahme von Verantwortung für begangene Taten, so genügt es nicht, wenn das Gericht ohne Auseinandersetzung mit den der Prognose zugrunde liegenden Anknüpfungstatsachen allein unter Verweis auf eine abweichende Einschätzung der Unterbringungseinrichtung die Fortdauer der Maßregel anordnet.

690. BVerfG 2 BvR 708/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (OLG Dresden / LG Leipzig)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Jugendlicher; Verfassungsmäßigkeit; Unbefristetheit; Möglichkeiten der Entlassung); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (umfassende Abwägung im Einzelfall; Begründungsanforderungen; Freiheitsgrundrecht; überwiegendes Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit); Behandelbarkeit (Gleichheitssatz; Ungleichbehandlung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; fehlende konkrete Behandlungsaussichten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 64 Satz 2 StGB; § 67d StGB; Art. 37 Buchst. a Kinderrechtskonvention

1. Die gesetzliche Regelung zur – grundsätzlich unbefristeten – Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus genügt angesichts der Möglichkeiten einer Aussetzung zur Bewährung und einer Erledigungserklärung sowie angesichts der zwingenden jährlichen Überprüfung auch bei der Unterbringung von zur Tatzeit Jugendlichen den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

2. Wenngleich für die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus eine Regelung fehlt, die – wie § 64 Satz 2 StGB für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt – die konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges voraussetzt, ist der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht verletzt. Grund für die Differenzierung ist der durch die staatliche Schutzpflicht gerechtfertigte Vorrang des Sicherungsgedankens gegenüber dem Resozialisierungsgedanken bei der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus.

3. Bei Entscheidungen über die Anordnung und Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen mit dem Erfordernis des Schutzes der Allgemeinheit vor zu erwartenden Rechtsgutverletzungen abzuwägen. Dabei gebietet es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Freiheit der Person nur insoweit zu beschränken, als dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.

4. Eine Fortdauerentscheidung genügt den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Begründungsanforderungen nur, wenn sie alle für die Abwägung wesentlichen Aspekte berücksichtigt und auf alle spezifischen Besonderheiten des Falles eingeht. Erörterungsbedürftig ist es insbesondere, wenn ein Untergebrachter die Anlasstaten als Jugendlicher begangen und mehr als die Hälfte seines Lebens in der Unterbringung verbracht hat und ein Therapieerfolg nicht konkret absehbar ist. Auch unter solchen Umständen kann eine Fortdauer verhält-

nismäßig sein, wenn – bei grundsätzlich bestehenden Behandlungsmöglichkeiten – angesichts einer hohen Gefahr weiterer sexuell motivierter Tötungsdelikte das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit den Freiheitsanspruch des Untergebrachten überwiegt.

5. Der Kinderrechtskonvention kommt aufgrund der Entscheidung des Bundesgesetzgebers vom 17. Februar 1992 Gesetzesrang zu. Sie kann als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes herangezogen werden. Dies verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Kinderrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen ihrer Wertungen, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist (vgl. BVerfGE 111, 307, 317; 128, 326, 371 f.).

6. Die Wertungen des Art. 37 Buchstabe a Kinderrechtskonvention stehen der Vereinbarkeit der §§ 63, 67d StGB mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG nicht entgegen.

691. BVerfG 2 BvR 789/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (OLG Hamm)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen an eine Fortdauerentscheidung; Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Sicherheitsbelange der Allgemeinheit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (künftige rechtswidrige Taten; Konkretisierung; Deliktstypus; Grad der Wahrscheinlichkeit); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht; fehlende Behandlungsaussichten).

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

1. Bei der Entscheidung über die Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherheitsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einzelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden, wobei insbesondere auch die Dauer des bereits erlittenen Freiheitsentzuges zu berücksichtigen ist.

2. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Untergebrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen.

3. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitseingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

4. Lag der Unterbringung die Drohung mit einer Sprengstoffexplosion anlässlich einer Auseinandersetzung des Betroffenen mit einer Behörde zugrunde, so genügt es zur Begründung einer Fortdauerentscheidung nicht, wenn das Gericht lediglich ausführt, der Untergebrachte könnte angesichts seines fortbestehenden Wahnsystems erneut in behördliche Auseinandersetzungen verwickelt werden, die in mit der Anlasstat vergleichbare Taten münden könnten. Es ist vielmehr darzulegen, ob das Gericht nur mit weiteren Drohungen oder auch mit deren Umsetzung in die Realität rechnet und wie hoch es den Grad der Wahrscheinlichkeit hierfür ansieht.

5. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

6. Wenngleich bei der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus der Resozialisierungsgedanke grundsätzlich hinter dem Sicherungsgedanken zurücktreten kann, bedarf es bei einer Fortdauerentscheidung der Erörterung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn die bei dem Untergebrachten bestehende Störung therapeutisch kaum beeinflussbar ist.

694. BVerfG 2 BvR 2815/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Juli 2013 (OLG Karlsruhe / LG Karlsruhe)

Körperliche Durchsuchung im Strafvollzug (allgemeines Persönlichkeitsrecht; Eingriffsschwere; Verhältnismäßigkeit; Zweckerreichung; Vollzugsaufwand); effektiver Rechtsschutz (Begründung einer Beschwerdeentscheidung; Leerlaufen der Beschwerdemöglichkeit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 84 Abs. 3 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 64 Abs. 3 JVollzGB III BW

1. Durchsuchungen von Strafgefangenen, die mit einer Entkleidung und einer Inspektion von Körperöffnungen verbunden sind, greifen in schwerwiegender Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein und dürfen daher nicht routinemäßig, sondern nur verdachtsbezogen und in schonender Art und Weise durchgeführt werden.

2. Bei der mit einer Entkleidung verbundenen Durchsuchung eines Strafgefangenen ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, so dass von der Maßnahme abzusehen ist, wenn der erstrebte Zweck sie nicht erfordert, weil etwa die Gefahr des Einschmuggelns verbotener Gegenstände bei Rückkehr in die JVA gänzlich fernliegend erscheint. Dieser Maßgabe genügt die Vorschrift des § 64 Abs. 3 JVollzGB III BW über körperliche Durchsuchungen im Grundsatz.

3. Die mit einer mit einer Entkleidung verbundene körperliche Durchsuchung bei der Rückkehr in die Strafanstalt verletzt einen Strafgefangenen in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, wenn der Gefangene bereits beim Verlassen der Anstalt körperlich durchsucht worden ist, während seiner Ausführung ununterbrochen gefesselt und von zwei Justizbediensteten begleitet war und einzig Kontakt zu einer Richterin während eines Anhörungstermins hatte.

4. Wenngleich mit der Mitteilung und zuverlässigen Weitergabe solcher Umstände, die ein Einschmuggeln ausschließen und die daher eine Durchsuchung verbieten, ein zusätzlicher Vollzugsaufwand verbunden sein kann, rechtfertigt dies wegen der Schwere des Eingriffs die ausnahmslose und verdachtsunabhängige Durchsuchung nicht.

5. Sieht das Beschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung der Beschwerdeentscheidung ab, so ist dies mit Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn dadurch die Beschwerdemöglichkeit nicht leerläuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung mit Grund- bzw. Menschenrechten bestehen, etwa weil die Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte abweicht.

689. BVerfG 2 BvR 370/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (LG Neubrandenburg)

Durchsuchung von Geschäftsräumen (Begriff der Wohnung; weite Auslegung); effektiver Rechtsschutz (Rechtsschutzinteresse; tiefgreifender Grundrechtseingriff; kurzzeitige Eingriffe).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 304 StPO

1. Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, ein Rechtsschutzinteresse nur solange anzunehmen, wie in dem gerichtlichen Verfahren eine gegenwärtige Beschwer ausgeräumt, einer Wiederholungsgefahr begegnet oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff beseitigt werden kann.

2. Darüber hinaus verpflichtet Art. 19 Abs. 4 GG allerdings die Gerichte, jedenfalls bei gewichtigen Grundrechtsbeeinträchtigungen vom Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses auch dann auszugehen, wenn sich die direkte Belastung durch den Eingriff typischerweise auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann.

3. Die strafprozessuale Wohnungsdurchsuchung gehört als eine vom Grundgesetz selbst unter Richtervorbehalt gestellte Maßnahme zu den tiefgreifenden Grundrechtseingriffen, die typischerweise vor der Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung bereits wieder beendet sind.

4. Der Begriff der Wohnung ist in diesem Zusammenhang weit auszulegen, so dass es für den Schutz nach Art. 13 Abs. 1 GG und für das Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses keinen Unterschied macht, ob die angefochtene Durchsuchung Wohnräume oder lediglich Betriebs- oder Geschäftsräume betrifft.

692. BVerfG 2 BvR 1541/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Juni 2013 (OLG Naumburg / LG Stendal)

Freiheitsgrundrecht (Freiheitsstrafe; Reststrafaussetzung zur Bewährung nach Unterbringung im psychiatrischen

rischen Krankenhaus; Zweispurigkeit des Sanktionensystems; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gesamtbeurteilung; Legalprognose); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Verfassungsbeschwerdefrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Büroversehen; Organisationsverschulden; Überwachungsverschulden).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 57 Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 4 StGB; § 93 Abs. 2 BVerfGG

1. Auch wenn dem Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde das Verschulden seines Bevollmächtigten zuzurechnen ist, ist ihm hinsichtlich der versäumten Frist zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn die Verfassungsbeschwerde lediglich aufgrund des Versehens einer über mehrere Jahre zuverlässig tätigen Bürokratie des Bevollmächtigten verspätet eingeht, so dass den Bevollmächtigten insoweit kein Organisations- oder Überwachungsverschulden trifft.
2. Bei der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer Maßregel ist das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen mit dem Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bzw. am Schutz der Allgemeinheit vor zu erwartenden Rechtsgutverletzungen abzuwägen. Dabei gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Freiheit der Person nur beschränkt wird, soweit dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.
3. Angesichts ihrer unterschiedlichen Zielrichtung dürfen Strafen und freiheitsentziehende Maßregeln zwar grundsätzlich nebeneinander angeordnet werden. Dabei müssen sie einander jedoch so zugeordnet werden, dass die Zwecke beider Maßnahmen möglichst weitgehend er-

reicht werden, ohne dass dabei in das Freiheitsrecht des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unverhältnismäßiger Weise eingegriffen wird. Je länger der Freiheitsentzug insgesamt dauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für dessen Verhältnismäßigkeit.

4. Wenngleich bei Strafen bereits im Strafurteil über die Verhältnismäßigkeit der zu vollstreckenden Strafe grundsätzlich entschieden worden ist, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Prüfung einer Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. Dabei kann die Dauer einer vorangegangenen Freiheitsentziehung im Maßregelvollzug aus Anlass derselben Tat nicht außer Betracht bleiben, auch wenn sie gemäß § 67 Abs. 4 StGB in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise nur auf zwei Drittel der Strafe angerechnet wird.

5. Ein Gericht verletzt das Freiheitsgrundrecht eines Strafgefangenen in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn es eine Reststrafaussetzung zur Bewährung allein unter Hinweis auf eine negative Legalprognose ablehnt, ohne die Frage zu erörtern, ob die Vollstreckung des Strafrestes verhältnismäßig ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Maßregel gerade deshalb für erledigt erklärt worden war, weil ihr weiterer Vollzug angesichts dessen langer Dauer für unverhältnismäßig gehalten wurde. Besonders sorgfältiger Erörterung bedarf die Verhältnismäßigkeit der (weiteren) Strafvollstreckung auch dann, wenn die Gesamtdauer des Freiheitsentzuges nicht nur die Höhe der verhängten Strafe, sondern auch die gesetzliche Höchststrafe des zugrunde liegenden Delikts um ein Vielfaches übersteigt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

712. BGH 2 StR 91/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Aachen)

Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung (Reichweite des fehlgeschlagenen Versuchs und Freiwilligkeit).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 22 StGB

1. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt zwar vor, wenn der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs nicht mehr glaubt, mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden zu können (BGHSt GSSt 39, 221, 228). Zur Beurteilung eines möglichen Fehlschlags des Versuchs kommt es auf den Moment an, in dem dem Täter noch alle Handlungsoptionen, nämlich die weitere Durchführung der Tat oder ihr Aufgeben, zur Verfügung standen.

Es kommt nicht auf den Zeitpunkt an, in dem der Täter diese selbst bereits aufgegeben hatte.

2. Lässt sich der Täter von der möglichen Geschädigten ein zuvor zur Bedrohung eingesetztes Messer aufgrund des Verhaltens und der Äußerungen der Geschädigten aus der Hand nehmen ließ, begründet dies für sich allein kein Misslingen seines Tatplanes im Sinne eines fehlgeschlagenen Versuchs, sondern ist allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit des Rücktritts zu prüfen. Entscheidend ist insoweit, ob der Täter die Wegnahme des Nötigungsmittels aus autonomen Motiven duldet.

3. Voraussetzung für ein freiwilliges Handeln ist nach ständiger Rechtsprechung, dass der Täter die Ausführung

seines Tatplans noch für möglich hält und nicht durch eine äußere Zwangslage an der Tatvollendung gehindert ist, die Tatvollendung aber gleichwohl aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will.

831. BGH 5 StR 316/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Berlin)

Rücktritt vom versuchten Totschlag (Freiwilligkeit bei aus Sicht des Täters unvertretbarer Risikoerhöhung; erforderliche Feststellungen).

§ 24 Abs. 1 StGB

1. Freiwilligkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Täter „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich gehalten hat, er also weder aufgrund äußerer noch innerer Zwangslage unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen; maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist die Vorstellung des Täters, wobei aber die äußeren Gegebenheiten insoweit von Bedeutung sind, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung ermöglichen.

2. Eine für den Täter letztlich unvertretbare Erhöhung des Entdeckungsrisikos ist für die Beurteilung der Freiwilligkeit ein relevanter Gesichtspunkt. Indessen bedarf es auch in einem solchen Fall der genauen Darlegung der Umstände, aus denen die für den Täter nicht mehr hinnehmbare Risikosteigerung gefolgert wird.

728. BGH 2 StR 289/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Aachen)

Strafbefreiender Rücktritt vom Tötungsversuch (Totschlag; Freiwilligkeit nach Wegziehen vom Tatopfer; Fehlschlag; unbeendeter Versuch).

§ 24 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB

Da die Freiwilligkeit des Rücktritts eine autonom getroffene Willensentscheidung des Täters voraussetzt, darf diese dem Täter zwar nicht durch die äußeren Umstände aufgezwungen worden sein. Die Tatsache aber, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt, stellt für sich genommen die Autonomie der Entscheidung des Täters ebenso wenig in Frage (vgl. BGH NStZ 1988, 69, 70; BGHSt 7, 296, 299) wie der Umstand, dass ein Täter zunächst von dem Tatopfer weggezogen werden muss (vgl. BGH NStZ 2008, 393). Maßgebend ist auch in diesen Fällen, ob der Täter trotz des Eingreifens oder der Anwesenheit Dritter noch „aus freien Stücken“ handelt oder aber ob Umstände vorliegen, die zu einer ihn an der Tatausführung hindernden äußeren Zwangslage oder inneren Unfähigkeit einer Tatvollendung führen (BGH NStZ-RR 2009, 366, 367).

752. BGH 2 StR 176/13 – Urteil vom 17. Juli 2013 (LG Frankfurt am Main)

Totschlag (Tötungsvorsatz; rechtsfehlerhaft mangelnde Gesamtwürdigung).

§ 212 StGB; § 15 StGB

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willensele-

ment). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen (vgl. BGH NStZ 2012, 443, 444).

2. Dabei ist die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt die Annahme von zumindest bedingtem Tötungsvorsatz nahe (st. Rspr.; BGH NStZ 2011, 338 f.). Gleichwohl können das Wissens- oder Willenselement des Vorsatzes im Einzelfall fehlen, etwa wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko einer Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung oder alkoholischen Beeinflussung zur Tatzeit nicht bewusst ist (vgl. BGH NStZ 2012, 151).

762. BGH 2 StR 555/12 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Kassel)

Betrug; Tatmehrheit bei mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft; Verfall (Sperrung des Verfalls des aus der Tat Erlangten durch Gegenansprüche eines Verletzten).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 53 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Zahl der rechtlich selbständigen Handlungen im Sinne von § 53 Abs. 1 StGB für jeden Täter nach der Anzahl seiner Handlungen. Wird im Fall einer Organisation eines Unternehmens, das durch Mitarbeiter Kunden täuscht und hierdurch zu Vermögensverfügung veranlasst, ein einheitlicher Tatbeitrag des Hintermanns in seiner Organisationstätigkeit gesehen, dann gilt dies für alle Fälle, in denen dieser Täter nicht selbst eigenhändig gegenüber den Kunden Betrügereien begeht (vgl. BGH StV 2010, 363).

2. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB hindert eine Verfallsentscheidung, wenn der Täter oder Teilnehmer „aus der Tat“ einen Vermögensvorteil erlangt hat und Gegenansprüche eines Verletzten bestehen; nur das „für die Tat“ Erlangte unterliegt dem Verfall ohne Rücksicht auf Ansprüche Verletzter. „Aus der Tat“ sind diejenigen Vermögenswerte erlangt, die dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst zugeflossen sind. Um Vorteile „für die Tat“ handelt es sich demgegenüber, wenn die Vermögenswerte als Gegenleistung für sein rechtswidriges Tun gewährt werden, etwa wenn ein Lohn für die Tatbegehung gezahlt wird (vgl. BGH NStZ 2011, 229).

772. BGH 4 StR 187/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Halle)

Unerlaubter Waffenbesitz (Vorderschaftrepetierflinte als Waffe i.S.d. § 2 Abs. 3 WaffG); Tatmehrheit (während des Führens eines Kfz begangene Taten).

§ 51 Abs. 1 WaffG; § 2 Abs. 3 WaffG; § 53 StGB

Ein einheitliches Motiv, eine Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen oder eine Mittel-Zweck-Verknüpfung

vermögen eine Tateinheit nicht zu begründen (vgl. BGHSt 43, 317, 319). Mehrere strafbare Gesetzesverstöße stehen aber zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB), wenn die jeweiligen Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind. Begeht ein Täter, der Rauschgift zu Handelszwecken in einem Pkw befördert (Einfuhrfahrt, Transportfahrt vom Lieferanten zum

Depot, Fahrt zu Abnehmern etc.) durch das Führen des Transportfahrzeuges weitere Gesetzesverstöße, so stehen diese nach den genannten Grundsätzen zu dem in der Beförderung liegenden Betäubungsmittelhandel im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 StGB). Denn ihr Tatbestand wird durch dieselbe Ausführungshandlung verwirklicht (vgl. BGH NZV 2012, 250).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

834. BGH AK 13 und 14/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013

BGHSt; Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied als Tathandlung des Nichtmitglieds; FDLR).

§ 129 StGB; § 129a Abs. 5 S. 1 StGB

1. Ein Außenstehender unterstützt eine Vereinigung auch mit Tätigkeiten, die sich der Sache nach als Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied darstellen. (BGHSt)
2. Die um Sympathie oder um Mitglieder oder Unterstützer werbende Tätigkeit eines Nichtmitglieds fällt dagegen dann nicht unter das Tatbestandsmerkmal des Unterstützens im Sinne des § 129a Abs. 5 Satz 1 StGB, wenn sie sich allgemein für die Organisation oder ihre Ziele einsetzt, ohne dabei die propagandistische Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds individuell zu fördern. (Bearbeiter)
3. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber durch das Herausnehmen der Sympathiewerbung aus dem Kreis strafbarer Werbungs- und Unterstützungshandlungen auch die Hilfeleistung zu der propagandistischen mitgliederschaftlichen Betätigung eines Angehörigen der Organisation von der Strafbarkeit ausnehmen oder nicht als täterschaftliche Unterstützungshandlung, sondern lediglich als Beihilfe zur mitgliederschaftlichen Beteiligung pönalisieren wollte. (Bearbeiter)
4. Fördert der Außenstehende konkret die mitgliederschaftliche Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung, so bedarf es für die Tathandlung des Unterstützens in der Regel nicht der Feststellung eines noch weitergehenden positiven Effekts der Handlungen des Nichtmitglieds für die Vereinigung. Da als Folge des Unterstützens ein irgendwie gearteter Vorteil für die Vereinigung ausreicht, liegt es nahe, dass bei einer Tätigkeit, die sich in der Sache als Beihilfe zur Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung darstellt, regelmäßig bereits hierin ein ausreichender Nutzen für die Vereinigung zu sehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter ein Mitglied der Vereinigung bei der Erfüllung einer Aufgabe unterstützt,

die diesem von der Vereinigung aufgetragen worden ist. (Bearbeiter)

700. BGH 3 StR 69/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (BGH)

Hehlerei; Merkmal des „Absetzens“ (beabsichtige Aufgabe der Rechtsprechung zum fehlenden Absatzerfolg; Anfrageverfahren).

§ 259 StGB; § 132 GVG

Der Senat beabsichtigt, an der bisherigen ständigen Rechtsprechung zum Merkmal des „Absetzens“ (respektive der „Absatzhilfe“) i.S.v. § 259 StGB, wonach die Verwirklichung dieses Merkmals einen Absatzerfolg nicht voraussetzt, nicht festzuhalten. Er hält die Interpretation des Hehlereitattbestandes als Erfolgsdelikt in grammatikalischer, systematischer sowie teleologischer Hinsicht für überzeugender. Die Gesetzgebungsgeschichte stehe diesem Verständnis, das in der Literatur nahezu einhellig befürwortet wird, nicht entgegen. Der Senat fragt daher bei den anderen Strafsenaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

701. BGH 1 ARs 6/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (BGH)

Hehlerei (Anforderungen an das Absetzen: Absatzerfolg; Absatzhilfe); Anfrageverfahren; Steuerhehlerei.

§ 259 StGB; § 374 AO

1. Der Senat stimmt im Grundsatz der Auffassung des anfragenden 3. Strafsenats zu, dass eine auf die Vornahme dieser Tathandlung gestützte Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei die Feststellung eines Absatzerfolges voraussetzt.
2. Es bleibt offen, ob das Erfordernis eines Absatzerfolges für das Tatbestandsmerkmal „absetzen hilft“ in § 259 Abs. 1 StGB ebenfalls zu gelten hätte.
3. Der Senat weist im Hinblick auf den Gegenstand der Anfrage zudem klarstellend darauf hin, dass die Aufgabe früherer eigener, der Rechtsansicht des anfragenden 3. Strafsenats entgegenstehender Rechtsprechung lediglich zu dem Merkmal „absetzt“ in § 259 Abs. 1 StGB ergangene Entscheidungen nicht aber Rechtsprechung des

Senats zu dem Merkmal „absetzt“ in § 374 Abs. 1 AO (Steuerhhelei) betrifft.

787. BGH 3 StR 96/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Wuppertal)

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Notwendigkeit eines täuschungsäquivalenten Verhaltens); Untreue.

§ 263a StGB; § 266 StGB

1. Der Computerbetrug (§ 263a StGB) erfordert aufgrund seiner Struktur- und Wertgleichheit mit dem allgemeinen Betrugstatbestand (§ 263 StGB) in Einschränkung seines Wortlauts eine Handlung, die, würden nicht lediglich maschinell gesteuerte Geschehensabläufe ausgelöst, als Betrug durch täuschungsbedingte Veranlassung der Vermögensverfügung eines – vom Täter zu unterscheidenden – anderen zu bewerten wäre (sog. betrugsspezifische Auslegung, st. Rspr.). Daran fehlt es, wenn ein zur Eröffnung von Konten mit unmittelbarer Wirkung für die kontoführende Bank befugter selbständiger Finanzierungsvermittler auf maschinellem Wege unter Verwendung unrichtiger (Identitäts-)Daten Konten eröffnet, bei denen in der Folgezeit durch Dritte die Kreditlinie ohne Aussicht auf Rückzahlung ausgeschöpft werden soll. Dies kann vielmehr den Tatbestand der Untreue verwirklichen (§ 266 StGB).

2. Veranlasst der Täter die Kontoeröffnung durch eine ihm gegenüber weisungsabhängige Person, so kommt es für die Frage eines Irrtums nicht auf deren Vorstellungen, sondern ausschließlich auf die des Täters selbst an. Daher liegt in diesen Fällen kein Betrug, sondern eine Untreue in mittelbarer Täterschaft vor.

773. BGH 4 StR 189/13 – Beschluss vom 1. August 2013 (LG Dortmund)

Räuberische Erpressung (Vermögensnachteil: gegen den Willen der Prostituierten erzwungener Geschlechtsverkehr als Vermögenswert, Abgrenzung zur [sexuellen] Nötigung und Vergewaltigung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 177 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB

1. Von einer durch die Rechtsordnung nicht missbilligten Dienstleistung, die typischerweise gegen Entgelt erbracht wird und deshalb im Rahmen einer entgeltlichen Vertragsbeziehung als Vermögensbestandteil anzusehen ist, kann allenfalls bei freiwillig erbrachten sexuellen Handlungen einer Prostituierten die Rede sein. Nichts anderes ergibt sich aus § 1 Satz 1 ProstG.

2. Die Erpressung einer Prostituierten in der Form, dass ihr der Verzicht auf das vereinbarte Entgelt abgenötigt werden soll, kommt demgemäß nur in Betracht, wenn die abgesprochene sexuelle Handlung zuvor einvernehmlich erbracht worden ist. Dem gegen den Willen der Prostituierten erzwungenen Geschlechtsverkehr kommt hiergegen kein Vermögenswert im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB zu. Die Rechtsgutverletzung erschöpft sich in diesen Fällen vielmehr in einem Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung, deren Schutz vor Zwangseinwirkungen das geltende Strafrecht mit den Tatbeständen des § 177 StGB und § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB umfassend gewährleistet.

758. BGH 2 StR 59/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Marburg)

Betrug (Vermögensschaden: genaue Bezifferung im Urteil; Schaden bei Darlehensvergabe; Schaden bei gutgläubigem Eigentumserwerb); Urkundenfälschung (Begriff der unechten Urkunde); veruntreuende Unterschlagung (Begriff des Anvertrautseins: besonderes persönliches Merkmal).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 246 Abs. 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Vermögensschaden, von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden – abgesehen, der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden (vgl. BVerfGE 130, 1, 47).

2. Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist daher durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. Ein Schaden entsteht daher nur, wenn die vorgespiegelte Rückzahlungsmöglichkeit nicht besteht und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind.

3. Ein zivilrechtliches Prozessrisiko wegen eines gutgläubigen Eigentumserwerbs scheidet nach den Maßgaben der neueren verfassungsrechtlichen Rechtsprechung als Grundlage eines Vermögensschadens aus (vgl. BGH NStZ 2013, 37 f.).

4. Anvertraut im Sinne des § 246 Abs. 2 sind Sachen, deren Besitz oder Gewahrsam dem Täter in dem Vertrauen eingeräumt worden ist, er werde die Gewalt über sie nur im Sinne des Einräumenden ausüben. Hierfür genügt es, dass er Besitz oder Gewahrsam an einer Sache kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zurückzugeben oder zu einem bestimmten Zweck zu verwenden (vgl. BGHSt 16, 280, 282). Hierbei handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB, das nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer zur Strafschärfung führt, bei dem es vorliegt (vgl. BGH, StV 1995, 84).

5. Eine Urkunde ist unecht, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht, wenn also der Anschein erweckt wird, ihr Aussteller sei eine andere Person als diejenige, von der sie herrührt. Entscheidend ist dabei die Täuschung über die Identität des Ausstellers, nicht über seinen Namen (st. Rspr.). Ein unwahrer Inhalt berührt dagegen die Echtheit der Urkunde nicht; sog. schriftliche Lügen werden von § 267 Abs. 1 StGB nicht erfasst (st. Rspr.).

771. BGH 4 StR 145/13 – Beschluss vom 18. Juni 2013 (LG Stralsund)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Vollendung; Schaffung einer konkreten Gefährdungslage; Strafbarkeit eines verkehrsföndlichen Inneneingriffs:

subjektive Voraussetzungen, Schädigungsvorsatz); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen).

§ 315b Abs. 1 StGB; § 64 StGB

1. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in § 315b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat (vgl. BGHSt 48, 119, 122). Hierfür sind konkrete einzelfallbezogene Feststellungen erforderlich. Es genügt nicht, dass das Gericht feststellt, eine nicht angeschnallter Beifahrer habe sich infolge des Anstoßes von hinten mit den Händen am Armaturenbrett abstützen müssen, um nicht gegen die Windschutzscheibe geschleudert zu werden, wenn dem andere Feststellungen entgegenstehen.

2. Die Strafbarkeit nach § 315b Abs. 1 StGB bei Verkehrsvorgängen im fließenden Verkehr (verkehrsfeindlicher Inneneingriff) setzt nach der Rechtsprechung des Senats voraus, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzukommt, dass das Fahrzeug mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht wird. Erst dann liegt eine verkehrstypische „Pervertierung“ eines Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen „Eingriff“ in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor (vgl. BGHSt 48, 233, 237).

3. Bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB handelt es sich um eine den Angeklagten beschwerende Maßregel (vgl. BGHSt 38, 4, 7), deren tatbestandliche Voraussetzungen bei einer Anordnung sicher feststehen müssen (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 295). Für eine Anwendung des Zweifelssatzes ist insoweit kein Raum.

751. BGH 2 StR 5/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Aachen)

Heimtücke (Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit; Beweiswürdigung zum Ausnutzungsbewusstsein); Mord aus niederen Beweggründen (Wut und Erregung).

§ 211 StGB; § 261 StPO

1. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Das hierfür erforderliche Ausnutzungsbewusstsein kann zwar im Einzelfall ohne Weiteres aus dem objektiven Bild des Geschehens entnommen werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter auf der Hand liegt. Auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände und auf die nähere Erläuterung der Feststellung eines Ausnutzungsbewusstseins kann aber dann nicht verzichtet werden, wenn gewichtige Umstände dagegen sprechen. Dazu zählen zum Beispiel eine hochgradige Erregung der Angeklagten, die Einnahme von Flunitrazepam vor der Tat und die Tatsache, dass sie dem Opfer schreiend mit einer

Spritze in der Hand entgegentrat, so dass Arglosigkeit objektiv zweifelhaft erscheint und auch aus der Sicht der Angeklagten fern gelegen haben könnte.

2. Bei Motiven wie Wut und Erregung kommt es unter dem Gesichtspunkt der sonst niedrigen Beweggründe darauf an, ob diese Gefühlsregung jedes nachvollziehbaren Grundes entbehrt und das Handlungsmotiv in deutlich weiter reichendem Maß als bei einem Totschlag verachtenswert erscheint.

720. BGH 2 StR 145/13 – Beschluss vom 18. Juni 2013 (LG Aachen)

Vollendung des Diebstahls im Selbstbedienungsladen (Wegnahme: Gewahrsamsenklave).

§ 242 StGB

Die Wegnahme im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB ist erst dann vollendet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann. Im Selbstbedienungsladen liegt eine vollendete Wegnahme durch einen Täter, der die Kassenzone mit der Ware noch nicht passiert hat, insbesondere vor, wenn der Täter Sachen geringen Umfangs einsteckt oder sie sonst verbirgt (vgl. BGHR StGB § 242 Wegnahme 1). Das Wegtragen einer umfangreicheren Beute, die zwei Tüten umfasst, begründet innerhalb der Gewahrsamssphäre des Ladeninhabers noch keine Gewahrsamsenklave.

794. BGH 3 StR 174/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Mönchengladbach)

Schwerer Raub (Anforderungen an die Zueignungsabsicht bei nicht konkretisierten Vorstellungen zum Inhalt eines Behältnisses; Überwindung von Widerstand als Voraussetzung der Gewalt); tatrichterliche Überprüfung eines Geständnisses (Beweiswürdigung); Rücktritt (Möglichkeit der Fortführung der Tat; Fehlschlag); Anforderungen an die Urteilgründe bei der Einbeziehung von Strafen.

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO; § 54 StGB

Wer ein Behältnis mit der nicht näher konkretisierten Vorstellung wegnimmt, darin befänden sich Gegenstände, die er entweder selbst verwenden oder gewinnbringend veräußern könne, begeht lediglich ein versuchtes Zueignungsdelikt, wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist.

767. BGH 4 StR 84/13 – Urteil vom 18. Juli 2013 (LG Halle)

Rechtsbeugung (Leitung einer Rechtssache: Maßnahmen nach Erlass der Entscheidung; Verstoß gegen Verfahrensvorschriften; Nachteilszufügung bei Verstoß gegen Verfahrensvorschriften; Anforderungen an subjektiven Tatbestand).

§ 339 StGB

1. Der Tatbestand der Rechtsbeugung erfordert, dass sich der Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ

des Staates statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben ausrichtet (st. Rspr.).

2. Unter „Rechtssache“ ist das gesamte streitige Verhältnis zu verstehen, über das der Richter zu „entscheiden“ hat; die „Leitung“ der Rechtssache ist der Inbegriff aller Maßnahmen, die auf die Erledigung der Sache abzielen. Ob die Leitung der Rechtssache mit dem Erlass einer Entscheidung, also der Anordnung einer Rechtsfolge, beendet ist, hängt von der Art des Verfahrens und dem Gegenstand der Entscheidung ab. Die Absetzung des schriftlichen Urteils in Strafsachen dient nicht allein der verwaltungsmäßigen Abwicklung des Strafverfahrens (vgl. BGHSt 38, 381, 385), dieses ist mit der mündlichen Urteilsverkündung nicht beendet. Die Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe ist vielmehr originäre Aufgabe des erkennenden Richters und gehört zur Leitung und Entscheidung der Rechtssache. Dies gilt erst recht, wenn gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt ist.

3. Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften stellt nur dann einen Rechtsbruch im Sinne des § 339 StGB dar, wenn darin allein oder unter Berücksichtigung des Motivs des Täters ein elementarer Rechtsverstoß gesehen werden kann.

4. Die Tat muss zugunsten oder zum Nachteil einer Partei erfolgen. Zugunsten oder zum Nachteil einer Partei wirkt sich eine Beugung des Rechts aus, wenn sie die Partei besser oder schlechter stellt, als sie bei richtiger Rechtsanwendung stünde. Bei der Verletzung von Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften ist erforderlich, dass durch die Verfahrensverletzung die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei begründet wurde, ohne dass allerdings ein Vor- oder Nachteil tatsächlich eingetreten sein muss. Für die Benachteiligung bei einem Verstoß gegen Verfahrensrecht kommt es nicht entscheidend auf die materielle

Richtigkeit der „Endentscheidung“ oder des in der Berufungshauptverhandlung verkündeten Urteils.

5. Für den Tatbestand der Rechtsbeugung reicht der bewusste Rechtsverstoß, eine darüber hinausgehende absichtliche Begünstigung oder Benachteiligung der Prozessparteien ist nicht erforderlich.

811. BGH 5 StR 189/13 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Göttingen)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Bestimmtheit der Weisung; Abgrenzung von Kontaktaufnahme- und Verkehrsverbot).

§ 145a Satz 1 StGB; § 68b Abs. 1 Nr. 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Ohne dass es für die Entscheidung darauf ankommt, weist der Senat darauf hin, dass die Weisung, jegliche Tätigkeit zu unterlassen, durch welche der Angeklagte in Kontakt zu Kindern und Jugendlichen kommen kann, nicht hinreichend bestimmt sein dürfte, um ein nach § 145a Satz 1 StGB strafbares Verhalten zu bezeichnen.

809. BGH 5 StR 181/13 – Urteil vom 9. Juli 2013 (LG Potsdam)

Besonders schwerer Fall der Untreue (gewerbsmäßiges Handeln trotz teilweiser Zuwendung des veruntreuten Vermögens an Dritte).

§ 266 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

Gewerbsmäßiges Handeln ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter – hier: einer Untreue – Teile der erlangten Gelder zugunsten von Dritten Personen einsetzt. Es kommt vielmehr allein darauf an, dass er auf alle Einzelbeträge unmittelbar selbst zugreifen und über die Verwendung des Geldes – ob für sich oder für andere, aus welchen Gründen auch immer – nach eigenen selbstbestimmten Vorstellungen verfügen kann (im Anschluss an BGH HRRS 2011 Nr. 1138).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

716. BGH 2 StR 117/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013 (LG Hanau)

Strafzumessung (Grenzen der Strafschärfung infolge einer besonders brutalen Tatausführung; emotionsloses Nachtatverhalten; direkter Vorsatz).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Aus dem Umstand, dass der Angeklagte sein Opfer unter erheblichem Kraftaufwand erwürgt hat, lässt sich der Vorwurf gesteigerter Brutalität nicht ohne weiteres ableiten. Die zur Tötung erforderliche Gewalt darf mit Blick auf den § 46 Abs. 3 StGB grundsätzlich nicht straferschwerend berücksichtigt werden. Es ist damit nicht

mehr beschrieben als die Erfüllung des Tatbestands mit direktem Vorsatz.

2. Der Vorwurf eines emotionslosen Nachtatverhaltens des zum Tatvorwurf schweigenden Angeklagten setzt nähere Darlegungen voraus. Ein besonders schulderschwerender Gesichtspunkt ergibt sich jedenfalls nicht daraus, dass der Angeklagte die Leiche in einen Fluss wirft, um eine Entdeckung zu verhindern.

776. BGH 4 StR 213/13 – Beschluss vom 4. Juli 2013 (LG Arnberg)

Totschlag (minder schwerer Fall); Notwehr (Erforderlichkeit); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB; § 32 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Ebenso wie der Tötungsvorsatz als solcher darf die Anwendung der zur Tötung erforderlichen Gewalt nicht straferschwerend gewertet werden (st. Rspr.).

780. BGH 4 StR 275/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Frankenthal)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Beruhen der Tat auf einem Zustand der Schuldunfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: Gesamtbetrachtung): gefährliche Körperverletzung (Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug).
§ 63 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der den Anlass für die Unterbringung bildenden rechtswidrigen Taten aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 141).

2. Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241). Ob eine zu erwartende Straftat zu einer schweren Störung des Rechtsfriedens führt, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls entschieden werden (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 202). Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln. An die Darlegungen und die vorzunehmende Abwägung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr es sich bei dem zu beurteilenden Sachverhalt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes um einen Grenzfall handelt.

3. Eine gefährliche Körperverletzung im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB begeht, wer seinem Opfer durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel eine Körperverletzung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB beibringt (st. Rspr.). Wird eine Person durch ein gezieltes Anfahren mit einem Kraftfahrzeug zu Fall gebracht, setzt die Annahme einer gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB voraus, dass bereits durch den Anstoß eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und damit eine körperliche Misshandlung gemäß § 223 Abs. 1 StGB ausgelöst worden ist. Erst infolge des anschließenden Sturzes erlittene Verletzungen, die nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Kraftfahrzeug und Körper zurückzuführen sind, können für sich allein die Beurteilung als gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht tragen (st. Rspr.).

739. BGH 4 StR 217/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Detmold)

Geltung des Doppelverwertungsverbots bei der Gesamtstrafenbildung (Einschleusen von Ausländern).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 54 StGB; § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG

Die Festsetzung der Gesamtstrafe innerhalb der durch § 54 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StGB gezogenen Grenzen ist ein eigenständiger Strafzumessungsvorgang, der den allgemeinen Grundsätzen des § 46 StGB unterliegt. Eine Schärfung der Strafe allein aus den vom Gesetzgeber bei der Festlegung des Strafrahmens angestellten Erwägungen allgemeiner Art ist auch hier aus den Gründen des § 46 Abs. 3 StGB nicht zulässig (BGHR StGB § 46 Abs. 3 Ausländergesetz 1).

764. BGH 2 StR 620/12 – Urteil vom 31. Juli 2013 (LG Köln)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussichten der Therapie bei Therapieunwilligkeit und vorherigem erfolglosen Therapieversuch); Aufhebung des Strafausspruchs bei Aufhebung der Maßregelanordnung.
§ 64 StGB; § 353 Abs. 1 StPO

1. Das Fehlen von Therapiewilligkeit steht einer Anordnung nach § 64 StGB grundsätzlich nicht entgegen. Es kann zwar ein gegen die Erfolgsaussicht sprechendes Indiz sein. In einem solchen Fall hat der Tatrichter aber zu prüfen, ob die konkrete Aussicht besteht, dass die Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung geweckt werden kann (vgl. BGH StraFo 2011, 323, 324). Der Umstand, dass der Angeklagte bereits einen erfolglosen Therapieversuch unternommen hat, steht der Annahme einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht grundsätzlich ebenfalls nicht entgegen (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 131).

2. Grundsätzlich besteht wegen der „Zweispurigkeit“ von Strafe und Maßregel zwischen beiden Rechtsfolgen keine Wechselwirkung, sie sollen unabhängig voneinander bemessen bzw. verhängt werden. Ungeachtet dessen kann aber im Einzelfall eine Wechselwirkung zwischen den beiden Rechtsfolgen zu bejahen sein, weil die für die deren Anordnung jeweils wesentlichen Gesichtspunkte nicht stets streng voneinander zu trennen sind (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 72, 74 mwN).

768. BGH 4 StR 129/13 – Beschluss vom 4. Juli 2013 (LG Hannover)

Rüge der Besetzung in der Revision (Begründung); Festsetzung der Dauer des Vorwegvollzugs vor der Vollstreckung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Berücksichtigung von anzurechnender Untersuchungshaft).

§ 338 Nr. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 67 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

Erlittene Untersuchungshaft hat bei der Bestimmung des teilweisen Vorwegvollzugs der Strafe nach § 67 Abs. 2 StGB außer Betracht zu bleiben, weil die nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB anzurechnende Untersuchungshaft im Vollstreckungsverfahren auf den vor der Unterbringung zu vollziehenden Teil der Strafe angerechnet wird (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 171, 172).

775. BGH 4 StR 208/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Münster)

Feststellung über das Absehen von der Anordnung des Verfalls (gleichzeitiges Absehen von der Anordnung des Verfalls wegen unbilliger Härte).

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

1. Die Regelung des § 73c Abs. 1 StGB ist auch im Rahmen der nach § 111i Abs. 2 StPO zu treffenden Entscheidung zu beachten (vgl. BGH NJW 2011, 624 Rn. 15). Wird in Anwendung des § 73c Abs. 1 StGB ganz oder

teilweise von der Anordnung des Verfalls abgesehen, hat dies zur Folge, dass der in der Urteilsformel allein zu bezeichnende Vermögensgegenstand bzw. Geldbetrag, den der Staat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 111i Abs. 5 StPO unmittelbar oder als Zahlungsanspruch erwirbt, hinter dem Erlangten bzw. dessen Wert zurückbleibt (vgl. BGH NJW 2011, 624 Rn. 12 ff.).

2. Die Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 StGB sind zu erörtern, wenn nahe liegende Anhaltspunkte für deren Vorliegen gegeben sind (vgl. BGH NJW 2011, 2529, 2530).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

714. BGH 2 StR 113/13 – Urteil vom 20. Juni 2013 (LG Kassel)

BGHSt; hinreichende Verteidigung bei der Vernehmung eines Auslandszeugen (wirksame Verteidigung; Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers bei kurzfristiger Erkrankung des bisherigen Verteidigers; Vorbereitung; Fragerecht; gebotene Aussetzung; Beruhen); Beiordnung eines neuen Verteidigers als erhebliche Einschränkung der Verteidigungsrechte des Angeklagten; Beweiswürdigung (keine Unterstellung fernliegender Möglichkeiten ohne tragfähige Gründe); Unterschlagung (Beihilfe; Drittzueignung).

Art. 6 Abs. 3 lit. b und c, lit. d EMRK; § 140 StPO; § 145 Abs. 1 StPO; § 246 StGB; § 338 Nr. 8 StPO

1. Der Angeklagte ist nicht hinreichend verteidigt, wenn bei kurzfristiger Erkrankung des Pflichtverteidigers ein anderer Verteidiger für einen Tag der Hauptverhandlung bestellt wird, um die Vernehmung eines Zeugen zu ermöglichen, ohne dass der Ersatzverteidiger sich in die Sache einarbeiten konnte. (BGHSt)

2. Dem Revisionsvorbringen des Angeklagten, „unverteidigt“ gewesen zu sein, ist in diesem Fall zugleich die Beanstandung zu entnehmen, das Landgericht habe es unterlassen, anlässlich der Erkrankung des Verteidigers die diesen Verhandlungstag vorgesehene Vernehmung des Zeugen nicht auf den nächsten Verhandlungstag verschoben zu haben. Damit zielt die Rüge ihrer Zielrichtung nach jedenfalls auch auf eine Verletzung von § 145 Abs. 1 Satz 2 StPO. (Bearbeiter)

3. Maßgeblich ist zunächst die Erwägung, wie der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege selbst beurteilt, ob er für die Erfüllung seiner Aufgabe hinreichend vorbereitet ist. Hält er die Vorbereitungszeit für ausreichend, ist das Gericht grundsätzlich nicht berufen, dies zu überprüfen. Doch gibt es greifbare Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht der Fall sein könnte, gebietet die Fürsorgepflicht des Gerichts die Prüfung einer Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens. Dies ist etwa der Fall, wenn der

Verteidiger objektiv nicht genügend Zeit hatte, sich vorzubereiten (vgl. BGH NJW 1965, 2164, 2165) oder wenn sich die dem Prozessverhalten des Angeklagten und seines Verteidigers zu entnehmende Einschätzung der Sach- und Rechtslage als evident interessenwidrig darstellt und eine effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 c MRK) unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet gewesen wäre (vgl. BGH NStZ 2013, 212). (Bearbeiter)

4. Nur ein Verteidiger, der den Stoff ausreichend beherrscht, kann die Verteidigung mit der Sicherheit führen, die das Gesetz verlangt. Die Absicht, einem „Auslandszeugen“ die erneute Anreise zu ersparen, kann das rechtsstaatlich gebotene Recht auf eine angemessene und effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3c EMRK) nicht wirksam beschränken. Dies gilt insbesondere, wenn Anhaltspunkte für eine längerfristige Erkrankung des Pflichtverteidigers offenbar nicht gegeben waren und auch nichts dafür sprach, dass der Zeuge nicht erneut an dem bereits sechs Tage später bestimmten Fortsetzungstermin erschienen wäre. (Bearbeiter)

5. Im Fall einer Drittzueignung muss das Verhalten des Täters für § 246 StGB nach der darauf gerichtet sein, dass das Sicherungsgut dem Vermögen des Dritten zugeführt wird. Die Tathandlung muss dabei zu einer Stellung des Dritten in Bezug auf die Sache führen, wie sie auch bei der Selbstzueignung für die Tatbestandserfüllung notwendig wäre (BGH NStZ-RR 2006, 377). Das bloße Schaffen einer Gelegenheit für die Selbstzueignung reicht danach zwar nicht aus. In einer mit den Dritten abgesprochenen Abstellung des LKW auf einem Parkplatz zu dessen Entladung kann aber schon die Einräumung von Verfügungsgewalt über fremde Sachen liegen, die aus der Sicht eines objektiven Dritten einen Zustand schafft, bei dem die nicht fern liegende Möglichkeit der dauernden Enteignung besteht und damit bereits zu einer eigentümerähnlichen Stellung der dritten Personen führt. (Bearbeiter)

805. BGH 3 StR 435/12 – Urteil vom 27. Juni 2013 (LG Lüneburg)

BGHSt; Selbstbelastungsfreiheit; Recht zur Konsultation eines Verteidigers (Fortführung der Vernehmung nach erfolglosem Versuch der Verteidigerkonsultation; Nachfragen auf das Randgeschehen betreffende Spontanäußerungen hin; konkludentes Einverständnis des Beschuldigten); Verwertungsverbot.

§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1. Der hohe Rang der Selbstbelastungsfreiheit gebietet es, dass auch Spontanäußerungen – zumal zum Randgeschehen – nicht zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen werden, wenn der Beschuldigte nach Belehrung über seine Rechte nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO die Konsultation durch einen benannten Verteidiger begehrt und erklärt, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. (BGHSt)

2. Ist der vom Beschuldigten benannte Verteidiger kurzzeitig – hier für einen Zeitraum von zwei Stunden – nicht erreichbar, so besteht in der Regel kein Anlass, die unterbrochene Vernehmung des Beschuldigten fortzusetzen. Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn weitere Erkenntnisse erlangt wurden oder eine neue prozessuale Situation eingetreten ist, aufgrund derer zu erwarten ist, dass sich die Auffassung des Beschuldigten geändert haben könnte. (Bearbeiter)

3. Allerdings kann die Vernehmung auch ohne vorherige Konsultation fortgesetzt werden, wenn der Beschuldigte dem in freier Entscheidung zustimmt. Eine solche Zustimmung kann auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden (a.A. noch BGHSt 42, 15, 19: ausdrückliches Einverständnis erforderlich). Sie kann grundsätzlich etwa darin zu sehen sein, dass sich der Beschuldigte von sich aus spontan zur Sache äußert, obwohl eine Verteidigerkonsultation noch nicht möglich war. Dagegen liegt regelmäßig kein konkludentes Einverständnis vor, wenn der Beschuldigte lediglich Spontanäußerungen zum Randgeschehen des Tatvorwurfs tätigt. (Bearbeiter)

4. Verstöße gegen die Pflicht zur Belehrung über das Recht zur Verteidigerkonsultation führen – entsprechend der Rechtslage bei Verstößen gegen die Pflicht zur Belehrung über die Schweigepflicht – regelmäßig zur Unverwertbarkeit der hiernach erlangten Angaben. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass der Angeklagte aufgrund einer zunächst ordnungsgemäß erteilten Belehrung Kenntnis sowohl von seinem Schweige- als auch von seinem Verteidigerkonsultationsrecht erlangt. (Bearbeiter)

5. Die von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO geschützten Beschuldigtenrechte gehören zu den wichtigsten verfahrensrechtlichen Prinzipien. Der Beschuldigte ist bei seiner ersten Vernehmung in besonderem Maße der Gefahr ausgesetzt, sich unbedacht selbst zu belasten. In dieser Situation ist er oft unvorbereitet, ohne Ratgeber und auch sonst von der vertrauten Umgebung abgeschnitten. Nicht selten ist er durch die Ereignisse verwirrt und durch die ungewohnte Umgebung bedrückt oder verängstigt. Seine ersten Angaben entfalten zudem selbst bei einer späteren Änderung des Aussageverhaltens eine faktische Wirkung, die für den weiteren Verlauf des Verfahrens von erheblicher Bedeutung ist (BGHSt 38, 214,

221 f.). Diese zum Schweigerecht des Beschuldigten entwickelten Grundsätze gelten für die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht entsprechend (BGHSt 47, 172, 174). (Bearbeiter)

754. BGH 2 StR 195/12 – Urteil vom 10. Juli 2013 (LG Koblenz)

BGHSt; Protokollierung Gesprächen, die auf eine Verständigung abzielen (Umfang der Protokollierung); revisionsrechtliche Rüge der fehlenden Protokollierung (Begründungsanforderungen, Beruhen des Urteils auf fehlender Protokollierung).

§ 257c StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Die Grundsätze zur Unzulässigkeit einer bloßen Protokollrüge gelten nicht, wenn ein Verfahrensfehler behauptet wird, der in seinem Kern darin besteht, dass das Hauptverhandlungsprotokoll den Inhalt außerhalb der Verhandlung geführter Verständigungsgespräche nicht wiedergibt. Insoweit hat der Gesetzgeber eine Sonderregelung getroffen. (BGHSt)

2. Eine entgegen § 273 Abs. 1a StPO fehlende oder inhaltlich unzureichende Dokumentation von außerhalb der Hauptverhandlung geführten Verständigungsgesprächen im Sinne von § 243 Abs. 4 StPO führt in der Regel dazu, dass das Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht auszuschließen ist. (BGHSt)

3. Die Herstellung von Transparenz und die Dokumentation aller mit dem Ziel der Verständigung geführten Erörterungen entsprechen dem Sinn und Zweck des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren. Sie sind Elemente eines einheitlichen Konzepts (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1067 f., Tz. 96 f.). Die Einheitlichkeit dieses Regelungskonzepts hat auch Auswirkungen auf die Darlegungspflichten eines Revisionsführers gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Sein Vorbringen genügt, wenn Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung geführt wurden und eine Mitteilung des Vorsitzenden über deren wesentlichen Inhalt entweder tatsächlich nicht erfolgt ist oder jedenfalls nicht im Protokoll dokumentiert wurde, bereits dann den Anforderungen an eine hinreichend substantiierte Verfahrensrüge, wenn er nur auf das Fehlen einer Dokumentation hinweist. Denn ein Protokoll, das alleine die Tatsache einer außerhalb der Hauptverhandlung geführten Erörterung oder nur deren Ergebnis mitteilt, ist fehlerhaft, und schon dieser Verfahrensfehler kann erhebliche Auswirkungen auf das Prozessverhalten des Angeklagten entfalten. (Bearbeiter)

4. Das Gesetz will die Transparenz der Gespräche, die außerhalb der Hauptverhandlung geführt werden, durch die Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts in der Verhandlung für die Öffentlichkeit und alle Verfahrensbeteiligten, insbesondere aber für den Angeklagten herbeiführen. Der Angeklagte als eigenverantwortliches Prozesssubjekt soll zuverlässig und in nachprüfbarer Form über den Ablauf und Inhalt derjenigen Verständigungsgespräche informiert werden, die außerhalb der Hauptverhandlung geführt wurden. (Bearbeiter)

5. Durch die Mitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO und durch deren Protokollierung gemäß § 273 Abs. 1a StPO

wird nicht nur das Ergebnis der Absprache, sondern auch der dahin führende Entscheidungsprozess festgeschrieben und der revisionsgerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht. Die Mitteilung und deren Dokumentation sowie die Nachprüfbarkeit in einem einheitlichen System der Kontrolle sind jeweils Grundlage einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Angeklagten darüber, ob er dem Vorschlag des Gerichts gemäß § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO zustimmt. (Bearbeiter)

757. BGH 2 StR 47/13 – Urteil vom 10. Juli 2013 (LG Aachen)

BGHSt; Hinweispflicht bei Verständigungsgesprächen (keine Hinweispflicht bei nicht stattgefundenen Gesprächen und vorgelagerten Gesprächen; Darlegungsanforderungen an die entsprechende Verfahrensrüge; Negativmitteilung); Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch: Beweiswürdigung).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

1. Einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO bedarf es nicht, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm nicht betroffen sind. (BGHSt)

2. Die Verfahrensrüge, es sei rechtsfehlerhaft keine Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO erfolgt, setzt den Vortrag voraus, dass tatsächlich Gespräche im Sinne dieser Vorschrift stattgefunden hatten und welchen Inhalt sie hatten. (BGHSt)

3. Dazu muss ein Revisionsführer, der eine Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO rügen will, bestimmt behaupten und konkret darlegen, in welchem Verfahrensstadium, in welcher Form und mit welchem Inhalt Gespräche stattgefunden haben, die auf eine Verständigung abzielten (vgl. BGHSt 56, 3). (Bearbeiter)

755. BGH 2 StR 255/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens bei Erwägung der Maßregelanordnung durch das Gericht (Umfang des diesbezüglichen gerichtlichen Ermessens; umfassendes Informationsrecht des Gutachters).

§ 246a Satz 2 StPO; § 64 StGB; § 63 StGB

1. Wenn das Tatgericht einen Sachverständigen zur Prüfung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt hinzuzieht, erwägt es die Maßregelanordnung konkret und hat deshalb ein Gutachten einzuholen. Dem vom Gericht bestellten Sachverständigen ist in diesem Fall zu ermöglichen, von ihm für erforderlich gehaltene Erkenntnisquellen – insbesondere frühere Gutachten – zu verarbeiten; dies kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, auf das Ergebnis des Gutachtens komme es nicht an (Fortführung von BGH, Beschluss vom 30. März 1977 – 3 StR 78/77, BGHSt 27, 166 ff.). (BGHSt)

2. § 246a Satz 2 StPO stellt die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht ins Belieben des Tatgerichts. Diese Pflicht entfällt nur, wenn die Maßregel in Aus-

übung des ihm gemäß § 64 Satz 2 StGB eingeräumten Ermessens nicht angeordnet wird. Der Ermessensspielraum ist jedoch auf Ausnahmefälle beschränkt (vgl. BGH NStZ 2009, 204, 205). Das Gebot der Gutachteneinholung aus § 246a Satz 2 StPO darf nicht durch die Behauptung eigener Sachkunde des Gerichts umgangen werden (vgl. BGHSt 27, 166, 167). (Bearbeiter)

3. Das Landgericht hatte dafür Sorge zu tragen, dass der Sachverständige umfassend über alle relevanten Tatsachen informiert wird (vgl. BGHSt 27, 166, 167). Ihm ist auch die Sichtung von Behandlungsunterlagen früherer Therapien zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere dann, wenn er die Sichtung dieser Unterlagen für erforderlich erklärt und die Verteidigung deren Beiziehung beantragt. Durch Auswertung des Aktenmaterials sollen Defizite der Sachaufklärung durch das Gericht in der Hauptverhandlung ausgeglichen werden (vgl. BGH, NStZ 2012, 463, 464). (Bearbeiter)

4. Mit einer wegen Verstoßes gegen § 246a Abs. 1 StPO rechtsfehlerhaften Maßregelentscheidung ist nicht zwingend eine Aufhebung der Freiheitsstrafe zu verbinden. Jedoch kann diese im Einzelfall erfolgen, wenn nicht auszuschließen ist, dass eine Fehlbewertung der Maßregelvoraussetzungen auch einen Einfluss auf die Strafzumessung hat (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 150, 151).

815. BGH 5 StR 253/13 – Urteil vom 7. August 2013 (LG Berlin)

Verständigung (Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung hinsichtlich der eingeschränkten Bindung des Gerichts; Wiederholung nach qualifizierter Belehrung; ausnahmsweise fehlendes Beruhen des Urteils auf dem Verstoß).

§ 257c Abs. 4 StPO; § 257c Abs. 5 StPO

1. § 257c Abs. 5 StPO sieht vor, dass der Angeklagte vor der Verständigung über die Voraussetzungen und Folgen der nach § 257c Abs. 4 StPO möglichen Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis zu belehren ist. Hiermit wollte der Gesetzgeber die Fairness des Verständigungsverfahrens sichern und zugleich die Autonomie des Angeklagten in weitem Umfang schützen. Unter anderem durch die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO soll ferner einer Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit Rechnung getragen werden, die mit der Aussicht auf eine das Gericht bindende Zusage einer Strafobergrenze und der dadurch begründeten Anreiz- und Verlockungssituation einhergeht (vgl. BVerfG HRRS 2013 Nr. 222).

2. Die Heilung eines Verstoßes gegen diese Belehrungspflicht setzt eine rechtsfehlerfreie Wiederholung des von dem Verfahrensfehler betroffenen Verfahrensabschnitts voraus. Dafür bedarf es regelmäßig eines ausdrücklichen Hinweises auf den Fehler und auf die daraus folgende gänzliche Unverbindlichkeit der Zustimmung des Angeklagten sowie einer Nachholung der versäumten Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO und der erneuten Einholung einer nunmehr verbindlichen Zustimmungserklärung.

3. Ein Ausschluss des Beruhens des Urteils auf diesem Verfahrensfehler ist im Hinblick auf die in einer Verständigung ohne vorherige Belehrung liegende Verletzung

des Angeklagten in seinem Recht auf ein faires Verfahren und in seiner Selbstbelastungsfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen denkbar. Bleibt die unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Verständigung bestehen und fließt das auf der Verständigung basierende Geständnis in das Urteil ein, beruht das Urteil regelmäßig auf dem Unterlassen der Belehrung und der hiermit einhergehenden Grundrechtsverletzung.

4. Ein solcher Ausnahmefall kann gegeben sein, wenn die zunächst unterlassene Belehrung noch vor der Abgabe des Geständnisses nachgeholt wird und der Angeklagte somit in Kenntnis der eingeschränkten Bindungswirkung sein Geständnis abgibt. In diesen Konstellationen kann ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler auch ohne eine qualifizierte Belehrung jedenfalls dann ausnahmsweise ausgeschlossen sein, wenn die Verständigung auf Initiative des Verteidigers zustande kam und dieser den Angeklagten auch bei der Abfassung des Geständnisses erkennbar unterstützt hat.

837. BGH 3 StR 149/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013 (LG Wuppertal)

Keine Relevanz des sog. Vier-Augen-Prinzips für die Frage des gesetzlichen Richters.
§ 139 Abs. 1 GVG; Art. 101 GG.

Darüber, wie sich die Mitglieder eines kollegialen gerichtlichen Spruchkörpers die für eine Entscheidung erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen verschaffen, befinden sie jeweils selbst in richterlicher Unabhängigkeit. Die Frage des gesetzlichen Richters ist durch die Frage, ob der Senat nach einem „Vier-Augen-Prinzip“ arbeitet, nicht berührt.

835. BGH StB 7/13 – Beschluss vom 27. Juni 2013

Deutsche Strafgerichtsbarkeit gegenüber einem Mitglied des Verwaltungspersonals eines Konsulats (konsularische Immunität; Begriff der Wahrnehmung konsularischer Aufgaben; Erstreckung auch auf rechtswidriges Handeln); Unzulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung gegenüber konsularischen Mitarbeitern.
§ 19 GVG; Art. 5 WÜK; Art. 43 WÜK; § 99 StGB; § 100a StPO

1. Die konsularische Immunität nach Art. 43 Abs. 1 WÜK erstreckt sich ausschließlich auf Handlungen, die in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen worden sind. Für die konsularische Immunität eines Mitglieds des Verwaltungspersonals eines Konsulats kommt es nicht darauf an, ob die in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben entfaltete Tätigkeit – hier: die gezielte Beschaffung von Informationen über Angehörige des eigenen Staates – rechtmäßig war. Anderenfalls bliebe die Immunität weitgehend wirkungslos.

2. Soweit die Gerichtsbarkeit des Empfangsstaates fehlt, sind gegen den jeweiligen konsularischen Mitarbeiter bereits Untersuchungshandlungen – hier: eine Telekommunikationsüberwachung – ausgeschlossen.

697. BGH 1 StR 156/13 – Beschluss vom 7. August 2013 (LG Waldshut-Tiengen)

Vortäuschen einer Straftat als Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung (unzulässige Verwertung einer Telekommunikationsüberwachung).
§ 145d StGB; § 100g Abs. 1 Nr. 1 StPO

1. Eine Straftat hat „erhebliche Bedeutung“, wenn sie mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Dies setzt voraus, dass der Gesetzgeber der Straftat allgemein ein besonderes Gewicht beimisst und sie im konkreten Fall erhebliche Bedeutung hat (BVerfG NJW 2003, 1787, 1791).

2. Eine Straftat gemäß § 145d StGB ist nicht mehr ohne weiteres dem Bereich der Straftaten von erheblicher Bedeutung zuzurechnen, aber im Hinblick auf die gegenüber der gesetzlich vorgesehenen Mindesthöchststrafe erhöhte Strafdrohung als Anlasstat nicht von vornherein ausgeschlossen. In Einzelfällen kann auch solchen Taten aufgrund der besonderen Bedeutung des geschützten Rechtsguts oder des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung erhebliche Bedeutung zukommen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Tat ein außergewöhnliches, deutlich über das durchschnittliche Gewicht einer Tat nach § 145d StGB herausragendes Gepräge zukommt.

698. BGH 1 StR 163/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Regensburg)

Rüge der mangelnden Existenz einer im Urteil vorausgesetzten Verständigung (Protokollrüge; Beweiskraft des Sitzungsprotokolls).
§ 261 StPO; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; § 274 StPO

1. Rügt die Revision als Verletzung von § 261 StPO, dass das Urteil nach der Urteilsurkunde auf einer Verständigung nach § 257c StPO beruhe, obwohl eine solche tatsächlich nicht stattgefunden habe, ist damit ein revisibler Rechtsfehler nicht dargelegt, selbst wenn der Inhalt des Urteils und das Protokolls nicht übereinstimmen. Dies gilt, soweit das Tatgericht bei seiner Beweiswürdigung das vollumfängliche Geständnis der Angeklagten durch zahlreiche sachliche und persönliche Beweismittel überprüft und bestätigt gefunden hat.

2. Die Überprüfung eines verständigungsbasierten Geständnisses unterliegt grundsätzlich nicht strengeren Anforderungen, als sie an eine Beweisaufnahme in der nach herkömmlicher Verfahrensweise geführten Hauptverhandlung nach Abgabe eines Geständnisses zu stellen wären (BVerfG NJW 2013, 1058, 1063).

725. BGH 2 StR 242/13 – Beschluss vom 1. August 2013 (LG Mainz)

Unzulässige Revision; Auslegung.
§ 344 StPO; § 300 StPO

Begründet der Beschwerdeführer die rechtzeitig eingelegte Revision gegen ein Strafurteil nur mit der Erklärung,

er lege die Revision „vollumfänglich“ ein, ist dem auch keine Sachrüge zu entnehmen.

784. BGH 3 StR 76/13 – Beschluss vom 25. Juli 2013 (LG Wuppertal)

Anforderungen an die Einlegung und Begründung der Revision (Unschädlichkeit des Fehlens eines Revisionsantrags bei der Angeklagtenrevision trotz gegenteiliger Ankündigung).

§ 344 StPO

Das Fehlen eines ausdrücklichen Antrags gemäß § 344 Abs. 1 StPO ist bei der Angeklagtenrevision unschädlich, wenn sich der Umfang der Anfechtung aus dem Inhalt der Revisionsbegründung ergibt. Insoweit ist in der Erhebung der uneingeschränkten allgemeinen Sachrüge regelmäßig die Erklärung zu sehen, dass das Urteil insgesamt angefochten wird. Das gilt auch dann, wenn der Angeklagte die Tatvorwürfe im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten und wenn sein Verteidiger in der Revisionsseinlegungsschrift einen Revisionsantrag angekündigt hat.

735. BGH 4 StR 190/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Paderborn)

Besorgnis der Befangenheit.

§ 24 Abs. 2 StPO

Anlass zur Besorgnis der Befangenheit besteht jedenfalls dann, wenn der Vorsitzende seine Ansicht in Formulierungen kleidet, die den Eindruck erwecken, er habe sich bereits ein für alle Mal festgelegt und verschließe sich endgültig etwaigen Einwendungen gegen die von ihm vorgenommene, nach seiner Meinung allein mögliche Wertung (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 1984 – 2 StR 525/83, bei Holtz MDR 1984, 797).

746. BGH 1 StR 168/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Heidelberg)

Rücknahme der Revision (Ermächtigung des Verteidigers; Anforderungen an einen wirksamen Widerruf der Vollmacht).

§ 302 Abs. 2 StPO

1. Für die Rücknahme eines Rechtsmittels ist eine bei Übernahme des Mandats im Rahmen der Vollmachtserteilung eingeräumte allgemeine Ermächtigung zur Rücknahme von Rechtsmitteln als ausdrückliche Ermächtigung gemäß § 302 Abs. 2 StPO nicht genügend (vgl. BGH NStZ 2000, 665).

2. Ein Widerruf der Ermächtigung zur Rücknahme der Revision ist dem Angeklagten grundsätzlich jederzeit und unabhängig von dem Fortbestehen des Mandatsverhältnisses gestattet (BGH NStZ-RR 2007, 151). Da eine bestimmte Form für die Widerrufserklärung im Gesetz nicht vorgesehen ist, kommt ein solcher auch durch schlüssiges Verhalten in Betracht (OLG München, NStZ 1987, 342). Adressaten des Widerrufs können sowohl das Gericht als auch der Verteidiger sein (BGH aaO). Der Widerruf hebt die zuvor erteilte ausdrückliche Ermächtigung auf, wenn die entsprechende Widerrufserklärung zeitlich vor dem Eingang der Rücknahmeerklärung bei dem zuständigen Gericht den Adressaten erreicht.

3. Es kann offen bleiben, ob bereits allein der Umstand der Mandatierung eines anderen Verteidigers als Widerruf der dem früheren Verteidiger erteilten ausdrücklichen Ermächtigung zu werten ist.

744. BGH 1 StR 126/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Ravensburg)

Recht auf faires Verfahren (Hinweispflicht bei der Einbeziehung aus der Hauptverhandlung ausgeschiedener Tatvorwürfe in die Beweiswürdigung); Anspruch auf rechtliches Gehör; Beweiswürdigung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 III GG; § 265 StPO; §§ 14 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

Beabsichtigt das Gericht, im Rahmen der Beweiswürdigung Sachverhalte zu berücksichtigen, hinsichtlich derer in der Hauptverhandlung nach § 154 Abs. 2 StPO verfahren wurde, ist der Angeklagte zuvor auf diese Möglichkeit hinzuweisen (vgl. BGHSt 31, 302, 303); denn durch die Verfahrenseinstellung wird regelmäßig ein Vertrauen des Angeklagten darauf begründet, dass ihm der ausgeschiedene Prozessstoff nicht mehr angelastet werde. Deswegen gebieten es die faire Verfahrensgestaltung, aber auch der Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs, vor einer dennoch beabsichtigten nachteiligen Verwertung einen Hinweis zu erteilen, um den Vertrauenstatbestand wieder zu beseitigen (BGHSt 30, 197).

743. BGH 4 StR 276/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (BGH)

Unterbliebene Entscheidung über die Vereidigung der Zeugin (Beruhen).

§ 59 StPO; § 337 StPO

Zeugen werden nur noch vereidigt, wenn es das Gericht wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahren Aussage nach seinem Ermessen für notwendig hält. Unterlässt der Vorsitzende eine Entscheidung über die Vereidigung, kann das Urteil hierauf nur beruhen, wenn es bei einer Entscheidung zu einer Vereidigung des Zeugen gekommen wäre, und wenn sodann nicht auszuschließen wäre, dass der Zeuge in diesem Falle andere, wesentliche Angaben gemacht hätte (BGH NStZ 2006, 114).

779. BGH 4 StR 270/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Siegen)

Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen; ungeeignetes Beweismittel (Antrag auf ein anthropologisches Identitätsgutachten; Klärung der Eignung im Freibeweisverfahren).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO

Das Tatgericht hat in den Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und ob die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind (vgl. BGHSt 39, 291, 296 f.). Dabei dürfen die Anforderungen, welche das Tatgericht an das

Gutachten zu stellen hat, nicht mit den sachlich-rechtlichen Anforderungen an den Inhalt der Urteilsgründe gleichgesetzt werden. Mögliche Fehlerquellen sind nur zu erörtern, wenn der Einzelfall dazu Veranlassung gibt.

766. BGH 4 StR 77/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Münster)

Voraussetzung der Änderung des Urteilstenors.
§ 260 Abs. 4 StPO

Die nachträgliche Berichtigung eines schriftlichen Urteils ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur ganz ausnahmsweise bei offenbaren Versehen nichtsachlicher Art möglich, wohingegen sachliche Fehler auch dann nicht berücksichtigungsfähig sind, wenn sie offensichtlich sind (vgl. BGH NJW 1953, 76). Bei der Tenorierung der Anzahl der dem Angeklagten zur Last

liegenden Fälle handelt es sich um eine sachlich-rechtliche Aussage.

777. BGH 4 StR 214/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Magdeburg)

Revision des Nebenklägers (beschränkter Umfang: Anforderung an die Revisionsbegründung).
§ 400 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

Nach § 400 Abs. 1 StPO kann ein Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt wird oder dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss des Nebenklägers berechtigt. Die Revision des Nebenklägers bedarf daher eines Antrags oder einer Begründung, die deutlich macht, dass eine Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines Nebenklagedelikts und damit ein zulässiges Ziel verfolgt wird (st. Rspr.).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

750. BGH 1 StR 32/13 – Urteil vom 4. Juni 2013 (LG Mannheim)

BGHSt; unbefugtes Erheben nicht allgemein zugänglicher personenbezogener Daten gegen Entgelt (Begriff des personenbezogenen Datums: GPS-Positionsdaten; Begriff des Erhebens; Begriff der allgemeinen Zugänglichkeit: nur rechtliche Beschränkungen; datenschutzrechtliche Erlaubnissätze: Abwägung, europarechtskonforme Auslegung, Anwendbarkeit von Regelungen der StPO; Beurteilungsspielraum des Tatrichters; Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Grundrecht auf Datenschutz).

§ 44 Abs. 1 BDSG; § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG; § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG; § 3 Abs. 1, Abs. 3 BDSG; Art. 7 lit. f RL 95/46/EG; Art. 7 GrCh; Art. 8 GrCh; § 100h StPO

1. Zum Vorliegen nicht allgemein zugänglicher personenbezogener Daten bei der Erstellung von sog. Bewegungsprofilen bei Überwachung von Zielpersonen durch Anbringung von GPS-Empfängern an den von diesen genutzten Kraftfahrzeugen durch eine Detektei. (BGHSt)

2. Zu den Voraussetzungen einer datenschutzrechtlichen Befugnis zum Erstellen von Bewegungsprofilen mittels GPS-Empfängern in engen Ausnahmefällen. (BGHSt)

3. Werden geografische Standort- oder Positionsdaten (hier GPS-Positionsdaten) erhoben, verarbeitet oder genutzt, vermitteln diese, weil sie sich in erster Linie auf Gegenstände – wie vorliegend den GPS-Empfänger bzw. das Fahrzeug, an dem der GPS-Empfänger angebracht ist – beziehen, unmittelbar keine Aussage über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse einer natürlichen Per-

son. Gegenstände, wie die hier verwendeten GPS-Empfänger, können aber einem bestimmten Einfluss durch Personen unterliegen, so dass etwa aufgrund der physischen oder räumlichen Nähe des GPS-Empfängers zu einer Person oder zu anderen Gegenständen, etwa dem von einer bestimmten/bestimmbaren Person genutzten Fahrzeug, an dem der GPS-Empfänger angebracht ist, eine indirekte Beziehung zu einer Person hergestellt werden kann. Fahrzeugortungsdaten als Sachdaten werden daher als Verhaltensdaten zu personenbezogenen Daten, wenn der Insasse dem Fahrzeug zugeordnet werden kann. (Bearbeiter)

4. Ein fehlender Wahrheitswert des Datums bzw. der Daten schließt das Vorliegen einer Angabe im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG nicht aus. Nur dann, wenn aus dem Kontext heraus eindeutig ist, dass die Angaben „reine Fantasie des Autors“ sind, sagen sie über eine Person nichts aus. Selbst wenn sie in Einzelfällen die GPS-Daten der falschen Person zugeordnet werden, ändert dies an der Beurteilung als personenbezogene Daten nichts. (Bearbeiter)

5. Unter dem Erheben von Daten im Sinne von § 3 Abs. 3 BDSG ist deren zielgerichtete Beschaffung zu verstehen; es bedarf daher einer Aktivität, durch die die erhebende Stelle Kenntnis von dem betreffenden Sachverhalt erhält. (Bearbeiter)

6. Allgemein zugänglich im Sinne der §§ 43, 44 BDSG sind diejenigen Daten, die von jedermann zur Kenntnis genommen werden können, ohne dass der Zugang zu den Daten rechtlich beschränkt ist. Bereits der Anbringung eines GPS-Empfängers als notwendige technische Voraussetzung für die Gewinnung der Personenbezug

aufweisenden Geodaten an einem fremden Fahrzeug stehen aber grundsätzlich rechtliche Grenzen entgegen. Dem betroffenen Fahrzeugeigentümer bzw. -besitzer stehen regelmäßig Abwehransprüche gegen die Störung seines Eigentums oder Besitzes zu. Dementsprechend wäre diese Möglichkeit der Erhebung und späteren Verarbeitung von Daten der Allgemeinheit verschlossen. (Bearbeiter)

7. Das Datenschutzrecht ist zum Schutze des Rechts des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, von dem Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt geprägt, d.h. die Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten ist grundsätzlich verboten. Befugt ist sie nur dann, wenn der Betroffene wirksam seine Einwilligung erklärt oder wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift eine Erlaubnis beinhalten oder gar eine Anordnung zur Erhebung, Speicherung, Verarbeitung oder Weitergabe personenbezogener Daten enthalten. Als Erlaubnissätze kommen neben datenschutzrechtlichen Erlaubnissen auch allgemeine Rechtfertigungsgründe in Betracht. (Bearbeiter)

8. Der Senat braucht im Ergebnis nicht zu entscheiden, ob die Befugnis zu konkret auftragsbezogener Ermittlungstätigkeit von Detekteien in Fällen der vorliegenden Art anhand der sich aus § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG oder anhand der sich aus § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG ergebenden, nach dem Wortlaut der Vorschriften divergierenden Abwägungsmaßstäbe zu beurteilen ist. Beide grundsätzlich in Betracht kommende Erlaubnissätze müssen im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Befugnis zum Umgang mit „fremden“ personenbezogenen Daten anhand der unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 lit. f) der am 13. Dezember 1995 in Kraft getretenen Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG 1995 Nr. L 281 S. 31; im Folgenden: Datenschutzrichtlinie) ausgelegt werden. (Bearbeiter)

9. Art. 7 lit. f) der Datenschutzrichtlinie erklärt eine Verarbeitung personenbezogener Daten u.a. für rechtmäßig, wenn sie erforderlich ist „zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Art. 1 Abs. 1 (der Datenschutzrichtlinie) geschützt sind, überwiegen“. Das nationale Recht darf dabei jedenfalls im Verhältnis zwischen dem auf der Grundlage von § 44 BDSG (möglicherweise) strafenden Staat und dem von Strafe bedrohten „Datenverarbeiter“ nicht hinter den durch Art. 7 lit. f) der Datenschutzrichtlinie gewährten Befugnissen zur Verarbeitung personenbezogener Daten der Betroffenen zurückbleiben. Dabei ist es für die Anwendung der Erlaubnissätze des nationalen Datenschutzrechts jedenfalls in ihrer Bedeutung als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe unerheblich, ob in die Interessenabwägung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG die Interessen von Dritten, hier der Auftraggeber des Angeklagten, einbezogen werden oder auf der Grundlage von

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG, der solche Drittinteressen ohnehin berücksichtigt, die Interessenabwägung anhand des durch die Datenschutzrichtlinie vorgegebenen Maßstabs („Überwiegen der Interessen des Betroffenen“) erfolgt. Auf beiderlei Weise trägt das nationale Recht dem insoweit bindenden Unionsrecht vollumfänglich Rechnung. (Bearbeiter)

10. Ob die Interessen des Betroffenen am Schutz seiner Privatsphäre und „seiner“ (personenbezogenen) Daten gegenüber den Interessen an der Informationsgewinnung überwiegen, ist eine Frage des Einzelfalls, die durch den Tatrichter zu beantworten ist. (Bearbeiter)

11. Eine Abwägung mit den Interessen des Detektivs bzw. seines Auftraggebers in Fällen des Einsatzes von Mitteln, die im Anwendungsbereich der Strafprozessordnung der Vorschrift des § 100h StPO unterfallen, darf nicht lediglich dann vorgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für einen staatlichen Ermittlungseingriff gemäß § 100h Abs. 1 StPO vorgelegen hätten. Eine solche Beschränkung der auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG oder § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG vorzunehmenden Abwägung wird den unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 lit. f) der Datenschutzrichtlinie nicht ausreichend gerecht. Sie ist aber auch im System des nationalen Rechts nicht tragfähig. Sie machte insoweit die Informationsgewinnung durch Private von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen abhängig, die lediglich für den Staat und seine Organe, nicht aber für den privaten Bürger gelten. (Bearbeiter)

778. BGH 4 StR 223/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (BGH)

Vorlageverfahren (Divergenzvorlage; Anfrageverfahren); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmittel in nicht geringer Menge (Verklammerung zu Tateinheit durch einheitliche Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmittel in nicht geringer Menge); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens, Tateinheit).

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; 52 StGB

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Eine – infolge tateinheitlicher Verknüpfung mehrerer Bewertungseinheiten – einheitliche Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verbindet mehrere zu deren Verwirklichung vorgenommene Einfuhren von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Tat der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

2. Voraussetzung für die Annahme von Tateinheit durch Klammerwirkung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (st. Rspr.). Als Maßstab hierfür dient die Abstufung der einzelnen Delikte nach ihrem Unrechtsgehalt unter Orientierung an den Strafrahmen, wobei der Wertevergleich nicht nach einer abs-

trakt-generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen ist (vgl. BGHSt 33, 4, 6 ff.).

3. Die Annahme von Tateinheit kommt in Betracht, wenn mehrere Tatbestandsverwirklichungen dergestalt objektiv zusammentreffen, dass die Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind. Dagegen reichen ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht aus, Tateinheit zu begründen (vgl. BGHSt 43, 317, 319).

4. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGHSt 50, 252, 256 mwN), wobei verschiedene Betätigungen, die auf die Förderung ein und desselben Güterumsatzes abzielen, eine tatbestandliche Bewertungseinheit bilden. Eine solche auf den gewinnorientierten Umsatz von Betäubungsmitteln ausgerichtete Tätigkeit liegt auch darin, dass sich der Zwischenhändler zu der Örtlichkeit begibt, an welcher er von seinem Lieferanten eine zuvor abgesprochene, zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmte Betäubungsmittellieferung vereinbarungsgemäß übernehmen soll.

705. BGH 1 StR 6/13 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Bochum)

Versuchte Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen (unmittelbares Ansetzen: Ablauf der Erklärungspflicht, Verlängerung durch die Beauftragung eines Steuerberaters, allgemeine Fristverlängerung aufgrund gleichlautender Erlasse/Verwaltungsvorschriften der obersten Finanzbehörden der Länder); Verhältnis der Umsatzsteuervoranmeldungen zu den Umsatzsteuerjahreserklärungen (Tat im prozessualen Sinn).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 109 Abs. 1 AO; § 149 Abs. 2 AO; § 118 AO; § 22 StGB; § 3 StBerG; § 4 StBerG; § 264 StPO

1. Zwar endete die regelmäßige gesetzliche Abgabefrist für die Steuererklärungen gemäß § 149 Abs. 2 AO bereits am 31. Mai. Für die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens zur Steuerhinterziehung sind bei der Beauftragung eines Steuerberaters aber auch die Fristverlängerungen maßgeblich, die gemäß § 109 Abs. 1 AO in Verbindung mit einschlägigen Verwaltungsvorschriften für diesen Fall anerkannt sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Beauftragung des Steuerberaters nicht lediglich zum Schein erfolgt.

2. Auch eine nach dem 31. Mai 2008 mit sofortiger Wirkung ausgesprochene Kündigung der Beauftragung des Steuerberaters führt nicht zum Versuchsbeginn i.S.v. § 22 StGB, da die durch Verwaltungsakt gemäß § 118 AO gewährte Verlängerung einer Frist nicht allein deshalb entfällt, weil der Grund ihrer Einräumung nicht mehr gegeben ist (vgl. auch § 131 Abs. 2 AO). Allerdings können die Finanzbehörden – wie auch sonst beim Vorliegen sachlicher Gründe – die ausstehenden Steuererklärungen mit angemessener Frist für einen Zeitpunkt vor Ablauf

der allgemein verlängerten Frist anfordern. Ein unmittelbares Ansetzen zur Tat kann aber nicht vor dem Ablauf jener angemessenen Frist angenommen werden. Wird ein Geschäftsführer vor Ablauf der angemessenen Frist abberufen, trifft ihn die Verpflichtung nicht mehr.

3. Ein zur Abgabe einer Steuererklärung Verpflichteter kann sich davon abgesehen nur dann auf die allgemeine Fristverlängerung berufen, wenn er tatsächlich einem Angehörigen der steuerberatenden Berufe einen Auftrag zur Anfertigung der Steuererklärung erteilt hat. Bei dieser Fristverlängerung handelt es sich nicht um eine allgemeine Fristverlängerung für jedermann, sondern um eine solche, die gerade den Berufsgruppen der steuerberatenden Berufe Erleichterung verschaffen soll und daher nur eingreift, wenn diese Berufsgruppen mit der Erstellung von Steuererklärungen beauftragt werden.

4. Auch der Wille, noch (einmal) einen Steuerberater zu beauftragen, führt für sich allein weder zu einer Fristverlängerung noch zu einem Hinausschieben des Versuchsbeginns.

5. Die aus dem materiellen Steuerrecht folgenden engen Verzahnungen führen dazu, dass Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärung eines Jahres hinsichtlich ihrer strafrechtlichen Bedeutung innerlich derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einzelnen Taten nur in der Zusammenschau richtig gewürdigt werden kann. Damit würde ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden werden. Die durch die Verletzung der Erklärungspflichten bei den Umsatzsteuervoranmeldungen und bei der Umsatzsteuerjahreserklärung für das nämliche Jahr begangene Steuerhinterziehung i.S.v. § 370 AO bilden damit eine einheitliche Tat i.S.d. § 264 StPO (vgl. BGHSt 49, 359). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch in Fällen der Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen (vgl. BGH wistra 2005, 145, 147).

709. BGH 1 StR 318/12 – Urteil vom 19. März 2013 (LG Landshut)

Umsatzsteuerhinterziehung durch den Einsatz eines Missing Traders oder durch die Verschleierung des Erwerbers (vermeintlich steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung: Voraussetzungen der Versagung; Begriff des Abnehmers/Erwerbers; Vorsteuerabzug; Erklärungszurechnung bei einer umsatzsteuerlichen Organshaft; Vollendung bei geringfügigen Erstattungsbeträgen/Vergütungsbeträgen); wirksamer Eröffnungsbefehl bei Steuerhinterziehung (Umgrenzungsfunktion; Anklageschrift).

§ 370 AO; § 41 AO; § 168 Satz 2 AO; § 6a UStG; § 4 Nr. 1 Buchst. b UStG; § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG; § 15 UStG; § 18 Abs. 3 UStG; § 3 UStG; § 200 StPO; § 1 Abs. 2 KBV

1. Bei einem zunächst unerkannten Vorliegen einer Organshaft gilt die für eine Organgesellschaft abgegebene Umsatzsteuerjahreserklärung nicht auch als Erklärung für den Organträger. Wegen der auch bei einer umsatzsteuerlichen Organshaft weiterhin bestehenden zivil-

rechtlichen Selbständigkeit einer Organgesellschaft wirken die für diese abgegebenen Steuererklärungen allein für die Organgesellschaft und nicht für und gegen ein sie beherrschendes Unternehmen.

2. Die Organgesellschaft schuldet keine Umsatzsteuern, weil sie gemäß § 2 Nr. 2 UStG nicht als Unternehmerin selbständig tätig wird, und muss deshalb auch keine Umsätze anmelden. Eine dennoch erfolgte Umsatzsteueranmeldung der Organgesellschaft muss rückgängig gemacht werden, wenn sich nachträglich das Vorliegen einer Organshaft herausstellt. Dies bedeutet umgekehrt aber auch, dass im Falle des Vorliegens einer Organshaft eine für die Organgesellschaft abgegebene Umsatzsteuerjahreserklärung jedenfalls insoweit nicht unrichtig oder unvollständig ist, als von dieser getätigte Umsätze dort nicht aufgenommen wurden.

3. Zu den Voraussetzungen für die Annahme einer Organshaft.

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 57, 32) entfällt die Steuerbefreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung dann, wenn der Lieferer bei der Lieferung die Identität des wahren Erwerbers verschleiert hat, um diesem zu ermöglichen, im Empfängerstaat Umsatzsteuer zu hinterziehen, wenn sonst der fragliche Umsatz jeglicher Besteuerung entgehen würde. Es bestehen nebeneinander zwei Versagungsgründe: Die beiderseitige kollusive Täuschung und die einseitige Verschleierung der Identität des Erwerbers durch den Steuerpflichtigen unter Verstoß gegen die Pflichten zum Buch- und Belegnachweis, um diesem im Bestimmungsmitgliedstaat eine Mehrwertsteuerhinterziehung zu ermöglichen.

5. Es bleibt offen, ob eine Steuerpflicht einer innergemeinschaftlichen Lieferung trotz Vorliegens der objektiven Voraussetzungen auch dann in Betracht kommt, wenn dem Unternehmer – der nicht über die Identität des Abnehmers täuscht – nur bekannt ist, dass der Abnehmer, den er nach seinen Belegen und buchmäßigen Aufzeichnungen als Abnehmer führt, seine steuerlichen Verpflichtungen im Bestimmungsmitgliedstaat nicht erfüllt.

6. Abnehmer (Leistungsempfänger) bei Lieferungen i.S.v. § 3 Abs. 1 UStG und damit Erwerber bei innergemeinschaftlichen Lieferungen ist derjenige, dem der liefernde Unternehmer die Verfügungsmacht über den Gegenstand verschafft. Maßgeblich ist, wer nach dem der Leistung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis als Auftraggeber berechtigt und verpflichtet ist. Abnehmer (Erwerber) ist somit derjenige, der nach dem der Lieferung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis die Verfügungsmacht erhalten soll. Ob diese Person auch auf eigene Rechnung tätig ist, spielt keine Rolle. Handelt z.B. ein Strohmann oder Treuhänder im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung, ist daher er, nicht aber sein Auftraggeber Abnehmer. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs erlaubt die Feststellung, der Empfänger der Lieferung habe die mit Hilfe der bezogenen Lieferungen ausgeführten Umsätze nicht versteuert, für sich genommen nicht den Schluss, nicht der Vertragspartner („Missing Trader“), sondern eine andere Person sei Empfänger der

Lieferung. Darüber hinaus ist die ordnungsgemäße Erfüllung von Steuererklärungspflichten kein Tatbestandsmerkmal der Unternehmereigenschaft (vgl. BFHE 219, 422; vgl. aber zur Unternehmereigenschaft bei Einbindung in ein auf die Verkürzung von Umsatzsteuer ausgelegtes Hinterziehungssystem BGH wistra 2011, 264). Zu einem Einzelfall widersprüchlicher Feststellungen.

7. Ist für eine gemäß wirksame Umsatzsteueranmeldung eine Zustimmung der Finanzbehörde erforderlich, kann sich diese für die Anwendung der Steuerhinterziehung nicht aus der Kleinbetragsverordnung (KBV) ergeben. Die Kleinbetragsverordnung ersetzt nicht die im Falle eines angemeldeten Erstattungsbetrages erforderliche Zustimmung des Finanzamts. Sie setzt eine als Steuerfestsetzung geltende Steueranmeldung voraus. Auch aus dem Umstand, dass in der Verwaltungspraxis regelmäßig eine Zustimmung zu einer Auszahlung erteilt wird, wenn der sich aus einer Steueranmeldung ergebende Erstattungsbetrag 2.500 Euro nicht übersteigt, ergibt sich keine Zustimmung, wenn sie nicht tatsächlich erteilt und dem Steuerpflichtigen bekannt (gemacht) worden ist. Auch die in der Praxis übliche Nichtauszahlung von Erstattungsbeträgen unter einem Euro kann eine gemäß § 168 Satz 2 AO erforderliche Zustimmung des Finanzamts nicht ersetzen.

8. Sollte die Finanzverwaltung ein Umsatzsteuerguthaben zurückgehalten haben, das den erstrebten Verkürzungsumfang übersteigt, würde dies bei einer unzutreffend zugrunde gelegten steuerbefreiten innergemeinschaftlichen Lieferung für sich allein nicht die Annahme rechtfertigen, der Steueranspruch sei nicht ernsthaft gefährdet gewesen. Er wäre bereits dann gefährdet, wenn die Möglichkeit bestünde, dass die Voraussetzungen einer Versagung der Steuerbefreiung für durchgeführte innergemeinschaftliche Lieferungen sich nicht erweisen oder die Voraussetzungen der Vertrauensschutzregelung des § 6a Abs. 4 UStG sich nicht widerlegen lassen könnten, obwohl sie tatsächlich nicht gegeben sind.

748. BGH 1 StR 278/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Stuttgart)

Beschränkung der Revision gegen ein ausschließlich Zuchtmittel anordnendes Urteil (Anforderungen an Revisionsantrag; Klarstellung des Angriffsziels; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz).

Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG; § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG; § 13 Abs. 2 Ziffer 3 JGG; § 344 Abs. 1 JGG

1. Ein Urteil, das ausschließlich ein Zuchtmittel (§ 13 Abs. 2 Ziffer 3 JGG) gegen den Angeklagten anordnet, kann gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG nicht wegen des Umfangs der Maßnahme und nicht deshalb angefochten werden, weil andere Erziehungsmaßregeln oder (andere) Zuchtmittel hätten angeordnet werden sollen. Dementsprechend kann ein Rechtsmittel gegen ein allein derartige Rechtsfolgen des Jugendstrafrechts verhängendes Urteil lediglich darauf gestützt werden, dass die Schuldfrage aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen falsch beurteilt oder die verhängte Sanktion selbst rechtswidrig ist.

2. Diese gesetzliche Beschränkung in dem zulässigen Angriffsziel eines gegen ein solches Urteil gerichteten

Rechtsmittels wirkt sich bei der Revision auf die aus § 344 Abs. 1 StPO resultierenden Anforderungen an den vom Gesetz verlangten Revisionsantrag aus. Um eine Umgehung der Begrenzung der im Rahmen von § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG zulässigen Angriffsziele einer Revision zu verhindern, ergibt sich vor dem Hintergrund von § 344 Abs. 1 StPO, im Revisionsantrag anzugeben, inwieweit das Urteil angefochten werde, für den Revisionsführer die Notwendigkeit, eindeutig (vgl. BVerfG NStZ-RR 2007, 385, 386) klarzustellen, dass mit dem Rechtsmittel ein zulässiges Ziel verfolgt wird.

3. Mit diesem aus § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG i.V.m. § 344 Abs. 1 StPO abgeleiteten Erfordernis ist eine Verletzung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG) nicht verbunden (vgl. BVerfG NStZ-RR 2007, 385, 386).

769. BGH 4 StR 144/13 – Beschluss vom 16. Juli 2013 (LG Münster)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Klammerwirkung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung verwirklicht der gleichzeitige Besitz verschiedenartiger Betäubungsmittel den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 227). Gegenüber dem täterschaftlich begangenen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tritt er zurück (st. Rspr.). Er hat deshalb mangels Wertgleichheit nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden (vgl. BGHSt 42, 162, 166).

2. Beim Zusammentreffen von täterschaftlichem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge behält der Besitz aber einen eigenen Unrechtsgehalt und tritt nicht zurück, es besteht

vielmehr Tateinheit (st. Rspr.). Der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln hat in diesen Fällen demgemäß auch die Kraft, an sich selbständige Fälle der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Tateinheit zu verklammern.

727. BGH 2 StR 259/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Aachen)

Täterschaftliches Handeltreiben (Gewinnstreben bei unterschiedlichen Lieferungen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Täterschaftliches Handeltreiben erfordert das eigennützige Bemühen, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern. Eigennützig ist eine solche Tätigkeit nur, wenn das Handeln des Angeklagten zumindest auch vom Streben nach Gewinn geleitet war oder er sich einen anderen persönlichen Vorteil versprach, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wurde.

2. Erfolgt aber der Erwerb von Betäubungsmitteln mit offensichtlich unterschiedlicher Zweckbestimmung, richtet sich seine rechtliche Einordnung nach den jeweiligen Einzelmengen (BGH StraFo 2004, 252).

763. BGH 2 StR 608/12 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Bonn)

Unbefugtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Handeln aus Eigennutz; Vorsatz bzgl. einer nicht geringen Menge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Eigennützig im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 handelt der Täter, dem es auf seinen persönlichen Vorteil, insbesondere auf die Erzielung von Gewinn ankommt. Sein Handeln muss vom Streben nach Gewinn geleitet sein oder er muss sich sonst irgendeinen persönlichen Vorteil von ihm versprechen, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wird. Ein Vorteil immaterieller Art kommt bei der gebotenen zurückhaltenden Auslegung nur in Betracht, wenn er einen objektiv messbaren Inhalt hat und den Empfänger in irgendeiner Weise tatsächlich besser stellt.

Keine Sperrung der Vertrauensperson gemäß § 96 StPO analog bei gleichzeitiger Verletzung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3d EMRK

Kurzanmerkung zu VGH Hessen, Beschluss vom 29.5.2013 – 8 B 1005/13; 8 D 1006/13 = HRRS 2013 Nr. 702

Von Rechtsanwältin Dr. Franziska Mahler, LL.M. (LSE), Berlin

Dass es im Zweifel schwierig ist zu erkennen, ob eine Vertrauensperson oder ein Verdeckter Ermittler rechtstaatlich handelt oder aber als Agent Provocateur die Grenzen des Rechtsstaats verlässt, wird auch in der hier zu besprechende Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs deutlich. Für die Richter des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs war ungeklärt, ob die Vertrauensperson über ihre Aktivitäten für die Ermittlungsbehörden hinaus den Angeklagten zu den Straftaten gedrängt bzw. diese ermöglicht hatte. In ihrem Beschluss heben die Richter die Rolle des Rechts auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3d EMRK hervor: Es diene aus ihrer Sicht der Überprüfung, ob es sich bei einem Verdeckten Ermittler oder einer Vertrauensperson um einen rechtswidrig handelnden Akteur im Sinne eines sog. Agent Provocateur handle. Diese Auffassung deckt sich mit der seit langem existierenden Rechtsprechung des EGMR, die bei Feststellung der Tatprovokation auch das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3d EMRK beachtet.¹ Obgleich die Entscheidung in einigen Punkten Divergenzen zur europäischen Rechtsprechung aufweist, verdeutlicht sie (abermals), dass die Sperrung eines Verdeckten Ermittlers oder einer Vertrauensperson in der Hauptverhandlung stets das letzte Mittel sein darf. Dies nicht nur um das Konfrontationsrecht des Angeklagten zu sichern, sondern auch um die Rechtsstaatlichkeit des Handelns der Ermittlungsbehörden und ihrer „Hilfspersonen“ für die Öffentlichkeit sichtbar zu machen.

I. Der Beschluss des VGH Hessen vom 29.05.2013

In der dem Beschluss zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellation war der Antragsteller vor der 3. Großen Jugendkammer des Landgerichts Frankfurt am Main angeklagt, gemeinschaftlich mit Betäubungsmitteln in

nicht geringer Menge Handel getrieben zu haben. Hauptbelastungszeuge war eine Vertrauensperson der Ermittlungsbehörden, welche die Betäubungsmittel von einem Dritten in Empfang genommen und an den Angeklagten weitergeleitet haben soll. Die Vertrauensperson konnte in der Hauptverhandlung nicht befragt werden, da das Hessische Innenministerium eine Sperrerklärung gemäß § 96 StPO analog erlassen hatte. Das Ministerium begründete die Sperrerklärung damit, dass ansonsten eine Gefahr für Leib und Leben der Vertrauensperson bestehe und die Vertrauensperson anonym bleiben müsse, damit sie auch in weiteren Verfahren verwendet werden könne. Die Sperrerklärung sei auch generell notwendig, um Vertrauenspersonen zu verdeutlichen, dass ihre Vertraulichkeit langfristig gewährleistet werde, da sich ansonsten nur noch schwer Vertrauenspersonen finden ließen.

Diese umfassende Sperrerklärung hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof für rechtswidrig erachtet, der Beschwerde stattgegeben und die Vernehmung der Vertrauensperson unter bestimmten Voraussetzungen angeordnet. Danach sei der Zeuge audiovisuell zu vernehmen, Angaben zur Person und Identität könne er verweigern. Ferner sei der Angeklagte für die Zeit der Vernehmung aus dem Sitzungszimmer zu entfernen, die Öffentlichkeit auszuschließen sowie die optische und akustische Verfremdung von Bild und Ton herbeizuführen. Außerdem sei der Zeuge in Anwesenheit seines Führungsbeamten zu befragen.

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof betont in seinem Beschluss, dass eine vollständige Versagung der Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung den Angeklagten in seinem Recht auf ein faires Verfahren, insbesondere in seinem Recht auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen aus Art. 6 Abs. 3d EMRK, verletzt. In seiner Begründung führt der Hessische Verwaltungsgerichtshof dezidiert aus, warum bei vollständiger Sperrung des Zeugen eine derartige Verletzung des Verfahrens vorliegt. Danach könne es nicht im Ermessen der Exekutive stehen, Zeugen dem Gericht vorzuenthalten. Es sei Aufgabe der Gerichte, die Schuld oder Unschuld der

¹ EGMR, Urteil vom 05.02.2008 – 74420/01 (Ramanaukas/Litauen), zitiert nach juris = HRRS 2008 Nr. 200; EGMR, Urteil vom 21.02.2008 – 15100/06 (Pyrgiotakis/Griechenland), zitiert nach juris = HRRS 2008 Nr. 500; vgl. zu beiden Urteilen: Gaede/Buermeyer HRRS 2008, 279.

Angeklagten aufzuklären und nach ihrer richterlichen Überzeugung festzustellen (§§ 244, 261 StPO). Der Hauptverhandlung sei, insbesondere zur Ermittlung des wahren Sachverhalts, immanent, dass auf das unmittelbare und nicht auf das mittelbare Beweismittel zurückgegriffen werde. Die Möglichkeit, einen Zeugen zu sperren, müsse daher ultima ratio sein.

Ferner habe die vorliegende Sperrerklärung nicht die Weiterentwicklung des Strafprozessrechts in den letzten Jahren berücksichtigt. So sei u.a. die audiovisuelle Vernehmung unter optischer und akustischer Verzerrung trotz der gesetzlichen Regelung in § 247a StPO nicht als Möglichkeit in Betracht gezogen worden. Diesbezüglich machen die Richter – im Gegensatz zu einer Entscheidung des OVG Lüneburg vom 04.01.2012² – deutlich, dass eine Vernehmung an einem anderen Ort und audiovisueller Übertragung in den Verhandlungsraum gemäß § 247a StPO nicht deshalb als ungeeignet abgelehnt werden könne, weil die Vertrauensperson oder der Verdeckte Ermittler bisher „keinerlei Erfahrung mit derartigen Vernehmungssituationen“ habe. Die möglicherweise bestehende Gefahr, dass er unüberlegt oder unbewusst Ansatzpunkte für seine Identifizierung liefere, könne – wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof hervorhebt – über die Begleitung durch die Führungsperson beseitigt werden. Ebenfalls könne das Risiko, dass die Identität des Informanten über die Verwendung besonderer Gestik oder Mimik offenbart werde, durch die technische Veränderung bei Bild und Ton beseitigt werden; auch dieses Risiko habe das OVG Lüneburg zu Unrecht bejaht. Folglich sei die Vernehmung gemäß § 247a StPO durchführbar, ohne dass Leib oder Leben der konkreten Vertrauensperson ernsthaft gefährdet würden; zumal durch die (oben bereits aufgezeigte) Kumulierung der Maßnahmen einerseits eine Enttarnung der Vertrauensperson verhindert und andererseits den Interessen des Angeklagten an einer möglichst unmittelbaren Beweiserhebung weitgehend Rechnung getragen werde.

Von größter Wichtigkeit sei ferner, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung bei Gegenüberstellung mit dem Angeklagten bzw. dessen Verteidiger als falsch herausstellen würde. Maßgeblich war für den Hessischen Verwaltungsgerichtshof dabei, dass der Zeuge sich als Hauptbelastungszeuge an der Grenze zum Agent Provocateur bewegt habe. Würde sich im Zuge der Hauptverhandlung ergeben, dass das Handeln des Zeugen tatsächlich alle Merkmale eines Agent Provocateur erfüllte, müsste dies über die sog. Vollstreckungslösung des Bundesgerichtshofs im Strafverfahren Beachtung finden.

Abschließend weist das Gericht darauf hin, dass auch die gesteigerten Schutzmaßnahmen, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Vernehmung einer Vertrauensperson grundsätzlich zu treffen sind, hier nicht zu beachten seien. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind Vertrauenspersonen schutzbedürftiger als Verdeckte Ermittler, da sie in der Regel aus dem Nahbereich des Angeklagten stammen, damit einfacher zu identifizieren und somit erhöhten Gefahren für Leib

und Leben ausgesetzt sind.³ Diese Voraussetzung sei – so die Richter – hier nicht erfüllt, da die Vertrauensperson gerade keine Person aus dem Nahbereich des Angeklagten gewesen sei. Zudem habe sie sich mehrfach mit dem Angeklagten getroffen und insgesamt mehrere Stunden mit ihm verbracht. Es sei mithin lediglich zu verhindern, dass die wahre Identität der Vertrauensperson preisgegeben werde.

II. Das Recht auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3d EMRK in der Rechtsprechung des EGMR und des BGH

Die Verletzung des Rechts auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3d EMRK hat den Hessischen Verwaltungsgerichtshof vorliegend dazu veranlasst, die Vernehmung des Hauptbelastungszeugen zu ermöglichen. Die Entscheidung stützt sich dabei auf die deutsche und europäische Rechtsprechung zum Konfrontationsrecht bei anonymen Zeugen, die im Folgenden kurz skizziert werden soll.

Art. 6 Abs. 3d EMRK garantiert das Recht des Beschuldigten, einen Belastungszeugen selbst oder durch den Verteidiger kontradiktorisch befragen zu können. Dieses Fragerecht ist damit ein wesentlicher Bestandteil eines fairen Strafverfahrens.⁴ Zugleich ist Art. 6 Abs. 3d EMRK Ausdruck des Prinzips der Waffengleichheit, weshalb es dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger in Bezug auf den Zeugenbeweis die gleichen Befugnisse wie der Staatsanwaltschaft gewährt.⁵

Das Konfrontationsrecht beinhaltet dabei nach herrschender Meinung kein Recht auf physische Gegenüberstellung.⁶ Bei anonymen Belastungszeugen – wie z.B. Vertrauenspersonen – genügt jedoch nicht, dass Beschuldigter und/oder Verteidiger lediglich über eine akustische Übertragung die richterliche Vernehmung des Zeugen im Nebenraum verfolgen und Fragen stellen können.⁷ Eine den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3d EMRK genügende Zeugenbefragung erfordert hier vielmehr, dass es der Verteidigung zu einem beliebigen Verfahrenszeitpunkt ermöglicht wird, die Reaktion des Zeugen auf direkte Fragen zu beobachten und seine Glaubwürdigkeit zu

³ BGH, Beschluss vom 17.08.2004 -1 StR 315/04 = HRRS 2004 Nr. 827, NStZ 2005, 43.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 23.01.2008 – 2 BvR 2491/07, zitiert nach juris, = HRRS 2008 Nr. 391; BVerfG, Beschluss vom 05.07.2006 – 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204; BVerfG, Beschluss vom 20.12.2000 – 2 BvR 591/00, NJW 2001, 2245.

⁵ Esser, in: Löwe/Rosenberg, Band 11, 26. Auflage (2012), Art. 6 EMRK Rn. 760; Gaede StV 2012, 51; Mahler, Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen, jur. Dissertation (2011), passim.

⁶ BGH, Urteil vom 25.07.2000 – 1 StR 169/00, NStZ 2001, 212; Esser, a.a.O. (Fn. 5), Art. 6 EMRK Rn. 773; a.A. Walther GA 2003, 204.

⁷ Valerius, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO (2013), Art. 6 EMRK Rn. 51 unter Hinweis auf: EGMR, Urteil vom 25.06.1992 – 17/1991/269/340 (Lüdi/Schweiz), zitiert nach juris; EGMR, Urteil vom 20.11.1989 – 10/1988/154/208 (Kostovski/Niederlande), zitiert nach juris.

² OVG Lüneburg, Beschluss vom 04.01.2012 – 14 PS 3/11, NJW 2012, 2372.

überprüfen.⁸ Der BGH will zu diesem Zweck die Vernehmung von Zeugen unter optischer und akustischer Abschirmung gemäß § 247a StPO zulassen.⁹ Dieser Auffassung hat sich vorliegend auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof angeschlossen.

Wird bei anonymen Zeugen eine solche Vernehmung gewährleistet, erhält der Beschuldigte aus Sicht des Bundesgerichtshofs eine angemessene und geeignete Gelegenheit, dem Zeugen über seinen Verteidiger Fragen stellen zu lassen.¹⁰ Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 d EMRK wird in diesen Fällen verneint.

Wird eine solche Vernehmungsmöglichkeit hingegen nicht gewährt, verstößt es auch dies aus Sicht der jüngsten Rechtsprechung des EGMR nicht automatisch gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3d EMRK, wenn dennoch der mittelbare Beweis zugelassen wird und dieser zugleich der einzige oder entscheidende Beweis gegen den Beschuldigten ist.¹¹ Eine Verurteilung aufgrund solcher Beweismittel sei allerdings nur zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des (unmittelbaren) Belastungszeugen fair und angemessen beurteilt werden könne und dieses Beweismittel im Ergebnis als hinreichend verlässlich erachtet werde.¹² Diese Herangehensweise entspricht weitestgehend der vom Bundesgerichtshof vertretenen und (in der Literatur stark kritisierten¹³) Rechtsprechung. Auch aus Sicht des Bundesgerichtshofs ist bei einer Nichtgewährung des Konfrontationsrechts eine besonders sorgfältige und kritische Würdigung des *ungeprüften* Beweismittels geboten.¹⁴ Insbesondere bei Zeu-

genaussagen, die infolge einer Sperrerklärung lediglich mittelbar über einen Zeugen vom Hörensagen in die Verhandlung eingeführt werden, sind die Beweise besonders vorsichtig zu würdigen und ggf. der Zweifelsatz anzuwenden.¹⁵

III. Kritische Bewertung

Der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs steht in einheitlicher Linie mit der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Vernehmungsmöglichkeiten anonymen Zeugen. Dabei hebt das Gericht sowohl die Bedeutung des Konfrontationsrechts als auch des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Strafprozess hervor.

Doch wird bei Betrachtung der Entscheidung deutlich, dass das Gericht (wie auch der Bundesgerichtshof) hinter den Vorgaben aus der Rechtsprechung des EGMR zurückbleibt. So behandelt der EGMR private Gewährsleute wie Vertrauenspersonen als „disinterested“ und als damit weniger gefährdet,¹⁶ während der BGH hier besondere Vorsicht walten lässt, wenn sich ein bestimmtes Näheverhältnis feststellen lässt.¹⁷ Auch wenn das Gericht über diese Gefährdung hier nicht zu entscheiden hatte, da sich eine solche enge, direkte Beziehung nicht herstellen ließ, ändert es nichts an dem Umstand, dass die Richter dem Grunde nach dem EGMR die Gefolgschaft versagen.

Eine weitere Divergenz zwischen deutscher und europäischer Rechtsprechung wird durch dieses Urteil deutlich. Der EGMR legt einen hohen Prüfungsmaßstab bei Kontrolle der Sperrerklärung an. Danach habe sich das nationale Gericht nicht mit einer Plausibilitätskontrolle zufrieden zu geben, sondern die Verhältnismäßigkeit der Sperrerklärung selbst zu überprüfen.¹⁸ Hingegen können sich die deutschen Strafgerichte – das hebt auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof hervor – mit einer bloßen Ermessenskontrolle bzw. Plausibilitätsprüfung begnügen. Nur wenn die Sperrerklärung grob rechtswidrig oder willkürlich ist, sind die Gerichte hieran nicht gebunden. Dieses Problem stellte sich im vorliegenden Verfahren nicht, da die Sperrerklärung mittels des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens umfänglich zu überprüfen war.¹⁹ Wäre die Sperrerklärung allerdings im Rahmen des Strafverfahrens zu beurteilen gewesen, so hätte eine derart dezidierte Prüfung nicht erfolgen können. Dies verdeutlicht (auch aus Verteidigersicht) die Notwendigkeit, eine erlassene Sperrerklärung unverzüglich mit den verwaltungsgerichtlichen Rechtsmitteln

⁸ Vgl. statt vieler: EGMR, Urteil vom 17.11.2005 – 73047/01 (Monika Haas/Deutschland), NStZ 2007, 103 = HRRS 2006 Nr. 63; BGH, Urteil vom 25.07.2000 – 1 StR 169/00, NStZ 2001, 212 unter Hinweis auf EGMR, Urteil vom 24.11.1986 – 1/1985/87/134 (Unterpertinger/Österreich), zitiert nach juris.

⁹ BGH, Beschluss vom 07.03.2007 – 1 StR 646/06, NStZ 2007, 477 = HRRS 2007 Nr. 430; BGH, Beschluss vom 26.09.2002 – 1 StR 111/02, NStZ 2003, 274; aA noch BGH, Beschluss vom 17.10.1983 – GSSt 1/83, NStZ 1984, 36, 38; Valerius GA 2005, 459; Walter StraFo 2004, 224; Weider StV 2000, 48; Wattenberg/Violet StV 1997, 617.

¹⁰ EGMR, Urteil vom 23.04.1997 – 55/1996/674/861 – 864 (Van Mechelen/Niederlande), zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 03.12.2004 – 2 StR 156/04 = HRRS 2005 Nr. 74, NStZ 2005, 224; BGH, Urteil vom 27.02.2004 – 2 StR 146/03 = HRRS 2004 Nr. 488, NStZ 2004, 505; BGH, Urteil vom 25.07.2000 – 1 StR 169/00, NStZ 2001, 212.

¹¹ EGMR, Urteil vom 19.07.2012 – 26171/07 (Hümmer/Deutschland), zitiert nach juris; EGMR-GK, Urteil vom 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja u. Tahery/Vereinigtes Königreich), zitiert nach juris = HRRS 2012 Nr. 1; Meyer HRRS 2012, 117; du Bois-Pedain HRRS 2012, 120.

¹² EGMR, a.a.O. (Fn. 11).

¹³ Vgl. statt vieler: Renzikowski, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529; Wohlers ZStrR 2005, 144; Sowada NStZ 2005, 1; Meyer-Lohkamp StV 2004, 11; Gleß NJW 2001, 3606.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.10.2009 – 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925 = HRRS 2009 Nr. 1114; BGH, Beschluss vom 24.11.2009 – 5 StR 448/09, NStZ-RR 2010, 83; BGH, Beschluss vom 17.03.2009 – 4 StR 662/08, NStZ-RR 2009, 212 = HRRS 2009 Nr. 458; BGH, Beschluss vom 29.11.2006 – 1 StR 493/06 = HRRS 2007 Nr. 39, NStZ 2007, 166; Radtke GA 2012, 187; Jung GA 2009, 235; Wattenberg/Violet StV 1997, 617.

¹⁵ BGH, Urteil vom 04.03.2004 – 3 StR 218/03, NStZ 2004, 343 = HRRS 2004 Nr. 200; BGH, Urteil vom 25.07.2000 – 1 StR 169/00, NStZ 2001, 212; Safferling NStZ 2006, 75; Renzikowski JR 1999, 605; Wattenberg StV 2000, 688; kritisch hierzu: Mahler, a.a.O. (Fn. 5), S. 106 ff.

¹⁶ EGMR, Urteil vom 14.02.2002 – 26668/95 (Visser/Niederlande), StraFO 2002, 160.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 17.08.2004 – 1 StR 315/04, NStZ 2005, 43 = HRRS 2004 Nr. 827.

¹⁸ EGMR, Urteil vom 23.04.1997 – 55/1996/674/861 – 864 (Van Mechelen/Niederlande), zitiert nach juris; vgl. zu dieser Diskrepanz auch Safferling NStZ 2006, 75.

¹⁹ Vgl. dazu auch: BVerwG, Beschluss vom 02.07.2009 – 20 F 4/09, zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 18.03.1992 – 1 BGs 90/92, zitiert nach juris; BVerwG, Beschluss vom 26.11.2003 – 6 VR 4/03, zitiert nach juris.

anzugreifen, um diese einer vollständigen tatsächlichen und rechtlichen Kontrolle zuzuführen. Um die hohen rechtlichen Anforderungen, welche an die Zulässigkeit und die Begründetheit eines Antrags im einstweiligen Rechtsschutz gestellt werden, einzuhalten, kann es sich für einen auf das Strafrecht spezialisierten Rechtsanwalt empfehlen, externe verwaltungsrechtliche Expertise hinzuziehen.

Bemerkenswert an der Entscheidung ist die damit verbundene Bestätigung, dass das Recht des Beschuldigten und seiner Verteidigung auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen integraler Bestandteil des deutschen Strafprozesses ist. Allerdings steht dieses Recht in der Rechtspraxis offenbar nur dem Verteidiger, nicht aber dem Beschuldigten zu. Denn schließlich sollte der Angeklagte in der vorliegenden Entscheidung nach Ansicht der Verwaltungsrichter für die Zeit der Vernehmung aus dem Gerichtssaal entfernt werden. Wird das Konfrontationsrecht in der Rechtsprechung mithin derart beschnitten bzw. allein auf den Verteidiger zugeschnitten, so ist dieser umso mehr gezwungen, von diesem Recht umfassend Gebrauch zu machen. Andernfalls liefe das Konfrontationsrecht gänzlich leer.

Infolgedessen sollte ein Verteidiger das Konfrontationsrecht als ureigenes Vernehmungsrecht dem Zeugen gegenüber verstehen und es entsprechend ausüben.²⁰ In diesem Zusammenhang trifft den Zeugen die Pflicht, sich auch den unbequemen Fragen der Verteidigung zu stellen, solange sie der Wahrheitsfindung zuträglich sind. Diese unangenehmen Frage sind es, die zum einen dazu führen, dass der Zeuge die Verteidigung als „bedrohende Inquisitorin“ wahrnimmt und die zum anderen geeignet sind, die Konstanz der Zeugenaussage auf die Probe stellen, Widersprüche zu Tage treten lassen und damit im besten Fall den Wahrheitsgehalt der Aussage ergründen.²¹ Die Ausübung des Konfrontationsrechts ist für die Wahrheitsfindung im Strafprozess mithin von elementarer Bedeutung.²² Deshalb sollte ein Verteidiger auch versuchen in einen Diskurs mit der Staatsanwaltschaft und dem Gericht einzutreten, um die tradierte Reihenfolge des Befragungsrechts „Gericht, Staatsanwaltschaft und erst dann die Verteidigung“ in Frage zu stellen und eine Umkehr dieser Reihenfolge zu bewirken.²³ Dafür kann der Verteidiger das Konfrontationsrecht als menschenrechtliche Garantie der aktiven Beweisteilhabe im Strafprozess fruchtbar machen.

Wird das Konfrontationsrecht im Strafprozess jedoch versagt, sollte der Verteidiger sich unter Rekurs auf Stimmen in der Literatur²⁴ nicht mit einer besonders

vorsichtigen Würdigung sämtlicher Beweise zufrieden geben. Zum einen sind die Anforderungen an eine derartige Beweiswürdigung in der richterlichen Praxis völlig unklar und damit auch nur eingeschränkt überprüfbar.²⁵ Zum anderen ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbots die rechtsstaatlich gebotene Lösung. Denn durch eine bloß „besonders vorsichtige Beweiswürdigung“ erhält die Verletzung dieses elementaren Prozessgrundrechts nicht die notwendige Anerkennung. Vielmehr gerät in Fällen der Versagung dieses Rechts das Gebot der effektiven Verteidigung mit dem Gebot der effektiven Strafverfolgung in einen von staatlicher Seite u.U. hervorgerufenen und von dieser Seite jedenfalls beeinflussbaren Zielkonflikt,²⁶ der nicht einseitig zu Lasten des Angeklagten entschieden werden kann. Demgegenüber sollte die Schuld eines Angeklagten nur bejaht werden, wenn dem Angeklagten seine Verteidigungsrechte umfassend gewährt und nicht etwa von einer allgemeinen Abwägung geprägt bzw. beschnitten worden sind.²⁷ Dementsprechend sollte ein Verteidiger bei Nichtgewährung des Konfrontationsrechts argumentieren, dass über die bekannten Fälle staatlich zurechenbarer Beschränkung des Konfrontationsrechts hinaus – nicht zuletzt wegen Verstoßes gegen die Fürsorgepflicht des Gerichts aus § 238 Abs. 1 StPO²⁸ – die fehlende Konfrontationsmöglichkeit ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben muss.²⁹

IV. Praxisfolge

Der Verdeckte Ermittler bzw. die Vertrauensperson ist nur bei einer von der Verwaltungsbehörde rechtmäßig erlassenen Sperrerklärung ein unerreichbares Beweismittel im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO.³⁰ Nur dann stehen seinem Erscheinen in der Hauptverhandlung „andere, nicht zu beseitigende Hindernisse“ im Sinne des § 223 Abs. 1 StPO entgegen.³¹ Besteht aus Verteidiger- bzw. Beschuldigtensicht zumindest die Möglichkeit, dass eine Konfrontation mit dem Zeugen zu wesentlich anderen Beweisergebnissen führt, ist es unerlässlich, den Verwaltungsrechtsweg mit dem Ziel zu bestreiten, die Sperrerklärung zu beseitigen und die Vernehmung des Zeugen zu erreichen. Andernfalls bleibt die Sperrerklärung bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs für das Gericht verbindlich.

²⁵ Mahler, a.a.O. (Fn. 5), S. 106 ff. m.w.N.

²⁶ Mahler, a.a.O. (Fn. 5), passim.

²⁷ So die höchstrichterliche US-amerikanischen Rechtsprechung zuletzt in: U.S. Supreme Court, Crawford v. Washington, Urteil vom 08.03.2004 – 02-9410, 74 CrL 412 (2004) = HRRS 2004 Nr. 690; vgl. hierzu Mahler, a.a.O. (Fn. 5), S. 33.

²⁸ BGH, Urteil vom 9.06.2009 – 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581 = HRRS 2009 Nr. 803.

²⁹ Schädler StraFo 2008, 229; Esser JR 2005, 248; Pauly StV 2002, 291; Wohlers, in: Festschrift für Trechsel (2002), 813; Gleß a.a. O. (Fn. 13), 3606; Mahler, a.a.O. (Fn. 5), S. 118.

³⁰ BGH, Beschluss vom 03.11.1987 – 5 StR 579/87, NJW 1988, 2187.

³¹ BGH, Beschluss vom 17.10.1983 – GStSt 1/83, NStZ 1984, 36.

²⁰ Renzikowski, a.a. O. (Fn. 13), S. 529; Walther GA 2003, 204; vgl. insoweit zu der falschen Übersetzung im Deutschen: Gaede StV 2012, 51.

²¹ Siehe hierzu: Gaede StV 2012, 51.

²² Mahler, a.a.O. (Fn. 5), S. 28.

²³ Vgl. dazu schon: Sommer StraFo 2010, 102.

²⁴ Vgl. u.a. Renzikowski, a.a. O. (Fn. 13), S. 529; Schwenn StraFO 2008, 225; Gaede, Fairness als Teilhabe, jur. Dissertation (2007), S. 349; Mahler, a.a.O. (Fn. 5), S. 113.

Das Ende des Vollstreckungselements im (teil-)europäischen Doppelbestrafungsverbot?

Überlegungen zum Verhältnis des Art. 50 GR-Charta zu Art. 54 SDÜ

Von PD Dr. Nina Nestler*

I. Einführung

Der deutsche Staatsangehörige D reist in die Niederlande. Er begeht dort eine Straftat und wird dafür von einem niederländischen Gericht zu einer Geldstrafe verurteilt; das Urteil wird rechtskräftig. Ohne die Strafe zu bezahlen kehrt D nach Deutschland zurück. Kann hier in Deutschland gegen D nochmals ein Strafverfahren wegen eben dieser Straftat durchgeführt werden; kann er nochmals verurteilt werden?

Bei einem Blick in die EU-Grundrechtecharta würde man zunächst meinen: Nein. Denn nach Art. 50 GR-Charta darf niemand „wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“ Die Vorschrift kodifiziert mit dem *Ne-bis-in-idem*-Grundsatz ein Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbot hinsichtlich strafrechtlicher und strafähnlicher Sanktionen. Dieses Grundrecht bindet gemäß der Vorgabe des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta neben der Union selbst auch die Mitgliedstaaten einschließlich ihrer Gerichte – allerdings nur, soweit sie Unionsrecht durchführen.

Das Verhältnis von Art. 50 GR-Charta zu – dem älteren, inhaltlich fast identischen, in den Voraussetzungen aber wesentlich strenger gefassten – Art. 54 SDÜ ist umstritten schon seit die Charta mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum Primärrecht der Europäischen Union wurde. Denn das in Art. 50 GR-Charta normierte Doppelbestrafungsverbot enthält anders als Art. 54 SDÜ keine Vollstreckungsklausel, verlangt also nicht, dass die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.¹ Für den Straftäter D aus dem Eingangsbeispiel, der seine Geldstrafe noch nicht bezahlt hat, ist das ganz entscheidend. Es stellt sich deswegen die Frage, ob dieses restriktive Vollstreckungserfordernis

weggefallen ist, weil die Charta als Unions-Primärrecht nun Vorrang vor dem Schengener Durchführungsübereinkommen hat. Denn ginge Art. 50 GR-Charta (ggf. als *lex posterior*²) vor, so käme es auf eine Vollstreckung nicht mehr an.³

Während die deutschsprachige Literatur und Rechtsprechung bereits ihre Positionen bezogen haben⁴, steht eine ausdrückliche Entscheidung des EuGH dazu nach wie vor aus. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit dem Verhältnis des Art. 54 SDÜ zu Art. 50 GR-Charta und analysieren die jeweiligen Argumentationsstränge. Es soll dabei aufgezeigt werden, weshalb es in naher Zukunft möglicherweise zu einer Abkehr vom Vollstreckungserfordernis kommen könnte.

II. Verhältnis des Art. 50 GR-Charta zu Art. 54 SDÜ

1. Vertretene Standpunkte

a) Argumente für einen Vorrang des Art. 50 GR-Charta

Als Argument für einen Vorrang des Art. 50 GR-Charta wird angeführt, dass das Vollstreckungselement nicht entscheidend sein kann, wenn im Übrigen Freiheits- und

² Walther ZJS 2013, 16, 17; siehe aber Art. 9 des Protokolls Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon, Protokoll über die Übergangsbestimmungen vom 13.12.2007, Abl. EU 2008, Nr. C 115/322.

³ So Böse, in: Ambos, Europäisches Strafrecht post Lissabon, 2011, S. 57 (71); Böse GA 2011, 504; Böse ZIS 2010, 607, 612; Eser, in: Meyer, GR-Charta, 3. Aufl. (2011), Art. 50 Rn. 14; Heger ZIS 2009, 406, 408; Heger HRRS 2008, 413, 415; Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206, 208 ff.; ähnlich Anagnostopoulos, Neumann/Herzog, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 1121, 1136 f.; Reichling StV 2010, 237; i.E. ebenso Zöller, in: Amelung/Günther/Kühne, Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, 2010, S. 501, 518; ebenfalls in diese Richtung Swoboda JICJ 2011, 243, 266; krit. zum Vollstreckungselement auch Vogel, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 877, 890.

⁴ Siehe dazu eingehend sogleich Abschn. II.

* Der Beitrag basiert auf einem von der Verf. im Mai 2013 an der Universität Konstanz gehaltenen Vortrag. Der Vortragstil wurde z.T. beibehalten.

¹ Vgl. Inhofer, in: Graf, BeckOK-StPO, 15. Ed. (2012), Art. 54 SDÜ Rn. 27.

Geldstrafen ebenso wie sonstige Sanktionen gegenseitig anerkannt werden.⁵ Damit zusammen hängt gleich das zweite Argument: Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich darauf, eine Flucht sei wegen des Europäischen Haftbefehls nicht mehr möglich.⁶

Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass gerade diese Instrumente der gegenseitigen Anerkennung noch nicht wirklich hinreichend aufeinander abgestimmt sind.⁷ Der Europäische Haftbefehl z.B. greift nicht bei allen Verurteilungen ein. Vielmehr hängt dies vom jeweiligen Strafraumen ab und zum Teil kann die Übergabe dann auch an die Strafbarkeit im Vollstreckungsstaat gekoppelt werden.⁸ Flieht der Täter dann in einen anderen Staat, könnte schon das Verurteilt-Sein an sich einem Strafverfahren im Fluchtstaat entgegenstehen.⁹

Ein weiteres Argument für einen Vorrang des Art. 50 GR-Charta findet sich in Art. 52 Abs. 2 GR-Charta. Diese Vorschrift besagt, dass die Ausübung der durch die Charta anerkannten Rechte – also auch des Rechts, nicht wegen derselben Tat doppelt bestraft zu werden – im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen erfolgt.¹⁰ Mit „Verträge“ meine diese Norm aber nur das Unions-Primärrecht, wozu allerdings das Schengener Durchführungsübereinkommen gerade nicht gehört.¹¹ Denn das Protokoll zur Einbeziehung des

Schengen-Besitzstands in den Rechtsrahmen der EU aus dem Vertrag von Amsterdam bestimmt in seinem Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2, dass der Rat gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Verträge die Rechtsgrundlage für jede Bestimmung und jeden Beschluss festlegt, die den Schengen-Besitzstand bilden. Dies verdeutliche die hierarchische Unterordnung des Schengen-Rechts unter die Gründungsverträge.¹² Damit normiert nur das Primärrecht im engen Sinn – und eben nicht das SDÜ, welches dazu nicht gehört – die Voraussetzungen der *nebis-in-idem*-Garantie abschließend. Das Schengen-Recht wurde zwar durch einen primärrechtlichen Akt in den Rechtsrahmen der Europäischen Union einbezogen. Es wird dadurch aber noch nicht selbst zu Primärrecht.

b) Argumente für eine Fortgeltung des Art. 54 SDÜ

Nach anderer Ansicht soll Art. 54 SDÜ seine volle Geltung trotz Art. 50 GR-Charta behalten haben.¹³ Art. 50 GR-Charta stelle die grundrechtliche Verankerung der *nebis-in-idem*-Garantie dar¹⁴ und sei deswegen ganz typisch für ein Grundrecht weit gefasst. Das entspricht der Zielorientierung, einen möglichst umfassenden Schutz zu garantieren.¹⁵

Dieser Linie folgt auch der BGH¹⁶, der Art. 54 SDÜ als eine Art Schranke des Grundrechts aus Art. 50 der Grundrechtecharta begriff.¹⁷ Art. 52 Abs. 1 GR-Charta, der die Wesensgehaltsgarantie enthält, bilde die entsprechende Schranken-Schranke; deren Vorgaben muss das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 54 SDÜ wahren – wovon nach Auffassung des BGH¹⁸ wohl auch auszugehen ist. Schließlich bleibt Art. 54 SDÜ zudem – wie es

⁵ So krit. bspw. *Fletcher/Löff/Gilmore* EU Criminal Law and Justice, 2008, 138; ähnlich *Schomburg/Suominen-Picht* NJW 2012, 1190, 1191.

⁶ Nachw. dazu bei *Satzger* Internationales und europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2011), § 10 Rn. 68; für eine enge Auslegung auch *Mansdörfer* Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht, 2004, S. 183 unter Verweis auf § 456a StPO.

⁷ Krit. diesbzgl. auch *Zeder* EuR 2012, 34, 38; rechtspolitische Bedenken äußern ferner *Ambos* Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, 3. Aufl. (2011), § 10 Rn. 119 und *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68.

⁸ Gem. Art. 2 Abs. 1 des RbEuHB kann fakultativ ein Europäischer Haftbefehl erlassen werden bei Handlungen, die nach den Rechtsvorschriften des Ausstellungsmitgliedstaats mit einer Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens zwölf Monaten bedroht sind, bzw. falls bereits eine Verurteilung erfolgt ist, die verhängte Strafe mindestens vier Monate beträgt. Dabei kann nach Art. 2 Abs. 4 RbEuHB die Übergabe davon abhängig gemacht werden, dass die Handlungen, derentwegen der Europäische Haftbefehl ausgestellt wurde, eine Straftat nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats darstellen. Auf dieses Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit wird gem. Art. 2 Abs. 2 RbEuHB verzichtet bei bestimmten, dort genannten Katalogtaten, die im Ausstellungsmitgliedstaat nach der Ausgestaltung in dessen Recht mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht sind.

⁹ So *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68; *Satzger*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach u.a., Strafrecht als *Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 1515, 1520; zu weiteren Ausnahmen *Böse* HRRS 2012, 19, 20.

¹⁰ *Mansdörfer* (Fn. 6), S. 242.

¹¹ Vgl. die Erl. zur GR-Charta, Abl. 2007, Nr. C 303/33, wo es zu Art. 52 heißt: „Absatz 2 bezieht sich auf Rechte, die bereits ausdrücklich im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft garantiert waren“; zum sekundärrecht-

lichen Charakter auch *Burchard/Brodowski* StraFo 2010, 179, 181 (insb. Fn. 13); dazu auch *Mansdörfer* (Fn. 6), S. 160 f.

¹² Siehe *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68 unter Verweis auf BGH NStZ-RR 2011, 7 (= HRRS 2010 Nr. 1053), der eine Anwendbarkeit von Art. 52 Abs. 2 auf das als allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelte Doppelbestrafungsverbot verneint hat; für Art. 54 ff. SDÜ hat der Rat als Rechtsgrundlage Art. 34 und 31 EUV festgelegt.

¹³ *Ambos* Internationales Strafrecht (Fn. 7), § 10 Rn. 119; *Ambos*, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. (2012), Bd. 1, vor §§ 3-9 Rn. 68; *Burchard/Brodowski* StraFo 2010, 179, 184; *Hecker* Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2012), § 13 Rn. 38; *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68; *Satzger* FS-Roxin (Fn. 9), 1515, 1524; ferner BVerfG NJW 2012, 1203 f. = HRRS 2012 Nr. 28; i.E. so wohl auch LG Aachen, StV 2010, 237.

¹⁴ *Ambos* Internationales Strafrecht (Fn. 7), § 10 Rn. 119.

¹⁵ *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68.

¹⁶ So der 1. Strafsenat in BGHSt 56, 11 ff. (dort insb. Rn. 13 bis 16) = HRRS 2010 Nr. 1053, ebenso der 2. Strafsenat in BGH BeckRS 2010, Nr. 30899.

¹⁷ BGHSt 56, 11 ff. (dort insb. Rn. 13); so auch die wohl überwiegende Ansicht in der Lit., vgl. *Burchard/Brodowski* StraFo 2010, 179, 184; *Hecker* (Fn. 13), § 13 Rn. 39; *Jarass* GR-Charta, 1. Aufl. (2010), Art. 50 Rn. 11; *Kretschmer*, ZAR 2011, 384 (387); *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68.

¹⁸ BGHSt 56, 11 ff. (dort Rn. 13) = HRRS 2010 Nr. 1053; ebenso LG Aachen, StV 2010, 237 mit dem knappen Hinweis, der Wesensgehalt des Art. 50 GR-Charta werde „nicht angetastet, da der grundsätzliche Schutz vor doppelter Verfolgung und Bestrafung bestehen bleibt und nur eine sachlich gerechtfertigte Eingrenzung durch das Kriterium der Vollstreckung oder Vollstreckbarkeit erfolgt.“; ferner *Satzger* (Fn. 6), § 10 Rn. 68.

eben bei Grundrechten üblich ist – „im Lichte der Grundrechtsbestimmung“¹⁹ auszulegen.

Dieser Argumentation wird aber der klare Wortlaut des Art. 50 GR-Charta entgegengehalten.²⁰ Die Norm enthalte keinerlei Hinweise auf eine Schranke.²¹ Art. 52 Abs. 2 GR-Charta ließe Einschränkungen ohnehin nur in primärrechtlicher Gestalt zu²²; diese Voraussetzung erfüllt das SDÜ jedoch nicht.²³ Problematisch erscheint aber noch ein weiterer Gesichtspunkt: Die Restriktionen müssten nämlich nicht nur hinsichtlich des Vollstreckungserfordernisses gelten, sondern auch hinsichtlich der anderen Merkmale des Doppelbestrafungsverbots – so auch bspw. im Bezug auf die rechtskräftige Aburteilung. Diese muss gem. Art. 54 SDÜ „durch eine andere Vertragspartei“ erfolgt sein. Das Doppelbestrafungsverbot aus dem Schengener Durchführungsübereinkommen erfasst ausdrücklich nur Sachverhalte mit Grenzübertritt²⁴, entsprechend der ursprünglichen Zielsetzung des Schengenrechts, den Waren- und Dienstleistungsverkehr zu erleichtern und damit zusammenhängende Sicherheitslücken zu kompensieren.²⁵ Der EuGH selbst wendet Art. 50 GR-Charta (ebenso wie die übrigen Grundrechte der Charta²⁶) aber auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte ohne Grenzüberquerung an.²⁷ Für Art. 50 GR-Charta bei Sachverhalten mit Grenzübertritt die Vollstreckung der verhängten Sanktion zu fordern, bei Sachverhalten ohne Grenzübertritt aber mangels Eingreifen der Schranke aber darauf zu verzichten, widerspräche völlig der Idee eines einheitlichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen.²⁸

Dieses Ergebnis legen auch die gem. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV zu Grunde zu legenden Erläuterungen zu Art. 50 GR-Charta nahe: Dort ist im Bezug auf Art. 54 ff. SDÜ die Rede vom *ne-bis-in-idem*-Grundsatz einerseits und den klar eingegrenzten Ausnahmen andererseits.²⁹

Gemeint sein können damit nur Art. 54 SDÜ als Grundsatz – und dann die fakultativen Ausnahmen zum Beispiel in Art. 55 SDÜ, wenn etwa eine Vertragspartei den Vorbehalt erklärt hat, ausnahmsweise in bestimmten Konstellationen nicht an das Doppelbestrafungsverbot gebunden sein zu wollen.³⁰ Das Vollstreckungselement selbst ist jedoch keine optionale Ausnahme vom Doppelbestrafungsverbot, sondern bereits eine zwingende Tatbestandsvoraussetzung des Art. 54 SDÜ.³¹ Auch Art. 54 SDÜ selbst kann (außer in Fällen des Art. 55 SDÜ) von den Mitgliedstaaten der EU nicht im Wege eines Opt-Out unangewendet bleiben. Denn nach Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 des Protokolls zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rechtsrahmen der EU aus dem Vertrag von Amsterdam i.V.m. der jeweiligen Beitrittsakte gehört just diese Regelung zu denjenigen Normen aus dem Schengener Durchführungsübereinkommen, die für der EU neu beitretende Staaten i.d.R. bereits ab den Tag des Beitritts gelten.³²

Eine Anwendung des innerstaatlichen *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes bspw. aus Art. 103 Abs. 3 GG kann hierbei gleichfalls nicht weiterhelfen. Zwar enthält Art. 103 Abs. 3 GG kein Vollstreckungserfordernis. Die Norm bindet jedoch lediglich deutsche Gerichte untereinander.³³ Ihre fakultative Ausweitung auf Sachverhalte mit internationalen Bezügen nach dem Ermessen etwa der Strafverfolgungsbehörden bzw. Gerichte muss angesichts des im Strafprozess geltenden Legalitätsprinzips aus-

nach diesen Übereinkommen von der Regel ‚ne bis in idem‘ abweichen können, sind von der horizontalen Klausel des Artikels 52 Absatz 1 über die Einschränkungen abgedeckt.“ Demgegenüber lässt der Wortlaut des Art. 54 SDÜ kein Ermessen im Hinblick auf das Vollstreckungserfordernis zu: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, daß im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

¹⁹ Satzger (Fn. 6), § 10 Rn. 68.

²⁰ Schomburg/Suominen-Picht NJW 2012, 1190.

²¹ Darauf verweisen z.B. Schomburg/Suominen-Picht NJW 2012, 1190, 1191 sehr deutlich.

²² Vgl. aber Eckstein ZIS 2013, 220, 221.

²³ Siehe bereits oben Abschn. II. 1. a).

²⁴ So z.B. die Schlussanträge des Generalanwalts vom 7.9.2010 in EuGH Urteil vom 16.11.2011, Rs. C-261/09, Slg 2010, I-11477 ff.

²⁵ Vgl. den Prolog zum Schengener Übereinkommen: Getragen von dem Willen, „an den gemeinsamen Grenzen die Abschaffung der Kontrollen für den Verkehr der Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zu erreichen und den Waren- und Dienstleistungsverkehr zu erleichtern“; siehe auch Radtke/Busch EuGRZ 2000, 421, 425.

²⁶ Vgl. bspw. EuGH Verb. Rs. 60 und 61/84, Slg. 1985, S. 2605 Rn. 26; EuGH Rs. 12/86, Slg. 1987, S. 3719 Rn. 28.

²⁷ Vgl. etwa zuletzt EuGH, BeckRS 2013, Nr. 80395 = HRRS 2013 Nr. 335; zu den Grenzen der Bindung eingehend Ja-rass (Fn. 17), Art. 51 Rn. 21 f.

²⁸ In diese Richtung Schomburg/Suominen-Picht NJW 2012, 1190, 1191.

²⁹ So die Erl. zu Art. 50 GR-Charta, Abl. 2007, Nr. C 303/33: „Nach Artikel 50 findet die Regel ‚ne bis in idem‘ nicht nur innerhalb der Gerichtsbarkeit eines Staates, sondern auch zwischen den Gerichtsbarkeiten mehrerer Mitgliedstaaten Anwendung. Dies entspricht [...] Artikel 54 bis 58 des Schengener Durchführungsübereinkommens [...]. Die klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten

³⁰ Art. 55 SDÜ lautet in Abs. 1: „Eine Vertragspartei kann bei der Ratifikation, der Annahme oder der Genehmigung dieses Übereinkommens erklären, daß sie in einem oder mehreren der folgenden Fälle nicht durch Artikel 54 gebunden ist, wenn [...]“. Siehe allgemein zu den Einschränkungen des Art. 54 SDÜ durch Art. 55 SDÜ Zöller (Fn. 3) S. 501 (513 ff.); ferner Ambos Internationales Strafrecht (Fn. 7), § 10 Rn. 104; Mansdörfer (Fn. 6), S. 142; Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. (2012), Art. 55 SDÜ Rn. 1 f.; krit. Stein ZStW 2003, 983, 984 f.

³¹ In diese Richtung auch Böse, GA 2011, 504 (506).

³² Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens in die Europäische Union (Abl. EU L 157/203 ff.) i.V.m. dessen Anhang II Nr. 2; ähnlich Art. 3 Abs. 1 des Protokolls über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der Europäischen Union begründenden Verträge (Abl. EU L 236/33 ff.) i.V.m. dessen Anhang I Nr. 2 UAbs. 2.

³³ Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 68. El. (2013), Art. 103 Rn. 303; Walther ZJS 2013, 16.

scheiden. Außerhalb von § 153c StPO³⁴ bleibt es somit auch in Konstellationen mit Grenzübertreten grds. beim staatlichen Verfolgungszwang.³⁵

Wird schon Art. 54 SDÜ – und nicht erst Art. 55 SDÜ – als Schranke verstanden, so könnte dies die befremdlich erscheinende Konsequenz haben, dass ein EU-Staat, der den Vorbehalt nach Art. 55 SDÜ erklärt, gegenüber anderen EU-Staaten gerade nur an Art. 50 GR-Charta gebunden ist, nicht aber an Art. 54 SDÜ und das Vollstreckungselement. Denn seinem Wortlaut nach bezieht sich Art. 55 SDÜ ausdrücklich allein auf das (gesamte) Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 SDÜ (und nicht etwa nur auf die Vollstreckungskomponente).³⁶

Nach Ansicht des BVerfG sei es indes durchaus vertretbar, das Doppelbestrafungsverbot gemäß Art. 50 GR-Charta nur nach Maßgabe der einschränkenden Vollstreckungselemente des Art. 54 SDÜ anzuwenden.³⁷ Dieser verfassungsgerichtlichen Entscheidung lag allerdings eine Konstellation zwischen Deutschland und den Niederlanden zu Grunde³⁸ – also ein Fall mit Grenzüber-

tritt und ganz ohne Zweifel im Anwendungsbereich von Art. 54 SDÜ. Auf die Problematik der ungleichen Behandlung von Sachverhalten mit und ohne Grenzüberschreitung kam es deswegen nicht an und das BVerfG konnte sich mit diesem Kritikpunkt nicht auseinandersetzen. Praktischerweise hatte diese Sichtweise aber immerhin zur Folge, dass der BGH³⁹ in dem Zusammenhang jedenfalls nicht verpflichtet war, dem EuGH diese Frage vorzulegen und ihn mit der Schrankenkonstruktion zu befassen.⁴⁰

Als weiteres Argument für die Fortgeltung der Voraussetzungen des Art. 54 SDÜ beriefen sich die Vertreter dieser Ansicht früher darauf, dass sich die EU-Grundrechtecharta gemäß ihrem Art. 51 Abs. 1 S. 1 unmittelbar eigentlich nur an die Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union selbst richtet. Mitgliedstaatliche Gerichte sind demgegenüber gebunden „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Und dabei hieß es bislang stets, die nur mittelbare Berücksichtigung von Unionsrecht im Rahmen der allgemeinen Rechtsprechung reiche dafür keinesfalls aus.⁴¹ Ein Urteil des EuGH vom 26. Februar 2013⁴² entzieht nun allerdings diesem letzten Argument (endgültig) den Boden⁴³:

2. EuGH-Urteil vom 26. Februar 2013

a) Argumentation des EuGH zur Zuständigkeit,

Dem Fall lag ein steuerstrafrechtlich relevantes Geschehen zugrunde: Wegen der Verletzung steuerlicher Erklärungs-pflichten war gegen den Täter zunächst von der schwedischen Finanzverwaltung eine „steuerliche Sanktion“ festgesetzt worden. Anschließend wurde gegen F wegen derselben Tat ein Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung eingeleitet. Das zuständige Gericht befasste dann den EuGH mit einer Vorlage, unter anderem über die Frage, ob denn die Anklage gegen F noch zulässig sei. Der Sachverhalt wies keinerlei Grenzübertritte auf, sondern beschränkte sich rechtlich auf den innerstaatlichen Raum Schweden. Unter anderem die schwedische Regierung selbst und auch die Europäische Kommission hielten deswegen die Vorlagefragen für unzulässig. Der Gerichtshof sei nach Art. 51 Abs. 1 GR-Charta nämlich

1954 nach Deutschland kam. Wegen der Morde verhängte das Sondergericht Amsterdam mit Urteil vom 18.10.1949 die Todesstrafe; das Urteil wurde aber (bisher) nicht vollstreckt. Im Zuge eines Vollstreckungsübernahmeersuchens durch die Niederlande wurde im April 2008 von der Staatsanwaltschaft vor deutschen Gerichten Anklage wegen der Morde erhoben. Zum Sachverhalt BGHSt 56, 11 f. = HRRS 2010 Nr. 1053-

³⁹ BGHSt 56, 11 ff. = HRRS 2010 Nr. 1053.

⁴⁰ Dazu *Walther ZJS* 2013, 16, 20 f.

⁴¹ Vgl. *Walther ZJS* 2013, 16, 17 sowie S. 18 mit Verweis auf die einschlägige Rspr. des BVerfG.

⁴² EuGH, BeckRS 2013, Nr. 80395 = HRRS 2013 Nr. 335.

⁴³ Im Fokus der nachfolgenden Ausführungen steht gerade nicht die Problematik um den Geltungsbereich der Charta-Grundrechte (vgl. nur *Eckstein ZIS* 2013, 220 ff.; *Gooren NVwZ* 2013, 564; *Wegner HRRS* 2013, 126 ff. sowie *Winter NZA* 2013, 473 ff. jeweils bereits zu EuGH BeckRS 2013, Nr. 80395 = HRRS 2013 Nr. 335), sondern allein die Frage der Auswirkungen auf das Verhältnis von Art. 50 GR-Charta zu Art. 54 SDÜ.

³⁴ Nach § 153c Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft z.B. von der Verfolgung von Straftaten absehen, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der StPO begangen sind (Nr. 1), oder die ein Ausländer im Inland auf einem ausländischen Schiff bzw. Luftfahrzeug begangen hat (Nr. 2). Das Doppelbestrafungsverbot führte demgegenüber zu einer Einstellungs nach § 170 Abs. 2 StPO; vgl. *Walther ZJS* 2013, 16.

³⁵ Das folgt bereits aus der Existenz des § 51 Abs. 3 StGB, der im Fall mehrfacher Strafverfolgung eine Anrechnungsmöglichkeit für im Ausland erlittene Freiheitsentziehungen normiert; so auch der Rückschluss von *Vogel* (Fn. 3), S. 877, 879 f. Das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ ist damit – anders als in Art. 3 Nr. 2 RbEuHB – gerade nicht Ausdruck der Befugnis, das Vorliegen solcher Hindernisse überhaupt prüfen, und zur Wahrung der Verfahrensrechte des Verurteilten die von einem anderen Staat erbetene Vollstreckung ablehnen zu dürfen; dazu *Böse HRRS* 2012, 19, 20.

³⁶ Gleiches würde hypothetisch für einen der EU neu beitretenden Staat gelten, dessen Beitrittsakte (anders als die in Fn. 32 genannten Beispiele) Art. 54 SDÜ eben gerade nicht dem Katalog derjenigen Normen des Schengen-Rechts zordnet, die unmittelbar ab dem Beitritt gelten, sondern erst nach einem entsprechenden Beschluss anzuwenden sind, den der Rat nach einer Prüfung der Frage, ob die erforderlichen Voraussetzungen für die Anwendung aller Teile des betreffenden Besitzstands in dem jeweiligen Staat gegeben sind, gefasst hat. Da Art. 54 SDÜ vermutlich zu den weniger problematischen Regelungen innerhalb der Evaluierungsmechanismen gehört, stellt sich diese Frage aber wohl nicht. Art. 54 SDÜ gilt derzeit in Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Zypern; siehe die Zusammenstellung bei *Inhofer*, in: Graf (Fn. 1), Art. 54 SDÜ Rn. 9; eingehend zur Schengen-Evaluierung *Pascouau EPC Policy Brief* vom 31.1.2012.

³⁷ BVerfG, NJW 2012, 1202, 1203 f. = HRRS 2012 Nr. 28.

³⁸ In dem Fall ging es um während der deutschen Besatzung der Niederlande in den 1940er Jahren vom Täter als Mitglied eines Sonderkommandos der Waffen-SS in den Niederlanden begangene Morde. Nach dem Zweiten Weltkrieg hielt sich der Täter in den Niederlanden verborgen, bis er

nicht zu deren Beantwortung berufen. Gem. Art. 19 Abs. 3 Buchst. b 1. Alt. EU-Vertrag entscheidet der Europäische Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung des Unionsrechts. Als auszulegendes Unionsrecht kommt vorliegend nur Art. 50 GR-Charta in Betracht. Dieses Doppelbestrafungsverbot muss jedoch nach Art. 51 Abs. 1 GR-Charta von mitgliedstaatlichen Gerichten nur dann beachtet werden, wenn es um die „Durchführung des Rechts der Europäischen Union“ geht. Die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte finden also in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung – nicht aber außerhalb davon.⁴⁴ Wird eine rechtliche Situation nicht vom Unionsrecht erfasst, so gilt auch Art. 50 GR-Charta nicht und es ist keine Rechtsnorm einschlägig, für deren Auslegung der EuGH zuständig sein könnte. Denn die angeführte Bestimmung der EU-Grundrechtecharta als solche kann die Zuständigkeit nicht begründen.⁴⁵

Die gegen den Täter festgesetzten steuerlichen Sanktionen und das Strafverfahren standen jedoch zumindest (aber auch lediglich) teilweise im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer. Nun werden die Eigenmittel der Europäischen Union unter anderem gerade aus dieser in den Mitgliedstaaten erhobenen Mehrwertsteuer bestritten⁴⁶ und Art. 325 Abs. 1 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, Betrügereien und sonstige rechtswidrige Handlungen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, zu bekämpfen. Daher – so der EuGH – bestehe ein „unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Erhebung der Mehrwertsteuereinnahmen [...] und der Zurverfügungstellung entsprechender Mehrwertsteuermittel für den Haushalt der Union“.⁴⁷ Deswegen sollen also die Erhebung der (Mehrwert-)Steuer und die Verhängung entsprechender Sanktionen durch die Mitgliedstaaten nach rein nationalem mitgliedstaatlichem Streuer(straf)recht „Durchführung von Unionsrecht“ sein.

b) Kritische Würdigung

Die Bindung der mitgliedstaatlichen Gerichte an die Grundrechtecharta setzt gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta⁴⁸ prinzipiell zwei Dinge voraus⁴⁹: Das Vorhandensein von Unionsrecht und dessen Durchführung durch die Mitgliedstaaten. Unionsrecht meint neben dem

Primärrecht, alle in Art. 288 AEUV genannten Handlungsformen der Union, insbesondere also Verordnungen und Richtlinien.⁵⁰ Die Mehrwertsteuerrichtlinie fällt somit grundsätzlich unter den Begriff des Unionsrechts. Durchführen ist der Oberbegriff von Umsetzen und Vollziehen, also die legislative Umsetzung von Richtlinien und der administrative Vollzug beziehungsweise die Anwendung von Verordnungen durch die Mitgliedstaaten.⁵¹ Der EuGH⁵² fasst diesen Begriff allerdings schon immer ziemlich weit⁵³: So soll zum Beispiel nationales Recht, das im Zusammenhang mit der Umsetzung von Richtlinien eine Rolle spielt, generell am Maßstab der Unionsgrundrechte gemessen werden.⁵⁴ Schließlich besteht die Möglichkeit einer judikativen Durchführung⁵⁵, wenn mitgliedstaatliche Gerichte Unionsrecht auslegen und anwenden. Derart ausgelegt wird im vorliegenden Urteil nach Auffassung des EuGH dann auch mit der Erhebung der Mehrwertsteuer „Unionsrecht durchgeführt“.

Ein so pauschaler Ansatz macht die mitgliedstaatliche strafrechtliche Rechtsprechung in nahezu jedem denkbaren Bereich zu einer „Durchführung von Unionsrecht“. Die EU verfügt zwar – abgesehen von den beschränkten Befugnissen im Rahmen des Art. 325 Abs. 4 AEUV – über keine selbstständigen Strafrechtsetzungscompetenzen

⁵⁰ *Jarass NVwZ* 2012, 457, 458; daneben werden aber auch untypische Handlungsformen wie z.B. Fördermaßnahmen und Verträge erfasst; siehe *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. (2012), Art. 51 GR-Charta Rn. 14.

⁵¹ *Jarass NVwZ* 2012, 457, 459; *Jarass* (Fn. 17), Art. 51 Rn. 16 f.

⁵² Bspw. EuGH Rs. C-540/03, Slg. 2006-5769, Rn. 104 f. (Bindung der Mitgliedstaaten, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln und ihnen dieses Ermessensspielräume eröffnet); EuGH Verb. Rs. C-465/00, Slg. 2003, I-4989 Rn. 73 ff. (Messung der in einem österreichischen Gesetz enthaltenen Verpflichtung, die Bezüge von Spitzenfunktionären im öffentlichen Dienst zu veröffentlichen, am Maßstab der Datenschutzrichtlinie; die Richtlinie wurde dabei als Begründung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts herangezogen, um dann letztlich das österreichische Gesetz an den Grundrechten zu messen).

⁵³ Krit., aber für einen Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 44), Art. 51 GR-Charta Rn. 12; vgl. ferner *Calliess JZ* 2009, 113, 115 ff.; *Scheuing EuR* 2005, 162, 164 ff. Krit. ebenfalls *Eckstein ZIS* 2013, 220, 225 (allerdings auch mit Verweis auf anderenfalls bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten auf S. 223). Zu dem Problem eingehend *Nusser Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, 2011, passim (insb. S. 95 ff., 123 ff., 147 ff., 206 ff.).

⁵⁴ Dem entspricht die sog. Solange-II-Rspr., mit der das BVerfG akzeptiert, dass innerstaatliche Rechtsvorschriften und Vollzugsakte, die Unionsrecht durchführen, nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden, solange der EuGH einen dem Grundgesetz vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Das BVerfG übt demgemäß seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr und überprüft dieses Recht nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes (BVerfGE 73, 339).

⁵⁵ *Jarass NVwZ* 2012, 457, 460.

⁴⁴ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 51 GR-Charta Rn. 7.

⁴⁵ *Jarass NVwZ* 2012, 457, 458: „Zirkelschluss“; ähnlich *Eckstein ZIS* 2013, 220, 222.

⁴⁶ Das ergibt sich aus Nr. 8 der Gründe zu der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. Nr. L 347 S. 1, ber. ABl. Nr. L 335 S. 60) i.V.m. dem Beschluss des Rates vom 29.9.2000 über das System der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften (2000/597/EG, Euratom).

⁴⁷ EuGH, BeckRS 2013, Nr. 80395 = HRRS 2013 Nr. 335.

⁴⁸ Zum eigentlichen Sinn und Zweck des Art. 51 GR-Charta, die Kompetenzen des EuGH zu begrenzen, *Wegner HRRS* 2013, 126, 127 mit Rekurs auf die Entstehungsgeschichte der Norm.

⁴⁹ Im Übrigen soll das Handeln der Mitgliedstaaten der Europäischen Union primär zunächst an den Grundrechten der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungen zu messen sein, so *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 44), Art. 51 GR-Charta Rn. 7.

zen.⁵⁶ Sie hat aber insbesondere in wirtschaftsbezogenen Sektoren faktisch weit reichende Möglichkeiten, mit denen nach Art. 83 AEUV entsprechende Anweisungskompetenzen im Bezug auf die nationalen Strafrechte verbunden sind. Richtlinien und Verordnungen der EU beeinflussen damit auch die Anwendung nationaler Strafnormen. Hierbei lässt sich nach dem Nähegrad des Unionsrechts zum nationalen Strafrecht differenzieren:

Auf der ersten Stufe der Beeinflussung steht bspw. der Subventionsbetrug nach § 264 StGB: Nach § 264 Abs. 1 StGB macht sich unter anderem strafbar, wer falsche Angaben macht in seinem Antrag auf Bewilligung einer Leistung aus öffentlichen Mitteln, die nach dem Recht der Europäischen Union vergeben werden. Dieser Teil der Vorschrift beruht auf der Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften aus dem Jahr 1995.⁵⁷ § 264 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 StGB bezieht die aus EU-Mitteln bestrittenen Subventionen ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Strafnorm mit ein und die Strafnorm offenbart durch ihren eigenen Normtext ihre unionsrechtliche Provenienz. Der deutsche Straftatbestand trägt dadurch wiederum Rechnung der heute in Art. 325 Abs. 1 des Arbeitsweisevertrags normierten Verpflichtung, EU-Betrügereien zu bekämpfen.

Denkbar ist auch, dass der Text der nationalen Strafnorm ausdrücklich als Blankett auf unmittelbar geltendes Unionsrecht verweist. Die unionsrechtlichen – aber unmittelbar anwendbaren – Ausfüllungsnormen werden in den mitgliedstaatlichen Straftatbestand hineingelesen. Derartige findet man z.B. in § 326 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer entgegen der Abfallverbringungsverordnung, die sodann im Wortlaut genau bezeichnet wird⁵⁸, Abfälle in oder aus Deutschland verbringt. Um zu prüfen, ob der Straftatbestand erfüllt ist, muss das nationale Strafgericht somit einen Blick in die Verordnung werfen und deren Vorschriften subsu- mieren.

Des Weiteren ist eine Beeinflussung nationalen Strafrechts durch Unionsrecht als eine dritte Stufe auch dadurch möglich, dass die einschlägige unionsrechtliche Norm im Text der nationalen Strafnorm zwar nicht genannt wird; es liegt also kein Blankett vor wie bei § 326 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Die unionsrechtliche Norm ist aber immerhin als Verordnung unmittelbar anwendbar und vom Adressaten der jeweiligen Vorschrift direkt zu beachten. So verhält es sich bspw. im Kapitalmarktbereich, wenn es um den Kapitalanlagebetrug gemäß § 264a StGB geht. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer beim Vertrieb von Wertpapieren in Prospekten falsche Anga-

ben macht. Welche Angaben ein solcher Prospekt enthalten muss, normiert neben dem WpPG unter anderem die EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung.⁵⁹ Diese Verordnung schreibt in ihrem Art. 3 vor, dass jeder Prospekt die in ihren Anhängen I bis XVII und XX bis XXX genannten Informationsbestandteile beinhalten muss. Eine ausdrückliche direkte Bezugnahme auf die Verordnung fehlt zwar im Wortlaut des § 264a StGB. Dennoch ist – weil die Verordnung ja unmittelbar gilt – der Ersteller eines Wertpapierprospekts gehalten, diese Anhänge sorgfältig zu studieren und diese Informationen in den Prospekt aufzunehmen. Jede Überprüfung, ob denn der Tatbestand des § 264a Abs. 1 StGB durch die Publikation des Prospekts verwirklicht ist, schließt eine Prüfung der Verordnung und ihrer Anhänge partiell ein und es genügt insofern eine Bezugnahme „über Eck“ mittels der entsprechenden Vorschriften des WpPG. Damit wäre – legt man die Auffassung des EuGH zugrunde – mitgliedstaatliche Strafrechtsprechung zum Kapitalanlagebetrug insoweit immer „Durchführung des Unionsrechts“.

Auf einer vierten Stufe der Beeinflussung des nationalen Strafrechts durch Unionsrecht befindet man sich aber, wenn es (im Gegensatz zu den drei vorgenannten Fallgruppen) keinen direkten formal begründbaren Zusammenhang zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht mehr gibt. Zwischen der Strafnorm und dem einschlägigen Unionsrecht stehen vielmehr weitere nationale Vorschriften, wobei der Straftatbestand einen etwaigen unionsrechtlichen Ursprung oder Hintergrund nicht zu erkennen gibt. So verhält es sich z.B. mit der Steuerhinterziehung. Der zum Vergleich herangezogene § 370 AO⁶⁰ beinhaltet (genau wie die entsprechende im o.g.

⁵⁹ VO (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29.4.2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung, ABl. EG Nr. L 186 v. 18.7.2005, S. 3-104.

⁶⁰ § 370 Abs. 1 AO lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, 2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder 3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.“. Zum möglichen Blankettcharakter der Strafnorm eingehend Niehaus wistra 2004, 206; Schmitz/Wulf, in: Joecks/Miebach (Fn. 13), § 370 AO Rn. 13 ff.; Schuster Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 183 ff., insb. S. 195 f. mit Differenzierung bzgl. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; ferner Weidemann wistra 2006, 132. Jedenfalls das Merkmal der Pflichtwidrigkeit in § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO soll eine Blankettverweisung auf das materielle Steuerrecht beinhalten; Schmitz/Wulf, in: Joecks/Miebach (Fn. 13), § 370 AO Rn. 17; ebenso Scheuermann-Kettner, in: Koch/Scholtz, Abgabenordnung, 5. Aufl. (1996), § 370 Rn 18; siehe auch Gade wistra 2007, 184. Maßgeblich für die vorliegende Frage ist allerdings nicht der Blankettcharakter an sich, sondern vielmehr die Frage, ob die Strafnorm ihre mögliche partielle unionsrechtliche Provenienz bzw. eine Bezugnahme auf das Unionsrecht ihrerseits verschleiert.

⁵⁶ Siehe Wegner HRRS 2013, 126, 128 mit Differenzierung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der durch Unionsrecht beeinflussten Strafbarkeit.

⁵⁷ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995, ABl. EG v. 27.11.1995 Nr. C 316/49 ff.

⁵⁸ Bezeichnet als „Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2006 über die Verbringung von Abfällen (Abl. L 190 vom 12.7.2006, S. 1, L 318 vom 28.11.2008, S. 15), die zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 135/2012 (Abl. L 46 vom 17. 2. 2012, S. 30) geändert worden ist“.

Fall einschlägige schwedische Vorschrift⁶¹) weder eine direkte Bezugnahme auf das Unionsrecht im Wortlaut, noch ist die Mehrwertsteuerrichtlinie unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar. Der Zusammenhang zwischen Richtlinie und Straftatbestand wird erst über weitere, im Bezug auf ihre Provenienz ggf. aber ebenfalls völlig neutrale Normen des nationalen Steuerrechts hergestellt.⁶² Dieses tatbestandliche Minus (die fehlende unmittelbare Bezugnahme) und das formale Manko (keine unmittelbare Geltung der Unionsnorm) kompensiert der EuGH in seiner Argumentation kurzerhand mit einem materiellen Plus an unionseigenem finanziellem Interesse; er beruft sich auf Art. 325 Abs. 1 AEUV.

3. Konsequenzen für die Begründung des Vollstreckungserfordernisses

Das „Europäische Strafrecht“ galt bislang als Sammelbegriff für all diejenigen strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Normen und Praktiken, die auf das Recht und die Aktivitäten der EU und des Europarats zurückgehen und zu einer weitgehenden Harmonisierung der nationalen Straf(verfahrens)rechte führen sollen.⁶³ Mit der obigen Entscheidung dehnt der EuGH diesen Begriff nun ausdrücklich auf Fälle gerade ohne erkennbaren unmittelbaren formalen Zusammenhang zwischen mit-

gliedstaatlichem Strafrecht und Unionsrecht aus. Folge ist ein „Zuständigkeitsüberhang“ des EuGH an einer Stelle, an der die EU selbst für die Strafrechtsetzung – noch – lediglich die schwächeren Anweisungskompetenzen (vgl. Art. 83 AEUV⁶⁴) für sich in Anspruch nehmen kann, und der sich nur über die bislang umfangreichste strafrechtliche Kompetenzvorschrift des Art. 325 Abs. 4 AEUV rechtfertigen ließ.

Liegt der Fokus auf dem Doppelbestrafungsverbot, so hat die Entscheidung zugleich Konsequenzen für die Begründung des Vollstreckungserfordernisses. Denn der Weg, auf dem der EuGH seine Zuständigkeit begründet, entzieht demjenigen Ansatz den Boden, die Fortgeltung von Art. 54 SDÜ darauf zu stützen, dass die EU-Grundrechtecharta für mitgliedstaatliche Gerichte gilt: „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“, Art. 51 Abs. 1 S. 1 SDÜ. Denn nach Ansicht des EuGH reicht nun eben doch die bloß mittelbare Berücksichtigung von Unionsrecht im Rahmen der allgemeinen Rechtsprechung als „Durchführung von Unionsrecht“.

IV. Abschließende Überlegungen

Das Vollstreckungserfordernis steht damit nur noch auf dem Fundament der Schrankenkonstruktion, für die sich der EuGH ausdrücklich entscheiden müsste, falls er das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ beibehalten wollte. Der Hintergrund dieses Verständnisses liegt aber – wie aufgezeigt – in den derzeit noch bestehenden Defiziten des Systems der Instrumente gegenseitiger Anerkennung.

Für das Doppelbestrafungsverbot verweist die GR-Charta nun gerade nicht auf dessen intranationale wie gleichermaßen auch transnationale Anwendung⁶⁵, sondern sie behandelt die zwischenstaatliche Geltung des ne-bis-in-idem-Grundsatzes als selbstverständlich. Eben dieses Verständnis bzw. diese Behandlung der zwischenstaatlichen Anwendung als Selbstverständlichkeit⁶⁶ führt aber die Schrankenkonstruktion an ihre Grenzen: Wenn es so zweifellos ist, dass die ne-bis-in-idem-Garantie transnational gilt, wieso unterliegt sie dann ausgerechnet dort

⁶¹ § 2 Skattebrottslag lautet übersetzt: „Wer in anderer Weise als mündlich vorsätzlich falsche Angaben gegenüber einer Behörde macht oder es unterlässt, eine Steuererklärung, eine Kontrollmitteilung oder eine andere vorgeschriebene Mitteilung bei einer Behörde einzureichen und dadurch die Gefahr hervorruft, dass dem Fiskus Steuereinnahmen entgehen oder dem Täter oder einem Dritten Steuern zu Unrecht gutgeschrieben oder erstattet werden, wird wegen Steuerhinterziehung mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.“ Kapitel 5 § 1 Taxeringslag normiert: „Macht der Steuerpflichtige in einem Besteuerungsverfahren in anderer Weise als mündlich unrichtige Angaben im Hinblick auf seine Besteuerung, so wird eine besondere Abgabe (Steuerzuschlag) erhoben. Dies gilt auch, wenn der Steuerpflichtige derartige Angaben in einem gerichtlichen Steuerungsverfahren macht und diese Angaben nach Prüfung des Sachverhalts nicht akzeptiert werden. Angaben sind unrichtig, wenn klar erkennbar ist, dass die Angaben, die der Steuerpflichtige macht, falsch sind oder dass der Steuerpflichtige es unterlassen hat, im Besteuerungsverfahren Angaben zu machen, zu denen er verpflichtet ist. Angaben sind jedoch nicht unrichtig, wenn sie zusammen mit anderen gemachten Angaben ausreichen, um einen richtigen Bescheid zu erlassen. Angaben sind auch dann nicht als unrichtig anzusehen, wenn sie so ungereimt sind, dass sie einem Bescheid offensichtlich nicht zugrunde gelegt werden können.“ Auch die nächstliegenden Ausfüllungsnormen (Kapitel 5 §§ 4 und 14 Taxeringslag) enthalten keinerlei Hinweise auf einen etwaigen unionsrechtlichen Hintergrund.

⁶² Krit. insoweit auch *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 44), Art. 51 GR-Charta Rn. 12 mit Verweis auf die Schwierigkeiten bei „tripolaren Grundrechtskollisionen“.

⁶³ *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 7), § 9 Rn. 14; *Ambos*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 13), vor §§ 3–7 Rn. 7; vgl. auch *Hefendehl* ZIS 2006, 229; *Corstens/Pradel* *European Criminal Law and Justice*, 2002, S. 3 definieren das Europäische Strafrecht als „collection of criminal standards (substantive, procedural and penitentiary), common to various European States, with the aim of better combating criminal activity in general, and transnational organised crime in particular.“; siehe ferner *Satzger* (Fn. 6), § 7 Rn. 3.

⁶⁴ Siehe aber *Wegner* HRRS 2013, 126, 127 f., der allein die Rechtsetzungskompetenz in einem Sachgebiet ausreichen lassen will.

⁶⁵ So aber sehr wohl bei anderen Grundrechten wie z.B. Art. 15 Abs. 2 GR-Charta („Alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen.“) oder Art. 39 Abs. 1 GR-Charta („Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger besitzen in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament unter denselben Bedingungen wie die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats.“).

⁶⁶ Es ließe sich dabei auch die Frage aufwerfen, ob nicht die transnationale Geltung mittlerweile sogar zum Wesensgehalt dieses Grundrechts gehört. Dafür spräche immerhin, dass u.U. auch das Gebrauchmachen von anderen Grundrechten wie etwa dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht (Art. 6 GR-Charta, Art. 21 AEUV) von dieser Frage abhängen kann. Von einer völligen Missachtung grundlegender Bestandteile des Grundrechts wird man dabei – zumindest derzeit – aber nicht ausgehen können. Zur Bestimmung des Wesensgehalts der Charta-Grundrechte *Jarass* (Fn. 17), Art. 52 Rn. 45.

der „Schranke“ des Vollstreckungserfordernisses? Der enge Zusammenhang des (transnationalen) Doppelstrafungsverbots mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, Art. 82 Abs. 1 AEUV⁶⁷, zeigt hierbei besonders deutlich auf, wie weit diese Anerkennung (heute schon) reicht und wo sie endet.

Das größte Potential scheint jedenfalls mittel- und langfristig somit in demjenigen Ansatz zu liegen, der Art. 50 GR-Charta schrankenlos den Vorrang einräumen will.⁶⁸ Dagegen wird momentan zwar noch ganz zu Recht vorgebracht, es fehle an einer hinreichenden Abstimmung der einschlägigen Instrumente aufeinander und die staatliche Souveränität gebietet daher, nur unter Einschränkungen auf Strafverfolgung zu verzichten.⁶⁹ Wendet man aber mit dem EuGH das Doppelstrafungsverbot des Art. 50 GR-Charta auf inner- und zwischenstaatliche Sachverhalte gleichermaßen an, bewirkt dies wegen der

justiziellen Ausrichtung des Grundrechts eine Gleichschaltung der mitgliedstaatlichen Gerichte untereinander. So verstanden geht das Doppelstrafungsverbot genau genommen sogar über den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung hinaus und intendiert eine Akzeptanz mitgliedstaatlicher Entscheidungen, die nach Art einer „Harmonisierung i.e.S.“ nicht an weitere Bedingungen (Vollstreckung) gekoppelt, sondern davon unabhängig ist.⁷⁰ Art. 54 SDÜ als Schranke zu verstehen, ist momentan Ausdruck des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung – genauer gesagt: Ausdruck der Tatsache, dass Entscheidungen mitgliedstaatlicher (Straf-)Gerichte einer solchen gegenseitigen Anerkennung überhaupt bedürfen. Die Schrankenkonstruktion mag damit aktuell noch den Lücken im System der Anerkennungsinstrumente Rechnung tragen. Je ausgefeilter dieses System aber wird, desto weniger lässt sich eine solche Einschränkung rechtfertigen.⁷¹

⁶⁷ Siehe bereits oben.

⁶⁸ Das Vollstreckungserfordernis nach Art. 54 SDÜ behielte dann seine Relevanz lediglich in Konstellationen mit Staaten, die wie z.B. die Schweiz zwar Schengen-Staaten, jedoch keine EU-Mitgliedstaaten sind. Dieses Ergebnis erschiene dann zugleich als sachgerechte Abstufung der Voraussetzungen des transnationalen ne-bis-in-idem innerhalb und außerhalb der EU.

⁶⁹ Ähnlich *Eckstein* ZIS 2013, 220, 221 sowie *Eckstein* ZStW 2012, 490, 509 ff.

⁷⁰ Vgl. *Böse* HRRS 2012, 19 zum europäischen ordre public im Zusammenhang mit dem Begriff derselben Tat. Der ordre public-Vorbehalt beinhaltet, dass ausländische Entscheidungen ausnahmsweise nicht anerkannt werden, wenn dies im Widerspruch mit wesentlichen Grundsätzen des inländischen Rechts stünde. Kriminalpolitische Bedenken äußert auch *Vogel* (Fn. 3), S. 877, 882 f.: „beschränktes gegenseitiges Vertrauen in die Rechtspflege“.

⁷¹ Für eine „dynamische Interpretation“ der Art. 50 und 52 Abs. 1 GR-Charta auch *Mansdörfer* (Fn. 6), S. 242.

Aufsätze und Anmerkungen

Tod auf Rezept – Überlegungen zur Tatbestandszurechnung bei ärztlich ermöglichtem Konsum von Betäubungsmitteln

Von Wiss. Mit. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*

I. Hinführung

Die gesetzgeberische Maxime „Therapie statt Strafe“ steht seit der umfangreichen Novellierung des BtMG im Jahre 1982 (zumindest idealtypisch) gleichrangig neben dem Grundsatz der Generalprävention.¹ Ihre Umsetzung setzt eine Sonderbehandlung von Ärzten, Apothekern und Mitarbeitern in Heil- und Therapieeinrichtungen voraus, welche sich im deutschen Betäubungsmittelstrafrecht in den §§ 29 I Nr. 6, 7 i.V.m. § 13 BtMG manifestiert. „Arztspezifische“ Handlungen, also das Verschrei-

ben, Verabreichen und das Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch unterliegen nicht dem Erlaubnisvorbehalt des § 3 BtMG, sondern richten sich vielmehr nach der Sondervorschrift des § 13 BtMG.2 Bei „arzneimitteln-

² Zu den Voraussetzungen detailliert *Patzak* in *Körner/Patzak/Volkmer*, 7. Aufl. (2012), § 13 Rn. 1 ff. Trotzdem handelt es sich beim § 29 I Nr. 6 BtMG nicht um ein Sonderdelikt, d.h. auch ein Nichtarzt kann (insb. die Modalität der Verbrauchsüberlassung bzw. der Verabreichung) verwirklichen, *MK-StGB/Kotz*, 2. Aufl. (2013) § 29 Rn. 1017; *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. (2008), Kap. 2 Rn. 299. Somit kommt insb. in dieser Vorschrift zum Ausdruck, dass der ärztlich nicht indizierte Konsum unterbunden werden soll, da diese Modalitäten (im Gegensatz zum Erwerb) schlicht nicht erlaubnisfähig sind. Die Straflosigkeit des Konsums selbst könnte bildhaft als letzte „antipaternalistische Hochburg“ des Betäubungsmittel-

* Der Autor ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. *Kudlich*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen/Nürnberg tätig.

¹ BT-Drs. 8/4283 S.1 ff.

hen“ Drogen der Anlage III die Entscheidungskompetenz bzgl. der Abgabe durch den Apotheker sowie dem Erwerb durch den Patienten auf den Arzt übertragen, wobei dessen Pflichten durch die Vorschriften der BtMVV konkretisiert werden.³

Freilich ist dieses System in hohem Grade missbrauchsanfällig, da auch im Zeitalter der (mehr oder weniger) „legal highs“⁴ der (Substitutions-)Arzt als verlässliche und v.a. „sichere“ Bezugsquelle eine echte Alternative für Betäubungsmittelkonsumenten darstellt. Nicht nur was die Qualität der Betäubungsmittel selbst sondern auch was das Risiko einer Strafverfolgung angeht, ist das Arzt-Patienten-Verhältnis „steriler“. Das besondere Vertrauen, das der Arzt in der nicht nur rechtlichen, sondern auch medizinischen „Grauzone“ der Therapie von Betäubungsmittelabhängigen genießt, äußert sich in einer statistisch eher geringen Bedeutung der einschlägigen Vorschriften des BtMG in der PKS und Erhebungen des Bundesamts, §§ 29 Abs. 1 Nr. 6, 7 BtMG sowie § 29 I Nr.14 BtMG i.V.m. §§ 1 ff., 16 BtMVV (diesbezüglich ist kein einziger Anwendungsfall in den drei untersuchten Jahren zu verzeichnen).⁵

Wegen grundsätzlich „hoher Hemmschwellen“ im Hinblick auf Strafverfolgungsmaßnahmen gegen pflichtwidrig agierende Ärzte kommt es erst bei Eintritt besonders gravierender Schäden (schwere Gesundheitsschädigung, Tod des Patienten) zur Aufdeckung missbräuchlicher Verschreibungen. Die einfach strukturierten und leicht nachweisbaren Delikte des BtMG nimmt die Staatsanwaltschaft dann zur „Absicherung“ in die Anklage auf. Dies muss sie auch: Denn das Phänomen restriktiver Verfolgungspraxis setzt sich im Eröffnungsbeschluss fort, wenn trotz massiver bzw. absichtlicher Verstöße gegen Verhaltenspflichten keine vorsätzliche Tötung (bzw. Mord) angeklagt wird.⁶ Mit der Annahme eines dolus

strafrechts bezeichnet werden, die der Gesetzgeber (noch) nicht zu stürmen wagte. Umgekehrt kann auch ein Arzt die normalen Umgangsweisen des § 29 I Nr.1, wie Handel treiben, Abgeben verwirklichen, insb. wenn er sich bspw. Substitutionsmittel für den Praxisbedarf hat verschreiben lassen und diese nun – u.U. eigennützig und mit Umsatzwillen – an den Süchtigen abgibt; mit anderen Worten entfaltet § 29 I Nr. 6 BtMG keine Sperrwirkung. Soweit die Therapievorschriften nicht in absoluten Ausnahmefällen eine „Abgabe“ zulassen benötigt der Arzt – wie jeder andere auch – eine Erlaubnis gem. § 3 BtMG des Bundesinstituts, vgl. hierzu BGHSt 52, 271 = NStZ 2008, 574 = HRRS 2008 Nr. 683.

³ Zutreffend Patzak in Körner/Patzak (Fn. 2) § 29 Teil 15 Rn. 6.

⁴ Zum Ganzen Patzak/Volkmer NStZ 2011, 498 ff.; dagegen Nobis NStZ 2012, 422 ff.

⁵ BT-Drucks. 11/4329, S. 13.

⁶ Die im Raum stehende, aber kaum handhabbare Vorschrift des § 30 I Nr. 3 BtMG wird häufig einfach ignoriert oder ihre Voraussetzungen dogmatisch kaum vertretbar verneint. Dazu fühlt man sich gezwungen, wenn eine Haftung bzgl. Körperverletzungsdelikte (im Hinblick auf das Eigenverantwortlichkeitsprinzip) ausscheiden soll, aber § 30 I Nr. 3 BtMG jedenfalls aus diesem Grunde nicht verneint werden kann, weil die Rechtsprechung eine Anwendung der Selbstgefährdungsdogmatik auf die § 29 ff. BtMG (also § 30 BtMG einbezogen) ablehnt, vgl. hierzu BGHSt 46, 279 = NJW 2001, 1802 (Gemeindepfarrerfall). Eine Differenzierung erscheint insofern angebracht und lässt sich dogma-

eventualis geht man im Medizinstrafrecht bekanntermaßen zurückhaltend um und es scheint sich bzgl. des Vorsatzmaßstabs eine genuin-arztspezifische Hemmschwelentheorie etabliert zu haben,⁷ die man auch als „hippokratische Vorsatztheorie“ bezeichnen könnte.⁸ Ob es sich dabei um eine begrüßenswerte Entwicklung handelt, sei an dieser Stelle dahingestellt.

In der Praxis führt sie dazu, dass sich die Strafbarkeit des Arztes auf die Tatbestandszurechnung konzentriert. Denn soweit eine Fahrlässigkeit im Raum steht, bereitet die Sorgfaltspflichtverletzung als „Handlungsunwert“ des Fahrlässigkeitsdelikts selten Probleme. Die Sorgfaltspflichten des Arztes sind im Falle des Umgangs mit verschreibungspflichtigen Medikamenten im AMG und BtMG konkretisiert, sodass deren Verletzung bzw. Nicht-Beachtung die Sorgfaltswidrigkeit indiziert.⁹ Daher wird man bei wiederholten Verstößen gegen die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes gravierender Art einen Sorgfaltspflichtverstoß bejahen können.¹⁰ Bezüglich der Kausalität können sich zwar die typischen Fragestellungen ergeben, welche die Feststellung eines Ursachenzusammenhangs bei ungeklärter Wirkweise betreffen.¹¹ Da der BGH dieses Problem auf die Ebene des § 261 StPO verschoben hat (also eine „Überzeugung“ von einer Kausalität ausreicht),¹² kommt es eben auf die entsprechenden Sachverständigengutachten und die hieraus resultierenden Feststellungen an, ob eine Kausalität bejaht wird oder nicht.

tisch gut begründen, hierzu Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, S. 133 ff.

⁷ Zuletzt Kudlich NJW 2011, 2856 ff.; vgl. auch Knauer/Brose in Spickhoff, Medizinrecht, 2011, §§ 211, 212 StGB Rn. 15.

⁸ Bezeichnend etwa die Ausführungen des LG Augsburg Urt. v. 17.2.2006 – 3 Kls 400 Js 145306/04 im Falle einer ärztlich verursachten Levomethadon-Vergiftung: „Mit dieser Unterlassungstat befindet sich der Arzt direkt auf der Grenze zum bedingt vorsätzlichen Tötungsdelikt, zumal sich sein Vorverhalten nicht nur als Ordnungswidrigkeit nach der BtMVV, sondern als – zumindest fahrlässig begangene – Straftat nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 6b BtMG darstellt.“ Die Verurteilung erfolgte indessen wegen vorsätzlicher Körperverletzung und fahrlässiger Tötung (2 Jahre 9 Monate).

⁹ Wobei im Ausnahmefall ein Verhalten trotz des Verstoßes gegen eine Sondernorm sorgfaltsgemäß oder umgekehrt trotz Berücksichtigung aller Vorgaben pflichtwidrig sein kann, Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 24 Rn. 16; Rengier, AT, 4. Aufl. (2012), § 52 Rn. 17; vgl. aber Kudlich in: Festschrift für Otto (2007), S. 373 ff., der diesen Hinweis als „Salvatorische Klausel“ entlarvt.

¹⁰ Somit können ärztlich begründete Verschreibungen nicht zu einer Fahrlässigkeitshaftung führen, während ärztlich nicht indizierte Rezepte nicht zwingend einen Sorgfaltspflichtverstoß bedeuten. Jedenfalls muss das Gericht – soweit es die Begründetheit der Verschreibung nicht ohnehin wegen § 29 I Nr. 6a zu prüfen hat, sich spätestens i.R.d. §§ 222, 229 StGB mit der Frage auseinandersetzen, wie der Begriff der ärztlichen Indikation i.S.d. § 13 BtMG zu verstehen ist. Zu den damit verknüpften medizinrechtlichen Grundsatzfragen BGHSt 37, 383 = NJW 1991, 2359; Moll NJW 1991, 2334; Köhler NJW 1993, 762, 765; Laufs NJW 1989, 1521; Kühne NJW 1992, 1547, 1548.

¹¹ Volk NStZ 1996, 110; Hoyer GA 1996, 164 ff.

¹² BGHSt 37, 106, 113 = NJW 1990, 2560 (Lederspray); Spickhoff/Knauer/Brose (Fn. 7) §§ 211, 212 Rn. 11 m.w.N.

II. Abschichtung nach Verantwortungsbereichen im Arzt-Patienten-Verhältnis

Damit fokussiert sich die Frage nach einer Strafbarkeit des Arztes auf die Zurechenbarkeit des tatbestandlichen Erfolgesintritts im normativen Sinn. Sie bildet auch die im Hinblick auf die enorme Strafraumenverschiebung bedeutsame Schnittstelle zwischen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB und Körperverletzung mit Todesfolge als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination gem. § 227 StGB. Denn dem Arzt kann keine vorsätzliche Körperverletzung als Anknüpfungstatbestand für § 227 StGB zum Vorwurf gemacht werden, wenn gerade diese Intensität an Körperverletzung von der Einwilligung des Patienten umfasst ist bzw. er sich diesbezüglich eigenverantwortlich selbst gefährdet hat. Dabei muss gesehen werden, dass die Dogmatik des BGH rund um die Abschichtung nach Verantwortungsbereichen (in der Literatur unter den Überschriften „eigenverantwortliche Selbstgefährdung/einverständliche Fremdgefährdung“ diskutiert) vornehmlich anhand von Fällen fortentwickelt wurde, in denen der Gefährnitiator unmittelbar beim Verletzungs- bzw. Gefährdungsakt anwesend war. Da dies bei einem Arzt häufig der Fall sein kann – wie etwa beim Verabreichen oder Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch – aber im Falle der Verschreibung nicht muss, erscheint es sinnvoll, diese beiden Fallgruppen voneinander zu trennen. Dies aber nicht, weil jeweils unterschiedliche Regeln gelten würden, als vielmehr aus dem Grund, dass bestimmte Regeln und Grundsätze erst im Rahmen der jeweiligen Konstellation eine besonders exponierte Stellung einnehmen.¹³

1. Grundlagen

Schließlich gelten für alle Konstellationen auch im Verhältnis von Arzt und Patient im ersten Schritt die allgemeinen Grundsätze: Derjenige, der an einer eigenverantwortlich gewollten (oder in Kauf genommenen) Selbstgefährdung teilnimmt, macht sich nicht wegen eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Erfolgsdelikts der Körperverletzung oder des Totschlags strafbar.¹⁴ De lege lata existiert keine Strafbarkeit der Selbstverletzung in Form der Selbsttötung bzw. Selbstverstümmelung, sodass auch eine Teilnahme an derartigen Handlungen mangels vorsätzlich, rechtswidriger Haupttat ausscheidet. Der Schutzbereich einer Norm zugunsten eines Einzelnen

¹³ Insofern sind hier einige Erwägungen, die sich auf Konstellationen beziehen, die nicht ausschließlich im Verhältnis von Arzt und Patient vorkommen können (also im Verhältnis Dealer-Konsument) auch dementsprechend übertragbar.

¹⁴ BGHSt 32, 262 = NJW 1984, 1469; BGH NJW 2003, 2326 m Anm. Herzberg NStZ 2004, 1; BayObLGSt 1996, 96; Lackner/Kühl, 27. Aufl. (2011), Vorb 12 vor § 211; Fischer 60. Aufl. (2012), Vor § 13 Rn. 36; Satzger/Schmitt/Widmaier/Kudlich, StGB, 2010, Vor § 13 Rn. 59; Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 4 Rn. 89; Roxin (Fn. 9) § 11 Rn. 107 ff.; Stree JuS 1985, 179, 181.

endet dort, wo dessen eigener Verantwortungsbereich beginnt.¹⁵

Diese „Eigenverantwortlichkeit“ hat sich im Bereich der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte durch die zunehmende Verfeinerung des Abschichtungsgedankens durch Rechtsprechung und Literatur zu einem „unsichtbaren“ – aus Perspektive des Täters negativen – Tatbestandsmerkmal entwickelt (und damit auch zu einem Vorsatzbezugspunkt,¹⁶ vgl. im Folgenden). Ein Tatbestandsausschluss¹⁷ setzt voraus, dass das „spätere Opfer“ bei Beteiligung an der Tatbestandsverwirklichung: 1. dispositionsbefugt über das beeinträchtigte Rechtsgut war, 2. die geistige Reife bzw. Fähigkeit besaß, hierüber zu disponieren¹⁸ und 3. keinen rechtsgutsbezogenen (und damit erheblichen) Willensmängeln unterlag.

Während die Dispositionsbefugnis im Rahmen von Körperverletzungsdelikten keine Probleme bereitet (und es wohl im Allgemeinen anerkannt ist, dass auch die „Lebensgefahr“ im Hinblick auf die Straflosigkeit des Suizids disponibel ist, soweit das Opfer Tatherrschaft beim unmittelbar lebensgefährlichen Akt hatte¹⁹), ist die Einwilligungsfähigkeit des Drogensüchtigen in jedem Einzelfall genauerer Betrachtung zu unterziehen.²⁰ Dabei darf die grundsätzliche Einwilligungsfähigkeit – trotz bestehender Überschneidungen – nicht mit der Frage vermischt werden, ob der Patient die Tragweite des Risikos überblickt hat. Dies ist – da eine (verminderte) Schuldunfähigkeit des Konsumenten zum Zeitpunkt der riskanten bzw. selbstgefährdenden Handlung nicht den Regelfall darstellt – jedenfalls im Verhältnis von Arzt und Patient der

¹⁵ Dabei ist die in den soeben beschriebenen Handlungsmodalitäten angelegte Differenzierung zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung (Verbrauchsüberlassung) und einverständlicher Fremdgefährdung (Verabreichung) jedenfalls in diesem Kontext nicht von Relevanz. Schließlich wirkt sie sich nur dort aus, wo beide Beteiligten eine echte Todesgefahr in Kauf nehmen und man aufgrund der Tatherrschaft des Gefährnitiators die Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB in die Tatbestandszurechnung hineinwirken lassen will, vgl. noch Fn. 19.

¹⁶ So ausdrücklich auch Beck-OK/Kudlich, Edition 22 (Stand 8.3.2013), § 15 Rn. 5.5.

¹⁷ Freilich muss diese Wendung hier im untechnischen Sinne verstanden werden, m.a.W. hat eine Eigenverantwortlichkeit nichts mit einem tatbestandsausschließenden Einverständnis zu tun; man könnte insofern allenfalls von einem eigenständigen „normativen Tatbestandsausschlussgrund“ sui generis sprechen, vgl. auch SSW-StGB/Kudlich (Fn. 14) Vor § 13 Rn. 59.

¹⁸ Zur Einwilligungsfähigkeit des Drogenabhängigen Amelung NJW 1996, 2393; zu einem Fall der Intoxikation des Konsumenten vor der selbstgefährdenden Handlung BGH NStZ 1986, 266.

¹⁹ Ein Drogenkonsument sieht selbst bei höheren Dosierungen eine potentielle Lebensgefahr, nimmt aber nicht den Tod billigend in Kauf (es sei denn er will sich einen goldenen Schuss setzen lassen), sodass jedenfalls in diesem Kontext selten von Bedeutung ist, ob eine einverständliche Fremdgefährdung im Hinblick auf die §§ 216, 228 StGB überhaupt zum Tatbestandsausschluss führen kann (zu dieser Wendung vgl. Fn. 17). Zur unterschiedlichen Behandlung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung vgl. auch BGHSt 53, 55 = HRRS 2009, Nr. 93 m Anm. Kudlich JA 2009, 389 sowie BGH NJW 2003, 2326.

²⁰ Amelung NJW 1996, 2393, 2395.

wohl häufigere Grund für eine Verantwortungsverschiebung.

2. Verantwortung des Arztes bei Verabreichen und Verbrauchsüberlassung

Im Bereich der Verabreichung sowie Verbrauchsüberlassung stehen sich Gefährnitiator und Konsument unmittelbar gegenüber, sodass es schon rein tatsächlich (körperliche Anwesenheit, „geistig-kommunikativer“ Austausch) häufiger zu tatsächlichen Willensmängeln bzw. Fehlvorstellungen kommen kann (Verwechslungen, technische Fehler und versehentliche Überdosierungen), die einer freiverantwortlichen Entscheidung des Konsumenten bzw. Patienten entgegenstehen und zu einer Verantwortung des Arztes führen. Dies hat der BGH in seinen zwei kurz nacheinander folgenden Entscheidungen (Kokainverwechslung und Psycholyse-Fall) bestätigt,²¹ wobei deutlich wurde, dass die Abschtung nach Verantwortungsbereichen zumindest im ersten Schritt keine Vorsatzfrage ist, auch wenn die missverständliche Überschrift für die typische Fallgruppe solch einer Verlagerung – „überlegenes Wissen“²² – das Gegenteil suggeriert. Bei einem rechtserheblichen Irrtum (im Folgenden aa.) geht die Verantwortung objektiv auf den Initiator über (also denjenigen, der die gefährliche Handlung ermöglicht hat²³), die „Überlegenheit“ spielt nur für die Reichweite der Haftung eine Rolle. Liegt kein Irrtum vor, kann in einem weiteren Schritt überprüft werden, ob ein institutionell angelegtes, sprich: grundsätzliches „Wissensgefälle“²⁴ (bb.) besteht.

a. Irrtümer über das Gefahrpotential

In erster Linie können – wie so eben erläutert v.a. im Bereich der Verabreichung und Verbrauchsüberlassung – tatsächliche Irrtümer über das Risikopotential zu einer Verantwortlichkeit des Arztes führen. Hier muss der Rechtsanwender irgendwo zwischen kalkuliertem und eben nicht mehr kalkuliertem Risiko die Grenze ziehen und anhand objektiver Kriterien im Einzelfall ermitteln, welches Gefährdungspotential für den Konsumenten bestand und ob dieser das Risiko überblicken konnte. Während der Irrtum über Art und Qualität der Droge im Rahmen der betäubungsmittelstrafrechtlichen Vorschriften als unbeachtlicher „error in objecto“ zu bewerten ist (und allenfalls bezüglich der nicht geringen Menge gem. § 29a I Nr. 2 BtMG zu einem Vorsatzausschluss führen kann), hat die Fehlvorstellung des Konsumenten über die richtige Konsummethode, von der Drogenart und deren

²¹ BGHSt 53, 288 = HRRS 2009, Nr. 482 (Kokainverwechslung); BGH NStZ 2011, 341 = HRRS 2011, Nr. 322 (Psycholyse-Therapie) m Anm. Jahn JuS 2011, 372; Jäger JA 2011, 474.

²² Vgl. etwa Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl. (2012), Rn. 187.

²³ Soweit man wie Wessels/Beulke (Fn. 22) Rn. 187 danach differenziert, ob den Beteiligten weitgehend die gleiche Informationsgrundlage zur Verfügung stand (und bejahendenfalls eine Verantwortungsverschiebung abzulehnen ist), wird im Verhältnis von Dealer/Konsument, sowie Arzt/Patient im Regelfall der Gefährnitiator zur Verantwortung gezogen werden.

²⁴ SSW-StGB/Kudlich (Fn. 14) Vor § 13 Rn. 59; Kühl (Fn. 14) § 4 Rn. 89.

Reinheitsgrad immer einen Bezug zum Gefahrpotential und ist damit rechtsgutsbezogen.

aa. Wesentliche und unbeachtliche Motivirrtümer

Der BGH lässt in diesem Zusammenhang nicht gelten, dass Irrtümer rund um die Konsistenz und Reinheit des Stoffes gerade vom typischen Risiko umfasst seien, dem sich das Opfer freiverantwortlich aussetze.²⁵ Vielmehr sei nach Art und Tragweite des Irrtums zu differenzieren, wobei der Senat solch einen generell höheren Gefährlichkeitsgrad im Verhältnis Heroin zu Kokain annimmt und sich hierbei an den Grenzwerten für die nicht geringe Menge orientiert.²⁶ Das ist im Ergebnis sicherlich nicht zu beanstanden, führt aber de facto dazu, dass im Bereich des Umgangs mit gefährlichen Substanzen kaum mehr irrelevante Motivirrtümer vorstellbar sind²⁷ und damit der Gefährnitiator regelmäßig neben den Umgangsverboten auch im Bezug auf die eingetretene Körperverletzung oder gar Tötung „verantwortlich“ ist.²⁸

bb. Eigenverantwortliche (und somit „irrtumsfreie“) Entscheidung des Opfers als Vorsatzbezugspunkt?

Damit ist man allerdings an einem wichtigen Punkt angelangt. Die Frage rund um das Vorliegen eines Irrtums, ist vollkommen unabhängig von der Frage zu beurteilen, ob der Täter mit Wissen (oder ggf. mit Absicht), sprich mit dolus directus hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung agiert (also ob tatsächlich ein „Wissensgefälle“ besteht). Anders gewendet: Erst das Wissen um das Defizit führt zu einem Gefälle, welches zur vorsätzlichen Begehung führen kann (wobei an dieser Stelle nochmals zwischen Körperverletzungs- und Tötungsvorsatz differenziert werden muss: während der Arzt durch Vornahme der entsprechenden Handlung unproblematisch mit Körperverletzungsvorsatz agiert, der „erhalten“ bleibt, wenn er sich keine Umstände vorstellt, die zu einer etwaigen Verantwortungsverschiebung führten, muss bei einem Tötungsvorwurf – im Hinblick auf die „hohe Hemmschwelle“ – der entsprechende Vorsatz nochmals explizit festgestellt werden).

²⁵ BGHSt 53, 288, 291 = HRRS 2009, Nr. 482.

²⁶ Vgl. bereits Fn. 21, zuseh. Lange/ Wagner NStZ 2011, 67.

²⁷ Damit ist zugleich auch gesagt, dass die Verantwortungsverschiebung bei festgestellten rechtsgutsbezogenen Fehlvorstellungen keine Probleme bereitet. Schwieriger wird es, wenn man nicht auf die konkreten Vorstellungen der Beteiligten bzgl. des Risikopotentials zurückschließen kann (vgl. zuletzt den Trierer-GBL-Fall, BGH NStZ 2012, 319 = HRRS 2012, Nr. 333). Dann muss anhand objektiver Kriterien „zugeschrieben“ werden, welches Mindestrisiko das Opfer typischerweise auf sich nimmt, wobei das Opfervorverhalten und die Umstände im konkreten Einzelfall (Verhältnis zwischen Gefährnitiator und Gefährdungsoffer, Art und Intensität der Gefahr) wichtige Indizien hierfür bereitstellen, hierzu auch Murmann NStZ 2012, 387 ff.; Kuhl HRRS 2012, 331; Puppe ZIS 2013, 45; Brüning ZJS 2012, 691, Oğlakcioğlu NStZ-RR 2012, 246 f.

²⁸ Ein unbeachtlicher Motivirrtum ließe sich etwa nur noch dann annehmen, wenn der Konsument über die Herkunft der Droge (bei gleicher Wirkstoffmenge) irrt oder der Patient über die Übernahme der Kosten durch die Krankenkasse.

Dagegen ist von einem tatsächlichen Irrtum über die Voraussetzungen der Zurechenbarkeit auszugehen, wenn der Gefahrinitiator selbst nicht um den Irrtum des Opfers bzw. um das erhöhte Risikopotential weiß. Dieser Irrtum über die Tatsachen, welche eine eigenverantwortliche Entscheidung des Opfers ausschließen, kann dann über § 16 I 2 StGB zur Fahrlässigkeitshaftung führen, muss er aber ebenso nicht.²⁹ Genau dieser Fehler ist der Vorinstanz im Psycholyse-Fall unterlaufen, wenn sie apodiktisch feststellt, dass „ein Fall einer dem Angeeschuldigten nicht zuzurechnenden eigenverantwortlichen Selbstschädigung (...) wegen der groben Pflichtverletzungen des Angeschildigten und seines überlegenen Sachwissens bei der Substitution nicht“ vorliegt und aus diesem Grund die vorsätzliche Körperverletzung annimmt, die den Anknüpfungspunkt für die (fehlerhaft) bejahte Erfolgsqualifikation des § 227 StGB bildet.³⁰

b. „Institutionelles“ Wissensgefälle? Zum Arzt-Patienten-Verhältnis

Freilich ist dieser Fehler der Vorinstanz zumindest im konkreten Fall insofern nachvollziehbar, als im Arzt-Patienten-Verhältnis die Rechtsprechung von Grund auf ein „Wissensgefälle“ annimmt, um das sich auch der Arzt im Regelfall bewusst ist.³¹ Damit ist man beim eingangs genannten, „institutionellen“ Wissensgefälle angekommen. Insofern kehrt man den Grundsatz, wonach sich zwei eigenverantwortliche Individuen gegenüberstehen zu Lasten des Arztes um und geht von seiner prinzipiellen Handlungsherrschaft aus. Der Arzt hat kraft seiner Befugnis, den Umgang mit gefährlichen Stoffen zu legalisieren bzw. Dritten die Verfügungsgewalt hierüber zu verschaffen eine besondere Verantwortung dafür, dass die rechtlichen Vorschriften eingehalten werden.³² Soweit man diese besondere Position des Arztes als „Beliehener“ des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte ausblendet und sich ausschließlich auf das Verhältnis von Arzt und Patient fokussiert, bleibt der Bezugspunkt des beschriebenen Wissensgefälles „institutioneller“ Art. Schließlich ist davon auszugehen, dass der Arzt in aller Regel (wenn der Patient nicht selber Substitutionsarzt ist) über die bessere Sachkenntnis bzgl. der Wirkungen, Gefahren und Suchtpotentiale des konkreten Präparates verfügt.³³ Diese Schiefelage muss der Arzt durch eine ausreichende Beratung, Anamnese und Überwachung wieder kompensieren, das „Wissensgefälle“ so wieder einebnen.³⁴

Damit ist zugleich gesagt: Wenn dieses „Wissensgefälle“ ausschließlich auf dem besonderen Sachwissen des Arztes basieren soll, heißt dies nicht automatisch, dass diese

Überlegenheit „kausal“ (hier im weiteren Sinne) für das verwirklichte Risiko war: Tatsächliche Umstände im Einzelfall können somit stets die „institutionelle“ Verantwortungsverschiebung kontraindizieren bzw. „überlagern“. Schließlich ist der Arzt nicht vor äußeren Risikofaktoren bewahrt; er kann gemeinsam mit dem Patienten einem Irrtum unterliegen. Dies ändert freilich nichts daran, dass bei einem gemeinsamen Irrtum die Tatherrschaft bzw. die Verantwortlichkeit objektiv auf den Arzt übergeht, doch kann nun sein Vorsatz bzgl. des „institutionellen“ Wissensgefälles (das im Regelfall vorliegt) nicht ausreichen, da sein daraus resultierendes „Pflichtenpaket“ auf einer falschen Tatsachengrundlage basiert. Er kann in solch einem Fall das Gefälle nicht einebnen. Dies ist insb. für den Körperverletzungsvorsatz von besonderer Relevanz, da dessen Wegfall (siehe oben) einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB die Grundlage entzieht.

Das institutionelle „Wissensgefälle“ kann somit nicht automatisch zu einer Haftung des Arztes führen, selbst wenn der Arzt pflichtwidrig agiert bzw. das „Ungleichgewicht“ nicht kompensiert hat. Noch deutlicher wird dies, wenn es zu einem unverantwortlichen Konsum durch den Patienten kommt, der auch bei Einhaltung allerhöchster Sorgfalt niemals vermeidbar gewesen wäre. Dies ist denkbar, wenn der Arzt zum Zeitpunkt des Konsums nicht zugegen ist, also bei der (kontraindizierten) Verschreibung von Betäubungsmitteln.

3. Zum Zurechnungsabbruch durch Drittverhalten bei kontraindizierter Verschreibung von Betäubungsmitteln

Auch i.R.e. kontraindizierten Verschreibung gründet die Tatherrschaft des Arztes regelmäßig auf dem beschriebenen, „institutionellen“ Wissensgefälle. Soweit er diese „Schiefelage“ nicht durch eine den gesetzlichen Mindestvorgaben entsprechende Untersuchung, Beratung und Überwachung kompensiert hat, kann ihm eine auf den Konsum eines verschriebenen (Substitutions-)Mittels hin eingetretene Verletzung bzw. Tötung des Patienten zugerechnet werden. Verordnet ein Arzt seinem Patienten, von dem er weiß, dass er schwer drogenabhängig ist, ohne medizinische Indikation und gegen die Regeln ärztlicher Kunst betäubungsmittelhaltige Medikamente, und manifestiert er hierdurch die Sucht, kann er somit – soweit er die suchterhaltende Wirkung und Kontraindikation in Kauf genommen hat – jeweils wegen Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung bestraft werden.³⁵ Gleiches gilt, wenn der Patient bestehende Gefahren sieht, das Potential aber verdrängt, indem er die Aufklärung des Arztes nicht ernst nimmt, bagatellisiert.³⁶ Die Beispiele machen deutlich, dass der potentielle Missbrauch bereits zum Zeitpunkt der Verschreibung für den Arzt erkennbar sein muss, da er während des eigentlichen Konsumakts gerade nicht anwesend ist.

²⁹ Die Konsequenz von solch einem – dogmatisch keinesfalls absegneten – Konstrukt wäre, dass bei einem umgekehrten Irrtum (der Gefahrinitiator geht davon aus, der Patient würde sich irren, obwohl sich dieser des eingegangenen Risikos gänzlich bewusst ist) ein untauglicher Versuch der Körperverletzung, bei entsprechendem Vorsatz auch der Tötung in Betracht käme.

³⁰ BGH NStZ 2011, 341, 342 = HRRS 2011, Nr. 322.

³¹ Vgl. nur BayObLG JR 2003, 428.

³² Weber BtMG, 4. Aufl. (2013), § 13 Rn. 88 ff.

³³ Körner/Patzak (Fn. 2) § 30 Rn. 96; vgl. hierzu auch BayObLG NJW 2003, 371.

³⁴ BGH NStZ 1985, 25; BGH NStZ 2001, 205.

³⁵ LG Augsburg Urt. v. 18.12.2007 – 8 Ks 200 Js 124164/07DRsp Nr. 2009/9813 = NStZ-RR 2008, 231 (Kotz/Rahlf).

³⁶ Freund/Klapp JR 2003, 431.

Dabei können sich im Hinblick auf die „Abwesenheit“ des Arztes während des eigentlichen Konsumvorgangs zwei Fragen stellen: Zum einen sind an der Ermöglichung des Drogenkonsum nunmehr weitere Personen beteiligt, sodass sich – wie häufig bei der mittelbaren Ermöglichung einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung bzw. einem Suizid – die Frage eines „Regressverbots“ stellt. Zum anderen muss gesehen werden, dass gerade das System der Verschreibbarkeit eines Betäubungsmittels zur faktischen „Verkehrsfähigkeit“ der Droge führt und somit immer ein Restrisiko (der Weitergabe, des Bunkerns oder des Ansammelns zum Zwecke der kumulativen Einnahme) bestehen bleibt. Die daraus resultierenden Gefahren können dem Arzt nach den Grundsätzen der berufsbedingten Tatbestandsverwirklichung³⁷ nicht angelastet werden, wenn die Verschreibung wirksam und ärztlich indiziert ist.³⁸ Doch ist der Überlegung nachzugehen, inwiefern dies auch gilt, wenn die Verschreibung „missbräuchlich“ erfolgte, sprich: gegen Formvorschriften nach der BtMVV verstoßen wurde, oder die ärztlichen Überwachungs- und Kontrollpflichten nicht eingehalten wurden.

a. Mittelbares Inverkehrbringen als fahrlässige Tötung?

Wie bereits erläutert, existieren in den Fällen der missbräuchlichen Verschreibung des Arztes – im Gegensatz zur Verbrauchsüberlassung und dem Verabreichen – über den Patienten hinaus weitere „Verantwortungsträger“, deren Drittverhalten einer Zurechnung entgegenstehen kann, man denke an den herausgebenden Apotheker, an aufsichtspflichtige Angehörige (die u.U. das Rauschgift für den Süchtigen „deponieren“) oder Mitarbeiter von Sucht- oder Justizvollzugsanstalten. Ob das Verhalten Dritter allerdings den Arzt hinsichtlich des Fahrlässigkeitsvorwurfs entlasten kann, erscheint zweifelhaft: Man knüpft letztlich an das Inverkehrbringen einer gefährlichen Substanz, mithin soll die Sorgfaltspflicht gerade auch vorsätzliches Drittverhalten abwenden, weswegen derartige Erwägungen auf den ersten Blick nicht weiterführen.³⁹ Verlockend erscheint es, die Parallele zum fahrlässigen Umgang mit einer Waffe zu ziehen, der letztlich zur Tötung eines Dritten führt.⁴⁰ Doch hinkt der Vergleich schon aufgrund des Umstands, dass dort die fahrlässige Aufbewahrung des gefährlichen Gegenstands

unmittelbar zum vorsätzlichen Schädigungsverhalten führt, während beim Arzt als fahrlässig Inverkehrbringenden nochmals mindestens zwei (ggf. ebenso fahrlässig) agierende Personen dazwischen geschaltet sind. Außerdem hat der Arzt keine Verfügungsmacht über die Betäubungsmittel, beherrscht den Gefahrenherd also nicht unmittelbar, was in den Fällen des fahrlässigen Umgangs mit einer Waffe originärer Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Haftung ist. Schließlich verschreibt der Arzt auch keine tödliche Dosis, d.h. soweit das Mittel tatsächlich als „Gift“ missbraucht wird, müsste der vorsätzlich handelnde Dritte das Gefährpotential durch weitere Handlungen (Beimischen, Ansammeln etc.) verschärfen. Zuletzt läuft der Regress bei selbstschädigendem Verhalten Dritter Personen ohnehin leer, weil ein Suizid mittels des gefährlichen Gegenstands bzw. der Substanz kaum zurechenbar ist. Insofern kann es auch im Falle der Waffe nicht Schutzzweck der Norm sein, eine Pistole sorgfältig aufzubewahren, um (versuchte) Selbsttötungen zu verhindern.⁴¹

aa. Der Apotheker als Zwischeninstanz

Im typischen Fall einer Verschreibung muss sich der Patient mit seinem „gelben Rezept“ in die Apotheke begeben und sich die Betäubungsmittel aushändigen lassen. Damit hat die Apotheke die tatsächliche Verfügungsmacht über die Betäubungsmittel, sodass die Überlegungen zum fahrlässigen Umgang mit gefährlichen Gegenständen und Substanzen allenfalls auf diesen Personenkreis übertragbar erscheinen. Die Aufbewahrung und Abgabe von verschreibungspflichtigen Medikamenten aus Apotheken unterliegt dem strengen Reglement des BtMG (vgl. § 15 BtMG) sowie der BtMVV, vgl. nur § 5 VIII, § 12 I Nr.4, II BtMVV. Ein Verstoß gegen die dort aufgestellten Prüfungs- und Umgangspflichten kann nicht nur eine Ordnungswidrigkeit gem. § 32 I Nr. 6 BtMG, sondern auch als unerlaubte Abgabe gem. § 29 I Nr.7 BtMG zu bewerten sein.⁴² Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Apotheker lediglich die Wirksamkeit der Verschreibung (also die äußere Form) zu überprüfen hat, deren Begründetheit aber schon rein faktisch niemals überprüfen kann.⁴³ Soweit man also ein Regressverbot konstruieren will, ist zu differenzieren. Wird der Apotheker lediglich als „verlängerter Arm“ des Arztes tätig, indem er auf eine formwirksame Verschreibung hin das Betäubungsmittel herausgibt, unterbricht sein Verhalten nicht die Zurechnungskette. Verstößt

³⁷ Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 36 sowie S. 65 f.

³⁸ Dies dürfte jedenfalls für die Delikte gelten, welche die körperliche Unversehrtheit bzw. das Leben des Patienten schützen. Ob im Hinblick auf die betäubungsmittelstrafrechtlichen Vorschriften eine ärztlich indizierte Verschreibung dennoch zur Strafbarkeit führen kann (indem etwa ein fahrlässiges Inverkehrbringen angenommen wird), ist umstritten, allerdings jedenfalls im Bereich der Fahrlässigkeit kritisch zu sehen, da der Gesetzgeber die fahrlässige Verschreibung aus dem Katalog des § 29 IV BtMG genommen hat, hierzu Oğlakcioğlu (Fn. 6), S. 215 ff. m.w.N.

³⁹ Hierzu auch Wessels/Beulke (Fn. 22) Rn. 192; Schönemann GA 1999, 207, 224; Otto in Festschrift für Wolff (1998), S. 412 ff.; Mitsch ZJS 2011, 128, 131; Zum Fahrlässigkeitsregress bei vorsätzlichem Drittverhalten Spindel JuS 1974, 749, 756; Welp JR 1972, 427, 429; sowie Heinrich, AT I, 2. Aufl. (2010), Rn. 254.

⁴⁰ Vgl. das Urteil des LG Stuttgart zum Amoklauf von „Winenden“ Mitsch ZJS 2011, 128, 131.

⁴¹ BGHSt 24, 342, 344 = NJW 1972, 1207. Dies hat der BGH letztlich auch im Gemeindepfarrer-Fall (vgl. Fn. 6) erkannt und verneint die vorsätzliche Überlassung mit Todesfolge. Da der BGH aber eine Anwendung der Selbstgefährdungsdogmatik i.R.d. § 30 I Nr. 3 ablehnt, gelangt er zu diesem Ergebnis mit der Annahme, dass der Arzt (trotz Vorsatz bzgl. des Todesertritts!) nicht leichtfertig handele. Letztlich hätte man zu einem dogmatisch sauberen Ergebnis gelangen können, in dem man unabhängig vom „Eigenverantwortlichkeitsgedanken“ den tatbestandsspezifischen Gefährverwirklichungszusammenhang verneint (was i.Ü. eine eigenständige Bedeutung dieses Begriffs legitimiert), hierzu Oğlakcioğlu (Fn. 6), S. 144 ff.

⁴² Körner/Patzak (Fn. 2) § 29 Teil 16 Rn. 16 ff.

⁴³ Weber (Fn. 33) § 29 Rn. 1384; ggf. hat er aber Rücksprache mit dem behandelnden Arzt zu halten, vgl. BGHSt 9, 370 = NJW 1957, 29; OLGSt Bamberg StRR 2008, 353.

dagegen der Apotheker gegen die gesetzlich statuierten Mindestkontrollpflichten, kann die Herausgabe an den Patienten nicht mehr dem Arzt angelastet werden. Insofern könnte man auch davon ausgehen, dass es schlicht „atypisch“ ist, wenn der angelegte Kontrollmechanismus versagt.

Der Patient ist dann nicht unmittelbar „Opfer“ der von dem Arzt begangenen Sorgfalts- und Überwachungspflichtverletzungen, die ihrerseits eine vorsätzliche Schädigung ermöglichte; vielmehr perpetuieren die Apotheker ihrerseits die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten, wobei in dem vom BtMG konzipierten, abgestuften Kontrollsystem ein Rückgriff auf die frühere Instanz nur dann sachgerecht erscheint, wenn die zweite Kontrollinstanz ihren (wesentlich konzentrierteren, aber dafür „grundlegenden“) Pflichten nachgekommen ist.

bb. Weitere Beteiligte

Basierend auf den oben aufgestellten Grundsätzen, kann vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten Drittbeteiligter die Zurechnung im Hinblick auf den pflichtwidrig agierenden Arzt oder Apotheker nur dann unterbrechen, wenn deren Handlung die „Gefahr“ des Missbrauchspotentials signifikant erhöht hat (etwa bei der Bildung eines Drogendepots durch die Ehefrau während einem JVA-Aufenthalt des Süchtigen).

b. Zur Verwirklichung des „Restrisikos“

Zuletzt sei angemerkt, dass auch der Arzt nicht vor jeglichem Missbrauch gewahrt ist und dementsprechend eine Haltung kritisch zu sehen ist, wonach sich ein Arzt immer dann wegen fahrlässiger Tötung verantworten soll, wenn er einem Drogenabhängigen eine größere Menge eines Substitutionsmittels verschreibt als zulässig unabhängig davon, ob der Drogenabhängige die richtige Dosierung kennt.⁴⁴ Will man dies damit begründen, dass der Arzt wegen der Unberechenbarkeit des Verhaltens von Drogenabhängigen nicht darauf vertrauen dürfe, dass sich diese an die Dosierungsempfehlung halten werden, dürfte es das System der Verschreibung gar nicht geben. Wenn im Rahmen einer Substitutionsbehandlung eine 7-Tage-Take-Home-Verschreibung zulässig sein soll,⁴⁵ dann „vertraut“ bereits die Rechtsordnung dem Konsumenten, sodass es merkwürdig erscheint, dem Arzt dieses Vertrauen zu versagen. Mit anderen Worten lässt die BtMVV (freilich unter strengen Voraussetzungen) ein „Restrisiko“ zu, das sich stets verwirklichen kann, unabhängig davon, wie sorgfältig der Arzt agiert oder nicht. Dann kann es aber, soweit sich genau dieses „Restrisiko“ verwirklicht, keine Rolle mehr spielen, wie grob fahrlässig der Arzt agiert hat. Die bloße Ermöglichung einer Über-

dosierung kann noch keine Fahrlässigkeitshaftung nach sich ziehen, da diese nicht anders beurteilt werden kann, als das Reichen des Stricks zur Selbsttötung. Auch das institutionelle Wissensgefälle (und damit ist man wieder bei den anfänglichen Überlegungen angekommen) kann hier keine Rolle spielen, da es wohl zum Grundrepertoire einer jeden natürlichen, einigermaßen verständigen Person (und damit auch erst Recht des „zwischenzeitlich“ krankhaft Süchtigen) zählen dürfte, dass jede Substanz (Salz, Paracetamol oder Polamidon als Substitutionsmittel) in Überdosierungen schädlich für den menschlichen Organismus sein kann. Insofern reicht bereits „das kleine Einmaleins“ für die Erkenntnis, dass bei einer Aufteilung von etwaigen Rationsfläschchen in Wochentags-Rationen sieben Rationen auf einmal bereits das Siebenfache der „empfohlenen“ Tagesdosis sind. Der Arzt könnte allerdings auch nicht verhindern, dass der Patient Rationen bunkert bzw. ansammeln lässt, um diese gewinnbringend weiterzuverkaufen oder auf einmal einzunehmen, um sich selbst zu töten.

III. Fazit

Im Rahmen einer Ermöglichung des Drogenkonsums durch einen (verschreibenden) Arzt ist die Frage nach dessen objektiver Verantwortlichkeit genauerer Überprüfung zu unterziehen. Das institutionell angelegte „Wissensgefälle“ darf nicht dazu verleiten, per se eine „Verantwortung“ (und schon gar nicht eine vorsätzliche Begehung) anzunehmen, wenn der Arzt sorgfaltspflichtwidrig bzw. sogar in strafbarer Art und Weise, vgl. § 29 I Nr. 6 BtMG Betäubungsmittel verschrieben hat. Die Verantwortung des Arztes kann institutionell angelegt sein oder durch einen Irrtum des Patienten entstehen. Ein durch sonstige Irrtümer des Opfers entstehender Wissensmangel „überlagert“ das institutionelle Wissensgefälle und kann damit nicht „ausgeglichen“ werden, wenn der Arzt seinerseits einem Irrtum unterliegt, insb. kann sein Vorsatz bzgl. des grundsätzlichen Wissensgefälles nicht ausreichen, da sein daraus resultierendes „Pflichtenpaket“ auf einer falschen Tatsachengrundlage basiert. Vielmehr führt ein Irrtum über die Verantwortlichkeit als Tatbestandsmerkmal regelmäßig zur Fahrlässigkeit gem. § 16 I 2 StGB. In den Fällen der Verschreibung ist zu beachten, dass sich trotz einer grundsätzlichen Verantwortlichkeit des Arztes Situationen ergeben können, in denen erst das Verhalten Dritter (insb. das eines pflichtwidrig agierenden Apothekers) die schädigende Handlung ermöglicht oder das Verhalten des Patienten selbst als Verwirklichung des „Restrisikos“ angesehen werden muss, dass dem Arzt nicht mehr zurechenbar ist. Im Regelfall wird dieses „Restrisiko“ dadurch indiziert, dass das Gefahrpotential der Handlung des Arztes durch weitere Akte Dritter erst erhöht werden muss. Nur bei solch einer differenzierten Betrachtung lässt sich einer „Verschleifung“ von Sorgfaltspflichtverletzung und Zurechenbarkeit des Körperverletzungs- bzw. Tötungserfolgs entgegenwirken, zu der man unter Zugrundelegung einer „hippokratischen Vorsatztheorie“ vielleicht eher geneigt ist.

⁴⁴ BGH JR 1979, 429.

⁴⁵ Vgl. § 5 VIII BtMVV: Gerade i.R.e. Substitutionsbehandlung muss zur Erreichung des Therapieziels auch bei gefährlicheren Substanzen dem Patienten ab einem bestimmten Stadium ein Mindestmaß an Vertrauen entgegengebracht werden, zu diesen Überlegungen rund um die „Take-Home-Verschreibung“ vgl. Weber (Fn. 33) § 5 BtMVV Rn. 91.

Strafbare Beteiligung am Ehrenmord

– Zugleich Besprechung von LG Detmold, Urteil v. 4.2.2013, 4 Ks – 31 Js 184/12 – 56/12 (Fall „Arzu Ö.“) –

Von Rechtsassessor Björn Engelmann, Erlangen/Nürnberg*

Der Beitrag erörtert die rechtlichen und praktischen Probleme bei der Anwendung der §§ 25 ff. StGB auf die Fälle des Ehrenmordes vor dem Hintergrund einer aktuellen Entscheidung des LG Detmold, die unlängst durch den BGH bestätigt wurde.

I. Einleitung

Die juristische Aufarbeitung sogenannter „Ehrenmord-Fälle“ hat in jüngerer Zeit wiederholt die deutschen Strafgerichte beschäftigt und ist dabei auf breiten Widerhall in der medialen Berichterstattung gestoßen.¹ Besonderes Interesse verdient hier der rechtliche Ansatz in der vor kurzem rechtskräftig gewordenen Entscheidung des LG Detmold vom 4.2.2013². Das Gericht greift dort auf die umstrittene Rechtsfigur der Beihilfe durch Unterlassen zurück und verurteilt folglich den Angeklagten als Gehilfen eines Mordes gem. §§ 211, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB. Der vorliegende Beitrag zeigt am Beispiel dieses Falles die rechtlichen Probleme, die bei einer solchen strafrechtlichen Sanktionierung von „im Hintergrund“ wirkenden Tatbeiträgen nicht am Tatort präsenter Personen entstehen können, auf und setzt sich kritisch mit der vom LG Detmold gefundenen Lösung auseinander. Die Kernfrage lautet hierbei: Welche strafrechtliche (Mit-) Verantwortung kommt bei von einem Familienverband gelebten religiös-kulturell geprägten Ehrvorstellungen, die in einem Ehrenmord kulminieren, den die Tatbegehung unterstützenden bzw. sie gutheißen Familienangehörigen, insbesondere dem Familienoberhaupt und gleichzeitigem Vater des Opfers, zu?

* Der Verf. ist Doktorand bei Prof. Dr. Hans Kudlich, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie sowie Student der Philosophie und Politikwissenschaft (jeweils Universität Erlangen-Nürnberg).

¹ Vgl. neben dem hier behandelten Fall „Arzu Ö.“ etwa auch den sog. „Kieler Ehrenmordfall“ (BGH BeckRS 2012, 23537).

² Az. 4 Ks – 31 Js 184/12 – 56/12 = BeckRS 2013, 06392; die Entscheidung bestätigend: BGH, Beschluss v. 28.8.2013, Az. 4 StR 268/13 – nicht veröffentlicht (Verwerfung der Revision des Angeklagten als unbegründet gem. § 349 Abs. 2 StPO ohne weitere Begründung, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben habe) – Auskunft der Pressestellen des BGH und des LG Detmold und Pressemitteilung des LG Detmold v. 6.9.2013.

II. Sachverhalt und Entscheidung des LG Detmold

Der Entscheidung des LG Detmold lag nach den Feststellungen des Gerichts im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der türkischstämmige Angeklagte, der streng gläubig ist und der Religionsgemeinschaft der Jesiden³ angehört, siedelte 1985 mit seiner Frau und seiner Tochter sowie seinen Eltern aus der Türkei nach Deutschland über. Dort wurden noch neun weitere Kinder, darunter die Tochter A (im Urteil: „K 7“), geboren. Der Angeklagte lebte sich äußerlich schnell in Deutschland ein und ist seit 20 Jahren bei demselben Unternehmen beschäftigt. Dennoch blieben er und die übrigen Familienmitglieder (mit Ausnahme des späteren Opfers A) mit den religiösen Überzeugungen aus ihrer Heimat, namentlich denen der religiösen Minderheit der Jesiden, fest verwurzelt. Das Familienleben war daher bestimmt durch die jesidisch-patriarchalischen Wertvorstellungen des Angeklagten und seiner Verwandten, wobei der Angeklagte in der streng hierarchisch gegliederten Familie die Position des Familienoberhaupts innehatte. Im Jahr 2011 begann die im Jahr 1993 in Deutschland geborene, damals bereits volljährige, A sich hinsichtlich ihrer Handlungsweise von den religiösen Wertvorstellungen des Angeklagten zu entfernen. Eine wichtige Rolle spielte hierbei die Beziehung der A zu dem Zeugen Z 7, den sie bei ihrer Arbeit in der Bäckerei der Familie des Z 7 kennen lernte. Die A verliebte sich in Z 7 (der nicht jesidischen Glaubens ist) und begann mit ihm im Sommer 2011 eine (intime) Liebesbeziehung.

Durch ihre Handlungsweise setzte sich die A, die im Sommer 2011 noch im elterlichen Haushalt lebte, in Widerspruch zu den jesidischen Wertvorstellungen ihrer Familie. Diese verbieten sowohl die Beziehung zu einem Nicht-Jesiden als auch den vorehelichen Geschlechtsverkehr. Ein Verstoß gegen diese Verhaltensanforderungen ist nach den religiösen Wertvorstellungen des Angeklagten, seiner Familie und der jesidischen Gemeinschaft, der die Familie in Deutschland angehört, als Ehrverstoß anzusehen, für den auch dem Familienoberhaupt die Verantwortung zugewiesen wird.

³ Gebräuchlich ist auch die Schreibweise „Yeziden“.

Als der Angeklagte davon Kenntnis erlangte, dass seine Tochter einen nicht-jesidischen Freund hatte, mit dem sie Geschlechtsverkehr vollzogen hatte, züchtigte der Angeklagte sie vor den Augen der Familie, um ihr sowie dem Rest der Familie vor Augen zu führen, dass er derartige Verstöße nicht duldete. Hierzu beschimpfte der Angeklagte die A und ohrfeigte sie mit voller Wucht. Mit der Billigung und auf Anweisung des Angeklagten⁴ schlug sodann der Bruder K 5 mit einem massiven Holzstock auf seine Schwester ein. Die übrigen anwesenden Familienmitglieder (die Mutter und die Schwestern K 1 und K 9 der A) unternahmen hiergegen nichts und billigten die Züchtigung. Durch die Schläge erlitt A zahlreiche großflächige Hämatome an den Armen, Beinen und am Oberkörper. Um weitere „Ehrverstöße“ auszuschließen befahl der Angeklagte der A, ihre Arbeit in der Bäckerei der Familie des Z 7 aufzugeben und untersagte ihr, das Haus zu verlassen. Der Angeklagte drohte damit, dass ansonsten „einiges“ passieren würde.

A war daraufhin völlig verschüchtert und nahm die Drohungen sehr ernst. Als sie im Folgenden ein Gespräch des Angeklagten mit K 5 belauschte, in dem beide darüber sprachen, dass es das Beste sei, sie im Wald zu verscharren und dann als vermisst zu melden, bekam sie große Angst um ihr Leben. In einem unbeobachteten Moment flüchtete sie aus dem elterlichen Haus zu einer Freundin. Bald danach begab sie sich zur Polizei, schilderte die Vorfälle und erstattete Strafanzeige gegen den Angeklagten. Auf Anraten und unter Vermittlung durch die Polizei begab sich A daraufhin zu ihrem Schutz in ein Frauenhaus.

Am 1.9.2011 bemerkten der Angeklagte und seine Familie die Flucht von A und begannen auf Betreiben des Angeklagten intensiv nach ihr zu suchen. Am Abend des 31.10.2011 wurde A von K 1 in der Wohnung des Z 7, wo sie sich zusammen mit diesem und zwei weiteren Besuchern aufhielt, entdeckt. Innerhalb kurzer Zeit fanden sich dort auch die Kinder K 3, K 4, K 5 und K 6 des Angeklagten ein. In mehreren Telefonaten setzten die Kinder des Angeklagten diesen über die aktuelle Lage in Kenntnis und berieten mit ihm das weitere Vorgehen. Um 01.14 Uhr (am 1.11.2011) stürmten die genannten Kinder des Angeklagten die Wohnung des Z 7 und brachten die A unter Niederschlagung der Gegenwehr von A und der übrigen Anwesenden in ihre Gewalt. Unmittelbar danach kam es wieder zu telefonischen Kontakten mit dem Angeklagten, der sich die ganze Zeit über in seinem Haus aufhielt. Im weiteren Verlauf der Nacht wurde A von ihren Geschwistern mit zwei aufgesetzten Schüssen in den Kopf, abgegeben von K5⁵, getötet, um hierdurch die „Ehrverletzung“ der A zu ahnden und die Familienehre wiederherzustellen.

Unbekannt geblieben ist, was der Angeklagte konkret bei den Telefongesprächen mit seinen Kindern gesagt hat. Der Angeklagte hat sich in einer durch seine Verteidiger

in der Hauptverhandlung verlesenen Erklärung dahingehend eingelassen, dass er den Sachverhalt hinsichtlich der Züchtigung im Sommer 2011 im Wesentlichen eingeräumt, jegliche Beteiligung an der Tötung seiner Tochter hingegen abgestritten hat. Das LG hat nicht feststellen können, ob der Angeklagte seinen Kindern den Auftrag erteilt hat, die A zu töten. Demgemäß hat die Kammer bei ihrer Verurteilung nur zu Grunde gelegt, dass der Angeklagte seine Kinder nicht von der Tat abzubringen versucht hat und ist im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zu der Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte die Zielrichtung des Handelns seiner Kinder (Tötung der A) kannte und subjektiv billigte sowie die Motive ihres Handelns teilte. Dabei ist das Gericht ferner zu der Überzeugung gelangt, dass es nicht zur Tötung der A gekommen wäre, wenn der Angeklagte als Autoritätsperson, dessen Entscheidungen respektiert und bedingungslos befolgt wurden, eine Tötung der A untersagt hätte. Das Gericht hat den Angeklagten hinsichtlich der Vorfälle im Sommer 2011 wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 4, 239 Abs. 1 StGB)⁶ zu einer Einzelstrafe von 1 Jahr 6 Monaten und hinsichtlich der Geschehnisse am 1.11.2011 wegen Beihilfe zum Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB zu einer Einzelstrafe von 6 Jahren verurteilt und hieraus gem. § 54 StGB eine Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten gebildet. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat der BGH mit Beschluss v. 28.8.2013 gem. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen (Az. 4 StR 268/13 – nicht veröffentlicht). Die Kinder des Angeklagten wurden bereits zuvor in gesonderten Verfahren wegen Mordes und/oder Geiselnahme (bzw. der Beihilfe hierzu) rechtskräftig verurteilt.

III. Strafrechtliche Sanktionierung der Beteiligung am Ehrenmord

1. Begriffserklärung und Problemaufriss

Eine einheitliche Definition des Begriffes „Ehrenmord“ hat sich in Literatur und Rechtsprechung bislang noch nicht herausgebildet.⁷ Die vorliegende Untersuchung behandelt Fälle, in denen Menschen vor dem Hintergrund religiös-kulturell geprägter Wertvorstellungen von Familienangehörigen (auch)⁸ zur Wiederherstellung der Familienehre getötet werden. Dieser Untersuchungsbezug wird aber (soweit ersichtlich) von allen in der Literatur verwendeten Definitionen des Ehrenmordes erfasst.⁹ Keine zwingende Voraussetzung für die Einord-

⁶ Die Strafbarkeit aufgrund der Vorfälle im Sommer 2011 wird im Rahmen dieser Untersuchung nur insoweit erörtert, als ein Bezug zu der Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord besteht.

⁷ Vgl. Çakir-Ceylan, Gewalt im Namen der Ehre (2011), S. 43.

⁸ Die Wiederherstellung der Familienehre muss aber nicht notwendig das einzige Motiv der Tat sein.

⁹ Vgl. zu bisherigen Definitionsansätzen etwa die vom BKA in Auftrag gegebene Studie von Oberwittler/Kasselt, Ehrenmorde in Deutschland 1996-2005 (2011), S. 12 f.; Çakir-Ceylan a.a.O. (Fn. 7), S. 44 f. Wobei teilweise in bestimmten Fällen auch die Tötung von Nicht-Familienangehörigen

⁴ Vgl. insoweit ergänzend die Aburteilung von K 5 im getrennten Verfahren durch Urteil des LG Detmold v. 16.5.2012 – Az. 4 Ks 31 Js 1086/11 – 10/12, BeckRS 2012, 10600, insbes. Ziff. II. 2. c der Urteilsgründe.

⁵ Vgl. Urteil des LG Detmold a.a.O. (Fn. 4), insbes. Ziff. II. 3. c der Urteilsgründe.

nung als „Ehrenmord“ ist demnach, dass sich die Tat juristisch als Mord i. S. v. § 211 StGB (in Abgrenzung zum Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB) klassifizieren lässt. Vielmehr ist die Problematik der Einordnung solcher Taten als Mord oder Totschlag seit Jahrzehnten gerade einer der wesentlichen Streitpunkte in der Diskussion von Ehrenmordfällen¹⁰ (worauf im Rahmen dieses Beitrags aber nur am Rande¹¹ eingegangen werden kann). Nicht erforderlich für die vorliegende Behandlung der Beteiligungsproblematik ist eine nähere Aufschlüsselung der hier eine Rolle spielenden religiös-kulturellen Wertvorstellungen nach bestimmten geographischen Regionen oder einzelnen Glaubensrichtungen. Vielfach ist dies aber auch gar nicht möglich oder sinnvoll, da die (Begleit-)Motive, die zur Tötung von Familienangehörigen aus (vermeintlichen) Gründen der Ehre führen, zu komplex¹² sind, um eindeutigen Rastern (wie einer bestimmten Religion¹³ oder geographischen Herkunft) zugeordnet werden zu können, was sich schon daraus ergibt, dass sowohl religiöse als auch traditionale Wertvorgaben von einzelnen Individuen und gesellschaftlichen Gruppen unterschiedlich ausgelegt werden können.¹⁴ Es reicht demnach hier festzustellen, dass die Tötung von Familienangehörigen durch Täter mit ausländischen Wurzeln sich aus einem Konglomerat verschiedener Kausalfaktoren speisen kann, wobei jedoch die Familienehre (und der sogleich beschriebene Begriff der „Ehre“) und die Stellung der Täter innerhalb des Familienverbands eine zentrale Rolle spielen. Demnach kann aber jedenfalls festgehalten werden, dass die Täter (und demgemäß auch die Opfer) ihre Wurzeln in stark familienbasiert und hierarchisch-patriarchalisch geprägten Gesellschaften haben, in denen die Voraussetzungen für die Entstehung eines im Stellenwert hoch angesiedelten Konzepts der

Familienehre folglich gegeben waren.¹⁵ Zwei Merkmale des Ehrbegriffs sind dabei besonders hervorzuheben. Zum einen handelt es sich um ein Konzept der Ehre, bei dem die Einzelpersonen durch die Mitgliedschaft in einer sozialen Gruppe (insbesondere der Familie) definiert sind¹⁶ und das Verhalten der Einzelperson unmittelbar auf die soziale Achtung der Familie zurückbezogen wird.¹⁷ Zum anderen steht die Ehre auch im direkten Zusammenhang mit dem Sexualverhalten, besonders der weiblichen, Familienangehörigen.¹⁸ Demgemäß wird ein als unehrenhaft angesehenes Sexualverhalten einer Frau (typischerweise rechnet hierzu jedenfalls der außereheliche Geschlechtsverkehr) zugleich als Ehrverstoß der gesamten Familie angesehen. Die Bewahrung der „sexuellen Reinheit“ der Frau vor der Ehe ist somit Verpflichtung der gesamten Familie, insbesondere aber der männlichen Familienangehörigen und speziell des Familienoberhaupts.¹⁹ Verletzt die Frau diese Gebote, so kann die Ehre der Familie durch die Ahndung des Ehrverstoßes wiederhergestellt werden. Letzteres ist dann der Grund für oft drastische „Strafmaßnahmen“, die bis hin zur Tötung reichen können.²⁰

Wie sich aus den gerade erfolgten Ausführungen ergibt, sind die Ehrverstöße einzelner Familienmitglieder damit in den entsprechenden Kulturkreisen eine Angelegenheit, die die ganze Familie betrifft. Kommt es zur Wiederherstellung der Familienehre zu einem Ehrenmord, ist dieser jedenfalls soziologisch betrachtet in der Regel nicht die Tat einer einzelnen Person, sondern ein Verbrechen, das auf Veranlassung bzw. unter Mitwirkung mehrerer Gruppenmitglieder motiviert, geplant und teilweise auch ausgeführt wird.²¹ Somit wird es häufig der Fall sein, dass neben dem Haupttäter (der die Tat letztendlich ausführt) auch weitere Personen für die Tatbegehung kausale oder zumindest förderliche Unterstützungshandlungen erbringen.²² Für das deutsche Strafrecht stellt sich

wie z. B. des Liebhabers einer Frau noch unter den Begriff des „Ehrenmordes“ subsumiert wird.

¹⁰ Vgl. hierzu statt vieler: *Burmeister*, Die schuldangemessene Bewertung von Ehrenmorden im deutschen Strafrecht (2011) (passim).

¹¹ S. unten IV. 3.

¹² In diese Richtung gehend auch *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 87, vgl. dort auch die Ausführungen zu Vorbereitungen der Täter mit Gewalt, Kriminalität und psychischen Problemen, S. 94 ff.; zutreffend auch *Erbil*, Toleranz für Ehrenmörder? (2008), S. 173 ff., der vor Pauschalisierungen und einer Einordnung als rein islamisches Phänomen warnt; vgl. auch die ausführliche Analyse der unterschiedlichen Erklärungsansätze bei *Yazgan*, Morde ohne Ehre (2011), S. 173 ff. et passim.

¹³ Anders offenbar *Dietz* NJW 2006, 1385, wonach in Deutschland Ehrenmorde „soweit ersichtlich, ausschließlich in muslimischen Familien“ auftraten. Hier wird jedoch wohl die meist türkische Herkunft der Täter mit der Einordnung als muslimisch gleichgesetzt. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass die Glaubensgemeinschaft der Jesiden – unter deren Einwanderern es in Deutschland wiederholt zu Ehrenmordfällen gekommen ist (s. nur die Fallstudie von *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 195 ff., Fall 19, 55, 63) – gerade nicht zu den Muslimen zählt. S. näher auch *Çakir-Ceylan* a.a.O. (Fn. 7), S. 37 f. (speziell zu den Traditionen der Jesiden) und *Erbil* a.a.O. (Fn. 12), S. 165 f., 174 (zu Fällen von Ehrenmord außerhalb der islamischen Tradition).

¹⁴ Vgl. zur Auslegung des Koran ausführlich *Yazgan* a.a.O. (Fn. 12), S. 113 ff.

¹⁵ Vgl. nur *Burmeister* a.a.O. (Fn. 10), S. 28 ff., *Erbil* a.a.O. (Fn. 12), S. 174, *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 15 f.; *Yazgan* a.a.O. (Fn. 12), S. 31 ff.

¹⁶ *Burmeister* a.a.O. (Fn. 10), S. 30.

¹⁷ Vgl. *Burmeister* a.a.O. (Fn. 10), S. 30 ff.; *Çakir-Ceylan* a.a.O. (Fn. 7), S. 48 f.

¹⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Burmeister* a.a.O. (Fn. 10), S. 31 ff.; *Çakir-Ceylan* a.a.O. (Fn. 7), S. 5, 53 ff.; *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 13 f.

¹⁹ Ähnlich *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 16 f., die dies als zentrale Aufgabe der Männer bezeichnen; vgl. auch (vor dem Hintergrund der türkischen Kultur) *Pohlreich*, „Ehrenmorde“ im Wandels des Strafrechts (2009), S. 31 ff.

²⁰ Vgl. *Grünwald* NSTZ 2010, 1, 1 f.; *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 18; *Pohlreich* a.a.O. (Fn. 19), S. 32 ff.

²¹ Zutreffend *Erbil* a.a.O. (Fn. 12), S. 177, der neben der individuellen Täter-Opfer-Beziehung Größen wie Familienhierarchie, kollektive Meinungsbildung und sozialen Druck auf das Opfer als tatprägend ansieht. Vgl. zu Ehrenmorden in der Türkei auch *Yazgan* a.a.O. (Fn. 12), S. 120 ff.

²² Dies belegen auch die empirischen Untersuchungen von *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9) zur Anzahl der Täter (S. 75 ff, 142 ff.), wobei die Anzahl der tatsächlichen Unterstützer wegen der bestehenden Beweisprobleme und der sich daraus ergebenden Dunkelziffer (S. 77, dazu unten III. 2.) noch höher als die dort genannte Größenordnung (rund 30% der Fälle mit mehreren Tätern) sein dürfte. Speziell zur Rolle eines „Familienratsbeschlusses“ für den Ehrenmord *Pohlreich* a.a.O. (Fn. 19), S. 35 f.; *Oberwittler/Kasselt* a.a.O. (Fn. 9), S. 142 ff.

damit die Frage, ob diese Mitwirkungsbeiträge der einzelnen Gruppenmitglieder auch bei juristischer Betrachtung angemessen erfasst und sanktioniert werden können. Dies wird im Folgenden behandelt, wobei die strafrechtliche Ahndung der Tatbeiträge des Familienoberhauptes im Mittelpunkt des Interesses stehen wird.

2. Beteiligungsformen des StGB

Sämtliche im StGB (§§ 25 ff.) genannten Formen der Beteiligung an einer Straftat können in Ehrenmordfällen praktisch relevant werden.²³ Zur Erinnerung sei nochmals darauf hingewiesen, dass der „Ehrenmord“ sich tatbestandlich sowohl als Mord (§ 211 StGB, nach Ansicht der Literatur i. V. m. § 212 Abs. 1 StGB²⁴) als auch als Totschlag (§ 212 Abs. 1 StGB) darstellen kann. Dabei wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die unmittelbare Tötung durch einen Tatbeteiligten allein (nachfolgend: Tatnächster) bewirkt wurde. Zu erläutern ist nun, wie weitere Beteiligte an dieser Tat mitwirken können. Hierbei wird unterstellt, dass sowohl der Tatnächste als auch die weiteren Tatbeteiligten demselben Familienverband angehören, wie das Opfer der Tat, was auch dem praktischen Normalfall eines Ehrenmordes entspricht.²⁵ Im oben dargelegten Fall des LG Detmold ist Bezugspunkt der Beteiligung die Erschießung der A durch einen ihrer Brüder (K 5) als Tatnächsten.

a) Täterschaft und Abgrenzung zur Teilnahme

Die Tatbeiträge weiterer Beteiligter können so gewichtig sein, dass diese als Mittäter zu bestrafen sind, § 25 Abs. 2 StGB. Dies erfordert zunächst das Erbringen eines Tatbeitrags im Wege des gemeinschaftlichen Handelns Mehrerer auf der Grundlage eines gemeinsamen Tatplans.²⁶ Des Weiteren ist erforderlich, dass dieser Tatbeitrag auch als täterschaftlicher Beitrag und nicht nur als Beitrag eines Gehilfen (oder Anstifters) zu qualifizieren ist. Wann dies der Fall ist, mithin also die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme, ist in Literatur und Rspr. umstritten.²⁷ Die überwiegende Auffassung in der Literatur bejaht (Mit-) Täterschaft, wenn der Tatbeitrag dem Beteiligten eine (funktionale) Tatherrschaft vermittelt, das heißt dieser durch seinen Tatbeitrag den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf (mit) „in den Händen hält“ und daher als „Zentralgestalt“ des Geschehens anzusehen ist (sog. Tatherrschaftslehre).²⁸ Teilnehmer ist dagegen, wer ohne eigene Tatherrschaft die Tatbegehung veranlasst oder fördert.²⁹ Nach der sog. subjektiven Theorie der Rspr. erfolgt die Abgrenzung zwischen Täter-

schaft und Teilnahme hingegen nach der inneren Willensrichtung der Beteiligten. Täter ist, wer mit Täterwillen handelt und die Tat „als eigene“ will (sog. *animus auctoris*), Teilnehmer, wer mit Teilnehmerwillen lediglich eine fremde Tat fördern will (sog. *animus socii*).³⁰ Trotz dieses nach wie vor unterschiedlichen Grundansatzpunktes³¹ haben sich die Theorien mittlerweile dadurch deutlich angenähert, dass die Rspr. als wesentliche Anhaltspunkte für eine wertende Ermittlung des Täterwillens neben dem Grad des Interesses am Taterfolg auch objektifizierbare Faktoren wie den Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft berücksichtigt.³²

(Auch) in Ehrenmordfällen ist daher ein wichtige Leitfrage, welche objektive Bedeutung für die Tötung des Opfers die Unterstützungshandlungen weiterer Tatbeteiligter hatten. Werden diese Handlungen *unmittelbar am Tatort* erbracht (z. B. Festhalten oder Ruhig-Stellen des Opfers), bereitet die rechtliche Bewertung in der Regel wenig spezifische Probleme, da das Gericht nur die Bedeutung des Tatbeitrags und dessen Motivationszusammenhang zu würdigen hat. Zudem muss ein Mittäter in subjektiver Hinsicht vorsätzlich und mit Täterwillen (Rspr.) bzw. im Bewusstsein seiner Tatherrschaft (h. Lit.) gehandelt haben, worauf aber bei den dann hier in Frage stehenden Unterstützungshandlungen zumeist aus den vollzogenen objektiven Handlungen geschlossen werden kann. Der Tatnachweis wird oft durch Spuren des Täters am Tatort oder der Leiche des Opfers geführt werden können.

Weitaus größere Probleme bereiten demgegenüber Tatbeiträge, die nicht am Tatort selbst, sondern im Rahmen der *Planung und Vorbereitung* der Tötung erbracht werden. Eine solche nur im Hintergrund wirkende Rolle wird oftmals auch das Familienoberhaupt einnehmen, da seine Stellung an der Spitze der Familienhierarchie es ihm ermöglicht, bei der Tötung planend und gestaltend mitzuwirken, die unmittelbare Tatausführung aber in der Hierarchie weiter unten stehenden Familienangehörigen zu überlassen. Auf der Tatbestandsebene wird hier die Frage relevant, wann derartige nicht unmittelbar am Tatort erbrachte Tatbeiträge gleichwohl zur Bejahung einer (Mit-) Täterschaft führen können. An dieser Stelle ist in Ehrenmordfällen die zentrale Rolle des Familienoberhauptes an der Spitze der Familienhierarchie und dessen damit einhergehende Verantwortung für die Sicherstellung der Familienehre zu berücksichtigen (vgl. insoweit auch den Fall des LG Detmold). Legt man die subjektive Theorie der Rspr. zu Grunde, ist dieser Aspekt ein starker Anhaltspunkt für (Mit-) Täterschaft, da das Interesse des Familienoberhauptes an einer „Bereinigung“ des „Ehrverstoßes“ in aller Regel sehr groß sein wird und die Autorität, die dem Familienpatriarchen zukommt, diesem auch bei einer Ortsabwesenheit die Mitbeherrschung des Tatgeschehens (etwa durch Mittel der Fernkommunikation), welche nach dem oben Gesagten ebenfalls ein Indiz für Täterwillen ist, ermöglichen wird. Innerhalb der Tatherrschaftslehre ist hingegen umstritten, ob nur die unmittelbare Mitbeherrschung der Tat vor Ort

²³ Zutreffend Dietz NJW 2006, 1385, 1387.

²⁴ Vgl. statt Vieler: Fischer, StGB, 60. Aufl. (2013), § 211, Rn. 88 f.

²⁵ Vgl. Erbil a.a.O. (Fn. 12), S. 172; Oberwittler/Kasselt a.a.O. (Fn. 9), S. 14, 82.

²⁶ S. näher etwa Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2012), § 20 Rn. 104 ff.

²⁷ Überblick zum Meinungs- und Streitstand etwa bei Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), Vor §§ 25 ff. Rn. 51 ff.

²⁸ Vgl. statt Vieler: Kühl AT (Fn. 26), § 20 Rn. 26 ff. m.w.N., zu den strittigen Einzelheiten dort Rn. 107 ff.

²⁹ Vgl. Wessels/Beulke Strafrecht AT, 42. Aufl. (2012), Rn. 513 m.w.N.

³⁰ Vgl. statt Vieler: BGH NJW 1961, 1541, 1542 m.w.N.; s. auch Wessels/Beulke AT (Fn. 29), Rn. 515.

³¹ Vgl. zutreffend etwa Kühl AT (Fn. 26), § 20, Rn. 30.

³² Vgl. statt Vieler: Kühl AT (Fn. 26), § 20 Rn. 31.

(„Handlungsherrschaft“) bzw. im Ausführungsstadium der Tat („Ausführungsherrschaft“) Tatherrschaft vermittelt. Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur verneint dies und lässt auch nicht vor Ort erbrachte Tatbeiträge in der Planungsphase der Tat ausreichen, wenn diese sich für die Deliktsverwirklichung als wesentlich (im Einzelnen umstritten) darstellen.³³ Richtigerweise ist die letztgenannte Auffassung vorzugswürdig und wird häufig zu einer Einordnung der Tatbeiträge des Familienoberhaupts als tatherrschaftsbegründend führen.³⁴ Denn dem Familienoberhaupt kommt bei der Wiederherstellung der Familienehre nach den zu Grunde liegenden religiös-kulturellen Wertvorstellungen oftmals die Hauptverantwortung zu und seine Autorität wird von dem Tatnächsten in aller Regel nicht in Frage gestellt. Schaltet sich der Familienpatriarch dann aktiv, und sei es auch nur bei der Vorbereitung der Tat, in die Deliktsverwirklichung mit ein (oder bleibt er in Kenntnis der Ehrenmordpläne demonstrativ untätig³⁵) werden allein durch dieses Verhalten die übrigen Tatbeteiligten in ihrem Handlungsentschluss erheblich bestärkt und zusätzlich motiviert, ihre jeweiligen Tatbeiträge besonders entschlossen und effektiv zu erbringen. Sie werden hierzu im Regelfall auch fortan ihr weiteres Vorgehen mit dem Patriarchen abstimmen. Dass ein Familienmitglied nunmehr die Tötung eigenmächtig und gegen den Willen des Familienoberhaupts durchführt, ist hingegen wenig naheliegend. Vielmehr wird der Patriarch aufgrund seiner Vormachtstellung in der Familie im Regelfall nun auch zur Zentralgestalt des deliktischen Handlungsgeschehens aufrücken.

Das praktische Hauptproblem tatortferner Beiträge liegt jedoch auf der Ebene der Beweisbarkeit der Tat.³⁶ Anders als bei am Tatort erbrachten Handlungen ist die Auffindung und Zuordnung von Spurenmaterial allein dadurch erschwert, dass der Beteiligte an der Leiche selbst keine Spuren hinterlassen haben kann. Vor allem aber werden die Tatbeiträge oft nicht-physischer Natur (Planung und Beratung) sein und somit überhaupt keine wahrnehmbaren Spuren hinterlassen. Der Zeugenbeweis wird zudem häufig ausscheiden, da alle an der Planung der Tat beteiligten oder von ihr in Kenntnis gesetzten Personen als Familienangehörige über wechselseitige Zeugnisverweigerungsrechte (§ 52 StPO) verfügen (bzw. sich als Mitangeklagte auf ihr Aussageverweigerungsrecht gem. § 243 Abs. 5 S. 1 StPO berufen können) und sich aufgrund der besonders ausgeprägten Loyalität innerhalb der Familie kaum gegenseitig belasten werden.³⁷

b) Beihilfe

Haben den Tatnächsten unterstützende Beteiligte einen Beitrag zur Tötung geleistet, der die Tat objektiv geför-

³³ Überblick zum Meinungs- und Streitstand bei Kühl AT (Fn. 26), § 20 Rn. 110 ff. m.w.N.

³⁴ Vgl. auch den – strukturell ähnlichen – Fall des Bandenchefs, der die Tat durch seine Mitwirkung im Hintergrund (mit-) beherrscht, s. näher S/S-Heine (Fn. 27), § 25 Rn. 67.

³⁵ Und gibt so (und ggf. durch Tadelung und Züchtigung des späteren Opfers) zu erkennen, dass er eine drastische Bestrafung für notwendig erachtet, vgl. zu diesem Aspekt auch unten IV. 2. b.

³⁶ Vgl. Oberwittler/Kasselt a.a.O. (Fn. 9), S. 141 f.

³⁷ Vgl. Oberwittler/Kasselt a.a.O. (Fn. 9), S. 142.

dert hat und subjektiv in Kenntnis der Förderung der Haupttat erbracht wurde, der jedoch nicht den gerade dargelegten Anforderungen an einen täterschaftlichen Beitrag genügt, so können diese gem. § 27 StGB als Gehilfen bestraft werden. Auch hier können sowohl Beiträge, die am Tatort selbst erfolgen, als auch solche bei der Planung und Vorbereitung der Tat, erfasst werden.³⁸ Was den Tatnachweis anbelangt, gilt das oben³⁹ Gesagte. Auch hier wird also das praktische Kernproblem der Strafverfolgung beim Nachweis der jenseits des Tatorts erbrachten Tatbeiträge liegen. Dies gilt gerade auch für den Fall der bloß „moralischen“ Unterstützung der bzw. des Haupttäter(s), deren Strafbarkeit nicht übersehen werden sollte (psychische Beihilfe⁴⁰). Werden nicht-physische Unterstützungshandlungen durch das Familienoberhaupt erbracht, so ist aber stets sorgfältig zu prüfen, ob aufgrund dessen besonderer Stellung in der Familienhierarchie⁴¹ nicht sogar eine Mittäterschaft in Betracht kommt.

c) Anstiftung

Als Anstifter gem. § 26 StGB ist zu betrafen, wer vorsätzlich den Tatentschluss zur Begehung eines Ehrenmordes hervorgerufen⁴² hat. Der Tatnachweis wird auch bei der Anstiftung naturgemäß schwer zu führen sein, da eine nicht-physische und in aller Regel fernab des Tatorts und im engen Familienkreis (§ 52 StPO) erbrachte Handlung zu verfolgen ist. Hat das Familienoberhaupt sich entschlossen, seine Ehre durch die Tötung des „ungehorsamen“ Familienmitglieds wieder herzustellen, liegt für die Durchführung der Tat die Beauftragung eines „treuen“ Familienmitglieds unter Ausnutzung der Autoritätsstellung als Familienpatriarch nahe (abzugrenzen von der mittelbaren Täterschaft⁴³). Auch im vom LG Detmold entschiedenen Fall lautete die Anklage auf Anstiftung seiner Kinder (K 1, K 3, K 4, K 5 und K 6) zum Mord an A, jedoch konnte dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden, dass er seine Kinder in irgendeiner Weise dazu

³⁸ Vgl. etwa S/S-Heine (Fn. 27), § 27 Rn. 13; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 27 Rn. 3, jeweils m.w.N.

³⁹ S. oben III. 2. a.

⁴⁰ S. näher etwa Fischer (Fn. 24), § 27 Rn. 11 ff.; Murmann, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (2009), § 27 Rn. 5.

⁴¹ S. oben III. 1. und 2. a.

⁴² Vgl. etwa Fischer (Fn. 24), § 26 Rn. 3 m.w.N.

⁴³ Die Anstiftung ist in derartigen Fällen von der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) abzugrenzen. Eine solche mittelbare Täterschaft erscheint in Ehrenmordfällen insbes. mit Blick auf die Fallkonstellation des „Täters hinter dem Täter“ bei Vorliegen eines hierarchisch organisierten Machtapparates durchaus als diskussionswürdig. Gegen die Anwendung dieser Fallgruppe der (mittelbaren) Täterschaft kraft „Organisationsherrschaft“ könnte sprechen, dass die patriarchalisch geprägte Familie zwar oftmals über eine streng hierarchische Struktur verfügt, jedoch womöglich nicht denselben Organisationsgrad aufweist, wie die bislang allgemein diskutierten Fälle (insbes. staatliche Machtapparate, mafiaähnliche Strukturen und Wirtschaftsunternehmen), s. zum Ganzen etwa S/S-Heine (Fn. 27), § 25 Rn. 25 ff.; Kühl AT (Fn. 26), § 20 Rn. 73 ff. Zu denken ist ferner an mittelbare Täterschaft infolge Steuerungsherrschaft bei Delegation der Tatausführung an minderjährige Familienangehörige (vgl. zu dieser Fallkonstellation des Ehrenmordes Oberwittler/Kasselt a.a.O. (Fn. 9), S. 142 ff.; allg. zu Minderjährigen als „Tatwerkzeug“ etwa S/S-Heine (Fn. 27), § 25 Rn. 39 f.).

angewiesen oder aufgefordert hatte, der Tochter etwas anzutun. Die rechtliche Konstruktion, auf deren Grundlage die Kammer gleichwohl zu einer Verurteilung des Angeklagten als Teilnehmer eines Ehrenmordes gelangte, soll nun im Folgenden eingehender gewürdigt werden.

IV. Der Sonderfall der Beihilfe durch Unterlassen

Wie bereits eingangs erwähnt, wurde die Verurteilung des Angeklagten vom LG Detmold auf §§ 211, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB gestützt. Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall der Beihilfe, da dem Tatteilnehmer nicht eine Beihilfe zum Ehrenmord durch aktives Tun, sondern durch ein Untätigbleiben vorgeworfen wird. Diese Variante kombiniert somit (im Hinblick auf den Tatbestand des § 211 bzw. § 212 Abs. 1 StGB) die rechtlichen Voraussetzungen des unechten Unterlassungsdelikts mit denen der Beihilfe und wirft dabei speziell im Hinblick auf die Fälle des Ehrenmordes eine ganze Reihe an, seitens des BGH im konkreten Fall unerörtert gebliebenen⁴⁴, rechtlichen Fragestellungen auf, denen nun nachzugehen sein wird. Zusätzliche rechtspolitische Relevanz entfaltet die Thematik dadurch, dass hier immer auch die Frage im Hintergrund steht, welche strafrechtliche Mitverantwortung am Ehrenmord einem mitwissenden Familienpatriarchen und Vater des Opfers zukommt, und ob der Gesetzgeber hier ergänzend tätig werden sollte.

1. Garantenstellung

Die Strafbarkeit aus einem unechten Unterlassungsdelikt setzt stets (also auch im hier zu untersuchenden Fall der Beihilfe durch Unterlassen) das Vorliegen einer Garantenstellung i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB, also einer rechtlichen Einstandspflicht, voraus.⁴⁵

⁴⁴ Was den Schuldspruch anbelangt, war eine Erörterung auch nicht zwingend geboten, da nur der Angeklagte Revision eingelegt hatte und es auf die nachfolgend erörterten Problempunkte für den Schuldspruch entweder nicht ankommt (mangels Beruhens i. S. v. § 337 Abs. 1 StPO) oder diese nur zu einer strengeren Verurteilung des Angeklagten hätten führen können, so dass er hierdurch nicht beschwert ist (vgl. näher *Meyer-Gofßner*, 56. Aufl. (2013), § 354 Rn. 17 m.w.N.). Dennoch hätte der BGH hier, gerade was die für die Praxis wichtige Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handeln (bzw. Unterlassen) eines Familienpatriarchen und die hierbei auftretenden Beweisprobleme anbelangt, die Möglichkeit nutzen können, um seine Rechtsansicht klarer darzulegen und damit den Instanzgerichten in zukünftigen Fällen mehr Rechtssicherheit zu verschaffen, als durch die bloße Billigung des erstinstanzlichen Urteils. Der BGH (o. Fn. 2) hat stattdessen die Revision gem. § 349 Abs. 2 StPO ohne weitere Begründung als offensichtlich unbegründet verworfen, was mit Blick auf die relativ komplexen Rechtsfragen, die auch für ein Schwurgericht nicht zum Tagesgeschäft zählen dürften, etwas verwundert – jedenfalls, wenn, wie in der Anwaltspraxis üblich, auch die Sachrüge erhoben worden war (vgl. allg. zur rechtspolitischen Diskussion um § 349 Abs. 2 StPO *Meyer-Gofßner*, § 349 Rn. 7 ff. m.w.N., der die Anwendung der Vorschrift in der Praxis verteidigt).

⁴⁵ Vgl. *Kühl* AT (Fn. 26), § 20 Rn. 230 m.w.N.

a) Garantenstellung aus familiärer Verbundenheit

In Ehrenmordfällen ist zunächst an das Vorliegen einer Garantenstellung aus familiärer Verbundenheit zu denken. Auch in dem vom LG Detmold entschiedenen Fall stellt sich hier die Frage, ob dem Angeklagten als Vater hinsichtlich der A eine Garantenstellung aus dem Eltern-Kind-Verhältnis zukommt. Das Gericht hat eine solche Garantenstellung aus der Beschützerfunktion als Vater knapp mit der Begründung abgelehnt, die A sei bereits volljährig und habe seit rund zwei Monaten nicht mehr im elterlichen Haushalt gelebt.⁴⁶ Die Frage der Garantenstellung beim Ehrenmord an einem volljährigen Kind hätte jedoch näherer Erörterung bedurft, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen.

aa) Eine in der Literatur vertretene Ansicht geht in der Tat davon aus, dass die Garantenstellung der Eltern mit Erreichen der Volljährigkeit des Kindes jedenfalls dann endet, wenn Letzteres den elterlichen Haushalt verlässt.⁴⁷ Die Gegenansicht hält demgegenüber auch bei Verlassen des Elternhauses eine Schutz- und Beistandspflicht der Eltern grundsätzlich weiterhin für möglich.⁴⁸ Vorzugswürdig erscheint hier die letztgenannte Ansicht. Die Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB spricht von einer „rechtlichen“ Einstandspflicht. Eine solche normiert § 1618a BGB, wo es ausdrücklich und ohne weitere Einschränkungen heißt „Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig“ (insofern weitergehend als der auf minderjährige Kinder beschränkte § 1626 Abs. 1 BGB). Sofern hiergegen argumentiert wird, § 1618a BGB enthalte lediglich einen „uneinklagbaren Programmsatz“, aus dem sich keine strafrechtliche Verantwortlichkeit ableiten ließe⁴⁹, ist einzuwenden, dass der zivilrechtlichen Einklagbarkeit ohnehin keine (negative) Aussagekraft hinsichtlich der strafrechtlichen Verbindlichkeit einer Norm zukommt. Die Einordnung von § 1618a BGB als bloßer „Programmsatz“ ist zudem schon aus der Perspektive des Zivilrechts verfehlt, da die Norm sich etwa als Grundlage für familienrechtliche – auch einklagbare – Auskunftsansprüche heranziehen lässt.⁵⁰ Vielmehr handelt es sich gerade aufgrund der Existenz der Vorschrift und der im Grundsatz unbestrittenen natürlichen Verbundenheit, die in aller Regel zwischen Eltern und Kindern besteht, um einen der wenigen Fälle, in dem sich aus strafrechtlicher Sicht für eine Garantenstellung aus enger persönlicher Verbundenheit überhaupt ein gesetzlich normierter Anhaltspunkt findet.⁵¹ Insoweit ist das Verhältnis von Eltern und Kindern auch mit der Ga-

⁴⁶ LG Detmold BeckRS 2013, 06392, Ziff. V. 2. b bb der Urteilsgründe.

⁴⁷ *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann*, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. (2007), § 13 Rn. 26; *Roxin*, Strafrecht AT II (2003), § 32 Rn. 39.

⁴⁸ *Wessels/Beulke* AT (Fn. 29), Rn. 718 (insbes. bei akuten Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit); *S/S* (Fn. 27)-*Stree/Bosch*, § 13 Rn. 19/20.

⁴⁹ So *Roxin* AT II (Fn. 47), § 32 Rn. 42 m.w.N.

⁵⁰ Vgl. etwa BVerfGE 96, 56 (Herleitung eines Auskunftsanspruchs des nichtehelichen Kindes gegenüber der Mutter auf Benennung des Vaters im Grundsatz zulässig).

⁵¹ Anders als etwa bei Verlobten (vgl. *S/S* (Fn. 27)-*Stree/Bosch*, § 13 Rn. 18) oder nicht-ehelichen Lebenspartnern (vgl. *SSW* (Fn. 40)-*Kudlich*, § 13 Rn. 25 f.; *LK-Weigend* (Fn. 47), § 13 Rn. 38).

rantenstellung von Ehegatten zueinander vergleichbar, die von der Rspr.⁵² auf der Grundlage von § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB bejaht wird, wobei diese Vorschrift, selbst wenn ihr im Familienrecht eine höhere rechtliche Verbindlichkeit zukommen sollte⁵³, mit Blick auf eine strafrechtliche Einstandspflicht sogar noch unschärfer („sie tragen für einander Verantwortung“) formuliert ist, als § 1618a BGB.

bb) Offen ist damit aber noch die Frage, wann genau zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern von einer Einstandspflicht i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB ausgegangen werden kann. In Ehrenmordfällen besteht die besondere Problematik dabei darin, dass das Eltern-Kind-Verhältnis infolge des „Ehrverstoßes“, der dem Kind vorgeworfen wird, besonders belastet ist. Gerade die Tatsache, dass ein Elternteil nicht gegen die Tötung seines eigenen Kindes einschreitet, könnte auf den ersten Blick dafür sprechen, das Vorliegen einer tatsächlichen persönlichen Nähebeziehung und damit eine Garantenstellung zu verneinen. Bei genauerer Betrachtung kann indes gerade das Geschehenlassen der Tötung nicht als ein Argument gegen eine Garantenstellung gewertet werden. Denn ließe man eine solche Argumentation zu, wäre eine Tötung des eigenen Kindes durch Unterlassen schon immer denklogisch dadurch ausgeschlossen, dass der Akt der Tötung durch Unterlassen per se bereits die Strafbarkeitsvoraussetzung der Garantenstellung entfallen ließe. Die Eltern würden damit gerade in einer Situation, in der die Kinder besonders schutzbedürftig, da vom Tode bedroht, sind aus ihrer Garantenstellung entlassen und damit die präventive Funktion des Strafrechts negiert. Richtigerweise ist in Ehrenmordfällen daher genau zu analysieren, wie sich die Eltern-Kind-Beziehung im Laufe der Jahre bis hin zum Tatzeitpunkt entwickelt hat, und inwieweit bei wertender Betrachtung und unter zu Grunde Legung der subjektiven Befindlichkeit von Elternteil und Kind noch von dem Bestehen eines Obhutsverhältnisses⁵⁴ oder einer Nähebeziehung gesprochen werden kann. Hierbei ist einerseits wertend zu berücksichtigen, dass das Vertrauen des Kindes in die elterliche Obhutsfunktion durch vorangegangene „Bestrafungsaktionen“ substantiell beschädigt werden kann (vgl. wiederum den Fall des LG Detmold, wo es bereits vor der Tötung zu erheblicher Gewaltanwendung seitens des Vaters kam). Auf der anderen Seite muss aber auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Ahndung des „Ehrverstoßes“ gerade drauf beruht, dass das Opfer *als Mitglied der Familie* deren Ehre verletzt haben soll. Es kann daher gerade nicht unterstellt werden, dass ein Elternteil, der den Ehrenmord zur Wiederherstellung der Familien Ehre billigt, sich von dem Kind als Familienangehörigen völlig losgesagt hat. Weiter kann eine Rolle spielen, wie sich die Eltern gegenüber dem Kind nach außen hin verhalten haben, etwa, ob sie bewusst auf ihre Autorität als Eltern hingewiesen oder dem Kind, womöglich unter einem Vorwand, die Aussöhnung und Rückkehr in den

Familienverband in Aussicht gestellt haben. Da Aspekte, die in diese Richtung deuten, im vom LG Detmold entschiedenen Fall ebenfalls zu beobachten sind⁵⁵, hätte es hier für die Beurteilung einer Garantenstellung auf der Grundlage der familiären Beziehung einer umfassenden Abwägung dieser Gesichtspunkte und ggf. auch weiterer Aufklärung des Sachverhalts durch das Gericht bedurft.

b) Garantenstellung aus Ingerenz

Das LG Detmold bejaht jedoch eine Garantenstellung des Angeklagten für seine Tochter aus dem Gesichtspunkt der Ingerenz⁵⁶, also einem vorangegangenen gefahrerhöhenden Tun.⁵⁷ Begründet wird dies mit der körperlichen Züchtigung durch den Angeklagten und K 5, wobei besonders deren demonstrativer und ostentativer Charakter betont wird.⁵⁸

Diese Herleitung einer Garantenstellung für das Opfer eines Ehrenmordes auf der Grundlage von vorausgehenden Züchtigungshandlungen ist zumindest insoweit unproblematisch, als hier ein pflichtwidriges und sogar gegen die Strafrechtsordnung (§§ 223 ff. StGB) verstoßendes Vorverhalten vorliegt und sich so die Problematik, ob Beistandspflichten auch aus rein moralischen Fehlverhalten hergeleitet werden können, hier nicht stellt.⁵⁹ Vom Gericht nicht thematisiert, nach zutreffender Sichtweise⁶⁰ in derartigen Konstellationen aber kein Hinderungsgrund für eine Garantenstellung ist, dass sich die Gefahr (hier: Erschießung der A durch einen ihrer Brüder) dann durch einen autonom⁶¹ handelnden Dritten realisiert hat. Denn zwar kann die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechenbarkeit der Tat entfallen, wenn der tatbestandliche Erfolg (Tötung) durch einen vorsätz-

⁵⁵ So wurden etwa nach den Feststellungen des Gerichts zahlreiche E-Mails – mit Billigung des Angeklagten (ob sich dies auch auf den Inhalt bezieht, und welche Rolle der Angeklagte hier genau spielte, geht aus den Urteilsgründen indes nicht zweifelsfrei hervor) – von Verwandten an die A gesendet, in denen u. a. auch versucht wurde, ihr wegen des Verlassens des Elternhauses ein schlechtes Gewissen einzureden und suggeriert wurde „[i]hr Vater würde ihr verzeihen und alles würde gut werden“, wenn sie nach Hause zurückkehren würde, LG Detmold BeckRS 2013, 06392, Ziff. II. 2. der Urteilsgründe.

⁵⁶ LG Detmold BeckRS 2013, 06392, Ziff. V. 2. b bb der Urteilsgründe.

⁵⁷ Vgl. statt Vieler: Fischer (Fn. 24), § 13 Rn. 47 ff.

⁵⁸ LG Detmold, a.a.O. (Fn. 56).

⁵⁹ Vgl. LK-Weigend (Fn. 47), § 13 Rn. 42 f., anders nur nach der Mindermeinung, die die Herleitung einer Garantenstellung aus vorangegangenen gefahrerhöhenden Verhalten generell ablehnt (vgl. hierzu die Nachweise a.a.O., Rn. 42 Fn. 143 und bei Kühl AT (Fn. 26), § 20 Rn. 91 Fn. 198). Bei derart massiven Züchtigungen, wie im vorliegenden Fall, scheidet – wenn man ein solches überhaupt anerkennt – auch eine Rechtfertigung durch ein „elterliches Züchtigungsrecht“ offensichtlich aus (zur allg. Diskussion um das elterliche Züchtigungsrecht s. S/S (Fn. 27)-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 16 ff.).

⁶⁰ Vgl. BGH NSTz, 1985, 24; LK-Weigend (Fn. 47), § 13 Rn. 43 m.w.N. auch zur Rspr.

⁶¹ Zumindest war dem Angeklagten eine Mitwirkung an der eigentlichen Tötungshandlung nicht nachweisbar.

⁵² Grundlegend BGH NJW 2003, 3212, 3214 = BGHSt 48, 301 (wonach im Übrigen auch mit dem Auszug eines Ehegatten aus der Ehwohnung die Garantenstellung nicht zwingend erlischt).

⁵³ Fraglich, vgl. Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2013), § 1353, Rn. 22 ff., 52 ff., m.w.N.

⁵⁴ Vgl. S/S (Fn. 27)-Stree/Bosch, § 13 Rn. 18.

lich handelnden Dritten herbeigeführt wird.⁶² Zu Recht wird aber eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs überwiegend nur dann angenommen, wenn der Dritte vollverantwortlich eine neue, selbständig auf den Erfolg hinwirkende Gefahr schafft, die sich dann allein im deliktischen Erfolg realisiert.⁶³ Davon kann aber nicht die Rede sein, wenn der Vater das Kind demonstrativ vor den Augen der Familie züchtigt und dem späteren Haupttäter anschließend sogar befiehlt⁶⁴ bzw. ihn nicht davon abhält, die Schwester wegen ihres „Fehlverhaltens“ mit einem Holzstock zu verprügeln. Vielmehr wurde damit die Gefahr, dass A später von ihren Geschwistern in noch massiverer Weise angegriffen wird, in objektiv und für den Angeklagten voraussehbarer und nahe liegender Weise erst geschaffen.⁶⁵ Insbesondere wusste der Angeklagte als Oberhaupt eines streng hierarchisch organisierten Familienverbandes, dass sein Verhalten im Umgang mit den für das Familienleben zentralen religiösen Vorschriften und Gebräuchen das Verhalten seiner übrigen Kinder maßgeblich beeinflussen konnte und handelte sogar explizit, um der Familie zu verdeutlichen, dass der Verstoß gegen diese Verhaltensanforderungen mit Gewalt geahndet würde. Daher ist es gerechtfertigt, in Ehrenmordfällen bei vorausgegangenen Züchtigungen, jedenfalls dann wenn diese sich als erheblich darstellen, von einem erweiterten strafrechtlichen Verantwortungsbereich des Züchtigenden auszugehen, der sich maßgeblich aus einer Zusammenschau der Stellung und Autorität des Züchtigenden sowie der „Vorbildfunktion“ seiner konkreten Handlungsweise herleiten und legitimieren lässt.⁶⁶ Diese Erweiterung der Verantwortlichkeit betrifft jedenfalls Taten, die aufgrund des „Ehrverstoßes“, der Gegenstand der Züchtigung war, begangen werden.

⁶² Vgl. statt Vieler: S/S (Fn. 27)-Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 100 ff. m.w.N.

⁶³ Wessels/Beulke AT (Fn. 29), Rn. 192 m.w.N.

⁶⁴ Insoweit sind die Ausführungen des LG indes nicht ganz eindeutig, da (anders als unter Ziff. V. 2. b bb der Urteilsgründe) bei den Ausführungen zur Sachverhaltsschilderung die Initiative von K 5 selbst auszugehen scheint („K5 wollte die Bestrafungsaktion nicht allein seinem Vater überlassen.“, Ziff. II. 1., vgl. auch Ziff. IV. 1.).

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 1992, 1246, 1247 (Garantenstellung aus Ingerenz wegen vorangegangener nicht lebensgefährlicher Misshandlungen vor den Augen des späteren Haupttäters); BGH NStZ, 1985, 24; vgl. auch S/S (Fn. 27)-Stree/Bosch, § 13 Rn. 39 (pflichtwidriges Vorverhalten). Eine Anstiftung zur Tötung durch konkludentes Verhalten (hierzu näher Fischer (Fn. 24), § 26 Rn. 3 – sehr str.) liegt in der Züchtigung hier indes nicht, da (schon in dubio pro reo) im Zeitpunkt der Züchtigung nicht von einem entsprechenden, ausreichend konkretisierten Anstiftersvorsatz ausgegangen werden kann, wobei auch der zeitliche Abstand zwischen Züchtigung und Tötung (mehrere Monate) eine Rolle spielt.

⁶⁶ Vgl. zum Prinzip der Abgrenzung nach Verantwortungsbe- reichen im Rahmen der objektiven Zurechnung ausführlicher Kühl AT (Fn. 26), § 4 Rn. 83 ff., der als Anhaltspunkt für eine erweiterte Verantwortung u. a. ebenfalls darauf abstellt, ob Anhaltspunkte für eine spätere Tatbegehung des Dritten vorliegen (Rn. 85); vgl. hierzu ferner S/S (Fn. 27)-Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 100 ff. (insbes. Rn. 101 f.), jeweils m.w.N.

c) Exkurs: Strafbarkeit des Unterlassens bei fehlender Garantenstellung

Besteht keine Garantenstellung des Familienangehörigen, kommt im Falle des Untätigbleibens zumindest eine Bestrafung aus einem echten Unterlassungsdelikt, namentlich wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB) oder wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323c StGB) in Betracht.⁶⁷ Dabei ist mit Blick auf § 323c StGB in Ehrenmordfällen insbesondere problematisch, ob auch vorsätzliche Straftaten Dritter einen „Unglücksfall“ im Sinne der Vorschrift darstellen⁶⁸ und welche Hilfsanstrengungen zumutbar sind. Bei § 138 StGB stellt sich vor allem die Frage, ob und ggf. wie ein Familienmitglied zu bestrafen ist, dessen eigene Beteiligung an der anzeigepflichtigen Tat nicht sicher nachweisbar, aber gleichwohl möglich ist, da eine Selbstanzeige grds. nicht verlangt wird.⁶⁹ Zudem ist fraglich, ob es zumutbar ist, eigene Familienangehörige anzuzeigen. Die Vorschrift des § 139 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StGB geht bei Kapitalverbrechen zwar vom Fortbestehen der Anzeigepflicht aus, doch ist zweifelhaft, ob dies im Einzelfall einen Rückgriff auf allgemeine (Un-) Zumutbarkeitserwägungen zwingend ausschließt.

2. Unterstützung des Ehrenmords durch Unterlassen

a) Beihilfe durch Unterlassen

Wie bei jeder Form der Beihilfe ist das Vorliegen einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat erforderlich. Im Fall des LG Detmold handelt es sich hierbei um die Ermordung der A durch ihre Geschwister. Eine Bestrafung wegen Beihilfe setzt nun voraus, dass zu dieser Tat durch Unterlassen Hilfe geleistet wurde. Hilfeleisten bedeutet, dass die Haupttat durch die Beihilfe gefördert wurde, wofür die überwiegende Literatur und Rspr. bei aktiver Beihilfe bereits eine Mitverursachung im Sinne einer *Erleichterung* der Begehung der Haupttat ausreichen lassen (sog. „Verstärkerkausalität“).⁷⁰ Konsequenterweise hält der BGH ein Hilfeleisten durch Unterlassen, also durch die Nichtvornahme einer (Rettungs-)Handlung, analog dazu dann für gegeben, wenn bei *Vornahme* der betreffenden Handlung die Haupttat zumindest *erschwert* worden wäre.⁷¹ Im vom LG Detmold entschiedenen Fall liegt der Sachverhalt nach den Feststellungen des Gerichts hier sogar so, dass A nicht getötet worden wäre, wenn der Angeklagte dies untersagt hätte. Die Untersagung der Tötung der A war dem Angeklagten auch ohne

⁶⁷ Sind beide Tatbestände verwirklicht, tritt § 323c StGB nach h. M. hinter § 138 StGB zurück, vgl. S/S (Fn. 27)-Sternberg-Lieben, § 138 Rn. 30 m.w.N.

⁶⁸ h. M. bejahend, vgl. S/S (Fn. 27)-Sternberg-Lieben/Hecker § 323c Rn. 7.

⁶⁹ Die h. M. will dann auf der Grundlage eines normativen Stufenverhältnisses zwischen Vortat und § 138 StGB die Strafbarkeit aufgrund letztgenannter Vorschrift bejahen, vgl. S/S (Fn. 27)-Sternberg-Lieben, § 138 Rn. 20/21 i. V. m. Rn. 29.

⁷⁰ Kühl AT (Fn. 26), § 20 Rn. 214 f., Wessels/Beulke AT (Fn. 29), Rn. 582, jeweils m.w.N.

⁷¹ BGH NJW 2003, 3212, 3213 = BGHSt 48, 301 m.w.N.

weiteres möglich und zumutbar.⁷² Dennoch hat er seinen Kindern die Tötung der A nicht verboten. Damit ist hier nicht nur eine „Verstärkerkausalität“, sondern sogar eine hypothetische Kausalität im Sinne der „conditio-sine-qua-non-Formel“⁷³ gegeben: Die gebotene Handlung kann nicht hinzugedacht werden, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel. Der Taterfolg ist dem Angeklagten auch objektiv zurechenbar.⁷⁴

b) Abgrenzung zur Täterschaft durch Unterlassen

Gerade wenn das Unterlassen für den Eintritt des strafrechtlich missbilligten Erfolgs von so gewichtiger Bedeutung ist, wird aber die vieldiskutierte Streitfrage um die Abgrenzung von Unterlassens-Beihilfe und Unterlassens-Täterschaft besonders relevant. Dabei lässt sich das umfangreiche Meinungsspektrum in der hier vorliegenden Fallkonstellation, dass ein Garant (hier: der Angeklagte) bewusst nicht gegen einen Aktivtäter einschreitet, im Kern in drei Grundströmungen einteilen:⁷⁵ Eine Position geht davon aus, dass der Garant stets nur Gehilfe sein kann, da seinem Tatbeitrag im Vergleich zu dem des Aktivtäters nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme.⁷⁶ Genau gegensätzlich dazu steht die Meinung, die die Garantstellung als tatherrschaftskonstituierend (oder -ersetzend) ansieht und demgemäß den Garant stets als Täter bestrafen will⁷⁷ (und daher die hier erörterte Rechtsfigur der Beihilfe durch Unterlassen grundsätzlich ablehnt). Eine vermittelnde Position will schließlich auch hier fallbezogen zwischen Täterschaft und Beihilfe abgrenzen⁷⁸, wobei die hierfür angegebenen Differenzierungskriterien freilich strittig sind. Zur letztgenannten Gruppe rechnet auch die Rspr., die auf die aufgrund wertender Betrachtung zu ermittelnde innere Haltung des Unterlassenden⁷⁹, insbesondere dessen Täterwillen⁸⁰, aber auch die tatsächliche Tatherrschaft⁸¹,

abstellt. Eine solche auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles bezogene Abgrenzung erscheint im Vergleich zu den Pauschalbeurteilungen der Gegenansichten vorzugswürdig, da nur so der wechselnden Bedeutung des Nichteinschreitens (z. B. dem Umstand, ob der Unterlassende die Tat mit Sicherheit verhindert oder aber sie nur erschwert hätte) Rechnung getragen werden kann. Als maßgebliches Kriterium für eine Täterschaft sollte – in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur und Stellungnahmen in der Rspr. – die Tatherrschaft und das Gewicht des objektiven Tatbeitrags⁸² des Unterlassenden angesehen werden. Damit ist beim Ehrenmord konsequenterweise auch im Falle des Unterlassens (wie schon bei der allgemeinen Abgrenzung der Beteiligungsformen) vor allem auf die objektive Bedeutung der Unterstützungshandlungen (hier nun also auf die unterlassene Hilfe für das spätere Opfer) für die Tötung abzustellen. Aus den bereits oben⁸² dargelegten Gründen kommt dem Familieneroberhaupt dabei oft eine zentrale Stellung zu, so dass dieses häufig allein aufgrund seines Untätigbleibens als Täter zu bestrafen sein wird. Ist der Unterlassende tatsächlich die zentrale Entscheidungsinstanz und Autorität innerhalb der Familie und bleibt er vorsätzlich untätig, da er keine „Ehrverstöße“ tolerieren will, ist er es, der das tatbestandsmäßige Geschehen bestimmt und erscheint die Bestrafung als Täter gerechtfertigt. Auf der Grundlage der Feststellungen des LG Detmold⁸³ sprechen auch hier die besseren Gründe für eine Bestrafung des Angeklagten als (Neben-)⁸⁴ Täter eines Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211 (212 Abs. 1), 13 Abs. 1 StGB. Mit Blick auf die zentrale Bedeutung des Angeklagten bestehen jedenfalls keine Zweifel, dass hier das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht (§ 13 Abs. 1 a. E. StGB).⁸⁵

3. Subjektiver Tatbestand und Anwendung von § 28 StGB

Geht man hingegen (wie das LG) nur von Beihilfe aus, so muss der Tatbeteiligte ferner subjektiv mit sog. „doppeltem Gehilfenvorsatz“, also in Kenntnis der Haupttat und

⁷² Problematisch ist hingegen die Frage, ob einem Vater in einer derartigen Situation und unter Berücksichtigung seiner religiösen Ansichten noch weitergehende Schritte zur Erfolgsverhinderung zugemutet werden könnten, etwa die Einschaltung der Polizei, um gegen die eigenen Kinder (die einen Geschwisterteil, der einen „Ehrverstoß“ begangen hat, bestrafen wollen) vorzugehen. Dafür ließe sich der Rechtsgedanke des § 139 Abs. 3 u. 4 StGB anführen (vgl. erg. oben IV. 1. c).

⁷³ Vgl. näher zur sog. „hypothetischen“ oder „Quasi-Kausalität“ beim unechten Unterlassensdelikt etwa SSW (Fn. 40)-Kudlich, § 13 Rn. 10 f.; Kühl AT (Fn. 26), § 18 Rn. 35 ff., jeweils m.w.N. (auch zu abweichenden Ansichten).

⁷⁴ Vgl. bereits die obigen Überlegungen unter IV. 1. b.

⁷⁵ Überblick zum Meinungsstand etwa bei Freund, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. (2011), § 13 Rn. 266 ff.; Lackner/Kühl (Fn. 38), § 27 Rn. 5.

⁷⁶ So etwa SSW (Fn. 40)-Kudlich, § 13 Rn. 43; Lackner/Kühl (Fn. 38), § 27 Rn. 5 m.w.N.

⁷⁷ So etwa Wohlers/Gaede, in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 13 Rn. 26 m.w.N.; vgl. auch die Nachweise bei S/S-Heine (Fn. 27), Vor §§ 25 ff. Rn. 101.

⁷⁸ So etwa S/S-Heine (Fn. 27), Vor §§ 25 ff. Rn. 103 m.w.N., der als maßgebliches Differenzierungskriterium (bezogen auf den jeweiligen Straftatbestand) Qualität und Inhalt der Pflicht, die durch das Unterlassen verletzt werden, ansieht.

⁷⁹ Vgl. BGH NJW 1992, 1246, 1247 m.w.N.

⁸⁰ BGH NJW 1992, 3309, 3310 = BGHSt 38, 356 m.w.N.

⁸¹ BGH NStZ 2009, 321, 322 = HRRS 2009 Nr. 351, Rn. 9 ff. m.w.N.; vgl. auch Wessels/Beulke AT (Fn. 29), Rn. 734; S/S-

Heine (Fn. 27), Vor §§ 25 ff. Rn. 93, jeweils m.w.N. auch zur Rspr.

⁸² S. oben III. 2. a.

⁸³ Vgl. zur Rolle des Angeklagten oben II. und LG Detmold BeckRS 2013, 06392, u. a. Ziff. IV 2. c und e der Urteilsgründe; bei der Strafzumessung heißt es zudem ausdrücklich: „Strafschärfend musste sich dagegen auswirken, dass dem Angeklagten in dem ganzen Geschehen die entscheidende Rolle zukam. [...] Seine Kinder führten letztlich sein Geschäft.“ (Ziff. VI. 2.).

⁸⁴ Eine Bestrafung als Mittäter würde das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans voraussetzen, an dessen Nachweisbarkeit es vorliegend wohl fehlt; in ähnlichen Konstellationen ist eine Mittäterschaft des Unterlassenden durchaus denkbar (str.). In Betracht kommt ferner die – allerdings äußerst umstr. – Rechtsfigur der mittelbaren Unterlassungstäterschaft (hierzu etwa SSW (Fn. 40)-Kudlich, § 13 Rn. 46), wobei man hier zudem auf die Konstellation eines „Täters hinter dem Täter“ abstellen müsste (vgl. dazu BGHSt 48, 77 „Politbüro-Fall“; s. erg. oben Fn. 43).

⁸⁵ Sog. Entsprechungsklausel, die nach h. M. aber ohnedies nur bei Delikten mit besonderer Handlungsbeschreibung eine größere Relevanz entfaltet, s. näher etwa S/S (Fn. 27)-Stree/Bosch, § 13 Rn. 4.

zur Unterstützung derselben gehandelt haben⁸⁶, wobei sich der Vorsatz zudem auch auf die spezifischen Merkmale des Unterlassungsdelikts beziehen muss⁸⁷ (insgesamt also auf sämtliche unter IV. 1. und 2. dargelegte Tatbestandsmerkmale). Dies war nach den Feststellungen des LG der Fall, wobei das Gericht zutreffend darauf hinweist⁸⁸, dass der Gehilfe die Tatbegehung nicht in allen Einzelheiten in seinen Vorsatz aufgenommen zu haben braucht, sondern es nach ständiger Rspr. des BGH ausreicht, dass er eine umrisshafte Vorstellung des Tatgeschehens sowie des Unrechtsgehalts und der Angriffsrichtung der Tat hat^{89,90}.

Hinzuweisen ist ferner drauf, dass eine Bestrafung wegen Mordes nicht nur voraussetzt, dass der Gehilfe sich des Vorliegens von Mordmerkmalen beim Haupttäter bewusst ist, sondern, dass *täterbezogene* Mordmerkmale auch bei ihm selbst vorliegen müssen⁹¹ (was bei der Entscheidung des LG Detmold der Fall war)⁹². Anderenfalls kommt es nach Ansicht der Rspr. zu einer Strafmilderung der Strafbarkeit wegen Mordes gem. § 28 Abs. 1 StGB (anders die h. Lit., die § 28 Abs. 2 StGB anwendet und dann nicht wegen Mordes, sondern nur wegen Totschlags bestraft⁹³). Der umgekehrte Fall (der Gehilfe handelt anders als der Haupttäter mit täterbezogenen Mordmerkmalen) führt nur nach Ansicht der Literatur unter Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB zu einer schärferen Bestrafung des Gehilfen wegen Mordes, wohingegen die Rspr. dann auch den Gehilfen nur wegen Totschlags bestrafen kann, da ihr Verständnis des Totschlags als eigenständiger Tatbestand den Rückgriff auf § 211 StGB verwehrt.⁹⁴ Beim Ehrenmord erlangt dieser Grundsatzstreit vor allem mit Blick auf das täterbezogene Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2, 1. Gr. StGB) Bedeutung. Denn, ob eine Tötung auf der Grundlage von besonderen persönlichen Wertvorstellungen („Ehre“), die sich in krassen Widerspruch zu inländischen Werten und den hier anerkannten Grund- und Menschenrechten setzen, auf niedrigen Beweggründen beruht, ist heftig umstritten und beurteilt sich nach Ansicht der gegenwärtigen Rspr. auch unter Berücksichtigung der konkreten Täterpersönlichkeit. Dabei spielt insbesondere eine Rolle, ob sich der Täter (bzw. Teilnehmer) der Umstände bewusst war, die seine Beweg-

gründe als verwerflich klassifizieren, und ob für ihn die Möglichkeit bestand, die gefühlsmäßigen Regungen, die sein Handeln bestimmten, gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern.⁹⁵ Insofern ist es durchaus möglich, dass bei einem Ehrenmord einige Tatbeteiligte auf der Grundlage niedriger Beweggründe handeln, bei anderen eine solche Einstufung auf der subjektiven Bewertungsebene hingegen abzulehnen ist. Ebenso muss jeder Beteiligte selbst schuldhaft handeln (§ 29 StGB).⁹⁶

Abschließend kann damit festgestellt werden, dass trotz einiger abweichender Beurteilungen zu den Detailproblemen der Beihilfe durch Unterlassen, diese Rechtsfigur und ihre Anwendung in Ehrenmordfällen grundsätzlich anzuerkennen ist.

4. Bedeutung der Unschuldsvermutung

Jenseits dieser Überlegungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Unterlassensbeihilfe ist nun abschließend aber noch die prozessuale Beweissituation zu würdigen, in der das LG Detmold von dieser Rechtskonstruktion Gebrauch gemacht hat. Das Gericht hat auf diese Rechtsfigur zurückgegriffen, nachdem sich nach den getroffenen Feststellungen der anfangs erhobene Vorwurf der Anstiftung nicht aufrecht erhalten ließ, da nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Angeklagte die Tatbegehung aktiv unterstützt hatte. Insbesondere konnte nicht ermittelt werden, was genau der Angeklagte in den Telefongesprächen, die kurz vor der Entführung bzw. Tötung der A stattfanden, gesagt hatte. In dieser Beweissituation legt das Gericht zumindest ein Untätigbleiben des Angeklagten zu Grunde, kommt also in seiner Beweiswürdigung zu dem Ergebnis, dass dieser jedenfalls nichts unternommen (gesagt) hat, um die Tötung der A zu verhindern. Auf den ersten Blick könnte man nun die Frage aufwerfen, ob nicht der Angeklagte in dubio pro reo deshalb freizusprechen war, weil eben gerade nicht sicher feststeht, ob er (1) seine Kinder maßgeblich erst zu der Tat bewegt (dann Anstiftung zum Mord), (2) dabei ermutigt (dann aktive psychische Beihilfe zum Mord) oder (3) sich hierzu nur neutral verhalten hat (dann Beihilfe durch Unterlassen zum Mord). Da keine der möglichen Strafbarkeitsvarianten somit mit Sicherheit feststeht⁹⁷, könnte man hier an eine mehrfach-gegenläufige Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes denken (also keine Anstiftung, da möglicherweise Beihilfe – keine Beihilfe da möglicherweise Anstiftung etc.). Bei genauerem Hinsehen ist hier jedoch

⁸⁶ Vgl. statt Vieler: S/S-Heine (Fn. 27), § 27 Rn. 19 (ff.), Lackner/Kühl (Fn. 38), § 27 Rn. 7, jeweils m.w.N.

⁸⁷ Vgl. ausführlich Kühl AT (Fn. 26), § 18 Rn. 125 ff.

⁸⁸ LG Detmold BeckRS 2013, 06392, Ziff. V. 2. b bb der Urteilsgründe.

⁸⁹ Vgl. statt Vieler: Fischer (Fn. 24), § 27 Rn. 22 m.w.N. auch zur Rspr.

⁹⁰ Will man Täterschaft bejahen, sind die Anforderungen hier freilich etwas höher.

⁹¹ Vgl. statt Vieler: Fischer (Fn. 24), § 211 Rn. 90 ff.; überwiegend werden die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB als täterbezogen, die der 2. Gruppe hingegen als tatbezogen eingeordnet, vgl. hierzu etwa a.a.O., Rn. 91 f. und S/S (Fn. 27)-Eser, § 211 Rn. 49, jeweils m.w.N.

⁹² Der Angeklagte handelte (ebenso wie der Tatnächste) aus niedrigen Beweggründen (hierzu noch sogleich).

⁹³ Vgl. Fischer (Fn. 24), § 211 Rn. 97 m.w.N. (auch zu Mindermeinungen in der Lit.)

⁹⁴ Vgl. etwa S/S (Fn. 27)-Eser, § 211 Rn. 44 ff. m.w.N., speziell zum Fall der niedrigen Beweggründe dort insbes. Rn. 53; Fischer (Fn. 24), § 211 Rn. 87 ff. m.w.N.

⁹⁵ Statt Vieler: Grünwald NSTz 2010, 1, 3; ausführlich *Burmeister* a.a.O. (Fn. 10), S. 72 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu im vorliegenden Fall LG Detmold BeckRS 2013, 06392, Ziff. V. 3. der Urteilsgründe.

⁹⁷ Nicht ganz klar wird, wieso das LG Detmold das bei den Feststellungen zur Vorgeschichte der Tat wiedergegebene Gespräch des Angeklagten mit K 5, wonach es das Beste sei, die A „im Wald zu verscharren und dann als vermisst zu melden“ (Ziff. II. 1 der Urteilsgründe) nicht zumindest als Nachweis für eine psychische aktive Beihilfe durch den Angeklagten (Bestärken des Tatentschlusses) an der späteren Tötung angesehen hat. Womöglich konnte der genaue Inhalt des Gesprächs in der Beweisaufnahme nicht mehr ermittelt werden, insbes., ob auch der Angeklagte selbst von einer Tötung der A sprach und, ob es sich bereits um hinreichend konkrete Planungen handelte.

eine eindeutige Verurteilung aus dem am wenigsten schweren Tatbestand (also Beihilfe zum Mord durch Unterlassen mit doppelter Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 und ggf. § 13 Abs. 2 StGB⁹⁸) möglich. Denn zum einen ist der Angeklagte nach keiner Sachverhaltsvariante straflos. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Gericht in dubio pro reo unterstellen müsste, er habe (erfolglos) versucht, seine Kinder von der Tat abzuhalten. Dieses Unterstellen einer vierten tätergünstigen⁹⁹ Sachverhaltsvariante würde jedoch zu weit gehen, da hierfür im gegebenen Fall keine Anhaltspunkte bestehen, sondern eine solche Verhaltensweise vielmehr im Widerspruch zum bisherigen Verhalten des Angeklagten stehen würde (wie das Gericht sorgfältig unter Würdigung des Gesamtverhaltens des Angeklagten festgestellt hat¹⁰⁰). Zum anderen besteht zwischen Anstiftung und Beihilfe, ebenso wie zwischen Beihilfe durch aktives Tun und durch Unterlassen, ein Stufenverhältnis, wonach letztere die am wenigsten schwerste Beteiligungsform und damit eine Art „Auffangtatbestand“ darstellt.¹⁰¹

V. Zusammenfassung und Bewertung

Insgesamt stellt das Strafgesetzbuch damit ein breit gefächertes Instrumentarium zur Sanktionierung der Tatbeteiligung am Ehrenmord zu Verfügung, zu dem auch die rechtlich anzuerkennende Konstruktion der Beihilfe zum Ehrenmord durch Unterlassen gehört. Gerade mit Blick auf eine Tatbeteiligung des Familienoberhaupts ist dabei aber stets sorgfältig zu prüfen, ob dessen autoritär-

patriarchalische Stellung in einem hierarchisch strukturieren Familienverband diesem nicht eine zentrale Rolle im deliktischen Handlungsgeschehen und damit die Position eines Täters – statt eines bloßen Gehilfen – zuweist.

Das besonders praxisrelevante Hauptproblem der Beteiligung am Ehrenmord ist der oft nicht zu erbringende Nachweis einer aktiven Tatbeteiligung. Hier ist im Falle eines Bestreitens jedweder Tatbeteiligung der, vorliegend auch vom LG Detmold beschrittene und vom BGH gebilligte, Lösungsweg, den (mitwissenden) Beteiligten zumindest wegen Unterlassens zu verurteilen in den Fällen ein rechtlich gangbarer Weg, in denen Anhaltspunkte für Rettungsbemühungen weder überzeugend vorgetragen noch ersichtlich sind. Eine Garantenstellung, und damit eine erweiterte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Familienangehörigen, wird sich dabei häufig auf Ingerenz oder das persönliche Näheverhältnis zum Tatopfer stützen lassen. Eine Verurteilung aus Unterlassen (als Täter oder Gehilfe) stellt sich dann auch nicht als Verletzung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes, sondern als letzte Prüfungsstufe einer systematischen Stufenprüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit dar. Der Vater, der die Tötung des eigenen Kindes unter Missachtung von dessen Selbstbestimmungsrecht und der inländischen Wertordnung billigt und befürwortet, kann somit (oft sogar als Täter) auch dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn die aktive Tatbeteiligung nicht nachweisbar ist. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht demnach nicht, zumal die Schaffung von „familispezifischen“ Sondervorschriften¹⁰² zur Tatbegehung oder Tatbeteiligung vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 I, III GG) nicht unproblematisch wäre.

⁹⁸ Die Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB ist obligatorisch, die des § 13 Abs. 2 StGB hingegen nur fakultativ.

⁹⁹ Bzw. besser gesagt „Teilnehmer-günstigen“, wenn man von Beihilfe ausgeht.

¹⁰⁰ LG Detmold BeckRS 2013, 06392, Ziff. IV. 2. e der Urteilsgründe.

¹⁰¹ Vgl. nur BGH NStZ 1983, 165 (m. Anm. *Dingeldey*); *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. (2013), Rn. 132 f.; *Fischer* (Fn. 24), § 1 Rn. 37; *S/S-Heine* (Fn. 27), Vor §§ 25 ff. Rn. 49/50; *Kühl* AT (Fn. 26), § 21 Rn. 68 ff., insbes. Rn. 68 b, jeweils m.w.N. Geht man von einer Täterrolle des Angeklagten aus, stellt sich in ähnlicher Weise die Tötung durch Unterlassen gem. §§ 212, 211, 13 StGB als Auffangtatbestand (im Verhältnis zur nicht sicher nachweisbaren Tötung durch aktives Tun) dar.

¹⁰² Vgl. etwa das türkische Strafgesetzbuch, wo u. a. die Anstiftung von Verwandten (Art. 38 Abs. 2), die Tötung nahestehender Angehöriger (Art. 82 Buchst. d) und der sog. Traditionsmord (Art. 82 Buchst. k: Tötung wegen des Bruches traditioneller Verhaltensregeln auf der Grundlage [str.] eines „Familienratsbeschlusses“) besonders gesetzlich geregelt sind, s. ausführlich *Çakir-Ceylan* a.a.O. (Fn. 7), S. 171 ff., insbes. S. 175 ff., *Pohlreich* a.a.O. (Fn. 19), S. 177 ff.

§ 257c Abs.1 S.2 i.V.m. § 244 Abs.2 StPO?!

Von RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München

Das Bundesverfassungsgericht richtete am 19.3.2013 in seinem lange erwarteten Urteil zu § 257c StPO,¹ der die Verständigung („Deal“) regelt, eine „sehr ernst gemeinte Mahnung an alle Akteure in einem Strafverfahren“: Bei der Anwendung dieser Vorschrift bestünden „erhebliche Vollzugsdefizite“; in den konkreten Fällen hätten sich die Gerichte und Staatsanwälte nicht ausreichend an die strengen gesetzlichen Vorgaben gehalten, die angegriffenen Urteile hob das Bundesverfassungsgericht deshalb auf.

§ 257c StPO selbst wurde indes als verfassungskonform bewertet. Das BVerfG bemängelte also die Praxis, nicht die Vorschrift: § 257c StPO sei stimmig² und habe umfangreiche Schutzmechanismen, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten.³

Das Bundesverfassungsgericht erachtet § 257c StPO zurecht in seiner Struktur als grundgesetzkonform. Die gegen die Verständigung seit jeher vorgetragenen Angriffe der Rechtswissenschaft vermögen rechtstheoretisch nicht zu überzeugen; zuletzt versuchte *Hans Theile*, mit den Mitteln der Systemtheorie die Verständigung als unvereinbar mit der Amtsermittlung nachzuweisen.⁴ Nachdem bereits *Kant* gegen das Konzept der Absprachen bemüht wurde,⁵ soll damit auch *Luhmann* Kronzeuge gegen § 257c StPO sein; die geisteswissenschaftliche Elite gegen einen Paragraphen also. Bemüht man sich indes um eine Analyse von § 257c StPO, ohne gleich die Giganten der (Rechts-)Philosophie als vermeintlich notwendige Zeugen aufzurufen, zeigt sich: § 257c StPO ist mitnichten der gern zitierte Paradigmenwechsel⁶ im Strafprozess; die Vorschrift ist noch nicht einmal ein großer Fremdkörper, sie fügt sich sogar einigermaßen harmonisch in die StPO ein – mit Einschränkungen freilich:

¹ BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 1 – 132 = HRRS 2013 Nr. 222.

² BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 72 = HRRS 2013 Nr. 222.

³ BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 118 = HRRS 2013 Nr. 222.

⁴ NStZ 2012, 666-671.

⁵ *Schünemann*, Konsens im Strafverfahren – Performativer Selbstwiderspruch, Chimäre oder konkrete Utopie?, in: *Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Zum Zustand des kontinentaleuropäischen Strafverfahrens*, Berlin (2010), S. 98.

⁶ Im Sinne von *Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Chicago (1962).

A. § 244 Abs. 2 StPO: Amtsermittlung

§ 244 Abs. 2 StPO gibt dem Gericht die vollständige Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts auf.⁷ Viele Einwände, die gegen das Zusammenspiel von § 244 Abs. 2 StPO und § 257c StPO vorgebracht werden, basieren auf einer unsauberen Interpretation des § 244 Abs. 2 StPO: Die Beweisaufnahme ist nämlich von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von *Bedeutung* sind – von Bedeutung sind aber keine Beweismittel, die den ermittelten Sachverhalt redundant bestätigen. Die „materielle Wahrheit“ als Basis des Strafurteils kann nur einmal ermittelt werden: Ist eine Überzeugung ohne begründete Zweifel gebildet, können Beweismittel mit dem Beweisthema „Sachverhalt laut Anklage“ keinen Erkenntnisgewinn mehr liefern.

I. „Materielle Wahrheit“

Auch unter Geltung des § 257c StPO ist im Strafprozess allein maßgeblich der „materiell wahre Sachverhalt“, auch wenn – hier ist *Theile* Recht zu geben⁸ – dieses „ontische Substrat“ keiner vollständig erfassen kann: Jeder Prozessbeteiligte ist in der überkomplexen Wirklichkeit mit seinen jeweiligen Standpunkten und Perspektiven individuell orientiert, alle richten ihr Handeln auf etwas aus, das jeder nur interpretiert, das letztlich aber keinem zugänglich ist: die Wahrheit.⁹

Auch wenn niemand von einem archimedischen Punkt aus den „ontischen Sachverhalt“ objektiv wahrnehmen kann – das Gericht muss die Existenz und Erkennbarkeit der materiellen Wahrheit jedenfalls annehmen, sie ist unverzichtbarer Bezugspunkt des Strafverfahrens: Wie soll die materielle Wahrheit aus dem Strafprozess entfernt werden, ohne ihn sinnlos zu machen? Was soll von Amts wegen ermittelt werden, wenn nicht das, was (aus Sicht des Gerichts) „tatsächlich geschehen“ ist?

⁷ Nur *Meyer-Göfner*, StPO, 56. Aufl. (2013), § 244 Rdn. 11 m.w.N.

⁸ NStZ 2012, 666, 667.

⁹ Vgl. *Nietzsche*, *Die Fröhliche Wissenschaft*, Fünftes Buch, *Wir Furchtlosen*, S. 374: „Die Welt ist uns vielmehr noch einmal ‘unendlich’ geworden: insofern wir die Möglichkeit nicht abweisen können, daß sie unendliche Interpretationen in sich schließt.“, in: *Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*, hrsg. von Giorgio Colli und Mazzino Montinari, München/Berlin/New York (1980).

Wer die materielle Wahrheit als Bezugspunkt des Strafverfahrens eliminiert, verlässt die Verfassung: „Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.“¹⁰

II. Ergebnisbezogenheit

§ 257c StPO setzt die materielle Wahrheit als Bezugspunkt voraus, weil anders der Strafprozess nicht funktionieren würde: Die Anklage ist die Vorgabe, an der das Verfahren ausgerichtet wird, sie ist immer schon „in der Welt“. Die Beweisaufnahme ist so vorzunehmen, dass der Tatvorwurf aus der Anklage nachgewiesen oder eben nicht nachgewiesen wird. Von Amts wegen ist – nur, aber intensiv – das vorgeworfene Tatgeschehen zu ermitteln; das Gericht muss herausfinden, ob das a priori „in den Raum gestellte“ Ergebnis bestätigt wird (oder nicht).

Wer also die materielle Wahrheit als einzigen Bezugspunkt des Strafverfahrens bestreitet, verfehlt den Umstand, dass in keiner Strafverhandlung „ergebnisoffen“ verhandelt wird – es ist immer die Anklage, es ist immer der konkrete Tatvorwurf, der die Verhandlung strukturiert. Alles, was für dessen Ermittlung nicht „erforderlich“ ist, bleibt außen vor. Dies zeigt sich schön an § 244 Abs. 3 S. 2 StPO: wenn eine Tatsache „schon erwiesen“ ist, dann ist keine Beweisaufnahme nötig.

Amtsermittlung gemäß § 244 Abs. 2 StPO heißt eben nicht, alle (im Wortsinn:) möglichen Beweismittel auszuschöpfen, sondern in Richtung auf einen bereits (vermeintlich) ermittelten Sachverhalt. Die Vorgabe bilden §§ 200 Abs. 1 S. 1, 264 StPO: Konkret dieser Sachverhalt ist nachzuweisen (oder nicht), kein „irgendwie gearteter“ Sachverhalt.

Damit ist es aber falsch, eine abgekürzte („schlanke“) Beweisaufnahme per se als Verstoß gegen 244 Abs. 2 StPO zu werten; ist der Sachverhalt durch ein oder mehrere Beweismittel bereits zur Überzeugung des Gerichts ermittelt, dann sind weitere Beweiserhebungen schlicht nicht „erforderlich“.

Und noch nicht einmal zugespitzt bedeutet dies: Wenn der Sachverhalt aufgrund eines glaubhaften Geständnisses erwiesen ist, dann ist er erwiesen. Die Vorgabe des § 244 Abs. 2 StPO ist damit erfüllt: Umfassende Sachaufklärung soll sicherstellen, dass der Überzeugungsbildung die Ausschöpfung der erreichbaren Erkenntnismittel vorausgeht; die freie richterliche Überzeugung – die zur Aufklärungspflicht in einem Spannungsverhältnis steht – lässt es aber zu, dass allein das (glaubhafte) Geständnis den Richter überzeugt.¹¹

¹⁰ BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Leitsatz 1; vgl. auch Rn. 6 ff., 35, 44, 53, 65, 73, 103, 110 = HRRS 2013 Nr. 222.

¹¹ Fischer, Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. (2008), § 244 Rn. 28f. m.w.N.

III. Bedeutung des Geständnisses

Ein Urteil kann im besten Einklang mit § 244 Abs. 2 StPO allein auf ein Geständnis gestützt werden; im Strafprozess passiert dies jeden Tag unzählige Male. Andernfalls müsste man bei jeder Schleusung nach dem glaubhaften Geständnis des Schleusers auch die geschleusten Personen als Zeugen vernehmen (unter möglicherweise großem Aufwand). Oder soll § 244 Abs. 2 StPO wirklich fordern, dass das Gericht bei eingestandenem Schwarzfahren auch die Kontrolleure vernimmt? Alle Selbstausskunftsformulare verliert? Bei Sexualdelikten erspart ein glaubhaftes Geständnis nicht nur eine überflüssige, sondern zumeist auch schmerzhaftes Vernehmung der (des) Geschädigten.¹²

Wenn ein Geständnis glaubhaft ist und den Richter überzeugt: Dann ist diese „Überzeugung“ durch die Einholung weiterer Beweismittel zumeist nicht steigerbar. Auch § 244 Abs. 2 StPO fordert nicht, dass diese Überzeugung „abgesichert“ wird durch weitere Beweise. Bei Körperverletzungsdelikten würde die Vernehmung weiterer Zeugen zumeist den (aufgeklärten) Sachverhalt wieder verworrener machen. Freilich ist hier zuzugeben, dass dieses Modell von der (idealtypischen) Annahme ausgeht, der Angeklagte als der „Tatnächste“ ist zu besseren Angaben in der Lage als die Zeugen. Dass der ermittelte Sachverhalt auf einer Verständigung basiert, ist bei der Beweiswürdigung noch nicht (in Gestalt einer Ausgleichsregel etwa), hingegen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Deutlich wird die Bedeutung eines Geständnisses bei einer Selbstanzeige: Wenn sich ein Täter selbst des vielfachen Betrugs bezichtigt und die Schadenssummen nennt, erfordert § 244 Abs. 2 StPO sicher nicht, dass alle Geschädigten vernommen werden. Hier reichen vereinzelte Vernehmungen aus. Wenn also der Betreiber einer Modelagentur gesteht, über drei Jahre lang an die 100 Models auf Basis falscher Angaben (unter)bezahlt zu haben, dann reicht es, einige Zeugen zu vernehmen. Unstreitige Grenze ist jedoch immer, dass der Angeklagte nicht einfach den Irrtum eines anderen und dessen Motivationskausalität „verbindlich gestehen“ kann. Wenn es Zweifel am Geständnis gibt, dann ist (weiter) zu ermitteln.

Amtsermittlung und die (hohe) Bedeutung eines Geständnisses sind also kein Gegensatz: Ein glaubhaftes Geständnis ist eine StPO-konforme „Abkürzung“ durch die Strafverhandlung, bringt die Übereinstimmung der Anklage mit dem „ontischen Substrat“, das bestraft wird. Wer etwas anderes fordert, erhebt Redundanz zum ungeschriebenen Prinzip der Strafprozessordnung.

¹² Im Einzelfall kann freilich gerade die Vernehmung der (des) Geschädigten auch psychisch entlastend für die (den) Geschädigte(n) sein.

Wenn der Sachverhalt immer durch eine umfassende Beweisaufnahme zu ermitteln wäre, müsste auch das Rechtsinstitut Strafbefehl abgeschafft werden. §§ 407 ff. StPO funktionieren so, wie das die Gegner einer Verständigung nicht akzeptieren wollen: Sie legen ein (fiktives) Geständnis zugrunde, der Sachverhalt wird als zugestanden angesehen. Das Gleiche kann über § 257c StPO rechtsverbindlich in die Hauptverhandlung eingeführt werden.¹³

Wer § 257c StPO für einen Fremdkörper hält, muss auch §§ 407 ff. StPO für Fremdkörper halten; sie basieren auf demselben Prinzip: Konkrete Strafe gegen (unterstelltes) Geständnis.

Was aber für einfache und eindeutige Fälle gilt, kann nicht prinzipiell unzulässig sein in komplexeren Fällen: Der Richter kann sich die Überzeugung von Schuld oder Unschuld des Anschuldigten dadurch bilden, dass sich dieser geständig einlässt – und dies mit dem Inhalt der Ermittlungsakten übereinstimmt.

B. § 257c StPO: Konsens?

Neben der verkürzten Auslegung von § 244 Abs. 2 StPO beruht die vermeintliche Unvereinbarkeit der §§ 244 Abs. 2 und § 257c StPO auch auf einer Fehlinterpretation von § 257c StPO:

I. Konsens: Zwangsfreiheit

„Konsens“ ist ein Wertbegriff. Unabhängig, wie man diesen Begriff genau definiert, eine Voraussetzung ist zwingend: Ein „Konsens“ wird ohne Zwang herbeigeführt. Eine Einigung im normativen Sinne erfordert einen zwangsfreien Diskurs, erfordert gleichrangige Gesprächspartner, erfordert eine symmetrische Struktur der Kommunikation. Damit ist aber klar: Im Strafprozess wird kein Konsens erzielt; eine größere Zwangsveranstaltung als eine Strafverhandlung gibt es nämlich kaum: Wie soll ein Angeklagter, dem eine Freiheitsstrafe von fünfzehn Jahren droht, zwangsfrei zu einem Konsens kommen? Könnte er sich wirklich ohne Zwang einigen, würde er nur einem Freispruch zustimmen.

Die „ideale Kommunikation“ kann man im Strafprozess nicht einmal als regulative Idee anstreben;¹⁴ der Strafprozess ist vom Aufruf der Sache bis zur Rechtsmittelbelehrung strategisches Handeln, nicht kommunikatives Handeln. Weder bei der Sachverhaltsermittlung, noch bei der Rechtsfolge erzielen die Prozessbeteiligten einen Konsens im normativen Sinn: Ohne Frage ist die Wahrheit des Strafverfahrens ein Konstrukt und entsteht erst innerhalb des Strafverfahrens, indem mit unterschiedlichen Interessen über divergierende Wahrheitsbilder verhandelt wird.¹⁵ Entscheidend aber ist: Es kommt allein auf „die Wahrheit“ an, die das Gericht ermittelt; das Gericht einigt sich mit keinem Prozessbeteiligten auf

eine bestimmte „materielle Wahrheit“. § 261 StPO nimmt allein das Gericht in die Pflicht, es spricht nicht von Konsens. Auch § 257c StPO etabliert nichts anderes als die materielle Wahrheit, sondern setzt sie voraus: Was anders als der „wahre Sachverhalt“ sollte Grund, Gegenstand und Bezugspunkt des Strafverfahrens sein?

Wahrheit kann im Strafverfahren niemals konsensual generiert werden: Einem Konsens kann sich jeder verweigern – was aber, wenn sich der Angeklagte nicht mit dem Gericht auf eine „Wahrheit“ einigen kann? Ein „agree to disagree“, einen Abbruch der Verhandlungen gibt es im Strafprozess nicht. Verteidigung und Staatsanwaltschaft können die Sicht des Gerichts beeinflussen, aber ihr Einverständnis ist nicht erforderlich.

Würde § 257c StPO die materielle Wahrheit durch einen „Konsens“ ersetzen, könnten sich die Prozessbeteiligten unabhängig vom Tatgeschehen prinzipiell auf das einigen, was sie möchten – soll das ernsthaft im Strafprozess möglich sein? Sollte § 257c StPO wirklich einen solchen Wahrheitsbegriff als regulatives Ideal anstreben?

Auch die Systemtheorie gibt das nicht her: *Theile* argumentiert, dass ein einseitiges gerichtliches Wahrheitsbild die soziale Komplexität zu stark reduziere, dass die Form der Wahrheit dadurch unterkomplex werde¹⁶ – dieses Argument verfehlt aber den Strafprozess: Es ist ein normatives Argument („Das Strafverfahren sollte anders sein.“), das an der Empirie vorbeigeht („Das Strafverfahren ist aber so, wegen § 261 StPO.“). Vom Sein auf das Sollen zu schließen („naturalistischer Fehlschluss“) ist genauso unmöglich wie umgekehrt.

Mit § 257c StPO hat sich der Gesetzgeber also nicht vom „traditionellen Prozessziel“ verabschiedet:¹⁷ Diese Vorschrift normiert kein „Konsens-Modell“ im Rahmen einer (anzustrebenden) „idealen Sprechsituation“; sie normiert lediglich eine „Verständigung“, bei der eine konkrete Rechtsfolge festgelegt wird, wenn der Angeklagte den Tatvorwurf anerkennt. Ein Strafverfahren ist und bleibt ein hoheitliches, immer „streitiges“ Zwangsverfahren ohne Raum für Konsens.

Nicht haltbar ist daher die Aussage: „Grundlage eines im Wege der Verständigung erzielten Strafurteils ist eben nicht der materiell wahre Sachverhalt, sondern der Konsens der Verfahrensbeteiligten.“¹⁸ Wer den Konsens als leitendes Prinzip – ohne Bezug zu einem „materiell wahren Sachverhalt“ – ansieht, der müsste nachweisen, dass sich die Verfahrensbeteiligten auch auf einen Freispruch wegen erwiesener Unschuld „einigen“ können, ohne eine Beweisaufnahme durchzuführen. Spätestens an dieser Aufgabe wird das Konsensmodell scheitern.

II. Strafprozess: „Unterwerfung“

Die gesamte Verhandlung steht unter dem Imperativ des strategischen Handelns, für den Angeklagten ist der

¹³ BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 104 = HRRS 2013 Nr. 222.

¹⁴ So aber *Theile* NSTz 2012, 666, 670.

¹⁵ *Theile* NSTz 2012, 666, 667, unter Verweis auf *Lesch*, StrafprozessR, 2. Aufl. (2002), Kap. 2, Rn. 248/72, Kap. 1 Rn 4.

¹⁶ NSTz 2012, 666, 667.

¹⁷ So aber *Theile* NSTz 2012, 666, 668. Dagegen klar BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 68 = HRRS 2013 Nr. 222.

¹⁸ *Theile* NSTz 2012, 666, 669.

Strafprozess eine Risikoveranstaltung, er muss eine Prozesstaktik wählen und sie (bei guter Verteidigung) permanent anpassen: Reicht die Beweislage für eine Verurteilung? Macht Bestreiten Sinn? Erreicht er mit einem – möglicherweise taktischen – Geständnis eine mildere Strafe? Wenn ja, zu welchem Zeitpunkt erbringt ein Geständnis am meisten Strafmilderung? Ist es besser, gegenüber dem Staatsanwalt etwas einzuräumen, oder auf Fragen des Gerichts?

Im Strafprozess handelt jeder Angeklagte nach Maßgabe prozessualer Kosten und Nutzen. Das ist von der StPO so gewollt, jedem Angeklagten sind die Rechte dafür gegeben, dass er sie nutzt. Und was ein Geständnis „wert“ ist, mit dem sich der Angeklagte der Anklage unterwirft, schildert jeder Verteidiger seinem Mandanten in der Erstberatung; darauf weist der Richter häufig nach Verlesung der Anklage hin.

Aus rechtsstaatlicher Sicht verbürgt § 257c StPO damit den Grundsatz des fairen Verfahrens: Er fasst das Strafzumessungskriterium „Geständnis“ in konkrete, verbindliche Formen. Letztlich stärkt das die Rechte des Angeklagten, er hat sichere Optionen.

Rechtlicher Grund der Verbindlichkeit ist nicht der Vertragsgedanke: Verträge werden zwischen (strukturell) Freien und Gleichen geschlossen; im Strafprozess hingegen werden keine Verträge geschlossen, auch keine „Quasi-Verträge“.¹⁹ Im Strafprozess wird verurteilt oder freigesprochen.

Kaum jemand ist (strukturell) unfreier und ungleicher als der Angeklagte in einem Strafverfahren: Wenn er nicht kommt, wird er vorgeführt; wenn er gehen will, wird er aufgehalten; wenn er sich nicht „verständigt“, wird er „streitig“ verurteilt. Der Angeklagte kann nie gleichberechtigt mit den übrigen Prozessbeteiligten verhandeln, das „Spiel“ ist prinzipiell asymmetrisch: Der Angeklagte ist der einzige, für den es wirklich „um etwas geht“, nur er spielt mit Einsatz. Verträge erfordern Symmetrie, im Strafprozess herrscht Asymmetrie. Es gibt keine Augenhöhe im Machtgefälle.

Die Zustimmung des Angeklagten im Rahmen des § 257c StPO als vertragliche zu werten, ist deshalb genauso verfehlt wie das staatsrechtliche Argument, man stimme durch seine bloße Anwesenheit in einem Land dessen Gesetzen implizit zu.²⁰ Wenn die Alternative der Verlust der Heimat ist, wenn die Alternative die „streitige“ Verurteilung ist – dann ist „Zustimmung“ rechtslogisch nur „Unterwerfung“.

Rechtlicher Grund der Verbindlichkeit ist die „Bindung des Leviathan“: Diese Bindung ist qualitativ keine andere als die Bindung an den Strafrahmen des Gesetzes, die das Gericht von Anfang an zu beachten hat. Die Bindung nach einer Verständigung ist lediglich konkreter, Ober- und Untergrenze liegen näher zusammen als bei dem

entsprechenden Strafgesetz – weil der Sachverhalt aufgrund des Geständnisses eben genau(er) ermittelt ist, als dies der Gesetzgeber bei der abstrakten Fassung der Tatbestandsmerkmale zugrundelegen kann.

Dass das Gericht mit einer Verständigung keinen (Quasi-)Vertrag mit den übrigen Prozessbeteiligten schließt, zeigt auch der Vergleich mit dem Subordinationsvertrag im öffentlichen Recht: Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass der Angeklagte durch die Verständigung keine Rechte, keine Ansprüche erhält; er kann sich nur verbindlich darauf verlassen, dass die Strafe so und nicht höher ausfällt. Dieses Recht ist strukturell nicht mehr wert als das Recht, nach Eintritt der Rechtskraft nicht härter bestraft zu werden als tenoriert.

Auch § 257c Abs. 4 S. 3 StPO, der die Bindungswirkung bei gravierenden Änderungen wegfallen lässt, zeigt den Grundsatz des „fairen Verfahrens“ – im Strafgericht als Ort strategischen Handelns kann sich der Angeklagte darauf verlassen, dass die Regeln nicht während des Spiels geändert werden.²¹

C. § 257c I 2 i.V.m. § 244 II StPO

Interpretiert man § 244 Abs. 2 StPO und § 257c StPO im gezeigten Sinn, lassen sich beide Vorschriften zwanglos miteinander vereinbaren: § 244 Abs. 2 StPO wird Genüge getan, wenn der Sachverhalt aufgrund eines (von Amts wegen überprüften) glaubhaften Geständnisses festgestellt ist, der Angeklagte sich also durch ein Geständnis unterwirft.

Zwei Einschränkungen freilich gibt es; zwei Voraussetzungen müssen zwingend gegeben sein: Zunächst ist das „soll“ in § 257c Abs. 2 S. 2 StPO als „muss“ zu lesen. Der Angeklagte kann ein Geständnis taktisch in dem Sinne einsetzen, dass er damit eine mildere Strafe erreichen möchte – das ist Gerichtsalltag. Er kann allerdings das Geständnis nicht „frei verfügbar“, ohne Rücksicht auf die materielle Wahrheit, als Verhandlungsmasse einsetzen. Der ermittelte Sachverhalt muss im Einklang mit dem Amtsermittlungsgrundsatz stehen – und das tut er nur, wenn er „wahr“ ist. Wenn der Sachverhalt aber ohne Beweisaufnahme allein durch die Aussage des Angeklagten ermittelt wird, dann muss diese Einlassung zwingend ein Geständnis sein;²² nur dann ist die Anklage bestätigt, nur dann ist die (umfassende) Beweisaufnahme nicht mehr „erforderlich“ im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO. Dies entspricht dem Grundgedanken der §§ 407ff. StPO, wonach der Angeklagte den – nach „Aktenlage“ begründeten – Tatvorwurf akzeptieren („gestehen“) kann, indem er keinen Einspruch einlegt. Die richterliche Tatsachen- und Schuldfeststellung erfolgt auch hier, wenngleich auf „beschränkter schriftlicher Grundlage“.²³ Daraus ergibt sich ohne weiteres die zweite zwingende Voraussetzung: Das Gericht muss das Geständnis sorgfältig auf seine Glaubhaftigkeit prüfen. Dies freilich fordert

¹⁹ Begriff aus BGH, Beschluss vom 3.3.2005 – GSSt 1/04, NJW 2005, 1440 = HRRS 2005 Nr. 310. „Vertragsähnliche Erledigungsformen“ strikt ablehnend BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 105 = HRRS 2013 Nr. 222.

²⁰ Zutreffend Ottmann ZfP 33 (1986), 22-32.

²¹ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 111 = HRRS 2013 Nr. 222.

²² Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. (2013), § 257c Rdn. 16.

²³ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. (2013), Vor § 407 Rdn. 2.

der BGH in ständiger Rechtsprechung;²⁴ das Bundesverfassungsgericht hat nunmehr unmissverständlich klargestellt, dass inhaltsleere Formalgeständnisse wertlos sind: „Vor dem Hintergrund des Regelungsziels, die Grundsätze der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts und der richterlichen Überzeugungsbildung unangetastet zu lassen, kann § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO (...) nur so verstanden werden, dass das verständigungs-basierte Geständnis zwingend auf seine Richtigkeit zu überprüfen ist. Diese Überprüfung hat sich (...) durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung (vgl. § 261 StPO) zu vollziehen.“²⁵

Im übrigen gab sich auch bislang kein gewissenhafter Richter unhinterfragt mit der Verteidigererklärung zufrieden: „Mein Mandant räumt den Sachverhalt in objektiver und subjektiver Hinsicht ein.“ Als „Zustimmung“ zur Anklage und als Basis für § 257c StPO reicht das nicht.

D. Fazit

Die Probleme des § 257c StPO liegen nicht rechtstheoretisch auf der Ebene des Gesetzes, sondern – entsprechend dem dritten Leitsatz des BVerfG-Urteils – auf der Ebene des Vollzugs.

§ 257c Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO ist dementsprechend bei richtiger Auslegung und Anwendung eine problemlose Verweisung: § 244 Abs. 2 StPO meint nicht Redundanz, sondern Vollständigkeit; § 257c StPO meint nicht Konsens, sondern Unterwerfung. § 244 Abs. 2 StPO fordert nicht, so lange zu ermitteln, bis der Sachverhalt mehrfach bestätigt ist, sondern aufgeklärt, möglicherweise durch ein Geständnis; § 257c StPO fordert nicht, dass sich der Angeklagte mit dem Staat auf eine

Strafe (zwangsfrei) „einigt“, sondern dass er sich der Anklage und folgend einer bestimmten Strafe „unterwirft“, zwingend durch ein Geständnis.

§ 257c StPO erreicht Rechtssicherheit: Wurde bislang ein Geständnis „strafmildernd berücksichtigt“, kennt der Angeklagte nun die Rechtsfolge genauer. Zwei Bedingungen sind für eine Verständigung gemäß § 257c StPO allerdings zu erfüllen: Der Angeklagte „soll“ nicht nur gestehen, er „muss“ es; andernfalls würde die gerichtliche Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit gegen den Willen des Gesetzgebers zurückgedrängt.²⁶

Und um eine sichere Übereinstimmung des Sachverhalts mit der Anklage zu gewährleisten, muss das Gericht das Geständnis kritisch prüfen, nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung. Ist das Gericht dann von einem Geständnis überzeugt, ist eine weitere Beweisaufnahme nicht mehr „erforderlich“.

Wer hingegen den (vermeintlich) konsensualen Verfahrenstypus, der (vermeintlich) von § 257c StPO etabliert wird, für unvereinbar hält mit den „hergebrachten“ Grundsätzen des Strafprozesses, der kann nicht dessen Ausbau als eigenständige „zweite Spur“, also dessen Verstärkung fordern.²⁷

Letztlich ist dies die Pointe von Theiles Aufsatz: Vertritt man die These, wonach § 257c StPO einen „Fremdkörper“ im Verfahrensrecht darstellt, ist es paradox, die Verständigung ausbauen zu wollen. In Wahrheit zeigt dieser Wunsch nur, dass die „Fremdkörper-These“ falsch ist – § 257c StPO bricht nicht mit den Grundsätzen der StPO.

²⁴ Nur BGH, Beschluss vom 3.3.2005 – GSSt 1/04 – NJW 2005, 1440, 1442 = HRRS 2005 Nr. 310.

²⁵ BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 71 = HRRS 2013 Nr. 222.

²⁶ BT-Drucks. 16/12310, S. 8.

²⁷ So aber Theile NSTZ 2012, 666, 671.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

687. BVerfG 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2013 (LG Potsdam / AG Potsdam)

Schutz der Meinungsfreiheit und üble Nachrede (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil; Bewertung im Gesamtkontext; Verbot der Sinnentstellung); Schmähkritik (enge Auslegung) und kritische Äußerung gegenüber Behörden (Recht auf polemische Zuspitzung).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 186 StGB; § 185 StGB; § 193 StGB

688. BVerfG 2 BvR 298/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2013 (OLG München / LG Deggendorf)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Maßregelvollzug); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen an eine Fortdauerentscheidung; Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; leichte Kriminalität); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Dauer der Unterbringung; milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht).

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

689. BVerfG 2 BvR 370/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (LG Neubrandenburg)

Durchsuchung von Geschäftsräumen (Begriff der Wohnung; weite Auslegung); effektiver Rechtsschutz

(Rechtsschutzinteresse; tiefgreifender Grundrechtseingriff; kurzzeitige Eingriffe).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 304 StPO

690. BVerfG 2 BvR 708/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (OLG Dresden / LG Leipzig)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Jugendlicher; Verfassungsmäßigkeit; Unbefristetheit; Möglichkeiten der Entlassung); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (umfassende Abwägung im Einzelfall; Begründungsanforderungen; Freiheitsgrundrecht; überwiegendes Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit); Behandelbarkeit (Gleichheitssatz; Ungleichbehandlung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; fehlende konkrete Behandlungsaussichten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 64 Satz 2 StGB; § 67d StGB; Art. 37 Buchst. a Kinderrechtskonvention

691. BVerfG 2 BvR 789/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (OLG Hamm)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen an eine Fortdauerentscheidung; Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (künftige rechtswidrige Taten; Konkretisierung; Deliktstypus; Grad der Wahrscheinlichkeit); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht; fehlende Behandlungsaussichten).

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

692. BVerfG 2 BvR 1541/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Juni 2013 (OLG Naumburg / LG Stendal)

Freiheitsgrundrecht (Freiheitsstrafe; Reststrafaussetzung zur Bewährung nach Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Zweispurigkeit des Sanktionensystems; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gesamtbetrachtung; Legalprognose); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Verfassungsbeschwerdefrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Büroversehen; Organisationsverschulden; Überwachungsverschulden).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 57 Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 4 StGB; § 93 Abs. 2 BVerfGG

693. BVerfG 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 11. Juli 2013 (Saarländisches OLG / LG Saarbrücken)

Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes (Gesetzgebungskompetenz; Abstandsgebot; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutzgebot; erhöhter Gefährlichkeitsmaßstab; verfassungskonforme Auslegung; psychische Störung; Bestimmtheitsgebot; Einzelfallgesetz; objektiver Grundrechtsverstoß).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 1 ThUG; § 2 ThUG; Art. 316e Abs. 4 EGStGB

694. BVerfG 2 BvR 2815/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Juli 2013 (OLG Karlsruhe / LG Karlsruhe)

Körperliche Durchsuchung im Strafvollzug (allgemeines Persönlichkeitsrecht; Eingriffsschwere; Verhältnismäßigkeit; Zweckerreichung; Vollzugaufwand); effektiver Rechtsschutz (Begründung einer Beschwerdeentscheidung; Leerlaufen der Beschwerdemöglichkeit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 84 Abs. 3 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 64 Abs. 3 JVollzGB III BW

695. BVerfG 2 BvR 2957/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2013 (OLG Düsseldorf / LG Kleve)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen an eine Fortdauerentscheidung; Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (künftige rechtswidrige Taten; Konkretisierung; Deliktstypus; Wahrscheinlichkeit höheren Grades); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht); Sachverständigengutachten (Abweichung des Gerichts von der Einschätzung eines Sachverständigen; Auseinandersetzung mit Anknüpfungstatsachen).

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

696. BGH 1 StR 135/13 – Beschluss vom 29. Juli 2013 (BGH)

Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Adhäsionsverfahren.

§ 404 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO

697. BGH 1 StR 156/13 – Beschluss vom 7. August 2013 (LG Waldshut-Tiengen)

Vortäuschen einer Straftat als Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung (unzulässige Verwertung einer Telekommunikationsüberwachung).

§ 145d StGB; § 100g Abs. 1 Nr. 1 StPO

698. BGH 1 StR 163/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Regensburg)

Rüge der mangelnden Existenz einer im Urteil vorausgesetzten Verständigung (Protokollrüge; Beweiskraft des Sitzungsprotokolls).

§ 261 StPO; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; § 274 StPO

699. BGH 1 StR 164/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Bayreuth)

Härtefallregelung des Verfalls (Ermessensausfall).

§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

700. BGH 3 StR 69/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (BGH)

Hehlerei; Merkmal des „Absetzens“ (beabsichtige Aufgabe der Rechtsprechung zum fehlenden Absatzerfolg; Anfrageverfahren).

§ 259 StGB; § 132 GVG

701. BGH 1 ARs 6/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (BGH)

Hehlerei (Anforderungen an das Absetzen: Absetzerfolg; Absatzhilfe); Anfrageverfahren; Steuerhehlerei.

§ 259 StGB; § 374 AO

702. VGH Hessen 8 B 1005/13; 8 D 1006/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (VG Wiesbaden 4 L 219/13 WI)

Anordnung der Zustimmung zur Vernehmung einer Vertrauensperson als Zeuge in einem Strafverfahren (audiovisuelle Vernehmung des Zeugen an einem geheim gehaltenen Ort; optische und akustische Verfremdung von Bild und Ton; Zeugensperrung; weitere Verwendung als Vertrauensperson, Beeinträchtigung der Bereitschaft anderer Vertrauenspersonen; Konfrontationsrecht; Fragerecht; Zeuge vom Hörensagen; Wahrheitsermittlung; Lockspitzeinsatz; Tatprovokation); Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Sperrerklärung (keine Vorwegnahme der strafrechtlichen Hauptsacheentscheidung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 EMRK; Art. 8 EMRK; § 247 StPO; § 96 StPO; § 172 Nr. 1 a GVG

703. BGH 1 StR 189/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

704. BGH 1 StR 252/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Traunstein)

Mangelndes Beruhen bei unzulässiger Heranziehung einer Vorahnung (Erziehungsregister; Bundeszentralregister).

§ 63 Abs. 1 BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG; § 337 StPO

705. BGH 1 StR 6/13 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Bochum)

Versuchte Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen (unmittelbares Ansetzen: Ablauf der Erklärungspflicht, Verlängerung durch die Beauftragung eines Steuerberaters, allgemeine Fristverlängerung aufgrund gleichlautender Erlasse/Verwaltungsvorschriften der obersten Finanzbehörden der Länder); Verhältnis der Umsatzsteuererklärungen zu den Umsatzsteuerjahreserklärungen (Tat im prozessualen Sinn).
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 109 Abs. 1 AO; § 149 Abs. 2 AO; § 118 AO; § 22 StGB; § 3 StBerG; § 4 StBerG; § 264 StPO

706. BGH 1 StR 79/13 – Beschluss vom 16. Mai 2013 (LG Ulm)

Erfolgreiche Rüge der mangelnden Ausschöpfung der schriftlichen Erklärung des Angeklagten auf der Basis des Hauptverhandlungsprotokolls.
§ 261 StPO; § 274 StPO

707. BGH 1 StR 252/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

708. BGH 1 StR 306/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Weiden)

Unzulässige Rüge des Verstoßes gegen § 252 StPO (Darstellungsanforderungen).
§ 252 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

709. BGH 1 StR 318/12 – Urteil vom 19. März 2013 (LG Landshut)

Umsatzsteuerhinterziehung durch den Einsatz eines Mising Traders oder durch die Verschleierung des Erwerbers (vermeintlich steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung; Voraussetzungen der Versagung; Begriff des Abnehmers/Erwerbers; Vorsteuerabzug; Erklärungszurechnung bei einer umsatzsteuerlichen Organschaft; Vollendung bei geringfügigen Erstattungsbeträgen/Vergütungsbeträgen); wirksamer Eröffnungsbeschluss bei Steuerhinterziehung (Umgrenzungsfunktion; Anklageschrift).
§ 370 AO; § 41 AO; § 168 Satz 2 AO; § 6a UStG; § 4 Nr. 1 Buchst. b UStG; § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG; § 15 UStG; § 18 Abs. 3 UStG; § 3 UStG; § 200 StPO; § 1 Abs. 2 KBV

710. BGH 1 StR 557/12 – Beschluss vom 8. Juli 2013 (BGH)

Unstatthafte Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

711. BGH 1 StR 616/12 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Augsburg)

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

712. BGH 2 StR 91/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Aachen)

Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung (Reichweite des fehlgeschlagenen Versuchs und Freiwilligkeit).
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 22 StGB

713. BGH 2 StR 99/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Darmstadt)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

714. BGH 2 StR 113/13 – Urteil vom 20. Juni 2013 (LG Kassel)

BGHSt; hinreichende Verteidigung bei der Vernehmung eines Auslandszeugen (wirksame Verteidigung; Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers bei kurzfristiger Erkrankung des bisherigen Verteidigers; Vorbereitung; Frage-recht; gebotene Aussetzung; Beruhen); Beiordnung eines neuen Verteidigers als erhebliche Einschränkung der Verteidigungsrechte des Angeklagten; Beweiswürdigung (keine Unterstellung fernliegender Möglichkeiten ohne tragfähige Gründe); Unterschlagung (Beihilfe; Drittzueignung).
Art. 6 Abs. 3 lit. b und c, lit. d EMRK; § 140 StPO; § 145 Abs. 1 StPO; § 246 StGB; § 338 Nr. 8 StPO

715. BGH 2 StR 113/13 – Beschluss vom 13. August 2013 (BGH)

Urteilsberichtigung.
§ 267 StPO

716. BGH 2 StR 117/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013 (LG Hanau)

Strafzumessung (Grenzen der Strafschärfung infolge einer besonders brutalen Tatausführung; emotionsloses Nachtatverhalten; direkter Vorsatz).
§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

717. BGH 2 StR 118/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (falscher Maßstab der mangelnden Aussichtslosigkeit; konkrete Erfolgsaussicht).
§ 64 Satz 2 StGB

718. BGH 2 StR 118/13 – Beschluss vom 18. Juli 2013 (BGH)

Urteilsberichtigung.
§ 267 StPO

719. BGH 2 StR 138/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Nachtragsverfahren).
§ 55 StGB; § 354 Abs. 1b StPO

720. BGH 2 StR 145/13 – Beschluss vom 18. Juni 2013 (LG Aachen)

Vollendung des Diebstahls im Selbstbedienungsladen (Wegnahme: Gewahrsamsenklaue).
§ 242 StGB

721. BGH 2 StR 178/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Nachtragsverfahren).
§ 54 StGB; § 462 StPO

722. BGH 2 StR 179/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Frankfurt am Main)

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung (Justiz anzulastende, unangemessene Verzögerung von über sechs Monaten; erforderliche Verzögerung; Vollstreckungslösung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO

723. BGH 2 StR 206/13 – Beschluss vom 18. Juni 2013 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung des Zustandes der Schuldunfähigkeit oder der erheblich verminderten Schuldfähigkeit).

§ 63 StGB

724. BGH 2 StR 238/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

725. BGH 2 StR 242/13 – Beschluss vom 1. August 2013 (LG Mainz)

Unzulässige Revision; Auslegung.

§ 344 StPO; § 300 StPO

726. BGH 2 StR 249/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

727. BGH 2 StR 259/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Aachen)

Täterschaftliches Handelstreiben (Gewinnstreben bei unterschiedlichen Lieferungen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

728. BGH 2 StR 289/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Aachen)

Strafbefreiender Rücktritt vom Tötungsversuch (Totschlag; Freiwilligkeit nach Wegziehen vom Tatopfer; Fehlschlag; unbeendeter Versuch).

§ 24 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB

729. BGH 2 StR 631/12 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Darmstadt)

Bedenkliche Ablehnung des Befangenheitsgesuchs als unzulässig gemäß § 26a StPO (Fortsetzung der Verhandlung ohne den Angeklagten; Verspätung; zulässige Austauschung des Verwerfungsgrundes).

§ 26a StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 2 StPO

730. BGH 2 ARs 244/13 (2 AR 167/13) – Beschluss vom 3. Juli 2013 (AG Wipperfürth)

Entscheidung eines Zuständigkeitsstreits durch das gemeinsame obere Gericht (Abgabe bei Aufenthaltswechsel nach Anklageerhebung).

§ 42 Abs. 3 Satz 2 JGG

731. BGH 2 ARs 94/13 (2 AR 104/13) – Beschluss vom 26. Juni 2013 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

732. BGH 2 ARs 96/13 (2 AR 75/13) – Beschluss vom 27. Juni 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

733. BGH 4 StR 142/13 – Beschluss vom 5. August 2013 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

734. BGH 4 StR 186/13 – Beschluss vom 3. Juli 2013 (LG Essen)

Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (äußeres Erscheinungsbild; ledigliche Ermöglichung einer Gewahrsamsübertragung).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

735. BGH 4 StR 190/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Paderborn)

Besorgnis der Befangenheit.

§ 24 Abs. 2 StPO

736. BGH 4 StR 29/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Bochum)

Konkurrenzbeurteilung für mehrere Tatbeteiligte (Tatbeiträge).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 25 StGB

737. BGH 4 StR 41/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Stendal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

738. BGH 4 StR 196/13 – Beschluss vom 15. August 2013 (BGH)

Unstatthafte und unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

739. BGH 4 StR 217/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Detmold)

Geltung des Doppelverwertungsverbots bei der Gesamtstrafenbildung (Einschleusen von Ausländern).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 54 StGB; § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG

740. BGH 4 StR 230/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

741. BGH 4 StR 247/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Halle)

Wirksame Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch (keine Schuldspruchberichtigung).

§ 318 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

742. BGH 4 StR 253/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

743. BGH 4 StR 276/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (BGH)

Unterbliebene Entscheidung über die Vereidigung der Zeugin (Beruhen).
§ 59 StPO; § 337 StPO

744. BGH 1 StR 126/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Ravensburg)

Recht auf faires Verfahren (Hinweispflicht bei der Einbeziehung aus der Hauptverhandlung ausgeschiedener Tatvorwürfe in die Beweiswürdigung); Anspruch auf rechtliches Gehör; Beweiswürdigung.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 III GG; § 265 StPO; §§ 14 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

745. BGH 1 StR 137/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (BGH)

Gegenvorstellung gegen Kostenbescheid; Erinnerung.
§ 66 Abs. 1 GKG

746. BGH 1 StR 168/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Heidelberg)

Rücknahme der Revision (Ermächtigung des Verteidigers; Anforderungen an einen wirksamen Widerruf der Vollmacht).
§ 302 Abs. 2 StPO

747. BGH 1 StR 236/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Augsburg)

Reichweite der deutschen Gerichtsbarkeit bei Auslandsstraftaten (unerlaubter Erwerb von Betäubungsmitteln).
§ 6 Nr. 5 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

748. BGH 1 StR 278/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Stuttgart)

Beschränkung der Revision gegen ein ausschließlich Zuchtmittel anordnendes Urteil (Anforderungen an Revisionsantrag; Klarstellung des Angriffsziels; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz).
Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG; § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG; § 13 Abs. 2 Ziffer 3 JGG; § 344 Abs. 1 JGG

749. BGH 1 StR 284/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Heidelberg)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Subsidiarität zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln); Gesamtstrafenbildung.
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 54 StGB

750. BGH 1 StR 32/13 – Urteil vom 4. Juni 2013 (LG Mannheim)

BGHSt; unbefugtes Erheben nicht allgemein zugänglicher personenbezogener Daten gegen Entgelt (Begriff des personenbezogenen Datums: GPS-Positionsdaten; Begriff des Erhebens; Begriff der allgemeinen Zugänglichkeit: nur rechtliche Beschränkungen; datenschutzrechtliche Erlaubnissätze: Abwägung, europarechtskonforme Auslegung, Anwendbarkeit von Regelungen der StPO; Beurteilungsspielraum des Tatrichters; Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Grundrecht auf Datenschutz).
§ 44 Abs. 1 BDSG; § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG; § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG; § 3 Abs. 1, Abs. 3 BDSG; Art. 7 lit. f RL 95/46/EG; Art. 7 GrCh; Art. 8 GrCh; § 100h StPO

751. BGH 2 StR 5/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Aachen)

Heimtücke (Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit; Beweiswürdigung zum Ausnutzungsbewusstsein); Mord aus niederen Beweggründen (Wut und Erregung).
§ 211 StGB; § 261 StPO

752. BGH 2 StR 176/13 – Urteil vom 17. Juli 2013 (LG Frankfurt am Main)

Totschlag (Tötungsvorsatz; rechtsfehlerhaft mangelnde Gesamtwürdigung).
§ 212 StGB; § 15 StGB

753. BGH 2 StR 189/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Gera)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (minder schwerer Fall: Beweiswürdigung des Tatrichters); Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld des Täters (Beweiswürdigung des Tatrichters).
§ 176a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 261 StPO

754. BGH 2 StR 195/12 – Urteil vom 10. Juli 2013 (LG Koblenz)

BGHSt; Protokollierung Gesprächen, die auf eine Verständigung abzielen (Umfang der Protokollierung); revisionsrechtliche Rüge der fehlenden Protokollierung (Begründungsanforderungen, Beruhen des Urteils auf fehlenden Protokollierung).
§ 257c StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

755. BGH 2 StR 255/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens bei Erwägung der Maßregelanordnung durch das Gericht (Umfang des diesbezüglichen gerichtlichen Ermessens; umfassendes Informationsrecht des Gutachters).
§ 246a Satz 2 StPO; § 64 StGB; § 63 StGB

756. BGH 2 StR 29/13 – Beschluss vom 21. Mai 2013 (LG Aachen)

Verschlechterungsverbot (Aufhebung der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus); Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos (Begründungspflicht).
§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 354 Abs. § 63 StGB; § 244 Abs. 2 Satz 3, Abs. 6 StPO

757. BGH 2 StR 47/13 – Urteil vom 10. Juli 2013 (LG Aachen)

BGHSt; Hinweispflicht bei Verständigungsgesprächen (keine Hinweispflicht bei nicht stattgefundenen Gesprächen und vorgelagerten Gesprächen; Darlegungsanforderungen an die entsprechende Verfahrensrüge; Negativmitteilung); Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch: Beweiswürdigung).
§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

758. BGH 2 StR 59/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Marburg)

Betrug (Vermögensschaden: genaue Bezifferung im Urteil; Schaden bei Darlehensvergabe; Schaden bei gutgläu-

bigem Eigentumserwerb); Urkundenfälschung (Begriff der unechten Urkunde); veruntreuende Unterschlagung (Begriff des Anvertrautseins: besonderes persönliches Merkmal).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 246 Abs. 2 StGB

759. BGH 2 StR 75/13 – Beschluss vom 18. Juni 2013 (LG Kassel)

Versuch (Begriff des unmittelbaren Ansatzens).

§ 22 StGB

760. BGH 2 StR 498/12 – Urteil vom 19. Juni 2013 (LG Aachen)

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Vorrang des Erziehungsgedanken).

§ 18 Abs. 2 JGG

761. BGH 2 StR 537/12 – Urteil vom 5. Juni 2013 (LG Gießen)

Betrug (Tateinheit); Gesamtstrafenbildung (kein veränderter Schuldgehalt bei unterschiedlicher konkurrenzrechtlicher Betrachtung).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 54 StGB

762. BGH 2 StR 555/12 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Kassel)

Betrug; Tatmehrheit bei mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft; Verfall (Sperrung des Verfalls des aus der Tat Erlangten durch Gegenansprüche eines Verletzten).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 53 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

763. BGH 2 StR 608/12 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Bonn)

Unbefugtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Handeln aus Eigennutz; Vorsatz bzgl. einer nicht geringen Menge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

764. BGH 2 StR 620/12 – Urteil vom 31. Juli 2013 (LG Köln)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussichten der Therapie bei Therapieunwilligkeit und vorherigem erfolglosen Therapieversuch); Aufhebung des Strafausspruchs bei Aufhebung der Maßregelanordnung.

§ 64 StGB; § 353 Abs. 1 StPO

765. BGH 4 StR 100/13 – Urteil vom 18. Juli 2013 (LG Dortmund)

Teiltrücknahme der Revision; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 302 StPO; § 64 StGB

766. BGH 4 StR 77/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Münster)

Voraussetzung der Änderung des Urteilstenors.

§ 260 Abs. 4 StPO

767. BGH 4 StR 84/13 – Urteil vom 18. Juli 2013 (LG Halle)

Rechtsbeugung (Leitung einer Rechtssache: Maßnahmen nach Erlass der Entscheidung; Verstoß gegen Verfahrens-

vorschriften; Nachteilszufügung bei Verstoß gegen Verfahrensvorschriften; Anforderungen an subjektiven Tatbestand).

§ 339 StGB

768. BGH 4 StR 129/13 – Beschluss vom 4. Juli 2013 (LG Hannover)

Rüge der Besetzung in der Revision (Begründung); Festsetzung der Dauer des Vorwegvollzugs vor der Vollstreckung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Berücksichtigung von anzurechnender Untersuchungshaft).

§ 338 Nr. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 67 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

769. BGH 4 StR 144/13 – Beschluss vom 16. Juli 2013 (LG Münster)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Klammerwirkung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

770. BGH 4 StR 144/13 – Beschluss vom 16. Juli 2013 (LG Münster)

Urteilsberichtigung (offensichtliches Verkündungsversehen); Anordnung des Verfalls (Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Täter).

§ 260 StPO; § 267 StPO; § 73 StGB

771. BGH 4 StR 145/13 – Beschluss vom 18. Juni 2013 (LG Stralsund)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Vollendung; Schaffung einer konkreten Gefährdungslage; Strafbarkeit eines verkehrsfeindlichen Inneneingriffs: subjektive Voraussetzungen, Schädigungsvorsatz); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen).

§ 315b Abs. 1 StGB; § 64 StGB

772. BGH 4 StR 187/13 – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Halle)

Unerlaubter Waffenbesitz (Vorderschaftrepetierflinte als Waffe i.S.d. § 2 Abs. 3 WaffG); Tatmehrheit (während des Führens eines Kfz begangene Taten).

§ 51 Abs. 1 WaffG; § 2 Abs. 3 WaffG; § 53 StGB

773. BGH 4 StR 189/13 – Beschluss vom 1. August 2013 (LG Dortmund)

Räuberische Erpressung (Vermögensnachteil: gegen den Willen der Prostituierten erzwungener Geschlechtsverkehr als Vermögenswert, Abgrenzung zur [sexuellen] Nötigung und Vergewaltigung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 177 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB

774. BGH 4 StR 196/13 – Beschluss vom 18. Juli 2013 (LG Dortmund)

Vollrausch (schuldhaftes Herbeiführen des pathologischen Rausches bei erstmaligem Auftreten).

§ 323a StGB

775. BGH 4 StR 208/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Münster)

Feststellung über das Absehen von der Anordnung des Verfalls (gleichzeitiges Absehen von der Anordnung des Verfalls wegen unbilliger Härte).

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

776. BGH 4 StR 213/13 – Beschluss vom 4. Juli 2013 (LG Arnsberg)

Totschlag (minder schwerer Fall); Notwehr (Erforderlichkeit); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB; § 32 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

777. BGH 4 StR 214/13 – Beschluss vom 17. Juli 2013 (LG Magdeburg)

Revision des Nebenklägers (beschränkter Umfang; Anforderung an die Revisionsbegründung).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

778. BGH 4 StR 223/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (BGH)

Vorlageverfahren (Divergenzvorange; Anfrageverfahren); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Verklammerung zu Tateinheit durch einheitliche Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens, Tateinheit).

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; 52 StGB

779. BGH 4 StR 270/13 – Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Siegen)

Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen; ungeeignetes Beweismittel (Antrag auf ein anthropologisches Identitätsgutachten; Klärung der Eignung im Freibeweisverfahren).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO

780. BGH 4 StR 275/13 – Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Frankenthal)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Beruhen der Tat auf einem Zustand der Schuldunfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: Gesamtbetrachtung); gefährliche Körperverletzung (Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug).

§ 63 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

781. BGH 3 StR 109/13 – Urteil vom 27. Juni 2013 (LG Berlin)

Verstoß gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot (Abgrenzung zur Verwendung von Kennzeichen).

§ 20 Abs. 1 S. 1 VereinsG

782. BGH 3 StR 113/13 – Urteil vom 27. Juni 2013 (LG Düsseldorf)

Reichweite der allgemeinen Kognitionspflicht (Erforderlichkeit der Prüfung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit trotz Beschränkung von Anklage und Eröffnungsbeschluss auf Vorsatzdelikte).

§ 264 StPO

783. BGH 3 StR 115/13 – Urteil vom 27. Juni 2013 (LG Hannover)

Fehlerhafte Beweiswürdigung (Verstoß gegen Denkgesetze).

§ 261 StPO

784. BGH 3 StR 76/13 – Beschluss vom 25. Juli 2013 (LG Wuppertal)

Anforderungen an die Einlegung und Begründung der Revision (Unschädlichkeit des Fehlens eines Revisionsantrags bei der Angeklagtenrevision trotz gegenteiliger Ankündigung).

§ 344 StPO

785. BGH 3 StR 78/13 – Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Düsseldorf)

Tatrichterliche Abgrenzung von Tötungseventualvorsatz und Fahrlässigkeit (rechtsfehlerfreie Bejahung des Vorsatzes bei mehreren Stichen gegen den Oberkörper des Opfers); Voraussetzungen der Annahme eines beendeten Tötungsversuchs (Rücktrittshorizont).

§ 261 StPO; § 24 StGB; § 212 StGB; § 222 StGB

786. BGH 3 StR 89/13 – Beschluss vom 25. Juli 2013 (BGH)

Unbegründetheit der Anhörungsrüge gegen den nicht begründeten Verwerfungsbeschluss.

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

787. BGH 3 StR 96/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Wuppertal)

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Notwendigkeit eines täuschungsäquivalenten Verhaltens); Untreue.

§ 263a StGB; § 266 StGB

788. BGH 3 StR 118/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Aurich)

Unzulässige Rüge der Zurückweisung eines Hilfsbeweisanspruchs.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

789. BGH 3 StR 132/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Hannover)

Ablehnung eines Beweisantrags, weil das Gegenteil der Beweisbehauptung erwiesen ist (Umfang der zulässigen Beweisantizipation; keine Beschränkung der Beweiswürdigung im Urteil).

§ 244 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO; § 261 StPO

790. BGH 3 StR 148/13 – Urteil vom 11. Juli 2013 (LG Bückeburg)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Berücksichtigung der zu erwartenden Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs; Erforderlichkeit konkreter Anhaltspunkte für eine günstige Prognose).

§ 66 StGB

791. BGH 3 StR 161/13 – Beschluss vom 26. Juni 2013 (LG Lüneburg)

Rechtsfehlerhafte Einbeziehung in eine Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; nachträgliche Gesamtstrafenbildung im Beschlussverfahren).

§ 55 StGB; § 460 StPO

792. BGH 3 StR 166/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013 (LG Bückeburg)

Unwirksamkeit der Verbindung von Strafsachen (Zuständigkeit für die Verbindungsentscheidung).
§ 4 Abs. 2 StPO

793. BGH 3 StR 170/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Kleve)

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

794. BGH 3 StR 174/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Mönchengladbach)

Schwerer Raub (Anforderungen an die Zueignungsabsicht bei nicht konkretisierten Vorstellungen zum Inhalt eines Behältnisses; Überwindung von Widerstand als Voraussetzung der Gewalt); tatrichterliche Überprüfung eines Geständnisses (Beweiswürdigung); Rücktritt (Möglichkeit der Fortführung der Tat; Fehlschlag); Anforderungen an die Urteilgründe bei der Einbeziehung von Strafen.

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO; § 54 StGB

795. BGH 3 StR 181/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Düsseldorf)

Offenbar irrtümliche Verurteilung wegen mehrerer Taten.
§ 267 StPO

796. BGH 3 StR 183/13 – Urteil vom 8. August 2013 (LG Hannover)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2, Abs. 5 StPO

797. BGH 3 StR 190/13 – Beschluss vom 20. August 2013 (LG Oldenburg)

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

798. BGH 3 StR 193/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang; Verhältnis von Unterbringung und Zurückstellung der Vollstreckung).

§ 64 StGB

799. BGH 3 StR 194/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013 (LG Aurich)

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

800. BGH 3 StR 197/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Osnabrück)

Fehlende Feststellungen zur Überprüfung der Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB

801. BGH 3 StR 212/13 – Beschluss vom 6. August 2013 (LG Bückeburg)

Einfuhr von/Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen zur Ermittlung des Wirkstoffge-

halts); tatrichterliche Würdigung eines auf einer Verständigung beruhenden Geständnisses.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 261 StPO; § 257c StPO

802. BGH 3 StR 229/13 – Beschluss vom 6. August 2013 (LG Hannover)

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

803. BGH 3 StR 239/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Osnabrück)

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

804. BGH 3 StR 257/13 – Beschluss vom 22. August 2013 (LG Mönchengladbach)

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

805. BGH 3 StR 435/12 – Urteil vom 27. Juni 2013 (LG Lüneburg)

BGHSt; Selbstbelastungsfreiheit; Recht zur Konsultation eines Verteidigers (Fortführung der Vernehmung nach erfolglosem Versuch der Verteidigerkonsultation; Nachfragen auf das Randgeschehen betreffende Spontanäußerungen hin; konkludentes Einverständnis des Beschuldigten); Verwertungsverbot.

§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

806. BGH 5 StR 175/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Saarbrücken)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

807. BGH 5 StR 176/13 – Beschluss vom 7. August 2013 (LG Hamburg)

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

808. BGH 5 StR 178/13 – Beschluss vom 8. Juli 2013 (LG Bremen)

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

809. BGH 5 StR 181/13 – Urteil vom 9. Juli 2013 (LG Potsdam)

Besonders schwerer Fall der Untreue (gewerbsmäßiges Handeln trotz teilweiser Zuwendung des veruntreuten Vermögens an Dritte).

§ 266 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

810. BGH 5 StR 92/13 – Beschluss vom 20. Juni 2013 (LG Berlin)

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

811. BGH 5 StR 189/13 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Göttingen)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Bestimmtheit der Weisung; Abgrenzung von Kontaktaufnahme- und Verbot).

§ 145a Satz 1 StGB; § 68b Abs. 1 Nr. 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

812. BGH 5 StR 213/13 – Urteil vom 9. Juli 2013 (LG Zwickau)

Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Aufklärungshilfe durch Ermöglichung des Funds eines den Ermittlungsbehörden bislang unbekanntes Drogenlagers).
§ 31 BtMG; § 46 StGB

813. BGH 5 StR 232/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (nicht nachvollziehbare Erhöhung der Einsatzstrafe).
§ 54 StGB

814. BGH 5 StR 233/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (BGH)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

815. BGH 5 StR 253/13 – Urteil vom 7. August 2013 (LG Berlin)

Verständigung (Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung hinsichtlich der eingeschränkten Bindung des Gerichts; Wiederholung nach qualifizierter Belehrung; ausnahmsweise fehlendes Beruhen des Urteils auf dem Verstoß).
§ 257c Abs. 4 StPO; § 257c Abs. 5 StPO

816. BGH 5 StR 255/13 – Beschluss vom 6. August 2013 (LG Lübeck)

Anwendbarkeit der Grundsätze zur Bewertungseinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln trotz teilweiser Abgabe an Minderjährige.
§ 29a BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG

817. BGH 5 StR 256/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (doppelte Verwertung von Strafzumessungsgründen; Unzulässigkeit arithmetischer Erwägungen bei der Strafzumessung).
§ 46 StGB; § 50 StGB

818. BGH 5 StR 260/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Bremen)

Gehilfenvorsatz (keine subjektive Zurechnung eines vor dem Hinzutreten des nicht in den Tatplan eingeweihten Gehilfen verwirklichten Erschwerungsgrundes).
§ 27 StGB; § 15 StGB

819. BGH 5 StR 263/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Berlin)

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

820. BGH 5 StR 266/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Cottbus)

Härteausgleich bei der Gesamtstrafenbildung.
§ 54 StGB; § 55 StGB

821. BGH 5 StR 269/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Berlin)

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

822. BGH 5 StR 276/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Braunschweig)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Anforderungen bei Abhängigkeit der Beweiswürdigung von der Aussage des einzigen Belastungszeugen).
§ 261 StPO

823. BGH 5 StR 279/13 – Beschluss vom 8. Juli 2013 (LG Potsdam)

Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit (hier bei Nötigung und Freiheitsberaubung).
§ 52 StGB; § 239 StGB; § 240 StGB

824. BGH 5 StR 283/13 – Beschluss vom 6. August 2013 (LG Berlin)

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

825. BGH 5 StR 285/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Berlin)

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

826. BGH 5 StR 288/13 – Beschluss vom 8. Juli 2013 (LG Braunschweig)

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

827. BGH 5 StR 291/13 (alt: 5 StR 522/12) – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Saarbrücken)

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

828. BGH 5 StR 293/13 – Beschluss vom 9. Juli 2013 (LG Berlin)

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

829. BGH 5 StR 299/13 – Beschluss vom 8. Juli 2013 (LG Kiel)

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

830. BGH 5 StR 312/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Berlin)

Unzureichend begründete Verfahrensrüge (Darstellungsanforderungen).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

831. BGH 5 StR 316/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Berlin)

Rücktritt vom versuchten Totschlag (Freiwilligkeit bei aus Sicht des Täters unvertretbarer Risikoerhöhung; erforderliche Feststellungen).
§ 24 Abs. 1 StGB

832. BGH 5 StR 327/13 – Beschluss vom 5. August 2013 (LG Lübeck)

Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Strafrahmenwahl; vertypete Milderungsgründe); Voraussetzungen der Aufklärungshilfe („autonomer Tatbegriff“ bei rechtlicher Selbständigkeit der aufgedeckten Taten; Erfordernis eines Zusammenhangs zur Beteiligungshandlung).
§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 31 BtMG

833. BGH 5 StR 648/12 – Beschluss vom 7. August 2013

Unbegründete Erinnerung gegen den Kostenansatz.
§ 66 GKG

834. BGH AK 13 und 14/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013

BGHSt; Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied als Tathandlung des Nichtmitglieds; FDLR).
§ 129 StGB; § 129a Abs. 5 S. 1 StGB

835. BGH StB 7/13 – Beschluss vom 27. Juni 2013

Deutsche Strafgerichtsbarkeit gegenüber einem Mitglied des Verwaltungspersonals eines Konsulats (konsularische Immunität; Begriff der Wahrnehmung konsularischer Aufgaben; Erstreckung auch auf rechtswidriges Handeln); Unzulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung gegenüber konsularischen Mitarbeitern.
§ 19 GVG; Art. 5 WÜK; Art. 43 WÜK; § 99 StGB; § 100a StPO

836. BGH AK 13 und 14/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013

Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied als Tathandlung des Nichtmitglieds; FDLR).
§ 129 StGB; § 129a Abs. 5 S. 1 StGB

837. BGH 3 StR 149/13 – Beschluss vom 11. Juli 2013 (LG Wuppertal)

Keine Relevanz des sog. Vier-Augen-Prinzips für die Frage des gesetzlichen Richters.
§ 139 Abs. 1 GVG; Art. 101 GG.

Darüber, wie sich die Mitglieder eines kollegialen gerichtlichen Spruchkörpers die für eine Entscheidung erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen verschaffen, befinden sie jeweils selbst in richterlicher Unabhängigkeit. Die Frage des gesetzlichen Richters ist durch die Frage, ob der Senat nach einem „Vier-Augen-Prinzip“ arbeitet, nicht berührt.