

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten

Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassistent);

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Passau;

Akad. Rat Dr. Christoph Burchard, LL.M.,

München; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,

LLM, (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz

Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; 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

Rübenstahl, mag. iur. (Friedrich Graf von

Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger

(Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling,

(Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph

Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-

Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.

Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Christoph Sowada*, Greifswald – **Änderungen des Geschäftsverteilungsplans (§ 21e Abs. 3 S. 1 GVG) und Beschleunigungsgrundsatz** Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 178 und 934 S. 16

Dr. *Christoph Burchard*, LL.M. (NYU), München – **Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – und als einziger! – Zuständigkeitskonzentrationen durch das europäische ne bis in idem bei beschränkt rechtskräftigen Entscheidungen** Zugl. Anm. zu EuGH HRRS 2015 Nr. 1 S. 26

Dr. *Anneke Petzsche*, HU Berlin – **Zur Verfassungsmäßigkeit von Vorfelddelikten bei der Terrorbekämpfung** Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 929 S. 33

Wiss. Mit. *Andrej Umansky*, LL.M. (Köln/Paris I), M.A. (Paris IV), Köln, Wiss. Mit. *Mylène Mathieu*, LL.M. (Köln/Paris I), Köln – **Die Bereicherungsabsicht als besonderes persönliches Merkmal** S. 36

Entscheidungen

- EuGH **Zuständigkeitskonzentration bei beschränkter Rechtskraft (M)**
- BVerfG **Strafbarkeit von Verstößen gegen die Schulpflicht**
- BVerfG **Unverhältnismäßige Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei**
- BGHR **Bestimmtheit der Verfahrenseinstellung gem. § 154 II StPO**
- BGH **Anfragebeschluss zur Bemessung der billigen Entschädigung in Geld – Bedeutung wirtschaftlicher Verhältnisse**
- BGH **Nachweis des massenhaften Betrugs ohne Vernehmung**
- BGH **Anfragebeschluss zum Vertrieb von Cannabinoiden**
- BGH **Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung**
- BGH **Darlegungsanforderungen bei möglicher Verletzung der Pflicht zur Negativmitteilung**

Die Ausgabe umfasst 84 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. Karsten Gaede
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

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); Akad. Rat Dr. Christoph Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Friedrich Graf von Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

16. Jahrgang, Januar 2015, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1. EuGH C-398/12 (Vierte Kammer) – Urteil vom 5. Juni 2014 (M)

Europäisches ne bis in idem bei teilrechtskräftigen Entscheidungen (Art. 54 SDÜ: Von einem Gericht eines Vertragsstaats erlassener Einstellungsbeschluss ohne Eröffnung der Hauptverhandlung wegen Mangels an Beweisen; Möglichkeit der Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens bei Auftauchen neuer Belastungstatsachen; Begriff „rechtskräftig abgeurteilt“; Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat wegen einer auf demselben Sachverhalt beruhenden Straftat; Strafklageverbrauch und Verbot der Doppelbestrafung); Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; Vorabentscheidungsverfahren.

Art. 54 SDÜ; Art. 1 f. Protokoll (Nr. 19) über den Schengen-Besitzstand; Art. 10 Protokoll (Nr. 36) über

die Übergangsbestimmungen; Art. 50 GRCh; Art. 4 Protokoll Nr. 7 zur EMRK

1. Art. 54 des am 19. Juni 1990 in Schengen (Luxemburg) unterzeichneten Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen ist dahin auszulegen, dass ein Einstellungsbeschluss ohne Eröffnung des Hauptverfahrens, der in dem Vertragsstaat, in dem dieser Beschluss ergangen ist, erneute Ermittlungen aufgrund des gleichen Sachverhalts gegen die Person, zu deren Gunsten dieser Beschluss ergangen ist, verhindert, sofern keine neuen Belastungstatsachen gegen Letz-

tere auftauchen, als eine rechtskräftige Aburteilung im Sinne dieses Artikels anzusehen ist und somit erneute Ermittlungen wegen derselben Tat gegen dieselbe Person in einem anderen Vertragsstaat ausschließt. (EuGH)

2. Art. 54 SDÜ ist im Lichte des Art. 50 GRCh auszulegen. Bei dessen Auslegung sind die Erläuterungen zur GRCh zu berücksichtigen. (Bearbeiter)

3. Die „Rechtskraft“ einer strafrechtlichen Entscheidung ist auf der Grundlage des Rechts des Entscheidungsmitgliedstaats zu beurteilen. Der Betroffene ist wegen der ihm vorgeworfenen Tat als „rechtskräftig abgeurteilt“ im Sinne des Art. 54 SDÜ anzusehen, wenn die Strafklage im Entscheidungsmitgliedstaat endgültig verbraucht ist (Bearbeiter)

4. Die Wiederaufnahme eines rechtskräftig eingestellten Ermittlungsverfahrens, die nur beim Auftauchen neuer Belastungstatsachen zulässig ist, stellt sich als ausnahmsweise Einleitung eines anderen Verfahrens und nicht als bloße Weiterführung des bereits abgeschlossenen Verfahrens dar. Da geprüft werden muss, ob die zur Rechtfertigung einer Wiederaufnahme angeführten Tatsachen tatsächlich neuartig sind, kann jedes neue Verfahren gegen die gleiche Person aufgrund der gleichen Tatsachen, das sich auf eine solche Möglichkeit der Wiederaufnahme stützt, nur in dem Vertragsstaat eingeleitet werden, in dem die Einstellungsentscheidung getroffen wurde. (Bearbeiter)

3. BVerfG 2 BvR 920/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel / AG Fritzlar)

Strafrechtliche Verfolgbarkeit von Verstößen gegen die Schulpflicht (landesrechtliche Strafnorm des Entziehens anderer von der Schulpflicht; Verfassungsmäßigkeit des Hessischen Schulgesetzes; konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; keine abschließende bundesgesetzliche Regelung; gerechtfertigter Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht und die Glaubensfreiheit; Freiheit des Landesgesetzgebers bei der Wahl zwischen Straf- und Bußgeldtatbestand; Gleichheitsanspruch nur gegenüber demselben Hoheitsträger; Doppelbestrafungsverbot; Aktualisierung des Normbefehls; „Teilbarkeit“ von Verstößen).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 4 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 7 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 171 StGB; § 182 HessSchulG

1. Die Vorschrift des § 182 Abs. 1 HessSchulG, die es unter Strafe stellt, einen anderen dauernd oder hartnäckig wiederholt der Schulpflicht zu entziehen, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

2. Der Bundesgesetzgeber hat mit Erlass des § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nicht abschließend Gebrauch gemacht und deshalb die Landesgesetzgebungskompetenz nicht verdrängt, wie sich insbesondere aus dem Normzweck ergibt: Wenn gleich § 171 StGB auch Schulpflichtverletzungen erfassen

kann, ist sein Schutzgut das körperliche Wohlergehen und die sittliche und geistige Entwicklung des Schutzbefohlenen, wohingegen § 182 HessSchulG allein die Durchsetzung der allgemeinen Schulpflicht bezweckt.

3. Die Verpflichtung von Eltern, ihre Kinder an dem Unterricht einer staatlich anerkannten Schule teilnehmen zu lassen, schränkt ihr Erziehungsrecht und – bei Geltendmachung von Glaubens- und Gewissensgründen – ihre Glaubensfreiheit in zulässiger Weise ein, zumal der in Art. 7 Abs. 1 GG verankerte staatliche Erziehungsauftrag der Schule dem elterlichen Erziehungsrecht gleichgeordnet ist (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1693/04 – [= HRRS 2006 Nr. 565]).

4. Die Beachtung der Schulpflicht darf der Landesgesetzgeber von den Erziehungsberechtigten durch die Schaffung von Strafvorschriften einfordern. Insoweit liegt ein Gleichheitsverstoß nicht darin, dass andere Länder Schulpflichtverstöße in ihrem Kompetenzbereich lediglich als Ordnungswidrigkeiten ahnden.

5. Ein Verstoß der Eltern gegen die Verpflichtung, ihre Kinder am Unterricht einer staatlich anerkannten Schule teilnehmen zu lassen, verliert seine Strafwürdigkeit nicht deshalb, weil der stattdessen erteilte Hausunterricht zu guten Schulabschlüssen der Kinder geführt hat; denn die Allgemeinheit hat ein berechtigtes Interesse daran, der Entstehung religiös oder weltanschaulich motivierter „Parallelgesellschaften“ entgegenzuwirken und Minderheiten zu integrieren.

6. Dass Eltern wegen Entziehung derselben Kinder von der Schulpflicht mehrfach strafrechtlich belangt werden, verstößt nicht gegen das Verbot der Doppelbestrafung. Anders als in den Fällen von Ersatzdienstverweigerern aus Gewissensgründen stellt das Schulgesetz an Eltern nicht lediglich die Forderung nach der einmaligen Erfüllung einer Dienstpflicht, sondern verlangt von ihnen immer von Neuem, dafür Sorge zu tragen, dass ihre Kinder regelmäßig der Schulpflicht nachkommen.

5. BVerfG 2 BvR 2874/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Oktober 2014 (OLG Düsseldorf)

Verfahren über die Aussetzung einer Reststrafe zur Bewährung (Beschleunigungsgebot; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse nach Entlassung aus der Strafhaft; Begründungsumfang einer Feststellungsentscheidung; Vorgaben bei der Einholung eines Sachverständigenutachtens; Zeitdauer zwischen Aussetzungsentscheidung und bedingter Entlassung aus der Strafhaft). Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 57 StGB; § 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO

1. Das Freiheitsgrundrecht gewährleistet in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip die angemessene Beschleunigung gerichtlicher Verfahren im Zusammenhang mit einer Freiheitsentziehung.

2. Im Verfahren über die Aussetzung des Rests einer Freiheitsstrafe zur Bewährung kommt eine Verletzung des Beschleunigungsgebots in Betracht, wenn das Frei-

heitsrecht nach den Umständen des Einzelfalls gerade durch eine sachwidrige Verzögerung der Entscheidung unangemessen weiter beschränkt wird.

3. Für die Klärung der Frage, ob in einem Verfahren über die Reststrafaussetzung zur Bewährung der Beschleunigungsgrundsatz verletzt worden ist, hat der Verurteilte auch nach seiner Entlassung aus der Strafhafte ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse.

4. Zu berücksichtigen und zu erörtern sind in diesem Zusammenhang insbesondere der Zeitraum der Verfahrensverzögerung, die Gesamtdauer der Strafvollstreckung und des Verfahrens über die Reststrafenaussetzung zur Bewährung, die Bedeutung dieses Verfahrens mit Blick auf die abgeurteilte Tat und die verhängte Strafe, der Umfang und die Schwierigkeit des Entscheidungsgegenstandes, das Ausmaß der mit dem schwebenden Verfahren verbundenen Belastung des Verurteilten und sein Prozessverhalten.

5. Bei der Auswahl und Beauftragung eines Sachverständigen hat das Vollstreckungsgericht dem Beschleunigungsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass es maßgeblich auf die voraussichtliche Bearbeitungsdauer abstellt. Für die Zeit der Gutachtenerstellung hat das Gericht Bearbeitungsfristen zu setzen und zeitnah deren Einhaltung zu überwachen.

6. Der Beschleunigungsgrundsatz ist verletzt, wenn bei der Entscheidung über eine Reststrafenaussetzung ein Sachverständigengutachten zunächst überhaupt nicht in Auftrag gegeben worden ist, obwohl angesichts einer positiven Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt eine Strafaussetzung nahe lag.

7. Der Beschleunigungsgrundsatz ist auch dann verletzt, wenn ein erforderliches Sachverständigengutachten und die Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt nicht parallel, sondern nacheinander eingeholt werden oder wenn das Vollstreckungsgericht nach Aufhebung seiner Fortdauerentscheidung bis zu einer erneuten Entscheidung etwa einen Monat zuwartet, obwohl die Sache entscheidungsreif ist und der Zweidrittelzeitpunkt unmittelbar bevorsteht.

8. Verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar ist es auch, wenn zwischen der Aussetzungsentscheidung und der bedingten Entlassung des Verurteilten aus der Strafhafte mehrere Tage liegen.

6. BVerfG 2 BvR 2928/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2014 (LG München I / AG München)

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Wohnungsgrundrecht; Kontrollfunktion des Richtervorbehalts; besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit bei Berufsheimnisträgern und bei Nichtbeschuldigten; Ungeeignetheit der Durchsuchung bei Auffindevermutung nur bezüglich beschlagnahmefreier Gegenstände; Kernbereichsschutz; Berufsfreiheit; Recht auf ein faires Verfahren).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 53 Abs. 1

Nr. 2 StPO; § 97 StPO; § 102 StPO; § 103 StPO; § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Angesichts des mit einer Durchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte räumliche Privatsphäre des Betroffenen trifft den die Durchsuchung anordnenden Richter die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Grundrechtseingriff messbar und kontrollierbar bleibt.

2. Richtet sich eine Durchsuchung gegen einen Berufsheimnisträger – hier: einen Strafverteidiger – in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung, so ist bei der Prüfung der Angemessenheit der Maßnahme insbesondere der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant zu berücksichtigen, der auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege liegt. Dies gilt umso mehr, soweit es sich bei dem Rechtsanwalt um einen Nichtbeschuldigten handelt, dessen Räumlichkeiten nach § 103 StPO durchsucht werden sollen.

3. Eine Durchsuchung ist ungeeignet und damit unverhältnismäßig, wenn etwa gewonnene Erkenntnisse ohnehin nicht verwertbar wären. Das Gericht darf eine Durchsuchung daher nur anordnen, wenn eine Prognose ergeben hat, dass ausschließlich Erkenntnisse aus dem nicht absolut geschützten Kernbereich der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant zu erwarten sind.

4. Bei Abschriften von Patientenunterlagen, die ein des Abrechnungsbetruges angeklagter Zahnarzt eigens für seinen Verteidiger angefertigt und mit Anmerkungen versehen hat, ist ohne Weiteres ein „Verteidigerbezug“ anzunehmen, so dass die Beschlagnahme den Verteidiger in seiner Berufsfreiheit und den Angeklagten in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

2. BVerfG 2 BvR 437/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Oktober 2014 (LG Gera)

Versehentliche Nichtbehandlung des Eilantrages eines Strafgefangenen gegen eine Durchsuchung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Vorrang einer Entschädigungsklage wegen unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 198 GVG; § 201 GVG; § 84 StVollzG

1. Das Recht eines Strafgefangenen auf effektiven Rechtsschutz ist verletzt, wenn das zuständige Gericht über den gegen eine (körperliche) Durchsuchung gerichteten Eilantrag des Gefangenen nicht entscheidet und auch auf seine Nachfrage nicht reagiert. Dies gilt auch dann, wenn es sich dabei um ein – auch in einem geordneten Justizbetrieb nicht ausgeschlossenes – Versehen handelt.

2. Eine auf Feststellung eines derartigen Verstoßes gerichtete Verfassungsbeschwerde ist jedoch aus Gründen der Subsidiarität unzulässig, wenn es der Beschwerdeführer versäumt hat, zunächst bei dem zuständigen Oberlandesgericht eine Klage auf angemessene Entschädigung

für infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens erlittene Nachteile zu erheben.

4. BVerfG 2 BvR 2343/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Oldenburg / AG Cloppenburg)

Einstweilige Anordnung gegen einen Bewährungswiderruf wegen Verstoßes gegen eine Arbeitsaufgabe (verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot; Fristbestimmung für die Erbringung der Arbeitsleistung; konkrete Festlegung der Arbeitsleistung durch das Gericht; Folgenabwägung; Überwiegen des Freiheitsgrundrechts).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 56b StGB; § 56c StGB; § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB

1. Auflagen und Weisungen im Rahmen einer Strafaussetzung zur Bewährung müssen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Danach hat das Gericht und nicht erst der Bewährungshelfer die Vorgaben so bestimmt zu formulieren, dass Verstöße einwand-

frei festgestellt werden können und der Verurteilte unmissverständlich weiß, wann er einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung zu erwarten hat.

2. Ob die Bewährungsaufgabe, nach Weisung der Gerichtshilfe 50 Stunden gemeinnützige Arbeit „unverzüglich nach Rechtskraft des Urteils“ zu leisten, den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügt, ist höchst fraglich, weil es an einer Festlegung des Fristendes fehlt und weil die konkrete Bestimmung der Arbeitsleistung und der Institution, bei der diese abzuleisten ist, an die Gerichtshilfe delegiert worden ist.

3. Eine Widerrufsentscheidung, die auf einem Verstoß gegen die genannte Bewährungsaufgabe beruht, unterliegt daher der Aussetzung im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG, weil bei der gebotenen Rechtsfolgenabwägung das Freiheitsgrundrecht das staatliche Interesse an einer unverzüglichen Strafvollstreckung überwiegt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

22. BGH 3 ARs 13/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (BGH)

Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung (Gesetzlichkeitsprinzip; Schuldprinzip; Unschuldsvermutung); Diebstahl; Hehlerei.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 259 StGB

1. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung zur ungleichartigen Wahlfeststellung fest.

2. Die Rechtsfigur der ungleichartigen (echten) Wahlfeststellung verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Auch die aus dem Rechtsstaatsgebot folgenden Grundsätze des Schuldprinzips und der Unschuldsvermutung sind nicht betroffen.

13. BGH 3 StR 365/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Kleve)

Betrug (rechtlich selbständige Handlungen bei Zusammenarbeit mehrerer Beteiligten im Rahmen einer Tatserie; uneigentliches Organisationsdelikt).

§ 263 StGB; § 52; § 53 StGB

Bei der Zusammenarbeit mehrerer Beteiligten im Rahmen einer Betrugsserie bestimmt sich die Zahl der rechtlich selbständigen Handlungen im Sinne von § 53 Abs. 1 StGB für jeden Täter grundsätzlich nach der Anzahl sei-

ner eigenen Handlungen zur Verwirklichung der Einzeldelikte. Wirkt ein Täter an einzelnen Taten anderer Beteiligter selbst nicht unmittelbar mit, sondern erschöpfen sich seine Tatbeiträge hierzu im Aufbau und in der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“, sind diese Tathandlungen nach st. Rspr. als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Von dieser Handlungseinheit sind nur die Fälle ausgenommen, in denen der Täter selbst einen individuellen Tatbeitrag erbringt.

51. BGH 4 StR 371/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Kaiserslautern)

Beihilfe (gesonderte Prüfung der Konkurrenzen für jeden Beteiligten).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Straftaten Tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden (vgl. BGH StV 2009, 130). Hat ein Gehilfe, der an der unmittelbaren Tatausführung nicht beteiligt war, einen mehrere Einzeldelikte fördernden einheitlichen Tatbeitrag erbracht, werden ihm insoweit die jeweiligen Taten des Haupttäters nur als Tateinheitlich begangen zugerechnet,

weil sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne von § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob der Haupttäter die ihm zurechenbaren Taten tatmehrheitlich begangen hat, ist demgegenüber ohne Belang.

77. BGH 4 StR 284/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Essen)

Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf die Abgrenzung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit (Realkonkurrenz).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 261 StPO

Lässt sich nicht feststellen, durch wieviele Handlungen im Sinne der §§ 52, 53 StGB der Angeklagte die festgestellten Taten gefördert hat, so ist im Zweifel zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass er nur eine Handlung begangen hat.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

52. BGH 4 StR 416/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Bielefeld)

Heimtückemord (bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit; Arglosigkeit des Tatopfers bei Tatbeginn: Ausnahmen)
§ 211 Abs. 1 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (st. Rspr.).

2. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.

3. Grundsätzlich setzt Heimtücke Arglosigkeit des Angegriffenen bei Tatbeginn voraus. Eine Ausnahme davon liegt aber etwa vor, wenn der Täter das Opfer mit Tötungsvorsatz planmäßig in einen Hinterhalt lockt, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, und die entsprechenden Vorkehrungen und Maßnahmen bei Ausführung der Tat noch fortwirken (vgl. BGH NStZ 1989, 364).

62. BGH 1 StR 503/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Nürnberg-Fürth)

Besonders schwere Vergewaltigung (Kissen als gefährliches Werkzeug; Konkurrenzen zur gefährlichen Körperverletzung; Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz, Tateinheit).

§ 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 52 StGB

1. Ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird nicht nur dann benutzt, wenn der Täter ein generell gefährliches Tatmittel einsetzt, sondern auch, wenn sich die objektive Gefährlichkeit des eingesetzten Gegenstandes erst aus der konkreten Art seiner Verwendung ergibt, die geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Werkzeug ist dabei jeder bewegliche Gegenstand, mit dem gleich auf welche Weise auf den Körper des Opfers eingewirkt werden kann. Die Gefährlichkeit des Tatmittels kann sich gerade daraus ergeben, dass ein Gegenstand bestimmungswidrig gebraucht wird. Damit ist gefährliches Werkzeug im Sinne von § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB ein beliebiger Gegenstand immer schon dann, wenn er – etwa beim Einsatz eines Kissens als Erstickungswerkzeug – seine objektive Gefährlichkeit durch die konkrete Art und Weise seiner (zweckwidrigen) Verwendung erhält (st. Rspr.).

2. Der Unrechtsgehalt des potentiellen Gefährdungsdelikts in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB geht nicht in dem Unrechtsgehalt von § 177 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2a StGB auf, so dass die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz für die Annahme von Tateinheit zwischen der gefährlichen Körperverletzung und der besonders schweren Vergewaltigung.

7. BGH 3 StR 227/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Stade)

Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung (rechtsfehlerhafte Annahme von Alleingewahrsam).
§ 242 StGB; § 246 StGB

Wer zu im fremden Eigentum stehenden, sich in einer Lagerhalle befindlichen beweglichen Sachen allein deshalb Zugang hat, weil er bei einer Firma arbeitet, die in derselben Lagerhalle ansässig ist, hat nicht ohne Weiteres (Allein-)Gewahrsam an diesen Sachen. Nimmt er diese in Zueignungsabsicht weg, kommt mithin eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in Betracht.

37. BGH 1 StR 394/14 – Urteil vom 5. November 2014 (LG München II)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Widerstandsunfähigkeit); tatrichterliche Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Darstellung in der Urteilsbegründung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 179 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann Opfer einer Tat nach § 179 StGB nur sein, wer aufgrund

einzelner, im Tatbestand des Absatzes 1 näher beschriebener Gegebenheiten unfähig ist, einen ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen (vgl. BGHSt 36, 145, 147). Die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit ist eine normative Entscheidung; sie erfordert die Überzeugung des Tatrichters, dass das Opfer zum Widerstand gänzlich unfähig war (vgl. BGH NStZ 2012, 150 f.).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

42. BGH 2 StR 137/14 (2 StR 337/14) – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (BGH)

Anfragebeschluss; Vorlagebeschluss; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten).

§ 132 Abs. 2, 3 GVG; § 253 Abs. 2 BGB

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB) sind weder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten noch die des Schädigers zu berücksichtigen.

45. BGH 2 StR 137/14 (2 StR 337/14) – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (BGH)

Anfragebeschluss; Vorlagebeschluss; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten).

§ 132 Abs. 2, 3 GVG; § 253 Abs. 2 BGB

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB) sind weder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten noch die des Schädigers zu berücksichtigen.

64. BGH 2 StR 137/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Erfurt)

Anfrage- und Vorlageverfahren zu den Maßstäben der Adhäsionsentscheidung (Entschädigung der Verletzten; Höhe des Schmerzensgeldes; Teilerledigung und Teilrechtskraft bei rechtsstaatsgemäßer Verfahrensverlängerung).

§ 132 GVG; § 406 StPO; § 406a Abs. 2 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Der Senat beabsichtigt, die Rechtsprechung aufzugeben, nach der die Erörterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten regelmäßig für die Bemessung des Schmerzensgeldes erforderlich

ist. Nach seiner Auffassung kommt es bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB) weder auf die Vermögenslage der Geschädigten noch die des Schädigers ankommen darf.

2. Eine Teilerledigung, die zur Herbeiführung von Teilrechtskraft führt, ist nur dann zulässig, wenn der rechtskräftige ebenso wie der nichtrechtskräftige Urteilsteil von dem übrigen Urteilsinhalt losgelöst, selbständig geprüft und rechtlich beurteilt werden kann; die Grenzen bestimmen sich nach denselben Grundsätzen, nach denen sich die Wirksamkeit der Teilanfechtung beurteilt. Zur Anwendung auf ein bevorstehendes langwieriges Anfrage- und Vorlageverfahren und die Frage einer Entschädigung des Verletzten.

66. BGH 2 StR 337/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Meiningen)

Anfrage- und Vorlageverfahren zu den Maßstäben der Adhäsionsentscheidung (Entschädigung der Verletzten; Höhe des Schmerzensgeldes; Teilerledigung und Teilrechtskraft bei rechtsstaatsgemäßer Verfahrensverlängerung).

§ 132 GVG; § 406 StPO; § 406a Abs. 2 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Der Senat beabsichtigt, die Rechtsprechung aufzugeben, nach der die Erörterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten regelmäßig für die Bemessung des Schmerzensgeldes erforderlich ist. Nach seiner Auffassung kommt es bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB) weder auf die Vermögenslage der Geschädigten noch die des Schädigers ankommen darf.

2. Eine Teilerledigung, die zur Herbeiführung von Teilrechtskraft führt, ist nur dann zulässig, wenn der rechtskräftige ebenso wie der nichtrechtskräftige Urteilsteil von dem übrigen Urteilsinhalt losgelöst, selbständig geprüft und rechtlich beurteilt werden kann; die Grenzen bestimmen sich nach denselben Grundsätzen, nach denen sich die Wirksamkeit der Teilanfechtung beurteilt.

Zur Anwendung auf ein bevorstehendes langwieriges Anfrage- und Vorlageverfahren und die Frage einer Entschädigung des Verletzten.

34. BGH 1 StR 299/14 – Urteil vom 5. November 2014 (LG Würzburg)

Härtefallausgleich für bereits vollstreckte Haftstrafen (Voraussetzungen: Unmöglichkeit einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung, im Ausland erlittene Freiheitsentziehung; Verhältnis zur Anrechnung erlittener Freiheitsentziehung; Anrechnung von im Ausland erlittener Freiheitsentziehung (anrechnungsfähige Verurteilungen; Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs durch den Tatrichter).

§ 54 Abs. 1 StGB; § 55 StGB; § 51 StGB

1. Härteausgleich und Anrechnung bereits erlittener Freiheitsentziehung verfolgen dem Grunde nach verschiedene Regelungsziele.

2. Die Gewährung eines Härteausgleichs dient der Vermeidung eines schuldinadäquaten Gesamtstrafübels, weil eine bereits vollstreckte Strafe nicht mehr gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Gesamtstrafenbildung herangezogen werden kann (BGHSt 43, 79, 80). Ob der Tatrichter den Härteausgleich durch die Bildung einer fiktiven Gesamtstrafe unter Einbeziehung der erledigten Verurteilung, die dann um die vollstreckte Strafe zu mindern ist, vornimmt, oder den Umstand, dass eine Gesamtstrafenbildung mit der früheren Strafe nicht mehr möglich ist, unmittelbar bei der neuen Festsetzung der Strafhöhe berücksichtigt, steht in seinem freien Ermessen (vgl. BGHSt 43, 79, 80).

3. Bei der Anrechnung bereits vollstreckter Haft gemäß § 51 StGB handelt es sich demgegenüber eher um eine Angelegenheit der Vollstreckung. Konstitutive Wirkung kommt alleine der in den Tenor aufzunehmenden Entscheidung über den Anrechnungsmaßstab gemäß § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB zu (vgl. BGH NJW 1994, 1484, 1485). Diese ermöglicht eine angemessene Berücksichtigung des Strafübels, das dem Angeklagten durch die im Ausland erlittene Freiheitsentziehung widerfahren ist, und der Abwägung, wie viel dieses Übel von demjenigen bereits vorweg genommen hat, mit dem das inländische Urteil ihn belasten will (vgl. BGHSt 30, 282, 283). In dem für ihn spürbaren Strafübel soll der Angeklagte vergleichsweise so stehen, als sei der gesamte Strafvollzug im Inland erfolgt.

4. Liegen die Voraussetzungen sowohl für die Gewährung eines Härteausgleichs als auch für die Anrechnung von Auslandshaft vor, darf dies im Ergebnis aber keine unge-rechtfertigte Privilegierung des Angeklagten zur Folge haben. Eine solche läge vor, wenn dem Angeklagten die im Ausland erlittene Haftbedingungen über die Vornahme eines Härteausgleichs einen Strafabatt einbringen und bei der Anrechnung der Auslandshaft abermals zu seinen Gunsten berücksichtigt würden.

5. Das Tatgericht hat deshalb die später zu treffende Anrechnungsentscheidung bereits bei Prüfung des Härteausgleichs in den Blick zu nehmen und die Bemessung der Gesamtstrafe daran auszurichten (vgl. BGHSt 43, 79,

82). Rechtsfehler im Rahmen der Anrechnungsentscheidung können deshalb zur Folge haben, dass die Gesamtstrafenbildung insgesamt rechtsfehlerhaft ist.

6. Die Vornahme eines Härteausgleichs ist nach den allgemeinen Grundsätzen immer dann geboten, wenn sich für den Angeklagten aus der Nichtberücksichtigung einer Vorverurteilung bei der Bemessung einer Gesamtstrafe eine unbillige Härte ergibt und die Summe der Strafen anderenfalls schuldunangemessen wäre. Ist nach § 55 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung an sich möglich, scheidet sie aber daran, dass die zunächst erkannte Strafe bereits vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, oder wird durch die Zäsurwirkung einer früheren Strafe die Bildung einer Gesamtstrafe verhindert, so ist die darin liegende Härte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Bemessung der nunmehr zu verhängenden Strafe auszugleichen (vgl. BGHSt 43, 79, 80).

7. Im Ergebnis das gleiche gilt im Falle der Verurteilung des Angeklagten durch ein ausländisches Gericht, soweit hypothetisch eine Aburteilung der Auslandstat auch im Inland nach deutschem Recht möglich gewesen wäre (vgl. BGHSt 43, 79, 80). Zwar sind im Ausland verhängte Strafen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung über § 55 StGB nicht zugänglich, weil eine Gesamtstrafe mit einer von einem ausländischen Gericht verhängten Strafe schon wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit ausgeschlossen ist (vgl. BGHSt 43, 79). Die Grundsätze des Härteausgleichs greifen demgegenüber aber Platz.

8. Die Erwägung, den Täter durch die Anrechnung einer erlittenen Haftstrafe im Ausland so zu stellen, als sei die gesamte Vollstreckung in Deutschland erfolgt, hat die Auslegung des § 51 Abs. 3 Satz 1 StGB nach dem Vorbild des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Folge, der die Anrechnung früherer im Inland erlittener Freiheitsentziehung regelt. Danach setzt die Anrechnung (nur) voraus, dass die Freiheitsentziehung aus Anlass einer Tat vollstreckt worden ist, die Gegenstand des Verfahrens war oder ist.

9. Nach § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB hat der Tatrichter den für die Anrechnung der im Ausland erlittenen Haft anzulegenden Maßstab nach seinem Ermessen zu bestimmen. Er hat dafür das im Ausland erlittene Strafübel zu schätzen und in ein dem inländischen Strafsystem zu entnehmendes Äquivalent umzusetzen (vgl. BGHSt 30, 282, 283). Maßgeblich hierfür ist die Bewertung, wie schwer das Übel wiegt, das dem Verurteilten durch die ausländischen Strafverfolgungsmaßnahmen widerfahren ist, und wieviel dieses Übel von demjenigen schon vorweggenommen hat, mit dem das inländische Urteil den Angeklagten belasten will; dabei ist der Maßstab zu berücksichtigen, der sich aus dem Vergleich der ausländischen mit der inländischen Strafenordnung ergibt (vgl. BGHSt 30, 282, 283).

10. Grundsätzlich ist bei Freiheitsentziehungen im Ausland, jedenfalls in Staaten der Europäischen Union, von einem Anrechnungsmaßstab 1 : 1 auszugehen; besondere Belastungen bei der ausländischen Freiheitsentziehung durch erheblich erschwerte Haftbedingungen können im

Einzelfall aber dazu führen, dass der Maßstab unter Berücksichtigung der besonderen Umstände in einem für den Angeklagten günstigeren Verhältnis zu wählen ist. Grundlage für die Vornahme dieser Bewertung sind die Haftbedingungen im Einzelfall, also in der konkreten Haftanstalt.

11. In einzelnen Ländern können die Haftbedingungen von Haftanstalt zu Haftanstalt unterschiedlich sein, so dass der Tatrichter im Einzelnen auch die konkrete Haftanstalt festzustellen hat, in der der Angeklagte inhaftiert war. Ist der Angeklagte an verschiedenen Haftorten inhaftiert gewesen, so hat das Tatgericht nicht nur die einzelnen Haftanstalten zu benennen und die dort vorherrschenden Haftbedingungen festzustellen; es hat auch die konkreten Zeiträume der jeweiligen Inhaftierung darzulegen und in seine Würdigung miteinzustellen.

12. Anhaltspunkte für die Bewertung der Relation der Hafterschwerms in ausländischen Vollzugsanstalten sind etwa die Einrichtung und Ausgestaltung der Haftzellen, die Belegungssituation, die Vorhaltung ärztlicher Betreuung, das Personal, Beschäftigungs- und Kontaktmöglichkeiten, das Essen und vor allem auch die hygienischen Verhältnisse.

13. Auf dieser Tatsachengrundlage hat der Tatrichter in einem zweiten Schritt für jede Inhaftierung des Angeklagten an einem anderen Haftort in eigenständiger Gesamtwürdigung der festgestellten Umstände einen angemessenen Anrechnungsmaßstab zu bestimmen. Erweisen sich die Haftbedingungen auch bei verschiedener Unterbringung in derselben Haftanstalt als unterschiedlich stark belastend, kann im Einzelfall die Bestimmung unterschiedlicher Anrechnungsmaßstäbe – für dann konkret darzulegende Zeiträume – angezeigt sein.

43. BGH 2 StR 240/14 – Urteil vom 15. Oktober 2014 (LG Köln)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Begehung von mindestens drei Symptomtaten: Berücksichtigung von Jugendstrafen; Gefährlichkeitsprognose: Zeitpunkt, Berücksichtigung von zu erwartenden Wirkungen des Strafvollzugs).

§ 66 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4, Abs. 2 StGB

1. Das für die Verhängung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 2 StGB erforderliche Vorliegen von drei vorsätzlichen Taten setzt nicht voraus, dass diese Taten gemeinsam in der Entscheidung abgeurteilt werden, in der die Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 StGB angeordnet werden könnte. Vielmehr können eine oder zwei von diesen Taten schon vorher rechtskräftig abgeurteilt sein, sofern der Täter wenigstens eine der Symptomtaten als Erwachsener begangen hat (vgl. auch BGH NStZ-RR 2010, 142, 143).

2. Eine in einem früheren Verfahren ausgesprochene einheitliche Jugendstrafe nach § 31 JGG erfüllt indes die Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Nr. 1 StGB nur, wenn zu erkennen ist, dass der Täter wenigstens bei einer der ihr zugrundeliegenden Straftaten eine Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hätte, sofern sie als Einzeltat gesondert abgeurteilt worden

wäre (vgl. BGH NStZ 2002, 29). Dies festzustellen, ist tatrichterliche Aufgabe, die dem über die Sicherungsverwahrung entscheidenden Richter obliegt. Dabei hat der Tatrichter festzustellen, wie der Richter des Vorverfahrens die einzelnen Taten bewertet hat; er darf sich nicht an dessen Stelle setzen und im Nachhinein eine eigene Strafzumessung vornehmen (vgl. BGH NStZ 2002, 29 mwN). Entsprechende Feststellungen muss der Tatrichter so belegen, dass eine ausreichende revisionsgerichtliche Überprüfung möglich ist.

3. Die Beurteilung, ob ein Angeklagter infolge seines Hanges zur Begehung schwerer Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist, richtet sich nach der Sachlage zum Zeitpunkt der Aburteilung (§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB iVm § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB). Soweit indes die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 StGB oder nach § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB in Betracht kommt, ist es dem Tatrichter grundsätzlich gestattet, bei der Ausübung seines Ermessens die zu erwartenden Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs auf die Gefährlichkeit des Angeklagten zu berücksichtigen. Ihm ist die Möglichkeit eröffnet, sich ungeachtet der hangbedingten Gefährlichkeit des Angeklagten zum Zeitpunkt der Urteilsfindung auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich der Angeklagte schon die Strafe hinreichend zur Warnung dienen lässt (vgl. auch BGH NStZ 2013, 707).

4. Ein Absehen von der Verhängung der Sicherungsverwahrung bei Ausübung dieses Ermessens ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn konkrete Anhaltspunkte erwarten lassen, dass dem Täter aufgrund der Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs und diesen begleitender resozialisierender sowie therapeutischer Maßnahmen zum Strafende eine günstige Prognose gestellt werden kann. Nur denkbare positive Veränderungen und Wirkungen künftiger Maßnahmen im Strafvollzug reichen nicht aus (st. Rspr.).

32. BGH 1 StR 233/14 – Urteil vom 4. November 2014 (LG Augsburg)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Begriff der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen); Strafzumessung (Strafzumessung bei Mittätern).

§ 69 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Ungeeignetheit im Sinne des § 69 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn eine Würdigung der körperlichen, geistigen oder charakterlichen Voraussetzungen und der sie wesentlich bestimmenden objektiven und subjektiven Umstände ergibt, dass die Teilnahme des Tatbeteiligten am Kraftfahrzeugverkehr zu einer nicht hinnehmbaren Gefährdung der Verkehrssicherheit führen würde. Dabei muss sich die Ungeeignetheit gerade aus der verfahrensgegenständlichen Tat bzw. den Taten ergeben.

2. Kommt ausschließlich eine charakterliche Ungeeignetheit in Betracht, muss die Anlasstat selbst tragfähige Rückschlüsse auf die Bereitschaft des Täters zulassen, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Zielen unterzuordnen (vgl. BGHSt 50, 93, 102 f.).

54. BGH 4 StR 497/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Bochum)

Verminderte Schuldfähigkeit (Anforderung an die Urteilsbegründung; in dubio pro reo).

§ 21 StGB; § 267 Abs. 2 StGB

Die Frage, ob die Steuerungsfähigkeit bei Tatbegehung aufgrund der festgestellten Störung im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert war, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter unter Darlegung der fachwissenschaftlichen Beurteilung durch den Sachverständigen, aber letztlich ohne Bindung an dessen Äußerungen, in eigener Verantwortung zu entscheiden hat (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 4 mwN). Schließt er sich dabei der Beurteilung des Sachverständigen an, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (st. Rspr.).

53. BGH 4 StR 467/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begründung im Urteil).

§ 64 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

Nach § 64 Satz 2 StGB ergeht die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur, wenn die Voraussetzungen von § 64 Satz 1 StGB erfüllt sind und eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Täter durch die Behandlung zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor einem Rückfall in den Hang zu bewahren und vor der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf seinen Hang zurückgehen (st. Rspr.). Damit das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird zu prüfen, ob eine Erfolgsaussicht in dem vom Gesetzgeber geforderten Ausmaß besteht, bedarf es insoweit der hinreichenden Darlegung konkreter Umstände für einen die Behandlung im Maßregelvollzug überdauernden Therapieerfolg.

35. BGH 1 StR 317/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Bayreuth)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

1. Voraussetzung für eine Unterbringung gemäß § 64 StGB ist (unter anderem) ein Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Von einem Hang ist auszugehen, wenn eine eingewurzelte auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung besteht, immer wieder Rauschgift zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad psychischer Abhängigkeit erreicht haben muss. „Im Übermaß“ bedeutet, dass der Täter berauschende Mittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt wird.

2. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Nicht erforderlich ist, dass beim Täter bereits eine Persönlichkeitsdepravation eingetreten ist. Dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum die Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt sind, kommt nur eine indizielle Bedeutung zu. Das Fehlen solcher Beeinträchtigungen schließt nicht notwendigerweise die Bejahung eines Hangs aus, wenn auch diesem Umstand bei der Überzeugungsbildung vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 64 StGB einiges Gewicht zukommt.

41. BGH 2 StR 134/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Bonn)

Verfall (Vorliegen einer unbilligen Härte; nicht mehr im Vermögen des Täters befindliches Erlangtes).

§ 79c Abs. 1 StGB

Die Annahme einer „unbilligen Härte“ im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB setzt nach ständiger Rechtsprechung eine Situation voraus, nach der die Anordnung des Verfalls das Übermaßverbot verletzen würde, also schlechthin „ungerecht“ wäre. Die Auswirkungen müssen im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen; es müssen besondere Umstände vorliegen, auf Grund derer mit der Vollstreckung des Verfalls eine außerhalb des Verfallszwecks liegende zusätzliche Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen auch unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfalls nicht zugemutet werden kann.

44. BGH 2 StR 311/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Wiesbaden)

Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 267 Abs. 2 StPO

1. § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG kommt nicht zur Anwendung, wenn der Tatrichter nicht die Überzeugung gewinnt, dass die Darstellung des Angeklagten über die Beteiligung anderer an der Tat zutrifft, wobei der Zweifelsgrundsatz dem Täter hier nicht zugute kommt. Die Begründung eines Verdachts und die damit verbundene Schaffung einer Aufklärungsmöglichkeit reicht nicht aus.

2. Sieht der Tatrichter von der Strafmilderung des § 31 BtMG ab, muss er die vom Angeklagten über den eigenen Tatbeitrag hinausgehenden Angaben vollständig wiedergeben und die Gründe eingehend erörtern, die ihn zur Verneinung der Strafmilderung gemäß § 31 BtMG bewogen haben.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

55. BGH 4 StR 69/14 – Urteil vom 25. September 2014 (LG Dortmund)

BGHR; teilweise Verfahrenseinstellung (Einstellungsbeschluss: Bestimmtheit, Parallele zur Anklageschrift, Auslegung, Folgen eines mehrdeutigen Einstellungsbeschlusses); Anklageschrift (Funktion).

§ 154 Abs. 2 StPO, § 200 Abs. 1 StPO

1. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO. (BGH)
2. Wegen der weitreichenden Wirkungen einer Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO ist die Beschlussformel so zu fassen, dass kein Zweifel besteht, auf welche Taten und welche Angeklagten sie sich bezieht. Die eingestellten Taten sind genau zu bezeichnen, nach Möglichkeit mit der Nummerierung der Anklageschrift. Ist dies nicht möglich, sind die Taten so genau zu beschreiben, dass klar erkennbar ist, welche angeklagten Taten aus dem Verfahren ausgeschieden werden. Hinsichtlich der Konkretisierung im Einstellungsbeschluss gelten insoweit dieselben Anforderungen wie bei der Tatbeschreibung in der Anklageschrift zur Erfüllung ihrer Umgrenzungsfunktion. (Bearbeiter)
3. Die Anklageschrift hat die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klagestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (Umgrenzungsfunktion – st. Rspr). Dabei muss die Schilderung umso konkreter sein, je größer die allgemeine Möglichkeit ist, dass der Angeklagte verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt hat. Die Identität des geschichtlichen Vorgangs muss feststehen, es darf kein Zweifel über die verfahrensgenständlichen Taten im prozessualen Sinn eintreten. Fehlt es an einer hinreichenden Konkretisierung, so ist die Anklage unwirksam (vgl. BGHSt 40, 44, 45). (Bearbeiter)
4. Darüber hinaus hat die Anklage auch die Aufgabe, den Angeklagten und die übrigen Verfahrensbeteiligten über weitere Einzelheiten des Vorwurfs zu unterrichten, um ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Prozessverhalten auf den mit der Anklage erhobenen Vorwurf einzustellen. Mängel der Anklage in dieser Hinsicht führen nicht zu ihrer Unwirksamkeit (Informationsfunktion). (Bearbeiter)
5. Dementsprechend konkret ist auch der Einstellungsbeschluss zu fassen, durch den der Verfahrensstoff begrenzt wird. Dabei können auszuschließende Taten sowohl „positiv“ beschrieben werden, indem die einzustellenden Taten konkret bezeichnet werden, als auch „nega-

tiv“, indem genau angegeben wird, welche der angeklagten Taten weiterhin Verfahrensgegenstand sind. Wie der Tatrichter den Beschluss formuliert, ist ohne Bedeutung, solange der ausgeschiedene Verfahrensstoff und der verbleibende Verfahrensstoff eindeutig erkennbar sind. (Bearbeiter)

6. Der Einstellungsbeschluss soll aus sich selbst heraus verständlich sein. Ist der Beschluss mehrdeutig und bestehen deshalb nach dem Wortlaut Unklarheiten, welche Vorwürfe der Anklageschrift aus dem Verfahren ausgeschieden werden, kann er nach allgemeinen Grundsätzen ausgelegt werden. (Bearbeiter)
7. Dabei können bei der Prüfung, ob der Einstellungsbeschluss die gebotene Umgrenzung des verbleibenden Verfahrensstoffs leistet, auch die zugelassene Anklage, der Einstellungsantrag der Staatsanwaltschaft, auf die Einstellungsentscheidung bezogene Hinweise und Anregungen des Gerichts, Hinweise des Gerichts nach § 265 StPO sowie im Rahmen einer auf die Erledigung des gesamten Verfahrens bezogenen Betrachtung jedenfalls dann, wenn der Einstellungsbeschluss zeitnah zur Urteilsverkündung gefasst wurde, auch die Schlussanträge der Verfahrensbeteiligten und das Urteil berücksichtigt werden. (Bearbeiter)
8. Liegt einem Einstellungsbeschluss nach § 154 Abs. 2 StPO die unzutreffende Annahme mehrerer selbständiger prozessualer Taten zugrunde, kann etwa bei einem sich aus den Gesamtumständen ergebenden offensichtlichen Irrtum/Versehen des Gerichts eine Umdeutung einer Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO in eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a Abs. 2 StPO in Betracht kommen (vgl. BGH NStZ 2006, 455). (Bearbeiter)
9. Ergibt sich hingegen auch unter Würdigung der vorstehend genannten Umstände keine Klarheit über die ausgeschiedenen Verfahrensteile, ist die Verfahrensbeschränkung nach § 154 Abs. 2 StPO wirkungslos und steht einer Aburteilung nicht entgegen. (Bearbeiter)

65. BGH 2 StR 171/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Aachen)

Pflicht zur Mitteilung über vorherige Verständigungsgespräche (Negativmitteilung; Protokollierungspflicht; Darstellungsanforderungen; unzulässige Verfahrensrüge).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO erfordert grundsätzlich die so genannte Negativmitteilung auch dann, wenn keine auf

eine Verständigung hinzielenden Gespräche stattgefunden haben (BVerfG NStZ 2014, 592, 593 f.; anders noch Senatsurteil vom 10. Juli 2013 – 2 StR 47/13, BGHSt 58, 315 ff.). Ein zur Aufhebung des Urteils nötiger Verfahrensfehler liegt aber nur dann vor, wenn das Urteil auf der Nichtmitteilung, ob Erörterungen im Sinne des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO stattgefunden haben, beruht. Dies ist dann auszuschließen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche über die Möglichkeit einer Verständigung gegeben hat (BVerfGE 133, 168, 223 Rn. 98; BVerfG NStZ 2014, 592, 594; BGH NStZ 2013, 541).

2. Vor diesem Hintergrund muss die Revisionsbegründung mitteilen, über welche Kenntnisse und Hinweise bezüglich etwaiger Verständigungsgespräche der Revisionsverteidiger und der Angeklagte – gegebenenfalls nach zumutbarer Einholung entsprechender Auskünfte beim Instanzverteidiger – verfügen (BVerfG NStZ 2014, 592, 594), weil nur so das Revisionsgericht die Beruhensfrage prüfen kann. Fehlt es an entsprechenden Darlegungen und fehlt es auch sonst an jeglichem Anhaltspunkt dafür, dass auf eine Verständigung gerichtete Gespräche stattgefunden haben, ist eine auf die Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO gestützte Verfahrensrüge nicht zulässig erhoben.

38. BGH 1 StR 75/14 – Urteil vom 4. September 2014 (LG München I)

Anforderungen an die Revisionsbegründung; tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Übertragung auf die Auslegung von Verträgen); Untreue (gravierende Pflichtverletzung: Sponsoring, ungenügendes Einverständnis der Mehrheitsgesellschafterin; Tatmehrheit); Betrug (mangelnder Vermögenswert einer Grundbuchberichtigung).

§ 344 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 266 Abs. 1 StPO; § 52 Abs. 1 StPO; § 266 StGB; § 263 StGB

1. Der Revisionsführer muss die den Mangel enthaltenden Tatsachen so vollständig und genau angeben, dass das Revisionsgericht allein aufgrund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (vgl. BGHSt 3, 213, 214).

2. Der Revisionsvortrag muss aus sich heraus so verständlich sein, dass das Revisionsgericht ohne weiteres daran anknüpfen kann. In diesem Zusammenhang kann es im Einzelfall zwar ausreichen, wenn die Revision auf bereits im Rahmen einer anderen Rüge vorgebrachtes Verfahrensgeschehen verweist (vgl. BGH StV 2010, 676). Es ist aber nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, den Revisionsvortrag aus verschiedenen Unterlagen jeweils an passender Stelle zu ergänzen und dabei den Sachzusammenhang selbst herzustellen (vgl. BGH NStZ 2005, 463).

3. Die Auslegung von Verträgen ist ein wertender Akt, weil sie unterschiedliche Aspekte in einer richterlichen Feststellung zusammenführt. Deshalb gelten die für die revisionsgerichtliche Kontrolle der tatrichterlichen Beweiswürdigung aufgestellten Regeln ebenso für die Würdigung von Erklärungen, Verträgen oder Urkunden durch den Tatrichter. Die revisionsrichterliche Kontrolle be-

schränkt sich auf die Prüfung, ob ein Verstoß gegen Sprach- und Denkgesetze, Erfahrungssätze oder allgemeine Auslegungsregeln vorliegt.

4. Die Erlangung einer Grundbuchberichtigung hat keinen Vermögenswert und stellt demnach auch keine Vermögensverfügung und keinen Schaden dar, wenn das Grundeigentum bereits zuvor durch die wirksame Übertragung eines Erbteils übergegangen war.

80. BGH 4 StR 384/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Essen)

Unzulässigkeit der Revision der Nebenklage, wenn die Person des Rechtsmittelführers nicht eindeutig feststeht (Gesetzesverletzung).

§ 300 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

Als verfahrensgestaltende Prozessklärung muss die Einlegung der Revision nicht nur den unbedingten Anfechtungswillen des Erklärenden erkennen lassen. Bei mehreren Anfechtungsberechtigten muss die Rechtsmitteleinlegung auch die Person des Rechtsmittelführers eindeutig bezeichnen. Zwar kann diese Prozessklärung gegebenenfalls, ähnlich wie in dem Fall, in dem mehrere Rechtsmittel zulässig sind und unklar bleibt, welches eingelegt werden soll, unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts der Verfahrenserklärungen und der Erklärungsumstände so ausgelegt werden, dass die umfassendste Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung ermöglicht wird. Voraussetzung dafür ist indes, dass die für die Auslegung erheblichen Umstände innerhalb der für die Einlegung des Rechtsmittels geltenden Frist erkennbar werden.

75. BGH 4 StR 153/14 – Urteil vom 20. November 2014 (LG Waldshut-Tiengen)

Mangelnde Anklage (Eröffnungsbeschluss; Begriff der Tat im prozessualen Sinne und Individualisierung bei Serientaten: Veränderung des Tatzeitraums; Kognitionspflicht).

§ 200 StPO; § 264 StPO

Zwar braucht eine Veränderung oder Erweiterung des Tatzeitraums die Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat nicht aufzuheben, wenn die in der Anklage beschriebene Tat unabhängig von der Tatzeit nach anderen Merkmalen individualisiert und dadurch weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen gekennzeichnet ist (st. Rspr.). Bei gleichartigen, nicht durch andere individuelle Tatmerkmale als die Tatzeit unterscheidbaren Serientaten heben dagegen Veränderungen und Erweiterungen des Tatzeitraumes die Identität zwischen angeklagten und abgeurteilten Taten auf.

46. BGH 2 StR 92/14 – Urteil vom 22. Oktober 2014 (LG Erfurt)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; erforderliche Darstellung von Zeugenaussagen im Urteil: abweichende Aussagen des Zeugen in Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich nicht gehalten, im Urteil Zeugenaussagen in allen Einzelheiten wiederzuge-

ben. In Fällen, in denen die Verurteilung im Wesentlichen auf der Aussage einer Belastungszeugin beruht und diese sich entgegen früheren Vernehmungen teilweise abweichend erinnert, müssen aber jedenfalls die entscheidenden Teile ihrer bisherigen Aussagen in das Urteil aufgenommen werden, da dem Revisionsgericht ohne Kenntnis des wesentlichen Aussageinhalts ansonsten die sachlich-rechtliche Überprüfung der Beweiswürdigung verwehrt ist (vgl. BGH NStZ 2012, 110, 111).

11. BGH 3 StR 341/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Osnabrück)

Unzureichende Darlegung der Gründe für ein Abweichen vom Sachverständigengutachten bei der Unterbringungsanordnung; Geltung der zivilrechtlichen Beweisregeln im Adhäsionsverfahren (Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld trotz nicht ausschließbarer Schuldunfähigkeit).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 64 StGB; § 63 StGB; § 404 StPO; § 827 BGB

Die zivilrechtliche Beweislastregel, wonach der Schädiger die Beweislast für seine Deliktsunfähigkeit (vgl. § 827 BGB) trägt, gilt auch im Adhäsionsverfahren. Dabei handelt es sich zwar um ein dem Strafverfahren anhängendes Verfahren, bei dem die strafprozessualen Regeln für die Ermittlung des Sachverhalts und die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gelten. Für die sich daraus ergebenden vermögensrechtlichen Ansprüche gelten indes die Vorschriften des Zivilrechts. Ansonsten stünde der Schädiger im Adhäsionsverfahren günstiger als im Zivilprozess.

49. BGH 4 StR 290/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Essen)

Feststellung des Absehens von der Verfallsanordnung wegen Ansprüchen Dritter (Erstreckung der Aufhebung der Feststellung auf nicht revidierende Verfallsbeteiligte; unbillige Härte).

§ 73 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 357 Satz 1 StPO; § 73c Abs. 1 StGB

Eine Erstreckung der Aufhebung der Feststellungen nach § 111i Abs. 2 StPO auf nicht revidierende Verfallsbeteiligte gemäß § 357 Satz 1 StPO ist nicht geboten. Zwar ist diese Vorschrift grundsätzlich auch auf Verfallsentscheidungen anzuwenden. Dies gilt aber nicht, soweit der Rechtsfehler lediglich in der Nichtanwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB besteht. Die Frage, ob wegen einer unbilligen Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB oder – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB – auf Grund tatrichterlichen Ermessens von einer Verfallsentscheidung abzusehen ist, beruht grundsätzlich auf individuellen Erwägungen, deren Beantwortung ganz wesentlich von den persönlichen Verhältnissen des jeweils Betroffenen abhängt (vgl. BGH NStZ 2008, 565, 567).

36. BGH 1 StR 327/14 – Urteil vom 5. November 2014 (LG Amberg)

Tatrichterliche Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Anwendbarkeit von in dubio pro reo; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Anforderungen an die Dar-

stellung im Urteil); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen: Einbeziehung des Opfers).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO; § 46a Abs. 1 StGB

1. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung von der Täterschaft zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist er grundsätzlich nicht anzuwenden.

2. Spricht das Tatgericht einen Angeklagten frei, weil es Zweifel an seiner Täterschaft oder, wie hier, am Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines strafbaren Verhaltens nicht zu überwinden vermag, ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt.

3. Rechtsfehlerhaft ist es auch, wenn sich das Tatgericht bei seiner Beweiswürdigung darauf beschränkt, die einzelnen Belastungsindizien gesondert zu erörtern und auf ihren jeweiligen Beweiswert zu prüfen, ohne eine Gesamtabwägung aller für und gegen die Täterschaft sprechenden Umstände vorzunehmen. Denn einzelne Belastungsindizien, die für sich genommen zum Beweis der Täterschaft nicht ausreichen, können doch in ihrer Gesamtheit die für eine Verurteilung notwendige Überzeugung des Tatgerichts begründen. Deshalb bedarf es einer Gesamtabwägung aller für und gegen die Täterschaft sprechenden Umstände. Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt zudem, ob überspannte Anforderungen an die für die Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt worden sind (st. Rspr.).

4. Nach § 46a Nr. 1 StGB kann zwar das ernsthafte Bemühen des Täters um Wiedergutmachung, das darauf gerichtet ist, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen, genügen. Die Vorschrift setzt aber nach der gesetzgeberischen Intention (BT-Drucks. 12/6853, S. 21, 22) und nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt sein muss. Das einseitige Wiedergutmachungsbestreben ohne den Versuch der Einbeziehung des Opfers genügt nicht (vgl. BGH NStZ 2003, 29).

47. BGH 4 StR 34/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Magdeburg)

Anhörungsrüge; Recht auf richterliches Gehör (Berücksichtigung einer nachträglichen formgerechten Revisionsbegründung).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; § 349 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

Das Recht zur Gegenerklärung im Sinne des § 349 Abs. 3 StPO ermöglicht nicht, Verfahrensrügen nachträglich formgerecht zu begründen (vgl. BGH wistra 2010, 312).

48. BGH 4 StR 234/14 – Urteil vom 20. November 2014 (LG Bielefeld)

Hinweispflicht bei Veränderung tatsächlicher Umstände in der Hauptverhandlung (Voraussetzungen; Rüge in der Revision: Anforderungen an die Revisionsbegründung).

§ 265 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1. Ob die Veränderung eines tatsächlichen Umstandes zu einer Hinweispflicht in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 1 StPO führt, hängt davon ab, ob sie in ihrem Gewicht der Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes gleicht, auf die sich § 265 Abs. 1 StPO unmittelbar bezieht (vgl. BGHSt 19, 88, 89). Dabei kommt es auf den Einzelfall an. Bei einer im Tatsächlichen ungenauen Fassung der Anklageschrift ist ein Hinweis entsprechend § 265 StPO grundsätzlich nicht vorgeschrieben, wenn im Laufe der Hauptverhandlung nähere Konkretisierungen von Einzelfällen durch die genauere Be-

schreibung von Tatmodalitäten oder Begleitumständen ergeben. Ein Hinweis kann nur ausnahmsweise geboten sein, etwa um das Recht des Angeklagten auf rechtliches Gehör oder den Schutz vor Überraschungsentscheidungen zu gewährleisten (vgl. BGHSt 48, 221, 224 ff).

2. Wird die verletzte Hinweispflicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 265 Abs. 1 StPO hergeleitet, weil es in der Hauptverhandlung zu einer Veränderung der tatsächlichen Urteilsgrundlage oder zu einer Konkretisierung eines allgemein gefassten Anklagesatzes gekommen ist, muss die Revision auch zum Verlauf der veränderten Punkte betreffende Beweisaufnahme vortragen. Andernfalls vermag das Revisionsgericht nicht zu beurteilen, ob der Angeklagte bereits aus dem Gang der Verhandlung erfahren hat, dass das Gericht die Verurteilung auf eine andere tatsächliche Grundlage stellen will und der vermisste konkrete Hinweis deshalb nicht mehr erforderlich war.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

60. BGH 1 StR 314/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Würzburg)

Beweiswürdigung, Aufklärungspflicht und Beweisangebote auf die Vernehmung von Zeugen bei massenhaften Betrugsvorwürfen (Freiheit von Beweisregeln; Begriff des Beweisanspruches: Individualisierung; Versagung der Strafmilderung wegen Versuchs).

§ 263 StGB; Art. 6 EMRK; § 261 StPO; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Für die Beweiswürdigung in Fällen des massenhaft begangenen Betruges gilt: Da der Betrugstatbestand voraussetzt, dass die Vermögensverfügung durch den Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist, und das gänzliche Fehlen einer Vorstellung für sich allein keinen tatbestandsmäßigen Irrtum begründen kann, muss der Tatrichter insbesondere mitteilen, wie er sich die Überzeugung davon verschafft hat, dass der Verfügende einem Irrtum erlegen ist. In einfach gelagerten Fällen mag sich dies von selbst verstehen. Im Bereich gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte, die von selbstverständlichen Erwartungen geprägt sind, kann der Tatrichter befugt sein, auf die täuschungsbedingte Fehlvorstellung auf der Grundlage eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ indiziell zu schließen, wobei er dies im Urteil darzulegen hat.

2. Bei Fällen wie dem vorliegenden (Zahlbetrag deutlich über 25 Euro, jeweils über 50 Geschädigte, keine hohe Aufforderungsfrequenz und -intensität) lässt die Annahme, mindestens eine dieser Personen habe irrumsbedingt und nicht lästigkeitsbedingt verfügt, Rechtsfehler nicht erkennen.

3. Es liegt auch kein Rechtsfehler darin, wenn sich das Gericht zur Feststellung dieses Irrtums nicht auf die Aussage eines oder mehrerer Zeugen, sondern auf äußere Umstände und allgemeine Erfahrungssätze stützt. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Gericht in der Regel – vor allen Dingen bei einem normativ geprägten Vorstellungsbild der Geschädigten – auch lediglich aus Indizien auf einen Irrtum schließen kann. Die Feststellung des Vorstellungsbildes geschädigter Personen beim Betrug folgt dabei keinen anderen Regeln als die Feststellung sonstiger innerer Tatsachen wie etwa des Vorsatzes beim Angeklagten. Feste Beweisregeln für die Feststellung innerer Sachverhalte kennt das Gesetz weder hinsichtlich des Angeklagten noch hinsichtlich möglicher Geschädigter. Es gilt – unabhängig vom Tatbestand – der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO).

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

5. In Massenbetrugsverfahren kann sich das Gericht seine Überzeugung von einem Irrtum vieler Geschädigter auch dadurch verschaffen, dass es einige der Geschädigten als Zeugen vernimmt (oder deren Aussagen auf andere Art und Weise in die Hauptverhandlung einführt) und aus deren Angaben zum Vorliegen eines Irrtums indiziell auf einen Irrtum bei anderen Geschädigten schließt.

6. Weil in derartigen Fällen regelmäßig ein gegenüber dem Erfolgsonrecht besonders gesteigertes Handlungsunrecht vorliegt, ist es für die Strafzumessung nicht immer von entscheidender Bedeutung, ob es bei (einzelnen) Betrugstaten zur Vollendung kommt oder mangels Irrtums des Getäuschten oder wegen fehlender Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung beim Versuch bleibt. Wenn die Taten eine derartige Nähe zur Tatvollendung aufweisen, dass es vom bloßen Zufall abhängt, ob die Tatvollendung letztlich doch noch am fehlenden Irrtum des Tatopfers scheitert, kann das Tatgericht unter besonderer Berücksichtigung der versuchsbezogenen Gesichtspunkte auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der Tatumstände des konkreten Einzelfalls zum Ergebnis gelangen, dass jedenfalls die fakultative Strafmilderung gemäß § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu versagen ist (BGH NSTz 2013, 422, 424).

7. Zu den Anforderungen an die Verfahrensrüge der rechtsfehlerhaften Ablehnung von Beweisanträgen in diesen Fällen.

23. BGH 5 StR 107/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (BGH)

Zum Rauchen bestimmte synthetische Cannabinoide als Tabakerzeugnisse; Anfrageverfahren.

§ 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG, § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 VTabakG; § 132 Abs. 2 GVG

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass beim Vertrieb von zum Rauchen bestimmten Kräutermischungen, die zur Tatzeit nicht als Betäubungsmittel definierte Cannabinoide enthalten, eine Strafbarkeit wegen gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe (§ 52 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 VTabakG) in Betracht kommt.

2. Er sieht sich hieran aber durch Entscheidungen des 2. bzw. des 3. Strafsenats gehindert und fragt daher bei diesen Senaten an, ob diese an ihrer entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten.

59. BGH 1 StR 219/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Mannheim)

Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerbetrug; Umsatzsteuerkarussell, missing trader, fehlendes Recht zum Vorsteuerabzug, Missbrauchsverbot des Unionsrechts, Einbindung als buffer mit Eventualvorsatz; untauglicher Versuch; Berechnungsdarstellung).

§ 370 AO; § 15 StGB; § 15 UStG; § 261 StPO

1. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG kann ein Unternehmer die gesetzlich geschuldete Steuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die von einem anderen Unternehmer für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, abziehen. Die Ausübung des Vorsteuerabzugs setzt dabei

voraus, dass der Unternehmer eine nach §§ 14, 14a UStG ausgestellte Rechnung besitzt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Vorsteuerabzug dann zu versagen, wenn der Steuerpflichtige – im unionsrechtlichen Sinne – selbst eine Steuerhinterziehung begeht oder wenn er wusste oder hätte wissen müssen, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligt, der in eine Mehrwertsteuerhinterziehung einbezogen ist und er deswegen als an dieser Hinterziehung Beteiligter anzusehen ist. Für die Frage, wann die Voraussetzungen für den Vorsteuerabzug vorliegen müssen, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Abgabe der Steueranmeldung an, in welcher der Vorsteuerabzug vorgenommen wird. Vielmehr ist ein Vorsteuerabzug gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG dann zulässig, wenn dessen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Ausführung der Lieferungen bzw. sonstigen Leistungen vorgelegen haben. Eine einmal bestehende Berechtigung zum Vorsteuerabzug entfällt auch nicht etwa deshalb nachträglich wieder, weil der Unternehmer später von Umständen Kenntnis erlangt, die einem Vorsteuerabzug entgegengestanden hätten, wenn er sie bereits beim Bezug der Waren gekannt hätte (BGH NSTz 2014, 331, 334).

2. Anforderungen an die Beweiswürdigung hinsichtlich des Verdachts, der liefernde Unternehmer habe bereits bei Abschluss der Geschäfte mit den „missing trader“ die Einbindung ihrer Firmen in ein Umsatzsteuerkarussell billigend in Kauf genommen.

58. BGH 1 StR 219/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Mannheim)

Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerbetrug; Umsatzsteuerkarussell, missing trader, fehlendes Recht zum Vorsteuerabzug, Missbrauchsverbot des Unionsrechts, Einbindung als buffer mit Eventualvorsatz; untauglicher Versuch).

§ 370 AO; § 15 StGB; § 15 UStG; § 261 StPO

1. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG kann ein Unternehmer die gesetzlich geschuldete Steuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die von einem anderen Unternehmer für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, abziehen. Die Ausübung des Vorsteuerabzugs setzt dabei voraus, dass der Unternehmer eine nach §§ 14, 14a UStG ausgestellte Rechnung besitzt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Vorsteuerabzug dann zu versagen, wenn der Steuerpflichtige – im unionsrechtlichen Sinne – selbst eine Steuerhinterziehung begeht oder wenn er wusste oder hätte wissen müssen, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligt, der in eine Mehrwertsteuerhinterziehung einbezogen ist und er deswegen als an dieser Hinterziehung Beteiligter anzusehen ist. Für die Frage, wann die Voraussetzungen für den Vorsteuerabzug vorliegen müssen, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Abgabe der Steueranmeldung an, in welcher der Vorsteuerabzug vorgenommen wird. Vielmehr ist ein Vorsteuerabzug gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG dann zulässig, wenn dessen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Ausführung der Lieferungen bzw. sonstigen Leistungen vorgelegen haben. Eine einmal bestehende Berechtigung zum Vorsteuerabzug entfällt auch nicht etwa deshalb nachträglich wieder, weil der Unternehmer später von Umständen Kenntnis erlangt, die einem Vorsteuerabzug entgegengestanden hätten,

wenn er sie bereits beim Bezug der Waren gekannt hätte (BGH NStZ 2014, 331, 334).

2. Anforderungen an die Beweiswürdigung hinsichtlich des Verdachts, der liefernde Unternehmer habe bereits bei Abschluss der Geschäfte mit den „missing trader“ die Einbindung ihrer Firmen in ein Umsatzsteuerkarussell billigend in Kauf genommen.

33. BGH 1 StR 267/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Berlin)

Schmuggel (Verhältnis zur Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall: Spezialität, Strafraumen bei gleichzeitiger Verwirklichung).

§ 373 AO aF; § 373 AO nF; § 370 Abs. 3 AO aF

1. Bei Schmuggel gemäß § 373 AO handelt es sich um einen Qualifikationstatbestand, der den Grundtatbestand des § 370 AO verdrängt (vgl. BGH, NStZ 2012, 637). Dies gilt für vor dem 1. Januar 2008 begangene Taten trotz unterschiedlicher Strafandrohungen auch dann, wenn zugleich die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung gemäß § 373 Abs. 3 AO aF gegeben sind. Der Umstand, dass § 373 AO in seiner bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung einen Strafraumen von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsah, während § 370 Abs. 3 AO aF für einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren androhte, lässt das konkurrenzrechtliche Verhältnis zwischen § 373 AO und § 370 AO unberührt (vgl. im weiteren Sinne auch § 12 Abs. 3 StGB).

2. Für vor dem 1. Januar 2008 begangene Taten gemäß § 373 AO aF, bei denen zugleich die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 AO aF verwirklicht sind, ist die Strafe dem Strafraumen des § 370 Abs. 3 AO aF zu entnehmen. Denn es wäre sinnwidrig, diesen Strafraumen nur deshalb nicht zur Anwendung zu bringen, weil zum Grundtatbestand zusätzlich ein Merkmal, das die Tat als Schmuggel qualifiziert hinzukommt.

3. Dagegen besteht für nach dem 31. Dezember 2007 begangene Taten nach Anhebung des Strafraumens des Schmuggels auf Freiheitsstrafe von sechs

Monaten bis zu zehn Jahren für einen Rückgriff auf den Strafraumen des § 370 Abs. 3 AO kein Bedürfnis mehr.

39. BGH 1 StR 78/14 – Urteil vom 21. Oktober 2014 (LG Würzburg)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des gefährlichen Gegenstands: Zweckbestimmung des Täters, Begründung im Urteil); staatliche Tatprovokation (kein Verfahrenshindernis; Anforderungen an die Revisionsbegründung); Verfahrensrüge (Begründung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter den bei der Tatbegehung mit sich geführten Gegenstand, wenn es sich bei diesem nicht um eine Schusswaffe handelt, zur Verletzung von Personen bestimmt hat. Um dieses Qualifikationsmerkmal zu verwirklichen, bedarf es einer darauf gerichteten Zweckbestimmung des Täters (vgl. BGH NStZ 2011, 98).

2. Eine solche Zweckbestimmung muss grundsätzlich vom Tatrichter näher festgestellt und begründet werden. Solche näheren Feststellungen zur Zweckbestimmung durch den Täter sind nicht erforderlich, wenn es sich bei dem mitgeführten Gegenstand um eine sogenannte gekorene Waffe i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2b WaffG („tragbare Gegenstände“) handelt; bei derartigen Waffen liegt die Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen ohne weitere Feststellungen regelmäßig auf der Hand (vgl. BGH StV 2013, 704).

3. Sollen nicht aus den Urteilsgründen ersichtliche Umstände eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation begründen, bedarf es der Erhebung einer den Anforderungen von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Verfahrensrüge (vgl. BGH NStZ 2001, 53).

4. Um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, müssen die den behaupteten Verfahrensmangel begründenden Tatsachen so genau und vollständig mitgeteilt werden, dass das Revisionsgericht im Sinne einer vorweggenommenen Schlüssigkeitsprüfung ohne Rückgriff auf die Akten beurteilen kann, ob der geltend gemachte Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (vgl. BGH NStZ 2013, 672).

Änderungen des Geschäftsverteilungsplans (§ 21e Abs. 3 S. 1 GVG) und Beschleunigungsgrundsatz

Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 7. Januar 2014 – 5 StR 613/13 (= HRRS 2014 Nr. 178) und zu BGH, Beschluss v. 10. Juli 2013 – 2 StR 116/13 (= HRRS 2013 Nr. 934)

Von Prof. Dr. Christoph Sowada, Greifswald

Das verfassungsrechtlich in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Prinzip des gesetzlichen Richters gehört zu den Grundpfeilern des Rechtsstaats. Es zählt zu den „schützenden Formen“ des Strafprozesses¹ und dient der Vermeidung jeglicher manipulativer Einflussnahme, indem die zur Entscheidung einer Rechtssache berufenen Personen gleichsam „blindlings“², d.h. anhand eines im Voraus festgelegten Systems abstrakt-genereller Normen bestimmt werden. Der tatsächliche Wert dieses Verfassungsprinzips (bildhaft gesprochen: die Höhe und die Festigkeit des Schutzwalls) ergibt sich vor allem aus dem Zusammenwirken von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft bei der Ausgestaltung und Interpretation der dieses Postulat ausfüllenden Regelungen. Insoweit haben Rechtsprechungsänderungen, die in diesem Bereich über eine bloße Einzelfallentscheidung hinausgehen, zugleich eine die Verfassungswirklichkeit mitgestaltende Wirkung. Vor diesem Hintergrund verdienen zwei aktuelle Entscheidungen des 5.³ und des 2. Strafsenats⁴ des BGH Aufmerksamkeit, die als Konsolidierung einer neuen Feinjustierung erscheinen. Zusätzliches Interesse beanspruchen die Judikate deshalb, weil in ihnen das Spannungsverhältnis zwischen dem Justizgrundrecht des gesetzlichen Richters und dem überwiegend auch verfassungsrechtlich abgeleiteten Beschleunigungsgebot in Strafverfahren⁵ (insbesondere in Haftsachen) zum Ausdruck kommt.

¹ Vgl. *Eb. Schmidt* ZStW 65 (1953), 161, 170 ff.

² Zur sog. „Blindlingstheorie“ vgl. näher *Sowada*, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren* (2002), S. 198 ff.

³ Beschluss v. 7. Januar 2014 – 5 StR 613/13 = HRRS 2014 Nr. 178 = NSTZ 2014, 287 = StV 2014, 267 = StraFo 2014, 121 mit Anm. *Grube*. Eine weitere Anmerkung zu dieser Entscheidung liefert *Sättele* FD-Strafrecht 2014, 355208.

⁴ Beschluss v. 10. Juli 2013 – 2 StR 116/13 = HRRS 2013 Nr. 934 = NSTZ 2014, 226 = StV 2014, 6 = StraFo 2013, 470.

⁵ Vgl. hierzu den Überblick bei *Beulke*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO* (2014), Einl. Rn. 65 ff.; ferner *Krehl/Eidam* NSTZ 2006, 1 ff. Vgl. ferner zum Grundsätzlichen *Degener*, FS Dencker (2012), S. 23 ff.; *Paeffgen* GA 2014, 275 ff. und *Pfeiffer*, FS Baumann (1992), S. 329 ff. sowie monografisch *Baumanns*, *Der Beschleunigungsgrundsatz im Strafverfahren* (2011).

I. Verfassungsrechtlicher Hintergrund und einfachgesetzliche Ausgangslage

Für die Bestimmung des Entscheidungsträgers bildet die gerichtsinterne Geschäftsverteilung einen besonders sensiblen Bereich. Das formelle Gesetz als klassisches Instrument einer abstrakt-generellen Regelung vermag die Richter-Fall-Zuordnung nur bis zum Eingang der sachlich und örtlich zuständigen Gerichtsanstalt (ggf. unter Angabe einer funktionellen Spruchkörperbezeichnung, z.B. das Schwurgericht des Landgerichts X) zu steuern. Das letzte Teilstück des Zuweisungsvorgangs, die funktionelle Zuständigkeit, liegt innerhalb des Gerichts und ist prinzipiell besonders manipulationsanfällig, weil hier die einzelnen Fälle und die konkreten Entscheidungspersonen zusammengeführt werden. Ein prozedurales Element zur Minimierung der Manipulationsgefahren besteht darin, dass die gerichtsinterne Verteilung der zu erledigenden Aufgaben nicht durch einen Akt der Exekutive erfolgt, sondern dem Präsidium als einem in richterlicher Unabhängigkeit handelnden Kollegialorgan übertragen ist (§ 21e Abs. 1 GVG). Daneben sollen inhaltliche Gestaltungsgrundsätze⁶ gewährleisten, dass auch der (im Vergleich zu einem starren förmlichen Gesetz „geschmeidigere“) Geschäftsverteilungsplan dem von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geforderten Maß an Abstraktheit und Bestimmtheit entspricht. Eine wesentliche Stabilisierungsfunktion kommt hierbei auch dem Stetigkeitsgrundsatz mit den flankierenden Aspekten des Jährlichkeits- und des Vorauswirkungsprinzips zu. Mittels dieser Vorkehrungen soll sichergestellt werden, dass zu Beginn eines Kalenderjahres alle während dieses Zeitraums anfallenden Rechtsgeschäfte im Vorhinein nach allgemeinen abstrakt-generellen Regelungen („blindlings“) auf die einzelnen in ihrer personellen Zusammen-

⁶ Vgl. zu den Grundsätzen der innergerichtlichen Geschäftsverteilung *Kissel/Mayer*, GVG, 7. Aufl. (2013), § 21e GVG Rn. 78 ff. (92, 94 ff.); *SSW-StPO/Spiess* (Fn. 5), § 21e GVG Rn. 6; *Zimmermann*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. Aufl. (2013), § 21e GVG Rn. 10 ff.

setzung feststehenden Spruchkörper verteilt werden.⁷ Um auf die immer wieder eintretenden nicht vorhersehbaren Ereignisse und Entwicklungen im Geschäftsbetrieb eines Gerichts angemessen reagieren zu können, gestattet § 21e Abs. 3 GVG unter den dort genannten eng begrenzten vier Voraussetzungen (Überlastung, ungenügende Auslastung, Richterwechsel oder dauernde Verhinderung einzelner Richter) eine Ausnahme von der mit dem Jährlichkeits- und Stetigkeitsprinzip statuierten Veränderungssperre.⁸ Mit dieser Option verbinden sich – gerade auch im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz – unterschiedliche Fragen: Wann berechtigen die Probleme einer zeitnahen Terminierung überhaupt zu einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes? Wie frei ist das Präsidium bezüglich der Umverteilung der Geschäfte? Anhand welchen Maßstabes überprüft das Revisionsgericht die vorgenommenen Änderungen?

II. Die aktuellen Entscheidungen

1. Der Beschluss 5 StR 613/13 vom 7. Januar 2014

Im Fall des 5. Strafsenats hatte das Präsidium des LG Kiel am 13. Dezember 2012 im Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2013 die mit Schwurgerichtssachen befasste 8. große Strafkammer um die Zuständigkeit für Jugendschutzsachen entlastet. Als Reaktion auf die Überlastungsanzeige des Vorsitzenden dieser Strafkammer vom 28. Dezember 2012 bildete das Präsidium durch Beschluss vom 22. Januar 2013 die 33. große Hilfsstrafkammer, der sämtliche im Januar 2013 bei der 8. großen Strafkammer eingegangenen oder noch eingehenden erstinstanzlichen Schwurgerichtssachen zugewiesen wurden. Von dieser Maßnahme war – da keine weiteren Anklagen bis zum Monatsende eingingen – nur die eine (am 2. Januar 2013 anhängig gewordene) Strafsache betroffen, die Gegenstand der Revision wurde; in diesem Verfahren hatte die zehntägige Hauptverhandlung am 25. April 2013 begonnen. Nachdem der Besetzungseinwand gemäß § 222b Abs. 1 StPO erfolglos geblieben war, führte die auf § 338 Nr. 1 lit. b StPO gestützte Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung.

2. Der Beschluss 2 StR 116/13 vom 10. Juli 2013

Zum Prozessgeschehen in diesem Fall teilt der 2. Strafsenat mit, dass der Vorsitzende Richter der nach dem Geschäftsverteilungsplan zuständigen 6. großen Strafkammer des LG Aachen mit Verfügung vom 12. Juli 2012 die Zustellung der am 2. Juli 2012 erhobenen Anklage veranlasst hatte. Sechs Tage später stellte das Präsidium unter näherer Darlegung der Terminlage in einem Vermerk fest, dass die 6. große Strafkammer Probleme habe, alle bei ihr anhängigen Haftsachen zeitnah zu verhan-

deln. Zugleich beschloss das Präsidium, dass die in der Zeit vom 1. Juli 2012 bis zum Ablauf des Beschlusstages eingegangenen oder eingehenden Anklagen (und Anträge in Sicherheitsverfahren gemäß § 413 StPO) in die Zuständigkeit der 1. großen Strafkammer fallen, soweit die Strafsachen nicht bis zum Vortag eröffnet oder durch eine verfahrensbeendende Entscheidung erledigt worden waren. Daraufhin wurde – beginnend am 4. September 2012 – die auf fünf Verhandlungstage terminierte Hauptverhandlung vor der 1. großen Strafkammer durchgeführt. Die Besetzungsrüge der Verteidigung wies die Strafkammer unter Hinweis auf den Vermerk des Präsidiums mit der Begründung zurück, dass die 1. große Strafkammer als einzige Kammer in der Lage gewesen sei, innerhalb des § 121 StPO mit der Hauptverhandlung zu beginnen. Auch in diesem Verfahren war die auf die Besetzungsrüge (§ 338 Nr. 1 StPO) gestützte Revision erfolgreich.

3. Die „neue Linie“ der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die Bedeutung der beiden Beschlüsse liegt vor allem darin, dass der 2. und der 5. Strafsenat hiermit auf einen Kurs einschwenken, den der 3. Strafsenat des BGH⁹ im Jahre 2009 in Anlehnung an die (Kammer-)Rechtsprechung des BVerfG¹⁰ eingeschlagen hat.

a) Vollumfängliche Revisionsprüfung statt bloßer Willkürkontrolle

aa) Die praktisch bedeutsamste Änderung liegt darin, dass der BGH die revisionsgerichtliche Kontrolle bezüglich der Änderungen des Geschäftsverteilungsplans verschärft hat. So hatte der 3. Strafsenat des BGH¹¹ in einem Urteil aus dem Jahr 1999 noch hervorgehoben, dass der Nachprüfung des Revisionsgerichts bezüglich der Aufstellung und Abänderung der Geschäftsverteilung Grenzen gezogen seien, die aus der eigenverantwortlichen Stellung des Präsidiums und der Notwendigkeit flexibler, an die konkrete Situation angepasster Regelungen resultierten. Deshalb sei dem Präsidium ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Feststellung einer vorübergehenden Überlastung zuzubilligen, der mit der Einrichtung einer Hilfsstrafkammer abgeholfen werden dürfe. Ein durchgreifender Rechtsmangel sei allenfalls dann gegeben, wenn offen zu Tage liege, dass die Mehrbelastung

⁷ Remus, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 5. Aufl. (2013), § 21e GVG Rn. 34. Dieses Regelungsmodell wird durch die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung (§ 21g GVG) ergänzt.

⁸ BGHSt 44, 161, 168 ff.; Kissel/Mayer (Fn. 6), § 21e GVG Rn. 108 f.; Velten, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. IX (GVG), 4. Aufl. (2013), § 21e GVG Rn. 36; s. auch BVerfGE 95, 322, 331 f.

⁹ Urteil v. 9. April 2009 – 3 StR 376/08 = BGHSt 53, 268 = HRRS 2009 Nr. 530 = NStZ 2009, 651 = StV 2010, 290; s. zu dieser Entscheidung auch Gubitzi/Bock NStZ 2010, 190 ff.; Winkler jurisPR-StrafR 21/2009 Anm. 1. Vgl. ferner BGH, Beschluss v. 4. August 2009 – 3 StR 174/09 = HRRS 2009 Nr. 983 = StV 2010, 294 und Beschluss v. 13. Januar 2010 – 3 StR 507/09 = HRRS 2011 Nr. 22 = StV 2010, 296 (in NStZ 2011, 157 ist der gerichtsverfassungsrechtlich relevante Teil der Entscheidung nicht abgedruckt).

¹⁰ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss v. 16. Februar 2005 – 2 BvR 581/03 = NJW 2005, 2689 ff.; zu den abstrakten Rechtsausführungen nahezu wortgleich BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss v. 18. März 2009 – 2 BvR 229/09 = HRRS 2009 Nr. 552 = NJW 2009, 1734 f.

¹¹ BGH NJW 2000, 1580, 1581 mit Anm. Katholnigg NStZ 2000, 443 f.

dauerhaft sei und daher die Entscheidung über die Bildung der Hilfsstrafkammer als objektiv willkürlich erscheine.¹² Diese höchstrichterliche Zurückhaltung führte dazu, dass in der Praxis solche Präsidiumsbeschlüsse vielfach nicht weiter begründet worden sind.¹³

Diese Sichtweise erfuhr eine Änderung durch einen Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG im Jahre 2005¹⁴. In dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Strafverfahren hatte das Präsidium des Landgerichts durch Beschluss vom 20.6.2002 die Überlastung der nach dem Geschäftsverteilungsplan an sich zuständigen 13. großen Strafkammer festgestellt und beschlossen, dass alle bei ihr in der Zeit vom 1. bis zum 14. Juni 2002 eingegangenen Strafsachen auf die 10. große Strafkammer übertragen werden. Von dieser Entscheidung war ausschließlich das angegriffene Verfahren betroffen. Während der BGH die Revision noch als offensichtlich unbegründet gemäß § 349 Abs. 2 StPO verworfen hatte, beurteilte das BVerfG die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter als offensichtlich begründet. Zwar beanstandete das BVerfG die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind.¹⁵ Vorliegend gehe es aber nicht um die fehlerhafte Auslegung oder Anwendung einer Zuständigkeitsregel, sondern um die Verfassungsmäßigkeit der der Rechtsanwendung zugrunde liegenden Regelung im Geschäftsverteilungsplan. Insoweit gelte ein jede Rechtswidrigkeit umfassender Kontrollmaßstab des BVerfG. Konkret sei weder nachvollziehbar, ob eine zur Änderung des Geschäftsverteilungsplans berechtigte Überlastung tatsächlich bestand noch warum es sachgerecht gewesen sein könnte, gerade nur dieses eine (auch ohne Geständnis nach dreitägiger Hauptverhandlung erledigte) Verfahren nachträglich einer anderen Kammer zuzuweisen. Bei dieser Ausgangslage komme es auf die weitere Frage, ob die verdeckte Einzelzuweisung zudem wegen des Verstoßes gegen das Abstraktionsprinzip unzulässig gewesen sei, nicht mehr an (vgl. zu diesem Problemaspekt unten zu 5.b).

Im Anschluss hieran hat der 3. Strafsenat des BGH im Jahr 2009 diese Änderung in den strafprozessualen Kontext übertragen: Die Umverteilung bereits anhängiger Verfahren richte sich – über eine reine Willkürprüfung hinausgehend – auf jegliche Rechtswidrigkeit der nachträglichen Zuständigkeitsänderung; denn es liege auf der Hand, dass der fachgerichtliche Kontrollmaßstab nicht hinter dem vom BVerfG angelegten zurückbleiben könne.¹⁶

bb) Dieser nun auch von dem 2. und dem 5. Strafsenat übernommene Kurswechsel hat im Schrifttum zu Recht Beifall gefunden.¹⁷ Zwar betreffen die einschlägigen Ent-

scheidungen nur Fälle, in denen die Änderung des Geschäftsverteilungsplans (auch) zur Umverteilung bereits anhängiger Strafsachen führte.¹⁸ Dennoch ist die gleiche Kontrolldichte auch angezeigt, wenn das Präsidium auf eine Überlastung ausschließlich mit in die Zukunft wirkenden Zuständigkeitsverschiebungen reagiert. Denn jede Änderung des Geschäftsverteilungsplans bedeutet eine prinzipiell erhöhte Manipulationsgefahr, weil die stabilisierende Wirkung des Jährlichkeitsprinzips wegfällt. Naturgemäß erhöht sich die Gefahrenlage beträchtlich, wenn eine Änderung der Zuweisung in Kenntnis konkret davon betroffener Einzelverfahren erfolgt. Doch schon die Unterschreitung des normalen Schutzniveaus sollte ein hinreichender Anlass sein, die Überprüfung nicht nur auf den Evidenzmaßstab der objektiven Willkür zu reduzieren.

Dass dieser Aspekt vom BGH nicht näher thematisiert wird, dürfte daran liegen, dass die Triebfeder für den eingeschlagenen Kurswechsel in der funktionalen Überlegung liegt, den Anschluss an den Prüfungsmaßstab des BVerfG zu wahren. In der Tat wäre es erkennbar sinnwidrig, im fachgerichtlichen Rechtszug Prüfungspunkte auszublenden, die dann erst auf verfassungsgerichtlicher Ebene zur Urteilsaufhebung führen würden. Ist insoweit ein Gleichziehen der Revisionsgerichte geboten, so ist darüber hinaus aber umgekehrt kritisch zu hinterfragen, ob die Revisionsgerichte überhaupt die Willkürformel als Instrument zur Prüfungsverengung für sich reklamieren dürfen. Das entspricht zwar (zumindest grundsätzlich) der herrschenden Meinung,¹⁹ ist aber äußerst zweifelhaft. Denn die Verengung auf eine bloße Willkürkontrolle ist bereits für sich genommen problematisch. Der Willkürmaßstab lässt sich nicht aus dem materiell-rechtlichen Gehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ableiten, sondern allenfalls mit der Überlegung rechtfertigen, das BVerfG dürfe nicht zum „Superrevisionsgericht“ werden, das jede Gerichtsentscheidung vollumfänglich auf ihre einfachgesetzliche Richtigkeit überprüft.²⁰ Den Revisionsgerichten obliegt nun aber gerade nicht nur die Einhaltung der Verfassung, sondern die Befolgung des einfachen Gesetzesrechts.²¹ Die Vollkontrolle, die aus Sicht des BVerfG funktionswidrig erschiene, ist für das Revisionsgericht somit gerade funktionsgemäß.²² Diese rechtsdogmatische Argumentation lässt sich auch rechtspolitisch abstützen:

§ 21e GVG Rn. 42. Weiterhin dem engeren Prüfungsmaßstab folgend (freilich ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit der neueren Judikatur) Franke, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 7 / Teil 2, 26. Aufl. (2013), § 338 Rn. 22; SSW-StPO/Spiess (Fn. 5), § 21e GVG Rn. 21.

¹⁸ Der 3. Strafsenat hat diesen Konnex auch relativ deutlich akzentuiert (BGHSt 53, 268, 275 f.; StV 2010, 294, 295; s. auch BGH, Beschluss v. 7. Februar 2007 – 2 StR 370/06 = HRRS 2007 Nr. 331 = NStZ 2007, 537 f.); die aktuellen Entscheidungen des 2. und des 5. Senats sind insoweit offener formuliert.

¹⁹ Vgl. zur Willkürformel in der strafgerichtlichen Rechtsprechung auch Böttcher, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 10 (GVG), 26. Aufl. (2010), § 16 GVG Rn. 26 ff.; Meyer-Götsner (Fn. 17), § 16 GVG Rn. 6; s. auch einschränkend Frisch, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. VII, 4. Aufl. (2014), § 338 Rn. 16 ff., 28.

²⁰ Näher hierzu Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (2000), S. 214 ff.; Sowada (Fn. 2), S. 206 ff., 213 ff.

²¹ Renzikowski JR 1999, 166, 167.

²² Sowada (Fn. 2), S. 232 f.

¹² BGH NJW 2000, 1580, 1581 m.w.N.

¹³ Winkler jurisPR-StrafR 21/2009 Anm. 1.

¹⁴ BVerfG (K) NJW 2005, 2689 ff.

¹⁵ BVerfG (K) NJW 2005, 2689, 2690.

¹⁶ BGHSt 53, 268, 275 f.

¹⁷ Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 192; Meyer-Götsner, StPO, 57. Aufl. (2014), § 21e GVG Rn. 25; SK-StPO/Velten (Fn. 8),

Wenn der BGH den vom BVerfG vorgenommenen Kontrollabbau übernimmt, wird der von Rechtsmitteln ausgehende „heilsame Druck“ geschwächt und es besteht tendenziell sogar die Gefahr kalkulierter Rechtsverstöße, bei denen die Akteure darauf vertrauen, dass ihr Handeln vom Revisionsgericht zumindest als nicht objektiv willkürlich „gehalten“ wird. Umgekehrt ist die Einschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfung umso eher akzeptabel, wenn die entsprechende strengere Kontrolle auf einer vorgelagerten Ebene vorgenommen wird.

b) Gesteigerte Dokumentationspflichten

Mit der Ausweitung des Prüfungsmaßstabes geht auch eine Verschärfung der Dokumentationspflichten einher. Der zur Änderung der Geschäftsverteilung führende Beschluss des Präsidiums muss grundsätzlich bereits zum Zeitpunkt der Präsidiumsentscheidung, spätestens aber bis zum Zeitpunkt eines Besetzungseinwands nach § 222b Abs. 2 StPO²³ so detailliert begründet sein, dass dem Revisionsgericht eine vollständige Rechtmäßigkeitsprüfung möglich ist.²⁴ Zur Erfüllung dieser Pflicht zur umfassenden, nachvollziehbaren Dokumentation empfiehlt es sich, bereits die Überlastungsanzeige schriftlich und detailliert zu begründen²⁵ und diese Gründe den Verfahrensbeteiligten (jedenfalls auf Verlangen) bekanntzumachen.²⁶ Insoweit handelt es sich nicht bloß um eine technische Notwendigkeit zur Durchsetzung der revisionsgerichtlichen Kontrolle, sondern zugleich um eine präventive Sicherung und um eine „vertrauensbildende Maßnahme“, bereits dem Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung entgegenzuwirken.²⁷ Dass die höchstrichterlichen Judikate die erhöhte Dokumentationspflicht stets im Zusammenhang mit einer (zumindest auch) bereits anhängig gewordene Strafsachen betreffende Umverteilung thematisieren,²⁸ sollte wiederum nicht als Beschränkung auf solche Konstellationen verstanden werden.²⁹ Abgesehen davon, dass die Durch-

brechung des Jährlichkeitsprinzips schon für sich genommen einen hinreichenden Anlass für ein genaues Hinsehen im Sinne eines „verfassungs- und einfachrechtlich problembewussten Entscheidungsprozesses“³⁰ bietet, lässt sich im Zeitpunkt der Überlastungsanzeige die hierauf folgende Reaktion des Präsidiums noch gar nicht absehen. Es wäre auch nicht plausibel, dass der Erfolg einer Revision in einer nach dem Änderungsbeschluss eingehenden Strafsache davon abhängen sollte, ob wegen der gleichzeitigen Umverteilung von „Altfällen“ strengere Dokumentationspflichten gelten sollen oder nicht.

4. Der hinreichende Anlass für eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans

Abgesehen von Fällen des vollständigen Fehlens einer rechtzeitigen Dokumentation kommen im Rahmen des § 21e Abs. 3 GVG zwei Anknüpfungspunkte für eine erfolgreiche Besetzungsrüge in Betracht: Zum einen kann es an einem hinreichenden Grund für eine nachträgliche Änderung des Geschäftsverteilungsplans fehlen, zum anderen kann die vom Präsidium konkret gewählte Maßnahme zu beanstanden sein (s. dazu 5.).

a) Das Merkmal der „Überlastung“ (§ 21e Abs. 3 GVG)

In den hier interessierenden Fällen einer Kollision mit dem Beschleunigungsgrundsatz ist für eine Planänderung im laufenden Geschäftsjahr das Merkmal der „Überlastung“ eines Spruchkörpers einschlägig. Eine solche ist gegeben, „wenn über einen längeren Zeitraum ein erheblicher Überhang der Eingänge über die Erledigungen zu verzeichnen ist, sodass mit einer Bearbeitung der Sachen innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht zu rechnen ist“³¹ und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahrs zurückgestellt werden kann³². In Übereinstimmung mit der Kammerrechtsprechung des BVerfG ist ferner anerkannt, dass eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans während des laufenden Geschäftsjahres insbesondere dann (nicht nur zulässig, sondern sogar) geboten sein kann, wenn nur auf diese Weise dem Verfassungsgebot der beschleunigten Behandlung von Strafsachen entsprochen werden kann.³³ Allerdings trete das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht vollständig hinter das Beschleunigungsgebot zurück; vielmehr beste-

²³ SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 42. In BGHSt 53, 268, 281 ff. wird ein Nachschieben von Gründen nach diesem Zeitpunkt „jedenfalls dann, wenn jede Dokumentation der Gründe für die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung bereits anderweit anhängiger Verfahren in deren Zuständigkeit unterblieben ist“, als unbeachtlich angesehen; ob eine nur punktuelle Ergänzung im Freibeweisverfahren möglich ist, lässt der Senat offen. Zur Einordnung dieser Entscheidung in den Kontext der Beweislast für Verfahrenstatsachen vgl. Schwabenbauer NStZ 2014, 495, 497.

²⁴ BGHSt 53, 268, 276 ff.; BGH StV 2014, 6, 7 (Rn. 17); BGH NStZ 2014, 287, 288 (Rn. 9).

²⁵ Winkler jurisPR-StrafR 21/2009 Anm. 1 (zu C.). Zum Umfang der Dokumentation vgl. Grube StraFo 2014, 123, 124 f.; SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 42.

²⁶ BGH StV 2010, 294, 295; Meyer-Göfner (Fn. 17), § 21e GVG Rn. 16b. Zu praktischen Schwierigkeiten aus Verteidigersicht Sättele FD-StrafR 2014, 355208.

²⁷ BGHSt 53, 268, 273; BGH StV 2010, 294, 295 im Anschluss an BVerfG (K) NJW 2005, 2689, 2690; 2009, 1734, 1735.

²⁸ Vgl. die in der vorigen Fn. angegebenen Nachweise; ferner BGH NStZ 2007, 537 f. S. auch oben zu Fn. 18.

²⁹ Dem neuen Kurs grundsätzlich zustimmend, aber eine Umverteilung bereits anhängiger Verfahren ablehnend Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 192; SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 40, 42 (s. auch a.a.O. Rn. 58). Ohne eine solche Einengung auch Diemer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. (2013), § 21e GVG, Rn. 15; Kissel/Mayer

(Fn. 6), § 21e Rn. 115; vgl. ferner LR/Breidling (Fn. 19), § 21e GVG Rn. 45.

³⁰ Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 191.

³¹ Allein hierauf abstellend BGH NStZ 2014, 287, 288; SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 38 (die den nachfolgend im Text genannten Aspekt aber a.a.O. Rn. 39 unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit einer Planänderung einbezieht).

³² BGHSt 53, 268, 271; BGH StV 2010, 294; 2014, 6, 7; KK-StPO/Diemer (Fn. 29), § 21e GVG Rn. 14; Meyer-Göfner (Fn. 17), § 21e GVG Rn. 14; vgl. auch Kissel/Mayer (Fn. 6), § 21e GVG Rn. 112.

³³ BVerfG (K) NJW 2005, 2689, 2690; 2009, 1734 f.; ebenso BGHSt 53, 268, 271; BGH StV 2010, 294, 295 (3. Senat); BGH StV 2014, 6, 7 (2. Senat) und BGH NStZ 2014, 287, 288 (5. Senat).

he ein Anspruch auf zügige Entscheidung gerade durch den gesetzlichen Richter.³⁴

Auch wenn dieser „hehre Anspruch“ auf eine „zügige Entscheidung durch den gesetzlichen Richter“ in Zeiten knapper Justizressourcen wie die „Quadratur des Kreises“ anmuten mag,³⁵ verdient die mit dieser Grundaussage erkennbar verbundene Botschaft Zustimmung. Zunächst geht es darum, dass das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter nicht in der Weise gegen den Beschleunigungsgrundsatz ausgespielt werden darf, dass bei sich bereits vor der Terminierung abzeichnender Überlänge des Verfahrens im Wege einer ad-hoc-Zuweisung ein geeignet erscheinender Spruchkörper gesucht und für zuständig erklärt werden dürfte. Dieser Aspekt betrifft die Frage, wie (nicht) reagiert werden darf. Darüber hinaus wird das Prinzip des gesetzlichen Richters tendenziell aber auch insoweit gestärkt, als nicht jeder (ggf. anderweitig zu kompensierende)³⁶ Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot zwingend eine Neuverteilung der Geschäfte auslöst. Denn zum Grundsatz des gesetzlichen Richters gehört der Gedanke der Stetigkeit, der – überdies mit Ausstrahlungswirkung auf zahlreiche weitere Fälle – preisgegeben würde, wenn permanent einzelfallbezogene Verzögerungen Zuständigkeitsveränderungen nach sich zögen. Nach einer zulässigen Änderung des Geschäftsverteilungsplanes sind die dann berufenen Entscheidungspersonen zwar die gesetzlichen Richter³⁷ (sodass also Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die Änderung nicht verletzt wird), doch eröffnet § 21e Abs. 3 GVG diesen Weg nur als Ausnahme unter der Voraussetzung, dass die (erhebliche) Überlastung diesen Schritt „nötig“ macht.

Damit sind die Schwierigkeiten freilich nicht behoben. Denn es bleibt die Frage, unter welchen Umständen eine Änderung der Geschäftsverteilung zulässig oder sogar geboten ist. An dieser Stelle ist von Interesse, dass manche Kommentatoren aus der richterlichen Praxis ungeachtet der Entscheidung BGHSt 53, 268 die Position des Präsidiums zu stärken trachten, indem sie auf Ermessens- und Beurteilungsspielräume verweisen.³⁸ Demgegenüber lassen die aktuellen Entscheidungen des BGH erkennen, dass mit dem Abrücken vom Willkürmaßstab durchaus eine Intensivierung der Kontrolle intendiert ist. Sowohl der 2. als auch der 5. Strafsenat nehmen (wie zuvor auch schon die Kammer des BVerfG)³⁹ die Verfahrenslage des als überlastet angesehenen Spruchkörpers

eingehend unter die Lupe und gelangen schließlich zu dem Ergebnis, dass eine solche Überlastung in concreto nicht hinreichend belegt sei.⁴⁰ Diese strengere Nachprüfung mag aus der Sicht der Präsidien lästig sein, weil sie ihr Tun von dem redlichen Bemühen getragen sehen, „den Laden überhaupt am Laufen zu halten“ und der normative Aspekt der vorbeugenden Manipulationsvermeidung dem beruflichen Selbstbild der handelnden Personen ohnehin eher fremd ist (da sie sich nicht als – sei es auch nur potenzielle – „Manipulateure“ sehen)⁴¹. Dennoch ist die Entscheidungsgrundlage durch eine detaillierte Dokumentation vermittelbar und damit auch einer Überprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich, ob eine Überlastung gegeben war, die eine Änderung der Geschäftsverteilung nötig gemacht hat. Größere Entscheidungsspielräume aufgrund einer besonderen Nähe zu den jeweiligen Gegebenheiten sind erst hinsichtlich der Frage anzuerkennen, welche Maßnahmen zur Abwendung der Überlastung zu ergreifen sind. Insofern erscheint es durchaus angemessen, das Aufbrechen des Jährlichkeitsprinzips (= den Änderungsanlass) einem strengeren Kontrollregime zu unterwerfen als den Änderungsumfang. In diesem Zusammenhang kommt der Dauer und dem Umfang der Entlastungsmaßnahme eine indizielle Bedeutung für die Frage zu, ob es eines Eingreifens des Präsidiums tatsächlich bedurfte. Dies berührt sich mit dem (ebenfalls umfassender revisionsgerichtlicher Prüfung unterliegenden) Erfordernis, dass die Entlastungsmaßnahme geeignet sein muss, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen.⁴² Im „Kieler Fall“ berücksichtigt der 5. Strafsenat zudem, dass der Änderungsbeschluss bereits ca. drei Wochen nach dem Inkrafttreten des regulären Geschäftsverteilungsplans gefasst wurde und es deshalb einer „besonderen Begründung“ für eine „besonders dringlichen Notlage“ bedurft hätte.⁴³ Hierzu ist kritisch angemerkt worden, es sei kein rechtlicher Ansatzpunkt erkennbar, für „frühzeitige“ Änderungen verschärfte Maßstäbe aufzustellen, zumal eine überzeugende zeitliche Grenze kaum anzugeben sei.⁴⁴ Hieran ist richtig, dass allein die Tatsache, dass eine Überlastung bereits bei Aufstellung des regulären Geschäftsverteilungsplans hätte berücksichtigt werden können, eine spätere Änderung nicht ausschließt.⁴⁵ Dennoch kommt dem Umstand einer bereits erkannten (und insoweit bei Aufstellung der Geschäftsverteilung „eingepreisten“) Terminlage eine indizielle Bedeutung dafür zu, dass ohne eine nachhaltige Veränderung der Situation eine partielle Neuverteilung der Geschäfte nicht notwendig erscheint.

b) Spannungslage zu § 121 StPO

Einen wunden Punkt berühren die aktuellen Beschlüsse des BGH mit dem Spannungsverhältnis des § 21e Abs. 3

³⁴ Vgl. auch insoweit die in der vorigen Fn. angegebenen Nachweise.

³⁵ So *Grube StraFo* 2014, 123, 124.

³⁶ Vgl. *SSW-StPO/Beulke* (Fn. 5), Einl. Rn. 65 ff. (67 ff.); *KK-StPO/Fischer* (Fn. 29), Einl. Rn. 33 ff. (41 ff.).

³⁷ Deshalb (und im Interesse der Stetigkeit) besteht auch keine Pflicht zur Rückübertragung auf den ursprünglich zuständigen Spruchkörper nach Wegfall der Überlastung; BGH, Beschluss v. 3. August 2004 = (b. Becker) *NStZ-RR* 2006, 67 = *HRRS* 2004 Nr. 866; *Meyer-Goßner* (Fn. 17), § 21e GVG Rn. 14.

³⁸ Deutliche Distanz zu BGHSt 53, 268 bei *LR/Breidling* (Fn. 19), § 21e GVG Rn. 45 und *LR/Siolek* (Fn. 19), § 60 GVG Rn. 9 f.; s. auch *Kissel/Mayer* (Fn. 6), § 21e GVG Rn. 111 (krit. hierzu *Gubitz/Bock NStZ* 2010, 190, 191). Vgl. ferner *Niemöller StV* 1987, 311, 316 f.

³⁹ *BVerfG* (K) *NJW* 2005, 2689, 2690 f.

⁴⁰ *BGH NStZ* 2014, 287, 288 f.; *BGH StV* 2014, 6, 17 (Rn. 19 f.).

⁴¹ Vgl. zur „Manipulierung“ als Reizwort *Sowada* (Fn. 2), S. 87 f., 814 f.

⁴² Vgl. *BGHSt* 53, 268, 272; *BGH NStZ* 2014, 287, 288; *BGH StV* 2014, 6, 7; ebenso bereits *BVerfG* (K) *NJW* 2005, 2689, 2690; 2009, 1734.

⁴³ *BGH NStZ* 2014, 287, 289 (Rn. 12 f.).

⁴⁴ *Grube StraFo* 2014, 123, 124.

⁴⁵ *BGH NJW* 2004, 865 = *HRRS* 2004 Nr. 105 (in *BGHSt* 49, 29 nicht abgedruckt); *SK-StPO/Frisch* (Fn. 19), § 338 Rn. 23.

GVG zur oberlandesgerichtlichen Haftprüfung nach § 121 StPO. Nach Ansicht des 5. Strafsenats ist es „auch mit Blick auf das Gebot zügiger Verfahrensgestaltung grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn mit einer Verhandlung nicht vor Ablauf von vier Monaten nach ihrem Eingang bei einer großen Strafkammer begonnen wird“,⁴⁶ und für den 2. Strafsenat liegt es auf der Hand, dass die zwölfwägige Überschreitung des Beginns der Hauptverhandlung (nach der Berechnung des für die Haftprüfung zuständigen Oberlandesgerichts) keine den Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG rechtfertigende Verzögerung darstelle.⁴⁷ Es ist absehbar, dass diese Äußerungen an der Basis der Strafjustiz auf Unmut stoßen werden. Die Tatgerichte geraten hierdurch – gleichsam vor die Wahl zwischen „Pest“ und „Cholera“ gestellt – zwischen die Fronten; sie können sich aussuchen, ob Strafverfahren „platzen“, weil das Oberlandesgericht die Angeklagten auf freien Fuß setzt, oder ob sie zwar durchgeführt, die Urteile aber anschließend vom BGH aufgehoben werden, weil die sich an den Vorgaben des Oberlandesgerichts orientierende Änderung der Geschäftsverteilung beanstandet wird. Auch das zu „vorausgehendem Gehorsam“ bereite, um minutiöse Umsetzung der von den Kontrollinstanzen gemachten Vorgaben bemühte Präsidium gerät in einen Zangengriff, wenn die Kautelen nicht aufeinander abgestimmt sind; und der mehr oder weniger unverhohlene Rat des einen Kontrolleurs, die vom anderen vorgegebene Leitlinie „nicht so eng zu sehen“,⁴⁸ wird wohl kaum als hilfreich empfunden werden.⁴⁹ Den Präsidien der Instanzgerichte mag das „121er-Hemd“ näher sein als der (zeitlich und räumlich entferntere) „Revisions-Rock“. Aus ihrer Sicht wäre es gewiss einfacher, wenn der BGH die Orientierung an eine gefestigte Rechtsprechung des jeweiligen Oberlandesgerichts als hinreichende Grundlage für eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans akzeptieren würde. Eine derartige Angleichung ließe sich sogar mit dem Grundanliegen des § 21e Abs. 3 GVG in Einklang bringen, etwaige Manipulationsgefahren von vornherein zu minimieren. Denn die jeweilige OLG-Leitlinie böte einen vom konkreten Einzelfall abstrahierenden Maßstab. Dennoch spricht nicht nur der psychologische Aspekt des Selbstbewusstseins von Bundesrichtern dagegen, sich in die Abhängigkeit von einer oberlandesgerichtlichen Entscheidungspraxis zu begeben. Wichtiger ist, dass es sich im Rahmen des § 121 StPO stets um Einzelfallentscheidungen handelt, sodass die aus der Rechtsprechung des jeweiligen OLG-Senats herauszudestillierenden Maßstäbe lediglich den Charakter von Faustformeln und Orientierungshilfen haben.⁵⁰ Es ist auch keineswegs anzunehmen, dass alle Präsidien die Vorgaben in jedem Fall zum Anlass für Änderungen des Geschäftsverteilungsplans nehmen wollen (sie wollen nur nicht dafür „gerüffelt“ werden, wenn sie es tun). Letztlich geht es darum, das Recht auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem

verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.⁵¹ Diese Aufgabe ist zuvörderst dem Präsidium übertragen.⁵² Dass es sich hierbei unterschiedlichen Kontrolleuren ausgesetzt sieht, ist – zumal bei Binnenkonflikten innerhalb der Justiz – misslich, vermag aber an der Pflicht zur eigenverantwortlichen Abwägung nichts zu ändern. Dabei unterscheidet sich auch die Perspektive: Während das Präsidium im Rahmen des § 21e Abs. 3 GVG vorrangig die Belange des Gerichts (wenn auch unter Berücksichtigung der durch die Einzelverfahren gebildeten Geschäftslage) im Blick hat, steht für das Oberlandesgericht der (mit zunehmender Haftdauer an Bedeutung gewinnende) individuelle Freiheitsanspruch des Beschuldigten im Fokus.⁵³ Auch wenn dies von den Tatgerichten kaum als Trost empfunden werden wird: Vor der Möglichkeit, dass – wie auch immer man entscheidet – am Ende eine Kammer des BVerfG im Widerstreit zwischen Beschleunigungsinteresse und gesetzlichem Richter anders wertet, sind die Instanzen der Strafjustiz ohnehin nicht gefeit.⁵⁴ Der BGH würde seine Kompetenzen allenfalls dann überschreiten, wenn er seinerseits in Konkurrenz zu den Oberlandesgerichten Zeitvorgaben nennen würde, innerhalb derer Fristüberschreitungen unschädlich sein sollen. Der bloße Hinweis darauf, dass es keinen Grundsatz gebe, es müsste in jedem Fall binnen eines Monats nach Eingang des Verfahrens über dessen Eröffnung entschieden werden,⁵⁵ ist hiernach legitim. Die positiv formulierte Aussage, ein Beginn der Hauptverhandlung binnen vier Monaten nach ihrem Eingang sei „grundsätzlich nicht zu beanstanden“⁵⁶, ist demgegenüber (zumindest in stilistischer Hinsicht) problematischer. Immerhin lässt sie sich so interpretieren, dass der 4-Monats-Zeitraum als solcher aus BGH-Sicht nicht zu einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans zwingt. Bedenklicher wäre hingegen die „härtere“ (weil ggf. in eine offene Kollision zur OLG-Rechtsprechung führende) Lesart, eine derartige Verzögerung sei zur Begründung einer „Überlastung“ im Sinne des § 21e Abs. 3 GVG schlechterdings nicht geeignet (dieser Deutung baut freilich das Wort „grundsätzlich“ vor). Doch ungeachtet solcher feinsinniger Nuancen ist festzuhalten, dass sich erst in Zukunft herauskristallisieren muss, wie die scheinbare Großzügigkeit der BGH-Senate mit der strengeren Beurteilung der

⁴⁶ BGH NStZ 2014, 287, 289 im Anschluss an BGH StV 2014, 6, 7 f.

⁴⁷ BGH StV 2014, 6, 8.

⁴⁸ Vgl. auch kritisch zu einem „Ungehorsamsaufruf“ des BGH (freilich in einer anderen Konstellation) *Strate* NJW 2006, 1480 ff.

⁴⁹ Vgl. auch *Grube* StraFo 2014, 123, 124.

⁵⁰ *Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. II, 4. Aufl. (2010), § 121 Rn. 17d.

⁵¹ BVerfG (K) NJW 2005, 2689, 2690; 2009, 1734 f.; BGHSt 53, 268, 271; BGH StV 2014, 6, 7; BGH NStZ 2014, 287, 288.

⁵² Vgl. auch BGH StV 2014, 6, 8.

⁵³ Gegen einen strikten Gleichlauf von § 121 Abs. 1 StPO und § 21e Abs. 3 GVG lassen sich auch die Entscheidungen BGHSt 38, 43 ff. und BGH NJW 2000, 1580, 1582 anführen.

⁵⁴ Gerade zum Beschleunigungsgrundsatz gibt es „atmosphärische Störungen“ zwischen der Fachgerichtsbarkeit und der Kammerrechtsprechung des BVerfG; vgl. hierzu *Jahn* NJW 2006, 652 ff.; *U. Schmidt* NStZ 2006, 313 ff.; s. auch *Gaede* HRRS 2005, 409, 412 f. (jeweils zu Beschlüssen der 3. Kammer des Zweiten Senats, die wenige Monate zuvor mit der in NJW 2005, 2689 abgedruckten Entscheidung den Prozess zur Stärkung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG angestoßen hat). Zur Kammerrechtsprechung des BVerfG zum Beschleunigungsgrundsatz vgl. auch *SK-StPO/Paeffgen* (Fn. 50), § 121 Rn. 15a.

⁵⁵ BGH StV 2014, 6, 8.

⁵⁶ S. oben (zu) Fn. 46.

Oberlandesgerichte in Haftprüfungsentscheidungen⁵⁷ in Einklang zu bringen ist.⁵⁸

5. Zum Umfang der Planänderungen

Ein weiterer Problembereich betrifft die Frage, welche Maßnahmen das Präsidium zur Behebung der Überlastung eines Spruchkörpers gemäß § 21e Abs. 3 GVG beschließen darf. Soweit die aktuellen Entscheidungen des BGH bereits die hinreichende Darlegung eines Änderungsgrundes verneinen, war die Rechtsfolgenseite des Präsidiumsbeschlusses nicht mehr entscheidungserheblich. Gleichwohl lässt sich in Rechtsprechung und Schrifttum ein breites Meinungsspektrum zu diesem Fragenkreis aufzeigen.

a) Einrichtung einer Hilfsstrafkammer

Zu den Abhilfemaßnahmen gehört – neben der Zuweisung weiterer Richter an den überlasteten Spruchkörper oder einer Veränderung der Geschäftsverteilung – insbesondere die Einrichtung von Hilfsspruchkörpern für eine zeitlich begrenzte Dauer.⁵⁹ Zwar hat die prinzipielle Kritik an dieser Erscheinungsform in den letzten Jahren Anhänger gefunden,⁶⁰ und in der Tat ist das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für diese Spruchkörper misslich. Andererseits ist ein praktisches Bedürfnis für die Errichtung von Hilfsspruchkörpern anzuerkennen, und die Konstruktion als analog § 21e Abs. 3 GVG gebildete Sonderform der (Gruppen-)Vertretung erscheint zumindest möglich.⁶¹ Für die Aufgabenverteilung zwischen Haupt- und Hilfsspruchkörper gelten die allgemeinen Grundsätze,⁶² insbesondere also das Abstraktions- und das Bestimmtheitsprinzip. Soweit die Entlastung des Hauptspruchkörpers in der Weise erfolgt, dass künftig eingehende Strafsachen (nach allgemein festgelegten Kriterien) dem Hilfsspruchkörper zugewiesen werden, ergeben sich mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine Probleme. Schwierigkeiten bereitet die (nicht nur, aber vor allem bei der Aufgabenzuweisung an die Hilfsstrafkammer auftretende) Frage, ob und inwieweit auch bereits beim überlasteten Spruchkörper anhängige (und damit dem Präsidium bekannte) Strafsachen auf einen anderen (Hilfs-)Spruchkörper abgeleitet werden dürfen.

⁵⁷ Zur Kasuistik vgl. SSW-StPO/Herrmann (Fn. 5), § 121 Rn. 21 ff.; SK-StPO/Paeffgen (Fn. 50), § 121 Rn. 15b ff.; s. auch Hilger, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 4, 26. Aufl. (2007), § 121 Rn. 42 ff. und Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 4. Aufl. (2010), Rn. 932 ff.

⁵⁸ Kritisch insoweit Grube StraFo 2014, 123, 124.

⁵⁹ LR/Breidling (Fn. 19), § 21e GVG Rn. 47; KK-StPO/Diemer (Fn. 29), § 21e GVG Rn. 7, 14; Meyer-Gofßner (Fn. 17), § 21e GVG Rn. 16, 16a. Ausführlich zu Hilfsspruchkörpern Sowada (Fn. 2), S. 342 ff.

⁶⁰ Die Bildung von Hilfsstrafkammern wird de lege lata als unzulässig angesehen von SK-StPO/Degener (Fn. 8), § 60 GVG Rn. 10 f. und SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 57 f.; s. auch Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 192. Vgl. zur Kritik bereits Frisch NStZ 1987, 265 ff., 304 ff.

⁶¹ Vgl. BGHSt 31, 389, 394; 33, 303; Katholnigg, Straferichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. (1999), § 16 Rn. 2; Kissel/Mayer (Fn. 6), § 60 GVG Rn. 10 f.; Sowada (Fn. 2), S. 343 (m.w.N.).

⁶² BGHSt 15, 116, 117; LR/Breidling (Fn. 19), § 21e GVG Rn. 47 (m.w.N.).

b) Umverteilung bereits anhängiger Strafverfahren

aa) Die zur Umverteilung bereits anhängig gewordener Strafverfahren vertretenen Ansichten gehen weit auseinander. Während einige Stimmen im Schrifttum die Ableitung solcher Strafsachen ausnahmslos für unzulässig erachten,⁶³ betonen andere das Verbot der Einzelzuweisung, lassen aber die Umverteilung derartiger Verfahren zu, sofern die Regelung in dem Sinne generell gilt, als sie zugleich (jedenfalls möglicherweise) auch künftig eingehende Strafsachen erfasst.⁶⁴ Nach wiederum anderer Auffassung ist zur Wahrung des Beschleunigungsgrundsatzes im Ausnahmefall auch die ausschließliche Zuweisung bereits anhängiger Verfahren zulässig.⁶⁵ Auch die Rechtsprechung zu dieser Frage bietet ein uneinheitliches Bild. So sieht die 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG jedenfalls dann als gewahrt an, wenn die nicht auf sachwidrigen Gründen beruhende Neuregelung generell gilt, indem neben mehreren anhängigen Verfahren auch eine unbestimmte Vielzahl künftiger Fälle erfasst wird.⁶⁶ Ob auch die Ableitung ausschließlich bereits anhängiger Verfahren als „ultima ratio“ zu akzeptieren ist, wird hierbei ausdrücklich offengelassen, von der 2. Kammer desselben Senats hingegen bejaht.⁶⁷ Auf der Ebene des BGH hatte der 5. Strafsenat bereits im Jahre 1999 die Überleitung allein des mit der Revision angegriffenen Verfahrens als Entlastungsmaßnahme des Präsidiums gebilligt.⁶⁸ Das sich hierin spiegelnde grundsätzliche Vertrauen in die Tätigkeit des Präsidiums, dem keine allzu engen Fesseln angelegt werden sollten,⁶⁹ dürfte weiterhin die Grundeinstellung des Senats bilden, wenngleich im aktuellen Beschluss⁷⁰ die Zulässigkeit der Ableitung von ausschließlich bereits anhängigen Strafsachen an die Beachtung der vom 3. Strafsenat⁷¹ für derartige „Ausnahmefälle“ eingezogenen Sicherheitslinien (detaillierte Dokumentation, vollständige Rechtskontrolle und Geeignetheit zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs) gebunden wird. Deutlich zurückhaltender formuliert demgegenüber der 2. Strafsenat⁷², dass die Umverteilung unter den genannten Kautelen „jedenfalls“

⁶³ Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 191 f.; SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 40. Ebenso bereits Feiber MDR 1984, 676, 677 und Frisch NStZ 1987, 265, 267 (Fn. 27); s. aber auch ders. in SK-StPO (Fn. 19), § 338 Rn. 24.

⁶⁴ Katholnigg (Fn. 61), § 21e Rn. 9 a.E.; Reichl, Probleme des gesetzlichen Richters in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1994), S. 99 f. Ebenso wohl auch SK-StPO/Frisch (Fn. 19), § 338 Rn. 24.

⁶⁵ So SSW-StPO/Werner (Fn. 5), § 60 GVG Rn. 10. In der Sache ebenso Böttcher, in: Dölling/Duttge/Rössner, Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 21e GVG Rn. 7; LR/Breidling (Fn. 19), § 21e GVG Rn. 47; Meyer-Gofßner (Fn. 17), § 21e GVG Rn. 16a; Rappert, in: Radtke/Hohmann, StPO (2011), § 21e GVG Rn. 25; SSW-StPO/Spiess (Fn. 5), § 21e GVG Rn. 13.

⁶⁶ BVerfG NJW 2003, 345; 2005, 2689, 2690 (jeweils m.w.N.).

⁶⁷ BVerfG NJW 2009, 1734, 1735.

⁶⁸ BGHSt 44, 161, 165 ff. Vgl. ferner BGH, Beschluss v. 22. Mai 2007 – 5 StR 94/07 (juris-Rn. 8) = HRRS 2007 Nr. 764 (Rn. 11 f.).

⁶⁹ Vgl. auch unten (zu) Fn. 79.

⁷⁰ BGH NStZ 2014, 287, 288 f.

⁷¹ BGHSt 53, 268, 272 f., 275. S. auch BGH StV 2010, 294, 295 und StV 2010, 296.

⁷² BGH StV 2014, 6, 7; s. auch BGH NStZ 2007, 537 f.

dann zulässig ist, wenn die Neuregelung generell (also auch für künftige Fälle) gilt; ob es sich um eine „bedenkliche Zuweisung eines einzigen Verfahrens“ handelt, bleibt in concreto dahingestellt.⁷³

bb) Die zumindest zwischen den Zeilen erkennbaren Bewertungsunterschiede resultieren aus dem zunehmenden Grad der dem Prinzip des gesetzlichen Richters drohenden Gefährdung. Eben weil das Rechtssystem sich nicht von der Lauterkeit der handelnden Personen abhängig machen (und mit einem bloßen Manipulationsverbot begnügen) will, statuiert Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für Justitias Augenbinde Anlegezwang⁷⁴: Die „blindlings“ erfolgende Richterzuweisung bildet das verfassungsrechtliche Leitbild, weil sie manipulative Einflussnahmen von vornherein ausschließt. Ohne Frage erleidet dieses Sicherungssystem eine bedeutende Einbuße, wenn denjenigen, die die Verteilungsregel festlegen, zu diesem Zeitpunkt der Beschuldigte und der Verfahrensgegenstand bekannt sind. Diese Kenntnis kann – wie sich auch anhand konkreter Beispiele belegen lässt –⁷⁵ durchaus einen Anreiz bieten, nach Wegen zu suchen, dass der betreffende Fall bei den „richtigen“ Richtern landet. Die nachträgliche Zuweisung bereits anhängiger Verfahren unterschreitet mangels Vorauswirkung denknotwendig den „Blindlings-Standard“.⁷⁶ Dass die Zuteilung nach abstrakten Kriterien vorzunehmen ist, bewirkt keinen effektiven Schutz, weil eine etwaige Steuerungsabsicht leicht hinter scheinbaren Merkmalen versteckt werden kann.⁷⁷ Die Sicherungswirkung, die von einer Erstreckung auch in die Zukunft ausgeht, ist ebenfalls gering, wenn es sich insofern nur um einen vergleichsweise unbedeutenden „Beifang“ zu einer eigentlich intendierten Steuerung handelt.⁷⁸ Wie niedrig der durch die Zukunftswirkung errichtete Schutzwall ist, tritt auch in der Argumentation deutlich zutage, eine Erstreckung der Entlastungsmaßnahme auf künftig eingehende Fälle sei entbehrlich, weil sie wohl im Wesentlichen nur dazu gedient hätte, die Abstraktheit der neuen Geschäftsverteilung zu dokumentieren; man solle die Gerichte aber nicht zu derartigen übermäßigen und teilweise sinnlosen Entlastungsmaß-

nahmen zwingen.⁷⁹ Schließlich sollte auch der unbestreitbare Wert der Pflicht zur detaillierten Dokumentation angesichts der Möglichkeit apokrypher Begründungen nicht überschätzt werden.⁸⁰ Bei alledem geht es nicht darum, den Präsidien eine generelle Manipulationsabsicht zu unterstellen. Vielmehr ist ganz nüchtern zu konstatieren, dass das Postulat des gesetzlichen Richters darauf gerichtet ist, möglichst alle Ad-hoc-Zuweisungen durch ein normatives Zusammenwirken von Abstraktions- und Vorauswirkungsgrundsatz zu vermeiden. Dieses Schutzniveau wird bei der Umverteilung anhängig gewordener Sachen nicht erreicht.

Damit scheint die Auffassung Zustimmung zu verdienen, die jegliche Umverteilung anhängig gewordener Sachen als unzulässig ansieht. Diese Position besticht durch ihre Klarheit. Sie verhindert, dass das Postulat des gesetzlichen Richters in diesem Problembereich auf das Verbot einer (wenngleich hinter abstrakten Merkmalen versteckten) Einzelzuweisung reduziert wird und beharrt darauf, das strukturelle Element der Vorauswirkung im Interesse präventiver Manipulationsvermeidung zum Einsatz zu bringen. Überdies vermeidet sie eine weitere dogmatische Inkonsistenz der „großzügigeren“ Gegenansicht: Diese erhebt die Geeignetheit der Entlastungsmaßnahme zur (vom Revisions- und Verfassungsgericht vollumfänglich nachzuprüfenden) Voraussetzung für die Zulässigkeit einer sich (auch) auf anhängige Strafsachen erstreckenden Umverteilung.⁸¹ Damit wird der Umfang dieser Verfahren nicht nur gewürdigt, sondern praktisch zur maßgeblichen Bezugsgröße für die Umverteilung gemacht.⁸² Dies steht in einem (nirgends thematisierten) deutlichen Spannungsverhältnis dazu, dass in früheren Entscheidungen das Ausschuchen bestimmter Sachen anhand ihres Umfangs als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG angesehen wurde.⁸³

cc) Andererseits ist die Vorschrift des § 21e Abs. 4 GVG zu bedenken. Hiernach „kann“ das Präsidium anordnen, dass ein Richter oder Spruchkörper, der in einer Sache tätig geworden ist, für diese nach der Änderung der Geschäftsverteilung zuständig bleibt. Diese Regelung ist praktisch sinnvoll (weil sie Doppelbearbeitungen verhindert) und im Lichte des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unbedenklich, weil die Entscheider bereits vor der Änderung die gesetzlichen Richter waren.⁸⁴ Indem das Gesetz diese in das Ermessen des Präsidiums gestellte Möglichkeit eröffnet und überdies (jedenfalls nach seinem Wortlaut) an die einschränkende Voraussetzung der Tätigkeit in dieser Sache bindet, gibt es eindeutig zu erkennen, dass es prinzipiell auch einen Zuständigkeitswechsel für zulässig hält. Dieses Argument⁸⁵ ist im Schrifttum mit dem Hinweis zurückgewiesen worden, es sei „zu sehr dem

⁷³ Vgl. insoweit auch BGH (3. Strafsenat) StV 2010, 294, 296.

⁷⁴ Niemöller StV 1987, 311, 315.

⁷⁵ Grundsätzlich besonders manipulationsanfällig sind die erkennbar auf ein Gericht zulaufenden Großprozesse. Ein weiteres Beispiel bildet der seinerzeit heftig diskutierte Bestechungsprozess gegen den persönlichen Referenten des damaligen Bundeskanzlers, den Ministerialrat Dr. Kilb. Vgl. Kellermann, Probleme des gesetzlichen Richters (1971), S. 41 ff.; Sowada (Fn. 2), S. 257 ff.

⁷⁶ Theile, FS Heinz (2012), S. 892, 905.

⁷⁷ Gubitz/Bock NSTz 2010, 190, 192; Sowada (Fn. 2), S. 258 f., 360 f. Vgl. auch BGH NSTz 2007, 537, 538 = HRRS 2007 Nr. 331: „Die scheinbar abstrakte Bestimmung der auf die Hilfs-StrK übertragenen Sachen ... hatte ersichtlich allein die Funktion, nach außen den Eindruck zu vermeiden, es sei nur ein bestimmtes bereits anhängiges Verfahren übertragen worden.“ In jenem Fall war der den Zuständigkeitswechsel begrenzende Eingangszeitraum im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits abgelaufen. S. ferner BGHSt 44, 161, 166.

⁷⁸ Im Fall BGH NSTz 2014, 267 war im Beschlusszeitpunkt ebenfalls nur ein Verfahren aktuell betroffen; der Entlastungszeitraum reichte hier acht Tage in die Zukunft. Vgl. auch LR/Breidling (Fn. 19), § 21e GVG Rn. 46 (a.E.).

⁷⁹ BVerfG (K) NJW 2009, 1734, 1735. Zuvor hatte der 4. Strafsenat die Revision durch einen Beschluss (vom 18. März 2009 – 4 StR 331/08 = HRRS 2009 Nr. 204) gemäß § 349 Abs. 2 StPO verworfen. Der im Text wiedergegebene Gedanke findet sich bereits in BGHSt 44, 161, 167 f.

⁸⁰ Theile, FS Heinz (2012), S. 892, 905.

⁸¹ Vgl. hierzu die oben in Fn. 42 angegebenen Nachweise.

⁸² Vgl. BGHSt 44, 161, 168 sowie kritisch Sowada (Fn. 2), S. 361.

⁸³ BGHSt 7, 23, 25; KG StV 1981, 14.

⁸⁴ Kissel/Mayer (Fn. 6), § 21e GVG Rn. 149.

⁸⁵ Lückemann, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. (2012), § 21e GVG Rn. 44; Sowada (Fn. 2), S. 259.

Wortlaut verhaftet, der vielmehr verfassungsrechtlich zu reduzieren“ sei.⁸⁶ Eine solche Vorgehensweise, die gesetzgeberische Wertungen mit scheinbar leichter Hand vom Tisch zu wischen, weil sie eigenen, strengeren verfassungsrechtlichen Anschauungen widersprechen, verdient keinen Beifall. Grundsätzlich ist der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des sich aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ergebenden Verfassungspostulats berufen. Hierbei darf er in gewissen Grenzen auch widerstreitende Interessen (wie z.B. die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege) mit der Folge berücksichtigen, dass eine Vorschrift nicht bereits deshalb gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstößt, weil eine Regelung denkbar ist, die dem Ziel der präventiven Manipulationsvermeidung besser entspräche. Beispielhaft: Eine zwei- oder dreijährige Geltungsdauer des Geschäftsverteilungsplans würde dem Gedanken der Stetigkeit stärker Rechnung tragen als der Jährlichkeitsgrundsatz; dennoch wird wohl niemand aus diesem Grunde das Jährlichkeitsprinzip für verfassungswidrig erklären. Auch die Bildung von fakultativen, d.h. nicht bereits vom Gesetz vorgeschriebenen Spruchkörpern eröffnet prinzipiell die Möglichkeit einer gezielten Steuerung von Rechtsprechungsinhalten, ohne dass sich hieraus die Unzulässigkeit solcher Spruchkörper ableiten ließe. Wer also gegenüber gesetzlich normierten Regelungen oder bewusst zugelassenen Freiräumen den unmittelbaren Durchgriff auf das Verfassungsprinzip des gesetzlichen Richters vornehmen will, muss darlegen, dass die betreffende Frage entweder von der gesetzlichen Regelung nicht erfasst (oder diese einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich) ist oder dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung seinen Gestaltungsspielraum in verfassungswidriger Weise überschritten hat. Dies bedeutet einen engeren Maßstab als die Feststellung, dass eine andere Regelung im Lichte des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorzugswürdig erscheint. Insoweit ist zuzugeben, dass im Gesetz die Zulässigkeit der Umverteilung bereits anhängiger Strafsachen nicht explizit ausgesprochen ist. Allerdings ergibt sich diese Schlussfolgerung wenn auch nur indirekt, so aber doch recht eindeutig aus dem Regelungsgehalt des § 21e Abs. 4 GVG. Ist es wirklich noch eine verfassungskonforme Interpretation des Gesetzes oder doch schon eine Korrektur des Gesetzgebers, wenn man das „kann“ in dieser Vorschrift durch ein „muss“ ersetzt?

Dass sich die pauschale Berufung auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG schlecht als „Holzhammer“ eignet, zeigt sich für die hier interessierende Problematik auch daran, dass die Reichweite der „puristischen“ Linie nicht so recht klar ist. Die betreffenden Autoren⁸⁷ äußern sich konkret jeweils zu Änderungsbeschlüssen gemäß § 21e Abs. 3 GVG. Damit bleibt die Frage unbeantwortet, ob das Verbot der Umverteilung anhängiger Verfahren auch für die reguläre Jahresgeschäftsverteilung (§ 21e Abs. 1 GVG) gelten soll oder ob das Präsidium insoweit freier ist.⁸⁸

⁸⁶ Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 192; in der Sache entsprechend SK-StPO/Velten (Fn. 8), § 21e GVG Rn. 40.

⁸⁷ Vgl. die oben in Fn. 63 angegebenen Nachweise.

⁸⁸ Ferner ließe sich die (hier nicht näher zu erörternde) Frage aufwerfen, ob das rigorose Rückgriffsverbot in gleicher Strenge auch für Änderungen der spruchkörperinternen Geschäftsverteilung gelten soll; vgl. hierzu BayObLG NStZ-RR 2001, 49, 50.

Diese Frage ist insofern brisant, als einerseits eine auch anhängige Strafsachen erfassende Neuverteilung am Jahresbeginn bislang als unstrittig angesehen wurde.⁸⁹ Andererseits gelten die Defizite bezüglich der Abstraktheit und der Vorauswirkung auch gegenüber der regulären Geschäftsverteilung; denn auch hier ließe sich sagen, dass „Manipulationen Tür und Tor geöffnet werde“, wenn die Verteilung in Ansehung der konkret bekannten Fälle erfolgt und die wahren (manipulativen) Absichten durch scheingenerelle Merkmale geschickt kaschiert werden können.⁹⁰ Damit stehen die Anhänger eines Umverteilungsverbots allerdings vor der Alternative, entweder den Handlungsspielraum des Präsidiums auch bei der Aufstellung des Jahresgeschäftsverteilungsplanes deutlich einschränken oder erklären zu müssen, warum im Wesentlichen vergleichbare⁹¹ Gefährdungslagen zum Jahresbeginn hingenommen werden sollen, während sie im Rahmen eines Änderungsbeschlusses von Verfassungswegen (und in einer die Wertungen des einfachen Gesetzesrechts beiseite schiebenden Weise) strikt zu untersagen sind. Bevor man sich allzu leicht für die konsequente Strenge entscheidet, sollte man sich zumindest klar machen, dass man damit die Grundkonzeption des Jährlichkeitsprinzips modifiziert: Dass Geschäftsverteilungspläne auf die Dauer eines Jahres angelegt sind, bedeutet zum einen, dass sie nur unter eng begrenzten Ausnahmen vorzeitig abgeändert werden können. Zum anderen besagt dieser Grundsatz aber auch, dass die dort getroffenen Regelungen nur für ein Jahr gelten und das Präsidium somit einer zeitlich beschränkten Selbstbindung unterliegt.⁹² Ob ein zeitlich umfassendes, ausnahmslos geltendes Umverteilungsverbot wirklich zu überzeugen vermag (und überdies verfassungsrechtlich zwingend geboten erscheint), ist zu bezweifeln. Denn es lassen sich durchaus Konstellationen denken, in denen eine derartige Umverteilung unvermeidbar oder sachlich sinnvoll erscheint.⁹³ Wenn beispielsweise bei einem Gericht ein Spruchkörper wegfällt, wird man die bislang dort anhängigen Sachen notgedrungen umverteilen müssen. Aber auch wenn ein Spezialspruchkörper (z.B. für Verkehrs- oder BtM-Sachen) eingerichtet werden soll, erscheint es sinnvoll, wenn im Rahmen der Jahresgeschäftsverteilung die bei den übrigen Abteilungen oder Kammern anhängigen (jedenfalls noch nicht terminierten) Sachen bei dem neu eingerichteten Spruchkörper konzentriert werden. Der apodiktische Ausschluss jeglicher Umverteilung dürfte also zu weit greifen.

dd) Vor diesem Hintergrund lässt sich die eigene Position wie folgt umreißen: Der strengeren Position ist in ihrem Grundanliegen zuzustimmen, auf die ernststen Bedenken hinzuweisen, die gegenüber jeglicher Umverteilung be-

⁸⁹ Zöller/Lückemann (Fn. 85), § 21e GVG Rn. 44; s. auch BVerwG DÖV 1979, 299.

⁹⁰ Vgl. Gubitz/Bock NStZ 2010, 190, 192.

⁹¹ Zwar tritt bezüglich § 21e Abs. 3 GVG die Durchbrechung des Jährlichkeitsprinzips hinzu. Es erscheint jedoch fraglich, ob dieser zusätzliche Aspekt gegenüber dem Abstraktions- und dem Vorauswirkungsprinzip wirklich so schwer ins Gewicht fällt, dass er ein rigoroses Umverteilungsverbot für anhängige Sachen trägt. Dies gilt vor allem dann, wenn man den Änderungsanlass einer umfassenden Dokumentationspflicht und einer vollständigen Nachprüfbarkeit unterwirft.

⁹² Vgl. BVerwG DVBl. 1985, 574 ff.

⁹³ Vgl. Kissel/Mayer (Fn. 6), § 21e GVG Rn. 99.

reits anhängiger Strafverfahren im Lichte des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bestehen. Eine solche Umverteilung ist nicht deshalb (mit begleitenden Rahmenbedingungen: Dokumentation und Nachprüfung) zulässig, weil sie (im Vertrauen auf die Lauterkeit der Präsidien) doch relativ „harmlos“ ist, sondern sie ist allenfalls ausnahmsweise trotz der diesbezüglichen Gefahren für das Prinzip des gesetzlichen Richters hinzunehmen. Dies erfordert eine detaillierte Dokumentation und eine revisionsgerichtliche Kontrolle zu der Frage, ob eine für den Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters „schonendere“ Geschäftsverteilung möglich gewesen wäre. Hierbei sind die Prüfungsanforderungen umso strenger, je stärker sich die betreffende Regelung einer Einzelzuweisung annähert. Bezüglich der regulären Jahresgeschäftsverteilung erscheint es mit Blick auf das gesetzlich verankerte Jährlichkeitsprinzip vertretbar, dem Präsidium im Rahmen der Ausübung der revisionsgerichtlichen Kontrolle einen größeren Gestaltungsspielraum zuzubilligen, wenn die Regelung generell gefasst ist und auch in die Zukunft wirkt.⁹⁴ Das Verbot der (verkappten) Einzelzuweisung gilt aber ohne Frage auch hier.⁹⁵

Speziell zur Situation überlasteter Spruchkörper ist zu berücksichtigen, dass als Alternative zur Abnahme anhängiger Verfahren die Umverteilung künftiger Strafsachen in Betracht kommt. Der Umstand, dass die ausschließlich zukunftsgerichtete Entlastung nicht so schnell und effektiv greift wie die Ableitung von bereits anhängigen Strafsachen, ist unter Berücksichtigung der Belange des gesetzlichen Richters für sich allein (zumindest im Rahmen von Änderungsbeschlüssen) kein hinreichender Grund für eine Umverteilung bereits anhängiger Verfahren.⁹⁶ Immerhin sind Konstellationen denkbar, in denen es nicht allein um einen Ausgleich der Arbeitsbelastung zwischen den einzelnen Spruchkörpern geht. Es ist insbesondere nicht ausgeschlossen, dass in wenigen Ausnahmesituationen bei einer zugespitzten Überlastung die durch die „langsame Variante“ erzielbare Entlastung nicht ausreicht, um dem Beschleunigungsgebot mehrerer inhaftierter Beschuldigter angemessen Rechnung zu tragen. In derartigen (seltenen) Situationen ist die Ableitung anhängiger Verfahren (bei hinreichender Dokumentation und revisionsgerichtlicher Kontrolle) auch im Rahmen eines Änderungsbeschlusses ausnahmsweise zu akzeptieren.

Eine noch rigorosere Beurteilung ist hingegen bezüglich der Geschäftsverteilung zwischen dem überlasteten und einem neu eingerichteten Hilfsspruchkörper angezeigt.

Hier ist das Gefahrenpotenzial zusätzlich erhöht, weil die Aufgabenzuweisung mit der personellen Zusammensetzung des für die betreffenden Fälle zuständigen, nur vorübergehend gebildeten Entscheidungsgremiums zusammenfällt (und überdies nach überwiegend vertretener Ansicht⁹⁷ jedem auf Lebenszeit ernannten Richter der Vorsitz übertragen werden kann). Umgekehrt schlagen die gegen ein allgemeines Umverteilungsverbot sprechenden Gründe hier nicht nennenswert zu Buche, weil die Hilfsspruchkörper ohnehin nur in einer Analogie zu § 21e Abs. 3 GVG konstruiert werden können. Dann erscheint es aber durchaus als legitime verfassungskonforme Auslegung, wenn der Gegenschluss aus § 21e Abs. 4 GVG für dieses Gebilde angesichts der erhöhten Gefahrenlage nicht gezogen wird. Die aus dem Jährlichkeitsprinzip ableitbaren Freiräume betreffen ohnehin nur die reguläre Geschäftsverteilung. Aus diesen Gründen erscheint es geboten, im Verhältnis zum Hilfsspruchkörper von jeglicher Übertragung anhängiger Verfahren abzusehen und dem neu gebildeten Hilfsspruchkörper ausschließlich neu eingehende Sachen zuzuweisen.⁹⁸ Das gilt unabhängig davon, ob die Hilfsstrafkammer im Rahmen des Jahresgeschäftsverteilungsplans oder durch einen Änderungsbeschluss installiert wird.

III. Fazit und Ausblick

Als Ertrag der vorstehenden Überlegungen ist festzuhalten, dass die vom BGH nunmehr auf breiter Front vorgenommene Intensivierung der revisionsgerichtlichen Kontrolle von Änderungen des Geschäftsverteilungsplans und die damit verbundene Anhebung der Dokumentationspflichten Zustimmung verdienen. Auch das hiermit einhergehende partielle Abrücken von der Willkürformel ist als Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen. Obwohl die einschlägigen Judikate nur Fälle zum Gegenstand hatten, in denen es (zumindest auch) um die Umverteilung bereits anhängiger Strafsachen geht, sollte der neue Kurs nicht auf diese Konstellation beschränkt werden. Die Ableitung bereits anhängiger Strafverfahren auf einen anderen, bereits bestehenden Spruchkörper (nicht aber auf eine erst neu zur Entlastung eingerichtete Hilfsstrafkammer) ist unter engen Voraussetzungen (als „ultima ratio“) zulässig. Abzuwarten bleibt, wie unterschiedliche Maßstäbe zwischen der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung des BGH und der oberlandesgerichtlichen Haftprüfung gemäß § 121 StPO miteinander harmonisiert werden können.

⁹⁴ Vgl. *Kissel/Mayer* (Fn. 6), § 21e GVG Rn. 99; s. auch BVerwG NJW 1991, 1370, 1371; BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2011 – 4 BN 13/11 (juris) Rn. 16.

⁹⁵ BVerwG NJW 1984, 2961.

⁹⁶ Anders insoweit BGHSt 30, 371, 374; 44, 161, 165 f.

⁹⁷ BGHSt 31, 389; *Meyer-Goßner* (Fn. 17), § 21f GVG Rn. 12; a.A. *Kissel/Mayer* (Fn. 6), § 21f GVG Rn. 7; ausführlich und einschränkend *Sowada* (Fn. 2), S. 351 ff., 362.

⁹⁸ So bereits *Sowada* (Fn. 2), S. 361 f. m.w.N.

„Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – und als einziger!“ – Zuständigkeitskonzentrationen durch das europäische ne bis in idem bei beschränkt rechtskräftigen Entscheidungen

Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 5. Juni 2014
(EuGH C-398/12, M) = HRRS 2015 Nr. 1

Von Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), München

I. Einführung

Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen ne bis in idem (Art. 54 SDÜ, 50 GRC) ist „der“¹ Motor der Europäisierung der Strafrechtspflege. Während der EuGH 2013 mit *Åkerberg Fransson* Furore machte² und 2014 in *Spasic* das umstrittene Verhältnis des einfachrechtlichen Art. 54 SDÜ zum unionsgrundrechtlichen Art. 50 GRC klarstellte,³ bezog der Gerichtshof in *M* zu einer weiteren Frage Stellung: In welchem Umfang lösen verfahrensbeendende Entscheidungen, die im Entscheidungsmitgliedstaat lediglich in beschränkte Rechtskraft erwachsen,⁴ das europäische Doppelverfolgungsverbot aus? In welchem Umfang stehen also beschränkt rechtskräftige Entscheidungen einer weiteren Strafverfolgung in anderen Mitgliedstaaten entgegen? Während bislang im Schrifttum angenommen wurde, dass der durch Art. 54 SDÜ, 50 GRC vermittelte europaweite Strafklageverbrauch grundsätzlich nicht weitergehen könne als jener im Entscheidungsmitgliedstaat (hier sog. enge Auslegung),⁵ hat der EuGH – so deute ich dieses Urteil – in *M*

eine Gegen-, also eine hier sog. weite Auslegung geprägt: Auch lediglich beschränkt rechtskräftige Entscheidungen lassen dem Betroffenen den Schutz der Art. 54 SDÜ, 50 GRC vollumfänglich zuteilwerden. Auch lediglich beschränkt rechtskräftige Entscheidungen lösen mit anderen Worten ein vollumfängliches europaweites Weiterverfolgungsverbot in anderen Mitgliedstaaten aus.⁶ Allein dem Erstentscheidungsmitgliedstaat steht es frei, die beschränkte Rechtskraft seiner Entscheidung unter den nach seinem Strafprozessrecht geltenden Voraussetzungen zu durchbrechen.⁷ In *M* hat der EuGH damit das faktische Prioritäts- (oder flapsiger: das Windhund-)Prinzip auf die Spitze getrieben, das bereits seiner Leitentscheidung *Gözütok/Brügge*⁸ zugrunde lag:⁹ Das europäische ne bis in idem der Art. 54 SDÜ, 50 GRC bewirkt eine faktische Zuständigkeitskonzentration¹⁰ in jenem Mitgliedstaat, der die erste beschränkt rechtskräftige Entscheidung trifft. Nach geltendem Recht (bzw. seiner Handhabung durch den EuGH) gilt also der Satz: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – und als einziger!“ D.h.: Der Mitgliedstaat, der zuerst eine (beschränkt oder unbeschränkt) rechtskräftige Entscheidung trifft, wird für die zugrundeliegende Strafsache allein zuständig, selbst wenn in anderen Mitgliedstaaten das normativ

¹ Von ebenfalls entscheidender Bedeutung ist die Rechtsprechung zum Europäischen Haftbefehl.

² EuGH (GK) C-617/10 = HRRS 2013 Nr. 335. *Eckstein* ZIS 2013, 220, 224 verbindet mit *Åkerberg Fransson* zu Recht eine Art „Dominotheorie“, die man auch als eine Art „Schon dann-Theorie“ bezeichnen kann: Schon dann, wenn der Anwendungsbereich der GRC eröffnet ist, gilt die GRC umfassend, auch wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen nicht vollständig unionsrechtlich determiniert sind.

³ EuGH C-129/14 PPU = HRRS 2014 Nr. 484 mit Anm. *Frank Meyer* HRRS 2014, 269.

⁴ Man denke nur an eine Verfahrenseinstellung nach § 153a Abs. 1 oder 2 StPO: Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, so kann die Tat, derentwegen die Einstellung erfolgte, nicht mehr als Vergehen verfolgt werden, wohl aber als Verbrechen (§ 153a Abs. 1 Satz 5 StPO).

⁵ So dezidiert *Inhofer* in Beck-OK StPO, Art. 54 SDÜ, 19. Edition (Stand: 8.9.2014), Rdnr. 23. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2012), § 13 Rdnr. 59.

⁶ Hier nicht weiter einzugehen ist darauf, in welchen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Art. 54 SDÜ, 50 GRC aus welchen Gründen (Stichwort: Durchführungsbe-griff des Art. 51 Abs. 1 GRC) Geltung verlangen.

⁷ Um das oben gewählte Beispiel fortzuführen: Deutschland stünde es also frei, eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zu revidieren, wenn es sich bei der Tat – anders als ursprünglich angenommen – um ein Verbrechen handelte. Andere Mitgliedstaaten dürften die Tat hingegen selbst dann nicht verfolgen, wenn sie diese – die praktischen Schwierigkeiten einer solchen Qualifikation hier hintanstellend – als Verbrechen qualifizieren wollten.

⁸ EuGH verb. Rs. C-187/01 und C-385/01, Urt. v. 11.2.2003 (*Gözütok/Brügge*).

⁹ Zu dieser Einordnung von *Gözütok/Brügge* bereits *Eser/Burchard* in FS Jürgen Meyer, S. 499, 516.

¹⁰ Entsprechend *Gaede* NJW 2014, 2990, 2991.

„bessere“ Forum für die Durchbrechung der beschränkten Rechtskraft anzusiedeln wäre. Selbst wenn also im Erstentscheidungsmitgliedstaat die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der beschränkten Rechtskraft vorliegen sollten, beginnt das Spiel („Wer zuerst kommt, und als erster diese beschränkte Rechtskraft mit einer seinerseits rechtskräftigen Entscheidung durchbricht, ...“) nicht wieder von neuem. Wie im Folgenden aufgezeigt werden soll, verdient das durchaus Zustimmung (unten III.), und sei es auch nur, weil der Druck auf die europäische Kriminalpolitik steigt, eine rationale(re) europäische Zuständigkeitsordnung in Strafsachen auf den Weg zu bringen. Ungeklärt ist freilich, ob und unter welchen Voraussetzungen die durch *M* unionsgrundrechtlich fundierte faktische Zuständigkeitskonzentration im Erstentscheidungsmitgliedstaat vom Unionsgesetzgeber rückgängig gemacht werden kann und sollte (Stichwort: Ausschluss von Missbrauchskonstellationen; Verfahrenstransfers nach Zuständigkeitskonzentration; unten IV.). Zunächst gilt aber nochmals kurz den Sachverhalt und den Urteilsspruch in der Rechtssache *M* in Erinnerung zu rufen, um diese einordnen zu können (dazu nun unten II.).

II. Darstellung und Einordnung

Dem EuGH lag folgender Sachverhalt vor:¹¹ Der in Belgien wohnhafte italienische Staatsangehörige *M* wurde von der belgischen Justiz verdächtigt, seine im Jahre 1999 geborene Enkeltochter im Zeitraum von Mai 2001 bis Februar 2004 mehrfach sexuell missbraucht zu haben. Nach einem Ermittlungsverfahren, in dessen Zuge verschiedene Beweismittel zusammengetragen und geprüft wurden, erließ die Ratskammer des Tribunal de Première Instance de Mons (Belgien) mit Beschluss vom 15. Dezember 2008 eine Einstellungsentscheidung ohne Verweisung an das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht aus Mangel an Beweisen. Dieser Einstellungsbeschluss wurde in der Folgezeit durch die Anklagekammer der Cour D'Appel de Mons (Belgien) bestätigt und das dagegen eingelegte Rechtsmittel letztinstanzlich von der belgischen Cour de Cassation am 2. Dezember 2009 zurückgewiesen. Nach belgischem Strafprozessrecht in der Auslegung durch die Cour de Cassation erstarkte dieser Einstellungsbeschluss spätestens nach der Zurückweisung des Rechtsmittels am 2. Dezember 2009 nach Art. 246 und 247 belg. StPO in beschränkte Rechtskraft, weil der Beschuldigte wegen derselben Straftat nicht länger vor Gericht gebracht werden kann, es sei denn, es tauchen neue Belastungstatsachen auf. Nach belgischem Recht war so gesehen das Wiederaufgreifen des Ermittlungsverfahrens materiell an neue Belastungstatsachen gebunden; formell konnte dies nur auf Antrag der belgischen Staatsanwaltschaft geschehen.

Parallel zu dem – wohl auf das strafanwendungsrechtliche Territorialitätsprinzip gestützten – belgischen Strafverfahren war seit 2006 – wohl auf der Grundlage des strafanwendungsrechtlichen aktiven Personalitätsprinzips – auch ein Ermittlungsverfahren in Italien gegen *M* anhängig, das im Wesentlichen dieselben Vorgänge be-

traf, derentwegen in Belgien ermittelt worden war. Am 19. Dezember 2008, also kurioserweise nur vier Tage nach dem belgischen Einstellungsbeschluss, verfügte der zuständige italienische Untersuchungsrichter nach Abschluss der Ermittlungen die Eröffnung der Hauptverhandlung gegen *M* vor dem zuständigen italienischen Gericht. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 2009, also sieben Tage nach der Zurückweisung des letzten ordentlichen Rechtsbehelfs gegen den Einstellungsbeschluss durch die belgische Cour de Cassation am 2. Dezember 2009, berief sich *M* auf den belgischen Einstellungsbeschluss und machte einen Verstoß gegen das europäische Verbot der Doppelbestrafung aus Art. 54 SDÜ geltend.

Gute drei Jahr später (sic), namentlich am 29. August 2012, wurde vom italienischen Gericht dem EuGH alsdann die Vorlagefrage gestellt, ob ein rechtskräftiges Einstellungsurteil, das in einem EU-Mitglied- und Vertragsstaat des SDÜ nach umfassenden Ermittlungen im Rahmen eines Verfahrens erlassen wurde, das beim Auftauchen neuer Beweise wieder aufgenommen werden könnte, der Einleitung oder der Durchführung eines Verfahrens wegen derselben Tat und gegen dieselbe Person in einem anderen Vertragsstaat entgegensteht. Der EuGH antwortete darauf, um seinen Leitsatz in die indirekte Rede zu setzen, wie folgt: Art. 54 SDÜ sei dahingehend auszulegen, dass ein Einstellungsbeschluss ohne Eröffnung des Hauptverfahrens, der in dem Vertragsstaat, in dem dieser Beschluss ergangen ist, erneute Ermittlungen aufgrund des gleichen Sachverhalts gegen die Person, zu deren Gunsten dieser Beschluss ergangen ist, verhindert, sofern keine neuen Belastungstatsachen gegen Letztere auftauchen, als eine rechtskräftige Aburteilung im Sinne dieses Artikels anzusehen ist und somit erneute Ermittlungen wegen derselben Tat gegen dieselbe Person in einem anderen Vertragsstaat ausschließt.

Was das auf Deutsch bedeuten soll, d.h. wie dieser Urteilsspruch meines Erachtens dogmatisch einzuordnen und zu verallgemeinern ist, wurde bereits in der Einführung vorangestellt: Beschränkt rechtskräftige Entscheidungen lösen das Doppelverfolgungsverbot des Art. 54 SDÜ vollumfänglich aus und führen faktisch zu einer Zuständigkeitskonzentration im Entscheidungsmitgliedstaat. Beschränkt rechtskräftige Entscheidungen sind von anderen (verfolgungsbereiten und -willigen) Mitgliedstaaten anzuerkennen und bewirken im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einen umfänglichen Strafklageverbrauch außerhalb des Entscheidungsmitgliedstaats. In der Folge kann der Beschuldigte darauf vertrauen, dass er – in institutioneller Hinsicht – fürderhin allein und ausschließlich im Entscheidungsmitgliedstaat sowie – in materiell- wie verfahrensrechtlicher Hinsicht – allein und ausschließlich nach dortigem Recht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird. Nach *M* ist eine Durchbrechung der beschränkten Rechtskraft nur von den Organen der entscheidungsmitgliedstaatlichen Strafrechtspflege vornehmbar, und das nur auf der Grundlage der entscheidungsmitgliedstaatlichen Strafrechtsordnung.

Dieser Verallgemeinerung steht zwar die Einschränkung im Urteilsspruch des EuGH entgegen, dass das europäische *ne bis in idem* nur gelte, „sofern keine neuen Belas-

¹¹ Vgl. zum Folgenden EuGH C-398/12, Urt. v. 5.6.2014 (*M*) = HRRS 2015 Nr. 1, Rdnr. 15 ff.

tungstatsachen“ gegen den Beschuldigten auftauchen. Die Gründe, die der EuGH für sein Urteil anführt, insbesondere die Qualifikation des belgischen Einstellungsbeschlusses als endgültige rechtskräftige Aburteilung im Sinne des Art. 54 SDÜ (dazu sogleich), wie auch die Schlussanträge von GA *Sharpston* lassen jedoch erkennen, dass das europäische ne bis in idem nicht durch das Auftauchen neuer Belastungsbeweismittel wieder zurückgenommen wird. Wie GA *Sharpston* explizit ausführte:

„[E]in erneutes Verfahren gegen einen Beschuldigten, zu dessen Gunsten ein endgültiger Einstellungsbeschluss ergangen ist, [muss] in dem Mitgliedstaat, in dem dieser Beschluss erlassen wurde (d.h. im ersten Mitgliedstaat), eingeleitet werden. Den Gerichten des zweiten Mitgliedstaats ist es verwehrt, diesen Verfahrensgang (und die Verfahrensgarantien, die dem Beschuldigten nach dem nationalen Recht des ersten Mitgliedstaats zustehen) dadurch zu umgehen, dass sie durch Heranziehung von Belastungstatsachen, die „neu“ sein mögen (oder auch nicht), einen Strafprozess gegen den Beschuldigten führen.“¹²

Und nichts anderes sagt auch der EuGH, wenn er anführt:

„Da geprüft werden muss, ob die zur Rechtfertigung einer Wiederaufnahme angeführten Tatsachen tatsächlich neuartig sind, kann im Übrigen jedes neue Verfahren gegen die gleiche Person auf Grund der gleichen Tatsachen, das sich auf eine solche Möglichkeit der Wiederaufnahme stützt, nur in dem Vertragsstaat eingeleitet werden, in dem dieser Beschluss erlassen wurde.“¹³

III. Bewertung

Im Ergebnis überzeugt diese Positionierung des Gerichtshofs, was auf dessen eigentliche Argumentation freilich nicht zutrifft. Der EuGH stand bei der Auslegung des Begriffs „rechtskräftig abgeurteilt“ (Art. 54 SDÜ) vor dem Problem, dass er dieser Wendung in *Gözütok/Brügge*¹⁴ den Inhalt eines – in meinen Worten – „endgültigen Verbrauchs der Strafklage im Ausgangsverfahren“ gegeben hatte. In *Turanský* definierte der EuGH wörtlich, „dass grundsätzlich eine Entscheidung, um als eine rechtskräftige Aburteilung im Sinne von Art. 54 SDÜ angesehen werden zu können, endgültig die Strafverfolgung beenden und die Strafklage verbrauchen muss.“¹⁵ Zumindest bei unbefangener Bewertung hätte man an der Endgültigkeit des belgischen Einstellungsbeschlusses zweifeln müssen, wenn und weil dessen Rechtskraft bereits beim Vorliegen neuer Belastungsbeweismittel außer Kraft gesetzt und die Strafverfolgung fortgesetzt werden kann. So vertrat bezeichnenderweise auch die belgische Regierung vor dem EuGH die Auffas-

sung, der Einstellungsbeschluss sei aus diesem Grund nicht endgültig.¹⁶ Die in *M* an den Tag gelegten Versuche des EuGH, mit dem belgischen Einstellungsbeschluss doch noch einen endgültigen Strafklageverbrauch zu verbinden, erscheinen daher bestenfalls bemüht. In der Sache zeugen sie von mangelnder dogmatischer Schärfentiefe, weil (allemal nicht offen) nicht zwischen beschränkter und endgültiger Rechtskraft unterschieden wurde. Zwar sind auch endgültig rechtskräftige Entscheidungen (und Urteile) nicht in Stein gemeißelt oder unrevidierbar, wie das Institut der Wiederaufnahme zu Lasten des Beschuldigten nach einem Endurteil illustriert. Der dogmatische Unterschied liegt aber darin, dass beschränkt rechtskräftige Entscheidungen im normalen Verfahrensgang revidierbar sind, während endgültig die Strafklage verbrauchende Entscheidungen nur mit außerordentlichen Rechtsbehelfen wie der Wiederaufnahme aus der Welt geschafft werden können.¹⁷ Der EuGH hat diese dogmatische Differenzierung mit zwei argumentativen Taschenspielertricks verschleiert. So ist zum einen – was freilich auch als schlechte, da zu technische Übersetzungsleistung abgetan werden kann – stetig von der „Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens“ die Rede, die Art. 246 belg. StPO zulasse.¹⁸ Diese „Wiederaufnahme“ des Ermittlungsverfahrens wird zum anderen – und zwar unter fernliegendem¹⁹ Rückgriff auf das EGMR-Urteil *Zolotukhin* – in die Nähe eines außerordentlichen Rechtsbehelfs gerückt, bedürfe diese „Wiederaufnahme“ auf der Grundlage neuer Beweise doch der „ausnahmsweise[n] Einleitung eines anderen Verfahrens statt einer bloßen Weiterführung des bereits abgeschlossenen Verfahrens.“²⁰ Das ist zurückzuweisen, weil hier Äpfel (beschränkt rechtskräftige Entscheidungen) und Birnen (unbeschränkt rechtskräftige Entscheidungen) dogmatisch gleichgesetzt werden. Dahinter wird man folgendes Motiv vermuten dürfen: Es ging dem EuGH weniger um die dogmatische Endgültigkeit der Beendigung der Strafverfolgung, d.h. weniger um die dogmatische Endgültigkeit des Strafklageverbrauchs in Belgien. Vielmehr ging es um die Sicherung der institutionellen Endgültigkeit der Entscheidungsbefugnis der belgischen Behörden, d.h. um die Sicherung der Endgültigkeit einer faktischen Zuständigkeitskonzentration im Entscheidungsmitgliedstaat. Insofern lassen sich die sprichwörtlichen Äpfel und Birnen dann doch wieder miteinander vergleichen. *M* steht quasi dafür, dass sowohl bei unbeschränkt wie auch bei beschränkt rechtskräftigen Entscheidungen allein und ausschließlich die Akteure des Entscheidungsmitgliedstaats über die Durchbrechung der (Voll- oder

¹² GA *Sharpston*, Rs. C-398/12, Schlussanträge v. 6.2.2014 (M), Rdnr. 59.

¹³ EuGH C-398/12, Urt. v. 5.6.2014 (M) = HRRS 2015 Nr. 1, Rdnr. 40. Der Einwand, dass laut dem EuGH dieses neue Verfahren im Erstentscheidungsmitgliedstaat nur „eingeleitet“ werden müsse, so dass die „Fortführung“ in einem anderen Mitgliedstaat nach *M* nicht ausgeschlossen sei, überzeugt meines Erachtens nicht. Hätte der EuGH diese Spitzfindigkeit im Sinne gehabt, hätte er dezidiert dazu Stellung bezogen.

¹⁴ EuGH verb. Rs. C-187/01 und C-385/01, Urt. v. 11.2.2003 (*Gözütok/Brügge*), Rdnr. 30.

¹⁵ EuGH C-491/07, Urt. v. 22.12.2008 (*Turanský*), Rdnr. 34.

¹⁶ Berichtet in: GA *Sharpston*, Rs. C-398/12, Schlussanträge v. 6.2.2014 (M), Rdnr. 39.

¹⁷ Vgl. nur *Gössel* in Löwe-Rosenberg, StPO, Band 7/2, 26. Aufl. (2014), Vor § 359 Rdnr. 55 f; *Frister* in SK-StPO, 4. Aufl. (2014), Band VII, Vor § 359 Rdnr. 9 ff.

¹⁸ EuGH C-398/12, Urt. v. 5.6.2014 (M) = HRRS 2015 Nr. 1, Rdnr. 40. In der englischen Sprachfassung ist freilich untechnisch nur vom „reopening the criminal investigation“ die Rede. Die italienische Fassung spricht hingegen wieder technischer von der „[]possibilità di riapertura dell'istruttoria.“

¹⁹ Selbst der EuGH C-398/12, Urt. v. 5.6.2014 (M) = HRRS 2015 Nr. 1, Rdnr. 40 erkennt an, dass der belgische Einstellungsbeschluss nicht unter *Zolotukhin* fällt.

²⁰ EuGH C-398/12, Urt. v. 5.6.2014 (M) = HRRS 2015 Nr. 1, Rdnr. 40.

Teil-)Rechtskraft zu befinden haben sollen. Warum das der Fall sein soll, darüber schweigt sich der EuGH in *M* jedoch aus.

Überraschend – und zwar durchaus angenehm überraschend – ist es insofern, dass der Gerichtshof sein Auslegungsergebnis nicht mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu begründen suchte. Dieser Grundsatz liegt Art. 54 SDÜ zugrunde und besagt, dass die Mitgliedstaaten rechtskräftige Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten anerkennen, diesen gleichsam im Inland Wirkung verleihen, so dass die Strafklage mit der ersten anzuerkennenden rechtskräftigen Entscheidung europaweit verbraucht wird. Nachdem der Gerichtshof überdies beginnend mit *Gözütok/Brügge* die gegenseitige Anerkennung verfahrensbeendender rechtskräftiger Entscheidungen auf ein Prinzip des wechselseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten zurückführt,²¹ und er jüngst in *Baláz* dieses wechselseitige Vertrauen gar „als Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in der Union“ bezeichnet hat,²² hätte man in *M* ein Argument wie das folgende erwartet: Auch beschränkt rechtskräftige Entscheidungen sind gegenseitig anzuerkennen, weil die Mitgliedstaaten absolut darauf vertrauen (dürfen wie müssen), dass die besagten Entscheidungen sachgerecht zustande kamen; die Mitgliedstaaten vertrauen überdies darauf, dass die Rechtskraft dieser Entscheidungen im Entscheidungsmitgliedstaat durchbrochen wird, wenn dafür Anlass besteht, so dass keine Notwendigkeit dafür gegeben ist, dass die anderen Mitgliedstaaten diese Teilrechtskraft selbst im Rahmen einer eigenen Strafverfolgung durchbrechen. – Wie gesagt: Ein solches Argument fehlt in *M*, und das ist gut so. Das vermeintliche absolute Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten ist, wie ich an anderem Ort ausführlich darlegen werde,²³ nicht mehr als ein positiv konnotiertes Label ohne eigenen explikativen Wert.²⁴ Es

²¹ EuGH verb. Rs. C-187/01 und C-385/01, Urt. v. 11.2.2003 (*Gözütok/Brügge*), Rdnr. 33.

²² EuGH Rs. C-60/12, Urt. v. 14.11.2013 (*Baláz*), Rdnr. 30.

²³ S. Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung – Manuskript der Habilitationsschrift, S. 442-525.

²⁴ Gut sichtbar ist das bezeichnenderweise in *Gözütok/Brügge*. Die Feststellung, dass das europäische ne bis in idem von keiner Harmonisierung oder Angleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts abhängig gemacht worden sei, hat den EuGH zur Aussage geführt: „Unter diesen Umständen impliziert das in [Art. 54 SDÜ] aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung unabhängig davon, ob es auf zum Strafklageverbrauch führende Verfahren unter oder ohne Mitwirkung eines Gerichts oder auf Urteile angewandt wird, zwingend, dass ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme besteht und dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Anwendung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde.“ Der EuGH leitet das gegenseitige Vertrauen mithin aus der Anerkennungspflicht ab, erachtet es als „notwendige Implikation“ seines Auslegungsergebnisses. Der Gerichtshof bemüht also eine aussagenlogische als rhetorische Figur, namentlich eine „materiale Implikation“. Die „Wahrheit“ des einen Satzes soll eine hinreichende Bedingung für die „Wahrheit“ des anderen Satzes sein. Das Auslegungsergebnis, dass auch nichtrichterliche Entscheidungen anzuerkennen sind, weil nur so die Freizügigkeit des Bürgers in Europa voll verwirklicht werden kann, soll also unwiderleglich dafür sprechen, dass die Mitgliedstaaten ei-

lässt sich – um es hier kurz zu machen – weder deskriptiv („die“ Mitgliedstaaten vertrauen sich häufig gerade nicht) noch präskriptiv (integrationstheoretisch forderbar ist ein bindendes, wechselseitige Kontrollen voraussetzendes, nicht ein blindes Vertrauen) und auch nicht unionsverfassungsrechtsprinzipiell (Art. 67 Abs. 1 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV setzen ein absolutes Vertrauensprinzip nicht voraus) begründen.

Ist der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung aus dem Spiel, gilt es die Reichweite und den Inhalt des europäischen ne bis in idem im Wesentlichen unionsgrundrechtlich zu bestimmen. Insofern ist dem EuGH zwar vollauf zuzustimmen, „dass das Recht, wegen einer Straftat nicht zweimal verfolgt oder bestraft zu werden, auch in Art. 50 der Charta genannt wird und Art. 54 SDÜ daher in dessen Licht auszulegen ist.“²⁵ Allerdings scheut – wie Gaede bereits an *Spasic* kritisiert hat – der Gerichtshof auch in *M* davor zurück, die Teleologie des europäischen ne bis in idem zu konkretisieren.²⁶ Unionsgrundrechtsdogmatisch bleibt denn auch in *M* im Unklaren, warum (und auch zu welchem Grade) der Beschuldigte darauf vertrauen darf, dass eine beschränkte Rechtskraft allein und ausschließlich im Entscheidungsmitgliedstaat durchbrochen wird und dass er für die fragliche Tat allein und ausschließlich dort strafrechtlich belangt wird. Insofern sei hier zur Diskussion gestellt:

In einer – an die klassischen Ziele des nationalen ne bis in idem anknüpfenden²⁷ – integrationstheoretischen Deutung der Art. 54 SDÜ, 50 GRC lässt sich sagen: Der Beschuldigte darf (in der Konsequenz) auf ein „Wer zuerst kommt, der mahlt zuerst – und als einziger!“ vertrauen, nicht aber weil seine Erwartungen in die Zuständigkeit des Entscheidungsmitgliedstaats schutzwürdig und seine etwaigen Dispositionen in diese Zuständigkeitskonzentration schutzbedürftig sind, sondern weil dadurch Ressourcen im europäischen Strafverfolgungsverbund geschont und beschränkt rechtskräftige Entscheidungen vor einer außerjurisdiktionellen Kontrolle geschützt werden. Konkret heißt das: Ressourcen werden einerseits dadurch geschont, dass nurnmehr jene Jurisdiktion zuständig ist, die bereits eine Endentscheidung über die gegenständliche Strafsache getroffen hat; andere Jurisdiktionen müssen (und dürfen) sich weder in die Strafsache einarbeiten noch eigene Wertungen über sie anstellen. Ressourcen werden andererseits auch dadurch geschont, dass die (de facto wie de iure) komplizierte (und häufig gar nicht zu klärende) Frage, ob ein Zweitverfolgungsstaat sich außerhalb der beschränkten Rechtskraft des Erstverfolgungs- und Entscheidungsstaats bewegt, erst

inander vertrauen und das europäische ne bis in idem von einem Vertrauensgrundsatz getragen ist. Dahinter steht Idee, dass gegenseitige Anerkennung im Besonderen bzw. zwischenstaatliche Zusammenarbeit im Allgemeinen wechselseitiges Vertrauen voraussetzen sollen. Der Nachweis des ersten führt also zwingend zum Schluss auf den zweiten Teilsatz, der dann wiederum zum Nachweis des ersten Teilsatzes taugt. Logisch macht dies nicht viel Sinn, rhetorisch strahlt es aber große Überzeugungskraft aus.

²⁵ EuGH C-398/12, Urt. v. 5.6.2014 (*M*) = HRRS 2015 NR. 1, Rdnr. 34.

²⁶ Gaede, NJW 2014, 2990.

²⁷ Vgl. allgemein Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. (2014), § 10 Rdnr. 125.

gar nicht gestellt werden muss. Beispielhaft: In *M* hätten – die enge Auslegung der Art. 54 SDÜ, 50 GRC unterstellt – die italienischen Behörden klären müssen, ob sie überhaupt über neue belastende Beweismittel, die nicht in den belgischen Einstellungsbeschluss eingegangen sind, verfügten, was wenn überhaupt nur im Rahmen eines aufwendigen Rechtshilfverfahrens aufgearbeitet hätte werden können. Und ein weiteres „abschreckendes“ Beispiel: Im Falle einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO müssten – abermals unterstellt, dass die Art. 54 SDÜ, 50 GRC beschränkt rechtskräftige Entscheidungen nur im Umfang des bedingten deutschen Strafklageverbrauchs erfassen würden – andere Mitgliedstaaten darüber befinden, ob man nun ein Verbrechen verfolge, und zwar selbst dann, wenn die technische Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen (§ 12 Abs. 1 und 2 StGB) dort so nicht bekannt ist. Zum Schutz der Strafverfolgungsressourcen im Zusammenspiel und im Zusammenwirken verschiedener EU-Mitgliedstaaten gesellt sich der – auch in einer föderal strukturierten Europäischen Union nicht zu unter- und in seiner jurisprudentiellen Maßgeblichkeit keinesfalls gering zu schätzende – Schutz des Entscheidungsmitgliedstaats. Denn jeder „externen“ Durchbrechung einer „intern“ beschränkten Rechtskraft wohnte ein Kontroll- und Bewertungsmoment inne; die Strafverfolger im Zweitverfolgungsstaat könnten und müssten, und hierfür bietet *M* ein Lehrbuchbeispiel, allemal implizit überprüfen, ob die Strafverfolger in Erstverfolgungsstaat „richtig“ gearbeitet haben. Gerade die Mitgliedstaaten bzw. die mitgliedstaatlichen Gubernativen scheuen solche wechselseitigen Kontrollen, und wollen – wie mir von Seiten hoher Ministerialbeamter wörtlich bestätigt wurde – ein „sich gegenseitig in die Suppe Spucken“ um jeden Preis vermeiden. So gesehen hat der EuGH in *M* zwar den grundrechtlichen Schutzbereich des europäischen *ne bis in idem* ausgedehnt und damit vordergründig im Interesse des Beschuldigten gehandelt; bei *Lichte* besehen hat er damit aber zumindest auch im Interesse der Mitgliedstaaten agiert und konnte seine kontrollskeptische Grundhaltung (Stichwort: *Radu*²⁸) fortsetzen.

Zu dieser integrationstheoretischen (und in diesem Sinne konsequentialistisch-funktionalen) Deutung der Art. 54 SDÜ, 50 GRC gesellt sich deren *individualrechtlich-garantistische Teleologie*. *M* hat zur Konsequenz, dass der Beschuldigte ein sehr weitgehendes Vertrauen auf die faktische Zuständigkeitskonzentration im Entscheidungsmitgliedstaat entwickeln darf. Ob dieses Vertrauen per se schutzwürdig ist, also eben nicht nur Konsequenz, sondern auch Grund für ein weites Verständnis von Art. 54 SDÜ, 50 GRC sein kann, ist wenig geklärt. Hierzu zwei Punkte:

Erstens muss es als durchaus offen bezeichnet werden, warum ein etwaiges Vertrauen des Beschuldigten auf die alleinige und ausschließliche Zuständigkeit des Mitgliedstaates einer beschränkt rechtskräftigen Entscheidung schutzwürdig und -bedürftig sein soll. Nimmt man insofern die Debatte rund um die Schaffung einer rationalen (insbesondere für den Beschuldigten vorhersehbaren) Zuständigkeitsordnung in Strafsachen zur Lösung von

Strafgewaltkonflikten in der EU in Bezug (Stichwort: Recht auf die gesetzliche Jurisdiktion?), so könnte man z.B. frei (!) nach *Frank Zimmermann* argumentieren: Voreilige (mit *M* faktisch bewirkbare) Festlegungen auf einen Verfahrensstaat sollten in der Frühphase strafrechtlicher Ermittlungen vermieden werden; die zuständige Jurisdiktion muss erst mit Anklage feststehen, weil sich der Beschuldigte „erst“ ab diesem Moment voll und ganz auf die Hauptverhandlung in dieser Jurisdiktion konzentrieren darf.²⁹ In dieser – bei summarischer Betrachtung: auch von der Kommission favorisierten³⁰ – Sicht der Dinge bleibt der Vertrauensschutz des Verfolgten auf das anwendbare Straf- und Strafverfahrensrecht während des Ermittlungs- hinter dem entsprechenden Vertrauensschutz während des Hauptverfahrens zurück. In der Folge könnte, soweit *M* auch beschränkt rechtskräftige Entscheidungen im oder am Ende des Ermittlungsverfahrens erfasst, an der Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit des Vertrauens des Beschuldigten auf die alleinige Zuständigkeit des Mitgliedstaats, in dem eine beschränkt rechtskräftige Entscheidung vor dem eigentlichen Hauptverfahren getroffen wurde, gezweifelt werden. Wirklich überzeugend finde ich das freilich nicht. Das vorgestellte Argument perpetuiert den Mythos der Maßgeblichkeit der Hauptverhandlung. Dadurch droht aus dem Blick zu geraten, dass die sprichwörtlichen Würfel häufig bereits im Ermittlungsverfahren fallen und dass ein Beschuldigter auch in diesem Verfahrensstadium weitreichende Dispositionen, die zur Schaffung eines Vertrauensschutztatbestands unabdingbar sind,³¹ getroffen haben kann. *M* schreibt hierfür einmal mehr ein Lehrbuchbeispiel: Nachdem sich das belgische Ermittlungsverfahren über fünf Jahre hingezogen hatte und der Einstellungsbeschluss bis vor das höchste belgische Fachgericht gebracht wurde, „karteten“ – so könnte es sich aus Beschuldigtenperspektive darstellen – die italienischen Behörden mit ihrem Strafverfahren nach, indem sie ein eigenes Gerichtsverfahren initiierten. Zumindest in solchen (Extrem-)Fällen kann *Gaede* nur zugestimmt werden, dass der Beschuldigte „auch angesichts der national anerkannten Rechtskraft darauf vertrauen [darf], dass seine Zukunft nicht von einer später individuell abweichenden Beurteilung der vorliegenden Tatsachen durch andere staatliche Strafverfolger oder durch Angehörige einer anderen Strafjustiz abhängt.“³²

Zweitens überrascht es, dass der EuGH die umfassende Schutzbereichserstreckung auf beschränkt rechtskräftige Entscheidungen nicht – wie in *Gözütok/Brügge* angelegt³³ und auch von GA *Sharpston* in ihren Schlussanträgen in *M* aufgeworfen³⁴ – in den Dienst des Schutzes der Freizü-

²⁹ So lässt sich sehr frei deuten *Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, S. 467.

³⁰ Kommissions-Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz *ne bis in idem* in Strafverfahren, KOM(2005) 696 endg. v. 23.12.2005, insbes. S. 7.

³¹ Vgl. allg. *Vofskuhle/Kaufhold* JuS 2011, 794, 795.

³² *Gaede* NJW 2014, 2990, 2992.

³³ Stichwort: Auch rechtskräftige Entscheidungen von Staatsanwaltschaften etc. werden vom Schutzbereich der Art. 54 SDÜ, 50 GRC erfasst, weil der Beschuldigte sonst befürchten muss, im europäischen Ausland wegen derselben Straftat nochmals strafrechtlich belangt zu werden.

³⁴ GA *Sharpston*, Rs. C-398/12, Schlussanträge v. 6.2.2014 (*M*), Rdnr. 58.

²⁸ EuGH Rs. C 396/11, Urt. v. 29.01.2013 (*Radu*) = HRRS 2013 Nr. 198.

gigkeit des Beschuldigten gestellt hat. Zwar könnte man meinen, dass der freizügige Beschuldigte, der darauf vertraut, er könne sicher ins europäische Ausland reisen und dort strafrechtlich nicht belangt werden, auch nach *M* gerade nicht darauf vertrauen kann und darf, dass der Entscheidungsmitgliedstaat seine Entscheidung nicht auf dem dafür vorgesehenen Wege revidieren und ihn (den Beschuldigten) dann z.B. per Europäischem Haftbefehl „zurückholen“ werde. So gesehen mag die „Gefahr“, im europäischen Ausland nach dortigem Strafrecht zur Verantwortung gezogen zu werden, dem Grunde (wohlge- merkt: nicht dem Grade) nach nicht bedeutend geringer scheinen als die „Gefahr“, dass der Entscheidungsmit- gliedstaat – z.B. auf die spontane Rechtshilfe eines an- deren verfolgungswilligen Mitgliedstaats hin³⁵ – die eigene Strafverfolgung wieder aufgreift. Und trotzdem: Das in *M* favorisierte weite Verständnis der Art. 54 SDÜ, 50 GRC stärkt die Freizügigkeit des Beschuldigten. Der Beschul- digte, der fürchtet oder fürchten muss, dass die be- schränkte Rechtskraft einer Inlandsentscheidung im europäischen Ausland durchbrochen wird, wäre – ein enges Verständnis der Art. 54 SDÜ, 50 GRC zugrunde gelegt – de facto im Entscheidungsmitgliedstaat „festge- setzt“. Während der Entscheidungsmitgliedstaat z.B. die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nach Art. 4 Nr. 3 RBEuHB verweigern dürfte, weil im Inland be- schlossen wurde, kein Strafverfahren einzuleiten oder ein solches einzustellen, stünde ein solcher Verweigerungs- grund anderen Mitgliedstaaten nicht zu, weil – wie ge- sagt: eine enge Auslegung unterstellt – nach Art. 3 Nr. 2 RBEuHB, 54 SDÜ, 50 GRC kein europaweiter Strafklage- verbrauch eingetreten wäre. Summa summarum kräftigt die in *M* favorisierte weite Auslegung der Art. 54 SDÜ, 50 GRC also das hohe Gut der Freizügigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, und ist daher nachdrücklich zu begrüßen.

IV. Ausblick

Nach *M* ist das Vertrauen (sei es als integrationistische Konsequenz, sei es als garantistischer Grund) des Be- schuldigten auf die alleinige Zuständigkeit des Mitglied- staats einer beschränkt rechtskräftigen Entscheidung (gleich in welchem Verfahrensstadium) geschützt. Oder genauer: Dieses Vertrauen fällt in den Schutzbereich des Art. 50 GRC, in dessen Lichte Art. 54 SDÜ auszulegen ist. Wie der EuGH in *Spasic* klargestellt hat, ist der uni- onsgrundrechtliche Art. 50 GRC freilich in den Spiel- räumen und Grenzen des Art. 52 Abs. 1 GRC (Stichwort: Verhältnismäßigkeit; Wesensgehaltgarantie) ein- fachrechtlich gestalt- und d.h. insbesondere sekundärrecht- lich einschränkbar.³⁶ Das bedeutet: Für die Zukunft muss darüber nachgedacht werden, ob und in welchem Um- fang neue Sekundärrechtsinstrumente Eingriffe in dieses Vertrauen rechtfertigen können (dies ist gleichsam die unionsverfassungs-, hier unionsgrundrechtliche Dimen-

sion der Frage) und sollen (dies ist gleichsam die uni- onskriminalpolitische Dimension der Frage). Hierzu darf abschließend tentativ zweierlei zur Diskussion gestellt werden:

Erstens verstärkt *M* die Gefahr des *Missbrauchs des europäi- schen ne bis in idem* im und durch den Entscheidungsmit- gliedstaat. Zumindest theoretisch sind Szenarien denk- bar, in denen im Rahmen eines *sham proceedings* Fakten geschaffen werden sollen, nämlich eine faktische Zustän- digkeitskonzentration bewirkt werden soll, und zwar zugunsten wie auch zulasten des Beschuldigten. Man denke – rein hypothetisch – etwa daran, dass die belgi- schen Strafverfolger in *M* von den italienischen Ermitt- lungen wie auch davon erfahren hatten, dass dort alsbald die Eröffnung des Hauptverfahrens angestrengt werden sollte; um dem zuvor zu kommen, können nach *M* die belgischen Ermittler nun einen beschränkt rechtskräftigen Einstellungsbeschluss treffen und damit, sobald dieser beschränkt rechtskräftig wird, den Fortgang des italienischen Verfahrens verunmöglichen; das könnte zugunsten des Beschuldigten vom Motiv getragen sein, ihn vor dem italienischen Verfahren zu „shielden“, oder auch zulasten des Beschuldigten vom Motiv beseelt sein, sich selbst mehr Zeit (man braucht ja „nur“ neue Be- weismittel) zu erkaufen. Das ist wie gesagt rein hypothe- tisch, gibt aber zur Frage Anlass, ob und in welchem Umfang der Missbrauch von Anerkennungsinstrumenten im Allgemeinen und der des europäischen *ne bis in idem* im Besonderen bedacht werden muss. Insofern hat etwa *Eser* „eine an Art. 20 Abs. 3 des Statuts des Internationa- len Strafgerichtshofs zu orientierende teleologische Re- duktion von Art. 50“ GRC vorgeschlagen.³⁷ Nach *Eser* wäre eine Doppelverfolgung daher erlaubt, „wenn eine Verurteilung oder ein Freispruch [und im Lichte von *M* muss ergänzt werden: jede beschränkt rechtskräftige Entscheidung] zum Ziel hatte, die betroffene Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen, oder wenn die betroffene Person kein faires Verfahren erhalten hat.“³⁸ Meines Erachtens ist das in der Sache ganz richtig. Allerdings muss der Unionsgesetzgeber eine entspre- chende Einschränkung nach Art. 52 Abs. 1 GRC sekun- därrechtlich fixieren. Eine „teleologische Reduktion“ des Art. 50 GRC ist mit anderen Worten nicht „self execut- ing“, sondern in der Form einer sekundärrechtlichen Reduktion Aufgabe des zuständigen Unionsgesetzgebers.

Zweitens verstärkt *M* auch die Gefahr einer vorschnellen und voreiligen Zuständigkeitskonzentration im normativ „falschen“ Mitgliedstaat. Auch hierfür sind theoretisch Szenarien denkbar, in denen Fakten geschaffen werden, eben eine faktische Zuständigkeitskonzentration nach dem Motto „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – und als einziger!“ bewirkt wird, die nicht sachgerecht und unter Umständen auch gar nicht gewollt ist. Man denke etwa – um den Sachverhalt in der Rechtssache *Brügge* aufzugrei- fen – daran, dass eine deutsche Staatsanwaltschaft nach § 153a StPO ein Verfahren gegen einen deutschen Staats- angehörigen einstellt, der einer in Belgien gegen eine Belgierin begangenen einfachen Körperverletzung ver-

³⁵ Darauf aufmerksam machend GA *Sharpston*, Rs. C-398/12, Schlussanträge v. 6.2.2014 (*M*), Rdnr. 58.

³⁶ EuGH Rs C-129/14 PPU, Urt. v. 27.05.2014 (*Spasic*), Rdnr. 54 ff. = HRRS 2014 Nr. 484; so auch BGHSt 56, 11, 15 = HRRS 2010 Nr.1053; zustimmend *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 27), § 10 Rdnr. 132; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), § 10 Rdnr. 70.

³⁷ *Eser* in Jürgen Meyer (Hrsg.), GRC, 4. Aufl. (2014), Art. 50 Rdnr. 16, dort auch m.w.N.

³⁸ *Eser* in Jürgen Meyer (Hrsg.), GRC (Fn. 37), Art. 50 Rdnr. 16.

dächtig ist, und dass sich später – und hier lässt sich *Brügge* fortspinnen – herausstellt, dass der Beschuldigte mit Tötungsvorsatz handelte und seinen allgemeinen Wohnsitz in Belgien hatte. Die deutsche Strafjustiz ist nach *M* trotzdem allein zuständig und „klebt“ nachgerade an der Strafsache, und das selbst dann, wenn die belgische Justiz gerne übernehmen und die deutsche Justiz das Verfahren gerne abgeben würde. Dass letzteres keineswegs aus der Luft gegriffen ist, zeigt der Ablauf des hier besprochenen Verfahrens vor dem EuGH, in dem die belgische Regierung die Auffassung vertrat, der Einstellungsbeschluss ihrer eigenen Strafjustiz dürfe die Strafverfolgung in Italien nicht blockieren.³⁹ Je schwächer das Vertrauen des Beschuldigten in die ausschließliche Zuständigkeit eines Mitgliedstaats, in dem eine beschränkt rechtskräftige Entscheidung getroffen wurde (z.B. weil er selbst aktives Forum-Shopping betrieben hat), desto eher ist es möglich, einen Eingriff in dieses tatbestandlich von Art. 50 GRC geschützte Vertrauen zu rechtfertigen. Wie aber bereits oben zur Missbrauchseinschränkung vertreten, ist eine solche Reduktion der Reichweite des europäischen *ne bis in idem* Aufgabe des Unionsgesetzgebers. Richtiger Regelungsort wären sekundärrechtliche Regelungen zum „transfer of proceedings in criminal matters“⁴⁰. Sollten solche in Zukunft auf den Weg gebracht werden, könnten sie auch Bestimmungen darüber enthalten, ob und wie⁴¹ das nach *M* im Entscheidungsmitgliedstaat konzentrierte ausschließliche Recht, die beschränkte Rechtskraft von Inlandsentscheidungen zu durchbrechen, an ein „besseres“ Forum im Ausland abgegeben werden kann. Denn nur weil in *M* das Vertrauen des Beschuldigten auf die ausschließliche Zuständigkeit des Entscheidungsmitgliedstaats in den Schutzbereich des Art. 50 GRC gezogen wurde, bedeutet das nach richtiger,

in *Spasic* bestätigter Auffassung eben nicht, dass dieses Vertrauen absolut geschützt ist; vielmehr darf dieses Vertrauen und damit das europäische Doppelverfolgungsverbot bei beschränkt rechtskräftigen Entscheidungen eingeschränkt werden, namentlich nach Art. 52 Abs. 1 GRC und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie der (hier sicherlich nicht verletzten) Wesensgehaltsgarantie.

Es lässt sich daher als *Fazit* festhalten: Der EuGH hat in *M* das Motto „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – und als einziger!“ ausgeben. Auch beschränkt rechtskräftige Entscheidungen lösen nach geltender Rechtslage ein vollumfängliches europaweites Doppel- und Weiterverfolgungsverbot aus und konzentrieren die Zuständigkeit für die Durchbrechung der (beschränkten wie unbeschränkten) Rechtskraft im Entscheidungsmitgliedstaat. Der Beschuldigte kann und darf im Anschluss an eine beschränkt rechtskräftige Verfahrenseinstellung darauf vertrauen, dass diese Rechtskraft allein und ausschließlich im Entscheidungsmitgliedstaat durchbrochen wird und dass er allein und ausschließlich dort für die sachgegenständliche Tat strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Das letzte Wort ist damit aber zu Umfang und Reichweite des europäischen *ne bis in idem* noch nicht gesprochen, weil es dem Unionsgesetzgeber in den Spielräumen und Grenzen des Art. 52 Abs. 1 GRC frei steht, diesen Vertrauensschutz wieder zurückzunehmen. Die Zukunft wird weisen, ob das notwendig ist, insbesondere um dem möglichen Missbrauch des europäischen *ne bis in idem* vorzubeugen und voreilige faktische Zuständigkeitskonzentrationen zu revidieren. Damit dürfte allemal der Druck auf die europäische Kriminalpolitik steigen, eine rationale(re) europäische Zuständigkeitsordnung in Strafsachen auf den Weg zu bringen. Diese sollte nicht mit einem unter Umständen willkürlichem und sachwidrigem „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – und als einziger!“ operieren, sondern für alle Beteiligten vorhersehbar sein und deren Interessen zu sachgerechter Konkordanz bringen.

³⁹ Berichtet in: GA Sharpston, Rs. C-398/12, Schlussanträge v. 6.2.2014 (*M*), Rdnr. 39.

⁴⁰ Vgl. hierzu allgemein die – von Deutschland nicht gezeichnete – European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, CETS No. 073, v. 15.4.1972.

⁴¹ Insbesondere unter sachgemäßer Beteiligung des Beschuldigten!

Zur Verfassungsmäßigkeit von Vorfelddelikten bei der Terrorbekämpfung

Anmerkung zu BGH 3 StR 243/13 = HRRS 2014 Nr. 929

Von Dr. Anneke Petzsche, Berlin

I. Einleitung

In dieser Entscheidung¹ äußert sich der BGH erstmals zu der durch das „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten“ vom 30. Juli 2009 (GVVG) in das Strafgesetzbuch eingeführten und Ende 2009 in Kraft getretenen – und seitdem umfänglich von der Literatur kritisierten² – Norm des § 89a StGB. Vor dem Hintergrund der vielfältigen Kritik des Straftatbestands ist diese Entscheidung für die rechtswissenschaftliche Diskussion um dessen Einführung von großem Interesse und wurde so auch zur umfänglichen Veröffentlichung im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs und BGHSt vorgesehen. Zudem entfaltet sie eine nicht unerhebliche Bedeutung auch für die Praxis, da sie durch die restriktive Auslegung der subjektiven

Seite unter anderem höhere Anforderungen an die Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich der Ermittlungen und an die Gerichte hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen im Urteil stellt.³

In der Entscheidung bestätigt der BGH grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit von § 89a Abs. 1, 2 Nr. 3 StGB mit Hinsicht auf das Bestimmtheitsgebot⁴, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵, das Übermaßverbot⁶ und das Verbot der Schaffung von Gesinnungsstrafrecht⁷. Der BGH hält jedoch eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung des subjektiven Tatbestands für maßgeblich, wonach der Täter bei der Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen sein muss.⁸ Hingegen sei die „Grenze zur Unverhältnismäßigkeit [...] überschritten [...], wenn es zur Begründung der Strafbarkeit auf der subjektiven Tatseite lediglich erforderlich wäre, dass es der Täter nur für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, das von ihm ins Auge gefasste Vorhaben auch umzusetzen“.⁹ Damit wird sich zukünftig in der Praxis die Schwierigkeit stellen, einen ausreichenden Nachweis für diese Absicht vorzulegen. Dies dürfte auch deshalb nicht ganz einfach sein, da die objektive Feststellung eines unbedingten Entschlusses gerade bei schweigenden Angeklagten schwierig ist.¹⁰

Zunächst ist kurz festzuhalten, dass der BGH dabei zu recht nicht mit einem Wort auf die zu der Schaffung des GVVG führenden europarechtlichen Vorgaben¹¹ einge-

¹ Urteil vom 8. Mai 2014 (LG Frankfurt a.M.) [= HRRS 2014 Nr. 929].

² Sie wurde etwa als (zumindest teilweise) verfassungswidrig (*Gazeas*, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. [2015], § 89a Rn. 34, 45; *Paeffgen*, in: NK-StGB, 4. Aufl. [2013], § 89a Rn. 35; *Baackes StV* 2008, 654, 660; *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling NStZ* 2009, 593, 597; *Haverkamp*, in: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag [2010], S. 381, 390; *Hellfeld*, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat: § 89a StGB [2011], S. 225; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht? Verfassungsrechtliche und strafrechtssystematische Grenzen der Vorfeldkriminalisierung [2012], S. 427), als jedenfalls das Bestimmtheitsgebot verletzend (*Beck*, in: Festgabe des Instituts für Strafrecht und Kriminologie der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg für Rainer Paulus zum 70. Geburtstag [2009], S. 15, 23 ff.; *Baackes StV* 2008, 654, 657 ff.; *Haverkamp*, in: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag [2010], S. 381, 382 f.; *Mertens*, Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009 – Über (Vor- und) Nachteile des § 89a StGB [2012], S. 201 ff.; zumindest Bedenken äußern *Radtke/Steinsiek ZIS* 2008, 383, 388 f.; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 311 ff.), als „Feindstrafrecht“ (DAV, Stellungnahme Nr. 72/2008, S. 7; *Gierhake*, Stellungnahme zum GVVG Entwurf, S. 6; *Beck*, in: FG Paulus, S. 15, 30; nur bzgl. § 89a Abs. 2 Nr. 1, 3, 4 StGB *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht? Verfassungsrechtliche und strafrechtssystematische Grenzen der Vorfeldkriminalisierung [2012], S. 239) und als rechtsstaatlich nicht haltbar (*Gierhake*, Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags [2009], S. 4) kritisiert.

³ So würde die zugrunde liegende Entscheidung des LG Frankfurt vom BGH (nur) teilweise wegen mangelnder Feststellungen zur subjektiven Seite an das Tatsachengericht zurückverwiesen, Rn. 54 ff.

⁴ Rn. 8 ff.

⁵ Rn. 18 ff.

⁶ Rn. 25 ff.

⁷ Rn. 29 ff.

⁸ Rn. 45.

⁹ Rn. 45.

¹⁰ Es ist folglich zu erwarten, dass künftig als Verteidigungsstrategie bei gem. § 89a StGB Angeklagten u.a. die Unbedingtheit des Entschlusses in Frage gestellt werden wird.

¹¹ Siehe das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005, ETS Nr. 196, und der Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28. November

gangen ist. Dies liegt darin begründet, dass – trotz der das Gegenteil vermuten lassenden Formulierung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung¹² – nur Teile des Gesetzes tatsächlich auf die europäischen Vorgaben zurückzuführen und daher an ihnen zu messen sind. Der § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB gehört gerade nicht dazu,¹³ so dass eine inhaltliche Auseinandersetzung allein vor dem Hintergrund des nationalen Rechts zu erfolgen hatte.

II. Die Ausführungen des BGH zur Verfassungsmäßigkeit

Der Beurteilung der Norm als verfassungsgemäß ist unter Beachtung der restriktiven Auslegung im Ergebnis zuzustimmen¹⁴ und auch der restriktive Ansatz zur Auslegung des subjektiven Tatbestands ist begrüßenswert. Teilweise sind die konkreten Erwägungen zur Verfassungsmäßigkeit jedoch kritikwürdig.

So setzt sich der BGH mit der Frage der Bestimmtheit von § 89a Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 StGB nur sehr oberflächlich auseinander. Die Begrifflichkeiten der „Gegenstände oder Stoffe [...] die für die Herstellung von Waffen, Stoffen oder Vorrichtungen der in Nummer 1 bezeichneten Art wesentlich sind“ in § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB, die sog. „Grundstoffe“, werfen doch aufgrund ihrer weiten Fassung Probleme hinsichtlich der Normbestimmtheit auf, die vom BGH nur recht kurz behandelt werden. Er behauptet unter Hinweis auf die Übertragung der Auslegung von §§ 1 ff. SprengG und § 310 StGB und dass einzelne Alltagsgegenstände vom Tatbestand nicht erfasst seien, dass der Tatbestand „hinreichend konkret gefasst“ sei.¹⁵ Dabei unterlässt er es aber leider deutlich zu machen, wo genau die Linie von strafbaren zu straf-freien Verhalten zu ziehen ist.

Durch den Bezug zu § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB erfolgt zwar zunächst zumindest eine gewisse Einschränkung der genannten Tatobjekte. Grundsätzlich werden „Gegenstände und Stoffe“ erfasst, die erst durch eine Be- oder Verarbeitung die entsprechende Eignung als eines der in § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgeführten Stoffe erlangen wie z.B. auch Bleich- oder Düngemittel. Folglich könnten tatsächlich Alltagsgegenstände in erheblichem Umfang der Norm unterfallen. Der BGH verkennt dabei mit seinem Hinweis darauf, dass laut des gesetzgeberischen Willens Alltagsgegenstände nicht erfasst sein sollen, dass der Norm gerade nicht einsatzfähige oder schnell einsatzbereit machbare Stoffe unterfallen, so dass es an einer Gefährlichkeit der Stoffe selbst vollkommen fehlt. Ein Beispiel für die Problematik liefert ein Beschluss des Kammergerichts, in dem es unter anderem um das Auf-

bewahren von Salzsäure ging, die nach einer spontanen Auskunft der Ehefrau des Tatverdächtigen lediglich zum Putzen verwendet worden war.¹⁶ Die Frage, ob – auch zum Putzen geeignete – Salzsäure als Grundstoff von § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB erfasst wird, verdeutlicht die Problematik, die hinsichtlich des Bestimmens der Reichweite der Norm besteht und zeigt auf, dass diese auch durch die wenigen Hinweise des BGH zur Interpretation der Norm nicht gelöst ist.¹⁷

Im Rahmen der Gedanken zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne geht der BGH auch auf den vielfach kritisierten,¹⁸ verhältnismäßig hohen Strafrahmen des § 89a StGB ein, der eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vorsieht. Dabei stellt er ausdrücklich fest, dass „Handlungen erfasst [werden], die erhebliche Unterschiede in Bezug auf die Art und das Maß der Gefährdung dieser Rechtsgüter und auf den individuellen Unrechts- sowie Schuldgehalt aufweisen“, wobei er davon ausgeht dass dem in der Rechtsfolgenzumessung angemessen Rechnung getragen werden kann.¹⁹ Hierbei verweist er ausdrücklich auf den in Abs. 5 normierten minder schweren Fall, die tätige Reuevorschrift des Abs. 7 sowie die Möglichkeit der Einstellung aus Opportunitätsgründen nach §§ 153, 153a StPO.²⁰ In Anbetracht des – gerade auch im Vergleich mit vergleichbaren anderen Gefährdungsdelikten²¹ – hohen Strafmaßes bei weiter Vorverlagerung der Strafbarkeit wäre hier eine deutlichere Einschränkung wünschenswert gewesen. Als Zugeständnis an das hohe Strafmaß sollte daher die Anwendung eines minder schweren Falles nach Absatz 5 mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren regelmäßig angezeigt sein. Eine Ausschöpfung des Strafrahmens wäre gerade in den

¹⁶ KG Beschluss vom 26.10.2011, Az: 4 Ws 92/11 Rn. 34, bei dem das Gericht zwar davon ausgeht, dass Salzsäure ein Grundstoff sein könnte, aber nicht hinreichend Anhaltspunkte für einen dringenden Verdacht der „Verwahrung [...] mit staatschutzrelevanter Zielsetzung“ sah.

¹⁷ Zu der Bestimmtheitsproblematik siehe auch *Petzsche* (Fn. 11), S. 179.

¹⁸ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015), § 89a Rn. 45, spricht sogar von „exorbitant hoch“ und „schlicht überzogen“; kritisch auch *Paeffgen*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 89a Rn. 53a; *Backes* StV 2008, 654, 656 f.; *Radtko/Steinsiek* ZIS 2008, 383, 391 f.

¹⁹ Rn. 24.

²⁰ Rn. 24.

²¹ Dieser Strafrahmen erscheint sehr hoch im Vergleich zu anderen vergleichbaren Normen. Zwar sehen §§ 80 und 83 StGB für Vorbereitungshandlungen Strafrahmen von „lebenslanger Freiheitsstrafe oder [...] Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren“ respektive „von einem Jahr bis zu zehn Jahren“ vor, doch diese beziehen sich auch auf einen Angriffskrieg bzw. ein hochverräterisches Unternehmen. Der dem § 89a StGB ähnliche § 310 Abs. 1 StGB, der die Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens pönalisiert, sieht hingegen mit Ausnahme der Nr. 1 eine Höchststrafe von fünf Jahren vor. Insbesondere im Vergleich zu den vom Allgemeinen Teil erfassten Beihilfehandlungen zu den Tatbeständen der §§ 211, 212, 239a, 239b StGB sowie den Verbrechenverabredungshandlungen zu §§ 211, 212 StGB wird die strenge Bestrafung der reinen Vorbereitungshandlungen deutlich. Bei einer konkreten Verabredung und der Beihilfe zu einer solchen tatsächlich begangenen Tat ist ein Strafrahmen von zwei Jahren bis elf Jahren und drei Monaten gegeben.

2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, vertiefend dazu *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung – Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Großbritannien und Spanien (2013), S. 59 ff.

¹² BT-Drs. 16/12428, S. 2.

¹³ *Petzsche* (Fn. 11), S. 168.

¹⁴ Bereits unter Hinweis auf die Zweifel hinsichtlich der Bestimmtheit eine einschränkende Auslegung des § 89a StGB fordernd *Petzsche*, (Fn. 11), S. 180, 184, 186.

¹⁵ Rn. 13.

Fällen, in denen lediglich ein minimales Unrecht verwirklicht ist wie z.B. bei dem von § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB erfassten Verwahren von Düngemitteln oder Nägeln, unverhältnismäßig. In vergleichbaren „leichten“ Vorbereitungsfällen sollte daher eine verfassungskonforme Reduzierung auf den Straffrahmen des minder schweren Falles erfolgen.²² Dies entspricht auch der früheren Vorgehensweise der Rechtsprechung bezüglich der Scheinwaffenproblematik bei § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. So war in Scheinwaffenfällen für den Regelfall die Anwendung des § 250 Abs. 2 a.F. StGB vorgesehen.²³

Mit dieser Entscheidung zu § 89a StGB bezieht der BGH hinsichtlich vieler der aufgeworfenen Probleme deutlich Position und führt einige Fragen (vorerst) der Klärung zu. Dennoch wirft die Entscheidung im Hinblick auf die weiteren Normen des GVVG sowie zukünftige Gesetzesvorhaben im Bereich der terroristischen Vorbereitungsaktionen auch weitere Fragen auf.

III. Ausblick

So bleibt es spannend, ob der BGH auch bei einer etwaigen zukünftigen Entscheidung zu § 89b StGB zu dem gleichen Ergebnis der Verfassungsmäßigkeit wie im Falle des § 89a StGB kommen wird. Gemeinsam mit §§ 89a und 91 durch das GVVG in das Strafgesetzbuch eingeführt, pönalisiert § 89b StGB die „Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“.²⁴ Mit Hinblick darauf, dass der BGH die Verfassungsmäßigkeit des § 89a StGB von einer verfassungskonformen Reduktion und der Forderung, dass der Täter zur Begehung der staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen sei, abhängig macht, dürfte eine Prognose jedoch möglich sein. Als Tathandlung verlangt der § 89b StGB lediglich, dass der Täter zu einer terroristischen Vereinigung Beziehungen aufnimmt oder unterhält, wobei eine Einschränkung im Rahmen des subjektiven Tatbestandes erfolgt. Hiernach bedarf es der „Absicht, sich in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat gemäß § 89a Abs. 2 Nr. 1 unterweisen zu lassen“, so dass die Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat selbst gar nicht von dem Vorsatz des Handelnden umfasst sein muss. Da jedoch auch die vom BGH zu § 89a StGB angeführten Kritikpunkte, wie etwa dass die Verletzung oder konkrete Gefährdung der Schutzgüter sehr weit entfernt sei, die Pönalisierung eher neutraler Verhaltensweisen erfolge und eine besonders weite Vorverlagerung der Strafbarkeit vorliege,²⁵ ebenfalls bzw. noch in gesteigertem Maße auf den § 89b StGB zutreffen, dürfte eine gerade noch die Verfassungsmäßigkeit erhaltende Reduktion des subjektiven Tatbestands hier ausscheiden.

Beachtlich ist die Entscheidung auch vor dem Hintergrund des neuen Gesetzgebungsvorhabens des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Demnach soll zukünftig neben einem eigenen Terroris-

musfinanzierungstatbestand auch strafbar sein, wer Deutschland verlassen will, um sich im Ausland am Dschihad, also dem sogenannten "Heiligen Krieg" zu beteiligen sowie wer Deutschland verlassen will, um sich in sogenannten Terror-Camps ausbilden zu lassen, wenn er die Absicht hat, einen Terroranschlag zu begehen oder sich dem Dschihad anzuschließen.²⁶ Zwar geht dieses Vorhaben auf die UN-Sicherheitsratsresolution 2170(2014) zurück – fraglich ist aber, ob es diesbezüglich überhaupt einer Umsetzung bedarf oder ob nicht viel mehr die bereits vorhandenen Strafnormen ausreichend sind.²⁷ So fordert die Resolution inhaltlich (lediglich) gegen Reisebewegungen von Terroristen vorzugehen und Grenzüberschritte von Terroristen möglichst zu verhindern sowie die Terrorismusfinanzierung zu verhindern bzw. zu unterbinden. Nicht ersichtlich ist hinsichtlich des geplanten Terrorismusfinanzierungstatbestands, welche Handlungen dieser noch erfassen soll, die nicht bereits durch § 89a Abs. 1, 2 Nr. 4 StGB²⁸ sowie § 261 Abs. 1 Nr. 5 StGB²⁹ pönalisiert sind.

Auch hinsichtlich des angekündigten „Ausreisetatbestands“ stellt sich die Frage nach seiner Notwendigkeit: § 89a StGB erfasst längst die terroristische Ausbildung selbst und § 89b StGB pönalisiert bereits die bloße Kontaktaufnahme zu einer terroristischen Vereinigung, in der Absicht, sich in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat gemäß § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB unterweisen zu lassen. Denkbar ist eine Strafbarkeitslücke lediglich für diejenigen Personen, die einfach ohne

²⁶ http://www.deutschlandfunk.de/terrorismus-maas-will-das-strafrecht-verschaerfen.1783.de.html?dram:article_id=300879 (zuletzt abgerufen am 11.12.2014).

²⁷ So fordert die Resolution zum einen in Rn. 8: „Calls upon all Member States to take national measures to suppress the flow of foreign terrorist fighters to, and bring to justice, in accordance with applicable international law, foreign terrorist fighters of, ISIL, ANF and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida, reiterates further the obligation of Member States to prevent the movement of terrorists or terrorist groups, in accordance with applicable international law, by, inter alia, effective border controls, and, in this context, to exchange information expeditiously, improve cooperation among competent authorities to prevent the movement of terrorists and terrorist groups to and from their territories, the supply of weapons for terrorists and financing that would support terrorists;“ und zum anderen in Rn. 11: “Reaffirms its resolution 1373 (2001) and in particular its decisions that all States shall prevent and suppress the financing of terrorist acts and refrain from providing any form of support, active or passive, to entities or persons involved in terrorist acts, including by suppressing recruitment of members of terrorist groups and eliminating the supply of weapons to terrorists;“.

²⁸ § 89a Abs. 2 „Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er ... 4. für deren Begehung nicht unerhebliche Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt“.

²⁹ § 261 Abs. 1 „Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind ... 5. Vergehen nach § 89a und nach den §§ 129 und 129a Abs. 3 und 5, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, sowie von einem Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1) begangene Vergehen.“

²² So bereits Petzsche (Fn. 11), S. 164 f.

²³ BGH NJW 1990, 2570; 1996, 2663; NStZ 1997, 184.

²⁴ Vertiefend zu § 89b StGB siehe nur Petzsche (Fn. 11), S. 187 ff.

²⁵ Rn. 44.

vorherigen Kontakt zu einer terroristischen Vereinigung in ein fremdes Land reisen, in der Hoffnung dort zu jemand Kontakt aufnehmen zu können, der ihnen den Zugang zu einer solchen Organisation vermittelt. Hier stellt sich aber zum einen die Frage nach der Gefährlichkeit und damit Strafwürdigkeit eines solchen ungeplanten, ja geradezu naiven Vorgehens. Zum anderen gilt es hier auch zu bedenken, dass der BGH den § 89a StGB nur aufgrund einer „verfassungskonforme[n] Restriktion“ für

haltbar hält,³⁰ so dass eine noch weiter gehende Strafbarkeit (soweit diese Handlungen nichts sowieso bereits von § 89a StGB erfasst sind) tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Ob eine solche neue Norm damit verfassungsrechtlich haltbar wäre, ist sehr fraglich, kann jedoch erst abschließend beantwortet werden, wenn der Gesetzentwurf bzw. die Endversion, die letztlich auch verabschiedet wird, vorliegt.

³⁰ Rn. 45.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Bereicherungsabsicht als besonderes persönliches Merkmal

Von Wiss. Mitarbeiter Andrej Umansky, LL.M. (Köln/Paris I), M.A. (Paris IV), Köln, Wiss. Mitarbeiterin Mylène Mathieu, LL.M. (Köln/Paris I), Köln

Wie das Merkmal der Absicht „bei den einzelnen Tatbeständen konkretisierend ausgelegt werden muss, ist äußerst umstritten.“¹ Damit bringt es Roxin auf den Punkt. Beispielhaft hierfür ist die Bereicherungsabsicht, die in einer Vielzahl strafrechtlicher Normen zu finden ist. Ausgangspunkt dieser Absicht ist § 263 Abs. 1 StGB, der denjenigen bestraft der, u.a. in der Absicht handelt „sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen“. Vom Wortlaut deutlicher sind §§ 253² und 259 StGB, die voraussetzen, dass der Täter „um sich oder einen Dritten zu bereichern“³ oder „in der Absicht handelt, sich oder einen Dritten zu bereichern“ (§§ 236 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 StGB).⁴ Gleiches gilt für den Fall, in dem der Täter „seines Vermögensvorteils wegen“ die Tat ausführt (§§ 181a Abs. 2 Nr. 2 und 219a StGB). Trotz unterschiedlichen Wortlauts besteht Einigkeit darüber, dass es sich um dasselbe Absichtsmerkmal handelt.⁵ Umso überraschender ist die unterschiedliche Behandlung dieser Absicht im Rahmen des § 28 StGB. Tatsächlich wird sie in manchen Fällen als nach §§ 26, 27 StGB akzessorisch zuzurechnendes Unrechtsmerkmal oder als besonderes persönliches Merkmal betrachtet. Auch die Heranziehung des mit der Bereicherungsabsicht verwandten, täterbezogenen Mordmerkmals der Habgier, das zumindest im Kern eine solche Absicht enthält, verursacht nur weitere Widersprüchlichkeiten.

Über die Rechtsnatur der Bereicherungsabsicht schweigt das Gesetz, doch ist sie im Falle einer Beteiligung an einer Straftat von enormer Bedeutung. Eine einheitliche systematische Anwendung ist umso bedeutender. Für die Analyse dieser Frage werden zunächst die überschießenden Innentendenzen, zu denen die Bereicherungsabsicht gehört, erläutert (I.). Danach soll ihre Einordnung als besonderes persönliches Merkmal, insbesondere durch Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und Lehre im Kern- und Nebenstrafrecht erörtert (II.) und kritisch betrachtet (III.) werden, bevor ein eigener Lösungsansatz dargestellt (IV.) und ein Fazit (V.) gezogen wird.

I. Behandlung der überschießenden Innentendenzen

Wie überschießende Innentendenzen im Rahmen der Teilnahme zu behandeln sind, hängt freilich von deren Rechtsnatur ab. Definiert wird diese Figur als „Tatbestandselement, auf deren objektive Verwirklichung der Gesetzgeber verzichtet, obwohl sie seiner Auffassung nach zu dem betreffenden Deliktstyp dazugehören“.⁶ Im Falle eines Diebstahls gem. § 242 StGB lässt sich beispielsweise erkennen, wie der Gesetzgeber die Vollen- dung der Tat vorverlegt. Die im Abs. 1 genannte Zueignung ist, genau so wie etwa die Wegnahme, ein Tatbestandsmerkmal der Regelung. Für die Verwirklichung des Unrechts reicht jedoch, dass der Täter mit der Absicht handelt, die fremde Sache „sich oder einem Dritten zuzueignen“. Nicht vorausgesetzt wird aber, dass diese Zueignung tatsächlich stattfindet. Das erbrachte Beispiel gehört ebenfalls, wie die Bereicherungsabsicht, zu Tatbe-

¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 7.

² Verweisend auf § 253: §§ 239a, 255 u. 316a StGB.

³ Bei § 253 StGB präzisiert der Gesetzgeber, dass die Bereicherung rechtswidrig geschehen muss.

⁴ Im Nebenstrafrecht beispielsweise § 148b GewO (Fahrlässige Hehlerei von Edelmetallen u. Edelsteinen) oder § 374 Abs. 1 AO (Steuerhehlerei).

⁵ Zuletzt BGH NStZ 2011, 699, 701 = HRRS 2011 Nr. 375; Wittig JA 2013, 401.

⁶ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, StGB, 29. Aufl. (2014), § 28 Rn. 20; Schwerdtfeger, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale (1992), S. 217.

ständen der Kategorie der kupierten Erfolgsdelikte.⁷ Sie unterscheiden sich von den anderen Erfolgsdelikten dadurch, dass der Erfolgseintritt vom Tatbestand nicht verlangt wird, sondern dessen Verwirklichung vom Täter lediglich angestrebt werden muss, was als überschießende Innentendenz bezeichnet wird.⁸

Aufgrund des subjektiv-objektiv gemischten Charakters dieser Elemente werden alle drei möglichen Formen der Akzessorität ausgeschöpft. Die Merkmale, die bei dem Haupttäter vorliegen, werden dem Teilnehmer entweder vollakzessorisch, nonakzessorisch oder semiakzessorisch zugerechnet. Nach dem Grundsatz der Akzessorität der Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) wird dem Teilnehmer die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale durch den Täter unter der Voraussetzung zugerechnet, dass der Teilnehmer sie kennt und diesbezüglich einen Vorsatz hat.⁹ Die – objektiven und subjektiven – Unrechtsmerkmale unterliegen diesem Zurechnungsmechanismus.¹⁰ Ausgenommen sind hingegen die Schuldmerkmale nach § 29 StGB, die nicht akzessorisch und somit nicht zurechenbar sind.¹¹ Dabei soll es sich um Tatmotive, aus denen eine „besonders verwerfliche Gesinnung des Täters“ hergeleitet werden könne, handeln.¹² Von dem Grundsatz der Vollakzessorität sind außerdem Einschränkungen bei besonderen persönlichen Merkmalen vorzunehmen, die lediglich semiakzessorisch zugerechnet werden und somit die Akzessorität limitieren. Unter Semiakzessorität versteht man hierbei die Zurechnung von Elementen, die dem Teilnehmer zwar zugerechnet werden, jedoch bei deren Fehlen eine Strafmilderung nach den Grundsätzen des § 49 StGB mit sich führen.¹³ Die Begründung dafür lautet nach Puppe: „Das Unrecht ist dem Beteiligten gemeinsam, die Schuld ist individuell.“¹⁴

Nach der herrschenden Meinung werden die überschießenden Innentendenzen als Unrechtsmerkmale gesehen, die dem Teilnehmer vollakzessorisch zugerechnet werden, so dass ein Zugriff auf § 28 StGB nicht in Frage kommen würde.¹⁵ Dagegen wird vertreten, dass die überschießenden Innentendenzen nicht akzessorisch zu behandeln seien.¹⁶ Dieser Ansicht nach erfolgt keine Zurechnung dieser Innentendenzen, so dass sich der Teilnehmer erst dann strafbar macht, wenn er sie selbst hegt.

Die Vertreter dieser Meinung gehen dabei davon aus, dass der Teilnehmer in einem solchen Fall mit einem straflosen *agent provocateur* vergleichbar ist.¹⁷ Ein Teil der Literatur lehnt die Strafbarkeit des Anstifters bereits dann ab, wenn sein Vorsatz die Beendigung der Haupttat nicht umfasst.¹⁸ Folglich wird gefordert, dass der Teilnehmer, der diese Innentendenzen nicht aufweist, so wie derjenige zu behandeln ist, der keinen Vorsatz bezüglich der Vollendung und/oder Beendigung der Tat hat. Schließlich wird von *Schünemann* wiederum die „Einheitstheorie“ vertreten, die besagt, dass diese Merkmale als persönliche Merkmale semiakzessorisch behandelt werden müssen.¹⁹ Jedoch wird diese Ansicht von der h.L. als „Absage an das Prinzip der Akzessorität“ abgelehnt.²⁰

Keine dieser „pauschalen“ Meinungen überzeugt vollständig. Das Vorbringen einer Vielzahl von Lösungen im Rahmen der überschießenden Innentendenzen zeigt, dass das Bedürfnis nach einer flexibleren Behandlung dieser Merkmale vorhanden ist. Solche selektiven Lösungen sind in der Literatur bereits erwähnt. *Herzberg* beispielsweise fordert zwar grundsätzlich eine nonakzessorische Behandlung dieser Merkmale, stellt aber differenzierend fest, dass die Merkmale, die als *wertneutral* zu kennzeichnen sind, dem Teilnehmer vollakzessorisch zugerechnet werden. Danach soll die Besonderheit der nonakzessorischen Merkmale von ihrer Wertbezogenheit oder ihrer Wertneutralität abhängen. Anschließend kann diese Unterscheidung „wertneutral-wertbezogen“ mit der Unterscheidung „tatbezogen-täterbezogen“ verglichen werden.²¹ Diese Gleichsetzung von tatbezogenen und wertneutralen Merkmalen sorgt für Kritik. So wird anhand der beabsichtigten Vermögensverschiebung, die den Unwertgehalt der Tat beim Betrug mitbestimmt, dargelegt, dass tatbezogene Merkmale nicht wertneutral sein können.²² Folglich überzeugt diese Trennung nicht. Ein weiterer Lösungsansatz (*Hoyer*) unterscheidet zwischen Merkmalen mit und Merkmalen ohne Unwertgehalt. Die Merkmale ohne Unwertgehalt weisen ein „erhöhtes Präventionsbedürfnis“ auf und werden als „Präventionsmerkmale“ bezeichnet.²³ Dabei geht es darum, eine generalpräventive Aufgabe zu garantieren und dem Deliktstyp zuzuweisen.²⁴ So wird dem Teilnehmer vorgeworfen, er gäbe durch sein Mitwirken dem Täter die Möglichkeit, ein wegen des Vorliegens dieses Merkmals besonderes verwerfliches Delikt zu verwirklichen.²⁵ Jedoch schließt *Hoyer* im Gegensatz zu *Herzberg* aus dieser Wertneutrali-

⁷ SSW-StGB/Satzger, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 291. Zur Unterscheidung der Absichtsdelikte in unvollkommen zweikupierte Delikte u. kupierte Erfolgsdelikte, siehe *Roxin*, a.a.O. (Fn. 1), § 10 Rn. 84; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2013), 8. Kap., Rn. 27.

⁸ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2012), Rn. 160.

⁹ Puppe ZStW 120 (2008), 504.

¹⁰ Puppe ZStW 120 (2008), 504, 508.

¹¹ Puppe ZStW 120 (2008), 504, 520.

¹² Puppe ZStW 120 (2008), 504, 520; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (1958), S. 197 ff.; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1975), 10. Kap., Rn. 117.

¹³ *NK/Puppe*, StGB, 4. Aufl. (2013), §§ 28, 29 Rn. 7.

¹⁴ Puppe ZStW 120 (2008), 504, 507.

¹⁵ BGHSt 22, 175 (180); *MüKo-StGB/Joelckes*, 2. Aufl. (2011 ff.), § 28 Rn. 43; *Schönke/Schröder/Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 6), § 28 Rn. 20; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2014), § 46 Rn. 20.

¹⁶ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 23. Abschnitt, Rn. 19; *Herzberg* GA 1991, 145, 153.

¹⁷ *Herzberg* GA 1991, 145, 153.

¹⁸ *MüKo-StGB/Joelckes*, a.a.O. (Fn. 15), § 26 Rn. 68; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2012), § 20 Rn. 205. Die h.M. lehnt die Strafbarkeit mangels Vorsatzes bezüglich der Vollendung der Tat ab, vgl. *Schönke/Schröder/Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 6), § 26 Rn. 23.

¹⁹ *LK/Schünemann*, 12. Aufl. (2007 ff.), § 28 Rn. 45; *ders.*, Unternehmenskriminalität u. Strafrecht (1979), S. 131 ff.; *ders.*, Jura 1980, 354, 364; *ders.* GA 1986, 293, 340; *ders.*, in: Festschrift für Küper zum 70. Geburtstag (2007), S. 561, 575.

²⁰ *NK/Puppe*, a.a.O. (Fn. 13), §§ 28, 29 Rn. 51 m.w.N.

²¹ *Herzberg* ZStW 88 (1976), 68, 84 ff.

²² *Schönke/Schröder/Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 6), § 28 Rn. 16; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2011), § 12 Rn. 195.

²³ *SK-StGB/Hoyer*, 8. Aufl. (Stand: 140. Lieferung, Oktober 2013), § 28 Rn. 29.

²⁴ *SK-StGB/Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 28 Rn. 28.

²⁵ *SK-StGB/Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 28 Rn. 30.

tät, dass diese Merkmale semiazzessorisch zu behandeln seien.

Dass dieses Ergebnis bei solchen Merkmalen unberechtigt ist, erklärt *Herzberg* damit, dass ein wertneutrales Merkmal, eben aufgrund seiner Wertneutralität, nicht dazu geeignet ist, die Strafwürdigkeit des Teilnehmers nach § 28 Abs. 1 StGB zu mindern.²⁶ Außerdem erweckt die Argumentation *Hoyers* das Gefühl, der Teilnehmer würde im Falle von bestimmten Delikten allein wegen der Besonderheit dieses Delikts härter bestraft. Diese Überlegung steht im Widerspruch mit den wiedergegebenen Lehren des Strafgrunds der Teilnahme, denn dieser würde sich ändern, je nach dem zu welcher Deliktart der Teilnehmer beiträgt.

Dass die Trennung wertneutral/wertbezogen nicht überzeugt,²⁷ zeigt *Puppe*, die zu Recht hervorhebt, wertneutrale Merkmale können auf keinen Fall strafbegründend sein. Die Erfüllung eines Merkmals kann unmöglich als Begründung einer Strafbarkeit angesehen werden, wenn dieses Merkmal kein Unrecht beinhaltet. Und auch der von *Hoyer* genannte Präventionszweck kann einen solchen Schluss nicht rechtfertigen. Vielmehr gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder wird das Merkmal so ausgelegt, dass es einen Unrecht- oder Schuldgehalt beschreibt, oder es wird auf den Zweck der Strafbegründung verzichtet, und somit auf seine semiazzessorische Behandlung gemäß § 28 Abs. 1 StGB. Eine dritte dazwischen liegende Lösung gibt es nicht. Daraus zieht *Puppe* den entgegengesetzten Umkehrschluss: wenn die Strafbarkeit eines potentiellen Täters davon abhängt, ob er solche überschießenden Innentendenzen aufweist, z.B. indem er bei einem Betrug mit der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern (§ 263 Abs. 1 StGB), enthalten diese Merkmale doch einen subjektiven Unrechtsgehalt. Außerdem wendet *Puppe* gegen das Argument des *agent provocateur* ein, der Vorsatz des Teilnehmers bezüglich der überschießenden Innentendenzen würde sich lediglich aus der Lehre des doppelten Teilnehmersvorsatzes ergeben und hätte mit der angeblichen Nonakzessorietät dieser Tendenzen nicht zu tun.²⁸ Nach *Puppe* sind überschießende Innentendenzen somit, als Elemente des Tatvorsatzes, Unrechtsmerkmale²⁹ und unterliegen konsequenterweise genauso wie die anderen Tatbestandsmerkmale der Lehre vom doppelten Teilnehmersvorsatz. Im Ergebnis ist es folglich ein der h.M. ähnlicher Ansatz.

Folglich ergibt sich bezüglich der überschießenden Innentendenzen eine breite Meinungsvielfalt. Am Beispiel der Bereicherungsabsicht soll jedoch gezeigt werden, dass ihre Rechtsnatur nicht generell festgestellt werden kann. Es bedarf vielmehr einer Einzelfallbetrachtung im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut und auf den konkreten Inhalt der Absicht. Die unterschiedlichen Meinungsstände führen zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Natur der Bereicherungsabsicht. Verdeutlicht werden

soll dies anhand einer Gesamtschau der, dieses Merkmal enthaltenden Normen innerhalb des Kern- und Nebenstrafrechts.

II. Behandlung der Bereicherungsabsicht im Kern- und Nebenstrafrecht

Auf den ersten Blick betrachtet, scheint die Bereicherungsabsicht systematisch und dogmatisch nach der h.M. klar eingeordnet zu sein. Sie wird zu den besonderen Absichten im subjektiven Tatbestand gezählt.³⁰ Fast übereinstimmend wird auch die Frage der Behandlung als besonderes persönliches Merkmal beantwortet. Neben dem BGH fasst auch die h.L. die Bereicherungsabsicht als subjektives Unrechtsmerkmal und damit auch tatbezogen auf.³¹ Lediglich *Hoyer* ordnet sie den oben erörterten „Präventionsmerkmalen“ und damit den besonderen persönlichen Merkmalen zu. Begründet wird dies mit der „kriminologisch besonders gefährliche Motivation des Täters“, die die Bereicherungsabsicht grundsätzlich kennzeichnet.³²

Ein weniger einheitliches Bild ergibt jedoch die Gesamtanalyse der verschiedenen Normen aus dem Kern- (1.) und Nebenstrafrecht (2.), die die Bereicherungsabsicht enthalten und im Folgenden dargestellt werden sollen.

1. Kernstrafrecht

Die Bereicherungsabsicht lässt zunächst an den Tatbestand des Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB) denken, obwohl sich dort der *terminus* nicht wörtlich wiederfindet. Dennoch liegt hier traditionell dieselbe Absicht vor.³³ Nach ganz h.M. stellt die Bereicherungsabsicht bei dem Betrug vor allem unter Verweis auf die Konstruktion des erfolgskupierten Deliktes ein Unrechtsmerkmal dar, dass vollakzessorisch zugerechnet wird.³⁴ Danach ersetzt sie lediglich ein objektives Tatbestandmerkmal und es findet eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts vor.³⁵ Folglich sei die Bereicherungsabsicht ein verkapptes Element des äußeren Tatgeschehens.³⁶ Diese Argumentation wird als typisches Beispiel für die vollakzessorische Zurechnung einer überschießenden Innentendenz ver-

²⁶ *Herzberg* ZStW 88 (1976), 68, 93.

²⁷ Zur Kritik siehe auch *Schwerdtfeger*, a.a.O. (Fn. 6), S. 224 f.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, a.a.O. (Fn. 19), S. 135 f.

²⁸ *Puppe* ZStW 120 (2008), 504, 509 f.

²⁹ *Puppe* ZStW 120 (2008), 504, 510.

³⁰ Weitere Beispiele sind neben der schon erwähnten Zueignungsabsicht (§ 242 Abs. 1 StGB), die Täuschungsabsicht bei der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) u. der Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs. 1 StGB).

³¹ BGHSt 55, 229, 232 = HRRS 2010 Nr. 952; NK/*Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 13), § 263 Rn. 385 m.w.N.

³² SK-StGB/*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 263 Rn. 271. Vgl. auch *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. (1983), 11. Kapitel, Rn. 39.

³³ Siehe § 241 des Preußischen StGB von 1851: „*Wer in gewinn-süchtiger Absicht das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt, begeht einen Betrug*“. Zitiert nach LK/*Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 19), vor § 263 Rn. 15.

³⁴ MüKo-StGB/*Hefendehl*, a.a.O. (Fn. 15), § 263 Rn. 771.

³⁵ Für die Zueignungsabsicht: BGHSt 22, 375, 380.

³⁶ So auch die h.L.: LK/*Schünemann*, a.a.O. (Fn. 19), § 28 Rn. 48; *Schönke/Schröder/Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 6), § 28 Rn. 20; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 18), § 20 Rn. 159; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 17), § 12 Rn. 195 ff.

wendet.³⁷ Ohne weitergehende Begründung findet diese Lösung teilweise auch auf die §§ 253³⁸ und 259 StGB,³⁹ sowie § 374 Abs. 1 AO⁴⁰ Anwendung.

Wörtlich wird der Begriff „Bereicherungsabsicht“ im StGB an drei Stellen ausdrücklich vom Gesetzgeber als Qualifikationsmerkmal §§ 203 Abs. 5, 235 Abs. 4 Nr. 2 und 271 Abs. 3 StGB und einmal als Tatbestandsmerkmal § 236 Abs. 2 S. 1 und S. 2 StGB kodifiziert. Seit dem 6. StRG von 1998 enthalten alle vier Normen die fast wortgleiche Formulierung der Handlung des Täters „gegen Entgelt oder mit der Absicht sich oder einen Dritten zu bereichern“.⁴¹ Bei §§ 203 Abs. 5 und 271 Abs. 3 StGB kommt die Schädigungsabsicht als dritte Variante hinzu. Die älteste Norm aus dieser Gruppe ist die mittelbare Falschbeurkundung, die schon in der ersten Fassung des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 eine Qualifikation (§ 272 Abs. 1 StGB a.F.) enthielt, die das Handeln zur Schaffung eines Vermögensvorteils unter Strafe stellte. 1953 wurde die qualifizierte Verletzung von Privatgeheimnissen durch das 3. StrÄndG⁴² in § 300 Abs. 2 S. 1 StGB a.F. eingeführt und zuletzt 1974 durch das EGStGB⁴³ nach § 203 Abs. 5 StGB übertragen. Von Beginn an war jedoch ausdrücklich das Handeln mit der Absicht sich oder einen Dritten zu bereichern als Qualifikation umschrieben. Mit dem 6. StRG von 1998 wurden die §§ 235 und 236 in das StGB eingeführt und bei der Qualifikation des Handelns durch Bereicherungsabsicht orientierte sich der Gesetzgeber ausdrücklich am § 203 Abs. 5.⁴⁴ Gleichzeitig wurde der Wortlaut des § 272 StGB a.F. (§ 271 Abs. 3 n.F.) entsprechend angepasst.⁴⁵ Ausgehend von dieser historischen Untersuchung sollen die genannten Normen einzeln zur Ausgangsfrage erläutert werden.

a) § 271 Abs. 3 StGB

2008 musste sich der BGH zum ersten Mal mit der Frage der Behandlung des § 271 Abs. 3 StGB als besonderes persönliches Merkmal auseinandersetzen.⁴⁶ In der Entscheidung wird die Überlassung dreier falscher Personalausweise für 1.500 Euro durch den Angeklagten an den

³⁷ So die h.M. teilweise ohne Begründung oder auf die Eigenschaft der Bereicherungsabsicht als subjektives Unrechtsmerkmal abstellend: MüKo-StGB/Hefendehl, a.a.O. (Fn. 15), § 263 Rn. 837; LK/Tiedemann, a.a.O. (Fn. 19), § 263 Rn. 288 m.w.N. Ähnlich auch Herzberg ZStW 88 (1976), 68, 100 f., jedoch auf die Wertneutralität abstellend. Kritisch dazu Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 6), S. 224.

³⁸ RGSt 56, 171, 173 (ohne Begründung); NK/Sander, a.a.O. (Fn. 13), § 253 Rn. 39 m.w.N. Entsprechendes gilt für die §§ 255, 239a u. 316a, die auf § 253 StGB zwecks erpresserischer Absicht verweisen.

³⁹ BGH JR 1978, 344, 345 (ohne Begründung); MüKo-StGB/Maier, a.a.O. (Fn. 15), § 259 Rn. 138 m.w.N., a.A. SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 259 Rn. 45.

⁴⁰ Flore/Tsambikakis/Schuster/Schultheinrichs, AO (2013), § 374 AO Rn. 38.

⁴¹ Bei § 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB wird abweichend statt einem Handeln, ein „Begehen“ durch den Täter erwartet.

⁴² BGBl. I, S. 735.

⁴³ BGBl. I, S. 469.

⁴⁴ BT-Drs., 13/8587, S. 39 f.

⁴⁵ BT-Drs., 13/8587, S. 45.

⁴⁶ BGHSt 53, 34 = NJW 2009, 1518 = HRRS 2009 Nr. 128 (Anm. Fritsche NJ 2009, 172 u. Erb NSTz 2009, 389).

Mitangeklagten N. behandelt. Diese waren für künftige Taten zum Zwecke der gewinnbringenden Weiterveräußerung von rechtswidrig erlangten Kraftfahrzeugen vorgesehen, um so für N. das Risiko einer Ergreifung zu verringern. N. verwendete die Kopie eines der falschen Personalausweise, als er bei einer Autovermietung in betrügerischer Absicht einen PKW anmietete. Anschließend wurde das Fahrzeug nach Italien verbracht, dort mit falscher Fahrzeug-Identifizierungsnummer, falschen italienischen Fahrzeugpapieren und falschen italienischen Kfz-Kennzeichen versehen und als sogenannte "Fahrzeugdoublatte" zum Verkehr zugelassen. Nach Rückführung des Fahrzeuges nach Deutschland sowie nach dessen Vorführung bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung einer Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung versuchte N. erfolglos, das Auto beim Straßenverkehrsamt zuzulassen. Hierbei legte er wiederum einen der drei gefälschten Personalausweise vor, die er vom Angeklagten erhalten hatte. Zur Zulassung des Fahrzeuges kam es nicht. Das LG hat den Tatbeitrag des Angeklagten als täterschaftliche Hehlerei in Tateinheit mit mittäterschaftlicher Urkundenfälschung und Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung gegen Entgelt gewertet.⁴⁷ Der BGH hat ebenfalls eine qualifizierte mittelbare Falschbeurkundung angenommen, jedoch die Alternative der Bereicherungsabsicht (§ 271 Abs. 3 Alt. 2 StGB) angenommen. Um die Vollakzessorietät anzuwenden, wurde in der Prüfung als Bedingung lediglich auf die Kenntnis der Bereicherungsabsicht des Haupttäters verwiesen,⁴⁸ ohne dies jedoch näher zu begründen.⁴⁹ Das Ergebnis entspricht der Meinung der h.L., die die Einstufung der Bereicherungsabsicht bei § 271 Abs. 3 StGB mit Verweis auf die Argumentation zu den überschießenden Innentendenzen als besonderes persönliches Merkmal ablehnt.⁵⁰

b) § 203 Abs. 5 StGB

§ 203 StGB soll dem 15. Abschnitt des StGB entsprechend die Unverletzlichkeit der Eigensphäre, d.h. den Kernbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts schützen.⁵¹ Wie bei § 271 Abs. 3 führt § 203 Abs. 5 StGB sowohl zu einer Strafschärfung beim Handeln gegen Entgelt, als auch in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht.

Anders aber als bei § 271 Abs. 3 StGB stuft die h.L. die Bereicherungsabsicht als besonderes persönliches Merkmal ein.⁵² Als Begründung dient die Frage nach der Be-

⁴⁷ BGH NJW 2009, 1518 f. = HRRS 2009 Nr. 128 (teilw. abgedr. in BGHSt 53, 34).

⁴⁸ BGHSt 53, 34, 38 = HRRS 2009 Nr. 128.

⁴⁹ Es wird noch nicht einmal auf BGHSt 22, 375 verwiesen.

⁵⁰ Schönke/Schröder/Heine/Schuster, a.a.O. (Fn. 6), § 271 Rn. 44; MüKo-StGB/Freund, a.a.O. (Fn. 34), § 271 Rn. 56; NK/Puppe, a.a.O. (Fn. 13), § 271 Rn. 66; LK/Zieschang, a.a.O. (Fn. 19), § 271 Rn. 109; Kühl, a.a.O. (Fn. 18), § 20 Rn. 159, a.A. SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 271 Rn. 36, jedoch ohne Begründung. Nach Hoyer soll ferner die Variante der Schädigungsabsicht tatbezogen sein, da ein anderes Rechtsgut betroffen ist.

⁵¹ So die h.L., NK/Kargl, a.a.O. (Fn. 13), § 203 Rn. 4; MüKo-StGB/Cierniak/Pohlitz, a.a.O. (Fn. 15), § 203 Rn. 3 ff. m.w.N.

⁵² NK/Kargl, a.a.O. (Fn. 13), § 203 Rn. 87; MüKo-StGB/Cierniak/Pohlitz, a.a.O. (Fn. 15), § 203 Rn. 135;

troffenheit des maßgeblichen Rechtsguts.⁵³ Folglich soll die Qualifikation in Abs. 5 nicht das Rechtsgut des § 203 StGB schützen, sondern die besondere Motivation des Täters kennzeichnen und dabei wird teilweise sogar das Handeln gegen Entgelt auf die gleiche Weise behandelt.⁵⁴ Dagegen wird eingewendet, dass das systematisch widersprüchlich sei, da das Verwerten eines Geheimnisses nach § 204 dem § 203 Abs. 5 Alt. 2 StGB nahe steht und tatbezogen ist.⁵⁵ Als Gegenargument wird angeführt, dass das Verwerten bei § 204 StGB eine Gewinnerzielungsabsicht erfordert, die ebenfalls ein täterbezogenes Merkmal ist.⁵⁶ Ferner wird auf die besonders verwerfliche Gesinnung bei Handeln mit Bereicherungsabsicht verwiesen.⁵⁷ Die erhöhte Verwerflichkeit ist durch den Eingriff aus wirtschaftlichen Zwecken gekennzeichnet.⁵⁸

c) §§ 235 Abs. 4 Nr. 2, 236 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 StGB

Im Falle der Kindesentführung ist ebenfalls eine Qualifikation mit Bereicherungsabsicht (§ 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB) gegeben. § 236 StGB (Kinderhandel) enthält diese Form der Handlung in seinen Grundtatbeständen in Abs. 2 S. 1 und Abs. 2 StGB. Auch hier beschäftigte sich der BGH erst kürzlich mit der Frage der Behandlung der Bereicherungsabsicht bei § 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB als besonderes persönliches Merkmal.⁵⁹

In dem genannten Fall handelt es sich um einen Vater, der die als Detektive tätigen Angeklagten beauftragte, seine vierjährige Adoptivtochter zunächst zu observieren. Hintergrund hierfür war, dass die Kindesmutter sich von ihm getrennt hatte und die Tochter bei ihr lebte. Die Angeklagten wussten, dass eine gewaltsame Wegnahme des Kindes unzulässig war. Sie entschlossen sich dennoch, den Vater bei der nun geplanten Entführung des Kindes zu unterstützen. Im Auftrag des Vaters organisierten die Angeklagten vor der Entführung einen Mietwagen dabei wissend, dass dieser bei einer möglichen Entführung des Kindes Verwendung finden würde. Drei unbekannte Täter entführten das Kind später auftragsgemäß mit Hilfe des Mietwagens. Ob die Angeklagten sich unter

den unbekanntem Tätern befanden, kann nicht geklärt werden. Für ihre Tätigkeiten erhielten die Angeklagten von dem Vater einen Betrag in Höhe von mindestens 10.400 €.

Im vorliegenden Urteil entschied der BGH, dass die Bereicherungsabsicht als tatbezogen anzusehen ist, mit der Rechtsfolge, dass sich ein Teilnehmer, der mit Bereicherungsabsicht gemäß § 235 Abs. 4 Alt. 2 StGB handelt, „lediglich“ wegen Teilnahme zum Grundtatbestand – hier zum § 235 Abs. 1 StGB – strafbar macht, wenn der Haupttäter die genannte Absicht nicht aufweist.⁶⁰ Dadurch wurde die Entscheidung des Landgerichts, das ohne weitere Begründung eine Strafbarkeit der Teilnehmer nach der Qualifikation des § 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB annahm,⁶¹ kassiert.⁶²

Der BGH arbeitet im vorliegenden Urteil mit der schon durch das Reichsgericht entwickelten Abgrenzung von tat- und täterbezogenen Merkmalen.⁶³ Danach sind nur letztere besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB.⁶⁴ Die Bereicherungsabsicht sei aufgrund der o.g. Auslegung ihrer Rolle als verkapptes Element ein tatbezogenes Merkmal.⁶⁵ Der Standort als Qualifikationsbestand wie bei § 271 Abs. 3 StGB führe zu keinem Unterschied.⁶⁶

Für das Kernstrafrecht kann als Zwischenergebnis festgestellt werden, dass die Bereicherungsabsicht von der h.L. lediglich bei § 203 Abs. 5 StGB als besonderes persönliches Merkmal eingestuft wird. Bei den anderen Normen wird dies sowohl von der Rechtsprechung als auch von weiten Teilen der Lehre abgelehnt.

Neben dem Kernstrafrecht findet sich die Bereicherungsabsicht jedoch auch in zahlreichen strafrechtlichen Nebengesetzen wieder, die vor einer abschließenden Stellungnahme zu erörtern sind.

2. Nebenstrafrecht

Bei der Vielzahl nebenstrafrechtlicher Normen mit der Bereicherungsabsicht als Grundtatbestands- oder Qualifikationsmerkmal können zwei Gruppen identifiziert werden, die nach den jeweiligen Pflichten des Beteiligten geordnet sind. Einerseits betrifft es die Berichtspflicht und andererseits die Geheimhaltungspflicht, was bei allen Normen zu einem Sonderdeliktscharakter führt.

LK/Schünemann, a.a.O. (Fn. 19) § 203 Rn. 165; SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 203 Rn. 65; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn. 6), § 203 Rn. 75; SSW-StGB/Bosch, a.a.O. (Fn. 7), § 203 Rn. 50; Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 28 Rn. 9 u. § 203 Rn. 28; Graf/Jäger/Wittig/Dannecker, Wirtschafts- u. Steuerstrafrecht (2011), § 203 Rn. 76; Herzberg GA 1991, 145, 178; Schmitz JA 1996, 949, 953; a.A. Schönke/Schröder/Lenckner, 27. Aufl. (2006), § 203 Rn. 75; Gössel/Dölling, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. (2004), § 37 Rn. 181.

⁵³ NK/Kargl, a.a.O. (Fn. 13), § 203 Rn. 87; SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 203 Rn. 65; Herzberg GA 1991, 145, 178; Schmitz JA 1996, 949, 951.

⁵⁴ LK/Schünemann, a.a.O. (Fn. 19), § 203 Rn. 165.

⁵⁵ Schönke/Schröder/Lenckner, a.a.O. (Fn. 52), § 203 Rn. 75. Anders nun Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele (a.a.O. (Fn. 6), § 203 Rn. 75) seit der 28. Aufl.

⁵⁶ NK/Kargl, a.a.O. (Fn. 13), § 203 Rn. 87; SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 203 Rn. 65.

⁵⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn. 6), § 203 Rn. 75.

⁵⁸ LK/Schünemann, a.a.O. (Fn. 19), § 203 Rn. 163, NK/Kargl, a.a.O. (Fn. 13), § 203 Rn. 83. Vgl. BGH NStZ 1993, 538, 539.

⁵⁹ BGHSt 55, 229 = NJW 2010, 3669 = HRRS 2010 Nr. 952.

⁶⁰ Zustimmend *Deutscher StRR* 2011, 28; *Wieck-Noodt NStZ* 2011, 458; *Satzger JK* 5/11, StGB § 28 II/2; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 18), § 20 Rn. 159, a.A. *Schünemann GA* 2011, 445, 452 ff.; *Hoyer GA* 2012, 123. Zweifelnd *Fischer*, StGB, 61. Aufl. (2014), § 235 Rn. 20.

⁶¹ LG Meiningen, Urt. v. 25.09.2009, Az. 560 Js 12463/07 – 1 KLs, unveröffentlicht.

⁶² Unklar ist, ob das LG ein Handeln gegen Entgelt nach Alt. 1 oder mit Bereicherungsabsicht nach Alt. 2 annimmt.

⁶³ RGSt 60, 158, 159; st. Rspr. BGHSt 6, 260, 262; 22, 375, 380. Stellvertretend kritisch für einen bedeutenden Teil der Lehre, NK/Puppe, a.a.O. (Fn. 13), §§ 28, 29 Rn. 16.

⁶⁴ Grundlegend, BGHSt 22, 375, 378 f.; zuletzt 55, 229, 232 = HRRS 2010 Nr. 952.

⁶⁵ Siehe II.1.

⁶⁶ BGHSt 55, 229, 233 = HRRS 2010 Nr. 952, unter Verweis auf BGHSt 53, 34, 38 = HRRS 2009 Nr. 128.

Anzumerken ist schließlich, dass alle aufgeführten Normen neben der Bereicherungsabsicht die Varianten der Handlung gegen Entgelt und der Schädigungsabsicht mitumfassen.

a) Berichtspflichttaten

Dieser Deliktstyp, der im Wirtschaftsstrafrecht eine bedeutende Rolle spielt,⁶⁷ soll der h.M. nach das Vertrauen in die Richtigkeit von Prüfungsberichten von Abschlüssen und Lageberichten⁶⁸ und folglich ein Kollektivrechtsgut schützen.⁶⁹ Darum findet sich eine Vielzahl von Berichtspflichten von Prüfern, insbesondere bei Prüfern von Gesellschaften⁷⁰ und von Parteirechenschaftsberichten, die zu einer Strafschärfung bei der Handlung mit Bereicherungsabsicht führen.⁷¹

Eine Analyse der Lehre zeigt, dass die Behandlung der Bereicherungsabsicht in mehreren Normen dieser Deliktgruppe umstritten ist. Uneinigkeit herrscht bei § 332 Abs. 2 HGB⁷² und § 403 Abs. 2 AktG.⁷³ Bei § 31d PartG wird die Anwendung des § 28 StGB abgelehnt,⁷⁴ anders aber bei § 148a Abs. 2 GewO⁷⁵ und § 18 Abs. 2 PublG.⁷⁶

⁶⁷ Park/Janssen, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. (2013), § 332 HGB Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. MüKo-StGB/Sorgenfrei (2010), § 332 HGB Rn. 1.

⁶⁹ MüKo-BilR/Waßmer, (2013), § 332 HGB Rn. 3.

⁷⁰ Dazu gehören Prüfer einer Kapitalgesellschaft (§ 332 Abs. 2 HGB), einer Aktiengesellschaft (§ 403 Abs. 2 AktG), einer Gesellschaft nach dem Publizitätsgesetz (§ 18 Abs. 2 PublG), einer Genossenschaft (§ 150 Abs. 2 GenG), eines Versicherungsunternehmens (§ 137 Abs. 2 VAG) oder Prüfer der Umwandlung einer Gesellschaft (§ 314 Abs. 2 UmwG). Siehe auch Prüfer von Gewerbetreibenden nach § 148a Abs. 2 GewO.

⁷¹ § 31d Abs. 2 S. 2 PartG.

⁷² Für die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB: MüKo-HGB/Quedenfeld, 3. Aufl. (2013), § 332 HGB Rn. 49; Achenbach/Wannemacher/Ransiek, Beraterhandbuch zum Steuer- u. Wirtschaftsstrafrecht (1999), § 23 III Rn. 320; HWSt/ders., 3. Aufl. (2011), VIII 1 Rn. 124; Bil-Recht/Tschesche (Stand: Januar 2014), § 332 HGB Rn. 41; Bonner HdR/Gehm, 2. Aufl. (Stand: 2013), § 332 HGB Rn. 13; Beck Bil-Komm/Grottel/H. Hoffmann, 9. Aufl. (2014), § 332 HGB Rn. 46; Park/Janssen, a.a.O. (Fn. 67), § 332 HGB Rn. 41, wobei nach den letzten beiden Nachweisen kein besonderes persönliches Merkmal aber die Tatbegehung gegen Entgelt ist, a.A. Heymann/Otto, HGB (ohne SeeR), 2. Aufl. (1995 ff.), § 332 HGB Rn. 42; MüKo-StGB/Sorgenfrei, a.a.O. (Fn. 68), § 332 HGB Rn. 64; Pfennig, in: Handbuch der Rechnungslegung – Einzelabschluss, Kommentar zur Bilanzierung u. Prüfung, 5. Aufl. (Stand: 19. Lieferung, Mai 2014), § 332 HGB Rn. 29; MüKo-BilR/Waßmer, a.a.O. (Fn. 69), § 332 HGB Rn. 34.

⁷³ Für die Anwendung des § 28 Abs. 2: KölnKomm-AktG/Geilen, 3. Aufl. (2004 ff.), § 403 AktG Rn. 53; a.A. MüKo-StGB/Kiethe/Hohmann, a.a.O. (Fn. 68), § 403 AktG Rn. 50; Großkommentar AktG/Otto, 4. Aufl. (1987 ff.), § 403 AktG Rn. 41; Spindler/Stilz/Hefendehl, AktG, 2. Aufl. (2010), § 403 AktG Rn. 44; Hölter/Müller-Michaels, AktG, 2. Aufl. (2014), § 403 AktG Rn. 28.

⁷⁴ Erbs/Kohlhaus/Lampe (Stand: 198. Lieferung, April 2014), § 31d PartG Rn. 40; Ipsen/Saliger, PartG (2008), § 31d PartG Rn. 124; Kersten/Rixen/Bosch, PartG u. europäisches Parteienrecht (2009), § 31d PartG Rn. 95; Lenski, PartG u. Recht der Kandidatenaufstellung (2011), § 31d PartG Rn. 41.

Neben dem Verweis auf die „klassische“ Argumentation in Rechtsprechung und Lehre bei Absichtsmerkmalen⁷⁷ wird auch vertreten, dass sich die Bereicherungsabsicht nicht auf die Pflichtenposition des Täters aus dem Grundtatbestand bezieht, die wiederum ein besonderes persönliches Merkmal ist.⁷⁸ Ferner wird angeführt, dass die Qualifizierung Angriffe des Täters auf weitere Rechtsgüter umschreibt, die sich nicht im Grundtatbestand befinden.⁷⁹ Dagegen wird eingewendet, dass der Umstand der Bereicherungsabsicht beim jeweiligen Beteiligten liegt.⁸⁰

b) Geheimhaltungspflichttaten

Die Geheimhaltungspflichttaten sollen die Ausspähung von Geheimnissen bestrafen, wie etwa Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder Informationen,⁸¹ die zur Privatsphäre gehören. Bekannte Normen aus dem Kernstrafrecht sind die §§ 203 ff. StGB. Aber auch in weiteren Rechtsgebieten können diese gefunden werden. Im Wirtschaftsstrafrecht unterliegt z.B. der Wirtschaftsprüfer nach § 133c Abs. 2 WPO einer verschärften Strafe bei unbefugter Offenbarung fremder Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse.⁸² Außerdem finden sich Strafvor-

⁷⁵ Landmann/Rohmer/Kahl (Stand: 66. Lieferung, März 2014), § 148a GewO Rn. 14; Erbs/Kohlhaus/Amb, a.a.O. (Fn. 74), § 148a GewO Rn. 11; Friauf/ders., GewO (Stand: 275. Lieferung, März 2014), § 148a GewO Rn. 13.

⁷⁶ Schäfer, PublG (2012), § 18 PublG Rn. 9.

⁷⁷ MüKo-BilR/Waßmer, a.a.O. (Fn. 69), § 332 HGB Rn. 34; MüKo-StGB/Kiethe/Hohmann, a.a.O. (Fn. 68), § 403 AktG Rn. 50.

⁷⁸ MüKo-StGB/Sorgenfrei, a.a.O. (Fn. 68), § 332 HGB Rn. 64; MüKo-StGB/Kiethe/Hohmann, a.a.O. (Fn. 68), § 85 GmbHG Rn. 73; MüKo-StGB/dies., a.a.O. (Fn. 68), § 403 AktG Rn. 50; Spindler/Stilz/Hefendehl, a.a.O. (Fn. 73), § 403 AktG Rn. 44; Hölter/Müller-Michaels, a.a.O. (Fn. 73), § 403 AktG Rn. 28; Erbs/Kohlhaus/Lampe, a.a.O. (Fn. 74), § 31d PartG Rn. 40; Ipsen/Saliger, a.a.O. (Fn. 74), § 31d PartG Rn. 124.

⁷⁹ Ipsen/Saliger, a.a.O. (Fn. 74), § 31d PartG Rn. 124.

⁸⁰ Landmann/Rohmer/Kahl, a.a.O. (Fn. 75), § 148a GewO Rn. 14.

⁸¹ Vgl. MüKo-StGB/Kiethe/Hohmann, a.a.O. (Fn. 68), § 404 AktG Rn. 1.

⁸² Siehe auch die verschärfte Haftung des Prüfers einer KG (§ 333 Abs. 2 S. 1 HGB), einer Genossenschaft (§ 151 Abs. 2 S. 1 GenG), einer Aktiengesellschaft (§ 404 Abs. 2 S. 1 AktG), eines Versicherungsunternehmens oder Pensionsfonds (§ 138 Abs. 2 S. 1 VAG), einer Gesellschaft nach dem Publizitätsgesetz (§ 19 Abs. 2 S. 1 PublG), sowie bei einem Prüfer im Rahmen einer Gesellschaftsumwandlung (§ 315 Abs. 2 S. 1 UmwG). Dieselbe Rechtsfolge trifft den Täter bei der Offenbarung von Angaben der Bundesbank zu Millionenkrediten (§ 55b Abs. 2 KWG). Sowie bei der Offenbarung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Geschäftsführer oder Abwickler von Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigungen (§ 14 Abs. 2 S. 1 EWIVAG), eines bestimmten Vertreters nach dem Betriebsverfassungsgesetz (§ 120 Abs. 3 S. 1 BetrVG), Arbeitnehmervertreter von deutsch-schweizer Grenzwerkwerken (§ 5 Abs. 2 S. 1 GAufsratsVCH), Sprecher nach dem Sprecherausschussgesetz (§ 35 Abs. 3 S. 1 SprAuG), verschiedene Mitglieder eines Europäischen Betriebsrates (§ 44 Abs. 2 EBRG), Geschäftsführer, Liquidatoren oder Mitglieder eines Aufsichtsrats einer GmbH (§ 85 Abs. 2 S. 2 GmbHG), Vorstands- u. Aufsichtsratsmitglieder oder Liquidatoren von Genossenschaften (§ 151 Abs. 2 S. 1 GenG) Aktiengesellschaften

schriften mit der Bereicherungsabsichtsqualifikation sowohl im Sozialrecht bei Vertrauensmännern und -frauen von Schwerbehinderten⁸³ und dem Zugriff auf Krankenversicherungsdaten,⁸⁴ als auch im Ausländerrecht bei Daten aus dem Ausländerzentralregister⁸⁵ oder im Staatsschutzrecht bei Daten, die unter das Sicherheitsüberprüfungsgesetz fallen.⁸⁶

Auch in dieser Kategorie von Delikten ist die Zuordnung der Bereicherungsabsicht umstritten, wie im § 404 Abs. 2 S. 1 AktG,⁸⁷ § 85 Abs. 2 S. 1 GmbHG⁸⁸ und § 120 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu sehen ist.⁸⁹ Abgelehnt wird die Behandlung als besonderes persönliches Merkmal bei § 333 Abs. 2 S. 1 HGB;⁹⁰ bei § 55b Abs. 2 KWG wird sie jedoch befürwortet.⁹¹ Die Vertreter der ablehnenden Meinung argumentieren ähnlich wie bei den Berichtspflichttaten⁹² und weisen ferner auch auf den systematischen Zusammenhang mit dem Handeln gegen Entgelt, das ein tatbezogenes Merkmal repräsentiert, hin.⁹³

(§ 404 Abs. 2 S. 1 AktG) oder bei einer Gesellschaftsumwandlung (§ 315 Abs. 2 S. 1 UmwG).

⁸³ §§ 155 Abs. 2 S. 1 SGB IX u. 69 Abs. 2 S. 1 SchwbG.

⁸⁴ §§ 307b Abs. 2 SGB V u. 57 Abs. 2 KVLG 1989.

⁸⁵ § 42 Abs. 3 AZRG.

⁸⁶ § 37 Abs. 3 SÜG.

⁸⁷ Für die Anwendung des § 28 Abs. 2: KölnKommAktG/*Geilen*, a.a.O. (Fn. 73), § 404 AktG Rn. 89, a.A. MüKo-StGB/*Kiethe/Hohmann*, a.a.O. (Fn. 68), § 404 AktG Rn. 68; Großkommentar AktG/*Otto*, a.a.O. (Fn. 73), § 404 AktG Rn. 51.

⁸⁸ Für die Anwendung des § 28 Abs. 2: Großkommentar GmbH/*Ransiek* (2008), § 85 GmbHG Rn. 44, a.A. Baumbach/*Hueck/Haas*, GmbH, 20. Aufl. (2013), § 85 GmbHG Rn. 39; Michalski/*Dannecker*, GmbH, 2. Aufl. (2010), § 85 GmbHG Rn. 64; BeckOK GmbHG/*Dannecker/N. Müller* (Stand: 19. Edition, Juni 2014), § 85 GmbHG Rn. 64.

⁸⁹ Für die Anwendung des § 28 Abs. 2: Großkommentar BetrVG/*Oetker*, 9. Aufl. (2010), § 120 BetrVG Rn. 57 (kein besonderes persönliches Merkmal aber sei die Tatbegehung gegen Entgelt); BeckOK BetrVG/*Werner*, (Stand: 32. Edition, Juni 2014), § 120 BetrVG vor Rn. 1; a.A. MüKo-StGB/*Joeks*, a.a.O. (Fn. 68), § 120 BetrVG Rn. 30. *Werner* (§ 120 BetrVG vor Rn. 1) will irrtümlicherweise auf die „tatbezogenen Merkmale des Abs.2, Abs. 2 u. Abs. 3 S. 1 Alt. 1 u. S. 2“ § 28 Abs. 1 StGB anwenden. Die Merkmale in § 120 Abs. 1 u. 2 BetrVG sind jedoch täterbezogen, da es sich um ein Pflichtdelikt handelt. Unklar ist zudem, aus welchem Grund bei Entgeltlichkeit § 28 Abs. 1 StGB zur Geltung kommen soll.

⁹⁰ MüKo-StGB/*Sorgenfrei*, a.a.O. (Fn. 68), § 333 HGB Rn. 82; MüKo-BilR/*Wajsmar*, a.a.O. (Fn. 69), § 333 HGB Rn. 29; Heymann/*Otto*, a.a.O. (Fn. 72), § 333 HGB Rn. 41; Großkommentar HGB/*Dannecker*, 5. Aufl. (2008), § 333 HGB Rn. 102; a.A. wohl MüKo-HGB/*Quedenfeld*, a.a.O. (Fn. 70), § 333 HGB Rn. 47.

⁹¹ Park/*Janssen*, a.a.O. (Fn. 67), § 55b KWG, Rn. 8 (kein besonderes persönliches Merkmal aber sei die Tatbegehung gegen Entgelt). Vgl. auch Park/*Janssen*, a.a.O. (Fn. 67), § 17 UWG Rn. 58, 64. Danach sei die Eigen-, Fremdnützigkeit der Tat oder die Schädigungsabsicht ebenfalls als besonderes persönliches Merkmal qualifiziert.

⁹² MüKo-StGB/*Kiethe/Hohmann*, a.a.O. (Fn. 68), § 404 AktG Rn. 68; Heymann/*Otto*, a.a.O. (Fn. 72), § 333 HGB Rn. 41; Michalski/*Dannecker*, a.a.O. (Fn. 88), § 333 HGB Rn. 102.

⁹³ Baumbach/*Hueck/Haas*, a.a.O. (Fn. 88), § 85 GmbHG Rn. 39.

Wenig überzeugend ist der Verweis auf § 203 Abs. 5 StGB,⁹⁴ da dort die h.L. die Bereicherungsabsicht als besonderes persönliches Merkmal qualifiziert.⁹⁵ Vielmehr fehlt es in diesem Fall an einer systematischen Angleichung zum § 203 Abs. 5 StGB und führt zu einem Widerspruch zwischen Kern- und Nebenstrafrecht.

Zusammenfassend lässt sich anhand der skizzierten Analyse der nebenstrafrechtlichen Normen feststellen, dass die Behandlung der Bereicherungsabsicht als besonderes persönliches Merkmal auch im Nebenstrafrecht uneinheitlich gehandhabt wird. Obwohl der Begriff im Strafrecht im weiten Sinne sehr häufig auftaucht, und somit von erheblicher Relevanz ist, kann bei der Behandlung der Frage in Rechtsprechung und Lehre keine klare Linie erkannt werden. Besonders problematisch ist es dabei, dass das Merkmal oft ohne jegliche Begründung entweder als nonakzessorisches besonderes persönliches Merkmal, oder als akzessorisches Unrechtsmerkmal qualifiziert wird. Im Folgenden versuchen wir zunächst die Argumentationsgrundlagen der Lehre und höchstrichterlichen Rechtsprechung genauer zu erläutern, bevor wir eine eigene Lösung skizzieren werden.

III. Kritische Würdigung der Lösungen der Lehre und des BGH

Als Ansatzpunkt soll hier das o.g. BGH-Urteil zum § 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB aus dem Jahr 2010 dienen. Obwohl der zweite Senat der herrschenden Lehre folgt, wurde die Entscheidung nicht nur begrüßt,⁹⁶ sondern auch insbesondere dogmatisch stark kritisiert.⁹⁷ Diese gemischte Reaktion war zu erwarten, da die Begründung des BGH einer intensiveren Analyse nicht standhält.

Zunächst überrascht die Aussage des 2. Senates, dass die Bereicherungsabsicht als überschießende Innentendenz *in der Regel* kein besonderes persönliches Merkmal darstellt.⁹⁸ Wann eine Ausnahme vorliegen könnte, haben bisher weder der BGH noch die Unterinstanzen aufgezeigt. Schon 1969 hatte sich der BGH nicht grundsätzlich festlegen wollen, sondern lediglich die Zueignungsabsicht bei § 242 StGB ausdrücklich als tatbezogen eingestuft.⁹⁹ Wie bei der Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 StGB¹⁰⁰ versucht sich der BGH Interpretationsmöglichkeiten offen zu lassen. Eindeutig ist der BGH jedoch bei dem systematischen Verweis auf § 271 Abs. 3 StGB.¹⁰¹

⁹⁴ Baumbach/*Hueck/Haas*, a.a.O. (Fn. 88), § 85 GmbHG Rn. 32; Michalski/*Dannecker*, a.a.O. (Fn. 88), § 85 GmbHG Rn. 64.

⁹⁵ Siehe III.1.b).

⁹⁶ SSW-StGB/*Schluckebier*, a.a.O. (Fn. 7), § 235 Rn. 15; MüKo-StGB/*Wieck-Noodt*, a.a.O. (Fn. 15), § 235 Rn. 97; *dies.* NSZ 2011, 458; *Deutscher StRR* 2011, 28; *Satzger JK* 5/11, StGB § 28 II/2; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 18), § 20 Rn. 159.

⁹⁷ *Schünemann GA* 2011, 445, 452 ff.; *Hoyer GA* 2012, 123. Zweifelnd *Fischer*, a.a.O. (Fn. 60), § 235 Rn. 20.

⁹⁸ BGHSt 55, 229, 232 = HRRS 2010 Nr. 952.

⁹⁹ BGHSt 22, 375, 378 f., am Beispiel der Zueignungsabsicht bei § 242 StGB.

¹⁰⁰ BGHSt 55, 229, 231 = HRRS 2010 Nr. 952 geht von einer Tatbestandsverschiebung mit der »noch« h.L. aus.

¹⁰¹ Dazu siehe II.1.a).

Ferner ist auch die systematische Auslegung innerhalb der Norm nicht überzeugend. Im Falle des § 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB sieht das Gesetz vor, dass der Täter „die Tat gegen Entgelt oder in der Absicht begeht, sich oder einen Dritten zu bereichern.“ Nach § 11 Abs. 2 Nr. 9 StGB handelt es sich beim Entgelt um jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung. Es ist dem zuzustimmen, dass das Handeln gegen Entgelt die Tat beschreibt und damit ein tatbezogenes Merkmal ist.¹⁰² Würde es sich dabei aber um ein kupiertes Element handeln, würden sich die beiden Alternativen kaum unterscheiden.¹⁰³ Gleichzeitig kann jedoch die Entgeltlichkeit kein besonderes persönliches Merkmal sein, da in diesem Fall das Handeln nicht zwingend von einer besonderen Absicht getragen sein muss.¹⁰⁴ Außerdem zeigt die Alternative des Entgelts auf, dass der Gesetzgeber gerade nicht auf die Verwirklichung des Tatbestands verzichtet hat und spricht dafür, dass die Bereicherungsabsicht bei § 235 StGB einer verwerflichen Motivation des Täters entspricht.¹⁰⁵

Darüber hinaus greift das kriminalpolitische Argument des BGH im vorliegenden Fall zu kurz. Die Gehilfen handelten ausschließlich aus Bereicherungsabsicht, was mangels solcher Motivation beim Haupttäter lediglich auf der Ebene der Strafzumessung Gewicht fände.¹⁰⁶ Damit könnten sich organisiert handelnde Beteiligte der Strafschärfung entziehen, indem sie auf das Auftragsverhältnis zum Haupttäter, in der Regel ein Elternteil, verweisen könnten. Die Absicht des Gesetzgebers, die Gefahrsteigerung für das Opfer sowie die organisierte Kriminalität zu ahnden,¹⁰⁷ würde aber in diesem Fall ins Leere laufen.¹⁰⁸

Eine solche Qualifizierung der Bereicherungsabsicht führt zudem zu einem Widerspruch bzgl. der Einordnung des Mordmerkmals der Habgier als täterbezogenes Merkmal.¹⁰⁹ Denn allen Ansichten gemein ist der Kern der Habgier: die *Vermögensvorteilsabsicht*, also Bereicherungsabsicht.¹¹⁰ Teilweise wird dies alleine bereits als

ausreichend angesehen.¹¹¹ Nach der h.L. soll jedoch eine „Steigerung des Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes sittlich anstößiges Maß“¹¹² oder nach der Rechtsprechung eine Hemmungslosigkeit und Rücksichtslosigkeit zu dem erwähnten Kern der Habgier hinzukommen.¹¹³ Leider ergibt sich jedoch aus keinem der Definitionsvorschläge ein Grund, der aus der Tat- eine Täterbezogenheit macht.¹¹⁴

Hiergegen könnte jedoch eingewendet werden, dass die Habgier auch als reines Schuldmerkmal angesehen werden sollte. Die unterschiedliche Behandlung der Bereicherungsabsicht und der Habgier, letzterer als Schuldmerkmal, trotz der Ähnlichkeit zwischen den beiden Merkmalen wird teilweise mit der Begründung erklärt, die Merkmale hätten einen unterschiedlichen Bezug zu der jeweiligen Rechtsgutsverletzung.¹¹⁵

Beispielhaft kann § 253 Abs. 1 StGB herangezogen werden, bei welchem die Bereicherungsabsicht in einem inhaltlichen Zusammenhang zu dem geforderten Vermögensnachteil steht. *Kelker* nach führe die Bereicherungsabsicht eine Modifizierung des Tatbestands mit sich, denn das ursprüngliche Freiheitsdelikt mutiere zu einem Vermögensdelikt. Dies sei bei der Habgier nicht der Fall, da dieses Kennzeichen nicht mit dem Erfordernis eines objektiven Vermögensschadens verbunden sei. Die Habgier modifiziere nur das Ausmaß, mit welchem der Täter die Tötung begehe und hätte somit auf die Schuld – und nicht auf das Unrecht – einen Einfluss.¹¹⁶ Dieser Ansatz überzeugt jedoch nicht, da er den Anwendungsbereich des § 29 StGB, der auf Entschuldigungs-, Schuldabschluss- und Schuldminderungsgründe beschränkt ist, überdehnt.¹¹⁷

Ein weiteres Argument ist die Begünstigung eines ungleichen Strafrahmens bei §§ 249, 251 und §§ 211, 212 StGB: Während einem vorsätzlich handelnden Teilnehmer bei einem Raub mit Todesfolge die Bereicherungsabsicht des Haupttäters zugerechnet wird, liegt kein Mord aus Habgier vor, wenn zwar der Täter habgierig handelt, der Teilnehmer aber kein eigenes täterbezogenes Mordmerkmal aufweist. Der doppelt so hohe Strafrahmen bei §§ 249, 251 StGB – mindestens zehn Jahre Freiheitsstrafe – ist nicht zu begründen.¹¹⁸

Ein systematisches Ungleichgewicht liegt auch im Vergleich der Bereicherungsabsicht mit verwandten Tatbe-

¹⁰² So schon RGSt 60, 158, 159 im Falle einer Abtreibung gegen Entgelt (§ 219 StGB a.F.).

¹⁰³ Vgl. LK/Schünemann, a.a.O. (Fn. 19), § 203 Rn. 163 bei § 203 Abs. 5 StGB.

¹⁰⁴ SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 203 Rn. 65 im Rahmen des § 203 Abs. 5 StGB, a.A. LK/Schünemann, a.a.O. (Fn. 19), § 203 Rn. 165; NK/Kargl, a.a.O. (Fn. 13) § 203, Rn. 87; MüKo-StGB/Cierniak/Pohlitz, a.a.O. (Fn. 15), § 203 Rn. 135; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn. 6), § 203 Rn. 74.

¹⁰⁵ Vgl. SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 28 Rn. 26; a.A. Schünemann GA 2011, 445, 455.

¹⁰⁶ Deutscher StRR 2011, 28, 29. Vgl. auch Schünemann GA 2011, 445, 452.

¹⁰⁷ Ausdrücklich intendiertes Ziel des Gesetzgebers, BT-Drs. 13/8587, S. 23 f.

¹⁰⁸ Hoyer GA 2012, 123, 125; Schünemann GA 2011, 445, 455.

¹⁰⁹ Zuerst erkennt dieses Problem wohl Herzberg (JuS 1983, 739, 743), der auf die Diskrepanz zwischen der Bereicherungsabsicht bei § 272 StGB a.F. (§ 271 Abs. 3 n.F.) u. der Habgier hinweist.

¹¹⁰ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 17. In diesem Sinne auch: Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht (2007), S. 518.

¹¹¹ MüKo-StGB/Schneider, a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 59; Otto ZStW 83 (1971), 39, 79; Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl. (2012), Rn. 86; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. (2009), § 2 Rn. 56.

¹¹² Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 17 m.w.N.

¹¹³ BGHSt 29, 317; NStZ 1993, 385, 386. Stellvertretend für die Kritik der Lehre MüKo-StGB/Schneider (a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 64: »kraftvolle moralisierende Wendungen«).

¹¹⁴ So auch Schünemann GA 2011, 445, 454 u. Hoyer GA 2012, 123, 124 f.

¹¹⁵ Kelker, a.a.O. (Fn. 110), S. 519.

¹¹⁶ Kelker, a.a.O. (Fn. 110), S. 519 f.

¹¹⁷ MüKo-StGB/Schneider, a.a.O. (Fn. 44), § 211 Rn. 256; LK/Jähnke, StGB, 11. Aufl. (1992 ff.), vor § 211 Rn. 46.

¹¹⁸ Vgl. Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Teilband 1 (2002), § 3 Rn. 98.

standsmerkmalen vor. Der Gesetzgeber hat mit den Begriffen der Habgier, Bereicherungsabsicht, Gewinnsucht, grober Eigennutz und Eigennutz Abstufungen vorgenommen, die nur schwer von einander abzugrenzen sind.¹¹⁹ Nachvollziehbar ist aber, dass die Gewinnsucht (§§ 236 Abs. 4 Nr. 1, 283a Nr. 1, 283d Abs. 3 Nr. 1, 330 Abs. 2 Nr. 4 StGB) eine qualifizierte Form der Vermögensvorteilsverschaffungsabsicht kennzeichnet, die nach der h.M. eine Steigerung des berechtigten Erwerbssinns auf ein ungewöhnlich überzogenes und sittlich anstößiges Maß charakterisiert,¹²⁰ was bei den Qualifikationen mit dem erhöhten Strafrahmen begründet wird.¹²¹ Anders als bei der Bereicherungsabsicht wird hier jedoch, wie bereits bei der Habgier, von einem besonderen persönlichen Merkmal ausgegangen.¹²² Sowohl beim groben Eigennutz als auch dem Eigennutz (§§ 264 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1, 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB) verhält es sich ähnlich.¹²³ Aus grobem Eigennutz handelt, wer sich bei seinem Verhalten von dem Streben nach eigenem Vorteil in einem besonders anstößigen Maße leiten lässt.¹²⁴ Auch der Eigennutz soll nach der h.M. ein besonderes persönliches Merkmal kennzeichnen.¹²⁵ Wie schon bei der Definition der Habgier überzeugt die unterschiedliche Einordnung der Bereicherungsabsicht im Vergleich zu den dargestellten Merkmalen nicht.

Aufgrund der aufgezeigten Mängel in der Argumentation des BGH sowie der zustimmenden Lehre, sollen Überlegungen zu einem eigenen Ansatz dargelegt werden.

IV. Eigener Lösungsansatz

Anders als in der Lehre der Präventionsmerkmale und der Einheitstheorie, die einen schwerwiegenden Eingriff

in die Prinzipien der Akzessorietät darstellen,¹²⁶ soll hier eine Lösung anhand der Teleologie der Bereicherungsabsicht und der Systematik dargestellt werden.

Dass die jeweiligen Normierungen der Bereicherungsabsicht nicht gleich zu behandeln sind, zeigen bereits die unterschiedlichen Anforderungen, die bezüglich der jeweiligen Tatbestände erforderlich sind. So werden zum Beispiel bei der Bereicherungsabsicht i.S.d. § 263 StGB Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit vorausgesetzt.¹²⁷ Bei §§ 203 Abs. 5, 235 Abs. 4 Nr. 2, 236 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 und 271 Abs. 3 StGB ist die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils umstritten.¹²⁸ Folglich kann auch nicht stets davon ausgegangen werden, dass in jedem der Tatbestände die Bereicherungsabsicht ein kupiertes Merkmal ist und mithin die Tat als solche kennzeichnet.¹²⁹

Die Absicht kann vielmehr eine besondere Motivation oder einen Beweggrund¹³⁰ des Täters verkörpern, die vom Gesetzgeber zusätzlich geahndet wird.¹³¹ Entsprechend sollte man noch einmal auf die Herangehensweise der Rechtsprechung bzgl. der Mordmerkmale eingehen. Dort sind es die täterbezogenen Motive und Tendenzen, die das besondere Gesinnungsunrecht kennzeichnen.¹³² Und „ein Motiv des Täters liegt in seiner Person und nirgends anders“, stellte der 5. Senat in seiner Grundsatzentscheidung aus dem 22. Band zu den niedrigen Beweggründen fest.¹³³ Damit ist bei einer Norm stets zu untersuchen, ob sich die Bereicherungsabsicht auf das zu schützende Rechtsgut bezieht oder ob damit andere Elemente erfasst werden sollen.¹³⁴

Beispielhaft sei hier noch einmal § 203 Abs. 5 StGB aufgegriffen. Dort ist sich die h.L. einig, dass die Bereicherungsabsicht in den Fällen, in denen sich die Absicht nicht auf die maßgebliche Rechtsgutsverletzung bezieht, als besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB angesehen werden soll.¹³⁵ § 203 Abs. 5 StGB soll die besondere Motivation der Beteiligten erfassen und nicht das Rechtsgut des Grundtatbestandes schützen.

¹¹⁹ Nach *Fischer*, erreicht grober Eigennutz nicht den Grad der Gewinnsucht (a.a.O. (Fn. 60), § 264 Rn. 46), krit. *Kelker*, a.a.O. (Fn. 110), S. 557, 562 u. insb. 570.

¹²⁰ BGHSt 1, 389, 390; 3, 31, 32; Schönke/Schröder/*Eser/Eisele*, a.a.O. (Fn. 6), § 236 Rn. 11; MüKo-StGB/*Radtke/Petermann*, a.a.O. (Fn. 15), § 283a Rn. 4; MüKo-StGB/*Alt*, a.a.O. (Fn. 15), § 330 Rn. 13; Auf die Gefährlichkeit abstellend SK-StGB/*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 283a Rn. 4.

¹²¹ *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Fn. 52), § 236 Rn. 6; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 38. Auflage (2014), Rn. 448; *Kelker*, a.a.O. (Fn. 110), S. 554 f.

¹²² MüKo-StGB/*Wieck-Noodt*, a.a.O. (Fn. 15), § 236 Rn. 61; MüKo-StGB/*Radtke/Petermann*, a.a.O. (Fn. 15), § 283a Rn. 15; LK/*Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 19), § 283a Rn. 16; SK-StGB/*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 283a Rn. 9; NK/*Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 13), § 283a Rn. 14; MüKo-StGB/*Alt*, a.a.O. (Fn. 34), § 330 Rn. 24; a.A. BayObLG NJW 1999, 1794, 1796.

¹²³ Im Nebenstrafrecht siehe §§ 370 Abs. 3 AO; 17 Abs. 2 18 Abs. 2 19 Abs. 2 Abs. 2 UWG; 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 Schwarz- ArbG; 51 Abs. 3 Nr. 3 LMG 1974; 59 Abs. 4, Nr. 1 LFGB; 15 Abs. 2, 15a Abs. 2 S. 2 Abs. 2 S. 2 AÜG; 95 Abs. 3 Nr. 1, Buchstabe c) AMG.

¹²⁴ RGSt 75, 237, 240 zu § 170a RStGB; BGH NJW 1985, 208; NStZ 1985, 558; GA 1991, 321; Schönke/Schröder/*Perron*, a.a.O. (Fn. 6), § 264 Rn. 72 u. LK/*Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 19), § 263 Rn. 167 jeweils m.w.N. Zur Konturlosigkeit des Begriffes *grob* siehe SK-StGB/*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 264 Rn. 85.

¹²⁵ *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Fn. 52), § 28 Rn. 9; SK-StGB/*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 264 Rn. 85 u. § 266a Rn. 86), a.A. BayObLG NJW 1999, 1794, 1796 (§ 92a Abs. 2 Nr. 1 AuslG a.F.); HK-GS/*Ingelfinger*, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 28 Rn. 8.

¹²⁶ Vgl. I.

¹²⁷ *Wittig* JA 2013, 401, 403; *Jährig*, Die persönlichen Umstände des § 50 StGB (1974), S. 100.

¹²⁸ *Wittig* JA 2013, 401, 403; zu § 203 Abs. 5 StGB: Schönke/Schröder/*Lenckner/Eisele*, a.a.O. (Fn. 6), § 203 Rn. 74; zu §§ 235 Abs. 4 Nr. 2; 236 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 StGB: MüKo-StGB/*Wieck-Noodt*, a.a.O. (Fn. 51), § 235 Rn. 86; zu § 271 Abs. 3 StGB: Schönke/Schröder/*Heine/Schuster*, a.a.O. (Fn. 6), § 271 Rn. 42.

¹²⁹ In diesem Sinne bereits *Jakobs* NJW 1970, 1089.

¹³⁰ Siehe beispielsweise prägend OGHSt 2, 213, 215.

¹³¹ SK-StGB/*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 23), § 28 Rn. 26. Vgl. auch *Jährig*, a.a.O. (Fn. 127), S. 71 ff.

¹³² Übersicht bei Schönke/Schröder/*Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 6), § 28 Rn. 16.

¹³³ BGHSt 22, 375, 378, worin der BGH *Koffka* (JR 1969, 41, 42) wörtlich zitiert.

¹³⁴ Bisher wurde diese Unterscheidung bei der Erörterung des Absichtsbegriffes als solchen verwendet. Siehe dazu *Gehrig*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 41 ff.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 1), § 12 Rn. 13 ff.; *Lenckner* NJW 1967, 1980, 1893 f., *Samson* JA 1989, 449, 452 f.

¹³⁵ Siehe I.1.b).

Dasselbe Ergebnis liegt bei § 271 Abs. 3 StGB vor, wenn die oben genannte Regel zur Anwendung kommt. Denn hier wird nicht mehr der Rechtsverkehr vor inhaltlich unwahren öffentlichen Urkunden geschützt, sondern die zusätzliche strafbedürftige Motivation des Täters gewürdigt.¹³⁶ Dies wird auch in einem Urteil des 5. Senates verdeutlicht, der bei §§ 203 Abs. 5 und 272 StGB a.F. feststellt, dass der Täter dem Motiv des Verrats oder der mittelbaren Falschbeurkundung zu wirtschaftlichen Zwecken folgt. Eine Erweiterung des Tatunrechts wird dabei aber nicht vollzogen.¹³⁷

Bei § 263 StGB bezieht sich die Bereicherungsabsicht ebenfalls nicht auf das von der Norm geschützte Rechtsgut Vermögen. Ein Vermögensschaden wird vom Gesetzgeber als ausreichend erachtet, die Selbst- oder Fremdbereicherung muss lediglich intendiert sein.¹³⁸ Die Strafbarkeit des Täters wird folglich neben der Rechtsgutsverletzung von einer bestimmten Zielrichtung des Täterhandelns abhängig gemacht.¹³⁹ Daraus kann man schließen, dass in diesem Fall auch auf eine besondere Gesinnung des Täters abgezielt wird. Konsequenterweise muss dann § 28 Abs. 1 StGB auf die Bereicherungsabsicht, oder genauer *Vermögensvorteilsverschaffungsabsicht* zur Anwendung kommen.¹⁴⁰ Die Bereicherungsabsicht ist in diesem Fall täterbezogen und somit nicht akzessorisch zu behandeln. Genauso verhält es sich bei §§ 253 und 259 StGB, und auch bei §§ 374 Abs. 1 AO und 148b GewO.

Wendet man nun diesen Gedanken auf das Ausgangsbeispiel der §§ 235 Abs. 4 Nr. 2 und 236 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 StGB an, so kommt man zwar zum selben Ergebnis wie die Rechtsprechung und die h.L., jedoch mit einer anderen Begründung. Die Bereicherungsabsicht stellt in diesem Fall kein besonderes persönliches Merkmal dar, weil das Rechtsgut des § 235 StGB – die familienrechtliche Fürsorge, bzw. das Kind selbst¹⁴¹ – ebenfalls Bezugspunkt dieser Absicht ist. Zuzustimmen ist dem BGH an dieser Stelle insoweit, als dieser ausführt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 235 Abs. 4 StGB die Erhöhung des Tatunrechts und damit die Gefahr für die geschützten Rechtsgüter erstellt. Denn die Strafverschärfung im Falle eines Handelns mit Bereicherungsabsicht soll den kommerziellen und organisierten Kinderhandel

verhindern – und nicht etwa eine besonders verwerfliche Motivation des Täters sanktionieren.¹⁴² Dies gilt für die strafbaren Handlungen des § 236 StGB umso mehr.

Aus systematischer Sicht schließlich überrascht es, dass im Kernstrafrecht weder der BGH noch die h.L. einen Vergleich zwischen §§ 203 Abs. 5, 235 Abs. 4 Nr. 2 und 271 Abs. 3 StGB zieht, wie es beispielsweise der Gesetzgeber in seiner Begründung zur qualifizierten Kindesentführung getan hat.¹⁴³ Eine unterschiedliche Behandlung der Bereicherungsabsicht in diesen drei identischen Normen kann aufgrund der dargestellten Lösung auch systematisch gerechtfertigt werden, weil sie auch im Verhältnis der Bereicherungsabsicht und der Habgier harmoniert. Letztere ist ein typisches Beispiel für die Ahndung der Gefährlichkeit des Täters aufgrund seines besonderen Beweggrundes.¹⁴⁴

Für das Nebenstrafrecht bedeutet die Anwendung der vorgeschlagenen Lösung, dass sich sowohl bei den Berichtspflicht- als auch bei den Geheimhaltungspflichtdelikten die Bereicherungsabsicht nicht auf das geschützte Rechtsgut bezieht. Vielmehr soll, genauso wie bei § 203 Abs. 5 StGB, das besondere Motiv der Beteiligten erfasst werden. Folglich ist dort die Bereicherungsabsicht stets ein besonderes persönliches Merkmal.

V. Ergebnis

Mithin lässt sich folgende Thesen aufstellen:

1. Die Bereicherungsabsicht ist ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 StGB, wenn sie nicht rechtsgutsbezogen ist.
2. Wenn die Absicht sich auf das Rechtsgut des Tatbestandes bezieht, ist sie vollakzessorisch zu behandeln. Dies ist beispielsweise der Fall bei §§ 235 Abs. 4 Nr. 2 und 236 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 StGB.
3. Hingegen ist die Absicht, die in einer Qualifikation ein Motiv des Täters beschreibt, ein besonderes persönliches Merkmal und § 28 Abs. 2 StGB einschlägig. Zutreffen würde dies z.B. auf die Qualifikationstatbestände §§ 203 Abs. 5 und 271 Abs. 3 StGB, sowie die nebenstrafrechtlichen Normen zur Berichts- und Geheimhaltungspflicht. Bei § 263 StGB ist die Bereicherungsabsicht ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal, was beim Teilnehmer zur Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB führt.

¹³⁶ Vgl. Herzberg GA 1991, 145, 178. Dagegen NK/Puppe, a.a.O. (Fn. 13), §§ 28, 29 Rn. 48, die bei der Absicht einen engen Zusammenhang mit dem Rechtsgut sieht. Bei dieser Qualifikation bereite der Täter ein Betrugsdelikt vor.

¹³⁷ BGH NStZ 1993, 538, 539.

¹³⁸ MüKo-StGB/Hefendehl, a.a.O. (Fn. 51), § 263 Rn. 765 f.

¹³⁹ Gehrig, a.a.O. (Fn. 134), S. 46.; Roxin, a.a.O. (Fn. 1), § 12 Rn. 13 ff.; Lenckner NJW 1967, 1980, 1893 f., Samson JA 1989, 449, 453.

¹⁴⁰ SK-StGB/Hoyer, a.a.O. (Fn. 23), § 263 Rn. 273; ders. GA 2012, 123, 124 ff. Aus der älteren Lehre, SK-StGB/Samson, 5. Aufl. (Stand: 23. Lieferung, Juli 1994), § 263 Rn. 195; Schmidhäuser, a.a.O. (Fn. 33), 11. Kapitel, Rn. 39. Vgl. auch Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 6), S. 222 f.

¹⁴¹ MüKo-StGB/Wieck-Noodt, a.a.O. (Fn. 51), § 235 Rn. 1.

¹⁴² BT-Drs., 13/8587, S. 39; BGHSt 55, 229, 233 = HRRS 2010 Nr. 952, a.A. Fischer (a.a.O. (Fn. 60), § 235 Rn. 17 a.E.), der hier die Bereicherung als ein Motiv des Täters ansieht.

¹⁴³ BT-Drs. 13/8587 S. 39.

¹⁴⁴ Von Heintschel-Heinegg/Eschelbach, StGB (2010), § 211 Rn. 29.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

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.

1. EuGH C-398/12 (Vierte Kammer) – Urteil vom 5. Juni 2014 (M)

Europäisches ne bis in idem bei teilrechtskräftigen Entscheidungen (Art. 54 SDÜ: Von einem Gericht eines Vertragsstaats erlassener Einstellungsbeschluss ohne Eröffnung der Hauptverhandlung wegen Mangels an Beweisen; Möglichkeit der Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens bei Auftauchen neuer Belastungstatsachen; Begriff „rechtskräftig abgeurteilt“; Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat wegen einer auf demselben Sachverhalt beruhenden Straftat; Strafklageverbrauch und Verbot der Doppelbestrafung); Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; Vorabentscheidungsverfahren.

Art. 54 SDÜ; Art. 1 f. Protokoll (Nr. 19) über den Schengen-Besitzstand; Art. 10 Protokoll (Nr. 36) über die

Übergangsbestimmungen; Art. 50 GRCh; Art. 4 Protokoll Nr. 7 zur EMRK

2. BVerfG 2 BvR 437/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Oktober 2014 (LG Gera)

Versehentliche Nichtbehandlung des Eilantrages eines Strafgefangenen gegen eine Durchsuchung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Vorrang einer Entschädigungsklage wegen unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 198 GVG; § 201 GVG; § 84 StVollzG

3. BVerfG 2 BvR 920/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Oktober 2014

(OLG Frankfurt am Main / LG Kassel / AG Fritzlar)

Strafrechtliche Verfolgbarkeit von Verstößen gegen die Schulpflicht (landesrechtliche Strafnorm des Entziehens anderer von der Schulpflicht; Verfassungsmäßigkeit des Hessischen Schulgesetzes; konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; keine abschließende bundesgesetzliche Regelung; gerechtfertigter Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht und die Glaubensfreiheit; Freiheit des Landesgesetzgebers bei der Wahl zwischen Straf- und Bußgeldtatbestand; Gleichheitsanspruch nur gegenüber demselben Hoheitsträger; Doppelbestrafungsverbot; Aktualisierung des Normbefehls; „Teilbarkeit“ von Verstößen).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 4 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 7 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 171 StGB; § 182 Hess-SchulG

4. BVerfG 2 BvR 2343/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Oldenburg / AG Cloppenburg)

Einstweilige Anordnung gegen einen Bewährungswiderauf wegen Verstoßes gegen eine Arbeitsaufgabe (verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot; Fristbestimmung für die Erbringung der Arbeitsleistung; konkrete Festlegung der Arbeitsleistung durch das Gericht; Folgenabwägung; Überwiegen des Freiheitsgrundrechts).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 56b StGB; § 56c StGB; § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB

5. BVerfG 2 BvR 2874/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Oktober 2014 (OLG Düsseldorf)

Verfahren über die Aussetzung einer Reststrafe zur Bewährung (Beschleunigungsgebot; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse nach Entlassung aus der Straftat; Begründungsumfang einer Feststellungsentscheidung; Vorgaben bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens; Zeitdauer zwischen Aussetzungsentscheidung und bedingter Entlassung aus der Straftat).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 57 StGB; § 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO

6. BVerfG 2 BvR 2928/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2014 (LG München I / AG München)

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Wohnungsgrundrecht; Kontrollfunktion des Richtervorbehalts; besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit bei Berufsheimnisträgern und bei Nichtbeschuldigten; Ungeeignetheit der Durchsuchung bei Auffindevermutung nur bezüglich beschlagnahmefreier Gegenstände; Kernbereichsschutz; Berufsfreiheit; Recht auf ein faires Verfahren).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 97 StPO; § 102 StPO; § 103 StPO; § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO

7. BGH 3 StR 227/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Stade)

Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung (rechtsfehlerhafte Annahme von Alleingewahrsam).

§ 242 StGB; § 246 StGB

8. BGH 3 StR 268/14 – Urteil vom 16. Oktober 2014 (LG Koblenz)

Anbau einer nicht geringen Menge Cannabis ausschließlich zum Eigenkonsum (Verhältnis von Anbau und Besitz, Verdrängung; keine Verurteilung wegen Anbaus „aus Klarstellungsgründen“); Herstellen von Betäubungsmitteln (Besitz als Auffangtatbestand); Feststellung des Wirkstoffgehalts durch Sachverständigengutachten; Beweiswürdigung.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 261 StPO

9. BGH 3 StR 310/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Hannover)

Fehlende Feststellungen zur subjektiven Tatseite bei der Körperverletzung.

§ 223 StGB

10. BGH 3 StR 339/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Mönchengladbach)

Verwerfung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

11. BGH 3 StR 341/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Osnabrück)

Unzureichende Darlegung der Gründe für ein Abweichen vom Sachverständigengutachten bei der Unterbringungsanordnung; Geltung der zivilrechtlichen Beweisregeln im Adhäsionsverfahren (Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld trotz nicht ausschließbarer Schuldunfähigkeit).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 64 StGB; § 63 StGBM; § 404 StPO; § 827 BGB

12. BGH 3 StR 351/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (LG Hannover)

Beweiswürdigung; Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit; rechtsfehlerhafte Zurückweisung des Beweisantrags auf sachverständige Begutachtung des Angeklagten als völlig ungeeignet.

§ 261 StPO; § 244 StPO

13. BGH 3 StR 365/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Kleve)

Betrug (rechtlich selbständige Handlungen bei Zusammenarbeit mehrerer Beteiligter im Rahmen einer Tatserie; uneigentliches Organisationsdelikt).

§ 263 StGB; § 52; § 53 StGB

14. BGH 3 StR 375/14 – Beschluss vom 28. Oktober 2014 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

15. BGH 3 StR 379/14 – Urteil vom 30. Oktober 2014 (LG Schwerin)

Rechtsfehlerfreies Unterbleiben der Unterbringungsanordnung (tatrichterliche Auseinandersetzung mit divergierenden Sachverständigengutachten).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 63 StGB

16. BGH 3 StR 391/14 – Beschluss vom 14. November 2014 (LG Oldenburg)

Zurückweisung des Antrags auf Nachholung rechtlichen Gehörs.
§ 356a StPO

17. BGH 3 StR 402/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Duisburg)

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

18. BGH 3 StR 409/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Hannover)

Schreibfehler bei der Verfallsanordnung.
§ 267 StPO; § 260 StPO; § 11i Abs. 2 StPO

19. BGH 3 StR 421/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Schwerin)

Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit der Revisionsrücknahme durch den Verteidiger trotz Motivirrtums des Angeklagten.
§ 302 StPO

20. BGH 3 StR 430/14 – Beschluss vom 11. November 2014 (LG Kiel)

Bedeutungslosigkeit der erneuten Revisionseinlegung nach Verwerfung.
§ 346 StPO

21. BGH 3 StR 455/14 – Beschluss vom 11. November 2014 (LG Neubrandenburg)

Tateinheit zwischen gefährlicher Körperverletzung und schwere räuberischer Erpressung (Körperverletzung als Mittel der Beendigung der räuberischen Erpressung); unzureichende Begründung der Gesamtstrafenbildung.
§ 223 StGB; § 224 StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 250 StGB; § 54 StGB

22. BGH 3 ARs 13/14 – Beschluss vom 30. September 2014 (BGH)

Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung (Gesetzlichkeitsprinzip; Schuldprinzip; Unschuldsvermutung); Diebstahl; Hehlerei.
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 259 StGB

23. BGH 5 StR 107/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (BGH)

Zum Rauchen bestimmte synthetische Cannabinoide als Tabakerzeugnisse; Anfrageverfahren.
§ 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG, § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 VTabakG; § 132 Abs. 2 GVG

24. BGH 5 StR 253/13 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Berlin)

Beruhens eines Urteils auf dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht.
§ 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO

25. BGH 5 StR 289/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Görlitz)

Unzureichend begründete strafschärfende Strafzumessungserwägungen.

§ 46 StGB; § 54 StGB

26. BGH 5 StR 382/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Leipzig)

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

27. BGH 5 StR 464/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (fehlende positive Feststellung der Aussicht auf einen Behandlungserfolg).
§ 64 StGB

28. BGH 5 StR 471/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Berlin)

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

29. BGH 5 StR 501/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Teileinstellung.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

30. BGH 5 StR 502/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Saarbrücken)

Nur ein Diebstahl bei engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen mehreren Wegnahmehandlungen.
§ 242 StGB; § 52 StGB

31. BGH 5 StR 503/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Braunschweig)

Bewertungseinheit im Betäubungsmittelstrafrecht (Zusammenfassung mehrerer Verkaufsvorgänge, sofern sie denselben Güterumsatz betreffen).
§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

32. BGH 1 StR 233/14 – Urteil vom 4. November 2014 (LG Augsburg)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Begriff der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen); Strafzumessung (Strafzumessung bei Mittätern).
§ 69 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

33. BGH 1 StR 267/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Berlin)

Schmuggel (Verhältnis zur Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall: Spezialität, Strafrahmen bei gleichzeitiger Verwirklichung).
§ 373 AO aF; § 373 AO nF; § 370 Abs. 3 AO aF

34. BGH 1 StR 299/14 – Urteil vom 5. November 2014 (LG Würzburg)

Härtefallausgleich für bereits vollstreckte Haftstrafen (Voraussetzungen: Unmöglichkeit einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung, im Ausland erlittene Freiheitsentziehung; Verhältnis zur Anrechnung erlittener Freiheitsentziehung; Anrechnung von im Ausland erlittener Freiheitsentziehung (anrechnungsfähige Verurteilungen; Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs durch den Tatrichter).
§ 54 Abs. 1 StGB; § 55 StGB; § 51 StGB

35. BGH 1 StR 317/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Bayreuth)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).
§ 64 StGB

36. BGH 1 StR 327/14 – Urteil vom 5. November 2014 (LG Amberg)

Tatrichterliche Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Anwendbarkeit von in dubio pro reo; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Anforderungen an die Darstellung im Urteil); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen: Einbeziehung des Opfers).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO; § 46a Abs. 1 StGB

37. BGH 1 StR 394/14 – Urteil vom 5. November 2014 (LG München II)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Widerstandsunfähigkeit); tatrichterliche Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Darstellung in der Urteilsbegründung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 179 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

38. BGH 1 StR 75/14 – Urteil vom 4. September 2014 (LG München I)

Anforderungen an die Revisionsbegründung; tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Übertragung auf die Auslegung von Verträgen); Untreue (gravierende Pflichtverletzung: Sponsoring, ungenügendes Einverständnis der Mehrheitsgesellschafterin; Tatmehrheit); Betrug (mangelnder Vermögenswert einer Grundbuchberichtigung).
§ 344 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 266 Abs. 1 StPO; § 52 Abs. 1 StPO; § 266 StGB; § 263 StGB

39. BGH 1 StR 78/14 – Urteil vom 21. Oktober 2014 (LG Würzburg)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des gefährlichen Gegenstands: Zweckbestimmung des Täters, Begründung im Urteil); staatliche Tatprovokation (kein Verfahrenshindernis; Anforderungen an die Revisionsbegründung); Verfahrensrüge (Begründung).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

40. BGH 1 StR 586/12 – Beschluss vom 4. November 2014

Stillschweigende Bestellung eines Pflichtverteidigers.
§ 140 Abs. 2 StPO; § 141 Abs. 4 StPO

41. BGH 2 StR 134/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (LG Bonn)

Verfall (Vorliegen einer unbilligen Härte; nicht mehr im Vermögen des Täters befindliches Erlangtes).
§ 79c Abs. 1 StGB

42. BGH 2 StR 137/14 (2 StR 337/14) – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (BGH)

Anfragebeschluss; Vorlagebeschluss; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten).

§ 132 Abs. 2, 3 GVG; § 253 Abs. 2 BGB

43. BGH 2 StR 240/14 – Urteil vom 15. Oktober 2014 (LG Köln)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Begehung von mindestens drei Symptomtaten: Berücksichtigung von Jugendstrafen; Gefährlichkeitsprognose: Zeitpunkt, Berücksichtigung von zu erwartenden Wirkungen des Strafvollzugs).
§ 66 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4, Abs. 2 StGB

44. BGH 2 StR 311/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Wiesbaden)

Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).
§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 267 Abs. 2 StPO

45. BGH 2 StR 137/14 2 StR 337/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (BGH)

Anfragebeschluss; Vorlagebeschluss; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten).
§ 132 Abs. 2, 3 GVG; § 253 Abs. 2 BGB

46. BGH 2 StR 92/14 – Urteil vom 22. Oktober 2014 (LG Erfurt)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; erforderliche Darstellung von Zeugenaussagen im Urteil: abweichende Aussagen des Zeugen in Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlung).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

47. BGH 4 StR 34/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Magdeburg)

Anhörungsrüge; Recht auf richterliches Gehör (Berücksichtigung einer nachträglichen formgerechten Revisionsbegründung).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; § 349 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

48. BGH 4 StR 234/14 – Urteil vom 20. November 2014 (LG Bielefeld)

Hinweispflicht bei Veränderung tatsächlicher Umstände in der Hauptverhandlung (Voraussetzungen; Rüge in der Revision: Anforderungen an die Revisionsbegründung).
§ 265 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

49. BGH 4 StR 290/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Essen)

Feststellung des Absehens von der Verfallsanordnung wegen Ansprüchen Dritter (Erstreckung der Aufhebung der Feststellung auf nicht revidierende Verfallsbeteiligte; unbillige Härte).
§ 73 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 357 Satz 1 StPO; § 73c Abs. 1 StGB

50. BGH 4 StR 358/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Halle)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (keine isolierte Anfechtung des Schuldspruchs; zu erwartende Höchstdauer der Therapie).
§ 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; § 67d Abs. 1 Satz 1 StGB

51. BGH 4 StR 371/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Kaiserslautern)

Beihilfe (gesonderte Prüfung der Konkurrenzen für jeden Beteiligten).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

52. BGH 4 StR 416/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Bielefeld)

Heimtückemord (bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit; Arglosigkeit des Tatopfers bei Tatbeginn: Ausnahmen)

§ 211 Abs. 1 StGB

53. BGH 4 StR 467/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begründung im Urteil).

§ 64 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1

54. BGH 4 StR 497/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Bochum)

Verminderte Schuldfähigkeit (Anforderung an die Urteilsbegründung; in dubio pro reo).

§ 21 StGB; § 267 Abs. 2 StGB

55. BGH 4 StR 69/14 – Urteil vom 25. September 2014 (LG Dortmund)

BGHR; teilweise Verfahrenseinstellung (Einstellungsbeschluss: Bestimmtheit, Parallele zur Anklageschrift, Auslegung, Folgen eines mehrdeutigen Einstellungsbeschlusses); Anklageschrift (Funktion).

§ 154 Abs. 2 StPO, § 200 Abs. 1 StPO

56. BGH 1 StR 114/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Schwerin)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

57. BGH 1 StR 212/14 – Beschluss vom 20. November 2014 (BGH)

Offensichtliche Fassungsversehen der Urteilsgründe.

§ 267 StPO

58. BGH 1 StR 219/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Mannheim)

Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerbetrug: Umsatzsteuerkarussell, missing trader, fehlendes Recht zum Vorsteuerabzug, Missbrauchsverbot des Unionsrechts, Einbindung als buffer mit Eventualvorsatz; untauglicher Versuch).

§ 370 AO; § 15 StGB; § 15 UStG; § 261 StPO

59. BGH 1 StR 219/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Mannheim)

Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerbetrug: Umsatzsteuerkarussell, missing trader, fehlendes Recht zum Vorsteuerabzug, Missbrauchsverbot des Unionsrechts, Einbindung als buffer mit Eventualvorsatz; untauglicher Versuch; Berechnungsdarstellung).

§ 370 AO; § 15 StGB; § 15 UStG; § 261 StPO

60. BGH 1 StR 314/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Würzburg)

Beweiswürdigung, Aufklärungspflicht und Beweisangebote auf die Vernehmung von Zeugen bei massenhaften Betrugsvorwürfen (Freiheit von Beweisregeln; Begriff des Beweisbeitrages: Individualisierung; Versagung der Straf-milderung wegen Versuchs).

§ 263 StGB; Art. 6 EMRK; § 261 StPO; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

61. BGH 1 StR 471/14 – Beschluss vom 20. November 2014 (LG Konstanz)

Entfallende Sperre für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis (Erledigung).

§ 55 Abs. 2 StGB

62. BGH 1 StR 503/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Nürnberg-Fürth)

Besonders schwere Vergewaltigung (Kissen als gefährliches Werkzeug; Konkurrenzen zur gefährlichen Körperverletzung; Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz, Tateinheit).

§ 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 52 StGB

63. BGH 2 StR 62/14 – Beschluss vom 26. November 2014 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

64. BGH 2 StR 137/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Erfurt)

Anfrage- und Vorlageverfahren zu den Maßstäben der Adhäsionsentscheidung (Entschädigung der Verletzten; Höhe des Schmerzensgeldes; Teilerledigung und Teilrechtskraft bei rechtsstaatsgemäßer Verfahrensverlängerung).

§ 132 GVG; § 406 StPO; § 406a Abs. 2 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

65. BGH 2 StR 171/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Aachen)

Pflicht zur Mitteilung über vorherige Verständigungsgespräche (Negativmitteilung; Protokollierungspflicht; Darstellungsanforderungen; unzulässige Verfahrensrüge). Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

66. BGH 2 StR 337/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Meiningen)

Anfrage- und Vorlageverfahren zu den Maßstäben der Adhäsionsentscheidung (Entschädigung der Verletzten; Höhe des Schmerzensgeldes; Teilerledigung und Teilrechtskraft bei rechtsstaatsgemäßer Verfahrensverlängerung).

§ 132 GVG; § 406 StPO; § 406a Abs. 2 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

67. BGH 2 StR 418/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

68. BGH 2 StR 419/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Köln)

Undifferenzierte Bezugnahme auf die Gesamtdrogenmenge mehrerer, sukzessiv begangener Betäubungsmitteldelikte (Strafzumessung; Tatschuld der Einzelaten; Unterscheidung der Strafzumessung bezüglich der Einzelaten und der Gesamtstrafenbildung).

§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

69. BGH 2 StR 470/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

70. BGH 2 ARs 278/14 (2 AR 233/14) – Beschluss vom 26. November 2014 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

71. BGH 2 ARs 383/14 (2 AR 266/14) – Beschluss vom 26. November 2014 (KG Berlin)

Unanfechtbarer Beschluss (nicht zugelassene Rechtsbeschwerde).

§ 29 Abs. 1 EGGVG

72. BGH 2 ARs 387/14 (2 AR 274/14) – Beschluss vom 25. November 2014 (AG Wetzlar)

Übertragung der Untersuchung und Entscheidung der Sache (eingeschränkte Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten).

§ 12 Abs. 2 StPO

73. BGH 2 ARs 388/14 (2 AR 245/14) – Beschluss vom 5. November 2014 (AG Oschatz; LG Gera)

Zuständigkeit für die Entscheidung über den Widerruf einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe (Befasstsein: Aufnahme in eine JVA, Verschubung, vorübergehender Aufenthalt).

§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

74. BGH 4 StR 151/14 – Beschluss vom 20. November 2014 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

75. BGH 4 StR 153/14 – Urteil vom 20. November 2014 (LG Waldshut-Tiengen)

Mangelnde Anklage (Eröffnungsbeschluss; Begriff der Tat im prozessualen Sinne und Individualisierung bei Serientaten: Veränderung des Tatzeitraums; Kognitionspflicht).

§ 200 StPO; § 264 StPO

76. BGH 4 StR 265/14 – Beschluss vom 18. November 2014 (LG Dessau-Roßlau)

Aufhebung des Strafausspruchs wegen mangelnder Festsetzung von Einzelstrafen.

§ 54 StGB

77. BGH 4 StR 284/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Essen)

Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf die Abgrenzung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit (Real konkurrenz).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 261 StPO

78. BGH 4 StR 294/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

79. BGH 4 StR 349/14 – Beschluss vom 18. November 2014 (LG Essen)

Unzulässige Verfahrensrüge (unzulässige Verwertung von Erkenntnissen aus Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen; Darstellungsanforderungen).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

80. BGH 4 StR 384/14 – Beschluss vom 6. November 2014 (LG Essen)

Unzulässigkeit der Revision der Nebenklage, wenn die Person des Rechtsmittelführers nicht eindeutig feststeht (Gesetzesverletzung).

§ 300 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

81. BGH 4 StR 385/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Detmold)

Absoluter Revisionsgrund (Anwesenheitsrecht des Angeklagten: Entfernung der Angeklagten gemäß § 247 StPO, Abwesenheit bei der Verkündung des Ausschließungsbeschlusses, unwirksamer Verzicht, Anwesenheitspflicht).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 S. 2 StPO

82. BGH 4 StR 430/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Essen)

Widersprüchlicher und rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch.

§ 54 StGB; § 55 StGB

84. BGH 4 StR 505/14 – Beschluss vom 18. November 2014 (LG Freiburg)

Dauer des Vorwegvollzugs der Maßregel (fehlerhafter Abzug der vollzogenen Untersuchungshaft).

§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB