

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

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

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Passau; Akad. Rat Dr. Christoph

Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof.

Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Lu-

zern); 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 Rüben-

stahl, mag. iur. (Tsambikakis & Part-

ner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger

(Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schil-

ling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Chris-

toph Sowada (Univ. Greifswald); RA

Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.

Basel)

## Publikationen

Prof. Dr. *Anette Grünewald*, HU Berlin – **Auf der Suche nach Mordmerkmalen – Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 1116** S. 162

*Florian Albrecht*, M.A., Universität Passau – **Auf Der Streit um die Rockerkutten – Zugl. Besprechung der jüngeren Rechtsprechung** S. 167

*Gunnar Spilgies*, Hannover – **Ohne welchen freien Willen? Zur Frage einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit nach den §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB für die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB.** S. 177

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

BVerfG **Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei bei geringfügiger Straftat**

BVerfG **Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme von Cannabispflanzen bei einem Schmerzpatienten**

BGHSt **Sittenwidrigkeit bei verabredeten Schlägereien**

BGHSt **Begehung der falschen Verdächtigung durch Beschuldigte**

BGHSt **Selbsteintrittsrecht Deutschlands und gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern**

BGHSt **Nicht geringe Menge bei synthetischen Cannabinoiden**

BGH **Grenzen der Mitteilungspflicht nach § 243 IV StPO**

BGH **Voreilige Entbindung eines Schöffen**

BGH **Unbeachtliches Mitverschulden des Steuerfiskus bei der Steuerhinterziehung**

Die Ausgabe umfasst 145 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

16. Jahrgang, April 2015, Ausgabe

4

Rechtsprechung

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

**280. BVerfG 2 BvR 497/12, 2 BvR 498/12, 2 BvR 499/12, 2 BvR 1054/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)**

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Ermittlungsverfahren gegen einen Rechtsanwalt wegen des Verdachts der Verletzung der Unterhaltspflicht; Leistungsfähigkeit; erzielbare Einkünfte bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen); Wohnungsgrundrecht (Richtervorbehalt; besondere Anforderungen an die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und der Verhältnismäßigkeit bei Berufsheimnisträgern; Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat; wenig schwer wiegender Tatverdacht; Angebot der freiwilligen Herausgabe von Unterlagen; Erörterung der Straferwartung im Einzelfall).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 170 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung erfährt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz, in den mit einer Durchsuchung schwerwiegend eingegriffen wird. Dem Schutz unterfallen auch beruflich genutzte Räume wie Rechtsanwaltskanzleien.

2. Der besondere Schutz von Berufsheimnisträgern gebietet bei der Anordnung der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei die besonders sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Strafverfolgungsbehörden ha-

ben dabei die Grundrechte der Mandaten, das Interesse der Allgemeinheit an einem Vertrauensverhältnis zum Berufsgeheimnisträger und auch das Ausmaß der – mittelbaren – Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit der Betroffenen zu berücksichtigen.

3. Im Einzelfall können der Durchsuchung die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnahmenden Gegenstände sowie die Vagheit des Auffindevdachts entgegenstehen. Für die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat spricht es, wenn sie nicht von erheblicher Bedeutung ist. Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, sind regelmäßig nicht von erheblicher Bedeutung.

4. Der gegen einen Rechtsanwalt gerichtete Verdacht einer Verletzung der Unterhaltspflicht ist nur von geringem Gewicht, wenn die Strafanzeige nicht vollständig plausibel und nicht widerspruchsfrei ist und sich der Tatverdacht vor allem daraus ableitet, dass der Anwalt sich in einem familiengerichtlichen Verfahren nicht von einem medizinischen Sachverständigen hat untersuchen lassen und möglicherweise die Unwahrheit über seinen Gesundheitszustand und damit über seine erzielbaren Einkünfte gesagt hat, wenn jedoch zugleich dokumentiert ist, dass er zumindest zeitweise an einem Burnout-Syndrom und anderen Beeinträchtigungen litt.

5. Der Beschluss, mit dem wegen des Vorwurf der Unterhaltspflichtverletzung die Durchsuchung einer Anwaltskanzlei angeordnet wird, muss sich mit der Frage der Verhältnismäßigkeit insbesondere dann im Einzelnen auseinandersetzen, wenn der Beschuldigte die freiwillige Herausgabe aller relevanten Unterlagen angeboten hat, wenn belegt ist, dass der Beschuldigte über Jahre hinweg andere Gläubiger nicht befriedigt hat, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen und wenn die Straferwartung angesichts der – zu erörternden – Umstände des Einzelfalls nur sehr gering ist.

**281. BVerfG 2 BvR 1694/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Darmstadt / AG Darmstadt)**

Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme von Cannabispflanzen bei einem Schmerzpatienten (medizinische Notwendigkeit zur Einnahme von Cannabinoiden; THC; Anbau zum Selbstverbrauch im Rahmen einer ärztlich begleiteten Schmerztherapie; Abwendung gravierender Gesundheitsgefahren); Begründungsanforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss (Richtervorbehalt; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Geltung auch für die Beschlagnahme; keine Nachbesserung der Begründung im Beschwerdeverfahren hinsichtlich Tatvorwurf und Beweismitteln); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung; Zumutbarkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 5 BtMG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde erfordert es, dass ein Beschwerdeführer zunächst alle zur Verfügung stehenden prozessualen Mög-

lichkeiten ausschöpft, um eine Grundrechtsverletzung im fachgerichtlichen Instanzenzug zu verhindern oder zu beseitigen. Diese Obliegenheit steht allerdings unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit.

2. Einem Schmerzpatienten, der zwingend auf die – ihm behördlich erlaubte – Einnahme von Cannabinoiden angewiesen ist, jedoch nicht über die finanziellen Mittel zur Deckung seines Bedarfs verfügt, ist es nicht zuzumuten, die Zeit bis zur Gewährung verwaltungsrechtlichen (Eil-)Rechtsschutzes zur Frage eines Anbaurechts unverzögert zu überbrücken.

3. Dem mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundenen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich sein und in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen. Diese Maßstäbe beanspruchen auch für die Beschlagnahme Geltung.

4. Ein Durchsuchungsbeschluss genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn sich im Einzelfall die Erörterung eines offensichtlichen Problems aufdrängen musste und gleichwohl eine Prüfung vollständig fehlt. Im Beschwerdeverfahren können Defizite in der Begründung des Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich nachgebessert werden, während Mängel bei der Umschreibung des Tatvorwurfs und der zu suchenden Beweismittel nicht mehr heilbar sind.

5. Den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen ist nicht genügt, wenn der Ermittlungsrichter auf jede einzelfallbezogene Begründung der Durchsuchungsanordnung verzichtet, nachdem der beschuldigte Schmerzpatient selbst angezeigt hatte, dass er bis zu einer behördlichen Entscheidung über eine Anbauerlaubnis zur Abwendung einer akuten medizinischen Unterversorgung im Rahmen einer ärztlich begleiteten Schmerztherapie Cannabis zum Eigenverbrauch anbaue.

6. Soweit in einer derartigen Konstellation konkrete Anhaltspunkte für einen Cannabisanbau auch für Dritte bestehen, ist dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch Rechnung zu tragen, dass der Durchsuchungsbeschluss und die Beschlagnahmeanordnung auf Beweismittel beschränkt werden, die einen solchen Tatverdacht stützen.

7. Außerhalb derartiger atypischer Ausnahmekonstellationen sind die Gerichte allerdings nicht gehindert, Durchsuchungen ohne gesteigerte Begründungserfordernisse als erforderlich anzusehen und von einer Fremdgefährdung auszugehen, weil Beschuldigte die angebauten Betäubungsmittel in aller Regel auch in den Verkehr bringen.

**282. BVerfG 2 BvR 2049/13, 2 BvR 2445/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Januar 2015 (OLG Dresden / LG Zwickau)**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Abwägung im Einzelfall; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Notwendigkeit von Feststellungen zum aktuellen Vollzugsverhalten des Unterbrachten; bloßer Verweis auf frühere Stellungnahmen; Reichweite der ärztlichen Schweigepflicht im Maßregelvollzug); hinreichende Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Vorlage von Dokumenten); Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Erlass einer Folgeentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG; § 63 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 454 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 463 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG, der unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, ergeben sich auch Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung. So müssen alle Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen. Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung gilt auch für den Straf- und Maßregelvollzug.

2. Die bei Entscheidungen über die Fortdauer der Maßregelvollstreckung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebotene einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Sicherungsbelangen der Allgemeinheit und dem Freiheitsanspruch des Unterbrachten hat sich unter anderem darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Unterbrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz neuer Taten ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen.

3. Ein Beschluss, mit dem die Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus angeordnet wird, genügt nicht dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung,

wenn das Gericht keine Feststellungen über das Vollzugsverhalten des Unterbrachten seit der vorangegangenen Fortdauerentscheidung getroffen hat. Der Verweis der Unterbringungseinrichtung auf frühere Stellungnahmen beinhaltet nicht die Erklärung, dass sich das Vollzugsverhalten des Unterbrachten seither nicht verändert habe.

4. Der Verzicht auf eine Stellungnahme der Unterbringungseinrichtung zum aktuellen Unterbringungsverlauf ist auch nicht unter Hinweis darauf zu rechtfertigen, dass der Unterbrachte die behandelnden Ärzte nicht von ihrer Schweigepflicht entbunden hat.

5. Die ärztliche Schweigepflicht im Maßregelvollzug erstreckt sich nicht auf Tatsachen, die im Rahmen der Wahrnehmung von Ordnungs- und Verwaltungsfunktionen auch für nicht mit therapeutischen Aufgaben betraute Dritte erkennbar sind. Dabei handelt es sich insbesondere um den Unterbringungsverlauf, das Vollzugs- und Sozialverhalten des Unterbrachten jenseits seiner therapeutischen Betreuung und den Umgang in Konfliktsituationen mit anderen Unterbrachten oder dem Betreuungspersonal. Solche Tatsachen sind von der Vollzugseinrichtung im Rahmen einer Stellungnahme mitzuteilen.

6. Zu einer hinreichenden Substantiierung der Verfassungsbeschwerde gehört es, dass alle Dokumente vorgelegt werden, die erforderlich sind, um dem Bundesverfassungsgericht die Prüfung der Verfassungsbeschwerde ohne weitere Ermittlungen zu ermöglichen. Dem ist jedenfalls dann Genüge getan, wenn sich der geltend gemachte Verfassungsverstoß den vorgelegten Dokumenten ohne Weiteres entnehmen lässt.

7. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Unterbringung im Maßregelvollzug besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht fort, auch wenn die Entscheidung nicht mehr die aktuelle Grundlage der Vollstreckung bildet, weil zwischenzeitlich ein erneuter Fortdauerbeschluss ergangen ist.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### **423. BGH 4 StR 574/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Essen)**

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit: Wahrnehmung von Tathindernissen durch Täter).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

Zwar kann das befürchtete alsbaldige Eintreffen der Polizei bei einem unbeendeten Versuch die Freiwilligkeit des Rücktritts ausschließen (vgl. BGH NStZ 2007, 399, 400). Unfreiwillig ist aber auch in solchen Fällen das Nicht-Weiterhandeln nur dann, wenn der Täter sich auf Grund

äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen zur Tatvollendung nicht mehr in der Lage gesehen hat (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 171, 172). Dies setzt voraus, dass der Täter dieses „Hindernis“ wahrnimmt und es seine Willensentschließung zumindest mitbestimmt.

#### **345. BGH StB 10/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014**

Zulässigkeit der Beschwerde gegen die beendete Durchsuchung; Durchsuchung beim Tatumverdächtigen; „Befassungsverbot“ bei verstorbenem Beschuldigten (Zulässigkeit weiterer Ermittlungen bei Zweifeln über den Tod); Sichbereiterklären zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung („doppelte“ Vorverlagerung; Zusammenwirken mehrerer; Ernsthaftigkeit der Erklärung; Zugang; Abgrenzung zur bloßen Kundgabe des Willens, ein Verbrechen zu begehen); Reichweite der Verfolgungsermächtigung bei laufendem Erkenntnisfortschritt im Ermittlungsverfahren.

§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB; § 77e StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 103 StPO; § 300 StPO

1. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB ist auf den Verbrechenstatbestand der Beteiligung an einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung als Mitglied nach § 129a Abs. 1 Nr. 1, § 129b Abs. 1 Satz 1 und 2 StGB anwendbar, obgleich sowohl § 30 StGB als auch die §§ 129 ff. StGB bereits jeweils für sich genommen die Strafbarkeit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung verlagern und durch die Kumulation dieser Wirkungen im Einzelfall die Grenze zwischen der verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigenden Verfolgung strafbaren Unrechts und diesen Bereich verlassenden reinem Präventionsrecht erreicht werden kann.

2. Aus dem im Rahmen des § 30 StGB zu stellenden Erfordernis des Zusammenwirkens mehrerer folgt, dass die bloße Kundgabe, ein Verbrechen begehen zu wollen, den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB nicht erfüllt. Vielmehr muss die Erklärung darauf gerichtet sein, sich gegenüber deren Adressaten zu binden, weshalb stets die Ernsthaftigkeit der Erklärung zu fordern ist.

3. Die demnach gem. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB erforderliche Selbstbindung kann in Fällen des Sichbereiterklärens zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung erst und nur dann angenommen werden, dass die Erklärung gegenüber einem Repräsentanten der terroristischen Vereinigung abgegeben wird.

4. Ein Gericht darf sachlich nur dann über einen Vorwurf befinden, wenn die Person, der gegenüber dieser erhoben wird, lebt (sog. „Befassungsverbot“). Mit dem Tod des Beschuldigten ist deshalb ein gegen diesen geführtes Ermittlungsverfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO einzustellen. Bestehen über das Ableben indes Zweifel, so bleiben weitere Ermittlungsmaßnahmen jedenfalls dann zulässig, wenn sie zumindest auch der Klärung des Vorliegens dieser Verfahrensvoraussetzung dienen.

#### **384. BGH 4 StR 498/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Landau)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit: Persönlichkeitsstörung; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit: Rechtsfrage, normative Gesamtbetrachtung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 21 StGB; § 63 StGB

1. Eine diagnostizierte Persönlichkeitsstörung kann die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit nur dann begründen, wenn sie Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben eines Angeklagten vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen (st. Rspr.). Handelt es sich um ein eher unspezifisches Störungsbild, das immer auch noch als – möglicherweise extreme – Spielart menschlichen Wesens einzuordnen sein kann, wird der Grad einer „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ regelmäßig erst dann erreicht, wenn der Täter aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat (vgl. BGHSt 42, 385, 388).

2. Ob die Steuerungsfähigkeit wegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit bei Begehung der Tat „erheblich“ im Sinne des § 21 StGB vermindert war, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beantworten hat. Hierbei fließen normative Gesichtspunkte ein. Entscheidend sind die Anforderungen, die die Rechtsordnung an jedermann stellt (vgl. BGH NJW 2014, 3382, 3384 mwN). Dazu hat der Tatrichter in einer Gesamtbetrachtung die Persönlichkeit des Angeklagten und dessen Entwicklung zu bewerten, wobei auch Vorgeschichte, unmittelbarer Anlass und Ausführung der Tat sowie das Verhalten danach von Bedeutung sind (st. Rspr.).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 285. BGH 3 StR 233/14 – Urteil vom 22. Januar 2015 (LG Dresden)

BGHSt; Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit (Art und Schwere der ex ante drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung; gesetzgeberische Wertungen; konkrete Todesgefahr; Eskalationsgefahr; Gefahr schwerer Gesundheitsschädigung; Beteiligung an einer Schlägerei); „dritte Halbzeit“; einvernehmliche, organisierte Schlägereien; Hooligans; kriminelle Vereinigung (Organisationsstrukturen; voluntatives Element; Art und Weise der vereinigungsinternen Willensbildung); Landfriedensbruch; Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung. § 129 StGB; § 223 StGB; § 228 StGB; § 231 StGB; § 129 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB; § 125a Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 4 StGB

1. Zur Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen im Rahmen von verabredeten Schlägereien. (BGHSt)

2. Das Merkmal der guten Sitten in § 228 StGB ist für sich genommen konturenlos. Angesichts der Wandelbarkeit moralischer Wertungen kommen als Anknüpfungspunkt des Sittenwidrigkeitsurteils die Vorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder gar des zur Entscheidung berufenen Gerichts nicht in Betracht. Auch die Ermittlung von allgemein gültigen moralischen Maßstäben erweist sich in einer pluralistischen Gesellschaft als problematisch. (Bearbeiter)

3. Der hiernach bestehenden Unbestimmtheit des Begriffs der „guten Sitten“ i.S.v. § 228 StGB ist durch einen strikten Bezug auf das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte sowie eine Reduktion auf seinen Kerngehalt Rechnung zu tragen. Entscheidend ist vor allem das ex ante zu beurteilende Gewicht der durch die Tathandlung geschaffenen Verletzungsgefahr. (Bearbeiter)

4. Allerdings sind für die Feststellung eines Sittenverstößes Wertungen, die der Gesetzgeber vorgegeben hat, zu berücksichtigen. Der Schutz der Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Leben gegen Beeinträchtigungen durch Dritte wird deshalb nicht schlechthin, sondern nur innerhalb eines für die Rechtsordnung tolerierbaren Rahmens zur Disposition des Einzelnen gestellt. (Bearbeiter)

5. In diesem Sinne folgt aus der gesetzgeberischen Wertung des § 216 StGB, dass Körperverletzungshandlungen, durch die das Opfer in eine konkrete Todesgefahr gebracht wird, nicht einwilligungsfähig sind. Eine bei der Auslegung des § 228 StGB zu berücksichtigende gesetzgeberische Wertung lässt sich darüber hinaus für die Art und Weise der Begehung der Körperverletzungshandlungen auch der Regelung des § 231 StGB entnehmen. (Bearbeiter)

6. Die Wertung des § 231 StGB führt in Fällen, in denen die an den Schlägereien Beteiligten aus der gebotenen ex ante-Perspektive dadurch zumindest in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht wurden zur Unbeachtlichkeit einer (ggf. konkludent) erteilten Einwilligungen in die mit den Auseinandersetzungen verbundenen Körperverletzungshandlungen. (Bearbeiter)

7. Der Verstoß gegen die Wertung des § 231 StGB begründet das Sittenwidrigkeitsurteil unabhängig davon, ob der sich aus § 231 StGB ergebenden gesteigerten Gefahr für Leib und Leben durch Vorkehrungen, mit denen eine Eskalation der Auseinandersetzung verhindert werden soll, entgegengewirkt werden könnte. (Bearbeiter)

8. Die Sittenwidrigkeit der Tat aufgrund der Erfüllung des Tatbestands des § 231 Abs. 1 StGB ist zudem nicht nur in den Fällen gegeben, in denen die schwere Folge tatsächlich eingetreten ist; denn ein tatbestandsmäßiger, rechtswidriger und schuldhafter Verstoß liegt unabhängig davon vor, weil es sich bei den genannten Folgen ausschließlich um objektive Bedingungen der Strafbarkeit handelt. (Bearbeiter)

9. Bei den von § 231 StGB und den von den Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten geschützten Rechtsgütern handelt es sich nicht um unterschiedliche, sondern um die gleichen, die einerseits als Gemeininteresse, andererseits aber sowohl von den §§ 211 ff., §§ 223 ff. StGB als auch von § 231 StGB als Individualinteressen geschützt werden. (Bearbeiter)

### 358. BGH 1 StR 488/14 – Urteil vom 10. Februar 2015 (LG Traunstein)

BGHSt; falsche Verdächtigung (Begriff der Verdächtigung; Tatbestandseinschränkung für zulässiges Verteidigungsverhalten: kein Recht zur Lüge); Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Gefährdung von fremden Sachen von bedeutendem Wert; Wertgrenze, keine Parallele zu Straßenverkehrsdelikten; Verhältnis zum verbotenen Umgang mit explosionsgefährlichen Stoffen); Tateinheit (Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit).

§ 164 Abs. 1 StGB; § 308 Abs. 1 StGB; § 315b Abs. 1 StGB; § 315c Abs. 1 StGB; § 40 Abs. 1 Nr. 3 SprengG; § 52 Abs. 1 StGB

1. Falsche Verdächtigung durch den Beschuldigten in einem Strafverfahren bei bewusst wahrheitswidriger Bezichtigung einer bis dahin unverdächtigten Person. (BGHSt)

2. Jedenfalls dann, wenn eine Person konkret verdächtigt wird, für deren Tatbegehung bzw. Tatbeteiligung bis

dahin keine Anhaltspunkte bestanden, kommt im Hinblick auf das durch § 164 StGB auch gewährleistete Rechtsgut des Schutzes der innerstaatlichen Strafrechtspflege vor unberechtigter Inanspruchnahme (vgl. BGH StraFo 2013, 79) eine Tatbestandseinschränkung wegen zulässigem Verteidigungsverhalten nicht in Betracht. Anders als in Fallgestaltungen, in denen außer dem falsch Verdächtigenden überhaupt nur eine weitere Person als Täter der fraglichen rechtswidrigen Tat in Betracht kommt, wird in der hier vorliegenden Konstellation erstmals eine andere Person als vermeintlicher Täter bezichtigt. Erst dadurch werden die Ermittlungsbehörden zu einer auf eine materiell unschuldige und bis zur Falschbezeichnung unverdächtige Person bezogenen Ermittlungstätigkeit veranlasst. (Bearbeiter)

3. Grundsätze, aus denen sich für den Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren ein Recht auf Lüge ableiten ließe, bestehen nicht. Die Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) gewährleistet verfassungsrechtlich dem Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren ein umfassendes Recht zu schweigen, um nicht zu seiner Überführung beitragen zu müssen; der Beschuldigte ist durch die Selbstbelastungsfreiheit mithin davor geschützt, auf ihn selbst bezogene Informationen zu generieren. Für eine einschränkende Anwendung des § 164 StGB jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation der bewusst wahrheitswidrigen Verdächtigung besteht daher kein tragfähiger Grund. (Bearbeiter)

4. Nach ganz überwiegendem Verständnis ist Verdächtigen das Hervorrufen, Umlenken oder Verstärken eines Verdachts (vgl. BGHSt 14, 240, 246). Die Tathandlung kann jedenfalls durch das Behaupten von Tatsachen verwirklicht werden, die geeignet sind, den Verdächtigten einem behördlichen Verfahren auszusetzen. (Bearbeiter)

5. Wie der Bundesgerichtshof bereits zu Verstößen gegen das Waffengesetz durch den unerlaubten Besitz und das unerlaubte Führen einer Waffe entschieden hat, steht die rechtskräftige Aburteilung der Dauerstraftat des Besitzes der Waffe einer Strafverfolgung wegen eines mit dieser Waffe begangenen Verbrechens nicht entgegen (vgl. BGHSt 36, 151, 153 f.). Für das Dauerdelikt des (unerlaubten) Umgangs mit explosionsgefährlichen Stoffen gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 3 SprengG gilt nichts anderes. (Bearbeiter)

6. § 308 StGB ist ein konkretes Gefährdungsdelikt (vgl. BGH NStZ-RR 1996, 132 f.). Vollendung tritt mit dem Herbeiführen einer konkreten Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert ein. Maßgeblich ist dafür die Höhe des dem betroffenen fremden Eigentum konkret drohenden Schadens. Um diese zu bestimmen, bedarf es regelmäßig eines zweistufigen Vorgehens, indem zunächst der Wert der Sache selbst und anschließend der ihr drohende (bedeutende) Schaden zu ermitteln sind (st. Rspr. zu § 315c StGB). (Bearbeiter)

7. Der Bundesgerichtshof hat bislang zu § 308 StGB nicht entschieden, ab welcher Untergrenze von einem bedeutenden Wert ausgegangen werden kann. Für die bezüglich des konkreten Gefährerfolgs im Wortlaut identisch gefassten §§ 315b, c StGB legt der Bundesgerichtshof eine solche von 750 Euro. Der Senat neigt für § 308 StGB

im Hinblick auf die auf der Ebene der Tathandlung auch erfassten Explosionen durch Sprengkörper mit geringer Sprengkraft allerdings zu einem etwas höheren Grenzwert, der bei 1.500 Euro liegen könnte. (Bearbeiter)

### 308. BGH 3 StR 541/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Verden)

Verdeckungsmord durch Unterlassen bei vorausgehenden Gewalthandlungen (Anwendung des Zweifelssatzes auf das Vorhandensein von Tötungsvorsatz bei den vorausgehenden Gewalthandlungen; andere Straftat; deutliche zeitliche Zäsur).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

1. Eine mit Tötungsvorsatz durchgeführte Körperverletzungshandlung kommt nur dann als „andere Straftat“ im Sinne von § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB in Betracht, wenn zwischen der mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen Tötung und den vorausgehenden Gewalthandlungen eine deutliche zeitliche Zäsur liegt.

2. Es stellt eine Verletzung des Grundsatzes in *dubio pro reo* dar, wenn das Tatgericht bei insoweit nicht zweifelsfreier Tatsachengrundlage den anfänglichen Tötungsvorsatz verneint und infolgedessen – anstelle der Verurteilung wegen einer einheitlichen Tat des Totschlags – aufgrund der späteren Tötung in Verdeckungsabsicht einen Verdeckungsmord bejaht.

### 418. BGH 4 StR 433/14 – Urteil vom 29. Januar 2015 (LG München II)

Mord (Heimtücke: Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit durch den Täter; niedrige Beweggründe: Selbstjustiz); Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos.

§ 211 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Für das im Rahmen des Heimtückemerkmals des § 211 Abs. 2 StGB erforderliche bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die 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 (vgl. BGH NStZ 2015, 30, 31). Das gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat (vgl. BGH NStZ 2015, 30, 31 mwN). Anders kann es jedoch bei „Augenblickstaten“, insbesondere bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen sein (vgl. BGH NStZ 2009, 30, 31); auch kann die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein gefehlt hat (vgl. BGH NStZ 2013, 232, 233 mwN).

### 387. BGH 4 StR 548/14 – Beschluss vom 26. Februar 2015 (LG Dortmund)

Körperverletzung (Begriff der Gesundheitsschädigung; psychische Einwirkungen als Körperverletzungen).

§ 223 Abs. 1 StGB

1. Als Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom

Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes anzusehen. Dabei kommt es nicht darauf an, auf welche Art und Weise die Beeinträchtigung erfolgt ist (vgl. BGHSt 36, 1, 6).

2. Rein psychische Empfindungen genügen bei keiner Handlungsalternative, um einen Körperverletzungserfolg gemäß § 223 Abs. 1 StGB zu begründen (vgl. BGHSt 48, 34, 36). Wirkt der Täter auf sein Opfer lediglich psychisch ein, liegt eine Körperverletzung daher erst dann vor, wenn ein pathologischer, somatisch-objektivierbarer Zustand hervorgerufen worden ist, der vom Normalzustand nachteilig abweicht. Bloß emotionale Reaktionen auf Aufregungen, wie etwa starke Gemütsbewegungen oder andere Erregungszustände, insbesondere Angstzustände, stellen keinen pathologischen Zustand und damit keine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB dar.

### 399. BGH 2 StR 163/14 – Urteil vom 7. Januar 2015 (LG Fulda)

Schwerer Raub (Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme: Finalität; Voraussetzungen eines minder schweren Falls).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1, Abs. 4 StGB

1. Es ist für die Annahme des Raubtatbestandes nicht erforderlich, dass die eingesetzten Nötigungsmittel objektiv erforderlich, ursächlich oder förderlich gewesen sind; genügend ist es, wenn der Täter nach seiner Vorstellung Raubmittel anwendet, um dadurch eine Wegnahme zu ermöglichen, ohne dass es objektiv darauf ankäme, ob dies tatsächlich der Fall ist.

2. Bei der Prüfung, ob das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem so erheblichen Maße abweicht, dass die Anwendung des für einen minder schweren Fall vorgesehenen Ausnahmestrahfrahmens geboten erscheint, ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, bei der alle Umstände heranzuziehen und zu würdigen sind, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen (vgl. BGHSt 26, 97, 98).

### 357. BGH 1 StR 444/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 (LG München I)

Besonders schwerer Raub (konkludente Drohung mit einem empfindlichen Übel für Leib und Leben; Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs); Geiselnahme (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang von Entführung und beabsichtigter Nötigung); Nötigung (Eintritt des Erfolges).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 239b Abs. 1 StGB; § 240 StGB

1. Eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (vgl. BGH NStZ 2008, 687), also durch schlüssiges Verhalten oder mit unbestimmten Andeutungen in versteckter Weise, die ein Übel für das Opfer erkennbar ankündigen. Erforderlich ist, dass der Täter die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht; es ge-

nügt nicht, wenn der andere nur erwartet, der Täter werde ihm ein empfindliches Übel zufügen (vgl. BGHSt 7, 252, 253). Die konkludente Drohung mit Fortführung der Gewalt setzt also voraus, dass sich den Gesamtumständen einschließlich der zuvor verübten Gewalt die aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung entnehmen lässt, der Täter also in irgendeiner Form schlüssig erklärt, er werde einen eventuell geleisteten Widerstand mit Gewalt gegen Leib oder Leben brechen. Nur dann wirkt die zuvor verübte Gewalt als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung weiter. Nutzt der Täter hingegen die durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandene Angst und Einschüchterung des Opfers nur aus, ohne diese durch eine ausdrückliche oder konkludente Drohung zu aktualisieren, fehlt es an der erforderlichen Finalität (vgl. BGH StV 1995, 416 mwN).

2. Ein anderes gefährliches Werkzeug wird nur dann gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB bei der Tat verwendet, wenn es der Täter als Raubmittel zweckgerichtet einsetzt und das Opfer die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben mittels des gefährlichen Werkzeugs wahrnimmt und somit in die entsprechende qualifizierte Zwangslage versetzt wird (vgl. BGH StV 2012, 153 mwN). Dabei setzt (vollendetes) Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt. Die Äußerung der Drohung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die konkludente Drohung erfordert, dass nach ihrem Erklärungsinhalt mit dem Einsatz des gefährlichen Werkzeugs gedroht wird. Dies gilt auch dann, wenn das gefährliche Werkzeug bereits in anderem Zusammenhang gebraucht worden ist (vgl. BGHSt 48, 365, 367).

3. Kein Verwenden ist das bloße Mitsichführen des gefährlichen Werkzeugs und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es offen erfolgt (vgl. BGH NStZ 2013, 37).

4. Bei der Geiselnahme muss zwischen der Entführung und der beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehen, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die abgenötigte Handlung während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (vgl. BGHSt 40, 350, 355).

5. Auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der ein weitergehendes Ziel vorbereitet, kann eine Nötigung darstellen, wenn die Handlung des Opfers eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolges ist (vgl. BGH NJW 1997, 1082 f.).

### 294. BGH 3 StR 490/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Koblenz)

Kein Verbreiten jugendpornographischer Schriften bei gezielter Versendung an Einzelpersonen; zum Begriff des „Einwirkens“ beim sexuellen Missbrauch von Kindern (Erfordernis psychischer Einflussnahme tiefergehender Art); Gleichstellung von Datenspeichern und Schriften; Konkurrenzen beim sexuellen Missbrauch.

§ 11 Abs. 3 StGB; § 52 StGB; 176 Abs. 4 StGB; § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Werden Bilder mit jugendpornographischem Inhalt gezielt an Einzelpersonen versendet, reicht dies für die Annahme des Tatbestandsmerkmals des Verbreitens im Sinne von § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht aus. Vielmehr muss der Täter dafür eine Schrift einer nicht mehr individualisierbaren Vielzahl von Personen weitergeben.

2. Ein „Einwirken“ im Sinne von § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB erfordert eine psychische Einflussnahme tiefergehender Art. Das ist beim bloßen Versenden von Bildern pornographischen Inhalts regelmäßig nicht gegeben.

3. Die gleichzeitige Verletzung sowohl von § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB führt zur Annahme gleichartiger Tateinheit.

**381. BGH 4 StR 328/14 – Beschluss vom 26. Februar 2015 (LG Frankenthal)**

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (erforderlicher Grad der Individualisierbarkeit).

§ 201a Abs. 1 StGB

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen § 201a StGB auch Bildaufnahmen unterfallen, die allein aus sich heraus eine Individualisierung der abgebildeten Person nicht ermöglichen, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Tatbestandlich erfasst werden jedenfalls solche Bildaufnahmen, die aufgrund hinreichend vorhandener Identifizierungsmerkmale von den jeweiligen Tatopfern der eigenen Person zugeordnet werden können.

**417. BGH 4 StR 424/14 – Urteil vom 29. Januar 2015 (LG Siegen)**

Exhibitionistische Handlungen (Definition der exhibitionistischen Handlung: Ziel des sexuellen Lustgewinns).

§ 183 Abs. 1 StGB

Eine exhibitionistische Handlung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter einem anderen ohne dessen Einverständnis sein entblößtes Glied vorweist, um sich dadurch oder zusätzlich durch Beobachten der Reaktion der anderen Person oder durch Masturbieren sexuell zu erregen, seine Erregung zu steigern oder zu befriedigen (BT-Drucks. VI/3521 S. 53). Die Tathandlung liegt in dem Vorzeigen des entblößten Gliedes mit dem Ziel des hierdurch bewirkten sexuellen Lustgewinns. Dass der Täter sein Geschlechtsteil bereits zu diesem Zweck entblößt hat, setzt die Vorschrift hingegen nicht voraus.

**310. BGH 3 StR 544/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Krefeld)**

Versuchter Betrug durch massenhafte Versendung von Forderungsschreiben (indizielle Bedeutung der Anerkennung der Forderung durch die Adressaten für das Vorstellungsbild des Täters; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (Einstellung der behaupteten Tatsache in das bisherige Beweisergebnis; prognostische Prüfung).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 3 S. 2 StPO

Bei einer Verurteilung wegen versuchten Betruges durch die massenhafte Versendung von Forderungsschreiben

kann der vom Angeklagten behaupteten Tatsache, die Adressaten hätten die geltend gemachten Forderungen als berechtigt anerkannt und deshalb gezahlt, grundsätzlich eine indizielle Bedeutung für das – beim Versuch maßgebliche – Vorstellungsbild des Angeklagten zukommen.

**364. BGH 2 StR 210/14 – Urteil vom 11. Februar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Diebstahl (Wegnahme: Gewahrsam an Sachen in generell beherrschten Räumen, hier: Inhaber einer Ladengeschäfts).

§ 242 Abs. 1 StGB

Ein Ladeninhaber besitzt hinsichtlich der in seinem Ladengeschäft befindlichen Waren im Hinblick auf seine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit zumindest (Mit-)Gewahrsam, ohne dass es im Einzelnen darauf ankäme, ob er Kontrollen über den Bestand der Waren vornimmt oder überhaupt weiß, ob und wie viele der einzelnen zum Verkauf angebotenen Gegenstände sich in der Gewahrsamssphäre des Ladens befinden.

**305. BGH 3 StR 523/14 – Beschluss vom 20. Januar 2015 (LG Koblenz)**

Notwendigkeit von Feststellungen zu Beschaffenheit und Bauweise einer Schreckschusspistole bei Verurteilung wegen besonders schweren Raubes.

§ 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Bedroht der Täter einer Raubtat das Opfer mit einer geladenen Schreckschusswaffe, erfüllt er den Qualifikationsstatbestand nur, wenn nach deren Bauart der Explosionsdruck beim Abfeuern der Munition nach vorne durch den Lauf austritt. Daher ist zumindest eine Typenbezeichnung oder eine sonstige Beschreibung der verwendeten Schreckschusspistole erforderlich, um eine Beurteilung der bauartbedingten Wirkungsweise im Revisionsverfahren zu ermöglichen.

**325. BGH 5 StR 12/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Frankfurt (Oder))**

Fehlende Feststellungen zu den Voraussetzungen einer sexuellen Nötigung.

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Es reicht zur Verwirklichung des Tatbestandes der sexuellen Nötigung gem. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht aus, dass die Abwesenheit schutzbereiter Dritter zur Verwirklichung der Tat ausgenutzt wird. Vielmehr ist es darüber hinaus erforderlich, dass die sexuellen Handlungen gegen den Willen des Opfers geschehen und das Opfer dem Tatgeschehen deshalb keinen Widerstand entgegengesetzt, weil es dies aufgrund seiner schutzlosen Lage für aussichtslos hält.

**407. BGH 2 StR 352/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Bad Kreuznach)**

Räuberische Erpressung (Absicht der rechtswidrigen Bereicherung); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Voraussetzung eines gewinnbringenden Umgang mit Betäubungsmitteln: Übergabe der Betäubungsmittel im Rahmen einer Schutzgelderpressung).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Eine Verurteilung wegen räuberischer Erpressung erfordert die Absicht des Täters, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern. Die erstrebte Vermögensverschiebung geschieht zu Unrecht, wenn dem Täter kein Anspruch auf die geforderte Leistung zusteht. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach zivilrechtlichen Maßstäben. Dass der Anspruch mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden sollte, macht den erstrebten Vermögensvorteil noch nicht rechtswidrig.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGHSt 50, 252, 256). Es geht dabei um einen für den Täter gewinnbringenden Umgang mit Betäubungsmitteln. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn die „Gegenleistung“ für die Beschaffung von Betäubungsmitteln darin besteht, „Schutz“ vor Gewalt zu versprechen, also eine sonst zu erwartende Gewaltanwendung zu unterlassen oder zu verhindern. Darin liegt kein Vorteilsversprechen, sondern eine Drohung. Das als Leistung im Rahmen einer Schutzgelderpressung übergebene Rauschgift ist für das Tatopfer der Erpressung nicht Ge-

genstand des Handels im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG.

**401. BGH 2 StR 204/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Erfurt)**

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (taugliche Widerstandshandlungen).

§ 113 Abs. 1 StGB

Unter Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte ist eine aktive Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten mit Nötigungscharakter zu verstehen, mit der die Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert werden soll. Nach dem Schutzzweck des § 113 StGB muss die Gewalt gegen den Amtsträger gerichtet und für ihn – unmittelbar oder mittelbar über Sachen – körperlich spürbar sein (vgl. BGHSt 18, 133;). Bloße Flucht vor der Polizei ist kein (gewaltsamer) Widerstand, auch wenn dadurch gegebenenfalls Dritte gefährdet oder unvorsätzlich verletzt werden (vgl. BGH NStZ 2013, 336).

Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**360. BGH 1 StR 574/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Stuttgart)**

Minderschwerer Fall des Totschlags (Voraussetzungen einer Affekttat: Gesamtbetrachtung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1. Das Revisionsgericht darf die der Entscheidung des Tatrichters über das Vorliegen eines minder schweren Falls zugrunde liegende Wertung nicht selbst vornehmen, sondern lediglich daraufhin überprüfen, ob dem Tatrichter ein Rechtsfehler unterlaufen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 310 f.). Diese Grundsätze über den für das Revisionsgericht geltenden Prüfungsmaßstab gelten nicht nur für die tatrichterliche Beurteilung des unbenannten minder schweren Falls gemäß § 213 Alt. 2 StGB, sondern auch für die in § 213 Alt. 1 StGB benannten Konstellationen minder schwerer Fälle. Denn bei § 213 StGB insgesamt und nicht lediglich bei seiner zweiten Alternative handelt es sich um eine Strafzumessungsregel (vgl. BGHSt 21, 14, 15).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können lediglich solche dem späteren Täter zugefügten Misshandlungen die Annahme eines minder schweren Falls gemäß § 213 Alt. 1 StGB begründen, die nach ihrem Gewicht und den Umständen des Einzelfalls geeignet sind, die „Jähtat als verständliche Reaktion“ auf das provozierende Verhalten des Opfers der nachfolgenden Tötungstat erscheinen zu lassen (vgl. BGHNJW 1995, 1910,

1911). Diese Voraussetzungen können selbst bei einer lediglich versuchten Körperverletzung gegeben sei. Da sich die Tötungstat jedoch als „verständliche Reaktion“ auf die vorausgegangene Misshandlung durch das spätere Opfer erweisen muss, werden eingetretene oder drohende lediglich geringfügige Eingriffe in die körperliche oder seelische Unversehrtheit des Täters des Tötungsdelikts regelmäßig keine Misshandlung im Sinne von § 213 Alt. 1 StGB begründen können.

3. Dem entsprechend hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass es der hohe Rang des durch § 212 StGB geschützten Rechtsguts und die unter den Voraussetzungen von § 213 StGB mildere Beurteilung der Vernichtung des menschlichen Lebens gebieten, die Anforderungen an das der Tat vorausgehende Opferverhalten und auch an die auf die tatalösende Situation zulaufende Entwicklung der Täter-Opfer-Beziehung nicht zu niedrig anzusetzen (vgl. BGH NStZ 2011, 339 f.). An diesem Gebot hat sich trotz der Verschärfung des Strafrahmens von § 213 StGB durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164) nichts geändert (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 140 f.).

4. Ob nach den vorgenannten Grundsätzen eine Misshandlung gegeben ist, hat der Tatrichter auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller dafür maßgebenden Umstände, namentlich unter Berücksichtigung der bisherigen Täter-Opfer-Beziehung und der damit verbundenen Motivationsgenese, zu beurteilen.

5. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dabei eine „Ganzheitsbetrachtung“ erforderlich, die in der Vergangenheit liegende Vorgänge als „mitwirkende Ursachen“ mit einbezieht. Die Voraussetzungen von § 213 Alt. 1 StGB können demnach auch dann erfüllt sein, wenn zwar das Verhalten des Tatopfers vor der Tat isoliert betrachtet keine schwere Beleidigung darstellt, dennoch aber den Täter zum Zorn reizte und auf der Stelle zur Tat hinriss, weil es nach einer ganzen Reihe von Kränkungen gleichsam nur noch der Tropfen war, der das Fass zum Überlaufen brachte. (vgl. BGH StV 1998, 131). In die erforderliche Gesamtbewertung sind alle Umstände einzubeziehen, die dem konkreten Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der Provokation durch das spätere Tatopfer sein Gepräge geben.

**349. BGH 1 StR 142/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Rostock)**

Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Gesamtabwägung); Absehen von der Anordnung des Verfalls (Verhältnis der Ausschlussgründe; Voraussetzungen); Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe in Ausnahmefällen (Berücksichtigung von generalpräventiven Erwägungen).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 27 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 47 Abs. 1 StGB

1. Entscheidend für die Annahme eines besonders schweren Falls der Beihilfe zur Steuerhinterziehung ist nicht, dass sich die Tat des Haupttäters, zu der Beihilfe geleistet wird, als besonders schwerer Fall erweist; zu prüfen ist vielmehr, ob das Gewicht der Beihilfehandlung selbst die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigt (vgl. BGH wistra 2001, 105). Dies gilt nicht nur in Fällen unbenannter besonders schwerer Fälle, sondern auch dann, wenn im Wege einer Gesamtwürdigung zu klären ist, ob die Indizwirkung eines oder mehrerer Regelbeispiele für besonders schwere Fälle widerlegt ist.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem systematischen Verhältnis zwischen der bei „unbilliger Härte“ zwingend zum Ausschluss der Verfallsanordnung führenden Regelung in § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB einerseits und der Ermessensvorschrift in § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB andererseits, dass regelmäßig zunächst auf der Grundlage letztgenannter Vorschrift zu prüfen ist, ob von einer Anordnung des Verfalls oder Verfalls von abgesehen werden kann.

3. Gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB kann eine Verfallsanordnung unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden sind. Es ist deshalb zunächst festzustellen, was der jeweilige Angeklagte für die Tat oder aus ihr erlangt hat, sodann ist diesem Betrag der Wert seines noch vorhandenen Vermögens gegenüberzustellen.

4. 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 (vgl. BGH wistra 2009, 23).

5. Im Rahmen der Anwendung des § 47 Abs. 1 StGB dürfen auch generalpräventive Erwägungen vorgenommen werden. Nach dieser Vorschrift ist es ausreichend, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe entweder zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. Damit genügt es, dass die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe aus generalpräventiven Gründen unerlässlich ist.

**403. BGH 2 StR 259/14 – Urteil vom 7. Januar 2015 (LG Bonn)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von nicht abgeurteilten Straftaten).

§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

Zwar ist es zulässig, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, dass der Angeklagte weitere nicht abgeurteilte Straftaten begangen hat. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die weiteren Taten prozessordnungsgemäß festgestellt sind. Das Abstellen auf einen bloßen Verdacht ist unzulässig. Die Taten müssen so konkret festgestellt sein, dass sie in ihrem wesentlichen Unwertgehalt abzuschätzen sind (vgl. BGH NJW 2014, 2514, 2516).

**363. BGH 1 StR 629/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Deggendorf)**

Minder schwerer Fall des Totschlags (Verhältnis zu gesetzlich vertyppten Milderungsgründen).

§ 213 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Sieht das Gesetz einen minder schweren Fall vor und ist auch ein gesetzlich vertyppter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafraumenwahl zunächst vorrangig geprüft werden, ob ein minder schwerer Fall vorliegt. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zuerst auf die allgemeinen Milderungsgründe abzustellen. Vermögen sie die Annahme eines minder schweren Falls allein zu tragen, stehen die den gesetzlich vertyppten Milderungsgrund verwirklichenden Umstände noch für eine (weitere) Strafraumenmilderung nach § 49 StGB zur Verfügung. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind auch die den gesetzlich vertyppten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände in die Bewertung einzubeziehen.

2. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 7, 8).

**414. BGH 4 StR 408/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 (LG Kaiserslautern)**

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung: Darstellung im Urteil).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1

Nötigt die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung zur Bildung mehrerer Gesamtstrafen, muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. Es muss also darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist und erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat.

**415. BGH 4 StR 418/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Magdeburg)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Aussetzung einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr; Anforderungen an die Begründung einer nicht gewährten Aussetzung).

§ 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 4

Bei einer (Gesamt-)Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr kann eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht allein mit der Begründung verneint werden kann, besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB lägen nicht vor. Auch in diesem Fall hat sich der Tatrichter zunächst mit der Frage zu befassen, ob dem Angeklagten eine günstige Sozialprognose nach § 56 Abs. 1 StGB zu stellen ist. Dies gilt schon deshalb, weil zu den nach Absatz 2 zu berücksichtigenden Faktoren auch solche gehören, die schon für die Prognose nach Absatz 1 von Belang sein können (vgl. BGH NSTz 2009, 441).

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**341. BGH 5 StR 601/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Leipzig)**

Fehlende Mitteilung des Inhalts von außerhalb der Hauptverhandlung geführten Rechtsgesprächen bei nicht verständigungsbasiertem Urteil (Transparenzgebot; Fehlerhaftigkeit des nicht verständigungsbasierten Urteils; Selbstbelastungsfreiheit; Beruhen im Falle des nicht durchgängig schweigenden Angeklagten).

§ 212 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO; § 337 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Neben der Gewährleistung des Transparenzgebotes soll die Mitteilung des wesentlichen Inhalts von außerhalb der Verhandlung geführten Rechtsgesprächen es dem Angeklagten ermöglichen, autonom darüber zu entscheiden, ob er sich mit einer geständigen Einlassung seines Schweigerechts begibt. Ein Verstoß gegen diese Transparenz- und Dokumentationspflichten führt nicht nur zur Rechtswidrigkeit einer gleichwohl getroffenen Verständigung, sondern auch zur Fehlerhaftigkeit von nicht verständigungsbasierten Urteilen, bei denen nicht auszuschließen ist, dass sie auf eine gesetzeswidrige informelle Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgehen.

2. Ein Beruhen des Urteils auf der fehlenden Mitteilung ist jedenfalls dann nicht auszuschließen, wenn sich der Angeklagte im Laufe des Verfahrens des Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit begibt und sich – hier: im Rahmen des letzten Wortes – geständig einlässt, woraufhin das Tatgericht diese Einlassung zur Stützung seiner Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten heranzieht.

**356. BGH 1 StR 393/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Nürnberg-Fürth)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Zeitpunkt; Anforderungen an die Revisionsbegründung)

§ 243 Abs. 4 StPO; § 212 StPO; § 344 StPO

1. § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO schreibt seinem Wortlaut nach keinen Zeitpunkt für die Mitteilungspflicht vor. Zwar ergibt sich aus dem Gesetzeszweck Transparenzgedanken, dass in aller Regel eine umgehende Information nach dem Verständigungsgespräch geboten ist. Doch sind hiervon auch Ausnahmen möglich, so dass ein später erfolgter Hinweis ausreichend gewesen sein kann.

2. Um dem Revisionsgericht diesbezüglich eine umfassende Prüfung zu ermöglichen, liegt nahe, dass die Revision dazu vortragen muss.

**392. BGH 1 StR 20/15 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Augsburg)**

Zeugnisverweigerungsrecht (Genehmigung der Verwertung der Aussage im Ermittlungsverfahren durch den Zeugen: erforderliche Belehrung).

§ 52 Abs. 1 StPO; § 252 StPO

1. Ein zur Zeugnisverweigerung berechtigter Zeuge kann in der Hauptverhandlung die Verwertung seiner in einer polizeilichen Vernehmung getätigten Angaben wirksam gestatten, wenn er zuvor über die Folgen des Verzichts ausdrücklich belehrt worden ist (vgl. BGHSt 45, 203, 208).

2. Zum Inhalt dieser Belehrung gehört nicht, dass die Angaben des Zeugen vor dem Ermittlungsrichter auch ohne seine Zustimmung in der Hauptverhandlung verwertet werden können.

**332. BGH 5 StR 258/13 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Potsdam)**

Fehlende Mitteilung über Erörterungen vor der Hauptverhandlung (Negativmitteilung; Nichtanwendbarkeit auf Erörterungen vor Anklageerhebung; Mitteilungspflicht des Gerichts bei Kenntniserlangung von Erörterungen zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft; verständigungsbezogener Gesprächsinhalt; Beruhen; Irrtum des Angeklagten über tatsächlich nicht staatgefundene Verständigungsgespräche).

§ 160b StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO

1. Eine Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO besteht nur hinsichtlich solcher Gespräche, die einen verständigungsbezogenen Inhalt aufweisen. Daran fehlt es, wenn in einem Gespräch von einem Richter kein Standpunkt zu einem möglichen Ergebnis des Verfahrens vertreten und kein Verhalten gezeigt wird, das als Vorbereitung von Verständigungsgesprächen oder gar als Eintritt in ein solches (miss)verstanden werden kann, sondern vielmehr vorbehaltlos Gespräche mit dem Ziel einer Verständigung nach § 257c StPO abgelehnt werden.

2. Das Beruhen des Urteils auf einer fehlenden Negativmitteilung kann auszuschließen sein, wenn zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand. Dass der Angeklagte glaubte, es hätten Verständigungsgespräche stattgefunden, und dass ihn eine Negativmitteilung möglicherweise von der Abgabe eines Geständnisses abgehalten hätte, vermag hieran nichts zu ändern.

**371. BGH 2 StR 76/14 – Urteil vom 4. Februar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Entbindung eines Schöffen von der Dienstleistung (Voraussetzungen: Recht auf den gesetzlichen Richter; Dokumentation der Entscheidung).

Art. 101 Abs. 1 GG; § 54 Abs. 1, Abs. 3 GVG

1. Ob einem Schöffen die Dienstleistung im Sinne von § 54 Abs. 1 Satz 2 GVG zugemutet werden kann, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist – zur Wahrung des Rechts auf den gesetzlichen Richter – ein strenger Maßstab anzulegen.

2. Berufliche Gründe rechtfertigen daher nur ausnahmsweise die Verhinderung eines Schöffen. Zu berücksichtigen sind lediglich Berufsgeschäfte, die der Schöffe nicht oder nicht ohne erheblichen Schaden für sich oder den Betrieb aufschieben oder bei denen er sich nicht durch einen anderen vertreten lassen kann, weil die Geschäfte ihrer Art nach einen Vertreter nicht zulassen oder ein geeigneter Vertreter nicht zur Verfügung steht. Über die Anerkennung einer derartigen Verhinderung hat der zur Entscheidung berufene Richter unter Abwägung aller Umstände bei Berücksichtigung der Belange des Schöffen, des Verfahrensstands und der voraussichtlichen Dauer des Verfahrens, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. BGHSt 28, 61, 66). Er ist zu weitergehenden Erkundigungen hinsichtlich des angegebenen Hinderungsgrundes nicht verpflichtet, wenn er die Angaben für glaubhaft hält (BGH NStZ 1982, 176 m.w.N.).

3. Die Entscheidung ist aktenkundig zu machen (§ 54 Abs. 3 Satz 2 GVG). Dabei sind diejenigen Umstände zu dokumentieren, die die Annahme des Hinderungsgrunds tragen. Nur so ist dem Rechtsmittelgericht die Überprüfung möglich, ob eine getroffene Entscheidung eine Richterentziehung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 GG darstellt.

**352. BGH 1 StR 335/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Regensburg)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (erforderlicher Inhalt der Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO

Nach § 243 Abs. 4 StPO mitzuteilen sind die von den Gesprächsteilnehmern vertretenen Standpunkte (vgl. BVerfGE 133, 168, 217 Rn. 86 mwN). Eine bis in Einzelheiten der Argumentation für den jeweiligen „Standpunkt“ reichende Mitteilungspflicht ist damit nicht verbunden. Die Anforderungen an den Inhalt der Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 StPO ergeben sich aus den mit der Mitteilung verfolgten Zwecken, nämlich vor allem die Eröffnung einer Kontrollmöglichkeit von Verfahrensabsprachen durch die Öffentlichkeit sowie die Sicherstellung einer umfassenden Information des Angeklagten, um diesem eine autonome Entscheidung über die Beteiligung an der Verständigung zu ermöglichen (vgl. zusammenfassend BVerfGE, NStZ 2015, 170). Keiner der beiden Zwecke erfordert Mitteilungen über die Argumentation von Gesprächsbeteiligten in Details.

**391. BGH 4 StR 595/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Bielefeld)**

Belehrung über die eingeschränkte Bindungswirkung einer Verständigung; Bekanntgabe des Inhalts der Verständigung durch das Gericht (keine Pflicht zur Angabe einer zu erwartenden Strafe bei „streitiger“ Hauptverhandlung).

§ 257c Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 StPO

1. Eine Verständigung ist nur dann mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren, wenn der Angeklagte vor ihrem Zustandekommen über deren nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht nach § 257c Abs. 4 StPO belehrt worden ist.

2. Die Belehrungspflicht verliert nicht deshalb an Bedeutung oder wird gar obsolet, weil eine Lösung des Gerichts von der Verständigung nach § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO das infolge der Verständigung abgegebene Geständnis unverwertbar macht. Denn die Belehrung hat sicherzustellen, dass der Angeklagte vor dem Eingehen einer Verständigung, deren Bestandteil das Geständnis ist, vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung an der Verständigung informiert ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 237).

3. Der Senat weist darauf hin, dass das Gericht bei dem Verständigungsvorschlag einen Strafraum, also eine Strafobergrenze und eine Strafuntergrenze, angeben muss (vgl. BGH NStZ 2011, 648), aber nicht verpflichtet ist, dem Angeklagten auch mitzuteilen, welche Strafe bei einem Schuldspruch nach „streitiger Hauptverhandlung“ in Betracht kommen könnte (vgl. BGH NStZ 2013, 671).

**397. BGH 1 StR 640/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Würzburg)**

Rechtmäßigkeit der Revisionsentscheidung nach Beratung nach dem Vier-Augen-Prinzip.  
§ 349 StPO

Ein Anspruch des Angeklagten auf eine Beratung über seine Revision nach dem sog. „Zehn-Augen-Prinzip“ besteht nicht. Vielmehr entspricht die bisherige Ausgestaltung der Beratungspraxis der Strafsenate des Bundesgerichtshofs dem Gesetz (vgl. BVerfG NJW 2012, 2334, 2336).

**306. BGH 3 StR 528/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafte Ersetzung der Vernehmung eines Arztes durch Verlesung einer vom Angeklagten eingereichten ärztlichen Bescheinigung; fehlender Widerspruch gegen die Verlesung begründet nicht ohne weiteres das Einverständnis mit der Verlesung.  
§ 250 S. 2 StPO; § 251 StPO

Die Verlesung einer ärztlichen Bescheinigung unter Absehen von der Vernehmung des ausstellenden Arztes verstößt regelmäßig auch dann gegen § 250 S. 2 StPO, wenn die Bescheinigung vom Angeklagten selbst eingereicht wurde. Dabei kann aus dessen fehlendem Widerspruch gegen die Verlesung jedenfalls dann nicht auf ein Einverständnis i.S.d. § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO geschlossen werden, wenn keine Anhaltspunkte für ein Vorgehen des Tatgerichts nach dieser Vorschrift gegeben sind.

**380. BGH 4 StR 293/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Halle)**

Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos (Beweis von Indiztatsachen; Anforderungen an den Ablehnungsbeschluss; Beruhen auf einem fehlerhaften Ablehnungsbeschluss); tatrichterliche Beweismwürdigung (Anforderungen; revisionsrechtliche Kontrolle).  
§ 244 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

1. Aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos sind Indiztatsachen, wenn zwischen ihnen und dem Gegenstand der Urteilsfindung keinerlei Sachzusammenhang besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten (st. Rspr.). Bei Behauptung einer relevanten belastenden Tatsache durch die Staatsanwaltschaft müsste daher eine bislang für den Angeklagten positive Beweislage durch die begehrte Beweiserhebung umschlagen können (vgl. BGH, NStZ 1997, 503, 504).

2. Daran fehlt es indes, wenn der Tatrichter aus der behaupteten und als erwiesen unterstellten Indiztatsache einen möglichen, wenn auch nicht zwingenden Schluss nicht ziehen will (vgl. BGH NJW 2004, 3051, 3056). Eine den Angeklagten belastende Beweisbehauptung darf somit nicht allein deshalb als für das Verfahren bedeutungslos bezeichnet werden, weil die unter Beweis gestellte Tatsache keine zwingenden Schlüsse auf die Verstrickung des Angeklagten in die ihm angelastete Tat erlaubt. Legt der Tatrichter jedoch rechtsfehlerfrei dar, dass die in dem Beweisantrag behauptete Tatsache auch

dann, wenn sie durch die beantragte Beweisaufnahme bewiesen würde, ihn nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugen könnte, so ist er nicht verpflichtet, den beantragten Beweis zu erheben.

3. Dabei muss nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst. Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte. Die erforderliche Begründung entspricht dabei grundsätzlich den Begründungserfordernissen bei der Würdigung von durch Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen (vgl. BGH StV 2010, 557, 558). Geht es um den Angeklagten belastende Beweisbehauptungen, muss die Ablehnung das ganze Beweisthema ohne Einengung, Verkürzung oder Unterstellung erfassen und darlegen, warum dem Tatrichter die im Beweisantrag behauptete Tatsache in Verbindung mit dem bisherigen Beweisergebnis nicht ausreichen würde, um zu einer Verurteilung zu gelangen.

4. Wird ein Beweisantrag wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache abgelehnt, ohne dass hinreichend dargelegt wird, woraus sich nach Ansicht des Gerichts die Bedeutungslosigkeit ergibt, so kann ein Beruhen hierauf ausgeschlossen werden, wenn die Gründe für die Bedeutungslosigkeit auf der Hand liegen.

**336. BGH 5 StR 571/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Göttingen)**

Wirksamkeit eines von der Aufsichtsstelle gestellten Strafantrags ohne Anhörung des Bewährungshelfers.  
§ 145a Satz 2 StGB; § 68a Abs. 6 StGB

Die Wirksamkeit eines von der Aufsichtsstelle nach § 145a Satz 2 StGB gestellten Strafantrages hängt nicht davon ab, dass der Bewährungshelfer zuvor nach § 68a Abs. 6 StGB gehört worden ist.

**350. BGH 1 StR 245/09 – Beschluss vom 24. Februar 2015**

Gerichtliche Festsetzung des für die Rechtsanwaltsvergütung maßgeblichen Gegenstandswerts (Verfahrensgebühr für rechtsanwaltliche Tätigkeit in Bezug auf Einziehung oder verwandte Maßnahmen: Berechnung).  
§ 33 Abs. 1 RVG; § 2 Abs. 1 RVG; Nr. 4142 VV

1. Nr. 4142 Vergütungsverzeichnis (VV) sieht eine besondere Verfahrensgebühr als Wertgebühr vor, wenn der Rechtsanwalt bei Einziehung und verwandten Maßnahmen (§ 442 StPO) eine darauf bezogene Tätigkeit für den Beschuldigten ausübt. Diese Gebühr steht dem Rechtsanwalt für jeden Rechtszug zu.

2. Der vom Senat nach § 33 Abs. 1, § 2 Abs. 1 RVG festzusetzende Gegenstandswert für die Tätigkeit des Verteidigers im Revisionsverfahren bemisst sich insoweit – nicht anders als für den Vertreter eines Verfallsbeteiligten

– nach dem wirtschaftlichen Interesse an der Abwehr der Revision der Staatsanwaltschaft, soweit diese das Unterlassen einer Verfallsanordnung beanstandet hat. Dem steht nicht entgegen, dass dem Verteidiger auch für die Verteidigung gegen den Tatvorwurf Gebühren zustehen.

**406. BGH 2 StR 290/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Meiningen)**

Nachträgliche Urteilsberichtigung (Zulässigkeit).  
§ 267 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen, sobald ein Urteil vollständig verkündet worden ist, nur noch offensichtliche Schreibversehen und offensichtliche Unrichtigkeiten berichtigt werden (st. Rspr). „Offensichtlich“ im Sinne dieser Rechtsprechung sind aber nur solche Fehler, die sich ohne weiteres aus der Urkunde selbst oder aus solchen Tatsachen ergeben, die für alle Verfahrensbeteiligten klar zu Tage treten und auch nur den entfernten Verdacht einer späteren sachlichen Änderung ausschließen. Es muss – auch ohne Berichtigung – eindeutig erkennbar sein, was das Gericht tatsächlich gewollt und entschieden hat. Bei dieser Prüfung ist ein strenger Maßstab anzulegen, um zu verhindern, dass mit

einer Berichtigung eine unzulässige Abänderung des Urteils einhergeht (vgl. BGHSt 12, 374, 376).

**408. BGH 2 StR 374/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Bonn)**

Vorabentscheidung über den entscheidungsreifen Teil einer Revision (Beschleunigungsgrundsatz; kein Abwarten eines Anfrage- und Vorlageverfahrens).  
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 132 GVG

Zwar stellt die Durchführung eines Anfrage- und Vorlageverfahrens nach § 132 GVG keine prozessordnungswidrige, rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung dar. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) und in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ausdrücklich normierte Beschleunigungsgebot hält es der Senat indes nicht für vertretbar, ein Verfahren, obwohl es zum – für den Angeklagten im Vordergrund seines Rechtsmittels stehenden – Schuldspruch und Strafausspruch entscheidungsreif ist, bis zum Abschluss des Anfrage- und Vorlageverfahrens nicht weiter zu betreiben.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**378. BGH 4 StR 233/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Essen)**

BGHSt; gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern (unerlaubte Einreise von Asylbewerbern aus anderen EU-Staaten: hier: Griechenland; Strafbarkeit trotz Wahrnehmung des Selbsteintrittsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland; Begriff der Einreise).

Art. 16a Abs. 1, Abs. 2 GG; § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 AufenthG; § 96 Abs. 1, Abs. 2 AufenthG; § 13 Abs. 2 AufenthG; Art. 31 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 („Genfer Flüchtlingskonvention“); Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 VO (EG) Nr. 343/2003 („Dublin II-VO“); Art. 20 VO (EG) 562/2006 (Schengener Grenzkodex)

1. Der Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland von ihrem Selbsteintrittsrecht nach der Dublin-II-Verordnung Gebrauch gemacht hat und Asylsuchende, die sich zuvor in Griechenland aufgehalten haben und von dort direkt auf dem Luftweg nach Deutschland eingereist sind, nicht nach Griechenland zurücküberstellt, lässt die Strafbarkeit einer ihrer unerlaubte Einreise unterstützenden Schleusers unberührt. (BGHSt)

2. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die einer Rücküberstellung entgegenstehenden Defizite im griechischen Asylverfahren und das generelle Ausüben des Selbsteintrittsrechts nach Art. 3 Abs. 2 Dublin II – VO dazu geführt haben, dass die eingeschleusten Ausländer

trotz ihres zwischenzeitlichen Aufenthalts in Griechenland als „Flüchtling“ im Sinne von § 95 Abs. 5 AufenthG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 GFK einzustufen sind. Durch den Schutz des Art. 31 Abs. 1 GFK entstände lediglich ein den Asylsuchenden betreffender persönlicher Strafaufhebungsgrund, der das bereits verwirklichte Unrecht der unerlaubten Einreise unberührt ließe und deshalb auf die Strafbarkeit wegen Einschleusen von Ausländern nach § 96 Abs. 1 AufenthG ohne Einfluss wäre. (Bearbeiter)

3. Der Begriff der Einreise bestimmt sich nach der Verordnung (EG) 562/2006 vom 15. März 2006 (Schengener Grenzkodex), die im Rahmen ihres Geltungsbereiches der nationalen Regelung in § 13 AufenthG vorgeht. Nach Art. 20 Schengener Grenzkodex dürfen Binnengrenzen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Der damit verbundene Wegfall jedweder Grenzübergangskontrolle und der Abbau aller Grenzübergangsstellen führt dazu, dass sich der Grenzübertritt nicht mehr nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, sondern nach § 13 Abs. 2 Satz 3 AufenthG richtet. Ein Ausländer ist daher an einer Binnengrenze bereits dann eingereist, wenn er die Grenzlinie (physisch) überschritten und das Hoheitsgebiet des Zielstaates betreten hat. (Bearbeiter)

**394. BGH 1 StR 302/13 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Landshut)**

BGHSt; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Festlegung der nicht geringe Menge; nicht geringe Menge bei synthetischen Cannabinoiden; Begriff des Handeltreibens); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Wertersatzverfall (unbillige Härte: Berücksichtigung der Umsatzsteuer bei der unerlaubten Lieferung von Betäubungsmitteln).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 1 UStG

1. Die nicht geringe Menge der synthetischen Cannabinoide JWH-018 und CP 47,497-C8-Homologes beginnt bei zwei Gramm. (BGHSt)

2. Die nicht geringe Menge der synthetischen Cannabinoide JWH-073 und CP 47,497 beginnt bei sechs Gramm. (BGHSt)

3. Der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels stets ist in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs (vgl. BGHSt 35, 179). Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials zu bemessen (vgl. BGHSt 53, 89). Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (vgl. BGHSt 51, 318). (Bearbeiter)

4. Die Tathandlung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln umfasst jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGHSt 50, 252). Daher liegt bereits im Ankauf von Betäubungsmitteln zum gewinnbringenden Weiterverkauf ein vollendetes Handeltreiben. (Bearbeiter)

5. Zwar können steuerliche Belastungen zur Vermeidung einer Doppelbelastung bei der Anwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB zu berücksichtigen sein (vgl. BGHSt 47, 260). Eine Berücksichtigung dieser Haftung kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Steuern tatsächlich gezahlt oder jedenfalls bestandskräftig festgesetzt worden wären (vgl. BGHSt 47,260). (Bearbeiter)

6. Bei der unerlaubten Lieferung von Betäubungsmitteln innerhalb eines Mitgliedstaates entsteht keine Umsatzsteuerschuld. Zwar verbietet der Grundsatz der steuerlichen Wertneutralität bei der Erhebung der Umsatzsteuer grundsätzlich eine allgemeine Differenzierung zwischen erlaubten und unerlaubten Geschäften. Dies gilt jedoch nicht für die unerlaubte Lieferung von Erzeugnissen wie Betäubungsmitteln, die schon ihrem Wesen nach – mit engen Ausnahmen – einem vollständigen Verbot unterliegen. In einer derartigen besonderen Situation, in der jeder Wettbewerb zwischen einem legalen und einem illegalen Wirtschaftssektor ausgeschlossen ist, kann die Freistellung von der Mehrwertsteuer den Grund-

satz der steuerlichen Wertneutralität nicht berühren (vgl. EuGH EuGRZ 1984, 261). (Bearbeiter)

### 348. BGH 1 StR 142/14 – Urteil vom 27. Januar 2015 (LG Rostock)

Steuerhinterziehung (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Berücksichtigung von staatlichem Mitverschulden und unterlassenem Einschreiten der Ermittlungsbehörden, faires Verfahren); Strafzumessung (keine Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft); Anordnung des Verfalls (Absehen wegen Vorliegens einer besonderen Härte: Voraussetzungen).

Art. 6 Abs. 1 EMRK § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 46 StGB; § 51 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Zwar trifft es zu, dass das Verhalten des Steuerfiskus als Verletztem – nicht anders als bei einem sonstigen Geschädigten einer Straftat – strafmildernd berücksichtigt werden kann, wenn es für den Taterfolg mitverantwortlich war.

2. Jedoch ist zu beachten, dass das Besteuerungssystem auf wahrheitsgemäße Angaben des Steuerpflichtigen angewiesen ist; eine umfassende Überprüfung aller steuerrechtlich relevanten Sachverhalte durch die Finanzverwaltung ist ausgeschlossen. Die Kontrollmechanismen der Finanzverwaltung müssen in vielen Bereichen auf Stichproben beschränkt bleiben. Missbraucht ein Täter diese systembedingt nicht sehr intensiven Kontrollmechanismen, kann ihm dies nicht zugutekommen. Deswegen ist eine staatliche Mitverantwortung für Steuerverkürzungen regelmäßig nur dann gegeben, wenn das staatlichen Stellen vorwerfbare Verhalten unmittelbar auf das Handeln des Täters Einfluss genommen hat (etwa weil dieser bislang nicht tatgeneigt war oder ihm wenigstens durch das Verhalten der Finanzbehörden die Tat erleichtert wurde) und den staatlichen Stellen die Tatgenese vorgeworfen werden kann. Die bloße kausale Mitverursachung eines Taterfolgs durch staatliche Stellen genügt demgegenüber nicht (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 167).

3. Es kann daher zwar bei der Gesamtwürdigung des Schuldgehalts einer Tat im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, wenn der Fiskus einem Steuerpflichtigen steuerliche Vergünstigungen gewährt, obwohl deren Voraussetzungen nicht oder nicht mehr gegeben sind. Ein Strafmilderungsgrund mit dem Gewicht einer staatlichen Mitverantwortung für die begangenen Steuerstraftaten und deren Verkürzungsumfang liegt darin jedoch nicht.

4. Ein Anspruch eines Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern, besteht nicht (vgl. BGH NStZ 2007, 635). Insbesondere folgt ein solcher Anspruch nicht aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK.

5. Es ist rechtsfehlerhaft, strafmildernd zu werten, dass der Angeklagte Untersuchungshaft erlitten hat. Denn der durch Untersuchungshaft erlittene Freiheitsentzug ist bei Verhängung einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe wegen der vollen Anrechenbarkeit nach § 51 StGB kein strafmildernd zu berücksichtigender Nachteil (st. Rspr.).

6. 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 (vgl. BGH wistra 2009, 23).

### 355. BGH 1 StR 93/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Chemnitz)

Subventionsbetrug (Begriff der Subventionserheblichkeit: Anschaffungszeitpunkt des Wirtschaftsguts bei Investitionszulagen); Umsatzsteuerhinterziehung (Voraussetzungen der Berechtigung zum Vorsteuerabzug; machen unrichtiger Angaben trotz formunwirksamer Umsatzsteuerjahreserklärung); Beihilfe (berufstypisches Verhalten; tatrichterliche Beweiswürdigung); Strafzumessung.

§ 264 Abs. 1, Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 15 UStG; § 27 Abs. 1 StGB. § 261 StPO; § 46 StGB

1. Die Regelung des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB erfasst Fälle, in denen eine ausdrückliche Bezeichnung als subventionserheblich fehlt oder unwirksam ist, dem Gesetz selbst aber sonst – wenn auch erst mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden – entnommen werden kann, unter welchen Voraussetzungen die Subvention gewährt wird. Eine gesetzliche Abhängigkeit von einer Tatsache i.S.v. § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB liegt nur dann vor, wenn das Gesetz selbst mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, dass die „Subventionierung“ unter der im Gesetz genannten Voraussetzung erfolgt, ohne dass die entsprechende Tatsache ausdrücklich als subventionserheblich bezeichnet wird. Daran fehlt es in der Regel, wenn die gesetzliche Vorschrift der Verwaltung einen Spielraum einräumt

2. Gemessen an diesen Maßstäben begründen die Absätze 4 und 5 des § 2 InvZulG 2005 eine gesetzliche Abhängigkeit der Bewilligung der Investitionszulage vom Anschaffungszeitpunkt des begünstigten Wirtschaftsguts als für den Abschluss der Investition maßgeblichen Zeitpunkt sowie gegebenenfalls vom Zeitpunkt der Leistung von Anzahlungen auf die Anschaffungskosten.

3. Der Senat weist darauf hin, dass eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung durch Einreichen einer falschen Umsatzsteuerjahreserklärung nicht bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil die eingereichte Erklärung keine Unterschrift trägt. Zwar ist eine Steuererklärung, welche die gesetzlich vorgeschriebene Unterschrift nicht enthält, unwirksam. Der Mangel der fehlenden Unterschrift ist aber dann steuerrechtlich unbeachtlich, wenn auf eine solche Steuererklärung ein wirksamer Bescheid ergeht. Für die Annahme einer Tathandlung ist es ausreichend, wenn aufgrund einer Gesamtwürdigung der festgestellten Umstände feststeht, dass die falschen Angaben in der

abgegebenen Steuererklärung durch den Angeklagten veranlasst wurden.

4. Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 316).

### 361. BGH 1 StR 587/14 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Coburg)

Untreue (hier: Anwalt, der Fremdgelder auf sein Geschäftskonto leitet; Abgrenzung von Tun und Unterlassen: Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Unterbrechung der Verjährung durch Untersuchungshandlungen (Reichweite der Unterbrechungswirkung).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 2 StGB; § 78c Abs. 1 StGB

1. Ein Rechtsanwalt, der sich im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrages zur Weiterleitung bestimmte Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt und weder uneingeschränkt bereit noch jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren, macht sich der Untreue in der Variante des Treuebruchtatbestandes (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) strafbar (vgl. BGHSt 15, 342, 344). Für den Mandanten oder einen von diesem bestimmten Empfänger eingehende Gelder hat er unverzüglich zu übermitteln oder, falls dies ausnahmsweise nicht sofort durchführbar ist, den Mandanten hiervon sofort in Kenntnis zu setzen und dafür besorgt zu sein, dass ein dem Geldeingang entsprechender Betrag bei ihm jederzeit für den Berechtigten zur Verfügung steht (vgl. BGH NJW 1960, 1629 mwN).

2. Untreue kann durch den Rechtsanwalt durch aktives Tun wie auch durch Unterlassen begangen werden. Verwirklicht er den Tatbestand ausschließlich dadurch, dass er pflichtwidrig dem Mandanten oder einem Dritten zustehende Gelder nicht weiterleitet, sondern auf seinem Geschäftskonto belässt, so ist hierauf die Strafmilderungsvorschrift des § 13 Abs. 2 StGB anwendbar, denn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt hier in einem Unterlassen (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 357). Die Unterscheidung zwischen den Begehungsformen hat sich daran zu orientieren, ob zu dem bloßen Gelderhalt ein Tätigwerden des Rechtsanwalts (Anfordern des Geldes, Verwenden des Geldes zu eigenen Zwecken, Ableugnen des Zahlungseingangs) hinzutritt oder sich der Vorwurf in dem bloßen Untätigbleiben nach Zahlungserhalt erschöpft.

3. Der Verwirklichung des Treuebruchtatbestands (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) durch Unterlassen stünde die fortgesetzte Leistungsunfähigkeit des Täters zum Zeitpunkt der Entstehung der jeweiligen Zahlungspflicht nicht entgegen, denn er ist verpflichtet, für seine Leistungsfähigkeit zu den verschiedenen Zahlungszeitpunkten Sorge zu tragen (Rechtsgedanke der *omissio libera in causa*, vgl. BGH NStZ 2014, 158, 159).

4. Die Unterbrechungswirkung von Untersuchungshandlungen erstreckt sich grundsätzlich auf alle verfahrensgenständlichen Taten, wenn in einem Verfahren wegen mehrerer Taten im prozessualen Sinn ermittelt wird, es sei denn der – insoweit maßgebliche – Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden ist erkennbar lediglich auf eine oder mehrere Taten beschränkt. Für die Bestimmung des Verfolgungswillens ist der Zweck der richterlichen Untersuchungsmaßnahme maßgeblich (vgl. BGH NStZ 2000, 427, 428 f.).

**362. BGH 1 StR 613/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG München II)**

Steuerhehlerei; Verfall (Erlangtes bei Steuerhehlerei).  
§ 374 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB.

1. Zwar kann ein Täter auch dadurch etwas i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangen, dass er sich Aufwendungen erspart. Infolgedessen kann bei einer Steuerhinterziehung auch ein Betrag in Höhe nicht gezahlter Steuern dem Verfall von Wertersatz unterliegen (vgl. BGH wistra 2010, 406), wobei allerdings der Verfallsanordnung regelmäßig Ansprüche des Steuerfiskus i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen (vgl. BGH NStZ 2001, 155).

2. Der Steuerhehler hat jedoch die vom Verbringer hinterzogenen Steuern und Abgaben weder aus der Tat noch für die Tat erlangt. Er erspart sich „aus der Tat“ auch nicht Aufwendungen, nur weil er die Ware günstiger beziehen kann und wegen der Tat für die (zuvor) verkürzten Steuern gemäß § 71 AO haftet. Vielmehr erlangt der Steuerhehler, indem er Zigaretten, für die keine Tabaksteuer abgeführt wurde, ankauft oder sich sonst verschafft, zunächst die Zigaretten und durch den anschließenden Weiterverkauf den hieraus erzielten Erlös (vgl. BGH wistra 2011, 394). Die Aufwendungen des Steuerhellers für den Erwerb der Zigaretten bleiben dabei unberücksichtigt (vgl. BGH NStZ 2011, 83 mwN).

**324. BGH 3 ARs 28/14 – Beschluss vom 20. Januar 2015**

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

Der Senat hält auf Anfrage des 5. BGH-Strafsenats (HRRS 2015 Nr. 23) entgegen der dort beabsichtigten Entscheidung daran fest, dass Kräutermischungen, denen synthetische Cannabinoide zugesetzt sind, keine Tabakerzeugnisse oder – diesen gleichgestellte – Tabakerzeugnissen ähnliche Waren darstellen, da sie sind nicht im Sinne von § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 VTabakG zum Rauchen bestimmt sind.

**393. BGH 1 StR 216/14 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Mannheim)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Berechtigung zum Vorsteuerabzug).

§ 370 Abs. 1 AO; § 15 UStG

Für die Frage, ob die Voraussetzungen für einen Vorsteuerabzug vorliegen, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Abgabe der Steueranmeldung, in welcher der Vorsteuerabzug vorgenommen wird, sondern auf den Zeitpunkt der Ausführung der Lieferung oder sonstigen Leistung an. Eine einmal bestehende Berechtigung zum Vorsteuerabzug fällt nicht deshalb nachträglich weg, weil der Unternehmer später von Umständen Kenntnis erlangt, die dem Vorsteuerabzug entgegen gestanden hätten, wenn er sie bereits bei Bezug der Waren gekannt hätte.

**321. BGH 3 StR 632/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Düsseldorf)**

Strafrahmenwahl im Betäubungsmittelstrafrecht (minder schwerer Fall; Anwendung des Strafrahmens des nach Spezialitätsgrundsätzen zurückgetretenen Gesetzes auch bei der Höchststrafe); keine Aufnahme des Regelbeispiels in die Urteilsformel.

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 260 StPO

Der Senat neigt weiterhin (siehe bereits BGH HRRS 2013 Nr. 1004) dazu, unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung in den Fällen eines minder schweren Falles des § 30a Abs. 3 BtMG, in denen nicht zugleich die Voraussetzungen eines minder schweren Falles nach § 29a Abs. 2 BtMG gegeben sind, auch die Höchststrafe dem § 29a Abs. 1 BtMG zu entnehmen.

**368. BGH 2 StR 414/14 – Beschluss vom 4. Februar 2015 (LG Hanau)**

Unerlaubter Waffenbesitz (Tateinheit zwischen mehreren verschiedenartigen Verstößen gegen das Waffengesetz).

§ 52 Abs. 1 WaffG; § 52 Abs. 1 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das gleichzeitige Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen, auch wenn diese nicht unter dieselben Strafbestimmungen fallen, zur Folge, dass die verschiedenartigen Verstöße gegen das Waffengesetz tateinheitlich zusammentreffen (vgl. BGH StV 1999, 645). Dies gilt selbst dann, wenn die Waffen an unterschiedlichen Orten aufbewahrt.

**340. BGH 5 StR 594/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Elektroimpulsgerät und Schreckschusspistole Typ Walther P88 Kompakt als Waffen; Voraussetzungen des Mitsichführens; fehlende Feststellungen zur Aufbewahrung der Betäubungsmittel und der Waffen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Ein Mitsichführen von Schusswaffen oder sonstigen Gegenständen, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind (§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG), liegt vor, wenn der Täter die Waffe bewusst ge-

brauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann. Das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn sich die Betäubungsmittel und die Waffen in unterschiedlichen Räumen derselben Wohnung befinden, weshalb eine Verurteilung entsprechende Feststellungen zur Aufbewahrung erfordert.

**366. BGH 2 StR 266/14 – Urteil vom 4. Februar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Verklammerung mehrerer Beihilfehandlung zu einer Tat durch gleichzeitigen unerlaubten Besitz dieser Betäubungsmittel in nicht geringer Menge).

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

Der gleichzeitige Besitz verschiedener Betäubungsmittel erfüllt den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal. Leistet der Angeklagte bezüglich dieser Betäubungsmittel zugleich Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, behält der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge seinen Unrechtsgehalt und verklammert die an sich selbständigen Beihilfetaten zur Tateinheit (BGH, Beschluss vom 16. Juli 2013 – 4 StR 144/13, NStZ 2014, 163).

**385. BGH 4 StR 516/14 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Stendal)**

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zum unerlaubten Handeltreiben mit einem Teil dieser Betäubungsmittel: Tateinheit zwischen Handeltreiben und Besitz zum Eigenkonsum).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht der gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH NStZ 2014, 163). Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter

das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zurück (st. Rspr.).

2. Besitz der Täter Betäubungsmittel teils zum Eigenkonsum und teils zu Handelszwecken, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf, während es für die Eigenbedarfsmenge bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verbleibt. Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH StV 1998, 593).

**390. BGH 4 StR 573/14 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Magdeburg)**

Unerlaubter Besitz von Munition (Tateinheit).

§ 52 Abs. 3 Nr. 2b WaffG; § 52 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das gleichzeitige Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen, auch wenn diese nicht unter dieselbe Strafbestimmung fallen, zur Folge, dass die verschiedenartigen Verstöße gegen das Waffengesetz tateinheitlich zusammentreffen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 321, 322. Dies gilt selbst dann, wenn die Waffen an unterschiedlichen Orten aufbewahrt werden.

2. Für den strafbaren Umgang mit Munition gelten die gleichen Grundsätze (vgl. BGH NStZ 2010, 456).

**379. BGH 4 StR 37/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Detmold)**

Verhängung von Jugendstrafe (Vorliegen von schädlichen Neigungen beim Jugendlichen: Voraussetzungen).

§ 17 Abs. 2 JGG

Schädliche Neigungen im Sinne von § 17 Abs. 2 JGG sind erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel, die ohne längere Gesamterziehung des Täters die Gefahr weiterer Straftaten begründen. Voraussetzung ist ferner, dass die schädlichen Neigungen auch noch zum Urteilszeitpunkt bestehen und weitere Straftaten befürchten lassen (st. Rspr.).

# Auf der Suche nach Mordmerkmalen

## Zugleich Anmerkungen zu BGH HRRS 2014 Nr. 1116

Von Prof. Dr. Anette Grünwald, HU Berlin

### I. Einleitung

Im Oktober des vergangenen Jahres hatte der 5. Strafsenat des BGH einen Fall zu entscheiden, dessen Sachverhalt auf den ersten Blick Erinnerungen aufkommen lässt an den bekannten Kannibalen-Fall. Letzterer war Gegenstand einer Entscheidung des 2. Senats des BGH im Jahr 2005.<sup>1</sup> Gemeinsam ist beiden Fällen ein extrem abscheuliches Tatgeschehen. Denn die Opfer werden von ihren Tätern gleichsam geschlachtet. Sachverhalte dieser Art, die mit Normalvorstellungen nicht mehr fassbar sind, sprechen schon prima facie gegen den Täter. Umso bemerkenswerter ist daher eine weitere Parallele im Prozessverlauf. Die in erster Instanz entscheidenden Gerichte – damals das LG Kassel,<sup>2</sup> nunmehr das LG Bremen<sup>3</sup> – nahmen nur eine einfache vorsätzliche Tötung, einen Totschlag, an. Mordmerkmale, deren Vorliegen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe hätte führen können, vermochten beide Landgerichte nicht zu erkennen. So verhängte das LG Kassel wegen Totschlags eine Freiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten, und das LG Bremen verurteilte den Angeklagten zu einer elfjährigen Freiheitsstrafe. Angesichts des grauenhaften Vorgehens der Täter sind das vergleichsweise milde Urteile. Es erstaunt insofern nicht sonderlich, dass sie vor dem BGH keinen Bestand haben konnten. Die Bundesrichter und -richterinnen halten bzw. hielten Mord für gegeben.

Neben den erwähnten Übereinstimmungen weisen die beiden Fälle jedoch normativ eine bedeutsame Divergenz auf. Das Opfer im sogenannten Kannibalen-Fall war mit seiner Schlachtung einverstanden. Es wusste genau, worauf es sich einließ, als es den Angeklagten in seinem Wohnhaus aufsuchte, wo dieser einen Schlachtraum eingerichtet hatte. Zwar ging es dem Opfer primär um eine Penisamputation. Nach diesem Ereignis, welches in seiner Vorstellung zu einem „ultimativen Hochgefühl“ führen sollte, sollte aber „nichts mehr eine Rolle spielen“, so dass es mit seiner Schlachtung auch noch einverstanden war, als sich beim Abtrennen seines Penis das

erwartete „Hochgefühl“ nicht einstellte.<sup>4</sup> Wegen dieses Einverständnisses ist die Annahme eines Mordes im Kannibalen-Fall erheblichen Zweifeln ausgesetzt.<sup>5</sup> Wenn gleich nämlich die Einwilligung das Unrecht eines vorsätzlichen Tötungsdelikts nicht auszuschließen vermag (siehe § 216 StGB), so begründet diese doch immerhin eine Minderung des Unrechts.<sup>6</sup> Um zu einem Mord zu gelangen, reicht ungemindert Tötungsunrecht allerdings noch nicht aus. Denn ungemindert Tötungsunrecht begründet lediglich einen Totschlag, wohingegen Mord ein gesteigertes Tötungsunrecht (oder eine gesteigerte Schuld) voraussetzt.<sup>7</sup> Die im Folgenden zu erörternde Entscheidung des BGH aus dem letzten Jahr liegt in dieser Hinsicht wesentlich einfacher. Ein Einverständnis des Opfers gab es nicht; dieses wurde vielmehr gegen seinen Willen barbarisch misshandelt und getötet.

### II. Der Fall: BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14

Zum Sachverhalt: Der Angeklagte, ein ausgebildeter Fleischer, der einige Jahre als Schlachter tätig war, besuchte am späten Abend erheblich alkoholisiert Frau L., die ein Stockwerk über ihm wohnte. Gemeinsam tranken sie weiter Alkohol. Aus nicht zu klärenden Gründen geriet der Angeklagte dann in Wut und versetzte Frau L. mindestens drei heftige Schläge oder Tritte gegen Kopf

<sup>1</sup> BGHSt 50, 80 ff.

<sup>2</sup> LG Kassel, Urteil vom 30. Januar 2003 – 2650 Js 36980/02 6 Ks.

<sup>3</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13.

<sup>4</sup> Eingehend zum Kannibalen-Fall die Monografie von Scheinfeld, *Der Kannibalen-Fall* (2009).

<sup>5</sup> Zur Kritik Scheinfeld a.a.O. (Fn. 4), S. 18 ff., 25 ff., 35 ff.; Mitsch, in: *AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch*, hrsg. von Leipold/Tsambikakis/Zöller, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 24; ders. ZIS 2007, 197, 198 f.; Grünwald, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt* (2010), S. 308 ff.; Kubiciel JA 2005, 763, 766; Kreuzer StV 2007, 598, 602 ff.

<sup>6</sup> Einer Verringerung des Tötungsunrechts steht nicht schon entgegen, dass § 216 StGB, der eine qualifizierte Einwilligung verlangt, nicht angenommen werden kann (so Otto JZ 2005, 799, 800; Momsen/Jung ZIS 2007, 162, 163; BGHSt 50, 80, 91 ff.). Tötungsunrecht wird auch durch eine einfache Einwilligung reduziert; und von dieser durfte der Angeklagte zumindest ausgehen (zum Ganzen Mitsch ZIS 2007, 197, 198 ff.).

<sup>7</sup> Die dogmatisch korrekte Einordnung der Mordmerkmale als Elemente des Unrechts und/oder der Schuld ist strittig; vgl. SSW/Momsen, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl. (2014), § 211 Rn. 3; Matt/Renzikowski-Safferling, *Strafgesetzbuch Kommentar* (2013), § 211 Rn. 7.

und Hals, die unter anderem einen mehrfachen Gesichtsschädelbruch sowie eine multiple Fraktur von Kehlkopf und Zungenbein zur Folge hatten. Außerdem nahm er zehn weitere kräftige Gewalteinwirkungen auf Brust, Bauch, Arme und Beine vor. Frau L. lag danach in Rückenlage auf dem Sofa und war aufgrund der vorausgegangenen Verletzungen bewusstlos. Der Angeklagte zog Frau L. nun die Kleidung bis zur Kniekehle herunter und drang mit seiner Hand und großen Teilen seines Unterarms mindestens dreimal in ihren Anus ein. Dabei durchstieß er unter erheblicher Gewalteinwirkung den Darm und riss aus dem so eröffneten Bauchraum in drei Teilen nahezu den gesamten Dünndarm sowie 25 cm Dickdarm heraus. Neben vielfachen Durchreißen des Darms wurden auch der Magen zerrissen und die Milz eingerissen. Der Angeklagte nahm das mit 130 cm längste Teil des Dünndarms und legte es Frau L. um den Hals. Mit seinen blutverschmierten Händen fasste er ihr auch auf den unbekleideten Oberkörper und hinterließ erhebliche Blutantragungen. Darüber hinaus drang er mindestens einmal mit mehreren Fingern, der Hand oder einem Gegenstand in die Vagina der Geschädigten ein. Dadurch erlitt sie eine Einreißung im Bereich des Damms, mehrere Schleimhauteinreißungen der Scheide, Schürfwunden der Scheidenhaut sowie in der Tiefe der Scheide einen Einriss im Bereich des Scheidengewölbes. Anschließend ließ der Angeklagte die tödlich verletzte Frau L. auf dem Sofa zurück. Kurz nach 22.00 Uhr teilte er der Feuerwehr mit, dass bei Frau L. etwas nicht stimmen könne, weil sie nicht wie sonst aus dem Fenster gesehen habe. Die Rettungskräfte trafen Frau L. bei deutlich eingetrübtem Bewusstsein an. Sie wurde narkotisiert ins Krankenhaus gebracht. Eine sofort eingeleitete Notoperation wurde wegen Aussichtslosigkeit abgebrochen. Frau L. verstarb noch in der Nacht an ihren schweren inneren Verletzungen, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben.

Das LG Bremen beschäftigte sich in seinen Urteilsgründen eingehender nur mit den Mordmerkmalen „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ und „grausam“, während es das Vorliegen von sonstigen niedrigen Beweggründen mit einem Satz ablehnte.<sup>8</sup> Der BGH rügt die unzureichende Auseinandersetzung mit dem Merkmal „niedrige Beweggründe“ und weist darauf hin, dass auch das Merkmal „Mordlust“ in Betracht zu ziehen sei.<sup>9</sup> Damit sind die vier Mordmerkmale benannt, die erwägenswert sind. Die Merkmale „Mordlust“, „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ sowie die „niedrigen Beweggründe“ rekurren auf die innere Einstellung des Täters; es geht um seine Tatmotive. Deshalb kann man die Merkmale als täterbezogene oder subjektive Mordmerkmale bezeichnen. Demgegenüber handelt es sich bei dem Merkmal „grausam“ um ein objektives oder tatbezogenes Mordmerkmal, denn es betrifft die Art und Weise der Tausführung. Ob und unter welchen Voraussetzungen die genannten Mordmerkmale angenommen werden können, ist nun näher zu erörtern.

<sup>8</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 85 f.).

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14, Rn. 8 f. = HRRS 2014 Nr. 1116.

### III. Mögliche Mordmerkmale

#### 1. Mordlust

Nach einer Entscheidung des BGH aus den 1980er Jahren tötet aus Mordlust, „wem es allein darauf ankommt, einen Menschen sterben zu sehen, wer aus Mutwillen oder Angeberei tötet, wer die Tötung als nervliches Stimulans oder ‚sportliches Vergnügen‘ betrachtet, wer einen anderen aus Zeitvertreib tötet“.<sup>10</sup> Bis heute wird das Merkmal in diesem Sinne interpretiert. Mordlust zeichnet sich somit dadurch aus, dass die Tötung des Opfers einziger Zweck und ein anderer Tatanlass nicht erkennbar ist.<sup>11</sup> Hieraus folgt zugleich, dass das Merkmal direkten Tötungsvorsatz verlangt.<sup>12</sup> Damit ist die Mordlust das einzige Mordmerkmal, bei dem *dolus eventualis* nicht als ausreichend erachtet wird. Da das LG Bremen bei dem Angeklagten nur einen bedingten Tötungsvorsatz feststellen konnte,<sup>13</sup> schied das Merkmal bereits aus diesem Grund aus. Ob diese Annahme des LG Bremen überzeugt, ist angesichts der Schwere der zugefügten Verletzungen durchaus problematisch.<sup>14</sup> Darüber hinaus stehen bei Tätern, die dieses Merkmal erfüllen, nach wie vor Zweifel an der (uneingeschränkten) Schuldfähigkeit im Raum;<sup>15</sup> wenngleich das Merkmal auch nicht mehr wie in einem früheren Judikat als Töten aus „unnatürlicher Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens“ verstanden wird<sup>16</sup> – eine Definition, bei der man zu Recht die Frage aufwerfen konnte, ob es eine „natürliche Freude“ am Töten eines anderen Menschen geben könne.<sup>17</sup> Dementsprechend sieht der BGH die Ausführungen des LG Bremen „durchgreifenden Bedenken“ ausgesetzt, wonach bei dem Angeklagten zwar eine organische Persönlichkeitsstörung vorliege, die aber nicht so erheblich sei, dass sie Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit habe.<sup>18</sup> Wegen der Nähe zu §§ 20, 21 StGB wird in der Literatur die Sachgerechtigkeit dieses Mordmerkmals prinzipiell in Zweifel gezogen.<sup>19</sup> Insofern erweist es sich als unverfänglicher, die Mordlust als „mutwillige“ oder

<sup>10</sup> BGHSt 34, 59, 61.

<sup>11</sup> BGHSt 34, 59, 61; 47, 122, 133 f.; BGH NStZ 2007, 522, 523.

<sup>12</sup> BGH NStZ 2007, 522, 523; BGHSt 47, 128, 133; MK/Schneider, Strafgesetzbuch Kommentar, Band 4, 2. Aufl. (2012), § 211 Rn. 51; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. (2014), § 211 Rn. 15.

<sup>13</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 84).

<sup>14</sup> Der BGH hält das für eine „unvertretbare Annahme“, vgl. Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14, Rn. 15 = HRRS 2014 Nr. 1116.

<sup>15</sup> SSW/Momsen a.a.O. (Fn. 7), § 211 Rn. 8; Heintschel-Heinegg/Eschelbach, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2010, § 211 Rn. 16; SK/Sinn, Band III (Stand: Juni 2012), § 211 Rn. 13; MK/Schneider a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 52.

<sup>16</sup> BGH NJW 1953, 1440.

<sup>17</sup> Zur Kritik Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 15 (Begriffsbestimmung weist auf „pathologische Defekte“ hin); AW-Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil (2009), § 2 Rn. 54; Otto ZStW 83 (1971), 39, 58.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14, Rn. 11 ff. = HRRS 2014 Nr. 1116.

<sup>19</sup> AW-Hilgendorf a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rn. 54; Otto ZStW 83 (1971), 39, 58.

„anlass- bzw. grundlose“ Tötung zu begreifen.<sup>20</sup> Worin indes bei einer grund- oder anlasslosen bzw. mutwilligen Tatbegehung die Steigerung des Unrechts (oder auch der Schuld) liegen sollte, bleibt unklar.<sup>21</sup> Straftaten, die grund- oder anlasslos begangen werden, stellen denklösig den Normal- und damit Grundfall einer Tatbegehung dar.<sup>22</sup> Vermutlich würde niemand vertreten, dass ein Diebstahl, eine Sachbeschädigung oder eine Körperverletzung, die ohne Grund, mutwillig oder aus nichtigem Anlass vorgenommen werden, als Qualifikationen dieser Delikte anzusehen seien. Stufte man nämlich eine grundlose Tatbegehung als Qualifikation ein, dann müsste umgekehrt eine Tatbegehung, die aus einem bestimmten (rechtlich beachtlichen) Anlass heraus erfolgt, zum Grundtatbestand werden. Das überzeugt aber ersichtlich nicht. Die grund- oder anlasslos begangene Tat lässt sich also nur als Grundtatbestand des jeweiligen Delikts konzipieren.<sup>23</sup> Hierbei ist der Terminus „grundlos“ nicht nur in einem empirischen Sinn zu verstehen (mithin als fehlendes oder nicht feststellbares Tatmotiv), sondern normativ. Eine Tötung ohne Grund liegt danach vor, sofern nach den Vorgaben und Wertungen der Rechtsordnung Umstände, die das Unrecht verringern könnten, nicht vorhanden sind.<sup>24</sup> Tötet der Täter sein Opfer aus Mutwillen, Angeberei, Langeweile oder Zeitvertreib, ist das anzunehmen. Denn diese Gründe („Tatmotive“) sind rechtlich gesehen unbeachtlich, da sie kein den Täter entlastendes Moment erkennen lassen. Dass in den genannten Fällen nun zwangsläufig eine Nähe zu §§ 20, 21 StGB besteht, drängt sich nicht auf.<sup>25</sup> Im Weiteren markiert die absichtliche und grundlose Tötung einer anderen Person sogar die maximale Verletzung des Guts „Leben“.<sup>26</sup> Sieht man einmal ab von der qualifizierten Vorsatzform (also der Absicht),<sup>27</sup> fehlt es in diesen Fällen

aber an einer Steigerung von Unrecht und/oder Schuld.<sup>28</sup> Insbesondere lässt sich aus dem Umstand, dass Entlastungsfaktoren nicht gegeben sind, nicht schon eine Belastung in Form einer Unrechts- und/oder Schulderrhöhung herleiten.<sup>29</sup>

## 2. Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes

Das Mordmerkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ knüpft an eine sexuelle Motivation des Täters an. Erforderlich ist hiernach, dass das Töten ein Mittel ist zur Befriedigung des Geschlechtstriebes. Folglich muss die Tötungshandlung sexuell motiviert sein.<sup>30</sup> Anders als bei der Mordlust genügt hinsichtlich des Tötens ein bedingter Vorsatz.<sup>31</sup> Daher schied das Mordmerkmal nicht schon deshalb aus, weil das LG Bremen eine stärkere Vorsatzform nicht feststellen konnte. Die Annahme des Merkmals scheiterte aber daran, dass dem Angeklagten eine sexuelle Motivation nicht nachgewiesen werden konnte. Das LG Bremen kam nach umfangreicher Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass sich eine sexuelle Motivation „nicht völlig ausschließen“ lasse, dass sie aber „nicht besonders wahrscheinlich“ sei.<sup>32</sup> Hiergegen hat der BGH keine Einwände, er bemängelt allerdings die Verneinung einer Sexualstraftat (§§ 177 ff. StGB).<sup>33</sup> Anders als das Mordmerkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ ist der Begriff „sexuelle Handlung“ (§ 184g Nr. 1 StGB) nämlich in einem objektiven Sinn auszulegen. Maßgebend ist folglich das äußere Erscheinungsbild, während die Motivation des Täters belanglos ist.<sup>34</sup> Und ein sexueller Bezug lässt sich in der Tat schwerlich ablehnen.

## 3. Niedrige Beweggründe

Zur Motivgeneralklausel enthält das Urteil des LG Bremen einen Satz: „Auch das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe konnte mangels ausreichend belastbarer Feststellungen zum Tatanlass und zur entsprechenden Motivation des Angeklagten nicht mit der

<sup>20</sup> Dezidiert in diesem Sinn *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. (2009), § 2 Rn. 31; *Otto* ZStW 83 (1971), 39, 58: Tat „ohne drängendes Motiv aus nichtigem Anlaß“. Die Anlasslosigkeit der Tat wird ferner hervorgehoben von *NK/Neumann*, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Band, 4. Aufl. (2013), § 211 Rn. 8; *Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben* a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 15; *BGHSt* 34, 59, 61.

<sup>21</sup> In diese Richtung geht auch die Kritik von *Kargl* StraFo 2001, 365, 366; ausführlicher bereits *Grünwald* a.a.O. (Fn. 5), S. 372 ff.

<sup>22</sup> Insoweit ist die Kritik von *Saliger* StV 2003, 38, 39 ff., bes. 41, durchweg berechtigt.

<sup>23</sup> Vgl. bereits *Jakobs* NJW 1969, 489, 490; ausdrücklicher *ders.*, in: Festschrift für Roxin I (2001), S. 793 (808 in Fn. 47); *Müssig*, Mord und Totschlag (2005), S. 249 ff.; *Peralta*, in: Festschrift für Roxin II (2011), S. 257, 262 f.; *Timm*, Gesinnung und Straftat (2012), S. 159 ff., 170 ff. Vergleichbar wohl *Hörnle*, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag (2014), C 105, für die eine „Negativbestimmung“ die „beste Annäherung an die Auslegung von ‚niedrige Beweggründe‘“ ist.

<sup>24</sup> Zu solchen Umständen *Grünwald* a.a.O. (Fn. 5), S. 228 ff.; *Peralta*, in: Festschrift für Roxin II, S. 257, 263 ff.

<sup>25</sup> Zutreffend hervorgehoben von *MK/Schneider* a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 52, und *Fischer*, Strafgesetzbuch, 62. Aufl. (2015), § 211 Rn. 8.

<sup>26</sup> *Timm* a.a.O. (Fn. 23), S. 159 ff., 201 ff.; *Hörnle*, in: Festschrift für Frisch (2013), S. 653, 659.

<sup>27</sup> Für eine Erhöhung des Unrechts bei absichtlicher Tatbegehung *Frisch* ZStW 99 (1987), 751, 768 f.; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1998), S. 260 ff., 263; *dies.* JZ

1999, 1080, 1088; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht (2007), S. 422; *Grünwald* a.a.O. (Fn. 5), S. 148 ff. Ablehnend jedoch *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 8/8; *NK/Puppe*, Strafgesetzbuch Kommentar, 1. Band, 4. Aufl. (2013), § 15 Rn. 114.

<sup>28</sup> Im Ergebnis ebenso *Saliger* StV 2003, 38, 41.

<sup>29</sup> Schon *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale (1970), S. 131, hat darauf hingewiesen, dass man in die §§ 212, 223 StGB das Wort „mutwillig“ einfügen könne, ohne dass damit eine sachliche Änderung verbunden wäre.

<sup>30</sup> *BGH* NStZ-RR 2004, 8; *BGHSt* 50, 80, 86 f.; *MK/Schneider* a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 58; *Mitsch*, in: AnwaltKommentar a.a.O. (Fn. 5), § 211 Rn. 20; *Matt/Renzikowski-Safferling* a.a.O. (Fn. 7), § 211 Rn. 13.

<sup>31</sup> *NK/Neumann* a.a.O. (Fn. 20), § 211 Rn. 12b; *SK/Sinn* a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 16.

<sup>32</sup> *LG* Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 74 und 85).

<sup>33</sup> *BGH*, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14, Rn. 16 ff. = *HRRS* 2014 Nr. 1116.

<sup>34</sup> *MK/Hörnle*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 2. Aufl. (2012), § 184g Rn. 2, 7; *SSW/Wolters* a.a.O. (Fn. 7), § 184g Rn. 2.

erforderlichen Sicherheit festgestellt werden.“<sup>35</sup> Der BGH sieht hierin einen wesentlichen Mangel des erstinstanzlichen Urteils und schließt sich den Erwägungen des Generalbundesanwalts an. Nach dessen Auffassung hätte erörtert werden müssen,<sup>36</sup> „ob in dem äußerst brutalen Vorgehen des [...] Angeklagten ein den personalen Eigenwert des Opfers negierender Vernichtungswille zum Ausdruck kommt, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und daher der Motivgeneral Klausel des § 211 Abs. 2 StGB unterfällt“. So fungiere neben „ungehemmter Eigensucht und krasser Rücksichtslosigkeit“ als „ein weiteres Leitprinzip die in der Tötung motivational zu Tage tretende Missachtung des personellen Eigenwerts des Opfers“. Eine derartige „antisoziale Einstellung“ könne darin liegen, „dass der Täter das Opfer in menschenverachtender Weise tötet“. Denn dies sei anzunehmen in Sachverhalten, „in denen der Täter das Opfer vor oder während der Tat in besonders herabsetzender Weise quält und damit eine gesellschaftlichen Grundwerten kategorial zuwider laufende Einstellung dergestalt manifestiert, dass der Adressat des Angriffs nicht einmal mehr ansatzweise als Person, sondern nur noch wie ein beliebiges Objekt, mit dem man nach hemmungslosem Gutdünken verfahren kann, behandelt wird“. Sämtliche dieser Voraussetzungen seien erfüllt: „Allein schon das Herausreißen verschiedener Darmteile bei lebendigem Leib durch dreimaliges tiefes Eindringen in den Anus des Opfers wirkt grauenhaft und weckt spontane Erinnerungen an das Ausweiden eines Tieres. Nimmt man zusätzlich das Legen eines Darmstücks um den Hals des Opfers in den Blick, so wird die menschenverachtende Dimension der Tat vollends deutlich.“ Der Generalbundesanwalt zeigt sich „erstaunt [darüber], dass das Schwurgericht die Qualität dieser Umstände zutreffend erkannt [...], jedoch nicht in seine Überlegungen zum Vorliegen subjektiver Mordmerkmale einbezogen hat“.

Ob die fehlende Auseinandersetzung des LG Bremen mit dem Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ tatsächlich so erstaunlich ist, wie behauptet, erscheint indes sehr zweifelhaft. Zutreffend ist zunächst nur, dass es der „möglichen Annahme eines niedrigen Beweggrundes [...] nicht entgegen[steht], dass der Angeklagte nach den Urteilsfeststellungen lediglich mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt und also keinen Vernichtungswillen in Form eines dolus directus aufgewiesen hat“.<sup>37</sup> Denn ein Töten aus niedrigen Beweggründen setzt keinen dolus directus voraus.<sup>38</sup> Mord ist kein Absichtsdelikt. Nur beim Merkmal „Mordlust“ werden abweichende Anforderungen gestellt (siehe bereits oben zu 1). Dagegen sind die übrigen Erwägungen des Generalbundesanwalts, denen der BGH folgt, nicht unproblematisch. Hierzu muss man sich vergegenwärtigen, dass es das LG Bremen mit einem Angeklagten zu tun hatte, der „bis zuletzt in Abrede“

stellte, die Tat begangen zu haben bzw. am Tattag in der Wohnung des Opfers gewesen zu sein.<sup>39</sup> Für die Tatzeit, die zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr lag, machte der Angeklagte einen „Filmriss“ geltend. Nun ist es dem LG Bremen zwar aufgrund der Indizien gelungen, den Angeklagten der Täterschaft zu überführen.<sup>40</sup> Wie aber hätte das LG Bremen Tatmotive feststellen sollen bei einem Täter, der vorgab, die Tat nicht begangen zu haben bzw. sich an nichts erinnern zu können? Tatmotive bezeichnen die Einstellung des Täters zur Tat. Um sie herauszufinden, ist man darauf angewiesen, dass sich der Täter öffnet. Er muss jedenfalls so viel Auskunft über das Tatgeschehen, die Vorgeschichte und sein Verhältnis zum Opfer geben, dass es möglich wird, ihm Motive zuzuschreiben.<sup>41</sup> Das war aber in diesem Fall nicht möglich. Zum Tatgeschehen und der unmittelbaren Vorgeschichte äußerte sich der Angeklagte nicht („Filmriss“). Darüber hinaus lieferten die Verhältnisse im Hause des Angeklagten und des Opfers im Allgemeinen sowie das Verhältnis des Angeklagten zum Opfer im Besonderen keine stichhaltigen Hinweise auf das Tatmotiv.<sup>42</sup> Insbesondere waren zwischen dem Angeklagten und dem Opfer keine Konflikte erkennbar. Es mag ein unbefriedigendes Ergebnis sein, wenn sich das Motiv für eine vorsätzliche Tötung nicht aufklären lässt. Wie man jedoch von diesem Ergebnis zur Annahme eines niedrigen Beweggrundes kommen sollte, ist nicht ersichtlich. So lässt sich ein nicht zu ermittelndes Tatmotiv nicht als ein „niedriges“ Motiv einstufen.

Die vom Generalbundesanwalt zum Untermauern seiner Sichtweise angeführte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2002 taugt als Beleg nicht. Denn in diesem Fall hatte der Angeklagte sich eingelassen und die Vorinstanz konnte „Aggression und sinnlose Wut über den ‚lästigen Ballast‘ – womit das Opfer gemeint war – als Beweggründe für die Tat feststellen.“<sup>43</sup> Der Angeklagte sah das Opfer als „Dreck“ an, der zu entsorgen war.<sup>44</sup> Damit sind die beiden Sachverhalte aber nicht miteinander vergleichbar. Eher schon bestehen Ähnlichkeiten mit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2001.<sup>45</sup> Dort konnte die Vorinstanz, das LG Bonn, nämlich bei einem von drei Tätern kein Motiv für die vorsätzliche Tötung des Opfers feststellen. Das LG Bonn gelangte deshalb, wie nun auch das LG Bremen, zu einem Totschlag. Vom BGH wurde das LG Bonn daraufhin belehrt, dass „ein niedriger Be-

<sup>35</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 85; siehe aber auch S. 73 ff.).

<sup>36</sup> Zum Folgenden BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14, Rn. 8 = HRRS 2014 Nr. 1116.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 5 StR 380/14, Rn. 8 = HRRS 2014 Nr. 1116.

<sup>38</sup> Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 40; Fischer a.a.O. (Fn. 25), § 211 Rn. 79; SSW/Momsen a.a.O. (Fn. 7), § 211 Rn. 77; SK/Sinn a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 28.

<sup>39</sup> Hierzu sowie dem Folgenden LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 41 f., 27).

<sup>40</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 43 ff.).

<sup>41</sup> Empirisch ist die Suche nach dem Tatmotiv schwierig und verlässlich nicht durchführbar. Daher bleibt nur die Möglichkeit, dem Täter solche Motive als Tatmotive zuzuschreiben, die sein Handeln nachvollziehbar erklären können. Es geht also nicht so sehr darum, die „wahren“ Motive im Inneren des Täters zu ergründen; sondern es geht um einen Deutungs- und Zuschreibungsprozess, den Dritte vornehmen. Ausführlicher Grünwald a.a.O. (Fn. 5), S. 104 ff.

<sup>42</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 14 f.).

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 5. November 2002 – 1 StR 247/02, S. 6 = NStZ-RR 2003, 78 ff.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 5. November 2002 – 1 StR 247/02, S. 8 = NStZ-RR 2003, 78, 79.

<sup>45</sup> BGHSt 47, 128 ff.

weggrund auch dann gegeben sein kann, wenn der Täter in dem Bewußtsein handelt, keinen Grund für eine Tötung zu haben oder zu brauchen“.<sup>46</sup> Im Schrifttum wurde gegen diese Entscheidung zu Recht geltend gemacht, kein Grund könne nicht ein niedriger Beweggrund sein.<sup>47</sup>

In der vorliegenden Entscheidung geht der BGH nun über diese Feststellung noch hinaus. Da der Angeklagte die Tatbegehung leugnete, war der Weg nicht gangbar, den der BGH im 47. Band gegangen ist, um niedrige Beweggründe und damit Mord anzunehmen. Denn jemandem, der sich zur Tat nicht erklärt, kann man nicht die Überheblichkeit unterstellen, er meine, er könne einen anderen Menschen töten, ohne dafür einen Grund zu haben oder zu brauchen.<sup>48</sup> Der Generalbundesanwalt und der BGH mussten deshalb, sollte das Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ bejaht werden, nach einer anderen Argumentationsstrategie suchen. Die gefundene Lösung liegt darin, die niedrigen Beweggründe der Sache nach als subjektives, täterbezogenes Mordmerkmal aufzugeben und rein objektiv zu begründen. Aufschlussreich spricht schon der Generalbundesanwalt von der „möglichen Annahme eines aus dem Tatbild hergeleiteten niedrigen Beweggrundes“. Den mit dieser Formulierung vorgegebenen Weg verfolgt auch der BGH. In seinem Leitsatz bringt er dies eindrücklich zum Ausdruck: „Niedrige Beweggründe bei außergewöhnlich brutalem, eklatant menschenverachtendem Tatbild.“ Damit wird das Wesen von Motivmerkmalen als subjektive Kriterien verfehlt. Die niedrigen Beweggründe werden kurzerhand in ein objektives Mordmerkmal umgedeutet; denn ihr Vorliegen erschließt sich aus dem äußeren Tatbild und nicht aus der Einstellung des Täters zur Tat. Präziser gesagt, dürfte der Entscheidung die These zugrunde liegen, dass bei einem solchermaßen ekelregenden Tatgeschehen das Motiv des Täters nur niedrig sein kann. Diese Interpretation der niedrigen Beweggründe versteht sich keineswegs von selbst. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass das LG Bremen darauf nicht gekommen ist.

Auf der anderen Seite trifft es freilich zu, dass das äußere Tatbild eine besondere Demütigung und Erniedrigung des Opfers zum Ausdruck bringt. Dieser Umstand wurde auch vom LG Bremen in seinen Urteilsgründen hervor-

gehoben.<sup>49</sup> Im Mordparagraf kommt ein solches Mordmerkmal aber nicht vor, und es ist in der seit Jahrzehnten währenden Reformdiskussion, soweit ersichtlich, auch noch nicht vorgeschlagen worden. Um vom äußeren Tatbild zu den niedrigen Beweggründen zu kommen, müsste feststehen, dass es dem Angeklagten um eine Demütigung oder Erniedrigung des Opfers ging. Bei einem Angeklagten, der behauptet, sich an nichts erinnern zu können, ist eine solche Zuschreibung aber problematisch. Ein Ausweg könnte nun darin liegen, die Motivgeneralklausel als grundlose Tötung zu begreifen. Das entspricht den obigen Ausführungen zum Merkmal „Mordlust“ (unter 1).<sup>50</sup> Im Ergebnis ist dieser Lösungsweg überzeugend. Er hat nicht zuletzt den Vorzug, auf die unsägliche negative Quantifizierung zu verzichten, nach der – je nach Grundkonzept – von einer ohnehin schon sehr verwerflichen oder gefährlichen Tat wie einer vorsätzlichen Tötung noch verwerflichere oder gefährlichere vorsätzliche Tötungen abgestuft werden müssen. Allerdings führt er dazu, dass sich der Mordtatbestand nicht mehr als Qualifikation zur vorsätzlichen Tötung, dem Totschlag, begreifen lässt.

#### 4. Grausam

Das Merkmal „grausam“ ist ein objektives Kriterium, welches an die Tatausführung anknüpft. Unvoreingenommen betrachtet, ließe sich das Tatgeschehen gewiss als grausam bezeichnen. Gleichwohl ist das Mordmerkmal nicht erfüllt. Eine grausame Tötung erfordert, dass dem Opfer mit der Tötungshandlung Qualen und besonders schwere Schmerzen zugefügt werden. Es ist das besondere Leiden des Opfers, welches die Unrechtssteigerung trägt.<sup>51</sup> Hieraus folgt nun konsequenterweise, dass das Opfer die Schmerzen empfindet muss. Ist das Opfer bei Vornahme der Tötungshandlung bewusstlos, scheidet das aus.<sup>52</sup> Jedenfalls lässt sich eine grausame Tatbegehung nicht schon aus dem äußeren Erscheinungsbild herleiten.<sup>53</sup> Das Merkmal „grausam“ hätte danach angenommen werden können, wenn das Opfer nicht bewusstlos gewesen wäre, als der Angeklagte ihm den Darm aus dem Körper riss. Aufgrund der Bewusstlosigkeit konnte Frau L. die mit dieser Tötungshandlung verbundenen schweren Schmerzen aber nicht mehr empfinden. Auch auf die vorangegangenen Verletzungshandlungen lässt sich eine grausame Tatbegehung nicht stützen. Denn dem Angeklagten konnte nicht nachgewiesen werden, dass er zu diesem Zeitpunkt bereits Tötungsvorsatz hatte.<sup>54</sup> Selbst wenn dieser Nachweis gelungen wäre, ist es fraglich, ob sich diese Verletzungen bereits als grausame Tötung einstufen ließen.

<sup>46</sup> BGHSt 47, 128, 132.

<sup>47</sup> NK/Neumann a.a.O. (Fn. 20), § 211 Rn. 42; Saliger StV 2003, 38, 40; SSW/Momsen a.a.O. (Fn. 7), § 211 Rn. 22.

<sup>48</sup> In diese subjektiv-psychologisierende Richtung wird die Entscheidung BGHSt 47, 128 ff. interpretiert von Fischer a.a.O. (Fn. 25), § 211 Rn. 18. Fischer bringt gegen die in Fn. 47 genannten Autoren vor, der BGH sei zur Annahme eines niedrigen Beweggrundes „erst aufgrund der Bewertung des Täters“ gekommen. Ebenso MK/Schneider a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 86 mit Fn. 299. Für ein Tatstrafrecht ist eine solche Fokussierung und „Bewertung“ des Täters durchaus bemerkenswert. – Vgl. auch die Ausführungen in BGH 1 StR 234/05 = NStZ 2006, 167. Der BGH betont dort: Eine „Verurteilung wegen Mordes, begangen aus niedrigen Beweggründen, [setzt] voraus, dass ein als niedrig anzusehender Beweggrund zweifelsfrei positiv festgestellt ist“. „Wenn der Angeklagte ohne jeglichen Grund gehandelt hätte, stellt dies für sich im Grundsatz noch keinen niedrigen Beweggrund dar [...]“. Vielmehr sei maßgebend, „dass die subjektive Bereitschaft zum grundlosen Töten definitiv festgestellt wird“.

<sup>49</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 75, 88).

<sup>50</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 23.

<sup>51</sup> NK/Neumann a.a.O. (Fn. 20), § 211 Rn. 75; Fischer a.a.O. (Fn. 25), § 211 Rn. 57.

<sup>52</sup> SK/Sinn a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 53; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 27; NK/Neumann a.a.O. (Fn. 20), § 211 Rn. 76; SSW/Momsen a.a.O. (Fn. 7), § 211 Rn. 57.

<sup>53</sup> Andere Ansicht Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. (2004), § 4 Rn. 121.

<sup>54</sup> LG Bremen, Urteil vom 7. Februar 2014 – 22 Ks 912 Js 7012/13 (UA, S. 85 f.).

## IV. Fazit

Der Fall zeigt, wie schwierig die Suche nach Mordmerkmalen sein kann. Hier einen Mord abzulehnen dürfte dagegen jeglicher Intuition sowie dem geschulten Judiz widersprechen. Der forensische Psychiater *Rasch* hat einmal darauf hingewiesen, dass seiner Erfahrung nach „[...] manche Schwurgerichte [...] bemüht [sind], Mordmerkmale zu finden, und andere [...], sie zu übersehen“.<sup>55</sup> Desgleichen wurde die Suche nach Mordmerkmalen auch von anderer Seite beschrieben: Die Gerichte fragten sich zuerst, zu welchem Ergebnis sie gelangen wollten, und überlegten dann, wie dieses Ergebnis wohl

<sup>55</sup> *Rasch*, in: Jescheck/Triffterer (Hrsg.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?* (1978), S. 25, 38.

am besten zu begründen sei.<sup>56</sup> Diese pragmatische und ergebnisorientierte Handhabung der Mordmerkmale ist dem LG Bremen offensichtlich nicht gelungen. Daher könnte man ihm vorhalten, dass es nicht die Chuzpe hatte, Mordmerkmale zu finden, wo keine waren. In der gegenwärtigen Reformdebatte gibt es gelegentlich Stimmen, die teils vehement betonen, eine grundlegende Reform der Tötungsdelikte sei überflüssig, weil die Gerichte – Tatgerichte wie BGH – gelernt hätten, mit der Vorschrift umzugehen. Hingegen zeigt der vorliegende Fall, seine Entscheidung durch das LG Bremen sowie den BGH, erneut auf eindrucksvolle Weise, wie es um den Mordparagrafen wirklich bestellt ist.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> *Middendorff*, in: Göppinger/Bresser (Hrsg.), *Tötungsdelikte* (1980), S. 133, 137 f.

<sup>57</sup> Ebenso die Einschätzung von *Drees* NStZ 2015, 33, 35.

### Aufsätze und Anmerkungen

## Der Streit um die Rockerkutten

Zugleich Anmerkung zu OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev) und LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14

Von Florian Albrecht, M.A., Universität Passau

Mitglieder\* von Rockervereinen lassen sich in der Öffentlichkeit mittels der auf der Rückseite von Jeans- oder Lederwesten angebrachten „Patches“, die aus einem Namenszug, einem als „Wappentier“ fungierenden zentral angebrachten Symbol sowie einer regionalen Ortsbezeichnung bestehen, identifizieren. Mit einer aus April 2014 stammenden Entscheidung hat das OLG Hamburg entgegen der ganz herrschenden Auffassung festgestellt, dass die kreisförmig angeordneten Bestandteile der Vereinswappen jeweils für sich genommen als Kennzeichen verbotener Vereine qualifiziert werden können und mithin bundesweit verboten sind. Obgleich diese Auffassung in der Folgezeit im Schrifttum und jüngeren gerichtlichen Entscheidungen (etwa LG Bochum) abgelehnt wurde, wird sie seitens der Innenminister der Länder als wichtiger Bestandteil einer gegen Mitglieder von Rockervereinen gerichteten Zero Tolerance-Strategie herangezogen. Der Bundesgerichtshof hat sich zur Rechtslage bislang nicht geäußert.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Akademischer Rat a. Z. an der Universität Passau. Er forscht seit vielen Jahren zur Rockerkriminalität und ist Herausgeber und Autor des am 24.06.2014 im Beck Verlag erschienenen Kommentars zum Vereinsgesetz.

## I. Einführung

Die Bekämpfung von Rockervereinen bildet seit vielen Jahren einen Schwerpunkt der Arbeit der Innenminister, mit dem das Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung verbessert und ein effizientes Vorgehen gegen die organisierte Kriminalität belegt werden soll.<sup>1</sup> Einen Schwerpunkt der polizeilichen Maßnahmen bildet neben der Prüfung und Durchsetzung von Vereinsverboten<sup>2</sup> die Durchsetzung sog. Kuttenverbote. Hierbei wird den Mitgliedern von Rockervereinen unter Verweis auf die Rechtsauffassung des OLG Hamburg und die nebenstrafrechtliche Bestimmung des § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG Strafverfolgung angedroht, was sie zum Verzicht auf das Führen der Kennzeichen ihrer nicht verbotenen Vereine in der Öffentlichkeit bewegen soll. Die mit hohem personellem und finanziellem Aufwand betriebene Verbannung der Rockerkutten aus der Öffentlichkeit wird der Bevölkerung als wirksamer Schlag gegen die Organi-

<sup>1</sup> Kritisch hinsichtlich der Zuordnung von Rockervereinen zur Organisierten Kriminalität *F. Albrecht* MSchrKrim 2012, 115, 118; *Zimmerli* MSchrKrim 1999, 320, 335.

<sup>2</sup> *F. Albrecht* VR 2013, 8; *F. Albrecht* MSchrKrim 2012, 115.

sierte Kriminalität präsentiert.<sup>3</sup> Der vorliegende Beitrag blendet die sich aufdrängenden Fragen aus, ob Rockvereine tatsächlich der Organisierten Kriminalität<sup>4</sup> zugerechnet werden können und ob mittels des Nebenstrafrechts ein effizienter Beitrag zu deren Bekämpfung geleistet werden kann. Unter Berücksichtigung der jüngsten Entscheidungen des OLG Hamburg und des LG Bochum soll vielmehr die Anwendung der vereinsgesetzlichen Bestimmungen über die Kennzeichenverbote im Kontext von Rockervereinen erläutert werden. Dem Leser möge hierbei in Erinnerung gerufen werden, dass ein rechtsstaatliches Strafrecht weite Fassungen meidet.<sup>5</sup> Diese werden hingegen seitens der Politik „zwecks – scheinbarer – Steuerung gesellschaftlicher Problemfelder über variable Verfolgungsintensivitäten“ gesucht.<sup>6</sup>

## II. Rechtliche Bewertungen

### 1. Vereinsrechtlicher Kennzeichenbegriff

Das mittels § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG strafbewehrte Kennzeichenverbot kann nur greifen, wenn seitens eines Betroffenen ein verbotenes Kennzeichen verwendet wird. § 9 VereinsG lässt offen, was unter einem Kennzeichen zu verstehen ist. Lediglich § 9 Abs. 2 Satz 1 VereinsG konkretisiert, dass es sich bei den Kennzeichen um Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformeln handeln kann. Die in der unbestimmten gesetzlichen Formulierung angelegte Unsicherheit führt in Rechtsprechung und Schrifttum dazu, dass zur Bestimmung des vereinsrechtlichen Kennzeichenbegriffs im vorliegend relevanten Kontext der Rockervereine zahlreiche Begriffe verwendet werden, oftmals widersprüchlich und uneinheitlich. Anzutreffen sind die Bezeichnungen „Symbol“, „Abzeichen“, „Wappen“, „Aufnäher“ und „Emblem“. Was genau hierunter zu verstehen ist, bleibt zumeist ungeklärt.

#### a) Kennzeichen ist die Weste bzw. Kutte in ihrer Gesamtheit

Eine Auffassung geht davon aus, dass den seitens der Mitglieder von Rockergruppierungen getragenen Westen bzw. Kutten<sup>7</sup> ein so großer Symbolgehalt beizumessen ist, dass das Kleidungsstück insgesamt als vereinsrechtliches Kennzeichen eingeordnet werden muss. Ausschlaggebend für die vereinsgesetzliche Bewertung sei mithin das durch die auf dem Kleidungsstück angebrachten Aufnäher entstehende Gesamtbild bzw. deren Zusammenspiel.<sup>8</sup> Selbst eine eigenständige Betrachtung der Vorder- und Rückseite der Rockerwesten wird demnach

für verfehlt gehalten.<sup>9</sup> Einem Kennzeichenverbot unterfallen können folglich nur die subkulturspezifisch gestalteten Kleidungsstücke an sich.

#### b) Kennzeichen ist das Vereinswappen in seiner Gesamtheit

Eine weitere Ansicht legt sich dahingehend fest, dass es sich lediglich bei den auf der Rückseite der Rockerwesten angebrachten „Patches“ um vereinsrechtliche Kennzeichen der jeweiligen Vereine handelt.<sup>10</sup> Das aus drei Teilen bestehende Patch (ohne den Zusatz „MC“) wird in diesem Zusammenhang als Vereinswappen bezeichnet, das auf der Weste angebracht ist<sup>11</sup> und dessen Ortszusatz ein offenkundig wichtiger Bestandteil ist<sup>12</sup>. Dem schließt sich wohl auch das AG Hamburg an, spricht aber von einer Kennzeichenkombination.<sup>13</sup> Nach dieser Ansicht greift die Zuschreibung von Kennzeichenqualität gegenüber einem Bekleidungsstück zu weit. Kennzeichen eines Rockervereines sind die jeweiligen Patches.

#### c) Kennzeichen sind die einzelnen Bestandteile des Vereinswappens

Weiterhin wird die Auffassung vertreten, dass weder Weste noch Patch als vereinsrechtliche Kennzeichen anzusehen sind, sondern vielmehr die einzelnen Symbole, die seitens der Rockergruppierungen verwendet werden.<sup>14</sup> Die Unterstützer dieser Ansicht verweisen etwa darauf, dass unter den in § 9 Abs. 2 Satz 1 VereinsG genannten Abzeichen Symbole zu verstehen seien, die in Form von Aufnähern, Anstecknadeln usw. geführt werden können.<sup>15</sup> Folglich sei jeder einzelne auf den Westen der Mitglieder von Rockervereinen angebrachte Aufnäher bzw. jedes Emblem eigenständig zu bewerten.<sup>16</sup> Dies müsse zumindest für die auf der Westentrückseite angebrachten „Abzeichen“ gelten.<sup>17</sup> Im vereinsrechtlichen Sinne relevante Kennzeichen von Rockervereinen seien demnach etwa am Beispiel der Hells Angels der „Deathhead“ sowie die Schriftzüge „HELLS ANGELS“, „MC“ und die jeweiligen Ortszusätze.<sup>18</sup>

Diese Ansicht wird in der Rechtsprechung allerdings nicht konsequent durchgehalten. So weist etwa das OVG Koblenz im Widerspruch zu der festgestellten Eigenständigkeit der „Abzeichen“ auf eine Einschränkung hin: Es müsse nämlich ungeachtet der Eigenständigkeit der Abzeichen deren tatsächliche Anordnung Berücksichtigung

<sup>3</sup> [http://www.nwzonline.de/panorama/das-hat-die-rocker-ins-mark-getroffen\\_a\\_22,0,501299438.html](http://www.nwzonline.de/panorama/das-hat-die-rocker-ins-mark-getroffen_a_22,0,501299438.html).

<sup>4</sup> Zum Begriff P.-A. Albrecht KritV 1997, 229.

<sup>5</sup> P.-A. Albrecht KritV 1997, 229.

<sup>6</sup> P.-A. Albrecht KritV 1997, 229.

<sup>7</sup> Das Vereinswappen wird seitens der Rocker als „Patch“ bezeichnet. Der Begriff Kutte ist innerhalb der Subkultur der Rocker eher ungebräuchlich.

<sup>8</sup> LG Verden, Beschl. v. 11.08.2003 – 1 Qs 161/03 = ZVR-Online Dok. Nr. 8/2015; LG München I, Beschl. v. 13.01.2003 – 23 Qs 91/02 = ZVR-Online Dok. Nr. 7/2015.

<sup>9</sup> LG Verden, Beschl. v. 11.08.2003 – 1 Qs 161/03 = ZVR-Online Dok. Nr. 8/2015; LG München I, Beschl. v. 13.01.2003 – 23 Qs 91/02 = ZVR-Online Dok. Nr. 7/2015.

<sup>10</sup> LG München I, Beschl. v. 13.01.2003 – 23 Qs 91/02 = ZVR-Online Dok. Nr. 7/2015.

<sup>11</sup> OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2007 – 32 Ss 4/07, juris Rn. 11, juris Rn. 16.

<sup>12</sup> BayObLG, Urt. v. 08.03.2005 – 4St RR 207/04, juris Rn. 14, juris Rn. 15.

<sup>13</sup> AG Hamburg, Urt. v. 16.03.2012 – 248 Ds 6500 Js 73/11 (259/11) – unveröffentlicht.

<sup>14</sup> Rau/Zschieschack NStZ 2008, 131, 132.

<sup>15</sup> Rau/Zschieschack NStZ 2008, 131, 132.

<sup>16</sup> Rau/Zschieschack NStZ 2008, 131, 132.

<sup>17</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>18</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

finden.<sup>19</sup> Im Ergebnis kann dies aber nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des verwendeten Vereinswappens geschehen.

#### d) Ansicht des OLG Hamburg

Das OLG Hamburg folgt im Wesentlichen der Auffassung, wonach die seitens der Rockervereine verwendeten einzelnen Bestandteile des Vereinswappens jeweils für sich allein genommen als vereinsrechtliche Kennzeichen einzuordnen sind. Dies soll am Beispiel der Hells Angels hinsichtlich des „Deathheads“ und dem Schriftzug „HELLS ANGELS“ gelten.<sup>20</sup> Die in der Vorinstanz noch zum Kennzeichen erklärte Buchstabenfolge „MC“<sup>21</sup> wird hingegen in der aus April des Jahres 2014 stammenden maßgeblichen Entscheidung nicht erwähnt.<sup>22</sup>

Zur Untermuerung seiner Auffassung behauptet das Gericht, dass das Vereinsrecht keine zusammengesetzten Kennzeichen kennen würde. Deshalb sei auf jedes Symbol und nicht auf deren Anordnung im Ensemble abzustellen.<sup>23</sup> Der diesbezügliche Verweis des OLG Hamburg auf die Rechtsprechung des OLG Celle geht allerdings fehl. Das OLG Celle stellt keineswegs fest, dass es zusammengesetzte Kennzeichen nicht gibt. Es weist lediglich darauf hin, dass das auf den Rockerwesten angebrachte Wappen ein Kennzeichen ist und nicht etwa (was auch fernliegend wäre) die Kutte in ihrer Gesamtheit.<sup>24</sup> Auch der weitere Hinweis auf die missverständliche Formulierung bei *Groh*<sup>25</sup> vermag die Entscheidungsgründe nur eingeschränkt zu tragen. *Groh* nimmt nämlich auf die Rechtsprechung des OVG Koblenz Bezug, die im Falle der Verknüpfung einzelner „Hells-Angels“-Zeichen mit einer sich von verbotenen Vereinen abgrenzenden Ortsbezeichnung zur Straflosigkeit kommt (s.o.).<sup>26</sup> Die Zitierweise und Begründung des OLG Hamburg ist wenig konsequent, umso mehr aber ergebnisorientiert.

#### e) Ansicht des LG Bochum

Das LG Bochum schließt sich im ersten Teil seiner Entscheidungsgründe grundsätzlich der seitens des OLG Hamburg vertretenen Auffassung an, wonach jeder auf der Weste angebrachte Aufnäher gesondert zu bewerten ist.<sup>27</sup> Kennzeichenqualität könne allerdings nur den wesentlichen und prägenden „Merkmalen“ zugesprochen wer-

den.<sup>28</sup> Hiernach sind die Aufnäher „1 %“ und „MC“ mangels der erforderlichen Alleinstellungsmerkmale keine vereinsrechtlichen Kennzeichen, wohl aber die auf den Rückseiten der Westen angebrachten „Top-Rocker“ und der „Centercrest“.<sup>29</sup> Der im zu beurteilenden Fall relevante „Fat Mexican“ der Bandidos sei dann auch das „eigentliche Vereinswappen“.<sup>30</sup>

Dem widersprechend stellt das Gericht im zweiten Teil der Entscheidungsgründe fest, dass das Kennzeichen eines verbotenen Vereins aus dem Rückenemblem in seiner Gesamtheit zu bilden ist.<sup>31</sup> Dieser Widerspruch mit den vorstehenden Ausführungen lässt sich schwer erklären. Äußerst wohlwollend könnte man die Entscheidungsgründe so deuten, dass im Falle der Beurteilung der Kennzeichen von Rockervereinen ausnahmsweise eine Gesamtbetrachtung angezeigt ist.<sup>32</sup> Eine nachvollziehbare Begründung nennt das Gericht hierfür allerdings ebenfalls nicht. Es wird lediglich unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 3 VereinsG darauf hingewiesen, dass offenbar zusammengesetzte Kennzeichen existieren müssen.<sup>33</sup> Angesichts der politischen Relevanz der von großem medialem Interesse begleiteten Entscheidung hätte man sich insoweit sorgfältigere und besser strukturierte Ausführungen gewünscht.

#### f) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Auffassung sprechen gute Argumente dafür, die seitens der Rockervereine auf den Westentrückenseiten verwendeten Patches nur in ihrer Gesamtheit als vereinsrechtliche Kennzeichen einzustufen. Ein Abstellen auf die Verwendung einzelner Aufnäher macht zunächst wenig Sinn, weil man fertigungstechnisch auch alle Bestandteile auf einen einzigen Aufnäher übertragen könnte. Zudem führt die Zergliederung der Vereinswappen in seine Bestandteile zu der Frage, wie weit eine Aufschlüsselung der verwendeten „Symbole“ gehen soll.<sup>34</sup> Nach der Logik des OLG Hamburg ließe sich etwa auch der Schriftzug „HELLS ANGELS“ in die Bestandteile „HELLS“ und „ANGELS“ aufgliedern. Der von einem vereinsrechtlichen Kennzeichen zu fordernde Symbolgehalt ginge dann völlig verloren. Zudem würde übersehen, dass Vereinswappen gerade auch der Abgrenzung von anderen Vereinen dienen. Sie müssen Unterscheidungskraft aufweisen.<sup>35</sup> Das auf eine in sich ge-

<sup>19</sup> OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>20</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 11.

<sup>21</sup> LG Hamburg, Urt. v. 13.02.2013 – 705 Ns 58/12, juris Rn. 75.

<sup>22</sup> Dies ist letztlich inkonsequent.

<sup>23</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 12.

<sup>24</sup> OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2007 – 32 Ss 4/07, juris Rn. 11.

<sup>25</sup> „Zusammengesetzte Kennzeichen kennt die Rspr nicht.“ So *Groh*, VereinsG, 2012, § 9 Rn. 7. Das OLG Hamburg verweist irrtümlich auf Rn. 6 der angeführten Quelle.

<sup>26</sup> OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>27</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 13.

<sup>28</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 13.

<sup>29</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 13 ff.; a.A. LG Hamburg, Urt. v. 13.02.2014 – 705 Ns 58/12, juris Rn. 75, wonach die Buchstabenfolge „MC“ ebenfalls ein verbotenes Kennzeichen sein soll.

<sup>30</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 14.

<sup>31</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 17.

<sup>32</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 17.

<sup>33</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 17.

<sup>34</sup> F. Albrecht/Braun NJOZ 2014, 1481, 1482.

<sup>35</sup> F. Albrecht, in: Albrecht/Roggenkamp, VereinsG (2014), § 9 Rn. 17; F. Albrecht/Braun Kriminalistik 2014, 744, 745; Albrecht/Braun NJOZ 2014, 1481, 1482.

schlossene Gemeinschaft (den jeweiligen Verein) hinweisende Alleinstellungsmerkmal weisen am Beispiel des Hells Angels-Vereins sowohl der „Deathhead“ als auch der Schriftzug „HELLS ANGELS“ nicht auf.<sup>36</sup> Unterscheidbar werden die rechtlich selbständigen Vereine erst, wenn man die im Rahmen des Vereinswappens kreisförmig angeordneten Symbole in ihrer Gesamtheit betrachtet.<sup>37</sup>

## 2. Verwenden verbotener Kennzeichen gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG ist die Verwendung der Kennzeichen verbotener Vereine untersagt. Solche Kennzeichen dürfen weder in der Öffentlichkeit noch in Versammlungen gezeigt werden. Die Verbotsnorm soll sicherstellen, dass verbotene Kennzeichen nicht von einem völlig unbestimmten Publikum wahrgenommen werden können.<sup>38</sup> Nur dann liegt ein öffentliches Verwenden vor.<sup>39</sup> In einer Versammlung wird das Kennzeichen verwendet, wenn die Veranstaltung als gemeinsame Kundgebung der Erörterung von im öffentlichen Interesse liegenden Angelegenheiten dient. „Es kommen nur solche Zusammenkünfte in Betracht, denen von ihrer Anlage her die Möglichkeit einer Einwirkung auf das politische Leben zukommt.“<sup>40</sup> Unter Versammlung sind mithin keine vereinsinternen Feste, Versammlungen und sonstigen Zusammenkünfte zu verstehen.

### a) Ansicht des OLG Hamburg

Nach der von dem OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 07.04.2014, Az. 1 – 20/13 (Rev) vertretenen Auffassung, führt die angezeigte Beurteilung der einzelnen auf den Rockerwesten verwendeten Symbole am Beispiel der Hells Angels zu dem Ergebnis, dass sowohl der Deathhead als auch der Schriftzug „HELLS ANGELS“ Kennzeichen verbotener Vereine sind. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auch auf den Umstand, dass mit dem im Jahr 1973 gegründeten „Hells Angels Motor-Club e.V.“ der erste deutsche Ableger der Bewegung überhaupt verboten wurde. Hieraus folge eine „initiale vereinsrechtliche Bemakelung“ der Kennzeichen.<sup>41</sup> Auf einen sich von den verbotenen Vereinen unterscheidenden Ortszusatz lässt es das Gericht nicht ankommen. Es stellt fest, dass dann, wenn ein (identisches) Kennzeichen eines verboten Vereins verwendet wird, ein Ortszusatz (namentlich der Zusatz „Harbor City“) dessen Kennzeichenqualität nicht beeinflussen kann.<sup>42</sup>

Mit Blick auf die ebenfalls am 07.04.2014, Az. 1 – 20/13 (Rev) getroffene Entscheidung des OLG Hamburg stellt sich allerdings die Frage, ob verbotene Kennzeichen nach

<sup>36</sup> F. Albrecht/Braun *Kriminalistik* 2014, 744, 745 m.w.N.; Albrecht/Braun *NJOZ* 2014, 1481, 1482 m.w.N.

<sup>37</sup> F. Albrecht/Braun *Kriminalistik* 2014, 744, 745 m.w.N.; Albrecht/Braun *NJOZ* 2014, 1481, 1482 m.w.N.

<sup>38</sup> F. Albrecht, a.a.O. (Fn. 35), § 9 Rn. 6.

<sup>39</sup> F. Albrecht, a.a.O. (Fn. 35), § 9 Rn. 6.

<sup>40</sup> So zu § 86a StGB OLG Koblenz MDR 1981, 600, 601.

<sup>41</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 14 f.

<sup>42</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 14 f.

der Auffassung des Gerichts nicht doch durch einen entsprechenden Ortszusatz zu nicht-verbotenen Kennzeichen werden können. Das Gericht äußert sich insoweit nicht eindeutig. Es stellt nämlich erstens fest, dass vorrangig hinsichtlich der seitens der Hells Angels verwendeten Symbole die Verwendung verbotener Kennzeichen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG zu prüfen ist.<sup>43</sup> Die Möglichkeit der Abgrenzung durch einen entsprechenden Ortszusatz wird dann erst im Falle der Feststellung der Nichtübereinstimmung zweier Kennzeichen angeführt, sofern diese Verwechslungsähnlichkeit gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG aufweisen.<sup>44</sup> Das OLG Hamburg bleibt dann, was entscheidend wäre, eine Erklärung schuldig, ob sich seine weiteren Ausführungen, wonach im Rahmen der Gesetzesauslegung die „teilweise mehrere Jahrzehnte überdauernden ordnungsbehördlichen Praxis“ der Duldung zu berücksichtigen ist, nur auf Fälle des § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG beziehen oder auch für Fälle des § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG zu gelten haben.<sup>45</sup>

### b) Ansicht des LG Bochum

Nach Auffassung des LG Bochum setzt die Feststellung, dass es sich bei einem Kennzeichen um das eines verbotenen Vereins handelt, ein Alleinstellungsmerkmal voraus, das auf den verbotenen Verein hinweist.<sup>46</sup> Beurteilungsgrundlage ist insoweit das Gesamtbild der auf der Rückseite einer Rockerweste angebrachten wesentlichen Aufnäher unter Berücksichtigung ihrer tatsächlichen Anordnung zueinander.<sup>47</sup> Das Gericht begründet seine Ansicht mit verfassungsrechtlichen Erwägungen und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>48</sup> Einerseits dürfe nämlich die Ausübung der Vereinstätigkeit sich rechtstreu verhaltener Vereine nicht übermäßig beschränkt werden und andererseits könne ein regionales Vereinsverbot nicht bundesweit eine pönalisierende Wirkung entfalten.<sup>49</sup> Im Ergebnis können die einzelnen Bestandteile, die seitens der Rockvereine in ihren Vereinswappen geführt werden, nicht als Kennzeichen verbotener Vereine eingestuft werden.

Schwer verständlich ist, dass sich das Gericht über die tragenden verfassungsrechtlichen Erwägungen hinausgehend auch zur „zeitlichen Komponente“ äußert, die nach seiner Auffassung im Rahmen der Zuordnung eines Kennzeichens zu einem Verein eine Rolle spielen kann. Mittels der diesbezüglichen Ausführungen soll wohl die mit der Rechtsauffassung des OLG Hamburg unvereinbare Haltung des LG Bochum legitimiert werden, indem ein

<sup>43</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 16. Das Gericht verweist wohl irrtümlich in den Entscheidungsgründen auf § 9 Abs. 2 Satz 1 VereinsG. Richtig wäre indes § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG.

<sup>44</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 17.

<sup>45</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 18.

<sup>46</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 16.

<sup>47</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 18.

<sup>48</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 17.

<sup>49</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 18.

konkreter Bezug zur Bewegung der Bandidos hergestellt wird und Unterschiede zu der seitens der Hamburger Richter zu beurteilenden Bewegung der Hells Angels herausgearbeitet werden.

So soll nach den Feststellungen des LG Bochum<sup>50</sup> für die Beurteilung der Frage, welchem Verein ein Kennzeichen zuzuordnen ist, in zeitlicher Hinsicht von Bedeutung sein, welcher Verein ein bestimmtes Symbol erstmals im Geltungsbereich des VereinsG verwendet hat. Das Gericht führt diesbezüglich aus, dass ein Symbol gerade dem Erstverwender durch einen objektiven Betrachter zugeordnet werde. Bspw. das Kennzeichen des Bandidos MC (Schriftzug und „Fat Mexican“) könne folglich allein dem 1990 in Gelsenkirchen gegründeten „Motherchapter“ oder aber der „Bandido-Nation“ in ihrer Gesamtheit zugeordnet werden.<sup>51</sup> Für eine Zuordnung der Symbole zu einem nach dem Jahr 1990 gegründeten Chapter (regionaler Verein der zu der Bandidos-Bewegung gehört) bestünden insbesondere mit Blick auf die zeitlichen Aspekte keine Anknüpfungspunkte.<sup>52</sup> Das Gericht bringt mithin (ungeachtet der später erläuterten zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben) zum Ausdruck, dass eine andere Betrachtung in Frage kommen könnte, wenn die seitens einer Rocker Bewegung bundesweit verwendeten Bestandteile der Vereinskennzeichen initial bemakelt werden, weil deren zuerst geründeter Ableger verboten wurde. So soll es sich etwa nach Auffassung des OLG Hamburg bei den Kennzeichen verhalten, die seitens der Hells Angels weltweit Verwendung finden.<sup>53</sup>

Diesbezüglich ist allerdings darauf aufmerksam zu machen, dass die heute Verwendung findenden Kennzeichen der Hells Angels auch in zeitlicher Hinsicht wie die der Bandidos beurteilt werden müssen. Historisch ist nämlich lediglich zutreffend, dass mit dem 1983 durch den Bundesminister des Innern verbotenen Hells Angels Motor-Club e.V. der erste in Deutschland gegründete Ableger der Hells Angels mitsamt seiner Symbole verboten wurde.<sup>54</sup> Dessen Symbole werden heute innerhalb der Hells Angels-Bewegung aber nicht mehr in identischer Form- und Farbgebung verwendet. So wurde etwa der 1973 im Gründungsjahr des Hamburger Ablegers eingeführte Deathhead (siehe Abbildung 1)



Abbildung 1 (1973)

<sup>50</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 16.

<sup>51</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 16.

<sup>52</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 16 f.

<sup>53</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 14.

<sup>54</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 14.

im Zuge der Umstellung des Fertigungsverfahrens von der Handarbeit zur Maschinenstickerei in wesentlichen Punkten verändert und ab dem Jahr 1986 innerhalb der weltweiten Hells Angels-Bewegung eingeführt. Für die Bundesrepublik Deutschland wurde eine Tragepflicht des neuen Deathheads (siehe Abbildung 2)



Abbildung 2 (1986)

für alle zur Hells Angels-Bewegung gehörenden Vereine angeordnet. Der neue Deathhead unterscheidet sich von der alten Version nicht nur durch das Fertigungsverfahren, sondern u.a. auch in Farbgebung, Augen- und Mundform, Form der Hörner, Abgrenzung der Zahnreihen, Schwingenform, Form des Schwingenbügels sowie der Federreihen und der Federanzahl. Das Kennzeichen eines durch ein Vereinsverbot initial bemakelten Vereins wird auch seitens der Hells Angels folglich nicht verwendet.

### c) Zwischenergebnis

Das OLG Hamburg bemakelt als bisher einziges Obergericht Namenszug und „Deathhead“ der Hells-Angels als Kennzeichen, deren öffentliches Verwenden gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG verboten ist. Gleiches muss für die Wappen anderer Rockergruppierungen gelten. Das Gericht verkennt damit nach hier vertretener Auffassung, dass eine vereinsrechtliche Kennzeichenqualität bei einzelnen Wappenbestandteilen nicht gegeben ist. Hierüber mag auch nicht hinwegzuhelfen, dass das Gericht darauf hinweist, dass die einzelnen „Symbole“ gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 VereinsG zumindest als Uniformstücke verboten seien. Eine Uniform ist ein Kleidungsstück, das nach Form, Farbe, Schnitt oder Ausstattung gleichartig ist und von der allgemein üblichen Kleidung abweicht.<sup>55</sup> Angesichts der in Rockervereinen verbreiteten und hinsichtlich Material, Farbe, Schnitt und Ausstattung völlig unterschiedlichen Westen ist bereits keine Uniformeigenschaft der sog. Kutten gegeben. Die einzelnen Wappenbestandteile können demnach auch logisch nicht Teile oder „Stücke“ einer solchen Uniform sein. Die Rechtsprechung hat zudem festgestellt, dass „Abzeichen“ keine Uniformteile sind.<sup>56</sup> Zudem übersieht das OLG Hamburg die Relevanz des § 9 Abs. 3 VereinsG völlig. Die Norm wurde ausdrücklich für den Fall in das Gesetz aufgenommen, dass Wappenbestandteile einer bundesweit verbreiteten Bewegung unter Verwendung von regionalen

<sup>55</sup> BayObLG, Urt. v. 20.01.1987 – Rreg. 4 St 209/86 = NStZ 1987, 234.

<sup>56</sup> KG Berlin, Urt. v. 19.03.2001 – (3) 1 Ss 344/00 (105/00), juris Rn. 7.

Ortszusätzen geführt werden.<sup>57</sup> Hierzu aber ausführlich später.

### 3. Verwechslungsähnlichkeit von Kennzeichen gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG

Wenn kein Kennzeichen eines verbotenen Vereins geführt wird, ist zu prüfen, ob nicht vielleicht das durch § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG angeordnete Verbot der Verwendung von mit verbotenen Kennzeichen verwechslungsähnlichen Kennzeichen greift. Ob Verwechslungsähnlichkeit vorliegt, bestimmt sich maßgeblich nach dem äußeren Erscheinungsbild der das relevante Kennzeichen prägenden Merkmale, in denen sich der Symbolgehalt verkörpert.<sup>58</sup> Diese prägenden Merkmale müssen den Eindruck des Originalkennzeichens vermitteln.<sup>59</sup> Mit anderen Worten: Erforderlich ist ein „gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit“.<sup>60</sup>

Die Praxis steht unter dieser Voraussetzung vor dem Problem, dass die Bewertung der Verwechslungsähnlichkeit eines Kennzeichens vergleichbar komplex ist, wie die Beurteilung der Ähnlichkeit von Menschen.<sup>61</sup> Die Bildung eines überschlägigen Gesamteindrucks greift zu kurz.<sup>62</sup> Als Ausgangspunkt für die Bestimmung der Verwechslungsähnlichkeit kann vielmehr nur ein detaillierter Vergleich der einzelnen Symbole mit dem Originalkennzeichen dienen.<sup>63</sup> Anhand der zu bildenden Vergleichspaare müssen dann jeweils die Merkmalsidentitäten und Unterschiedlichkeiten herausgearbeitet werden.<sup>64</sup> Das LG Berlin hat insoweit festgestellt, dass etwa die Frontansicht des Bestandteils eines Vereinswappens mit dessen Seitenansicht nicht zu verwechseln ist.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> BT-Drs. 14/7386 (neu), S. 49.

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 31.07.2002 – 3 StR 495/01 = NJW 2002, 3186, 3187; LG Verden, Beschl. v. 11.08.2003 – 1 Qs 161/03 = ZVR-Online Dok. Nr. 8/2015.

<sup>59</sup> BayObLG, Urt. v. 23.09.2003 – 4St RR 104/03 u.a., juris Rn. 15.

<sup>60</sup> Rau/Zschieschack NSTz 2008, 131, 133.

<sup>61</sup> Bock HRRS 2012, 83, 87.

<sup>62</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 12.

<sup>63</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 11.

<sup>64</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 12.

<sup>65</sup> LG Berlin, Beschl. v. 09.02.2015 – 501 Qs 5/15 – unveröffentlicht.



Abbildung 3 (Frontview)

#### a) Ortszusatz beseitigt Verwechslungsähnlichkeit

Einer Auffassung nach, die auf den Schutz der Mitglieder nicht verbotener Vereine abstellt,<sup>66</sup> ist in der Verwendung eines Ortszusatzes ein maßgebliches Unterscheidungsmerkmal zu sehen und zwar unabhängig von der Frage, ob seitens der verbotenen Vereine ein Ortszusatz geführt wird.<sup>67</sup> Durch einen entsprechenden Ortszusatz könne „eindeutig und für jeden unbefangenen Betrachter klar gestellt“ werden, dass das Kennzeichen eines Vereines verwendet wird, der nicht von einer Verbotsverfügung erfasst wird.<sup>68</sup> Insoweit müsse allerdings beachtet werden, dass ein Ortszusatz auf der Vorderseite der Weste nicht ausreichend ist, um die Verwechslungsgefahr mit einem verbotenen Verein aufzuheben.<sup>69</sup> Die Verwendung eines Länder- oder Ortszusatzes führt nämlich nicht zwingend zum Ausschluss der Verwechslungsähnlichkeit.<sup>70</sup> Der Ortszusatz muss vielmehr zusammen mit den übrigen Bestandteilen des Vereinskennzeichens wahrzunehmen sein.<sup>71</sup> Verwechslungsähnlichkeit liegt mithin nicht vor.

#### b) Ortszusatz beseitigt Verwechslungsähnlichkeit nicht und ist gleichwohl beachtlich

Ohne dass hierdurch die Frage beantwortet würde, ob es zusammengesetzte Kennzeichen eines Vereines geben kann oder nicht, geht eine weitere Auffassung davon aus, dass von Verwechslungsähnlichkeit auch im Falle der Verwendung eines eigenständigen Ortszusatzes vorliegt. Dieser könne die Verwechslungsähnlichkeit nicht beseitigen, weil bspw. der Deathhead und der Schriftzug

<sup>66</sup> Bock HRRS 2012, 83, 85.

<sup>67</sup> LG Berlin, Beschl. v. 02.10.2002 – 537 Qs 104/02, juris Rn. 11.

<sup>68</sup> LG Verden, Beschl. v. 11.08.2003 – 1 Qs 161/03 = ZVR-Online Dok. Nr. 8/2015; LG Berlin, Beschl. v. 02.10.2002 – 537 Qs 104/02, juris Rn. 12; Gubitz StraFo 2003, 7, 8.

<sup>69</sup> OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2007 – 32 Ss 4/07, juris Rn. 15; OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>70</sup> BayObLG, Urt. v. 23.09.2003 – 4St RR 104/03 u.a., juris Rn. 15.

<sup>71</sup> Rau/Zschieschack NSTz 2008, 131, 135.

„HELLS ANGELS“ als wesentliche Vergleichspunkte fungieren,<sup>72</sup> was zur Übereinstimmung der zu vergleichenden Kennzeichen in zentralen Punkten führt.<sup>73</sup>

*Bock* weist insoweit etwa darauf hin, dass seitens eines Laien die Ortszusätze eben nicht als derart prägend eingeordnet würden, dass sie differenzieren könnten, ob es sich bei den in Erscheinungen tretenden Personen um Mitglieder verbotener oder nicht verbotener Vereine handelt.<sup>74</sup> Dies soll in erster Linie auch daran liegen, dass den Laien die „föderalen Feinheiten des Vereinsverbots bzw. das Gesamte Vereinsrecht insgesamt“ weitgehend unbekannt sind.<sup>75</sup> Diese Einschätzung dürfte sich vor dem Hintergrund der starken Medienpräsenz der Verbotsproblematik und der ausführlichen (auch juristisch geprägten) Berichterstattung zwischenzeitig geändert haben. So weist auch *Bock* darauf hin, dass sich seine Bewertung ändern kann, wenn man Laien zutraut, dass sie verstehen, dass es verbotene und nicht-verbotene Vereine geben kann, die zu ein und derselben Bewegung gehören.<sup>76</sup> Hiervon ist mittlerweile auszugehen.

Zudem weist *Bock* darauf hin, dass die Annahme von Verwechslungsähnlichkeit trotz der Verwendung eines Ortszusatzes dazu führt, dass die Mitglieder nicht verbotener Vereine umfassend kriminalisiert werden, wenn nur ein Verein der jeweiligen Bewegung verboten wurde.<sup>77</sup> Eine bundesweite pönalisierende Wirkung eines regionalen Vereinsverbots könne nicht angehen.<sup>78</sup> Folglich müsse eine auf einen nicht verbotenen Verein verweisende Ortsbezeichnung trotz bestehender Verwechslungsähnlichkeit Relevanz haben.<sup>79</sup>

### c) Ansicht des OLG Hamburg

Das OLG Hamburg kommt in seiner Entscheidung vom 07.04.2014, Az. 1 – 31/13 (Rev) zu dem Ergebnis, dass eine mögliche Verwechslungsähnlichkeit nicht zu prüfen ist, weil bereits identische Kennzeichen verbotener Vereine gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG verwendet werden. Dementgegen stellt es mit Entscheidung vom gleichen Tag unter Az. 1 – 20/13 (Rev) fest, dass die Verwendung eines Ortszusatzes doch von Relevanz für die rechtliche Bewertung sein kann. So sollen sich die „Notwendigkeit eines abgrenzenden Zusatzes, namentlich eines Ortsnamens, und die an einen solchen zu stellenden Anforderungen“ anhand der Merkmalsidentitäten zwischen dem verbotenen und dem in Rede stehenden Kennzeichen bestimmen lassen. „Je höher die Merkmalsübereinstimmung – etwa auch mit Rücksicht auf weitere in dessen Nähe angebrachte weitere verbotene Kennzeichen – ausfällt, desto strengere Anforderungen wären an einen der Verwechslungsgefahr begegnenden Zusatz zu stellen.“<sup>80</sup>

<sup>72</sup> *Rau/Zscheschack* NSTZ 2008, 131, 133.

<sup>73</sup> *Rau/Zscheschack* NSTZ 2008, 131, 133.

<sup>74</sup> *Bock* HRRS 2012, 83, 88.

<sup>75</sup> *Bock* HRRS 2012, 83, 88.

<sup>76</sup> *Bock* HRRS 2012, 83, 88.

<sup>77</sup> *Bock* HRRS 2012, 83, 88.

<sup>78</sup> *Bock* HRRS 2012, 83, 88.

<sup>79</sup> *Bock* HRRS 2012, 83, 88.

<sup>80</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), juris Rn. 17.

### e) Ansicht des LG Bochum

Nach Auffassung des LG Bochum führt die Verwendung eines auf einen nicht verbotenen Verein hinweisenden Ortszusatzes zum Ausschluss der Verwechslungsähnlichkeit.<sup>81</sup> Der Ortszusatz stellt demnach ein „ganz wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu den Symbolen verbotener Chapter dar und macht deutlich, dass vorliegend ein Symbol gerade einer nicht verbotenen Organisation verwendet wird.“<sup>82</sup>

### f) Zwischenergebnis

Nach ganz überwiegender Auffassung lässt sich die Verwendung von Rockerwappen, die einen Ortszusatz aufweisen, der auf einen nicht verbotenen Ableger der jeweiligen Gruppierung hinweist, mittels § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG nicht untersagen. Dieses Ergebnis ist zumindest mit Blick auf die verfassungsrechtliche Relevanz der Vereinsfreiheit zwingend.

## 4. Kennzeichen von Teilorganisationen und anderen Vereinen in wesentlich gleicher Form gem. § 9 Abs. 3 VereinsG

§ 9 Abs. 3 VereinsG ordnet eine entsprechende Anwendung des in § 9 Abs. 1 VereinsG niedergelegten Kennzeichenverbots an, wenn Kennzeichen verwendet werden, die den Kennzeichen eines verbotenen Vereins in wesentlicher Form gleichen und von anderen nicht verbotenen oder von selbständigen, die Zielrichtung des verbotenen Vereins teilenden Vereinen verwendet werden. Auf Kennzeichen ausländischer Vereine findet § 9 Abs. 3 VereinsG keine Anwendung.<sup>83</sup>

Damit der Anwendungsbereich des § 9 Abs. 3 VereinsG eröffnet ist, muss der zum Adressaten eines Kennzeichenverbots gemachte Verein diejenigen Ziele verfolgen, wegen derer der bereits verbotene Verein tatsächlich verboten wurde.<sup>84</sup> Insoweit ist zu beachten, dass die betroffenen Vereine nicht wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Rockerbewegung im Allgemeinen, sondern wegen der Verfolgung strafgesetzwidriger Ziele verboten wurden.<sup>85</sup> „Wären [bspw.] die Zielsetzungen der „Hells Angels-Bewegung“ allgemein auf die Verübung von Straftaten ausgerichtet, hätte dies zwangsläufig zu einem bundesweiten Verbot aller „Hells Angels-Vereine“ führen müssen. Sind die Ziele der „Hells Angels-Vereine“ demnach aber nicht weltweit auf die Verübung von Straftaten ausgerichtet, so kann durch das Verwenden der hier streitgegenständlichen Clubabzeichen eines bestimmten – nicht verbotenen – Vereins auch nicht der Eindruck

<sup>81</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 18 f.

<sup>82</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 20.

<sup>83</sup> BayObLG, Urt. v. 23.09.2003 – 4St RR 104/03 u.a., juris Rn. 18.

<sup>84</sup> VG Koblenz, Urt. v. 18.10.2004 – 3 K 4069/03.KO = ZVR-Online Dok. Nr. 20/2014 Rn. 19.

<sup>85</sup> OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672; VG Koblenz, Urt. v. 18.10.2004 – 3 K 4069/03.KO = ZVR-Online Dok. Nr. 20/2014 Rn. 21.

entstehen, dass Straftaten von der Polizei geduldet würden.<sup>86</sup> Den Anwendungsbereich des § 9 Abs. 3 VereinsG eröffnet also nur eine Zielsetzung, die selbst wiederum zum Verbot des betroffenen Vereins führen kann.<sup>87</sup>

**a) § 9 Abs. 3 VereinsG ist keine vorrangige Spezialregelung**

Einer Auffassung nach ist § 9 Abs. 3 VereinsG keine Spezialregelung, die für Mitglieder nicht verbotener Teilorganisationen oder selbständiger Vereine gelten soll.<sup>88</sup> Die Verbotsmöglichkeiten nach § 9 Abs. 1 Satz 1 und § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG bleiben folglich von der Norm unberührt.<sup>89</sup> Als Argument für die Ansicht wird auf die Intention des Gesetzgebers verwiesen, der sich mit der Neuregelung für die Effektivität des Kennzeichenverbotes entschieden hat.<sup>90</sup> Eine anderslautende Auffassung könnte aber zu einer Schwächung der über § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG strafrechtlich abgesicherten Verbotsmöglichkeiten führen.

**b) § 9 Abs. 3 VereinsG ist eine vorrangige Spezialregelung**

Eine andere Auffassung geht davon aus, dass es sich bei der Vorschrift um eine spezielle Regelung für Personen handelt, die Mitglied in einem nicht verbotenen Verein sind, der sich das Erscheinungsbild mit einem verbotenen Verein teilt.<sup>91</sup> Die Norm soll mithin eine abschließende Regelung der Fälle sein, in denen das Kennzeichen eines verbotenen Vereins unter Beifügung eines Ortszusatzes verwendet wird, der auf einen nicht verbotenen Verein hinweist.<sup>92</sup>

Zur Begründung dieser Ansicht kann zunächst einmal auf die Gesetzgebungsmaterialien verwiesen werden, wonach mittels der Vorschrift die Verwendung von Kennzeichen eines verbotenen Vereines durch nicht verbotene „Schwestervereine“ unter Beifügung eines Ortszusatzes geregelt werden sollte.<sup>93</sup> Zudem wird die Rechtsauffassung durch verfassungsrechtliche Erwägungen getragen<sup>94</sup>, wonach nur unter den gesteigerten Anforderungen des § 9 Abs. 3 VereinsG die mit dem Kennzeichenverbot einhergehenden eigenständigen Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Vereinigungsfreiheit zugelassen werden können.<sup>95</sup>

<sup>86</sup> VG Koblenz, Urt. v. 18.10.2004 – 3 K 4069/03.KO = ZVR-Online Dok. Nr. 20/2014 Rn. 21.

<sup>87</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 22; OVG Koblenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>88</sup> OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>89</sup> Vgl. OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>90</sup> OVG Kobenz, Urt. v. 22.03.2005 – 12 A 12101/04 = BeckRS 2005, 25672.

<sup>91</sup> BT-Drs. 14/7386 (neu), S. 49; F. Albrecht/Braun NJOZ 2014, 1481, 1482.

<sup>92</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 49; AG Norderstedt, Beschl. v. 13.11.2014 – 72 Cs 593 Js 23083/14 (302/14) – unveröffentlicht; Stegbauer NStZ 2014, 621, 622.

<sup>93</sup> BT-Drs. 14/7386 (neu), S. 49.

<sup>94</sup> Hierzu auch Rau/Zschieschack NStZ 2008, 131, 134.

<sup>95</sup> F. Albrecht/Braun Kriminalistik 2014, 744, 747 f.; F. Albrecht/Braun NJOZ 2014, 1481, 1484.

**c) Ansicht des OLG Hamburg**

Das OLG Hamburg befasst sich mit § 9 Abs. 3 VereinsG nicht.

**d) Ansicht des LG Bochum**

Das LG Bochum stellt hinsichtlich einer möglichen Relevanz des § 9 Abs. 3 VereinsG darauf ab, dass neben der Verwendung von Kennzeichen in wesentlich gleicher Form auch eine Übereinstimmung der Zielsetzung eines verbotenen Vereins gegeben sein muss.<sup>96</sup> Diese sei bei selbständigen Vereinen gesondert zu prüfen und werde lediglich bei nicht mitverbotenen Teilorganisationen eines verbotenen Vereines unwiderleglich vermutet.<sup>97</sup> Da ein entsprechender Nachweis in dem zu beurteilenden Verfahren nicht geführt werden konnte, sei eine Relevanz der Norm jedenfalls nicht gegeben.

**e) Zwischenergebnis**

Die gebotene und gegenüber anderen Auslegungsmethoden vorrangige verfassungskonforme Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass § 9 Abs. 3 VereinsG vorrangig für die Fälle zur Anwendung kommen muss, in denen nicht verbotene Schwestervereine die Kennzeichen eines verbotenen Vereins unter Beifügung eigener Ortszusätze verwenden. Dass der Gesetzgeber mit der Regelung möglicherweise eine Verschärfung des VereinsG angestrebt hat, die hiernach nicht gelungen ist, ist unerheblich. Nach der hier vertretenen Ansicht ist jedenfalls die (schonende) Regelung geschaffen worden, die unter Berücksichtigung der Vereinsfreiheit geboten war.

**4. Strafbarkeit gem. § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG**

§ 20 Abs. 1. Nr. 5 VereinsG stellt die Verwendung der Kennzeichen verbotener Vereine unter Strafe. § 9 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 VereinsG sind in diesem Zusammenhang gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 VereinsG entsprechend anzuwenden.

**a) Einschränkende Auslegung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG bei Verwendung eines Ortszusatzes**

Im vorliegenden Zusammenhang geht eine Auffassung davon aus, dass die Strafnorm unter Berücksichtigung ihres Schutzzwecks einschränkend ausgelegt werden muss, wenn durch einen Ortszusatz eindeutig klargestellt wird, dass nicht auf einen verbotenen Verein hingewiesen werden soll.<sup>98</sup> Der Ortszusatz muss hierbei Bestandteil des Vereinswappens sein und zwangsläufig als Bestandteil des Vereinswappens wahrzunehmen

<sup>96</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 20.

<sup>97</sup> LG Bochum, Urt. v. 28.10.2014 – II-6 KLS-47 Js 176/14-4/14 = ZVR-Online Dok. Nr. 27/2014, S. 21.

<sup>98</sup> OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2007 – 32 Ss 4/07, juris Rn. 16; Rau/Zschieschack NStZ 2008, 131, 133; vgl. BGH, Urt. v. 15.03.2007 – 3 StR 486/06 = NStZ 2007, 466, 467.

sein.<sup>99</sup> Die Beifügung eines Ortszusatzes zu dem Kennzeichen bzw. Bestandteil des Kennzeichens eines verbotenen Vereins lässt die Strafbarkeit mithin entfallen. Argumentativ lässt sich dies dadurch untermauern, dass die Kompetenz zur Aussprache von Vereinsverböten bei den Ministerien des Innern des jeweiligen Bundeslandes liegt. Der Aussprache eines Vereinsverbots darf im Wege der Auslegung der Strafbestimmungen des VereinsG nicht vorgegriffen werden.<sup>100</sup>

**b) Charakterisierung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG als Sonderdelikt**

Eine weitere Auffassung geht davon aus, dass der Kreis der tauglichen Täter als Folge der vereinsrechtlichen Auslegung der Strafbestimmung auf die Mitglieder des verbotenen Vereins zu beschränken ist.<sup>101</sup> Diese machen sich also unabhängig von dem verwendeten Ortszusatz strafbar, wenn sie Wappen führen, die auf die jeweilige Bewegung hinweisen.<sup>102</sup> Die Mitglieder nicht verbotener Vereine und Nichtmitglieder machen sich hingegen nicht strafbar, wenn sie solche Kennzeichen verwenden. Hierbei soll es sich um eine aus verfassungsrechtlicher Sicht gebotene Umsetzung der vereinsrechtsakzessorischen Strafbarkeit handeln.<sup>103</sup> Würde man dem nicht folgen, hätte dies zu Folge, dass „der primärrechtlich organisatorisch und personell begrenzte Anwendungsbereich der Verbotsverfügung [...] durch die Pönalisierung von Teilsymbolen faktisch bundesweit ausgedehnt [würde].“<sup>104</sup>

**c) Keine Strafbarkeit bei Verstoß gegen § 9 Abs. 3 VereinsG**

Unabhängig von den vorstehenden Auffassungen kommt eine dritte Ansicht zu dem Ergebnis, dass im Falle der Beifügung eines auf einen nicht verbotenen Verein hinweisenden Ortszusatzes ein Fall des § 9 Abs. 3 VereinsG gegeben ist. Angesichts des Fehlens eines Verweises auf die Norm in § 20 Abs. 1 Satz 2 VereinsG handelt es sich um eine Bestimmung, die (nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 VereinsG) nicht strafbewehrt ist.<sup>105</sup>

**d) Ansicht des OLG Hamburg**

Das OLG Hamburg geht davon aus, dass eine Strafbarkeit gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 VereinsG gegeben ist, die nicht durch die Verwendung von auf nicht verbotene Vereine hinweisende Ortszusätze

beseitigt werden kann.<sup>106</sup> Begründet wird dies mit der gebotenen eigenständigen Bewertung sämtlicher Symbole, die in ihrer Gesamtheit das Vereinswappen ausmachen.

**e) Ansicht des LG Bochum**

Das LG Bochum lehnt eine Strafbarkeit gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG ab, weil weder gegen § 9 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 VereinsG noch gegen § 9 Abs. 2 Satz 2 VereinsG verstoßen wurde. Aufgrund der Verwendung des auf einen nicht verbotenen Verein hinweisenden Ortszusatzes wird nämlich weder ein Kennzeichen eines verbotenen Vereins noch ein mit einem solchen Kennzeichen verwechslungsähnliches Vereinswappen geführt. Auch einen möglicherweise strafrechtlich sanktionierten Verstoß gegen § 9 Abs. 3 VereinsG sieht das Gericht als nicht gegeben, weil der insoweit erforderliche Nachweis der Übereinstimmung verbotsrelevanter Zielsetzung nicht geführt werden kann.

**f) Zwischenergebnis**

Mithin wird man im Einklang mit der ganz herrschenden Auffassung eine Strafbarkeit ausschließen müssen, wenn Wappen eines Rockervereins verwendet werden, die einen regionalen Ortszusatz aufweisen und folglich auf einen nicht verbotenen Verein hinweisen. Dies gilt unabhängig von der Frage, welche Variante des § 9 VereinsG zur Anwendung kommen könnte. Maßgeblich ist insoweit auf die Akzessorietät der vereinsgesetzlichen Strafbestimmungen abzustellen. Diese besagt, dass die strafrechtliche Verbotsmaterie nur eine Teilmenge des ihr vorgelagerten Verwaltungsunrechts ist und stets darauf bezogen bleibt.

Folgt man zutreffend der Auffassung, wonach im Falle der Verwendung von Kennzeichen sog. Schwestervereine ein Anwendungsfall des § 9 Abs. 3 VereinsG gegeben ist, führt dies geradezu zwangsläufig zur Straflosigkeit. Einerseits sind die durch § 9 Abs. 3 VereinsG aufgestellten Voraussetzungen eines Verbots sehr hoch und andererseits findet die Vorschrift in § 20 Abs. 1 Satz 2 VereinsG keine Erwähnung. Diese Strafbarkeitslücke kann aufgrund des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgrundsatzes nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden.

**III. Ergebnis und Schlussbemerkungen**

Mit Blick auf die Rechtslage steht unzweifelhaft fest, dass die Rechtsauffassung des OLG Hamburg keinen Bestand haben wird. Die Entscheidung des LG Bochum wird aufgrund der Revision der Staatsanwaltschaft gegenwärtig durch den BGH geprüft. Sie wird im Ergebnis (Straffreiheit) Bestand haben. Dass sich die Innenminister vor diesem Hintergrund gleichwohl einer juristischen Mindermeinung anschließen und Mitglieder von sich rechtstreuhaltenden Rockervereinen pauschal mittels Maßnahmen auf dem Gebiet der Strafverfolgung und

<sup>99</sup> OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2007 – 32 Ss 4/07, juris Rn. 16. Das Gericht spricht in diesem Zusammenhang missverständlich von einer Wahrnehmung „zusammen mit dem verbotenen Kennzeichen“. Gemeint ist wohl aber eine Wahrnehmung des Ortszusatzes als Bestandteil des neuen und nicht verbotenen Kennzeichens.

<sup>100</sup> BayObLG, Urt. v. 08.03.2005 – 4St RR 207/04, juris Rn. 16.

<sup>101</sup> Bock HRRS 2012, 83, 89.

<sup>102</sup> Bock HRRS 2012, 83, 89.

<sup>103</sup> Bock HRRS 2012, 83, 89.

<sup>104</sup> Bock HRRS 2012, 83, 84.

<sup>105</sup> LG Berlin, Beschl. v. 02.10.2002 – 537 Qs 104/2, juris Rn. 8; a.A. OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2007 – 32 Ss 4/07, juris Rn. 12 f.

<sup>106</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 07.04.2014 – 1 – 31/13 (Rev), juris Rn. 9; einschränkend OLG Hamburg, Beschl. v. 07.04.2014 – 1 – 20/13 (Rev), Rn. 16 ff.

Gefahrenabwehr diskriminieren und kriminalisieren, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar.

Dies gilt umso mehr, als sich die Innenministerien nicht auf Unkenntnis berufen können. Das Thema „Kuttenverbote“ beschäftigt die Behörden nämlich seit vielen Jahrzehnten. Die Staatsanwaltschaften von Stuttgart und Berlin haben bereits in den Jahren 1984 und 1990 festgehalten, dass die öffentliche Verwendung regionaler Rockerwappen nicht strafbar ist. Prägnant stellte zudem das Niedersächsische Innenministerium im Jahr 2001 fest: „Das Verbot eines Charters (als Teilverein oder als Verein) wirkt ausschließlich für dieses Charter und das Kennzeichenverbot nur für dieses Kennzeichen, wobei der Schriftzug mit der Ortsangabe dieses Charters wesentlich ist. Die durch den Schriftzug mit der Ortsangabe unterscheidbaren Embleme anderer Charter sind Kennzeichen anderer Teilvereine bzw. Vereine.“ Das Innenministerium von Baden-Württemberg teilte zudem mit: „Die Mitglieder dieser Vereine tragen ihre Kennzeichen und nicht die Kennzeichen des verbotenen Vereins. Ihr Vorsatz richtet sich darauf, die Kennzeichen ihres Vereines zu trage. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Vereinsmitglied den Städtenamen seines nicht verbotenen Vereins in Kombination mit weiteren Emblemen trägt.“

Dass sich die Innenminister gleichwohl der zutreffenden Rechtsauffassung verschließen, könnte sich mittels der mit Stand vom 07.10.2010 erstellten „Bekämpfungsstrategie Rockerkriminalität – Rahmenkonzeption“ erklärt werden. Das im Internet frei abrufbare<sup>107</sup>, 64-seitige und als „VS – NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH“ eingestufte Dokument ordnet „ganzheitliche und länderübergreifende präventive und repressive Bekämpfungsstrategien unter Einbeziehung anderer Stellen“ an.<sup>108</sup> Zu den empfohlenen polizeilichen Aktivitäten gehören u.a. die Durchführung „präventiver und repressiver Einsätze grundsätzlich mit niedriger Einschreitschwelle und unter Ausschöpfung aller rechtlich zulässigen Möglichkeiten“<sup>109</sup>, Maßnahmen zur Verunsicherung der Szene<sup>110</sup>, das Erzeugen eines hohen Ermittlungs- und Fahndungsdrucks<sup>111</sup> mittels „enger und anlassbezogener Begleitung der Mitglieder von Rockergruppierungen“<sup>112</sup>, das Unterbinden öffentlichkeitswirksamer Aktivitäten der Rockervereinigungen<sup>113</sup>, die Vermittlung der polizeilichen Sichtweise hinsichtlich der Rockergruppierungen gegen-

über Bevölkerung und Presse<sup>114</sup>, die Anpassung des Sprachgebrauchs in Bezug auf Rockergruppierungen, damit von vornherein klar verständlich wird, dass es sich hierbei um kriminelle Vereinigungen handelt u.v.a.m.

Insgesamt handelt es sich bei dem unter Verantwortung der Innenministerien entwickelten Maßnahmenkatalog um ein umfassendes Stigmatisierungskonzept, das auf allen gesellschaftlichen und staatlichen Ebenen zur Ausgrenzung und Kriminalisierung aller Mitglieder einer Rockervereinigung führen soll. Das Dokument lässt gar erkennen, dass eine Art Sonderrecht für Rocker geschaffen werden soll, wenn seine Verfasser darauf hinweisen, dass mittels „Information und Beratung“ auf politische Entscheidungsträger eingewirkt werden soll, damit entsprechende Gesetzesänderungen<sup>115</sup> und „gesamtgesellschaftliche Schwerpunktsetzungen“ den Druck auf Rockergruppierungen weiter erhöhen.

Vor diesem Hintergrund war es eine logische Folge, dass die Entscheidung des OLG Hamburg zum Anlass genommen wurde, den Druck auf die Mitglieder von Rockervereinen weiter zu erhöhen. Eine konsequente und sich gegen die herrschende Rechtsauffassung wendende Durchsetzung der Entscheidung wurde vermutlich auf der 199. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 11. bis 13.06.14 in Bonn beschlossen. Die Innenminister haben damit nicht nur dem Rechtsstaat sondern auch der Polizei einen Bärendienst erwiesen. In Umsetzung dieser Beschlusslage wurden in den einzelnen Bundesländern nämlich Runderlasse herausgegeben und Absprachen mit den Generalstaatsanwaltschaften getroffen, die die Strafverfolgung von Mitgliedern von Rockervereinen auf der Grundlage des vereinsrechtlichen Nebenstrafrechts intensivieren sollten. Im Ergebnis herausgekommen ist eine völlig unterschiedliche, anhand rechtlicher Maßstäbe nicht mehr nachvollziehbare Gemengelage von Weisungen und Unterstellungen zur Rechtslage, die die zur Umsetzung der Vorgaben gehaltene Polizei zwangsläufig überfordert. Während in einigen südlichen Bundesländern zur Zurückhaltung aufgefordert wird, wurden in anderen Bundesländern nicht nur Kennzeichen von Rockervereinen, sondern auch deren Verschlüsselung mittels Zahlenkombinationen und sogar die Verwendung von Ortsnamen zur Strafverfolgung ausgeschrieben. Vor diesem Hintergrund hätte man die im Ergebnis klare Entscheidung des LG Bochum zum Anlass nehmen sollen, den Verfolgungskurs zu korrigieren. Hierdurch wäre dem Rechtsstaat und der ohnehin schon überforderten Polizei gedient gewesen.

<sup>107</sup> Das Strategiepapier kann über <http://www.cryptome.org/> abgerufen werden.

<sup>108</sup> Strategiepapier, S. 7.

<sup>109</sup> Strategiepapier, S. 13.

<sup>110</sup> Strategiepapier, S. 16.

<sup>111</sup> Strategiepapier, S. 14, S. 41.

<sup>112</sup> Strategiepapier, S. 17.

<sup>113</sup> Strategiepapier, S. 15.

<sup>114</sup> Strategiepapier, S. 15.

<sup>115</sup> Das Strategiepapier spricht auf S. 7 insoweit verharmlosend von „Rechtsfortentwicklung“.

# Ohne welchen freien Willen? – zur Frage einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit nach den §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB für die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB

Anmerkung zu *Meyer-Mews* HRRS 2014, 487 ff.

Von Gunnar Spilgies, Hannover

## I. Einführung

Die Frage einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit nach den §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB für die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB verweist auf die Frage, ob diesen Vorschriften der gleiche Regelungsgehalt zugrunde liegt und insbesondere, ob diese Vorschriften von dem gleichen Freiheitsverständnis getragen sind. Diese Frage ist in den letzten Jahren vor dem Hintergrund der von der Hirnforschung neu entflammten Debatte um die Willensfreiheit<sup>1</sup> des Öfteren im Schrifttum aufgeworfen und auf unterschiedliche Weise beantwortet worden: So finden sich einerseits Stimmen, die in den Regelungen der Geschäfts- und Deliktsfähigkeit und der Schuldunfähigkeit (*de lege lata*) kein einheitliches Freiheitskonzept erkennen und sich für eine Änderung der Schuldfähigkeitsregelung in § 20 StGB aussprechen.<sup>2</sup> Andererseits gibt es auch Stimmen, die den Regelungen der Geschäfts-, Delikts- und Schuldunfähigkeit zwar ein einheitliches deterministisches<sup>3</sup> oder ein indeterministisches<sup>4</sup> Freiheitskonzept entnehmen, jedoch diese Fest-

stellung zumeist nicht näher begründen<sup>5</sup> und auch insbesondere nicht mit der ausdrücklichen Forderung nach einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit für die Schuldunfähigkeit verknüpfen. Insofern verdient der kürzlich von *Hans Meyer-Mews* in dieser Zeitschrift erschienene Aufsatz besondere Beachtung.<sup>6</sup> Denn darin verteidigt *Meyer-Mews* die These, dass jemand nicht einerseits zwar geschäfts- und/oder deliktsunfähig sein könne, ohne dass andererseits zugleich seine Schuldfähigkeit beeinträchtigt sei, und stützt sich zur Begründung dieser These neben der Gleichheit der Eingangsmerkmale in den Vorschriften der §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB, 20 StGB darauf, dass auch die „psychologischen“ Voraussetzungen dieser Vorschriften, d.h. also die jeweiligen Freiheitsbegriffe, übereinstimmen.

Geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 2 BGB, wer sich in einem dauerhaften Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, der die „freie Willensbestimmung“ ausschließt. Nach dem BGH ist die freie Willensbestimmung ausgeschlossen, „wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.“<sup>7</sup> *Meyer-Mews* meint, der BGH stelle hier wie bei § 20 StGB auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Betroffenen ab und diese Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB entspreche der Konzeption des § 20 StGB, „wonach ohne Schuld handelt, wer aufgrund der in § 20 StGB genannten Eingangsmerkmale nicht in [der] Lage ist, (1.) das Unrecht

<sup>1</sup> Vgl. exemplarisch die Beiträge in: Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit* (2004), und in: Grün/Friedman/Roth (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts* (2008), sowie: *Markowitsch/Siefer*, *Tatort Gehirn* (2007); *Prinz* *Psychologische Rundschau* 2004, 198 ff.; *Roth*, *Fühlen, Denken, Handeln* (2003), S. 494 ff., 536 ff.; *ders.* *DZPhil* 2005, 691 ff.; *Singer*, *Ein neues Menschenbild?* (2003), S. 9 ff., 24 ff., 65; *ders.* *DZPhil* 2005, 707 ff.

<sup>2</sup> Siehe *Cording/Roth* *NJW* 2015, 26 ff.; *Lindemann*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. (2013), § 13 Rn. 19 ff.; *G. Merkel* *Briefe zur Orientierung im Konflikt Mensch – Erde* 35 (2014), 13, 17 ff.; vgl. auch noch *Schmidt-Aßmann*, in: *Präsident der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Zur Freiheit des Willens* (2004), S. 71 ff., der jedoch keinen Änderungsbedarf sieht.

<sup>3</sup> So *Burkhardt*, in: *Tröger* (Hrsg.), *Wie frei ist unser Wille?* (2007), S. 89 ff.

<sup>4</sup> So *Hillenkamp*, in: *ders.* (Hrsg.), *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?* (2006), S. 95; *Jäger* *GA* 2013, 3, 10; *Laufs*

*MedR* 2011, 1, 3 ff.; *Mosbacher* *JR* 2005, 61 f.; *H.-L. Schreiber* *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 10 (2005), 23, 24.

<sup>5</sup> Symptomatisch die Äußerung von *Hillenkamp* (Fn. 4), S. 95: „Ich kann das nicht weiter verfolgen. Ich beschränke mich auf mein Fach [...]“. Siehe aber *Burkhardt* (Fn. 3), S. 91 f., der sich explizit auch mit der Frage befasst, was unter „freier Willensbestimmung“ i.S.d. §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB zu verstehen ist.

<sup>6</sup> Siehe *Meyer-Mews* HRRS 2014, 487 ff.

<sup>7</sup> BGH *NJW* 1996, 918 m.w.N.; siehe auch BAG *NJW* 2011, 272.

der Tat einzusehen oder (2.) nach dieser Einsicht zu handeln.“<sup>8</sup> Aufgrund der sich daraus ergebenden Gleichung § 104 BGB = § 827 BGB = § 20 StGB fragt Meyer-Mews mit Blick auf zwei Beispiele aus der Praxis, in denen Geschäftsunfähigkeit mit Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit mit Geschäftsfähigkeit einhergeht, im Titel seines Aufsatzes: „Ohne freien Willen – aber schuld-fähig?“ und beklagt am Ende die „rechtstatsächliche Paradoxie“, dass die Gerichte trotz Geltung des strafrechtlichen Zweifelssatzes „*in dubio pro reo*“ bei der Feststellung der Schuldunfähigkeit im Vergleich zur Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit zurückhaltender seien<sup>9</sup>.

Diese Ausführungen von Meyer-Mews geben Anlass, die Frage einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit nach den §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB für die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB noch einmal genauer zu untersuchen. Denn zwar ist die Absicht von Meyer-Mews, auf eine ungleiche und damit willkürliche Anwendung der Vorschriften über die Geschäfts-, Delikts- und Schuldfähigkeit hinzuweisen, angesichts der damit verbundenen Rechts- und Freiheitsverletzungen für die Betroffenen berechtigt und lobenswert. Legt man jedoch die gegenwärtig herrschende Auslegung dieser Vorschriften zugrunde, so erweist sich der Vorhalt in der Sache als nicht begründet und es ergibt sich, dass die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB und die Deliktsunfähigkeit nach § 827 S. 1 BGB entgegen Meyer-Mews keine präjudizielle Wirkung für die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB haben. Meyer-Mews übersieht, dass im Rahmen der Auslegung für die Annahme der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit einerseits und der Schuldunfähigkeit andererseits jeweils unterschiedliche Anforderungen für den Ausschluss eines freien Willens gestellt werden, den jeweiligen Vorschriften also kein einheitliches Freiheitsverständnis zugrunde gelegt wird. So unterscheiden sich gemäß der herrschenden Auslegung die Geschäftsfähigkeit und Schuldfähigkeit nicht nur in ihren „psychologischen“ Voraussetzungen der „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ hinsichtlich des zugrunde gelegten Freiheitsbegriffs (dazu III), sondern dieser drückt sich auch in dem Gegensatz zwischen der absoluten Zuschreibung der Geschäftsunfähigkeit und der nur relativen Zuschreibung der Schuldunfähigkeit aus (dazu IV). Im Hinblick auf die Deliktsfähigkeit folgt zudem aus der Vorschrift des § 828 Abs. 3 BGB der Gegensatz zu dem der Schuldfähigkeit nach herrschender Auslegung zugrunde liegenden Freiheitsverständnis (dazu V). Und letztlich trägt dieses sich so ergebende unterschiedliche Freiheitsverständnis auch zum Verstehen der Auflösung der von Meyer-Mews beklagten „rechtstatsächlichen Paradoxie“ einer zurückhaltenden Feststellung der Schuldunfähigkeit Wesentliches bei (dazu VI). Um aus den für die „psychologischen“ Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit und Schuldfähigkeit maßgeblichen Begriffen der „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ den jeweils zugrunde gelegten Freiheitsbegriff ableiten zu können, sind zunächst kurz einige begriffliche Vorklärungen bez. des Willensfreiheitsproblems in der philosophischen Diskussion vorzunehmen.

<sup>8</sup> Meyer-Mews HRRS 2014, 487, 488.

<sup>9</sup> Siehe Meyer-Mews HRRS 2014, 487, 492.

## II. Begriffliche Vorklärungen bez. des Willensfreiheitsproblems

In der Philosophie werden die folgenden drei Merkmale als konstitutiv für jede Theorie der Willensfreiheit angesehen:<sup>10</sup>

(1) *Alternativbedingung*: Die Person muss eine Wahl zwischen Alternativen haben, d.h., sie muss anders entscheiden bzw. anders handeln können, als sie es tatsächlich tut.

(2) *Kontrollbedingung*: Die Person muss ihre Entscheidung und ihre Handlung insoweit kontrollieren, als es von ihren verständlichen Gründen abhängt, wie sie entscheidet bzw. handelt.

(3) *Urheberschaftsbedingung*: Die Person muss Urheber ihrer Entscheidung und Handlung sein, d.h., es muss von der Person selbst abhängen, wie sie entscheidet bzw. handelt.

Die verschiedenen Willensfreiheitsbegriffe beruhen also letztlich auf den unterschiedlichen Interpretationen dieser drei konstitutiven Merkmale der Willensfreiheit. Und sie unterscheiden sich lediglich in der Auswahl, Gewichtung und der unterschiedlichen Stärke ihrer Interpretation. Nach der jeweiligen Stellung zum Determinismusproblem lassen sich die Theorien zur Willensfreiheit dann einteilen in *inkompatibilistische* Freiheitslehren, welche die Merkmale in einem mit dem Determinismus nicht verträglichen und daher starken und anspruchsvolleren Sinne auslegen, und *kompatibilistische* Freiheitslehren, welche die Merkmale in einem mit dem Determinismus verträglichen und daher schwächeren und weniger anspruchsvollen Sinne auslegen. Und schließlich ist noch hinzuweisen auf die Unterscheidung zwischen „*negativer*“ Freiheit, die eine Abwesenheit von äußeren und inneren Zwängen bezeichnet, und „*positiver*“ Freiheit, die ein Vermögen zum Handeln bezeichnet.<sup>11</sup>

## III. Willensfreiheit als Grundlage der Geschäftsfähigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB) und der Schuldfähigkeit (§ 20 StGB)

Betrachtet man die herrschende Auslegung der Regelungen der Geschäftsfähigkeit und der Schuldfähigkeit, so stellt man fest, dass die jeweils zugrunde liegende Freiheitsvorstellung unterschiedlich ist. Das folgt aus der Auslegung der „psychologischen“ Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit und der Schuldfähigkeit, in deren Rahmen den Begriffen der „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ ein unterschiedliches Freiheitskonzept zugeschrieben wird.

<sup>10</sup> Vgl. Beckermann, in: Schmidinger/Sedmak (Hrsg.), *Der Mensch – ein freies Wesen?* (2005), S. 112; ders., <http://www.philosophieverstaendlich.de/freiheit>; Guckes, *Ist Freiheit eine Illusion?* (2003), S. 11; Walter, *Neurophilosophie der Willensfreiheit* (1998), S. 23 f.

<sup>11</sup> Vgl. R. Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld* (2008), S. 12 ff.

## 1. „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ im Rahmen der „psychologischen“ Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit als Ausdruck eines negativen, kompatibilistischen Freiheitsbegriffs

Der in § 104 Nr. 2 BGB verwendete Begriff der „freien Willensbestimmung“, der vom BGH definiert wird als die Fähigkeit, „seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln“<sup>12</sup>, lässt sich ausgehend von dieser Definition näher mit den Begriffen der „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ bezeichnen.

a) Die „Einsichtsfähigkeit“, d.h. die Fähigkeit, „seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden“, bezieht sich auf die *negative Freiheit der Willensbildung* der Person von einer Geistesstörung. Der Wille soll sich frei von einer Geistesstörung bilden können. Eine nähere Beschreibung dieser im Rahmen der Einsichtsfähigkeit geforderten Freiheit gibt das Reichsgericht in dem von *Meyer-Mews* eingangs zitierten Urteil vom 19. Januar 1922 in RGZ 103, 399 ff., in dem es wörtlich heißt:

„Die freie Willensbestimmung setzt voraus, daß gegenüber den verschiedenen Vorstellungen und Empfindungen und gegenüber den Einflüssen dritter Personen, die bestimmend auf den Willen wirken, eine vernünftige Überlegung und freie Selbstentschließung darüber stattfindet, was im gegebenen Falle als das Richtige zu tun ist; an der freien Willensbestimmung fehlt es, wenn infolge einer Störung der Geistestätigkeit bestimmte Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse dritter Personen derart übermäßig den Willen beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist.“<sup>13</sup>

Danach ist die Einsichtsfähigkeit also gegeben und der Wille frei, wenn die Person durch vernünftige Überlegungen selbst entscheidet, was richtig ist, und die Einsichtsfähigkeit und der freie Wille sind ausgeschlossen, wenn der Wille von einer Geistesstörung beherrscht wird. Der „innere Zwang“ durch die Geistesstörung führt mit anderen Worten dazu, dass der Wille „falsch“, d.h. nicht mehr durch das eigene Abwägen und Überlegen bedingt ist. Auch der BGH hat im Anschluss an das Reichsgericht schon früh auf die Bedeutung dieser Bedingtheit der Entscheidung durch die Deliberation für das Vorliegen der „freien Willensbestimmung“ hingewiesen:

„Es kommt darauf an, ob eine freie Entscheidung auf Grund einer Abwägung des Für und Wider, eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist, oder ob umgekehrt von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil der Betroffene fremden Willenseinflüssen unterliegt,

oder die Willenserklärung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen ähnlich einer mechanischen Verknüpfung von Ursache und Wirkung ausgelöst wird [...]“<sup>14</sup>

Letztlich wird also der von der Person gebildete Wille nach seiner jeweiligen Bedingtheit untersucht: Der Wille ist frei, wenn er durch eigenes vernünftiges Überlegen bedingt ist, der Wille ist unfrei, wenn er durch die Geistesstörung bedingt ist. Die Einsichtsfähigkeit i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB setzt damit, wie *Knothe* treffend betont, eine Willensbildung voraus, „die zwar determiniert ist [...], unter deren Determinanten aber nicht die Wirkungen einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit den Ausschlag geben, sondern die maßgeblich von vernünftigen Überlegungen bestimmt ist.“<sup>15</sup>

b) Die „Steuerungsfähigkeit“, d.h. die Fähigkeit, „nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln“, bezieht sich auf die *negative Freiheit der Willensbetätigung* der Person von einer Geistesstörung. Die Person soll gemäß ihrer Einsicht, „was im gegebenen Falle als das Richtige zu tun ist“<sup>16</sup>, handeln können, ohne dass eine vorliegende Geistesstörung das verhindert. Die Person soll sich also gemäß ihrem frei gebildeten Willen steuern können.

c) Den Begriffen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im Rahmen der „psychologischen“ Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit liegt damit ein *negativer, kompatibilistischer Freiheitsbegriff* zugrunde, der die „Kontrollbedingung“ und die „Urheberschaftsbedingung“ in einer schwachen, deterministischen Deutung erfüllt. Indeterministische Willensfreiheit ist keine Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit.<sup>17</sup> Ein solcher der Geschäftsfähigkeit zugrunde liegender kompatibilistischer Freiheitsbegriff ist mit neueren psychiatrischen und neurobiologischen Erkenntnissen verträglich<sup>18</sup> und in der gegenwärtigen philosophischen Diskussion vorherrschend. So sind z.B. für *Ansgar Beckermann* in Anknüpfung an das Konzept von *John Locke* zwei Fähigkeiten für Willensfreiheit zentral: „die Fähigkeit, vor dem Handeln innezuhalten und zu überlegen, und die Fähigkeit, dem Ergebnis dieser Überlegung gemäß zu handeln.“<sup>19</sup> Und auch *Peter Bieris* Freiheitsverständnis passt gut zu § 104 Nr. 2 BGB. Nach *Bieri* ist der Wille dann frei, wenn er sich unter dem Einfluss von Gründen, durch Überlegen und Urteilen bildet: „*Unser Wille ist frei, wenn er sich unserem Urteil darüber fügt, was zu wollen in einer bestimmten Situation richtig ist.* Und der Wille ist unfrei, wenn Urteil und Wille auseinander fallen – wenn der Wille mich in eine Richtung treibt, die ich für

<sup>14</sup> BGH NJW 1953, 1342.

<sup>15</sup> *Knothe*, in: Staudinger-BGB, Neubearb. (2012), § 104 Rn. 10; vgl. auch *Habermeyer*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Bd. 5 (2009), S. 57 f.

<sup>16</sup> RGZ 103, 399, 401.

<sup>17</sup> So auch *Burkhardt* (Fn. 3), S. 91 f.; *Cording/Roth* NJW 2015, 26, 27; *Knothe*, in: Staudinger-BGB (Fn. 15), § 104 Rn. 10; *Lindemann* (Fn. 2), § 13 Rn. 20; *G. Merkel* Briefe zur Orientierung im Konflikt Mensch – Erde 35 (2014), 13, 17.

<sup>18</sup> Siehe *Cording/Roth* NJW 2015, 26, 27 ff.

<sup>19</sup> *Beckermann*, in: Barton (Hrsg.), „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ (2006), S. 304; *ders.*, <http://www.philosophieverstaendlich.de/freiheit>.

<sup>12</sup> BGH NJW 1996, 918.

<sup>13</sup> RGZ 103, 399, 401; im gleichen Sinne auch RGZ 130, 69, 71.

falsch halte, und wenn ich den Willen nicht unter die Kontrolle meines Überlegens bringen kann.“<sup>20</sup>

## 2. „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ im Rahmen der „psychologischen“ Voraussetzungen der Schuldfähigkeit als Ausdruck eines positiven, inkompatibilistischen Freiheitsbegriffs

Nach § 20 StGB handelt ohne Schuld, wer bei Begehung der Tat wegen einer psychischen Störung „unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“ Die heute ganz überwiegende Ansicht leitet daraus in einem Umkehrschluss ab, dass daher die Schuldfähigkeit die Fähigkeit voraussetze, „das Unrecht der Tat einzusehen“ und „nach dieser Einsicht zu handeln“: „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ bezeichneten somit die „psychologischen“ Voraussetzungen der Schuldfähigkeit.<sup>21</sup>

a) Die „Einsichtsfähigkeit“, welche die Schuldfähigkeit voraussetzt und die in § 20 StGB definiert wird als Fähigkeit, „das Unrecht der Tat einzusehen“, wird von der Rechtsprechung<sup>22</sup> und der ganz überwiegenden Lehre<sup>23</sup> im Gegensatz zur Einsichtsfähigkeit i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB dagegen nicht auf die Willensbildung der Person bezogen, sondern auf ihre *Unrechtskenntnis*: Einsichtsfähigkeit i.S.v. § 20 StGB bedeute die *positive Freiheit zur Unrechtseinsicht* in dem Sinne, dass der Täter, dem bei Begehung der Tat die Verbotskenntnis fehle (Fall des Verbotsirrtums), die Fähigkeit habe, das Verbotensein seines Tuns zu erkennen, und so zur Verbotskenntnis zu gelangen (sog. potenzielles Unrechtsbewusstsein). Diese Einsichtsfähigkeit wird also rein intellektuell als „intellektuelles Schulselement“ verstanden und § 20 Alt. 1 StGB lediglich als ein spezieller Anwendungsfall der Verbotsirrtumsregelung in § 17 StGB.

Die Einsichtsfähigkeit in § 20 StGB wird also nicht an der Einsichtsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB orientiert in dem Sinne verstanden, dass der Täter die Fähigkeit hat, das Unrecht der Tat (die Verbotsnorm) als „richtig“ zu erkennen und seinen Willen dieser so verstandenen „Unrechts-Einsicht“ entsprechend zu bilden.<sup>24</sup> Diese Lesart wäre auch schief. Denn seinen Willen seiner Einsicht gemäß bilden zu können, bedeutet nicht zugleich, seinen Willen einer Unrechtseinsicht gemäß bilden zu können.

Sich überhaupt seinen Einsichten oder Überzeugungen gemäß entscheiden zu können, ist nicht gleichbedeutend damit, sich einer ganz bestimmten Einsicht oder Überzeugung gemäß entscheiden zu können, nämlich der Einsicht, dass das Unrecht der Tat (das Verbot) richtig ist.<sup>25</sup>

b) Die „Steuerungsfähigkeit“ i.S.v. § 20 StGB bedeutet die Fähigkeit, „nach dieser [Unrechts]Einsicht zu handeln“. Nach gegenwärtig herrschender Auslegung soll der Täter bei Begehung der Tat somit auch fähig gewesen sein, sich seiner potenziellen Verbotskenntnis gemäß zu steuern. Hier fordere das Gesetz vom Täter also die *positive Freiheit zum Rechtmäßighandeln*. Nach dem BGH kommt es darauf an, ob der Täter seiner Triebhaftigkeit „selbst bei Aufbietung aller ihm eigenen Willenskräfte nicht ausreichend zu widerstehen vermag.“<sup>26</sup> Entscheidend bei der Prüfung dieses „voluntativen Schulselements“ sei daher die Frage, „ob und inwieweit der Angeklagte zu Handlungsalternativen imstande gewesen war“ und „zum Tatzeitpunkt noch in der Lage war, anders zu handeln.“<sup>27</sup> Es geht also nicht – wie bei der Anwendung des § 104 Nr. 2 BGB – darum festzustellen, „wie“ der Wille zur Tat bzw. die Tat bedingt war, ob der Täter den Willen zur Begehung der Tat frei, d.h. verständlich gebildet hat, oder ob eine Geistesstörung diesen Willen bestimmte, sondern darum, „ob“ der Wille zur Tat bzw. die Tat überhaupt bedingt war, ob der Täter also frei war, den Willen zur Begehung der Tat auch nicht zu bilden oder ob eine Geistesstörung diesen Willen bestimmte.

c) Nach der gegenwärtig herrschenden Auslegung der Schuldfähigkeit in § 20 StGB ergibt sich damit Folgendes: Während sich die in § 20 StGB geforderte Einsichtsfähigkeit auf das indeterministisch verstandene Wissenkönnen der Verbotsnorm, auf das potenzielle Unrechtsbewusstsein bezieht, das der Frage nach der Willensfreiheit vorgelagert ist, liegt dem Merkmal der Steuerungsfähigkeit in § 20 StGB ein *positiver, inkompatibilistischer Freiheitsbegriff* zugrunde, der die „*Alternativbedingung*“ für Willensfreiheit in einer starken, indeterministischen Deutung erfüllt.<sup>28</sup> Dieser indeterministische Willensfreiheitsbegriff

<sup>20</sup> Bieri, in: Gestrinch/Wabel (Hrsg.), Freier oder unfreier Wille? (2005), S. 27 (Hervorhebung im Original); vgl. ders. Spiegel online v. 11. Januar 2005; ders., Das Handwerk der Freiheit (2001), S. 29 ff., 80, 165 f.

<sup>21</sup> Zu abweichenden Ansichten siehe unten Fn. 28.

<sup>22</sup> Grundlegend die Entscheidungen BGHSt 21, 27, 28; BGH MDR 1968, 854 f.

<sup>23</sup> Siehe nur Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 20 Rn. 4; Rönnau, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), Vor § 32 Rn. 317–319; Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 20 Rn. 29 jeweils m.w.N.

<sup>24</sup> Das ist, soweit ich sehe, im Strafrecht allgemeine Meinung. Im Übrigen würde diese Auslegung dazu führen, dass ein Überzeugungstäter, dem diese Fähigkeit ja gerade fehlt, einsichtsunfähig wäre (so auch Frister, Die Struktur des „voluntativen Schulselements“ [1993], S. 199 f.).

<sup>25</sup> Das übersehen die Philosophen Beckermann (Fn. 19), S. 304, und Willaschek, in: Gethmann (Hrsg.), Lebenswelt und Wissenschaft (2011), S. 1196 f., die meinen, die Vorschrift des § 20 StGB sei tatsächlich so zu lesen und vertrage sich daher mit ihrem kompatibilistischen Willensfreiheitsbegriff. Insofern irrt R. Merkel (Fn. 11), S. 112, wenn er meint, Beckermann verstehe die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit in § 20 StGB als dispositionelle Fähigkeiten. BGHSt 14, 30, 32; 23, 176, 190.

<sup>26</sup> BGH HRRS 2014 Nr. 136 Rn. 6; siehe aus der aktuellen Rechtsprechung noch BGH HRRS 2012 Nr. 431 Rn. 5; BGH NStZ-RR 2013, 239 = HRRS 2013 Nr. 512 Rn. 5; BGH HRRS 2014 Nr. 1096 Rn. 7; vgl. Haddenbrock Mschr-Krim 1994, 44 ff.; Spilgies ZIS 2007, 155, 157 jeweils m.w.N.

<sup>28</sup> Für ein abweichendes Verständnis der Schuldfähigkeit auf der Grundlage einer an der *vorpositiven* Bedeutung der Zurechnungsfähigkeit orientierten Auslegung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit in bewusster Parallele zu den nicht-strafrechtlichen Willensbildungsfähigkeiten, also gerade auch zur Geschäftsfähigkeit, aber Frister (Fn. 24), S. 118 ff., 199 ff., 203 ff.; ders., in: Festschrift für Frisch (2013), S. 546 ff., 551 f., sowie auf der Grundlage einer deterministischen Charakterschuldlehre neuerdings Herzberg,

ist in den letzten Jahren von Seiten der Hirnforschung heftig angegriffen worden,<sup>29</sup> wird in der philosophischen Diskussion um die Willensfreiheit überwiegend für unplausibel gehalten<sup>30</sup> und findet unter Philosophen nur noch selten Anhänger<sup>31</sup>. Und obwohl auch der agnostische Standpunkt, der die Frage für nicht beantwortbar hält, ob der Täter die Fähigkeit hatte, entsprechend der Verbotseinsicht zu handeln, von forensischen Gutachtern und der Rechtslehre ganz überwiegend geteilt wird,<sup>32</sup> hat das bisher dennoch nicht zu einer Änderung der Schuldfähigkeitsregelung in § 20 StGB geführt.<sup>33</sup>

Legt man diese herrschende Auslegung der Schuldfähigkeit zugrunde, so bleibt damit festzuhalten, dass die Geschäftsfähigkeit und die Schuldfähigkeit letztlich von einem unterschiedlichen Freiheitsverständnis geprägt sind: Die Geschäftsfähigkeit verlangt (nur) das Bestehen eines negativen, kompatibilistischen freien Willens, der die für die Willensfreiheit konstitutiven Merkmale der „Kontrolle“ und „Urheberschaft“ in einer abgeschwäch-

---

Willensunfreiheit und Schuldvorwurf (2010); ders. ZStW 124 (2012), 12, 23 ff. Beide Vorschläge müssen sich jedoch der straftheoretischen Konsequenz stellen, dass die Annahme einer wie auch immer definierten Schuld(fähigkeit) nur sinnvoll ist und nicht ins Leere läuft, wenn sie zugleich auch eine exklusive Schuldstrafe begründet. Zu beklagen ist freilich, dass diese Konsequenz schon jetzt ignoriert wird. Denn seit sich das Strafrecht vom reinen Vergeltungsgedanken verabschiedet hat, ergibt sich, „dass der Zweck von Strafe und Maßregel sich im Wesentlichen nicht unterscheidet“ (Roxin [Fn. 23], § 3 Rn. 65), und dennoch ist die starre Herrschaft der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit nicht gefallen, wie Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2 (1905), S. 229, einst prophezeite. In einem deterministischen Strafrecht bedurfte aber selbst die Legitimation einer Vergeltungsstrafe nicht notwendig der Annahme einer Schuld(fähigkeit), wie Frister, Festschrift, S. 553 f., und Herzberg, Willensunfreiheit, S. 71 ff.; ders., in: Festschrift für Achenbach (2011), S. 161, meinen, stattdessen bildeten die Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung eine hinreichende Legitimation (vgl. Walter ZIS 2011, 636 ff.). Das räumt auch Herzberg, Festschrift, S. 161, sich damit selbst widersprechend ein und auch Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts (1988), S. 21 f., hielt früher mit Rekurs auf die Vergeltungsvorstellungen eine positiv-generalpräventive Vergeltungsstrafe (zumindest insoweit) nicht an die Voraussetzung der Schuld gebunden.

<sup>29</sup> Siehe die Nachw. in Fn. 1.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. Bieri, Handwerk (Fn. 20), S. 165 ff.; R. Merkel (Fn. 11), S. 36 ff; Honderich, Wie frei sind wir? (1995).

<sup>31</sup> Siehe aber Kane, The significance of free will (1998); Keil, Willensfreiheit (2007); Nida-Rümelin, Über menschliche Freiheit (2005).

<sup>32</sup> Grundlegend K. Schneider, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit (1953), S. 23; vgl. Streng, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2011), § 20 Rn. 53 m.w.N.

<sup>33</sup> Zu Recht irritiert hierüber zeigt sich Frister, Festschrift (Fn. 28), S. 534, der der Rechtspraxis vorhält, das Gesetz nicht als Entscheidungsregel, sondern als „bloße Begründungskonvention“ zu handhaben: „Nicht die Subsumtion unter den Begriff der Steuerungsfähigkeit entscheidet darüber, ob der Betroffene als schuld(fähig) angesehen wird. Vielmehr bestimmt die anhand eines intuitiven Vorverständnisses getroffene Entscheidung über die Schuld(fähigkeit), ob der Betroffene als steuerungsfähig definiert wird“ (Frister JuS 2013, 1057, 1062); zustimmend R. Merkel, in: Festschrift für Roxin (2011), S. 759 f.

ten, deterministischen Deutung erfüllt. Die Schuldfähigkeit verlangt dagegen das Bestehen eines positiven, inkompatibilistischen freien Willens, der das für die Willensfreiheit konstitutive Merkmal des „Andershandelnkönnens“ in einer starken, indeterministischen Deutung erfüllt. Eine präjudizielle Wirkung der Geschäftsunfähigkeit für die Schuldunfähigkeit scheidet daher aus.

d) Das so beschriebene unterschiedliche Verständnis der Regelungen der Geschäftsfähigkeit einerseits und der Schuldfähigkeit andererseits war früher jedoch ein anderes. Denn die ursprüngliche Fassung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit in § 51 RStGB von 1871 setzte genau wie die Regelung der Geschäftsfähigkeit in § 104 Nr. 2 BGB einen die „freie Willensbestimmung“ ausschließenden Zustand „krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ voraus. Erst im Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933<sup>34</sup> hat der Gesetzgeber den Begriff der „freien Willensbestimmung“ in § 51 RStGB dann durch die Unfähigkeit, „das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“ ersetzt. Daher lässt sich anhand der zu § 51 RStGB ergangenen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Wandel von einer kompatibilistischen zu einer indeterministischen Auslegung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit nachzeichnen, der dann spätestens mit dem Beschluss des BGH in BGHSt 2, 194 ff. seinen Abschluss fand. In dem Urteil vom 14. Februar 1929 in RGSt 63, 46 ff. legte das Reichsgericht den Begriff der „freien Willensbestimmung“ noch in völliger Übereinstimmung mit der Absicht des Gesetzgebers<sup>35</sup> und der zivilgerichtlichen Rechtsprechung unter ausdrücklichem Verweis auf RGZ 103, 399, 401 kompatibilistisch aus:

„Es genügt nicht, daß der Angeklagte die von ihm entfaltete körperliche Betätigung ‚gewollt‘ hat, sondern er mußte fähig sein, sie trotz der durch seine Trunkenheit beeinträchtigten Geistestätigkeit vernunftgemäß zu wollen, seine Entschließungen und sein Handeln also der ihm verbliebenen verstandesmäßigen Einsicht gemäß einzurichten (vgl. auch § 3 JugGerG). An der freien Willensbestimmung fehlt es, wenn infolge einer Störung der Geistestätigkeit bestimmte Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse derart übermäßig den Willen beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch

<sup>34</sup> RGBl. I, S. 998.

<sup>35</sup> In den Motiven zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (1870), S. 56, gründet der Gesetzgeber zwar das „Recht des Staates, gegen den Verbrecher nicht bloß Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen, sondern ihn zu strafen“, darauf, „daß der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft habe, um die Antriebe zu strafbaren Handlungen niederzuhalten und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein gemäß zu handeln“, d.h., der Gesetzgeber hält Strafen in rechtsphilosophischer Sicht nur bei Annahme von Willensfreiheit des Täters für legitim. Bezüglich der Verwendung des Begriffs der „freien Willensbestimmung“ in der Vorschrift über die Zurechnungsfähigkeit weist er dann jedoch die Befürchtung zurück, „daß dadurch die verschiedenen metaphysischen Auffassungen über die Freiheit des Willens im philosophischen Sinne in die Kriminalverhandlungen gezogen werden, denn es ist damit klar ausgesprochen, daß im einzelnen Falle nur untersucht werden soll, ob derjenige normale Zustand geistiger Gesundheit vorhanden sei, dem die Rechtsanschauung des Volkes die strafrechtliche Verantwortlichkeit thatsächlich zuschreibt [...]“

vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist (RGZ. Bd. 103 S. 399, 401). Sind sowohl Anreize zu einem bestimmten Handeln als auch Hemmungsvorstellungen vorhanden, so ist der Wille des Handelnden nur dann frei, wenn er fähig ist, beides gegeneinander abzuwägen und danach seinen Willensentschluß zu bilden. Liegt ein krankhafter Anreiz vor, der so stark ist, daß ihm gegenüber etwaige Hemmungsvorstellungen, auch wenn sie vorhanden sind, nicht zur Geltung kommen können, so ist die Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen, und damit im Sinne von § 51 StGB. die ‚freie‘ Willensbestimmung ausgeschlossen (RGSt. Bd. 57 S. 76 flg. [...])<sup>36</sup>

Dabei zeigt der Hinweis auf „§ 3 JugGerG“, dass sich das Reichsgericht offenbar gar nicht bewusst war, dass seine eigene Auslegung nicht mehr zu dieser Vorschrift passte. Denn § 3 des Jugendgerichtsgesetzes von 1923<sup>37</sup> enthielt ja den Begriff der „freien Willensbestimmung“ gar nicht mehr, sondern schloss die Strafbarkeit eines Jugendlichen aus, „wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.“ Die Vorschrift enthielt also inhaltlich schon die Merkmale der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wie sie dem später im Jahr 1933 neugefassten § 51 RStGB und den heutigen §§ 3 S. 1 JGG, 20 StGB zugrunde liegen. Dass das Reichsgericht diesen Widerspruch zwischen seiner bisherigen kompatibilistischen Auslegung des Begriffs der „freien Willensbestimmung“ und dem Merkmal der Fähigkeit, „das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen“, tatsächlich verkannte, bezeugt das Urteil vom 10. Oktober 1930 in RGSt 64, 349 ff. Darin nimmt das Reichsgericht zunächst an, der Begriff des Ausschlusses der „freien Willensbestimmung“ könne durch den Begriff der „Unfähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen“ (§ 3 JGG), oder der „Unfähigkeit, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“ (§ 13 des Entwurfs für ein Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch), ersetzt werden.<sup>38</sup> Im Folgenden schließt das Reichsgericht dann aus dem Vorliegen der kompatibilistisch verstandenen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit unvermittelt auf die in § 3 JGG bzw. § 13 des Entwurfs für ein Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch bezeichneten „indeterministischen“ Fähigkeiten:

„Es [das Berufungsgericht] hat aber darüber hinaus angenommen, daß der Angeklagte zu ‚einfachen Denkvorgängen, wie sie der subjektive Tatbestand der Bedrohung erfordert‘, imstande gewesen sei, daß er über eine ‚ausreichende Erkenntnis- und Urteilsfähigkeit‘ verfügt habe; damit soll offenbar zum Ausdruck gebracht werden, daß er die Fähigkeit besessen habe, das Ungesetzliche (Unrechtmäßige) seiner Tat, soweit sie sich als Bedrohung darstellt, einzusehen. Es hat endlich daraus, daß er keineswegs unmotiviert, sondern dem erkennbaren Beweggrund gemäß handelte, den Schluß gezogen, daß er auch die Fähigkeit besessen habe, seiner Einsicht in das

Ungesetzliche seiner Tat gemäß zu handeln. Damit ist ausreichend nachgewiesen, daß sich der Angeklagte zur Zeit der ihm zur Last gelegten Tat nicht in einem Zustand der Bewußtseinsstörung oder der krankhaften Störung der Geistestätigkeit befunden hat, durch den seine freie Willensbestimmung ‚ausgeschlossen‘ war.“<sup>39</sup>

Einerseits markiert dieses Urteil des Reichsgerichts sozusagen die „indeterministische Wende“ in seiner Auslegung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, weil es das Verhalten des Angeklagten unter die indeterministisch verstandene Einsichts- und Steuerungsfähigkeit i.S.d. §§ 3 JGG, 51 n.F. RStGB subsumiert. Andererseits vollzieht sich der Wandel zu einer indeterministischen Auslegung des § 51 RStGB nur unterschwellig-supplementär, weil sich das Reichsgericht nicht im Widerspruch zu seiner bisherigen kompatibilistischen Auslegung des Begriffs der „freien Willensbestimmung“ weiß. Was das bedeutet, zeigt das Urteil vom 28. Februar 1933 in RGSt 67, 149 f.: Zunächst betont das Reichsgericht, der Begriff der „freien Willensbestimmung“ sei mit dem Begriff der „Unfähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen“, in § 3 JGG gleichbedeutend.<sup>40</sup> Dann verweist es für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die freie Willensbestimmung bei Trunkenheit ausgeschlossen ist, auf die Entscheidung in RGSt 63, 46,<sup>41</sup> das den Begriff der „freien Willensbestimmung“ ja kompatibilistisch auslegt. Und am Ende des Urteils schließlich möchte das Gericht einen strengen Maßstab für den Ausschluss der freien Willensbestimmung anlegen, „da im Rausch ein höherer Grad von Selbstbeherrschung möglich ist und gefordert werden kann [...]“<sup>42</sup> Von welcher „freien Willensbestimmung“ das Reichsgericht hier aber am Ende spricht – ob von einer kompatibilistischen oder einer indeterministischen –, läßt sich wegen der Widersprüchlichkeit der vorhergehenden Bezüge nicht sicher sagen.

Im Rückblick gilt es in Erinnerung zu behalten, dass das Reichsgericht die Schuldfähigkeit ehemals in Übereinstimmung mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zur Geschäftsfähigkeit kompatibilistisch ausgelegt hat, seinerzeit also eine präjudizielle Wirkung der Geschäftsunfähigkeit für die Schuldunfähigkeit durchaus begründet war. Doch scheint mittlerweile diese „kompatibilistische Phase“ der Reichsgerichts-Rechtsprechung zur Schuldunfähigkeit vergessen. So werden gegenwärtig noch die zum Begriff der „freien Willensbestimmung“ in § 51 RStGB ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts in RGSt 57, 76 f. und RGSt 63, 46 ff. für die Auslegung der Steuerungsfähigkeit in § 20 StGB herangezogen, ohne einen Hinweis darauf, dass das Reichsgericht darin gerade (noch) nicht danach fragte, ob der Täter sich gemäß der Unrechtseinsicht habe steuern können.<sup>43</sup> Und Schiemann ist sogar der Ansicht, das Reichsgericht habe § 51 RStGB

<sup>36</sup> RGSt 63, 46, 48 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>37</sup> RGBl. I, S. 135.

<sup>38</sup> Siehe RGSt 64, 349, 353 f.

<sup>39</sup> RGSt 64, 349, 354.

<sup>40</sup> Siehe RGSt 67, 149.

<sup>41</sup> Siehe RGSt 67, 149, 150.

<sup>42</sup> RGSt 67, 149, 150.

<sup>43</sup> Siehe z.B. Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 23), § 20 Rn. 29; Schöch, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Bd. 1 (2007), S. 133; Frister (Fn. 24), S. 104 Fn. 18; ders., Festschrift (Fn. 28), S. 536 Fn. 9.

seit je indeterministisch ausgelegt und diese indeterministische Auslegung dann trotz der Neufassung des § 51 RStGB fortgeführt<sup>44</sup> – wie gezeigt, verhält es sich genau umgekehrt.

Überhaupt ist dieser Wandel der Rechtsprechung zu einer indeterministischen Auslegung der Schuldfähigkeit vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte auf den ersten Blick verwunderlich. Die Ersetzung des Begriffs der „freien Willensbestimmung“ in § 51 RStGB durch die Unfähigkeit, „das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“, geht u.a. zurück auf den „Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs“ von 1911 (§ 13 Abs. 1), deren Mitarbeiter (*Kahl, von Lilienthal, von Liszt, Goldschmidt*) einen vermittelnden Standpunkt einnahmen und ein Bekenntnis des Gesetzes zur indeterministischen Willensfreiheit gerade vermeiden wollten.<sup>45</sup> Und weil auch in den Gesetzesmotiven zu § 51 RStGB n.F. noch einmal die gleiche Absicht ausdrücklich erklärt wird,<sup>46</sup> wäre eine deterministische Auslegung des § 51 RStGB n.F. wohlbegründet gewesen.<sup>47</sup> Doch gleichzeitig stößt sich diese deterministische Auslegung mit der Regelung der verminderten Zurechnungsfähigkeit in § 51 Abs. 2 RStGB n.F. (§ 21 StGB) und später mit der durch das Reichsjugendgerichtsgesetz von 1943<sup>48</sup> geänderten Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Jugendlicher in § 3 JGG, die beide die Unfähigkeit des Täters, „das Unerlaubte bzw. das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“, gerade nicht als gegeben annehmen.<sup>49</sup> Und so hat sich letztlich die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers in der praktischen Rechtsanwendung in ihr Gegenteil verkehrt.

<sup>44</sup> Siehe *Schiemann*, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen (2012), S. 121 f.; *dies.* ZJS 2012, 774 f.

<sup>45</sup> Vgl. *Schild*, in: NK-StGB, 1. Aufl. (2001), § 20 Rn. 10; *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), § 329.

<sup>46</sup> Siehe Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröff. auf Anordnung des Reichsjustizministeriums (1925), Begründung zu § 17, S. 17.

<sup>47</sup> So plädierte denn auch nur ein Jahr nach der Neufassung des § 51 RStGB *Herzbruch*, Die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung als Bedingung der Strafbarkeit (1934), S. 20 f., für eine solche deterministische Auslegung und auch in der Folgezeit wurde die Schuldfähigkeitsregelung immer mal wieder deterministisch gedeutet (siehe *Sarstedt* Die Justiz 1962, 110, 115; *Tiemeyer* ZStW 100 [1988], 527, 543 ff., 553 ff.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I. Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenlehre, 4. Aufl. [1992], Nr. 14, A 22, 26; *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip [1998], S. 95 ff., 101 f.) bevor *Herzberg* (siehe die Nachw. in Fn. 28) diese deterministische Auslegung der Schuldfähigkeitsregelung in der Gegenwart wieder belebte (zustimmend auch *Schiemann* ZJS 2012, 774, 776; *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf [2013], S. 72).

<sup>48</sup> RGBl. I, S. 639.

<sup>49</sup> Zutreffende Kritik auch von *Frister*, Festschrift (Fn. 28), S. 539.

## IV. Der Gegensatz zwischen absoluter Geschäftsunfähigkeit und relativer Schuldunfähigkeit

Das den Regelungen der Geschäftsfähigkeit und der Schuldfähigkeit nach herrschender Auslegung zugrunde liegende unterschiedliche Freiheitsverständnis findet auch in dem unterschiedlichen Umfang der Zuschreibung der jeweiligen Willensfreiheit in Bezug auf ihren Gegenstand seinen Ausdruck. Im Privatrecht gilt die Geschäftsunfähigkeit grundsätzlich absolut für alle Rechtsgeschäfte (Ausnahme: § 105a BGB) und eine relative, d.h. eine nur auf ein konkretes Rechtsgeschäft beschränkte Geschäftsunfähigkeit wird von der h.M. abgelehnt.<sup>50</sup> Möglich ist nur, dass sich die Geschäftsunfähigkeit auf einen bestimmten Kreis von Geschäften bezieht (partielle Geschäftsunfähigkeit).<sup>51</sup> Diese grundsätzlich absolute Zuschreibung von Willens(un)freiheit ist vor dem Hintergrund des der Geschäftsfähigkeit zugrunde liegenden negativen, kompatibilistischen Freiheitsbegriffs verständlich: Denn, wenn jemand durch eigenes Überlegen und Denken seinen Willen bilden und demgemäß handeln kann, wird ihm die für die Vornahme von Rechtsgeschäften erforderliche Willensfreiheit zugeschrieben. Entweder also man hat diese Willensbildungs- und -betätigungsfreiheit oder man hat sie nicht. Die Ablehnung einer relativen Geschäfts(un)fähigkeit ist letztlich die Konsequenz aus dem zugrunde gelegten rein negativen Freiheitsverständnis. Dieses bekommt das einzelne Rechtsgeschäft gar nicht in den Blick, sondern berücksichtigt nur „innere“ Zwänge der Person, so dass sich schon die Frage nach einer nur auf ein konkretes Rechtsgeschäft beschränkten Geschäftsfähigkeit gar nicht stellt.

Im Strafrecht dagegen ist es umgekehrt: Die Schuldunfähigkeit des Täters muss stets relativ, d.h. in Bezug auf die konkrete Tat festgestellt werden; eine allgemeine absolute Schuldunfähigkeit gibt es gerade nicht.<sup>52</sup> Der Ausschluss der Willensfreiheit wird also nur tatbestandsbezogen zugeschrieben. Auch diese relative Zuschreibung ist wiederum vor dem Hintergrund des der Schuldfähigkeit nach herrschender Auslegung zugrunde liegenden positiven, inkompatibilistischen Freiheitsbegriffs verständlich: Denn durch das wesentliche Merkmal des „Andershandelnkönnens“ lässt sich die Frage nach dem Bestehen dieser Willensfreiheit und Schuldfähigkeit bei jeder einzelnen Tat wieder aufs Neue stellen.<sup>53</sup> Der Bezug zur einzelnen Tat wird also über die positive Freiheit zum „Andershandelnkönnen“ vermittelt. Der freie Wille des Täters kann daher, so die Annahme, bez. einer Tat vorliegen, der Täter bez. dieser Tat also schuldfähig sein, bez. einer anderen Tat kann der freie Wille dagegen ausgeschlossen und der Täter schuldunfähig sein. Es ist nach dem Gesagten nicht überraschend, dass diese relative

<sup>50</sup> Siehe BGH NJW 1953, 1342; a.A.: OLG Köln NJW 1960, 1389.

<sup>51</sup> Siehe BGH NJW 2000, 289, 290; BayObLG NJW 1992, 2100, 2101.

<sup>52</sup> Siehe BGHSt 14, 114, 116; BGH NStZ 1998, 106; *Perron/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23), § 20 Rn. 31; *Roxin* (Fn. 23), § 20 Rn. 31.

<sup>53</sup> Dazu, dass die Frage jedoch nicht sinnvoll gestellt werden kann, siehe bereits oben im Text unter III 2 c, Fn. 33.

Zuschreibung der Schuldunfähigkeit aber erst durch die Neuinterpretation des § 51 RStGB im Lichte der Regelung des § 3 JGG von 1923 und durch die Neufassung des § 51 RStGB im Jahre 1933 möglich geworden ist.<sup>54</sup> Als die Vorschrift noch den Begriff der „freien Willensbestimmung“ enthielt und das Reichsgericht diesen Begriff in einem kompatibilistischen Sinne deutete (siehe zuvor im Text unter III 2 d), kam zwar eine durch „einen Zustand von Bewusstlosigkeit“, nicht aber von „krankhafter Störung der Geistesthätigkeit“ begründete relative (partielle) Schuldunfähigkeit in Betracht. In dem Urteil des Reichsgerichts vom 16. Januar 1882 in RGSt 5, 338 ff. heißt es dazu:

„denn diese [die Vorschrift § 51 RStGB] verlangt nicht einen Zustand von Bewusstlosigkeit, welcher jede freie Willensbestimmung ausschließt, sondern, wie die Geschichte derselben zeigt, sind die Worte des Entwurfes zu dem Paragraphen ‚Willensbestimmung in Beziehung auf die That‘ nur aus dem Grunde nicht in das Gesetz aufgenommen, weil von medizinischem Standpunkte aus bezüglich der neben der der Bewusstlosigkeit genannten krankhaften Störung der Geistesthätigkeit die Möglichkeit einer nur in Beziehung auf eine bestimmte That ausgeschlossenen Willensfreiheit angezweifelt wurde (sogenannte partielle Geistesstörung) und jeder krankhaften Störung der Geistesthätigkeit, wenn überhaupt, dann für das ganze Gebiet des Strafrechts die Zurechenbarkeit versagt werden sollte.“<sup>55</sup>

## V. Willensfreiheit als Grundlage der Deliktsfähigkeit (§ 827 S. 1 BGB) – zur Bedeutung des § 828 Abs. 3 BGB

Der Gesetzgeber des BGB von 1900 hat die Regelungen der Deliktsunfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit in bewusster Parallele gestaltet. Dazu heißt es in den Motiven: „überdies erscheint es nicht rathsam, im bürgerlichen Gesetzbuche, soweit es sich um anomale geistige Zustände handelt, die Geschäftsunfähigkeit [...] von anderen Erfordernissen abhängig zu machen, als die Unfähigkeit, durch unerlaubte Handlungen verpflichtet zu werden.“<sup>56</sup> Daher ist auch im Rahmen der Deliktsunfähigkeit nach § 827 S. 1 BGB der Begriff der „freien Willensbestimmung“ im Sinne eines kompatibilistischen Freiheitsbegriffs zu deuten und die Ausführungen zu § 104 Nr. 2 BGB gelten entsprechend. Das der Deliktsfähigkeit zugrunde liegende Freiheitsverständnis stimmt also ebenso wenig wie das der Geschäftsfähigkeit mit dem herrschenden inkompatibilistischen Freiheitsverständnis der Schuldfähigkeitsregelung überein.

Dieser Schluss ergibt sich aber überdies auch aus § 828 Abs. 3 BGB, der die beschränkte Deliktsfähigkeit Minderjähriger zwischen 7 und 18 Jahren regelt. Ein Minderjähriger ist danach nicht verantwortlich, „wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht

hat.“ Abweichend von der Gesetzeslage im Strafrecht (§§ 3 S. 1 JGG, 20 StGB) regelt § 828 Abs. 3 BGB also nur die intellektuelle Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen, nach ganz h.M. jedoch *nicht* die Steuerungsfähigkeit in dem Sinne, dass der Minderjährige auch fähig ist, sich dieser Einsicht in seine Verantwortlichkeit gemäß zu verhalten.<sup>57</sup> Der BGH betont in seiner Begründung die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für unterschiedliche Voraussetzungen von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verantwortung:

„Diese Vorschrift war in bewusster Anlehnung an die damaligen §§ 56, 57 StGB geschaffen worden (vgl. Mot. II 733 und Prot. Bd. 2 S. 584/585). Die Entscheidung, ob ein Jugendlicher, der zwar seine Verantwortlichkeit einzusehen fähig ist, dem es aber noch an der Fähigkeit fehlt, nach dieser Einsicht zu handeln, nicht nur von Strafe frei sein soll, sondern auch von zivilrechtlicher Verantwortung, muß der Gesetzgeber treffen. Es ist – auch aus rechtspolitischen Gründen – denkbar, daß Strafe und Ersatzpflicht von verschiedenen Voraussetzungen abhängig bleiben sollen.“<sup>58</sup>

Und an welche „rechtspolitischen Gründe“ der BGH denkt, die Strafe und Ersatzpflicht von verschiedenen Voraussetzungen abhängig zu machen und die Steuerungsfähigkeit daher im Rahmen der Deliktsfähigkeit Minderjähriger nicht zu berücksichtigen, führt er in einem späteren Urteil aus:

„Im Haftungsrecht besteht ein stärkeres Bedürfnis nach pauschalen Bewertungen, um eine Durchbrechung des nach § 276 BGB zu fordernden Standards verkehrserforderlicher Sorgfalt zu vermeiden. Darum können Persönlichkeitsdefizite bei der zivilrechtlichen Delikts-(Zurechnungs-)fähigkeit nur beschränkte Berücksichtigung finden. Die Ersatzpflicht soll nicht davon abhängen, ob der Schädiger im Einzelfall den durchschnittlichen Erwartungen an verkehrsrichtiges Verhalten gewachsen ist. Insoweit soll nach dem Gesetzeszweck das Schadensrisiko dem Geschädigten abgenommen werden.“<sup>59</sup>

Um dem Geschädigten sein Schadensrisiko abzunehmen, wegen seines Haftungsinteresses also, lehnt es der BGH somit ab, das Zurechnungsmerkmal der Steuerungsfähigkeit im Rahmen der Deliktsfähigkeit Minderjähriger zu berücksichtigen. Für die Deliktsfähigkeit Erwachsener nach § 827 S. 1 BGB folgt aus der Vorschrift des § 828 Abs. 3 BGB zweierlei: Erstens kann die intellektuelle Einsichtsfähigkeit keine Voraussetzung für die Deliktsfähigkeit Erwachsener sein, weil dieses Erfordernis nur Minderjährige haftungsrechtlich privilegieren soll. Und zweitens kann erst recht nicht die Steuerungsfähigkeit Voraussetzung für die Deliktsfähigkeit Erwachsener sein, weil diese sonst haftungsrechtlich gegenüber Minderjährigen privilegiert würden. Aus § 828 Abs. 3 BGB ergibt sich damit, dass sich der Regelungsgehalt der Deliktsfä-

<sup>54</sup> Den Wandel in dieser Hinsicht markiert wiederum RGSt 64, 349, 353; vgl. auch RGSt 67, 251, 252.

<sup>55</sup> RGSt 5, 338, 339 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>56</sup> Motive II, S. 732.

<sup>57</sup> Siehe BGH NJW 1970, 1038 f.; BGH NJW 1984, 1958; BGHZ 161, 181, 187 = NJW 2005, 354; Oechsler, in: Staudinger-BGB, Neubearb. (2014), § 828 Rn. 24; Wagner, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. (2013), § 828 Rn. 10; Fuchs/Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht (2012), S. 86.

<sup>58</sup> BGH NJW 1970, 1038, 1039.

<sup>59</sup> BGH NJW 1984, 1958.

higkeit nach § 827 S. 1 BGB von dem der Schuldfähigkeit nach § 20 StGB unterscheiden muss, und somit der Begriff der „freien Willensbestimmung“ nur kompatibilistisch gedeutet werden kann.

## VI. Die Auflösung der „rechtstatsächlichen Paradoxie“ einer zurückhaltenden Feststellung der Schuldunfähigkeit

Meyer-Mews beklagt im Rahmen seiner Ausführungen, dass die Gerichte trotz Geltung des strafrechtlichen Zweifelssatzes „*in dubio pro reo*“ mit der Feststellung der Schuldunfähigkeit im Vergleich zur Feststellung der Geschäfts- oder Deliktsunfähigkeit zurückhaltender seien. Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Annahme der Schuldunfähigkeit seien strenger als die Anforderungen an die Annahme der Geschäftsunfähigkeit.<sup>60</sup> Auch werde die Schuldunfähigkeit nicht wie zu erwarten eher attestiert als die Deliktsunfähigkeit.<sup>61</sup> Diese Zurückhaltung bei der Feststellung der Schuldunfähigkeit sei eine „rechtstatsächliche Paradoxie“.<sup>62</sup>

In der soeben zitierten Begründung des BGH bez. der Nichtberücksichtigung der „Steuerungsfähigkeit“ im Rahmen der Deliktsfähigkeit Minderjähriger nach § 828 Abs. 3 BGB liegt aber bereits der Schlüssel zur Auflösung dieser „rechtstatsächlichen Paradoxie“ einer zurückhaltenden Feststellung der Schuldunfähigkeit durch die Gerichte. So wie der BGH in dieser Entscheidung dem Haftungsinteresse gegenüber dem Verschuldensinteresse den Vorzug gibt, so tun dies auch die Strafgerichte, wenn sie zum Zwecke der strafrechtlichen Haftung des Täters, seine Schuldunfähigkeit verneinen. Denn das Strafrecht ist wie das Zivilrecht von zwei widerstrebenden Prinzipien geprägt: dem *Haftungsprinzip* und dem *Zurechnungsprinzip*: Das Haftungsprinzip, das dem Interesse am Erhalt der Rechtsgüter dient (Rechtsgüterschutz) und auf Strafe bzw. Schadensersatz abzielt, kollidiert mit dem Zurechnungsprinzip, das dem Interesse der Bürger an ihrer Handlungsfreiheit dient (Freiheitsschutz) und darauf abzielt, nur bei Verschulden zu haften (Verschuldensgrundsatz).<sup>63</sup> Die Stärkung des einen Prinzips hat die Schwächung des anderen Prinzips zur Folge. Während im Strafrecht das Zurechnungsprinzip durch das am individuellen Andershandelnkönnen orientierte Schuldprinzip sozusagen auf die Spitze getrieben ist, ist der Verschuldensgedanke im Zivilrecht „durch eine gewisse *Objekti-*

*vierung* und *Typisierung* des Fahrlässigkeitsmaßstabes abgeschwächt.“<sup>64</sup> Begründet wird dieser im Vergleich zum Strafrecht abgeschwächte Verschuldensmaßstab im Zivilrecht mit dem Haftungsinteresse des Geschädigten. Im Zivilrecht gehe es nicht um Strafe für die individuelle Schuld des Täters, „sondern um eine gerechte Schadensverteilung; hierfür reicht der streng individuelle Schuldmaßstab nicht aus.“<sup>65</sup> Je stärker der Staat also das Zurechnungs- und Verschuldensprinzip betont, desto höher ist zwar auf der einen Seite der Grad der den Rechtssubjekten gewährten Handlungsfreiheit, gleichzeitig sinkt auf der anderen Seite jedoch der Rechtsgüterschutz. Um im Falle einer solchen starken Betonung des Zurechnungsprinzips, d.h. bei anspruchsvoll formulierten Voraussetzungen der subjektiven Zurechnung (also insbesondere im Fall der Annahme eines individuellen Vermeidenkönnens des Unrechts) dem Haftungsprinzip gerecht zu werden, werden daher an die Bejahung der Zurechnungsvoraussetzungen relativ geringe Anforderungen gestellt. Ein Beispiel hierfür ist die Auslegung der in § 828 Abs. 3 BGB vorausgesetzten intellektuellen Einsichtsfähigkeit des beschränkt deliktsfähigen Minderjährigen. Bei Larenz kann man hierzu lesen:

„Sie wird einmal, für § 828, individuell, das andere Mal, für die Fahrlässigkeit, nach den typischen Fähigkeiten der Altersgruppen geprüft. Daraus ergeben sich Widersprüche, denen die Rechtsprechung dadurch auszuweichen sucht, daß sie an die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht relativ geringe Anforderungen stellt und das Schwergewicht auf die Frage des Verschuldens verschiebt.“<sup>66</sup>

Und dementsprechend verfahren auch die Strafgerichte hinsichtlich der Auslegung der Steuerungsfähigkeit des Täters im Rahmen der Schuldfähigkeitsprüfung: Weil im Strafrecht in jedem Freispruch des Täters wegen Schuldunfähigkeit die kriminalpolitische Gefahr der Erosion der Strafnorm liegt, werden an die Voraussetzungen für die Bejahung der Steuerungsfähigkeit des Täters relativ geringe Anforderungen gestellt, so dass die Feststellung der Schuldunfähigkeit des Täters eine seltene Ausnahme ist.<sup>67</sup> Stratenwerth sieht in dieser Möglichkeit einer am Strafinteresse orientierten Auslegung ganz nüchtern gerade die besondere Bedeutung des Merkmals der Steuerungsfähigkeit:

„Andererseits sichert die ausdrückliche Nennung des Hemmungsvermögens [in § 20 StGB] dem Richter hinreichenden Spielraum für die *normative* Beurteilung der psychischen Störung: Gerade weil sich jenes Vermögen empirisch nicht hinreichend nachweisen lässt, kann die Feststellung, es sei aufgehoben, auf die *schwereren* Grade seiner Beeinträchtigung beschränkt werden. Hier vor allem also besteht in der Praxis die Möglichkeit, der kriminalpolitisch motivierten Besorgnis einer zu weitge-

<sup>60</sup> Siehe für die Fälle der Schizophrenie und der Debilität m.w.N. Meyer-Mews HRRS 2014, 487, 488.

<sup>61</sup> Siehe Meyer-Mews HRRS 2014, 487, 489.

<sup>62</sup> Siehe Meyer-Mews HRRS 2014, 487, 492.

<sup>63</sup> Vgl. für das Deliktsrecht Fuchs/Pauker (Fn. 57), S. 1 f.; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 5. Aufl. (2009), Rn. 6. Im Strafrecht firmiert dieser Widerstreit unter „Prävention“ versus „Schuldprinzip“, d.h. der Frage, ob und inwieweit spezial- und generalpräventive Strafbedürfnisse die Ausgestaltung und Auslegung der Schuldvoraussetzungen beeinflussen, vgl. dazu schon Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips (1977), S. 12 ff. In äußerster Konsequenz beantwortet hat diese Frage Jakobs, Schuld und Prävention (1976), S. 9: „Schuld wird durch Generalprävention [...] begründet und nach dieser Prävention bemessen.“

<sup>64</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 1. Allgemeiner Teil, 14. Aufl. (1987), S. 276 (Hervorhebung im Original).

<sup>65</sup> Larenz (Fn. 64), S. 286.

<sup>66</sup> Larenz (Fn. 64), S. 295 mit Verweis auf BGH VersR 1964, 1023; BGH VersR 1967, 158; gegen diese Rechtsprechung aber z.B.: Wagner, in: MüKo-BGB (Fn. 57), § 828 Rn. 13.

<sup>67</sup> Die Exkulpationsrate liegt regelmäßig unter 0,1 % pro Jahr, vgl. Schöch (Fn. 43), S. 103 ff.

henden Exkulpation psychisch gestörter Täter [...] entgegenzuwirken.“<sup>68</sup>

Schon *Ellscheid/Hassemer* sahen eine solche Praxis dagegen kritischer: „Das kriminalpolitische Interesse, die Exkulpationsmöglichkeiten überschaubar zu gestalten und in Grenzen zu halten, trägt den Sieg über das Schuldprinzip davon.“<sup>69</sup> Festzuhalten bleibt: Bei der von *Meyer-Mews* so bezeichneten „rechtstatsächlichen Paradoxie“ einer zurückhaltenden Feststellung der Schuldunfähigkeit durch die Gerichte handelt es sich in Wahrheit um eine am Rechtsgüterschutz und Strafinteresse orientierte „Auslegung“ der Steuerungsfähigkeit i.S.d. § 20 StGB.

## VII. Fazit

Im Ganzen zeigt sich, dass *Meyer-Mews* es versäumt hat, für seine starke These der Gleichsetzung der Geschäfts- und Deliktsfähigkeit mit der Schuldfähigkeit, deren „psychologische“ Voraussetzungen genauer zu untersuchen. Der schlichte Hinweis auf die gleichen Begrifflichkeiten „Einsichtsfähigkeit“ und „Steuerungsfähigkeit“ genügt hier nicht. Die nähere Betrachtung der gegenwärtigen Auslegung dieser Begriffe unter dem Blickwinkel der

<sup>68</sup> *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2011), § 10 Rn. 38 (Hervorhebung im Original); vgl. auch *Streng*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 32), § 20 Rn. 66.

<sup>69</sup> *Ellscheid/Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Bd. 1. Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik (1975), S. 275.

zugrunde gelegten Willensfreiheit legt vielmehr ein unterschiedliches Freiheitsverständnis dieser Regelungen offen, so dass die von *Meyer-Mews* aufgestellte Gleichung § 104 BGB = § 827 BGB = § 20 StGB nicht aufgeht und eine präjudizielle Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit für die Schuldunfähigkeit nicht begründet ist. Mit Blick auf die historische Entwicklung lässt sich jedoch einschränkend sagen, nicht „mehr“ aufgeht und nicht „mehr“ begründet ist. Denn ursprünglich war die Gleichung § 104 BGB = § 827 BGB = § 51 RStGB von 1871 durchaus gültig. Erst die Neuschaffung des § 3 JGG im Jahre 1923 und die Neufassung des § 51 RStGB im Jahre 1933 leitete den Wandel der einst einheitlichen Regelungen der Geschäfts-, Delikts- und Schuldfähigkeit ein, beendete dadurch deren einheitliche kompatibilistische Auslegung und verbot damit eine präjudizielle Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit für die Schuldunfähigkeit.

Letztlich gilt es, dem Wunsch von *Meyer-Mews* nach einer widerspruchsfreien subjektiven Zurechnung im Recht auf andere Weise als durch Angleichung privatrechtlicher und strafrechtlicher Zurechnungsprinzipien gerecht zu werden, nämlich durch eine Kritik der auf der Annahme vermeidbarer Verbotsirrtümer und dem Postulat indeterministischer Willensfreiheit basierenden gegenwärtigen Schuldzuschreibung im Strafrecht. Aber das ist ein anderes Thema.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Näher dazu *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht (2004); *ders.* HRRS 2005, 43 ff.; *ders.* ZIS 2010, 490 ff.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Schrifttum

## **Detlef Burhoff (Hrsg.): Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 4. Auflage, 2015, 119 EUR, ZAP-Verlag, Münster.**

Das „Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren“, herausgegeben von Detlef Burhoff, Rechtsanwalt und RiOLG a.D., ist nunmehr bereits in der 4. Auflage erschienen. Es hat den Stand von August 2014, wobei teilweise auch noch darüber hinaus Rechtsprechung und Literatur ausgewertet worden ist. Im Vergleich zur Voraufgabe ist die aktuelle Auflage um einige neu aufgenommene Stichworte erweitert worden. Beispielsweise seien hier nur „Akteneinsicht, Umfang, Bedienungsanleitung u.a.“ und „Fahreignungsregister, Allgemeines“ sowie „Fahreignungs-Bewertungssystem“ und „Fahreignungsregister, Übergangsvorschriften“ erwähnt. Jeder Praktiker, der im Verkehrs-OWi-Bereich tätig ist, weiß nur zu gut, wie sehr mit der Akteneinsicht, was die Bedienungsanleitung des Messgerätes und die Messrohdaten anbelangt, mit der Behörde bzw. dem Amtsgericht gerungen werden muss. Folgerichtig hat die Neuauflage dieses äußerst praxisrelevante Schlagwort aufgenommen, damit die Verteidigung auch in diesem Bereich bestens ausgestattet ist.

Im Übrigen hat das Handbuch seinen Aufbau selbstverständlich beibehalten. Anhand des bekannten Schlagwort-ABC kann der Nutzer problemlos das für ihn relevante Stichwort eruieren. So wird dem Leser die Möglichkeit eingeräumt, alle Probleme, die im Zusammenhang mit dem konkreten Stichwort in der Praxis von Bedeutung sind, nachzulesen. So kann in kürzester Zeit ein gesamter Themenbereich erschlossen werden.

Positiv fällt sofort auf, dass dem Leser bei den entsprechenden Stichworten nicht nur prozessuale, sondern auch technische Tipps und Tricks mit an die Hand gegeben werden. Daher werden im Rahmen der Geschwindigkeitsüberschreitung auch die wichtigsten Messverfahren (Laser-, Lichtschranken- und Radarmessverfahren) und deren Fehlerquellen näher gebracht.

Die Schlagwortauswahl lässt auch in der vorliegenden Auflage wie immer keine Wünsche offen. Alle Themen, die im straßenverkehrsrechtlichen OWi-Verfahren eine Rolle spielen, werden in gewohnt hoher Qualität vom Autorenteam erläutert. Dabei werden natürlich sämtliche Klassiker in ausführlicher Form behandelt. Die Entbindungspflicht des Betroffenen vom Erscheinen in der Hauptverhandlung, nachdem der Betroffene die Fahrereignis eingestanden und mitgeteilt hat, dass er sich in der Hauptverhandlung zur Sache nicht äußern werde, scheint immer noch nicht jedem Amtsrichter geläufig zu

sein, so dass auch den Richtern ein Blick in den Burhoff nur wärmstens empfohlen werden kann. Aus Verteidigersicht muss ich allerdings sagen, dass die Richter vielleicht doch nicht in den sehr wertvollen Burhoff schauen sollten. Immerhin hat die Verteidigung so bei einem Verwerfungsurteil die Chance, mit der Gehörsrüge im Rahmen der (Zulassungs-) Rechtsbeschwerde vor dem OLG zu reüssieren. Besonders interessant wird die Problematik mit dem Entbindungsantrag dann, wenn die Verteidigung dem Amtsgericht eine Vertretungsvollmacht vorlegt, die nicht der Betroffene, sondern sie selbst i.V. für den Betroffenen unterschrieben hat. Trotz obergerichtlicher Rechtsprechung diesbezüglich scheint vielen Amtsrichtern das „beliebte“ Verwerfungsurteil immer noch näher zu stehen. Diese Thematik kann hervorragend unter dem Stichwort „Hauptverhandlung, Entbindung vom Erscheinen“ nachgeschlagen werden.

Selbstverständlich werden auch die klassischen Verkehrsordnungswidrigkeiten wie die Geschwindigkeitsüberschreitung, der Rotlicht- und Abstandsverstoß unter den jeweiligen Stichworten ausführlich dargestellt. Auch dem Handyverstoß wird zu Recht unter dem Schlagwort „Mobil- oder Autotelefon im Straßenverkehr“ ein eigenes Kapitel gewidmet. Ansonsten werden natürlich das Fahrverbot und Fragen zur Rechtsbeschwerde behandelt. Beim Fahrverbot wird natürlich ausführlich das Absehen beim sog. Augenblicksversagen, aus beruflichen Gründen und wegen Zeitablaufs dargestellt. Außerdem setzt sich der Burhoff auch mit dem Vollstreckungsaufschub, sprich der 4-Monatsfrist und der Vollstreckung mehrerer Fahrverbote, d.h. der Parallelvollstreckung, auseinander. Der Mandant wird in der Beratungspraxis also unmittelbar von dem Wissen des Verteidigers und dessen Umsetzung bei diesem zentralen Thema im Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht profitieren. Bekanntlich drückt den Betroffenen meistens beim Thema Fahrverbot der Schuh. „Das Fahrverbot muss weg“ hört der Verteidiger im Bereich der Verkehrsordnungswidrigkeiten sicherlich überproportional oft in seiner Kanzlei.

Hervorzuheben sind weiterhin die unter einem eigenen Stichwort behandelten Urteilschecklisten für die einzelnen Verkehrsordnungswidrigkeiten, wie z.B. „Geschwindigkeitsüberschreitung, Urteil, Checkliste“. Diese eignen sich hervorragend zur Überprüfung des konkreten amtsgerichtlichen Urteils. So kann der Leser schnell und präzise Schwächen im Urteil aufdecken und so für sich im Rahmen der (Zulassungs-) Rechtsbeschwerde fruchtbar machen. Die Verteidigung weiß nur zu gut, wie hilfreich sich beispielsweise eine erfolgreiche Rechtsbeschwerde und der damit einhergehende Zeitgewinn auf ein drohendes Fahrverbot auswirken können.

Diverse Antragsmuster runden neben der obligatorischen CD-Rom das Gesamtwerk ab. Hierdurch erfährt der Leser auch in der alltäglichen Praxis eine echte Arbeitserleichterung. Die Schriftsatzmuster warten nur noch darauf, übernommen zu werden.

Fazit: Wer im straßenverkehrsrechtlichen OWi-Verfahren mitreden und vor allem erfolgreich verteidigen will, wird an der vorliegenden Auflage dieses einzigartigen Handbuchs nicht vorbeikommen. Das Buch kann uneinge-

schränkt empfohlen werden. Der Leser und Nutzer wird in kürzester Zeit merken, wie es ihm die Bearbeitung von verkehrsrechtlichen OWi-Mandaten in der täglichen Praxis erleichtern wird. Mit dem Burhoff werden die OWi-Mandate definitiv noch mehr Spaß machen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verkehrsrecht **Stefan Busch**, Lübeck

### 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.

### **280. BVerfG 2 BvR 497/12, 2 BvR 498/12, 2 BvR 499/12, 2 BvR 1054/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)**

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Ermittlungsverfahren gegen einen Rechtsanwalt wegen des Verdachts der Verletzung der Unterhaltungspflicht; Leistungsfähigkeit; erzielbare Einkünfte bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen); Wohnungsgrundrecht (Richtervorbehalt; besondere Anforderungen an die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und der Verhältnismäßigkeit bei Berufsgeheimnisträgern; Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat; wenig schwer wiegender Tatverdacht; Angebot der freiwilligen Herausgabe von Unterlagen; Erörterung der Straferwartung im Einzelfall).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 170 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

### **281. BVerfG 2 BvR 1694/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Darmstadt / AG Darmstadt)**

Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme von Cannabispflanzen bei einem Schmerzpatienten (medizinische Notwendigkeit zur Einnahme von Cannabinoiden; THC; Anbau zum Selbstverbrauch im Rahmen einer ärztlich begleiteten Schmerztherapie; Abwendung gravierender Gesundheitsgefahren); Begründungsanforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss (Richtervorbehalt; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Geltung auch für die Beschlagnahme; keine Nachbesserung der Begründung im Beschwerdeverfahren hinsichtlich Tatvorwurf und Beweismitteln); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung; Zumutbarkeit). Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 5 BtMG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

### **282. BVerfG 2 BvR 2049/13, 2 BvR 2445/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Januar 2015 (OLG Dresden / LG Zwickau)**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Abwägung im Einzelfall; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Notwendigkeit von Feststellungen zum aktuellen Vollzugsverhalten des Unterbrachten; bloßer Verweis auf frühere Stellungnahmen; Reichweite der ärztlichen Schweigepflicht im Maßregelvollzug); hinreichende Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Vorlage von Dokumenten); Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Erlass einer Folgeentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 63 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 454 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 463 Abs. 3 Satz 1 StPO

### **283. BGH 3 StR 14/15 – Beschluss vom 3. März 2015 (LG Düsseldorf)**

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

### **284. BGH 3 StR 22/15 – Beschluss vom 5. März 2015 (LG Wuppertal)**

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

### **285. BGH 3 StR 233/14 – Urteil vom 22. Januar 2015 (LG Dresden)**

BGHSt; Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit (Art und Schwere der ex ante drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung; gesetzgeberische Wertungen; konkrete Todesgefahr; Eskalationsgefahr; Gefahr schwerer Gesundheitsschädigung;

Beteiligung an einer Schlägerei); „dritte Halbzeit“; einvernehmliche, organisierte Schlägereien; Hooligans; kriminelle Vereinigung (Organisationsstrukturen; voluntatives Element; Art und Weise der vereinigungsinternen Willensbildung); Landfriedensbruch; Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung.

§ 129 StGB; § 223 StGB; § 228 StGB; § 231 StGB; § 129 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB; § 125a Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 4 StGB

**286. BGH 3 StR 301/14 – Urteil vom 22. Januar 2015 (LG Mönchengladbach)**

Beweiswürdigung bei durch Erinnerungslücken gekennzeichnete Aussage des einzigen Belastungszeugen; gefährliche Körperverletzung (Einzelfallprüfung der Lebensgefährlichkeit von Schlägen gegen Kopf und Oberkörper).

§ 261 StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

**287. BGH 3 StR 40/15 – Beschluss vom 3. März 2015 (LG Osnabrück)**

Verstoß gegen den auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatz (Einbeziehung einer von der Auslieferungsentscheidung nicht erfassten Strafe).

Art. 83h Abs. 1 IRG

**288. BGH 3 StR 412/14 – Urteil vom 22. Januar 2015 (LG Hannover)**

Besonders schwerer Raub (fehlende Feststellungen zur Beschaffenheit einer Schreckschusspistole; Mittäterexzess; Gesamtbetrachtung bei Prüfung eines minder schweren Falles); gefährliche Körperverletzung; Beweiswürdigung.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 224 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB; § 261 StPO

**289. BGH 3 StR 4/15 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Stade)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**290. BGH 3 StR 78/15 – Beschluss vom 18. März 2015 (LG Kleve)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**291. BGH 3 StR 419/14 – Urteil vom 5. Februar 2015 (LG Stade)**

Einschränkung der Steuerungsfähigkeit aufgrund einer auf affektiver Erregung beruhenden tiefgreifenden Bewusstseinsstörung; eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfung von Beweiswürdigung und Strafzumessung; Aussetzung der Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung.

§ 21 StGB; § 46 StGB; § 56 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

**292. BGH 3 StR 484/14 – Beschluss vom 5. März 2015**

Berichtigung der Entscheidungsformel.

§ 349 StPO

**293. BGH 3 StR 488/14 – Beschluss vom 5. Februar 2015 (LG Lüneburg)**

Unbegründetheit der Anhörungsgrüge gegen die Zurückweisung der Revision durch nicht begründeten Beschluss.

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**294. BGH 3 StR 490/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Koblenz)**

Kein Verbreiten jugendpornographischer Schriften bei gezielter Versendung an Einzelpersonen; zum Begriff des „Einwirkens“ beim sexuellen Missbrauch von Kindern (Erfordernis psychischer Einflussnahme tiefergehender Art); Gleichstellung von Datenspeichern und Schriften; Konkurrenzen beim sexuellen Missbrauch.

§ 11 Abs. 3 StGB; § 52 StGB; 176 Abs. 4 StGB; § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB

**295. BGH 3 StR 490/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Koblenz)**

Unzulässigkeit der Revision des Nebenklägers gegen Einstellungsentscheidung.

§ 154 StPO; § 400 StPO

**296. BGH 3 StR 504/14 – Urteil vom 5. Februar 2015 (LG Koblenz)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch „Kurierfahrt“; revisionsgerichtlicher Prüfungsumfang hinsichtlich der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

§ 27 StGB; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 261 StPO

**297. BGH 3 StR 505/14 – Beschluss vom 17. Februar 2015 (LG Krefeld)**

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Fortbestehen des Bandenwillens); Anrechnung von im Ausland erlittener Haft.

§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 51 StGB

**298. BGH 3 StR 509/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Duisburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**299. BGH 3 StR 511/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Wuppertal)**

Rechtsfehlerfreie Annahme der Zuständigkeit des Landgerichts bei Anklage wegen schwerer räuberischer Erpressung; tatsächliche Unrechtseinsicht trotz verminderter Einsichtsfähigkeit.

§ 269 StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 24 GVG; § 74 GVG; § 20 StGB; § 21 StGB

**300. BGH 3 StR 517/14 – Beschluss vom 5. März 2015 (LG Hannover)**

Kein (Teil-)Freispruch beim Wegfall tatmehrheitlich angeklagter Delikte mit anschließender Annahme von Tateinheit oder Bewertungseinheit.

§ 260 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

**301. BGH 3 StR 520/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Düsseldorf)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**302. BGH 3 StR 520/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Düsseldorf)**

Strafrahmenwahl bei Zusammentreffen von minder schwerem Fall (hier: des Totschlags) und gesetzlich vertypem Milderungsgrund (hier: Versuch), § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

**303. BGH 3 StR 521/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Osnabrück)**

Strafrahmenwahl bei der Verurteilung wegen Beihilfe zum Raub (Zusammentreffen von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypem Milderungsgrund). § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 249 Abs. 2 StGB

**304. BGH 3 StR 521/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Osnabrück)**

Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von vertypem Milderungsgrund und minder schwerem Fall (hier: des Raubes) im Jugendstrafrecht. § 49 Abs. 1 StGB; § 249 Abs. 2 StGB; § 17 JGG; § 18 JGG

**305. BGH 3 StR 523/14 – Beschluss vom 20. Januar 2015 (LG Koblenz)**

Notwendigkeit von Feststellungen zu Beschaffenheit und Bauweise einer Schreckschusspistole bei Verurteilung wegen besonders schweren Raubes. § 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

**306. BGH 3 StR 528/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafte Ersetzung der Vernehmung eines Arztes durch Verlesung einer vom Angeklagten eingereichten ärztlichen Bescheinigung; fehlender Widerspruch gegen die Verlesung begründet nicht ohne weiteres das Einverständnis mit der Verlesung. § 250 S. 2 StPO; § 251 StPO

**307. BGH 3 StR 535/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Annahme einer Bewertungseinheit beim Handelreiben mit Betäubungsmitteln (einheitlicher Vorrat); Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von gesetzlich vertypem Milderungsgrund (hier: Beihilfe) und minder schwerem Fall. § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

**308. BGH 3 StR 541/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Verden)**

Verdeckungsmord durch Unterlassen bei vorausgehenden Gewalthandlungen (Anwendung des Zweifelssatzes auf das Vorhandensein von Tötungsvorsatz bei den vorausgehenden Gewalthandlungen; andere Straftat; deutliche zeitliche Zäsur). § 211 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

**309. BGH 3 StR 543/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Mainz)**

Fehlende Auseinandersetzung mit der möglicherweise eingeschränkten oder ausgeschlossenen Unrechtseinsicht bei an Schizophrenie mit massiven Wahnvorstellungen leidender Angeklagter. § 20 StGB; § 21 StGB

**310. BGH 3 StR 544/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Krefeld)**

Versuchter Betrug durch massenhafte Versendung von Forderungsschreiben (indizielle Bedeutung der Anerkennung der Forderung durch die Adressaten für das Vorstellungsbild des Täters; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (Einstellung der behaupteten Tatsache in das bisherige Beweisergebnis; prognostische Prüfung). § 263 StGB; § 244 Abs. 3 S. 2 StPO

**311. BGH 3 StR 547/14 – Beschluss vom 17. Februar 2015 (LG Krefeld)**

Keine ausreichende Bezeichnung der Einziehungsgegenstände durch Bezugnahme auf ein Sicherstellungsverzeichnis. § 33 Abs. 2 BtMG; § 74 StGB

**312. BGH 3 StR 555/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Kleve)**

Natürliche Handlungseinheit zwischen Körperverletzung und Beleidigung. § 52 StGB; § 185 StGB; § 223 StGB

**313. BGH 3 StR 557/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Verlesung zweier ärztlicher Berichte ohne Vernehmung der behandelnden Ärzte (als GmbH betriebenes „Johanniter-Zentrum“ keine öffentliche Behörde; fehlende Zustimmung des Angeklagten zur Verlesung). § 250 S. 2 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StPO

**314. BGH 3 StR 578/14 – Beschluss vom 17. Februar 2015 (LG Kleve)**

Einheitliche Tat des Computerbetrugs bei mehrfachem unberechtigtem Einsatz einer fremden Karte an demselben Geldautomaten innerhalb kürzester Zeit. § 263a StGB

**315. BGH 3 StR 585/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Mönchengladbach)**

Berichtigung des Schuldspruchs bei Verurteilung wegen Vergewaltigung. § 177 StGB; § 260 StPO

**316. BGH 3 StR 589/14 – Beschluss vom 3. März 2015 (LG Lüneburg)**

Teileinstellung. § 154 Abs. 2 StPO; § 206a StPO

**317. BGH 3 StR 590/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Unterbringungsanordnung (Subsidiarität; Verhältnismäßigkeit; unterblieben Prüfung des Ausreichens außerstrafrechtlicher Sicherungssysteme). § 62 StGB; § 63 StGB

**318. BGH 3 StR 606/14 – Beschluss vom 5. Februar 2015 (LG Oldenburg)**

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

**319. BGH 3 StR 618/14 – Beschluss vom 3. März 2015 (LG Kleve)**

Zurücktreten der Bedrohung gegenüber der versuchten Nötigung.  
§ 240 StGB; § 241 StGB

**320. BGH 3 StR 626/14 – Beschluss vom 5. März 2015 (LG Aurich)**

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

**321. BGH 3 StR 632/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Düsseldorf)**

Strafrahmenwahl im Betäubungsmittelstrafrecht (minder schwerer Fall; Anwendung des Strafrahmens des nach Spezialitätsgrundsätzen zurückgetretenen Gesetzes auch bei der Höchststrafe); keine Aufnahme des Regelbeispiels in die Urteilsformel.  
§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 260 StPO

**322. BGH 3 StR 645/14 – Beschluss vom 3. Februar 2015 (LG Koblenz)**

Unzulässigkeit der auf die Erhebung der allgemeinen Sachrüge beschränkten Revision des Nebenklägers.  
§ 400 Abs. 1 StPO

**323. BGH 3 StR 646/14 – Beschluss vom 5. März 2015 (LG Kleve)**

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

**324. BGH 3 ARs 28/14 – Beschluss vom 20. Januar 2015**

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

**325. BGH 5 StR 12/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Frankfurt (Oder))**

Fehlende Feststellungen zu den Voraussetzungen einer sexuellen Nötigung.  
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**326. BGH 5 StR 14/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Potsdam)**

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

**327. BGH 5 StR 16/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung.  
§ 64 StGB

**328. BGH 5 StR 18/15 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Flensburg)**

Einleitung eines Strafverfahrens als frühestmöglicher Zeitpunkt der Aufklärungshilfe.  
§ 46b StGB

**329. BGH 5 StR 22/15 – Beschluss vom 10. März 2015 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (fehlende Prüfung der Schuldangemessenheit einer noch zur Bewährung ausgesetzten Strafe).  
§ 46 StGB

**330. BGH 5 StR 5/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Berlin)**

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

**331. BGH 5 StR 24/15 – Beschluss vom 10. März 2015 (LG Kiel)**

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

**332. BGH 5 StR 258/13 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Potsdam)**

Fehlende Mitteilung über Erörterungen vor der Hauptverhandlung (Negativmitteilung; Nichtanwendbarkeit auf Erörterungen vor Anklageerhebung; Mitteilungspflicht des Gerichts bei Kenntniserlangung von Erörterungen zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft; verständigungsbezogener Gesprächsinhalt; Beruhen; Irrtum des Angeklagten über tatsächlich nicht staatgefundene Verständigungsgespräche).  
§ 160b StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO

**333. BGH 5 StR 390/11 – Beschluss vom 11. Februar 2015**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO

**334. BGH 5 StR 46/15 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Hamburg)**

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

**335. BGH 5 StR 569/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Flensburg)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.  
§ 55 StGB

**336. BGH 5 StR 571/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Göttingen)**

Wirksamkeit eines von der Aufsichtsstelle gestellten Strafantrags ohne Anhörung des Bewährungshelfers.  
§ 145a Satz 2 StGB; § 68a Abs. 6 StGB

**337. BGH 5 StR 59/15 – Beschluss vom 12. Februar 2015 (LG Lübeck)**

Wiedereinsetzung wegen eines dem Angeklagten nicht zuzurechnenden Verteidigerverschuldens.  
§ 46 Abs. 1 StPO

**338. BGH 5 StR 65/15 – Beschluss vom 9. März 2015 (LG Lübeck)**

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

**339. BGH 5 StR 578/14 – Urteil vom 11. März 2015 (LG Berlin)**

Unzulässig erhobene Rüge der Zurückweisung eines Befangenheitsgesuchs gegen den Dolmetscher.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**340. BGH 5 StR 594/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Elektroimpulsgerät und Schreckschusspistole Typ Walther P88 Kompakt als Waffen; Voraussetzungen des Mitsichführens; fehlende Feststellungen zur Aufbewahrung der Betäubungsmittel und der Waffen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**341. BGH 5 StR 601/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Leipzig)**

Fehlende Mitteilung des Inhalts von außerhalb der Hauptverhandlung geführten Rechtsgesprächen bei nicht verständigungsbasiertem Urteil (Transparenzgebot; Fehlerhaftigkeit des nicht verständigungsbasierten Urteils; Selbstbelastungsfreiheit; Beruhen im Falle des nicht durchgängig schweigenden Angeklagten).

§ 212 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO; § 337 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG

**342. BGH 5 StR 621/14 – Urteil vom 24. Februar 2015 (LG Neuruppin)**

Lückenhafte Beweiswürdigung; Darstellungsmangel beim freisprechenden Urteil (fehlende Feststellung der als erwiesen erachteten Tatsachen).

§ 261 StPO; § 267 StPO

**343. BGH 5 ARs 89/14 5 AR (Vs) 4/15 – Beschluss vom 12. Februar 2015**

Keine Prozesskostenhilfe für Rechtsbeschwerde gegen unanfechtbaren Beschluss.

§ 29 EGGVG; § 114 ZPO

**344. BGH AK 1/15 – Beschluss vom 19. Februar 2015**

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland; Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts; Fortdauer der Untersuchungshaft über 6 Monate.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 121 StPO

**345. BGH StB 10/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014**

Zulässigkeit der Beschwerde gegen die beendete Durchsuchung; Durchsuchung beim Tatverdächtigen; „Befassungsverbot“ bei verstorbenem Beschuldigten (Zulässigkeit weiterer Ermittlungen bei Zweifeln über den Tod); Sichbereiterklären zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung („doppelte“ Vorverlagerung; Zusammenwirken mehrerer; Ernsthaftigkeit der Erklärung; Zugang; Abgrenzung zur bloßen Kundgabe des Willens, ein Verbrechen zu begehen); Reichweite der Verfolgungsermächtigung bei laufendem Erkenntnisfortschritt im Ermittlungsverfahren.

§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB; § 77e StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 103 StPO; § 300 StPO

**346. BGH StB 1/15 – Beschluss vom 5. Februar 2015**

Fortdauer der Untersuchungshaft über drei Jahre („NSU-Verfahren“; dringender Tatverdacht; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; keine Vorwegnahme der Beweiswürdigung; gebotene Beschleunigung in Haft-sachen; Schwerekriminalität; Verhältnis von Dauer der Untersuchungshaft und zu erwartender Strafe).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; Art. 2 Abs. 2 GG

**347. BGH StB 2/15 – Beschluss vom 26. Februar 2015**

Dringender Tatverdacht der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung; keine abschließende Entscheidung über die Verwirklichung nicht im Haftbefehl genannter Delikte im Beschwerdeverfahren.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 304 StPO

**348. BGH 1 StR 142/14 – Urteil vom 27. Januar 2015 (LG Rostock)**

Steuerhinterziehung (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Berücksichtigung von staatlichem Mitverschulden und unterlassenem Einschreiten der Ermittlungsbehörden, faires Verfahren); Strafzumessung (keine Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft); Anordnung des Verfalls (Absehen wegen Vorliegens einer besonderen Härte: Voraussetzungen).

Art. 6 Abs. 1 EMRK § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 46 StGB; § 51 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

**349. BGH 1 StR 142/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Rostock)**

Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Gesamtabwägung); Absehen von der Anordnung des Verfalls (Verhältnis der Ausschlussgründe; Voraussetzungen); Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe in Ausnahmefällen (Berücksichtigung von generalpräventiven Erwägungen).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 27 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 47 Abs. 1 StGB

**350. BGH 1 StR 245/09 – Beschluss vom 24. Februar 2015**

Gerichtliche Festsetzung des für die Rechtsanwaltsvergütung maßgeblichen Gegenstandswerts (Verfahrensgebühr für rechtsanwaltliche Tätigkeit in Bezug auf Einziehung oder verwandte Maßnahmen: Berechnung).

§ 33 Abs. 1 RVG; § 2 Abs. 1 RVG; Nr. 4142 VV

**351. BGH 1 StR 335/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Regensburg)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Beruhen des Urteils auf unterlassener Negativmitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**352. BGH 1 StR 335/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Regensburg)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (erforderlicher Inhalt der Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO

**353. BGH 1 StR 75/14 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG München I)**

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**354. BGH 1 StR 75/14 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG München I)**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**355. BGH 1 StR 93/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Chemnitz)**

Subventionsbetrug (Begriff der Subventionserheblichkeit: Anschaffungszeitpunkt des Wirtschaftsguts bei Investitionszulagen); Umsatzsteuerhinterziehung (Voraussetzungen der Berechtigung zum Vorsteuerabzug; machen unrichtiger Angaben trotz formunwirksamer Umsatzsteuerjahreserklärung); Beihilfe (berufstypisches Verhalten; tatrichterliche Beweiswürdigung); Strafzumessung.  
§ 264 Abs. 1, Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 15 UStG; § 27 Abs. 1 StGB. § 261 StPO; § 46 StGB

**356. BGH 1 StR 393/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Nürnberg-Fürth)**

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Zeitpunkt; Anforderungen an die Revisionsbegründung)  
§ 243 Abs. 4 StPO; § 212 StPO; § 344 StPO

**357. BGH 1 StR 444/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 (LG München I)**

Besonders schwerer Raub (konkludente Drohung mit einem empfindlichen Übel für Leib und Leben; Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs); Geiselnahme (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang von Entführung und beabsichtigter Nötigung); Nötigung (Eintritt des Erfolges).  
§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 239b Abs. 1 StGB; § 240 StGB

**358. BGH 1 StR 488/14 – Urteil vom 10. Februar 2015 (LG Traunstein)**

BGHSt; falsche Verdächtigung (Begriff der Verdächtigung; Tatbestandseinschränkung für zulässiges Verteidigungsverhalten: kein Recht zur Lüge); Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Gefährdung von fremden Sachen von bedeutendem Wert: Wertgrenze, keine Parallele zu Straßenverkehrsdelikten; Verhältnis zum verbotenen Umgang mit explosionsgefährlichen Stoffen); Tateinheit (Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit).  
§ 164 Abs. 1 StGB; § 308 Abs. 1 StGB; § 315b Abs. 1 StGB; § 315c Abs. 1 StGB; § 40 Abs. 1 Nr. 3 SprengG; § 52 Abs. 1 StGB

**359. BGH 1 StR 506/14 – Beschluss vom 10. März 2015 (LG Bamberg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**360. BGH 1 StR 574/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Stuttgart)**

Minderschwerer Fall des Totschlags (Voraussetzungen einer Affekttat: Gesamtbetrachtung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

**361. BGH 1 StR 587/14 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Coburg)**

Untreue (hier: Anwalt, der Fremdgelder auf sein Geschäftskonto leitet; Abgrenzung von Tun und Unterlassen: Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Unterbrechung der Verjährung durch Untersuchungshandlungen (Reichweite der Unterbrechungswirkung).  
§ 266 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 2 StGB; § 78c Abs. 1 StGB

**362. BGH 1 StR 613/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG München II)**

Steuerhehlerei; Verfall (Erlangtes bei Steuerhehlerei).  
§ 374 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB.

**363. BGH 1 StR 629/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Deggendorf)**

Minder schwerer Fall des Totschlags (Verhältnis zu gesetzlich vertypeten Milderungsgründen).  
§ 213 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**364. BGH 2 StR 210/14 – Urteil vom 11. Februar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Diebstahl (Wegnahme: Gewahrsam an Sachen in generell beherrschten Räumen, hier: Inhaber einer Ladengeschäfts).  
§ 242 Abs. 1 StGB

**365. BGH 2 StR 241/14 – Urteil vom 4. Februar 2015 (LG Aachen)**

Vergewaltigung.  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**366. BGH 2 StR 266/14 – Urteil vom 4. Februar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Verklammerung mehrerer Beihilfehandlung zu einer Tat durch gleichzeitigen unerlaubten Besitz dieser Betäubungsmittel in nicht geringer Menge).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2; § 27 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

**367. BGH 2 StR 38/14 – Urteil vom 18. Februar 2015 (LG Köln)**

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch: Voraussetzungen).  
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**368. BGH 2 StR 414/14 – Beschluss vom 4. Februar 2015 (LG Hanau)**

Unerlaubter Waffenbesitz (Tateinheit zwischen mehreren verschiedenartigen Verstößen gegen das Waffengesetz).  
§ 52 Abs. 1 WaffG; § 52 Abs. 1 StGB

**369. BGH 2 StR 426/14 – Beschluss vom 4. Februar 2015 (LG Bonn)**

Urteilsformel (Darstellung der Bildung einer nachträglich gebildeten Gesamtstrafe).  
§ 260 Abs. 1 StPO; § 55 StGB

**370. BGH 2 StR 428/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Marburg)**

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

**371. BGH 2 StR 76/14 – Urteil vom 4. Februar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Entbindung eines Schöffen von der Dienstleistung (Voraussetzungen: Recht auf den gesetzlichen Richter; Dokumentation der Entscheidung).

Art. 101 Abs. 1 GG; § 54 Abs. 1, Abs. 3 GVG

**372. BGH 2 StR 496/14 – Beschluss vom 5. Februar 2015 (LG Marburg)**

Strafzumessung.

§ 46 Abs. 1 StGB

**373. BGH 2 StR 516/14 – Beschluss vom 27. Januar 2015 (LG Gießen)**

Urteilsbegründung (Darstellung der Strafzumessung).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

**374. BGH 2 ARs 402/14 2 AR 306/14 – Beschluss vom 5. Februar 2015**

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**375. BGH 2 ARs 418/14 2 AR 286/14 – Beschluss vom 13. Februar 2015**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand bei Nichtgewährung rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

**376. BGH 4 StR 178/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Essen)**

Gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern (unerlaubte Einreise von Asylbewerbern aus anderen EU-Staaten).

Art. 16a Abs. 1, Abs. 2 GG; § 96 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG

**377. BGH 4 StR 2/15 – Beschluss vom 26. Februar 2015 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**378. BGH 4 StR 233/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Essen)**

BGHSt; gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern (unerlaubte Einreise von Asylbewerbern aus anderen EU-Staaten: hier: Griechenland; Strafbarkeit trotz Wahrnehmung des Selbsttrittsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland; Begriff der Einreise).

Art. 16a Abs. 1, Abs. 2 GG; § 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 AufenthG; § 96 Abs. 1, Abs. 2 AufenthG; § 13 Abs. 2 AufenthG; Art. 31 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 („Genfer Flüchtlingskonvention“); Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 VO (EG) Nr. 343/2003 („Dublin II-VO“); Art. 20 VO (EG) 562/2006 (Schengener Grenzkodex)

**379. BGH 4 StR 37/15 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Detmold)**

Verhängung von Jugendstrafe (Vorliegen von schädlichen Neigungen beim Jugendlichen: Voraussetzungen).

§ 17 Abs. 2 JGG

**380. BGH 4 StR 293/14 – Urteil vom 26. Februar 2015 (LG Halle)**

Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos (Beweis von Indiztatsachen; Anforderungen an den Ableh-

nungsbeschluss; Beruhen auf einem fehlerhaften Ablehnungsbeschluss); tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen; revisionsrechtliche Kontrolle).

§ 244 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

**381. BGH 4 StR 328/14 – Beschluss vom 26. Februar 2015 (LG Frankenthal)**

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (erforderlicher Grad der Individualisierbarkeit).

§ 201a Abs. 1 StGB

**382. BGH 4 StR 391/14 – Beschluss vom 12. Februar 2015 (LG Bochum)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Berechnung der Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**383. BGH 4 StR 444/14 – Beschluss vom 24. Februar 2015 (LG Halle)**

Fortsetzung der Hauptverhandlung nach einem Befangenheitsgesuch.

§ 29 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO

**384. BGH 4 StR 498/14 – Beschluss vom 11. Februar 2015 (LG Landau)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit; Persönlichkeitsstörung; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Rechtsfrage, normative Gesamtbetrachtung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 21 StGB; § 63 StGB

**385. BGH 4 StR 516/14 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Stendal)**

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zum unerlaubten Handeltreiben mit einem Teil dieser Betäubungsmittel: Tateinheit zwischen Handeltreiben und Besitz zum Eigenkonsum).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

**386. BGH 4 StR 535/14 – Beschluss vom 12. März 2015 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**387. BGH 4 StR 548/14 – Beschluss vom 26. Februar 2015 (LG Dortmund)**

Körperverletzung (Begriff der Gesundheitsschädigung; psychische Einwirkungen als Körperverletzungen).

§ 223 Abs. 1 StGB

**388. BGH 4 StR 564/14 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Berlin)**

Urteilsbegründung (Begründung der Bildung einer Gesamtstrafe).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 54 StGB

**389. BGH 4 StR 570/14 – Beschluss vom 11. März 2015 (LG Bielefeld)**

Doppelverwertungsverbot.

§ 46 Abs. 3 StGB

**390. BGH 4 StR 573/14 – Beschluss vom 25. Februar 2015 (LG Magdeburg)**

Unerlaubter Besitz von Munition (Tateinheit).  
§ 52 Abs. 3 Nr. 2b WaffG; § 52 StGB

**391. BGH 4 StR 595/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Bielefeld)**

Belehrung über die eingeschränkte Bindungswirkung einer Verständigung; Bekanntgabe des Inhalts der Verständigung durch das Gericht (keine Pflicht zur Angabe einer zu erwartenden Strafe bei „streitiger“ Hauptverhandlung).  
§ 257c Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 StPO

**392. BGH 1 StR 20/15 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Augsburg)**

Zeugnisverweigerungsrecht (Genehmigung der Verwertung der Aussage im Ermittlungsverfahren durch den Zeugen: erforderliche Belehrung).  
§ 52 Abs. 1 StPO; § 252 StPO

**393. BGH 1 StR 216/14 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Mannheim)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Berechtigung zum Vorsteuerabzug).  
§ 370 Abs. 1 AO; § 15 UStG

**394. BGH 1 StR 302/13 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Landshut)**

BGHSt; unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Festlegung der nicht geringe Menge; nicht geringe Menge bei synthetischen Cannabinoiden; Begriff des Handelreibens); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Wertersatzverfall (unbillige Härte: Berücksichtigung der Umsatzsteuer bei der unerlaubten Lieferung von Betäubungsmitteln).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 1 UStG

**395. BGH 1 StR 564/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Nürnberg-Fürth)**

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

**396. BGH 1 StR 591/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Deggendorf)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.  
§ 44 StPO

**397. BGH 1 StR 640/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Würzburg)**

Rechtmäßigkeit der Revisionsentscheidung nach Beratung nach dem Vier-Augen-Prinzip.  
§ 349 StPO

**398. BGH 2 StR 150/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Aachen)**

Tat im prozessualen Sinne.  
§ 264 Abs. 1 StPO

**399. BGH 2 StR 163/14 – Urteil vom 7. Januar 2015 (LG Fulda)**

Schwerer Raub (Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme: Finalität; Voraussetzungen eines minder schweren Falls).  
§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1, Abs. 4 StGB

**400. BGH 2 StR 203/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Erfurt)**

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

**401. BGH 2 StR 204/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Erfurt)**

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (taugliche Widerstandshandlungen).  
§ 113 Abs. 1 StGB

**402. BGH 2 StR 224/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Wiesbaden)**

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines unbeendeten Versuchs).  
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**403. BGH 2 StR 259/14 – Urteil vom 7. Januar 2015 (LG Bonn)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von nicht abgeurteilten Straftaten).  
§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**404. BGH 2 StR 259/14 – Beschluss vom 7. Januar 2015 (LG Bonn)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von nicht abgeurteilten Straftaten).  
§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

Zwar ist es zulässig, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, dass der Angeklagte weitere nicht abgeurteilte Straftaten begangen hat. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die weiteren Taten prozessordnungsgemäß festgestellt sind. Das Abstellen auf einen bloßen Verdacht ist unzulässig. Die Taten müssen so konkret festgestellt sein, dass sie in ihrem wesentlichen Unwertgehalt abzuschätzen sind (vgl. BGH NJW 2014, 2514, 2516).

**405. BGH 2 StR 270/14 – Urteil vom 21. Januar 2015 (LG Köln)**

Erfolgreiche Aufklärungsrüge (tatrichterliche Aufklärungspflicht).  
§ 244 Abs. 2 StPO

**406. BGH 2 StR 290/14 – Urteil vom 14. Januar 2015 (LG Meiningen)**

Nachträgliche Urteilsberichtigung (Zulässigkeit).  
§ 267 StPO

**407. BGH 2 StR 352/14 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Bad Kreuznach)**

Räuberische Erpressung (Absicht der rechtswidrigen Bereicherung); unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Voraussetzung eines gewinnbringenden Umgang mit Betäubungsmitteln: Übergabe der Betäubungsmittel im Rahmen einer Schutzgelderpressung).  
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

**408. BGH 2 StR 374/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Bonn)**

Vorabentscheidung über den entscheidungsreifen Teil einer Revision (Beschleunigungsgrundsatz; kein Abwarten eines Anfrage- und Vorlageverfahrens).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 132 GVG

**409. BGH 2 StR 390/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Bedrohung (Verhältnis zur Nötigung).

§ 241 Abs. 1 StGB; § 240 StGB

**410. BGH 2 ARs 24/15 2 AR 15/15 – Beschluss vom 12. Februar 2015**

Verbindung von Strafverfahren, die in unterschiedlichen OLG-Bezirken anhängig sind.

§ 4 StPO

**411. BGH 2 ARs 275/14 2 AR 215/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015**

Örtliche Zuständigkeit im Jugendstrafverfahren (Wohnortwechsel des Angeklagten).

§ 42 Abs. 3 JGG

**412. BGH 2 ARs 349/14 2 AR 226/14 – Beschluss vom 22. Januar 2015**

Anhörungsrüge.

§ 33a StPO

**413. BGH 2 ARs 375/14 2 AR 220/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015**

Anhörungsrüge.

§ 33a StPO

**414. BGH 4 StR 408/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 (LG Kaiserslautern)**

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung: Darstellung im Urteil).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1

**415. BGH 4 StR 418/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Magdeburg)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Aussetzung einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr; Anforderungen an die Begründung einer nicht gewährten Aussetzung).

§ 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 4

**416. BGH 4 StR 420/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 (LG Dessau-Roßlau)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung in einem freisprechenden Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**417. BGH 4 StR 424/14 – Urteil vom 29. Januar 2015 (LG Siegen)**

Exhibitionistische Handlungen (Definition der exhibitionistischen Handlung; Ziel des sexuellen Lustgewinns).

§ 183 Abs. 1 StGB

**418. BGH 4 StR 433/14 – Urteil vom 29. Januar 2015 (LG München II)**

Mord (Heimtücke: Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit durch den Täter; niedrige Beweggründe: Selbstjustiz); Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos.

§ 211 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

**419. BGH 4 StR 514/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Essen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

**420. BGH 4 StR 519/14 – Beschluss vom 10. Februar 2015 (LG Landau)**

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**421. BGH 4 StR 541/14 – Beschluss vom 12. Februar 2015 (LG Hagen)**

Schwere Brandstiftung.

§ 306a Abs. 2 StGB

**422. BGH 4 StR 551/14 – Beschluss vom 12. Februar 2015 (LG Ansbach)**

Gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**423. BGH 4 StR 574/14 – Beschluss vom 28. Januar 2015 (LG Essen)**

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit: Wahrnehmung von Tathindernissen durch Täter).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**424. BGH 4 StR 585/14 – Beschluss vom 29. Januar 2015 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO