

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG 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. Hamburg; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-

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

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

Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

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. (Tsam-

bikakis & 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)

Publikationen

Prof. Dr. Pierre Hauck LL.M. (Sussex), Trier – **Fallstricke des Mordtatbestandes** S. 230

Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Frankfurt (Oder) – **Unionstreue trotz Verjährung, Anm. zu EuGH HRRS 2015 Nr. 1007** S. 239

RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München – **Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff** S. 243

RA Dr. Ricarda Christine Schelzke, Hamburg – **Ändert Jan Böhmermann das Strafgesetzbuch? Über die Abschaffung des § 103 StGB** S. 248

RA FAFamR JUDr. Friedrich Annohn, Nirgens im Allgäu – **Mindeststandards der Strafverteidigung** S. 253

Die Ausgabe umfasste eine Rezension.

Entscheidungen

EuGH **Strafbefehlsverfahren und Recht auf Übersetzung (Covaci)**

BVerfG **Anforderungen des Spezialitätsgrundsatzes (Fall Suarez)**

US CoA **Fall Suarez – begrenzte Bedeutung der Spezialität**

BVerfG **Auslieferung eines Tschetschenen an Russland**

BVerfG **Grundrechtsschutz und Europäischer Haftbefehl**

BGHSt **Tätige Reue auch bei § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB**

BGHSt **Beendigung beim vorsätzlichen Bankrott**

BGHR **Verlesbarkeit polizeilicher Observationsberichte**

BGH **Keine Rechtsfolgenlösung für Kannibalen**

BGH **Recht auf effektiven Verteidigerbeistand**

Die Ausgabe umfasst 119 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG 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. Hamburg); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; 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

17. Jahrgang, Mai 2016, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

397. EuGH C-216/14 – Urteil des EuGH (Erste Kammer) vom 15. Oktober 2015 (Gavril Covaci)

Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzung (Anwendbarkeit im Strafbefehlsverfahren; Verpflichtung, den Einspruch gegen einen Strafbefehl auf deutsch abzufassen); Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, hier Recht auf Unterrichtung über den Tatvorwurf; Anwendbarkeit im Strafbefehlsverfahren; Zustellung des Strafbefehls an Zustellungsbevollmächtigten; Vereinbarkeit der zweiwöchigen Einspruchsfrist gegen Strafbefehle, die über den Tatverdacht informieren, mit Art. 6 RL 2012/13

Art. 1 RL 2010/64/EU; Art. 2 RL 2010/64/EU; Art. 3 RL 2010/64/EU; Art. 2 RL 2012/13/EU; Art. 3 Abs. 1

lit. c RL 2012/13/EU; Art. 6 Abs. 1 und 3 RL 2012/13/EU; § 184 GVG; § 187 GVG; § 132 StPO; § 410 StPO

1. Die Art. 1 bis 3 der Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, nach der es im Rahmen eines Strafverfahrens dem Beschuldigten, an den ein Strafbefehl gerichtet wird, nicht gestattet ist, gegen den Strafbefehl in einer anderen als der Verfahrenssprache schriftlich Einspruch einzulegen, auch wenn er dieser Sprache nicht mächtig ist, nicht entgegenstehen, sofern die zuständigen Behörden nicht gemäß Art. 3 Abs. 3 dieser Richtlinie der

Auffassung sind, dass der Einspruch im Hinblick auf das betreffende Verfahren und die Umstände des Einzelfalls ein wesentliches Dokument darstellt (EuGH).

2. Art. 2, Art. 3 Abs. 1 Buchst. c und Art. 6 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren sind dahin auszulegen, dass sie einer Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, nach der ein im Rahmen eines Strafverfahrens Beschuldigter, der in diesem Mitgliedstaat keinen Wohnsitz hat, für die Zustellung eines an ihn gerichteten Strafbefehls einen Zustellungsbevollmächtigten benennen muss, nicht entgegenstehen, sofern der Beschuldigte tatsächlich über die volle Frist für einen Einspruch gegen den Strafbefehl verfügt (EuGH).

3. Der Einspruch gegen einen noch nicht rechtskräftigen Strafbefehl fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2010/64, so dass der Beschuldigte die Möglichkeit haben muss, das in der Richtlinie garantierte Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Anspruch zu nehmen. (Bearbeiter)

4. Art. 2 RL 2010/64 bezieht sich auf die mündliche Übersetzung mündlicher Ausführungen. Art. 3 der Richtlinie betrifft (nur) die schriftliche Übersetzung bestimmter, von den zuständigen Behörden in der Verfahrenssprache abgefasster Schriftstücke in die Sprache, die die betreffende Person versteht. (Bearbeiter)

5. Von den Mitgliedstaaten zu verlangen, dass sie stets für die Übersetzung jedweden Rechtsbehelfs aufkommen, den die Beschwerdeführer gegen eine an sie gerichtete gerichtliche Entscheidung einlegen, geht über die mit der Richtlinie 2010/64 verfolgten Ziele hinaus. (Bearbeiter)

6. Art. 2 RL 2010/64 gewährleistet die unentgeltliche Hinzuziehung eines Dolmetschers, wenn der durch einen nicht rechtskräftigen Strafbefehl Beschwerdeführer selbst mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle des zuständigen nationalen Gerichts Einspruch gegen den Strafbefehl einlegt oder wenn er schriftlich Einspruch einlegt und dabei einen Rechtsbeistand hinzuzieht, der die Abfassung des entsprechenden Schriftstücks in der Verfahrenssprache übernimmt. Art. 2 RL 2010/64 umgreift nicht den Fall, in dem der Beschwerdeführer selbst gegen einen Strafbefehl schriftlich Einspruch einlegen will, ohne einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen. (Bearbeiter)

7. Das in Art. 3 Abs. 1 und 2 RL 2010/64 vorgesehene Recht auf Übersetzung umfasst grundsätzlich nicht die schriftliche Übersetzung eines Schriftstücks wie des Einspruchs gegen einen Strafbefehl, den die betreffende Person in einer Sprache verfasst hat, derer sie mächtig, die aber nicht die Verfahrenssprache ist. (Bearbeiter)

8. Es ist Sache des für die Entscheidung über einen Einspruch gegen einen Strafbefehl zuständigen Gerichts, zu entscheiden, ob der schriftlich eingelegte Einspruch gegen einen Strafbefehl als wesentliches, d.h. der Übersetzung bedürftiges Dokument im Sinne der Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und 2 RL 2010/64 anzusehen ist. (Bearbeiter)

9. Das in Art. 1 RL 2012/13 vorgesehene Recht von Verdächtigen oder von beschuldigten Personen auf Belehrung über ihre Rechte in Strafverfahren und auf Unterrichtung über den gegen sie erhobenen Tatvorwurf umgreift zumindest zwei gesonderte Rechte. Zum einen müssen Verdächtige oder beschuldigte Personen gemäß Art. 3 RL 2012/13 mindestens über die in der RL aufgezählten Verfahrensrechte belehrt werden. Zum anderen müssen sie gem. Art. 6 der RL über den Tatvorwurf unterrichtet werden. (Bearbeiter)

10. Das Strafbefehlsverfahren fällt in den Anwendungsbereich der RL 2012/13. (Bearbeiter)

11. Die Zustellung eines Strafbefehls ist nach Art. 6 RL 2012/13 als eine Form der Unterrichtung über den Tatvorwurf anzusehen, so dass sie den Anforderungen dieses Artikels genügen muss. Art. 6 RL 2012/13 regelt nicht die Modalitäten der Unterrichtung über den Tatvorwurf. Diese Modalitäten dürfen jedoch nicht das u. a. mit Art. 6 RL 2012/13 angestrebte Ziel beeinträchtigen, das darin besteht, Personen, die der Begehung einer Straftat verdächtigt oder beschuldigt werden, die Vorbereitung ihrer Verteidigung zu ermöglichen und ein faires Verfahren zu gewährleisten. (Bearbeiter)

12. Art. 6 RL 2012/13 verlangt, dass der Beschuldigte über die volle zweiwöchige Einspruchsfrist verfügt, wenn ihm ein Strafbefehl zugestellt wird, der die Unterrichtung über den Tatvorwurf enthält. Diese Frist darf nicht durch die Zeitspanne verkürzt werden, die ein Zustellungsbevollmächtigter benötigt, um den Strafbefehl dem Adressaten zukommen zu lassen. (Bearbeiter)

399. BVerfG 2 BvR 175/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. März 2016 (OLG Frankfurt am Main)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; Schweizer Staatsangehöriger; „Verschwörung“ zu Steuerdelikten; Beachtung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes und des Völkerrechts; grundsätzliches Vertrauen in den ersuchenden Staat; Erschütterung des Vertrauens im Einzelfall); Grundsatz der Spezialität (Beachtung bereits im Zulässigkeitsverfahren; Gewährleistung des Spezialitätsgrundsatzes nicht nur auf Protest des ausliefernden Landes; Entscheidung „Suarez“; teilweises Auslieferungshindernis der fehlenden gegenseitigen Strafbarkeit; Tatbezogenheit des Auslieferungsrechts). Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 25 GG; § 33 IRG; § 73 IRG; Art. 22 Auslieferungsv-USA; Art. 27 Auslieferungsv-USA

1. Eine Auslieferung (hier: in die USA) darf nicht für zulässig erklärt werden, wenn nicht gewährleistet ist, dass der ersuchende Staat den Grundsatz der Spezialität – sofern nicht auf ihn verzichtet wurde – beachten wird. Diesen Anforderungen genügt es nicht, wenn die Praxis der Behörden oder Gerichte des ersuchenden Staates dahin geht, die Einhaltung des Grundsatzes der Spezialität von einem vorherigen einzelfallbezogenen Protest der Regierung des ersuchten Staates abhängig zu machen. (BVerfG)

2. Im Auslieferungsverfahren haben die deutschen Gerichte zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte des ersuchenden Staates mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen und dem nach Art. 25 GG verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard vereinbar sind. Letzteres gilt insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind. (Bearbeiter)

3. Allerdings ist dem ersuchenden Staat im Auslieferungsverkehr grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Dies gilt in besonderem Maße gegenüber den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, im Grundsatz jedoch auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr. (Bearbeiter)

4. Das Vertrauen kann jedoch durch entgegenstehende konkrete Anhaltspunkte erschüttert werden. In diesem Fall ist das über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Gericht verpflichtet, zu prüfen, ob die Grenzen des Auslieferungsverkehrs tatsächlich gewahrt sind. Dafür können auch Ermittlungen zur Rechtslage und Praxis im ersuchenden Staat erforderlich sein. (Bearbeiter)

5. Die Gerichte haben insbesondere zu prüfen, ob die Beachtung des Grundsatzes der Spezialität, der zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts gehört und dessen Geltung im Auslieferungsverkehr mit den USA auch völkervertraglich vereinbart ist, im Einzelfall gewährleistet ist. (Bearbeiter)

6. Angesichts der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten des Auszuliefernden gegen die Bewilligungsentscheidung der Bundesregierung müssen die Auslieferungsvoraussetzungen – einschließlich des Spezialitätsgrundsatzes – bereits im Rahmen der Zulässigkeitsentscheidung umfänglich geprüft werden. (Bearbeiter)

7. Eine Auslieferungsentscheidung wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht, wenn sie nicht berücksichtigt, dass die Gerichte im Zielstaat angesichts einer dort ergangenen Rechtsprechung (hier: Entscheidung „Suarez“ in den USA) den Grundsatz der Spezialität im Einzelfall nicht mehr ohne Weiteres, sondern nur noch nach entsprechendem Protest des ausliefernden Landes beachten. (Bearbeiter)

8. Insoweit genügt es auch nicht, dass sich bei einem Auslieferungsersuchen der USA, dem der amerikanische Straftatbestand der Verschwörung zu Einkommenssteuerdelikten Dritter zugrunde liegt, die amerikanischen Behörden bewusst sind, dass dem Auszuliefernden nach deutschem Recht nur solche Taten zugerechnet werden können, an denen er mit konkreten Tatbeiträgen beteiligt war, so dass nach dem Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit eine Auslieferung nur für einen Teil der Fälle in Frage kommt, für den ein entsprechender Tatbeitrag dargelegt ist. (Bearbeiter)

398. United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 14-2378-cr – Urteil vom 30. Juni 2015 (U.S. v. Yesid Rios Suarez)

Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes bei Auslieferung in die USA (Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht;

Klagebefugnis; Zusicherungen; völkerrechtlicher Protest).

1. Die Zusicherung der Spezialität tangiert nur das Verhältnis des ersuchenden und des ersuchten Staates.

2. Verstöße gegen den Spezialitätsgrundsatz nach erfolgter Einlieferung in die USA kann der strafrechtlich Verfolgte in den USA deshalb nur dann geltend machen, wenn der ersuchte Staat zuvor völkerrechtlichen Protest gegenüber den USA eingelegt hat.

3. Dieser Protest ist erst während oder nach dem Strafverfahren gegen den Eingelieferten in den USA möglich.

400. BVerfG 2 BvR 348/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2016 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger afghanischer Herkunft; völkerrechtlicher Mindeststandard; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates; Asylgrundrecht; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; eigenständige Prüfung von Asylgründen im Auslieferungsverfahren; Beiziehung der Asylverfahrensakten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 16a Abs. GG; Art. 25 GG; Art. 3 EMRK; § 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbK

1. Eine Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte des ersuchenden Staates müssen mit dem nach Art. 25 GG verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar sein. Insbesondere darf die dem Auszuliefernden drohende Strafe oder Behandlung nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein.

2. Im Auslieferungsverkehr ist dem ersuchenden Staat hinsichtlich der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Daher sind völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Garantie nicht eingehalten wird.

3. Etwaige Zweifel an der Einhaltung der Zusicherung können auch dadurch zerstreut werden, dass der ersuchende Staat eine Garantie abgibt, den Mitarbeitern der Deutschen Botschaft werde jederzeit die Möglichkeit gegeben, den Verfolgten nach seiner Auslieferung in der Vollzugsanstalt zu besuchen, um die Einhaltung der abgegebenen Garantien zu kontrollieren.

4. Die Zusicherung der Spezialität der Strafverfolgung ist in der Regel als ausreichende Garantie gegen eine drohende politische Verfolgung des Auszuliefernden anzusehen.

5. Die Gerichte sind in Auslieferungssachen allerdings berechtigt und verpflichtet, die Voraussetzungen politischer Verfolgung eigenständig und unabhängig von der

Entscheidung im Asylverfahren, dessen Ausgang nicht abgewartet werden muss, zu prüfen. Hierzu sind regelmäßig die Akten des Asylverfahrens beizuziehen.

406. BVerfG 2 BvR 2486/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Februar 2016 (OLG München)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; völkerrechtlicher Mindeststandard; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; gerichtliche Aufklärungspflicht; Auslieferungsschutz in Österreich als Anhaltspunkt für eine der Auslieferung entgegenstehende drohende Verfolgung im ersuchenden Staat; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; Art. 3 EMRK

1. Im Auslieferungsverfahren haben die deutschen Gerichte aufzuklären, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte des ersuchenden Staates mit dem nach Art. 25 GG verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar sind. Insbesondere darf die dem Auszuliefernden drohende Strafe oder Behandlung nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein.

2. Der Umstand, dass einem Auszuliefernden in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union – hier: in Österreich – Schutz vor einer Auslieferung bewilligt worden ist und auch gegenwärtig noch bewilligt wird, ist grundsätzlich ein deutlicher Anhaltspunkt dafür, dass ihm eine Behandlung drohen könnte, die seine Auslieferung unzulässig machen würde.

3. Allerdings ist dem ersuchenden Staat im Auslieferungsverkehr hinsichtlich der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Daher sind völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Garantie nicht eingehalten wird. Dies gilt insbesondere auch für die Zusicherung der Spezialität der Strafverfolgung.

4. Etwaige Zweifel an der Einhaltung der Zusicherung können auch dadurch zerstreut werden, dass der ersuchende Staat eine Garantie abgibt, den Mitarbeitern der Deutschen Botschaft werde jederzeit die Möglichkeit gegeben, den Verfolgten nach seiner Auslieferung in der Vollzugsanstalt zu besuchen, um die Einhaltung der abgegebenen Garantien zu kontrollieren.

401. BVerfG 2 BvR 468/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2016 (KG)

Einstweilige Aussetzung der Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen an die Republik Polen aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Vertrauensschutz bei maßgeblichem Inlandsbezug; Abwägung im Einzelfall bei Handlung im Inland und Erfolgseintritt im Ausland).

Art. 16 Abs. 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb; § 80 Abs. 1 IRG

1. Mit dem grundsätzlichen Auslieferungsverbot des Art. 16 Abs. 2 GG sollen die Rechtssicherheit und das Vertrauen des von einer Auslieferung betroffenen Deutschen in die eigene Rechtsordnung gewahrt werden. Dieses Vertrauen ist vor allem dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungssuchen zugrundeliegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug aufweist.

2. Ein maßgeblicher Inlandsbezug, der regelmäßig ein Auslieferungshindernis entstehen lässt, ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn Handlungs- und Erfolgsort im Wesentlichen auf deutschem Staatsgebiet liegen. Wer hingegen in einer anderen Rechtsordnung handelt, indem er die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union begeht oder dort einen Taterfolg herbeiführt, muss damit rechnen, auch dort zur Verantwortung gezogen zu werden.

3. Einer konkreten Abwägung im Einzelfall bedarf es immer dann, wenn der Beschuldigte ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt hat, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist. In diesen Fällen sind insbesondere das Gewicht des Tatvorwurfs und die praktischen Erfordernisse einer effektiven Strafverfolgung mit den grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen.

4. Bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl hat der Gesetzgeber, soweit er nicht bereits seine Spielräume für eine tatbestandliche Konkretisierung nutzt, dafür Sorge zu tragen, dass die das Gesetz ausführenden Stellen in einem Auslieferungsfall in eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen eintreten.

5. Es liegt nicht fern, dass ein Gericht die Bedeutung des Grundrechts aus Art. 16 Abs. 2 GG erkennt, wenn es ohne detaillierte Abwägung im Einzelfall die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Polen zulässt, dem ein dort begangenes vorsätzliches Tötungsdelikt vorgeworfen wird, welches allerdings in Deutschland geplant, vorbereitet und möglicherweise auch bereits begonnen worden ist, indem das Tatopfer in Deutschland betäubt und erst dann mit dem Ziel der Tötung nach Polen verbracht worden ist.

402. BVerfG 2 BvR 496/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2016 (OLG München / LG Landshut)

Strafbewehrte Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (Zulässigkeit einer Abstinenzweisung bei einem Suchtkranken; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Zweckerreichung; Abwägung im Einzelfall; Zumutbarkeit; Therapiebereitschaft; Erfolgsaussicht; Fähigkeit zur Abstinenz; Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 56c StGB; § 68b Abs. 1 Nr. 10 StGB; § 68b Abs. 3 StGB; § 145a StGB

1. Eine Weisung, keine Betäubungsmittel zu konsumieren, beinhaltet für sich genommen keinen Verstoß gegen Grundrechte und bedeutet insbesondere keine unwürdige, die Subjektqualität des Menschen in Frage stellende Behandlung. Dies gilt gleichermaßen für Abstinenzweisungen im Rahmen der Bewährungs- wie auch der Führungsaufsicht.

2. Eine Abstinenzweisung muss im Einzelfall verhältnismäßig sein. Dies setzt eine Abwägung zwischen den betroffenen Gemeinwohlbelangen und den Rechten des Verurteilten voraus. Erhöhte Anforderungen sind dabei an strafbewehrte Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht zu stellen.

3. Ohne Weiteres zulässig sind Abstinenzweisungen regelmäßig gegenüber zum Verzicht auf den Konsum von Alkohol oder anderer Suchtmitteln fähigen Personen, von denen im Falle des erneuten Konsums erhebliche, die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit betreffende Straftaten zu erwarten sind.

4. Hingegen ist bei nicht- oder erfolglos therapierten langjährigen Suchtkranken eine Abwägung erforderlich, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, inwieweit die Aussicht besteht, den mit der Abstinenzweisung verfolgten Zweck zu erreichen, ob und inwieweit der Suchtkranke sich Therapieangeboten geöffnet hat und welche Straftaten im Falle weiteren Suchtmittelkonsums zu erwarten sind.

5. Unverhältnismäßig ist eine Abstinenzweisung bei einem seit seiner Jugendzeit durchgängig Suchtkranken, bei dem zahlreiche Entgiftungen und Langzeitentwöhnungstherapien erfolglos geblieben sind und bei dem nicht erkennbar ist, ob er krankheitsbedingt überhaupt in der Lage ist, sich weisungsgemäß zu verhalten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Betroffene in jüngerer Zeit ausschließlich wegen Besitzes von Betäubungsmitteln verurteilt worden ist, ohne dass ein konkret drittschädigendes Verhalten ersichtlich geworden ist.

403. BVerfG 2 BvR 566/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. März 2016 (OLG Frankfurt am Main / LG Gießen)

Verfassungswidrige Unterbringung eines Strafgefangenen (Haftraumgröße zwischen 4,5 m² und 6 m²; Recht auf effektiven Rechtsschutz; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Gesamtabwägung der Haftbedingungen im Einzelfall; Feststellung entscheidungserheblicher Umstände; Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte; Orientierungswert für Gemeinschaftshaft Räume; keine Übertragbarkeit auf Einzelhaft Räume; keine Einschränkung grundrechtlicher Vorgaben durch weniger strenges Konventionsrecht; Vorgaben der Menschenwürdegarantie für die Zellengröße).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 3 EMRK; Art. 53 EMRK

1. Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG, das Rechtsstaatsprinzip und das jeweils materiell berührte Grundrecht sind verletzt, wenn ein Gericht eine eingreifende Maßnahme im Strafvollzug ohne zureichende Sachverhaltsaufklärung als rechtmäßig bestätigt. Bestreitet ein Gefangener die Sachverhaltsdarstellung der Vollzugsanstalt, so darf das Gericht seiner Entscheidung nicht ohne weiteres die Ausführungen der Anstalt zugrunde legen.

2. Wendet sich ein Strafgefangener gegen seine Unterbringung in einem als „Schlauchzelle“ bezeichneten Haftraum, dessen Größe er mit etwa 4,5 m² und die Anstalt mit etwa 6 m² angibt, so verletzt die Strafvollstreckungskammer ihre Sachaufklärungspflicht, wenn sie sich zwar einen Eindruck von einer entsprechende Zelle verschafft, ohne jedoch die genaue – und auch von der Kammer für entscheidungserheblich erachtete – Größe der konkreten Zelle festzustellen.

3. Eine Rechtsbeschwerdeentscheidung wird den verfassungsgerichtlichen Anforderungen nicht gerecht, wenn sie zu dem Ergebnis gelangt, die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer sei bei einer Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls auch dann nicht zu beanstanden, wenn die Haftraumfläche lediglich etwa 4,5 m² betragen haben sollte, ohne dass ausreichende Feststellungen – insbesondere zu Arbeits- oder Aufschlusszeiten – getroffen sind, die in eine solche Gesamtbetrachtung einzufließen hätten.

4. Die Auffassung, hinsichtlich der Mindestgröße für Einzelhaft Räume sei von einem Orientierungswert von 4 m² auszugehen, begegnet gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken. Soweit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein solcher Wert genannt wird, dürfte sich dies lediglich auf Gemeinschafts- und nicht auf Einzelhaft Räume beziehen.

5. Mit Blick auf die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, die durch weniger strenge konventionsrechtliche Vorgaben ohnehin nicht beschränkt werden könnte, liegt die Unterbringung eines Gefangenen in einem Haftraum mit nur wenig über 6 m² Grundfläche an der unteren Grenze des Hinnehmbaren. Die dauerhafte Unterbringung in einem Haftraum mit einer Größe von etwa 4,5 m² ist mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar; bei einer Unterbringung von mehreren Wochen liegt ein Verfassungsverstoß jedenfalls nahe, weshalb eine umfassende Aufklärung der weiteren Haftbedingungen in besonderem Maße geboten ist.

404. BVerfG 2 BvR 746/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2016 (OLG Hamm / LG Arnsberg)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Nichteinhaltung der gesetzlichen Überprüfungsfrist; Sicherstellung einer rechtzeitigen Entscheidung; Darlegung der Gründe einer Fristüberschreitung in der Fortdauerentscheidung; verfahrensrechtliche Absicherung des Freiheitsgrundrechts).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67e Abs. 2 StGB

1. Die gesetzlichen Vorschriften über die regelmäßige Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Sicherungsverwahrung dienen der Wahrung des Übermaßverbots bei der Beschränkung des Freiheitsgrundrechts. Das Vollstreckungsgericht muss eine rechtzeitige Entscheidung vor Ablauf der Überprüfungsfrist sicherstellen und dabei berücksichtigen, dass der Betroffene in aller Regel persönlich anzuhören und gegebenenfalls sachverständig zu begutachten ist.

2. Im Falle einer Überschreitung der – vom Beginn der Unterbringung an laufenden – Überprüfungsfrist hat das Vollstreckungsgericht die Gründe der Fristüberschreitung in der Fortdauerentscheidung darzulegen. Dies dient der verfahrensrechtlichen Absicherung des Freiheitsgrundrechts und soll eine Überprüfung ermöglichen, ob die Fristüberschreitung trotz sorgfältiger Führung des Verfahrens zustande kam oder ob sie auf einer Fehlhaltung gegenüber dem das Grundrecht sichernden Verfahrensrecht beruhte.

405. BVerfG 2 BvR 2427/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2016 (OLG Hamm / LG Düsseldorf)

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlichen Regelung in Nordrhein-Westfalen; Pflicht der Fachgerichte zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Amts wegen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Grund-

satz der materiellen Subsidiarität; Erhebung einer Rechtsbeschwerde in zulässiger Weise).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 17 Abs. 3 MaßregelvollzG NW

1. An der Verfassungsmäßigkeit des § 17 Abs. 3 Satz 1 Maßregelvollzugsgesetz Nordrhein-Westfalen bestehen im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Voraussetzungen einer Eingriffsgrundlage für die Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug Zweifel.

2. Jedenfalls nachdem die wesentlichen Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen einer Zwangsbehandlung verfassungsgerichtlich geklärt sind, ist von den Fachgerichten zu erwarten, dass sie diese Maßstäbe im Auge behalten und die Vereinbarkeit der jeweiligen landesrechtlichen Rechtsgrundlagen mit dem Grundgesetz von Amts wegen und unabhängig von einer Rüge des Betroffenen prüfen.

3. Um dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu genügen, muss der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht nur formell erschöpfen, sondern alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen. Hieran fehlt es, wenn eine Rechtsbeschwerde nicht in zulässiger Weise erhoben worden ist.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

436. BGH 2 StR 346/15 – Urteil vom 16. März 2016 (LG Meiningen)

Mittäterschaft wegen Betruges (Bedeutung des Tatbeitrages).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB

1. Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen (BGH NStZ 2006, 454). Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Beteiligten abhängen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 37, 289, 291 mwN; BGHSt – GS – 50, 252, 266 mwN; BGH NStZ

2000, 482, 483). Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr.; vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 39, 56 und 58).

2. Ergeben sich nach den Feststellungen gewichtige Anhaltspunkte, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit lediglich wegen Beihilfe sprechen, ist eine an diesem Maßstab ausgerichtete umfassende Prüfung im Urteil geboten. So liegt es, wenn eine zuvor als Reinigungskraft beschäftigte Angeklagte „überredet“ werden musste, in einem Schreiben zum Schein als Inhaberin einer Firma zu unterschreiben.

427. BGH 2 StR 123/15 – Beschluss vom 7. März 2016 (LG Stralsund)

Grenzen der sukzessiven Mittäterschaft.

§ 25 Abs. 2 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zieht bei einem Geschehen, welches schon vollständig abge-

geschlossen ist, das Einverständnis des später Hinzutretenden trotz Kenntnis, Billigung oder Ausnutzung der durch den anderen Mittäter geschaffenen Lage eine strafbare Verantwortung für das bereits abgeschlossene Geschehen nicht nach sich (st. Rspr.).

460. BGH 4 StR 7/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Siegen)

Mittäterschaft (Voraussetzungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 25 Abs. 2 StGB

1. Die tatgerichtliche Bewertung der Beteiligungsform ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle zugänglich (st. Rspr.).

2. Mittäterschaft erfordert nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt (vgl. BGH NStZ 2009, 25). Mehrere können eine Tat sogar dann gemeinschaftlich begehen, wenn sie einander nicht kennen (vgl. BGH NStZ 2010, 342, 343).

428. BGH 2 StR 213/15 – Urteil vom 17. Februar 2016 (LG Trier)

Totschlag (Eventualvorsatz: äußerst gefährliche Gewalthandlungen als Indiz, Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung); Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch bei mehraktigem Geschehen).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Zwar liegt es bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen, und dass er, weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt und fortsetzt, einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH NStZ 2014, 35). Der Schluss von einer besonders gefährlichen Gewalthandlung auf einen bedingten Tötungsvorsatz ist jedoch nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch die im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die den Vorsatz in Frage stellen können (vgl. BGH NStZ 2015, 516, 517). Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Täter die Gefahr des Eintritts eines tödlichen Erfolgs ausnahmsweise nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten, ist der Tatrichter verpflichtet, sich hiermit auseinander zu setzen (vgl. BGH NStZ 2016, 25, 26).

2. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn es dem Täter tatsächlich unmöglich ist, den erstrebten Erfolg in unmittelbarem Fortgang des Geschehens noch herbeizuführen, und er dies erkennt (vgl. BGHSt 34, 53, 56). Bei einem mehraktigen Geschehen ist der Rücktritt vom Versuch hinsichtlich eines Einzelakts nur ausgeschlossen, wenn dieser Teilakt bereits als fehlgeschlagener Versuch zu werten ist (vgl. BGHSt 41, 368, 369). Sind die Einzelakte jedoch untereinander und mit der letzten Tathandlung durch die subjektive Zielrichtung des Ange-

klagten zu einem einheitlichen Geschehen verbunden, kommt es für die Beurteilung der Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, allein auf die subjektive Sicht des Angeklagten nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (vgl. BGH NStZ 2007, 399).

478. BGH 3 StR 5/16 – Beschluss vom 23. Februar 2016 (LG Oldenburg)

Anforderungen an die Urteilsfeststellungen bei in Betracht kommendem Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (beendeter/unbeendeter Versuch; Fehlschlag; Rücktrittshorizont; Vorstellung im Rücktrittszeitpunkt; Freiwilligkeit).

§ 24 StGB

1. Sind an einer Tat mehrere beteiligt, so wird gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Diese Verhinderungsleistung kann indes schon darin zu sehen sein, dass die Beteiligten es einvernehmlich unterlassen, weiter zu handeln. Ob darin ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch gesehen werden kann, hängt wiederum entscheidend von dem Vorstellungsbild der Täter nach der letzten von ihnen vorgenommenen Ausführungshandlung ab: Gehen sie zu diesem Zeitpunkt davon aus, noch nicht alles getan zu haben, was nach ihrer Vorstellung zur Herbeiführung des Taterfolgs erforderlich oder zumindest ausreichend ist und liegt mithin ein unbeendeter Versuch vor, so können sie durch bloßes Nichtweiterhandeln zurücktreten.

2. Lässt sich das Vorstellungsbild der Täter im maßgeblichen Zeitpunkt, das auch für die Beurteilung der Freiwilligkeit eines Rücktritts von Bedeutung ist, den Feststellungen nicht entnehmen, so hält das Urteil insoweit sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand, weil es die revisionsrechtliche Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts nicht ermöglicht.

423. BGH 1 StR 659/15 – Beschluss vom 18. Februar 2016 (LG Kempten)

Schuldunfähigkeit (Anwendung des Zweifelssatzes; in dubio pro reo).

§ 20 StGB

Bleiben nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht behebbare tatsächliche Zweifel bestehen, die sich auf die Art und den Grad des psychischen Ausnahmezustandes beziehen, ist zugunsten des Täters für eine Schuldunfähigkeit zu entscheiden (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 71 mwN).

461. BGH 4 StR 134/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Essen)

Tatmehrheit (eigenständige Bestimmung für jeden Tatbeteiligten: Zahl der eigenen Handlungen).

§ 53 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Zahl der rechtlich selbständigen Handlungen im Sinne von § 53 Abs. 1 StGB bei Zusammenarbeit mehrerer Beteiligter im Rahmen einer Tatserie für jeden Täter regelmäßig nach der Zahl seiner eigenen Handlungen zur Verwirklichung der Einzeldelikte. Wirkt ein Täter an einzelnen Taten selbst nicht unmittelbar mit,

sondern erschöpfen sich seine Tatbeiträge hierzu im Aufbau und der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebs“, sind diese Tathand-

lungen als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat zusammenzufassen (st. Rspr.).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

462. BGH 4 StR 390/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Frankfurt (Oder))

BGHSt; Angriff auf den Luft- und Seeverkehr (Möglichkeit der tätigen Reue: Tätigkeitsdelikt).

§ 316c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB, § 320 Abs. 1 StGB, § 49 Abs. 2 StGB

Die fakultative Strafmilderung wegen tätiger Reue nach § 320 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 2 StGB kommt auch bei einer Verurteilung wegen Angriffs auf den Luft- und Seeverkehr im Sinne der Vorschrift des § 316c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB in Betracht, bei der Vollendung bereits mit Ausführung der Tathandlung eintritt. (BGHSt)

506. BGH 5 StR 504/15 – Urteil vom 6. April 2016 (LG Dresden)

Mord zur Befriedigung des Geschlechtstriebes (Kannibalismus; Einverständnis des Opfers mit der Tötung; Rechtsfolgenlösung; kein „Sonderstrafrahmen“ für minder schwere Fälle; Tötung auf Verlangen; Versagung der Strafmilderung); widersprüchliche Beweiswürdigung bei der Feststellung der Umstände des Todes durch Erhängen; Konkurrenzverhältnis zwischen Mord und Störung der Totenruhe.

§ 211 StGB; § 216 StGB; § 168 StGB; § 261 StPO

1. Die vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretene sog. „Rechtsfolgenlösung“ zur Einschränkung des Mordtatbestandes eröffnet nicht allgemein einen Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle. Vielmehr müssen Entlastungsfaktoren vorliegen, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben und zu einem Grenzfall führen, in dem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre.

2. Bei einer Tötung, die primär zur Befriedigung des Geschlechtstriebes erfolgt, sind die Voraussetzungen einer Strafmilderung im Sinne der „Rechtsfolgenlösung“ regelmäßig auch dann nicht erfüllt, wenn seitens des Opfers ein Todeswunsch gegeben ist. Eine Einwilligung kann bei einer vorsätzlichen Tötung unter den engen Voraussetzungen des § 216 StGB – die das Tatgericht vorliegend rechtsfehlerfrei verneint hat – Bedeutung erlangen und die Tat in einem milderen Licht erscheinen lassen.

507. BGH 5 StR 516/15 – Beschluss vom 14. März 2016 (LG Potsdam)

Täuschung und Irrtum beim potentiell betrügerischen Vertrieb gefälschter Arzneimittel im Internet (für

überwiegend wahrscheinlich-Halten der Wahrheit durch das Opfer; Vorsatz).

§ 263 StGB

Beim Vertrieb gefälschter Arzneimittel scheidet ein vollendeter Betrug mangels Irrtum der Käufer regelmäßig aus, wenn diese es für zumindest überwiegend wahrscheinlich halten, ein gefälschtes Produkt zu erwerben. Ist der von den Verkäufern genutzte Internetauftritt nach Ansicht des Tatgerichts nicht geeignet, die Erwerber über die Echtheit der vertriebenen Produkte zu täuschen, kann überdies die Täuschung sowie – mit Blick auf den versuchten Betrug – der Irrtumsvorsatz zweifelhaft sein.

499. BGH 5 StR 68/16 (alt: 5 StR 296/14) – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Berlin)

Sorgfaltswidrigkeit einer ohne fremde Hilfe durchgeführten Geburt.

§ 222 StGB

Der Senat muss nicht entscheiden, ob – wofür viel spricht – schon allein die Entscheidung einer erstgebärenden und hinsichtlich des Geburtsverlaufs völlig unerfahrenen Frau, ihr Kind ohne fremde Hilfe zur Welt zu bringen, angesichts der damit offensichtlich verbundenen Gefahren für das Kind sorgfaltswidrig ist (vgl. BGH HRRS 2010 Nr. 38). Das ist jedenfalls zu bejahen, wenn die Angeklagte an einer Blutgerinnungsstörung leidet und bereits einmal während einer Regelblutung ohnmächtig wurde.

487. BGH 3 StR 538/15 – Beschluss vom 9. Februar 2016 (LG Verden)

Schwerer Bandendiebstahl (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; „Tipgeber“)

§ 242 StGB; § 244a StGB

1. Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Diebstähle nach § 242 Abs. 1, § 244a Abs. 1 StGB zu begehen, hat dies nicht zur Folge, dass jede von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Tat den anderen Bandenmitgliedern ohne Weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

2. Wer lediglich einen Hinweis auf ein in Betracht kommendes Tatobjekt gibt, in das dann später andere

Bandenmitglieder ohne den „Tippgeber“ einbrechen, ist regelmäßig nur wegen Beihilfe bzgl. dieser Tat strafbar.

485. BGH 3 StR 524/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Aurich)

Gefährliche Körperverletzung (Begehung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich; Erfordernis eines gemeinsamen Einwirkens auf das Opfer bei der Begehung der Körperverletzungshandlung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB verwirklicht, wer die Tat mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begeht. Dabei wird weder Eigenhändigkeit noch Mittäterschaft vorausgesetzt; ausreichend ist vielmehr schon das gemeinsame Wirken eines Täters und eines Gehilfen bei der Begehung einer Körperverletzung. Ein solches gemeinsames Einwirken auf das Opfer bei der Begehung der Körperverletzungshandlung liegt nicht bereits darin, dass zwei Beteiligte gemeinsam an dem am Boden liegenden Opfer ziehen, nachdem es von einem Täter zu Boden geschlagen wurde.

508. BGH 5 StR 584/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Cottbus)

Bestechlichkeit (Einfließenlassen von zugewandten Vorteilen bei der Ermessensausübung; Regelbeispiel;

Vorteil großen Ausmaßes; Übertragung der Grundsätze vom Betrug und der Steuerhinterziehung).

§ 332 StGB; § 335 StGB

Der Senat hält es für sachgerecht, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ im Sinne des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Variante 1 StGB und zur Steuerverkürzung sowie der Erlangung von Steuervorteilen „in großem Ausmaß“ nach § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO, in denen er das Bedürfnis nach Rechtssicherheit hervorgehoben und die Wertgrenze nach objektiven Kriterien auf jeweils grundsätzlich 50.000 € festgesetzt hat, auf die Bemessung des „Vorteils großen Ausmaßes“ nach § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu übertragen.

441. BGH 2 StR 450/15 – Urteil vom 9. März 2016 (LG Mühlhausen)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Voraussetzungen).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Zwar kann bei einmaligem Sicherverschaffen mehrerer gestohlener Gegenstände aus deren späterer sukzessiven Veräußerung im Einvernehmen mit dem Vortäter nicht ohne Weiteres auf Gewerbsmäßigkeit geschlossen werden. Nicht erforderlich ist es jedoch, dass der Angeklagte den Betrieb eines „kriminellen Gewerbes“ plant und seinen Lebensunterhalt dauerhaft ganz oder jedenfalls teilweise hierdurch bestreiten will.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

418. BGH 1 StR 526/15 – Urteil vom 15. März 2016 (LG Ansbach)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (abweichendes Sexualverhalten als schwere andere seelische Abartigkeit: Gesamtbetrachtung; Gefährlichkeitsprognose: schwere Störung des Rechtsfriedens durch zu erwartende Straftaten).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Ein abweichendes Sexualverhalten, wie es für den Angeklagten in Form einer Pädophilie festgestellt worden ist, kann nicht ohne Weiteres einer schweren Persönlichkeitsstörung gleichgesetzt und dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit i.S.v. §§ 20, 21 StGB zugeordnet werden (st. Rspr.). Eine festgestellte Pädophilie kann aber im Einzelfall eine schwere andere seelische Abartigkeit und eine hierdurch erheblich beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit begründen, wenn Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz der devianten Handlungen, Ausbau des Raffinements und gedankliche Einengung des Täters auf diese Praktik auszeichnen.

2. Ob die sexuelle Devianz in Form einer Pädophilie einen Ausprägungsgrad erreicht, der dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit zugeordnet werden kann und dann regelmäßig eine erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit nahelegt (vgl. dazu BGH, NStZ 2015, 688), ist aufgrund einer Gesamtschau der Täterpersönlichkeit und seiner Taten zu beurteilen (vgl. BGH NStZ 2001, 243, 244). Dabei kommt es darauf an, ob die sexuellen Neigungen die Persönlichkeit des Täters so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufzubringen vermag.

3. Für die Gefährlichkeitsprognose im Rahmen von § 63 StGB kommt es darauf an, dass die zukünftig zu erwartenden Straftaten eine schwere Störung des Rechtsfriedens befürchten lassen. Die den Anlass der Unterbringung bildenden verfahrensgegenständlichen Taten müssen dabei selbst nicht erheblich sein (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 76 f.). Allerdings müssen nach geltendem Recht die zukünftig zu erwartenden Straftaten, um schwere Störungen des Rechtsfriedens besorgen zu lassen, grundsätzlich zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein (st. Rspr.).

4. Das ist bei Taten wie dem Besitz und dem Verbreiten von Kinderpornographie der Fall (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 339, 340) und gilt für „hands-on-Delikte“ zu Lasten von Kindern erst recht.

5. Dafür kommt es auf eine individuelle Prognose auf der Grundlage einer differenzierten Einzelfallanalyse an. Dabei ist es bei entsprechenden Anknüpfungstatsachen möglich, individualprognostisch die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Straftaten anzunehmen, die den Anlasstaten nicht entsprechen, sondern – wie Sexualdelikte zu Lasten von Kindern mit körperlichem Kontakt (hands-on-Delikte) – über diese im Unrechtsschweregrad hinausgehen.

512. BGH 5 ARs 50/15 – Beschluss vom 1. März 2016 (BGH)

Anfrageverfahren (selbst zu verantwortende Trunkenheit; Strafrahmenverschiebung; Festhalten an bisheriger Rechtsprechung).

§ 21 StGB; § 49 StGB; § 132 GVG

Der Senat hält entgegen der Ansicht des anfragenden Senates an seiner Rechtsprechung fest, wonach es im Falle selbst zu verantwortender Trunkenheit in der Regel gegen eine Strafrahmenverschiebung spricht, wenn sich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls infolge der Alkoholisierung das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant erhöht hat.

459. BGH 4 StR 54/16 – Beschluss vom 1. März 2016 (LG Essen)

Strafzumessung (Berücksichtigung der vom Angeklagten nicht zu vertretenen Art der Tatausführung).

§ 46 StGB

Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten nicht oder nur eingeschränkt zur Last gelegt werden, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht zu vertretenden geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 140).

471. BGH 4 StR 586/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Detmold)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Tat und Hang, berausende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).

§ 64 StGB

1. Für die Bejahung eines symptomatischen Zusammenhangs zwischen Tat und Hang im Sinne des § 64 StGB ist es ausreichend, dass der Hang – gegebenenfalls neben anderen Umständen – mit dazu beigetragen hat, dass der Täter die Tat begangen hat. Ein solcher Zusammenhang ist typischerweise gegeben, wenn die Straftat unmittelbar oder mittelbar auch der Beschaffung von Drogen für den Eigenkonsum dient.

2. Der für eine Anordnung nach § 64 StGB erforderliche symptomatische Zusammenhang zwischen dem Hang und der bzw. den Anlasstaten muss sicher feststehen und es bedarf hierfür bei Taten, die nicht auf die Erlangung von Rauschmitteln selbst oder von Geld zu deren Beschaffung abzielten, besonderer, diese Feststellung begründender Umstände. Auch hält der Senat daran fest, dass es an einem solchen Zusammenhang fehlt, wenn die Taten allein zur Finanzierung des allgemeinen Lebensbedarfs oder zur Gewinnerzielung bestimmt waren.

488. BGH 3 StR 547/15 – Beschluss vom 23. Februar 2016 (LG Oldenburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei kaum messbaren, objektiv schwer darstellbaren Befunden („kombinierte Persönlichkeitsstörung“).

§ 63 StGB

Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung stellt nicht ohne Weiteres eine hinreichende Grundlage für die Annahme einer relevanten Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters dar und rechtfertigt nur bei Vorliegen weiterer Umstände die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB. Denn bei solchen Störungen besteht häufig die Gefahr, dass Eigenschaften und Verhaltensweisen, die sich innerhalb der Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen bewegen, zu Unrecht als Symptome einer die Schuldfähigkeit erheblich beeinträchtigenden schweren seelischen Abartigkeit bewertet werden. Das gilt vor allem dann, wenn es um die Beurteilung kaum messbarer, objektiv schwer darstellbarer Befunde und Ergebnisse geht, wie es bei einer „kombinierten Persönlichkeitsstörung“ der Fall ist.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

483. BGH 3 StR 484/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Hannover)

BGHR; Verlesung von Observationsberichten (Ermittlungshandlungen; Beschränkung auf Routinemaßnahmen).

§ 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO

1. Polizeiliche Observationsberichte können in der Hauptverhandlung nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO verlesen werden. (BGHR)

2. Es sind mit Blick auf Wortlaut, Historie und Systematik des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO keine überzeugenden

Gründe dafür ersichtlich, dass die im Gesetz genannten Ermittlungshandlungen auf sog. „Routinemaßnahmen“ zu beschränken sind. Jedenfalls streiten gewichtige Argumente dafür, auch Observationsberichte – vergleichbar mit Durchsuchungs- (vgl. hierzu BGH HRRS 2011 Nr. 589) oder Festnahmeberichten – als solche der Verlesung zugänglichen Routinemaßnahmen aufzufassen. (Bearbeiter)

432. BGH 2 StR 319/15 – Urteil vom 24. Februar 2016 (LG Kassel)

Recht auf einen konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand (Recht auf ein faires Verfahren; Interessenskonflikt des Verteidigers als Hindernis für eine wirksame Verteidigung; Beurteilungsspielraum des Vorsitzenden Richters bei der Auswahl, Entpflichtungsgrund; Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung: keine erforderliche dauerhafte Anwesenheit mehrerer Verteidiger, ausnahmsweiser Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz, kein absoluter Revisionsgrund).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG; § 140 Abs. 1 StPO; § 142 Abs. 1 StPO; § 143 StPO; § 227 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Gründe, die gegen eine wirksame Verteidigung des Beschuldigten durch einen bestimmten Rechtsanwalt sprechen, sind bei der Entscheidung über die Bestellung als Pflichtverteidiger zu berücksichtigen. Ein absehbarer Interessenkonflikt in der Person eines als Verteidiger in Betracht kommenden Rechtsanwalts kann dessen Bestellung im Einzelfall entgegenstehen, wenn deshalb geringere Effektivität seines Einsatzes als Strafverteidiger zu befürchten ist (vgl. BGHSt 48, 170, 173). Hierin kann mit Blick auf die auch durch Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK geforderte subsidiäre Verantwortung des Staates für eine wirksame Verteidigung ein wichtiger Grund im Sinne von § 142 Abs. 1 Satz 3 StPO liegen, von der Bestellung dieses Rechtsanwalts zum Verteidiger abzusehen.

2. Ergeben sich nachträglich Hinweise auf die Möglichkeit eines Interessenkonflikts, so kann dies ein wichtiger Grund dafür sein, eine bereits erfolgte Verteidigerbestellung aufzuheben. Jedoch ist die Situation im Abberufungsverfahren anders als bei der Bestellung zum Verteidiger. Die Entpflichtung eines Verteidigers ist – von den in § 143 StPO ausdrücklich genannten Gründen abgesehen – dann zulässig, wenn der Zweck der gerichtlich bestellten Verteidigung, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, ernsthaft gefährdet ist. Die Grenze für die Begründetheit vorgebrachter Einwände gegen den vom Gericht beigeordneten Verteidiger wird in der Situation der Entpflichtung enger gezogen (vgl. BVerfG NJW 2001, 3695, 3697).

3. Dem Vorsitzenden des zuständigen Spruchkörpers kommt insoweit ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. BGHSt 48, 170, 175). Dabei kann auch das Ziel einer Verfahrenssicherung durch die Verteidigerbestellung berücksichtigt werden. Nicht in jedem Fall, in dem die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision besteht, ist der Vorsitzende verpflichtet, die Bestellung eines bestimmten

Rechtsanwalts zum Verteidiger zu unterlassen oder nachträglich aufzuheben. Zu beachten ist auch, dass ein Rechtsanwalt grundsätzlich selbst für die Wahrung seiner beruflichen Pflichten verantwortlich ist (vgl. BGHSt 48, 170, 174). Er hat im Fall eines tatsächlich bestehenden Interessenkonflikts seinerseits darauf hinzuwirken, dass er nicht zum Verteidiger bestellt oder eine bestehende Bestellung aufgehoben wird.

4. Der Vorsitzende hat in Fällen, in denen eine Interessenkollision möglich erscheint, regelmäßig Anlass, den Beschuldigten und den als Verteidiger in Betracht gezogenen Rechtsanwalt zu dem prozessualen Sachverhalt anzuhören. Werden bei der Anhörung oder im weiteren Gang des Verfahrens keine Bedenken gegen die Bestellung geäußert oder besondere Gründe dagegen vorgebracht, so kann auch dies dafür sprechen, dass die Entscheidung des Vorsitzenden zumindest vertretbar war.

5. Wird ein Angeklagter durch mehrere Rechtsanwälte verteidigt, ist nur die ununterbrochene Anwesenheit eines dieser Verteidiger erforderlich (§ 227 StPO). Das gilt wegen der rechtlichen Gleichstellung von gewählten und bestellten Verteidigern für beide gleichermaßen. Erst bei Nichtwahrnehmung eines im Einzelfall zwingend erforderlichen Anwesenheitsrechts kann ein Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz festgestellt werden. Mehrere gleichzeitig mandatierte Verteidiger können sich – unbeschadet ihrer Selbständigkeit – die Aufgaben in der Hauptverhandlung teilen. Aus der Abwesenheit eines von mehreren Verteidigern folgt für sich genommen kein Rechtsfehler, auf dem das Urteil generell beruhen würde (vgl. § 338 Nr. 5 StPO). Ein relativer Revisionsgrund (§ 337 Abs. 1 StPO), resultierend aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 Buchst. c EMRK, Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG), könnte im Fall einer Interessenkollision in der Person des zeitweilig alleine anwesenden Verteidigers allerdings dann gegeben sein, wenn die Abwesenheit des anderen Verteidigers dazu geführt hätte, dass die Verteidigung insgesamt nicht wirksam wäre. Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Anwesenheit desselben Verteidigers bei allen Teilen der Hauptverhandlung für eine sachgemäße Durchführung der Verteidigung notwendig ist (vgl. BGHSt 13, 337, 340).

450. BGH 2 StR 656/13 – Beschluss vom 24. Februar 2016

Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen (ausnahmsweise Entbehrlichkeit eines vorherigen Anfrageverfahrens); Vorlagen an den Großen Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage (Voraussetzungen der grundsätzlichen Bedeutung); Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).

§ 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1; Abs. 4 GVG; § 252 StPO; § 52 StPO

1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Ist die Einführung und Verwertung einer

früheren Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson nur dann zulässig, wenn diese den Zeugen nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt hatte?

2. Zwar setzt eine Vorlage an den Großen Senat im Fall einer Divergenz gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG regelmäßig voraus, dass der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, dass er an seiner Rechtsauffassung festhalte. Eine Anfrage ist nach Ansicht des 2. Strafsenats aber ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Zweck des Anfrageverfahrens, zu klären, ob im Zeitpunkt der Vorlageentscheidung (noch) eine Divergenz besteht, auf andere Weise erreicht und sichergestellt ist, dass eine überflüssige Anrufung des Großen Senats vermieden werden kann.

3. Eine Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 132 Abs. 4 GVG, wenn sie künftig voraussichtlich wiederholt Bedeutung erlangen kann (vgl. BGHSt 46, 321, 324 f.), so dass die Entscheidung für die künftige Rechtsanwendung von erheblicher präjudizieller Bedeutung ist. Jede Rechtsfrage hat damit grundsätzliche Bedeutung, wenn sich ein gleicher Fall jederzeit wieder ereignen kann (vgl. BGHSt 22, 58, 61); eine weitergehende materielle Einschränkung liegt in dem Erfordernis der grundsätzlichen Bedeutung nicht.

513. BGH StB 23/14 – Beschluss vom 4. Februar 2016

Unzulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung gegen die Verteidigerin (Erstreckung des berufsbezogenen Vertrauensverhältnisses auf die Vertragsanbahnung; Telefongespräch zwischen Verteidigerin und Ehefrau des Beschuldigten).

§ 160a StPO; § 53 StPO

Das berufsbezogene Vertrauensverhältnis, das zu schützen § 160a Abs. 1 i.V.m. § 53 StPO beabsichtigt, beginnt nicht erst mit Abschluss des zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages, sondern umfasst auch das entsprechende Anbahnungsverhältnis. Geschützt ist insoweit auch das Gespräch zwischen der Ehefrau eines Beschuldigten und einer Verteidigerin, bei dem u.a. eine mögliche Mandatierung erörtert wird, selbst wenn es zu einer solchen dann nicht kommt.

514. BGH StB 24/14 – Beschluss vom 4. Februar 2016

Rechtmäßiger Vollzug von Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung (Kernbereich der privaten Lebensgestaltung; Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität; Pflicht zur Löschung; pauschales Beschwerdevorbringen); Überwachung zeugnisverweigerungsberechtigter Personen (Löschungsgebot; kein absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot; psychologische Psychotherapeutin; Einzelfallabwägung).

§ 100a StPO; § 160a StPO

1. Ob eine Information dem Kernbereich i.S.d. 100a Abs. 4 StPO zuzuordnen ist, hängt davon ab, in welcher Art und Intensität sie aus sich heraus die Sphäre Einzelner oder Belange der Gemeinschaft berührt. Maßgebend sind die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles. Zum Kernbereich gehören dabei etwa Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität (vgl. BVerfG HRRS 2012 Nr. 27).

2. Psychologische Psychotherapeutinnen gehören nicht zum Kreis der Berufsgruppen, die von dem ein absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot anordnenden § 160a Abs. 1 StPO umfasst werden. Da sie nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, ist vielmehr § 160a Abs. 2 StPO anwendbar. Dieses enthält ein von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall abhängiges und damit relatives Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot, das einer Verwertung von überwiegend belanglosen Gesprächsinhalten jedenfalls dann i.d.R. nicht entgegensteht, wenn es um die Verfolgung einer schwersten Straftat (hier: Völkermord) geht.

490. BGH 5 StR 40/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Berlin)

Keine grundsätzliche Erörterungspflicht in Bezug auf Kenntnis des Zeugen vom Inhalt der Ermittlungsakten (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Umstände des Einzelfalles).

§ 261 StPO; § 406e StPO

1. Es besteht grundsätzlich keine Erörterungspflicht in Bezug auf eine etwaige Kenntnis eines Nebenklägers vom Inhalt der Verfahrensakten. Regelmäßig drängt auch in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen die Aufklärungspflicht das Gericht nicht dazu, Feststellungen zur Wahrnehmung des sich aus § 406e Abs. 1 StPO ergebenden Akteneinsichtsrechts zu treffen. Auch in solchen Fällen bedarf es im Rahmen der Beweiswürdigung in der Regel keiner ausdrücklichen Würdigung des Umstands, dass ein Verletzter vermittelt durch einen Rechtsanwalt Zugang zum Inhalt der Ermittlungsakten hatte.

2. Mit der Wahrnehmung des gesetzlich eingeräumten Verletztenrechts geht nicht typischerweise eine Entwertung des Realitätskriteriums der Aussagekonstanz einher. Durch die generalisierende Annahme, dass mit Akteneinsicht durch den Nebenklägervertreter die Glaubhaftigkeit der Angaben eines Belastungszeugen stets in besonderer Weise in Zweifel zu ziehen sei, würde zudem seine freie Entscheidung, Akteneinsicht zu beantragen, beeinträchtigt werden.

3. Maßgeblich sind stets die Umstände des Einzelfalles. Diese können etwa dann zu einer ausdrücklichen Bewertung möglicher Aktenkenntnis des (einzigen) Belastungszeugen im Rahmen der Beweiswürdigung drängen, wenn Hinweise auf eine konkrete Falschaussagemotivation des Zeugen oder Besonderheiten in seinen Aussagen hierzu Anlass geben.

477. BGH 3 StR 417/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Wuppertal)

Fehlender wirksamer Strafantrag als Prozessvoraussetzung bei der Körperverletzung (Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung; Interesse an der öffentlichen Klage; Schreibversehen; Zusammentreffen von Officialdelikt und Privatklagedelikt); Protokollberichtigungsverfahren (Gelegenheit zur Stellungnahme für alle Verfahrensbeteiligten); Freiheitsberaubung (Einsperren trotz nicht unüberwindlichen Hindernisses); Beweiswürdigung; Kompensationsentscheidung (Vollstreckungslösung); Strafzumessung im Jugendstrafrecht (Bedeutung des Erziehungsgedanken bei der Bestimmung von Art und Dauer der Sanktion beim zum Zeitpunkt der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils im strafrechtlichen Sinne erwachsenen Angeklagten).

§ 223 StGB; § 230 StGB; § 239 StGB; § 261 StPO; § 271 StPO; § 274 StPO; § 374 StPO; § 376 StPO; § 17 JGG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Erstreckt die Staatsanwaltschaft die Anklage auf einen dem Antragsserfordernis unterliegenden Vorwurf, liegt darin – wenn keine Besonderheiten hinzutreten – regelmäßig die konkludente Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung (vgl. hierzu bereits BGH HRRS 2013 Nr. 741). Das ist auch dann möglich, wenn ausdrücklich das „öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung bejaht wurde. Denn jedenfalls dann, wenn ein Privatklage- und ein Officialdelikt innerhalb einer Tat i.S.d. § 264 StPO zusammentreffen, ist naheliegend, dass eigentlich das „besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung“ gemeint ist, nicht aber die Bejahung des öffentlichen Interesses an der öffentlichen Klage im Sinne von § 376 StPO, weil insoweit das Officialdelikt ohnehin vorrangig zu verfolgen ist.

2. Eine Einsperrung im Sinne des § 239 Abs. 1 StGB muss nicht unüberwindlich sein. Es genügt, dass die Benutzung der zum regelmäßigen Ausgang bestimmten Vorrichtungen für den Zurückgehaltenen ausgeschlossen erscheint. Dazu kann es ausreichen, dass eine unüberwindliche psychische Schranke vor einer Flucht besteht, etwa aus Angst vor weiteren Sanktionen oder Gewalthandlungen des Einsperrenden (BGH NStZ 2001, 420).

3. Dem Erziehungsgedanken kommt bei der Bestimmung von Art und Dauer der Sanktion für die Tat des zum Zeitpunkt der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils im strafrechtlichen Sinne erwachsenen Angeklagten schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein allenfalls geringes Gewicht zu (Ob darüber hinaus Anlass bestehen könnte, die bisherige Rechtsprechung dahin weiter zu entwickeln, dass bei der Verhängung von Sanktionen gegen Straftäter, die zum Zeitpunkt ihrer Verurteilung bereits das 21. Lebensjahr vollendet haben und somit im strafrechtlichen Sinne als erwachsen gelten, der Erziehungsgedanke nicht mehr nur von geringem Gewicht sein kann, sondern insgesamt kein taugliches Strafzumessungskriterium mehr ist (vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 1014), bedarf vorliegend keiner Entscheidung).

430. BGH 2 StR 308/15 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Kassel)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen; Umgang mit einem Belastungsmotiv).
§ 261 StPO

Aus einer festgestellten Belastungsmotivation beim Zeugen lässt sich nicht zwingend auf das Vorliegen einer Falschaussage schließen (BGHSt 45, 164, 175). Es muss sich für einen entscheidenden Zeugen jedoch den Urteilsgründen entnehmen lassen, warum die Unwahrrhypse letztlich überwunden werden konnte.

468. BGH 4 StR 580/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Arnsberg)

Rechtsmittelverzicht (Ermächtigung des Verteidigers: Nachweis; Form).

§ 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

Eine Ermächtigung zum Rechtsmittelverzicht kann mündlich erteilt werden; zu ihrem Nachweis kann eine anwaltliche Erklärung genügen (vgl. BGH NStZ 2004, 55).

503. BGH 5 StR 88/16 (alt: 5 StR 296/15) – Beschluss vom 7. April 2016 (LG Cottbus)

Verschlechterungsverbot (Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafe nebeneinander zur Beseitigung einer Verschlechterung).

§ 358 Abs. 2 StPO

Gemäß dem Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 StPO darf die Summe aus einer (Gesamt-)Freiheitsstrafe und den Tagessätzen einer Geldstrafe die frühere Gesamtfreiheitsstrafe nicht übersteigen, wenn eine aus Freiheitsstrafen und Geldstrafe gebildete Gesamtstrafe keinen Bestand hat und nunmehr auf beide Straforten nebeneinander erkannt wird. Der Senat sieht keinen Grund, für den (hier vorliegenden) Fall, dass die beiden Straforten nunmehr gerade zur Beseitigung einer Verschlechterung nebeneinander verhängt wurden, von diesem Grundsatz abzuweichen.

433. BGH 2 StR 322/15 – Beschluss vom 29. Dezember 2015 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil: Geständnis des Angeklagten im Rahmen einer Verständigung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die sachlich-rechtliche Begründungspflicht des Richters umfasst auch die Verpflichtung, die Einlassung des Angeklagten jedenfalls in ihrem wesentlichen Inhalt wiederzugeben. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Angeklagte ein Geständnis ablegt, denn ein Geständnis enthebt den Tatrichter nicht von seiner Pflicht, dieses einer kritischen Prüfung auf Plausibilität und Tragfähigkeit hin zu unterziehen und zu den sonstigen Beweismitteln in Beziehung zu setzen.

2. Legt der Tatrichter das Geständnis des Angeklagten seinen Feststellungen in vollem Umfange zugrunde, weil er es für glaubhaft erachtet, so ist er zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, es in den Urteilsgründen in allen sei-

nen Einzelheiten zu dokumentieren, um dem Revisionsgericht eine Kontrolle seiner Entscheidung zu ermöglichen. Es kann vielmehr – je nach den Umständen des Einzelfalls – genügen, auf die Feststellungen Bezug zu nehmen. Erforderlich ist außerdem, dass der Tatrichter in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegt und begründet, aus welchen Gründen er das Geständnis des Angeklagten für glaubhaft erachtet. Decken sich die Angaben des Angeklagten mit sonstigen Beweisergebnissen und stützt der Tatrichter seine Überzeugung von der Glaubhaftigkeit des Geständnisses auch auf diese Beweisergebnisse, so ist er zu deren jedenfalls gedrängter Wiedergabe verpflichtet, da anderenfalls eine revisionsgerichtliche Überprüfung seiner Überzeugungsbildung nicht möglich ist. Diese Maßstäbe gelten auch in Fällen, in denen der Angeklagte im Rahmen einer Verfahrensverständigung ein Geständnis ablegt.

431. BGH 2 StR 314/15 – Beschluss vom 27. Januar 2016 (LG Wiesbaden)

Schuldunfähigkeit (Anforderungen an die Darstellung im Urteil: Sachverständigengutachten, konkrete Auswirkung einer psychischen Störung auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (st. Rspr).

2. Dies gilt auch in Fällen paranoider Schizophrenie; denn die Diagnose einer solchen Erkrankung führt für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 239). Erforderlich ist vielmehr die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der jeweiligen Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit auswirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 306, 307).

448. BGH 2 StR 545/15 – Beschluss vom 17. Februar 2016 (LG Stralsund)

Schuldunfähigkeit (Anforderungen an die Darstellung im Urteil: Sachverständigengutachten, konkrete Auswirkung einer psychischen Störung auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

Schließt sich der Tatrichter bei der Frage der Schuldfähigkeit der Beurteilung des Sachverständigen an, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist. Dies gilt auch in Fällen einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie; denn die Diagnose einer solchen Erkrankung führt für sich genommen

noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit. Erforderlich ist vielmehr die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 305, 306).

493. BGH 5 StR 52/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Berlin)

Beweiswürdigung bei Kenntnis des Zeugen von den Verfahrensakten (kein zwingender Rückschluss auf Unrichtigkeit der Aussage in der Hauptverhandlung; Vorbereitungsrecht; Beweisanzeichen außerhalb der Aussagen; Konstanztanalyse bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellation).

§ 261 StPO; § 406e StPO

Es existiert kein Rechtssatz des Inhalts, dass eine Kenntnis der Verfahrensakten zur Annahme der Unrichtigkeit der in der Hauptverhandlung erfolgten Aussage des Zeugen drängt. Auch im Blick auf das in der Rechtsprechung anerkannte Vorbereitungsrecht eines Zeugen lässt sich ferner kein Grundsatz aufstellen, wonach das Tatgericht stets gehalten ist, sich im Rahmen der Beweiswürdigung mit der Erteilung der Akteneinsicht an den Nebenkläger auseinanderzusetzen. Das gilt namentlich dann, wenn zahlreiche Beweisanzeichen außerhalb der Aussage des Zeugen für deren Richtigkeit sprechen. Anders kann es liegen, wenn es etwa im Rahmen einer Konstellation Aussage gegen Aussage in besonderem Maße auf eine Konstanztanalyse ankommt

466. BGH 4 StR 63/16 – Beschluss vom 30. März 2016 (LG Bochum)

Erteilung des letzten Wortes (erforderliche Wiedererteilung bei weiteren Ausführungen des Verteidigers eines Mitangeklagten); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Erfordernis einer Fristversäumnis: keine Wiedereinsetzung wegen fehlerhafter Verfahrenshandlung).

§ 258 Abs. 3 StPO; § 44 StPO

Die Verpflichtung zur – ggf. erneuten – Erteilung des letzten Wortes gilt zwar der Natur der Sache nach nicht im Verhältnis zu den Mitangeklagten, wohl aber, wenn die Verteidiger der Mitangeklagten Ausführungen gemacht haben (vgl. BGHSt 48, 181, 182); eine vorhergehende Prozesshandlung des Gerichts ist nicht erforderlich (vgl. BGH StV 2015, 474).

414. BGH 1 StR 409/15 – Urteil vom 18. Februar 2016 (LG München I)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Umgang mit dem Zweifelsgrundsatz).

§ 261 StPO

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Spricht das Gericht einen Angeklagten frei, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der

Regel hinzunehmen. Insbesondere ist es ihm verwehrt, die Beweiswürdigung des Tatrichters durch seine eigene zu ersetzen. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich somit darauf, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind.

2. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgeht, etwa hinsichtlich des Umfangs und der Bedeutung des Zweifelssatzes, wenn sie lückenhaft ist, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt werden. Insbesondere ist die Beweiswürdigung auch dann rechtsfehlerhaft, wenn die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt werden oder sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, dass die ein-

zelnen Beweisergebnisse in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (vgl. BGH NStZ 2012, 110 f. mwN). Weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst ist es geboten, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (st. Rspr.).

3. Rechtsfehlerhaft ist auch die Anwendung des Zweifelssatzes auf einzelne Indizien. Bei dem Grundsatz „in dubio pro reo“ handelt es sich um eine Entscheidungsregel, nicht um eine Beweisregel. Diese Regel hat das Gericht erst dann zu befolgen, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung von der Täterschaft zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist die Regel grundsätzlich nicht anzuwenden (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 83).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

409. BGH 1 StR 337/15 – Beschluss vom 14. März 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Bankrott (Verheimlichen von Vermögensbestandteilen: Beendigung bei fortdauerndem Verheimlichen: Restschuldbefreiung; Begriff des Verheimlichen; Dauerdelikt; Rechtsgut der Insolvenzdelikte).

§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78a Satz 1 StGB; § 370 AO

1. Vorsätzlicher Bankrott durch Verheimlichen von Bestandteilen des Vermögens im Sinne von § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist im Falle der Insolvenz einer natürlichen Person bei fortdauerndem Verheimlichen bis zur Restschuldbefreiung erst dann beendet, wenn diese erteilt wird. (BGHSt)

2. Nach dem vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewendeten materiellen Beendigungsbegriff ist die Tat erst beendet, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt, das Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist (vgl. BGHSt 43, 1, 7). Dies bedeutet, dass die Beendigung der Tat nicht allein an die weitere Verwirklichung tatbestandlich umschriebener Merkmale der Straftat nach deren Vollendung anknüpft; vielmehr umfasst die Tatbeendigung auch solche Umstände, die – etwa weil der Gesetzgeber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes einen Deliktstypus mit vorverlagertem Vollendungszeitpunkt gewählt hat – zwar nicht mehr von der objektiven Tatbestandsbeschreibung erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht der Tat vertiefen, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (vgl. BGHSt 52, 300, 303 mwN). (Bearbeiter)

3. Das Rechtsgut der Insolvenzdelikte besteht im Schutz der Insolvenzmasse vor unwirtschaftlicher Verringerung,

Verheimlichung und ungerechter Verteilung zum Nachteil der Gesamtgläubigerschaft. (Bearbeiter)

4. Verheimlichen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist dabei jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis der Gläubiger oder der des Insolvenzverwalters entzogen wird. Verheimlichen kann daher sowohl durch falsche Angaben als auch durch Unterlassen bei Verletzung einer Auskunft- oder Anzeigepflicht verwirklicht werden. (Bearbeiter)

5. Auch wenn mehrere als Verheimlichen zu wertende tatbestandsmäßige Bankrotthandlungen im Sinne von § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB begangen werden, indem Vermögensbestandteile erst durch Falschangaben und später durch pflichtwidriges Unterlassen verheimlicht werden, stehen diese Handlungen jedoch nicht isoliert und rechtlich unabhängig nebeneinander. Vielmehr bildet das gesamte, von einem einheitlichen Willen zur Verheimlichung des im Ausland angelegten Vermögens getragene Verhalten des Angeklagten bis zur Restschuldbefreiung ein einheitliches Delikt des Bankrotts (vgl. BGHSt 11, 145, 146). (Bearbeiter)

6. Beim Verheimlichen von Vermögensbestandteilen gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB besteht der tatbestandliche Erfolg nicht in einer Rechtsgutsverletzung, sondern in einer Gefährdung des geschützten Rechtsguts. Damit handelt es sich bei diesem Bankrotttatbestand rechtsgutsbezogen um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Da der Taterfolg tatobjektsbezogen ausgestaltet ist, sind die Kategorien „Gefährdungsdelikt“ und „Erfolgssdelikt“ kein gegensätzliches, sich gegenseitig ausschließendes Begriffspaar. Da nicht nur die Rechtspflicht zur Offenbarung des verheimlichten Vermögensgegenstandes fortbe-

steht, sondern auch die Gefährdungslage, die noch in eine (endgültige) Verletzung des Rechtsguts umschlagen kann und nach dem Willen des Täters auch soll, handelt es sich beim Verheimlichen gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Ergebnis um ein Dauerdelikt. (Bearbeiter)

484. BGH 3 StR 517/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Krefeld)

Schadensberechnung beim sog. „Sozialleistungsbetrug“ (Berechnungsdarstellung: eigene Prüfung des Tatgerichts nach den Grundsätzen der für die Leistungsbewilligung geltenden Vorschriften; stark differierende Einnahmen des Beziehers; genaue Darstellung der Verteilung von Zuflüssen; Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei verschwiegenen Einkünften und vorheriger Erklärung); Verfall (Ansprüche von Verletzten; gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mittäter).

§ 263 StGB; § 73 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 11 Abs. 3 SGB II

1. In Fällen des sogenannten Sozialleistungsbetrugs hat das Tatgericht nach den Grundsätzen der für die Leistungsbewilligung geltenden Vorschriften selbständig zu prüfen, ob und inwieweit tatsächlich kein Anspruch auf die beantragten Leistungen bestand. Um den Eintritt eines Schadens zu belegen, muss aus den Feststellungen in nachvollziehbarer Weise hervorgehen, dass und inwieweit nach den tatsächlichen Gegebenheiten auf die sozialrechtliche Leistung kein Anspruch bestand; mit einer allgemeinen Verweisung auf behördliche Schadensaufstellungen darf sich das Urteil nicht begnügen.

2. Bei der Höhe nach stark differierenden Einnahmen eines Beziehers von Sozialleistungen bedarf es insoweit mit Blick auf die Regelungen zur Berücksichtigung und gegebenenfalls Aufteilung von Zuflüssen in § 11 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB II konkreter Darlegungen, wie sich das zu berücksichtigende Einkommen in den jeweiligen Monaten darstellte.

3. Ist die Summe der gegen mehrere Beteiligte festgesetzten Verfallsbeträge höher, als ein dem jeweiligen Verletzten zustehender Anspruch, muss, um einerseits die Abschöpfung des aus der Tat Erlangten zu ermöglichen und zugleich zu verhindern, dass dies mehrfach geschieht, von einer Gesamtschuld der Mittäter ausgegangen und deren Bestehen bzw. Umfang in den Urteilsgründen erörtert werden.

422. BGH 1 StR 628/15 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG Würzburg)

Verfall (Begriff des Erlangen aus der Tat: faktische Verfügungsgewalt, Erlangen bei mehreren Tatbeteiligten); Handeln für einen anderen beim Bankrott (Handeln als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person im Geschäftskreis des Vertretenen; Folgen der Aufgabe der Interessentheorie; Beiseiteschaffen).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 283 Abs. 1 StGB

1. Nachdem der Bundesgerichtshof bei der Auslegung von § 14 StGB die sog. „Interessentheorie“ aufgegeben hat, ist in der höchststrichterlichen Rechtsprechung noch

nicht in allen Einzelheiten geklärt, unter welchen Voraussetzungen ein Handeln als Vertreter oder Organ bzw. Beauftragter vorliegt. Jedenfalls agiert der Handelnde aber in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, wenn er im Geschäftskreis des Vertretenen tätig wird.

2. Aus der Tat sind alle Vermögenswerte erlangt, die dem Täter (oder Teilnehmer) unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (st. Rspr.). Erlangt im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 und § 73a Satz 1 StGB ist ein Vermögenswert nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer die faktische Verfügungsgewalt über den entsprechenden Vermögensgegenstand erworben hat (vgl. BGH NStZ 2003, 198, 199).

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt ein Erlangen im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a Satz 1 StGB in Bezug auf mehrere (als Mittäter) an der Tat Beteiligte auch dann in Betracht, wenn diese sich darüber einig waren, dass ihnen jeweils zumindest Mitverfügungsgewalt über Taterlöse zukommen sollte und sie diese auch tatsächlich innehatten (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 320 mwN). Dies wird grundsätzlich auch auf Teilnehmer, etwa Gehilfen, übertragen werden können.

415. BGH 1 StR 431/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Dresden)

Steuerhinterziehung (Erfolg der Steuerverkürzung: Eintritt bei Steueranmeldungen, Umsatzsteuerhinterziehung; Ausschluss der Strafmilderung wegen Versuchs: Beruhen).

§ 370 Abs. 1 AO; § 150 Abs. 1 Satz 3 AO; § 168 AO; § 18 Abs. 1 Satz 1 UStG; § 23 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

1. Taterfolg der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 AO nicht die Nichtentrichtung geschuldeter Umsatzsteuer. Vielmehr besteht er im Verkürzen von Steuern oder im Erlangen nicht gerechtfertigter Steuervorteile für sich oder einen anderen. Steuern sind namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden (§ 370 Abs. 4 Satz 1 AO).

2. Bei Steueranmeldungen (§ 150 Abs. 1 Satz 3 AO) – wie hier den Umsatzsteuervoranmeldungen (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 UStG) – tritt der Taterfolg der Steuerverkürzung dann ein, wenn sie unter den Voraussetzungen des § 168 AO einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichstehen. Bei einer auf Steuervergütung gerichteten Umsatzsteuervoranmeldung ist dies erst dann der Fall, wenn das Finanzamt der Anmeldung zustimmt, was allerdings keiner Form bedarf (§ 168 Satz 2 und 3 AO).

421. BGH 1 StR 619/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Würzburg)

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung: Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) reicht es regelmäßig nicht aus, dass die den Straftatbestand ausfüllende steuerrechtliche Norm be-

zeichnet und die Summe der verkürzten Steuern in den Urteilsgründen mitgeteilt wird. Vielmehr müssen die Urteilsgründe gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO für jede Steuerart und jeden Besteuerungszeitraum unter Schuldgesichtspunkten so klare Feststellungen treffen, dass sowohl die dem Schuldspruch zugrunde liegenden steuerrechtlichen Gesichtspunkte als auch die Berechnung der verkürzten Steuern der Höhe nach erkennbar werden. Dazu gehören jedenfalls diejenigen Tatsachen, die den staatlichen Steueranspruch begründen, und diejenigen Tatsachen, die für die Höhe der geschuldeten und der verkürzten Steuern von Bedeutung sind (st. Rspr.)

458. BGH 4 StR 42/16 – Beschluss vom 16. März 2016 (LG Dortmund)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens: Eigennützigkeit).
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG setzt eigennütziges Handeln voraus (vgl. BGHSt 50, 252, 256). Eigennützig ist eine Tätigkeit, wenn das Tun des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder – objektiv messbar – immateriell bessergestellt wird (st. Rspr.). Da der Vorteil weder tatsächlich erlangt werden noch unmittelbar aus dem Umsatzgeschäft resultieren muss (vgl. BGH StV 1981, 238), reicht die Erwartung mittelbarer Vorteile aus, um die Eigennützigkeit zu begründen.

Aufsätze und Anmerkungen

Fallstricke des Mordtatbestandes

Von Professor Dr. Pierre Hauck LL.M. (Sussex), Trier*

Spätestens mit der Präsentation des Gutachtens der vom BMJ eingesetzten Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte am 29. Juni 2015 ist die Gesetzgebung zur Reform des Mordtatbestandes in Gang gekommen und seit Ende März 2016 werden Details eines Referentenentwurfs öffentlich diskutiert.¹ Würde man angesichts dieser Entwicklung heute den Versuch unternehmen, die jahrzehntelange Diskussion um die Reform der Tötungsdelikte um ein weiteres Konzept zu erweitern, würde man Eulen nach Athen tragen. Denn Vorschläge gibt es genug.² Manches bedarf aber der Klarstellung. Hellhörig machen insbesondere Bemerkungen über die Entbehrlichkeit von Mordmerkmalen im Tatbestand (I.), die Bemühung der „Sicherheit der Allgemeinheit“ als Leitprinzip (II.), die Leugnung des Tatstrafrechts unter Verweis auf eine Lehre vom Tätertyp (III. 2., 3.) und der dazu passende Ansatz, subjektive Qualifikationsmerkmale aus dem Tatbestand zu verbannen (III. 1.), ferner die angebliche Unhaltbarkeit des dreistufigen Konzepts von Grunddelikt, Qualifikati-

on und Privilegierung (IV.) oder die „historisch schwere Belastung“ des gesamten Tatbestands (V.). Der vorliegende Beitrag greift diese Vorstöße auf und unterzieht sie einer gebotenen kritischen Würdigung. Damit bietet er eine Gelegenheit, das ein oder andere Reformziel noch einmal zu überdenken, bevor es zum Gesetz wird.

I. Rechtsstaatliche Vorgaben: Gesetzesrecht statt Richterrecht

Das Rechtsgut Leben fordert staatlichen Schutz.³ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet wegen Art. 1 Abs. 3 GG alle Staatsgewalt. In besonderem Maße formulieren Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des nullum crimen sine lege scripta für die Strafbarkeit der Tötungsdelikte einen Vorbehalt an die Adresse der Gesetzgebung.⁴ Diese Pflicht erfüllt die Legislative nur, wenn sie und keine andere Gewalt die Voraussetzungen der Strafbarkeit in möglichst unmissverständlichen Tatbestandsmerkmalen von formellen Gesetzen ausformu-

* Den stud. Hilfskräften Kim Eifel, Julia Schmidt und Maximilian Metzgen sei Dank für die tatkräftige Unterstützung.

¹ Vgl. Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, 57a StGB), dem Bundesminister für Justiz und Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 21. März 2016; vgl. zum Referentenentwurf SPIEGEL ONLINE vom 25.3.2016 <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/heiko-maas-will-zwingende-lebenslanghaft-fuer-mord-abschaffen-a-1084124.html>.

² Erwähnt seien hier nur stellvertretend etwa grundlegend Eser, Gutachten zum 53. DJT, D (1980); Heine et al. GA 2008, 193 (= AE-Leben 2008) oder der jüngste Entwurf von Deckers et al. NSTZ 2014, 9.

³ BVerfGE 39, 1; Maunz/Dürig/di Fabio GG, 75. EL (September 2015), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 7 f.; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots (2004), S. 43.

⁴ BVerfGE 75, 329 (342); Vgl. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 167; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 4. Aufl. (2013), Vor §§ 32 ff. Rn. 57; BeckOK GG/Radtke/Hagemeyer (Stand: 01.10.2011), Art. 103 Abs. 2 Rn. 24 ff.

liert.⁵ Diese inhaltlich weitestmöglich präzise Definition des Strafbaren ist damit eine originäre Aufgabe des Parlamentsgesetzgebers und nicht eine solche der Rechtsprechung.⁶ Denn nur er und niemand sonst hat „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen“⁷.

Wenn das anderenorts wegen einem fehlenden „Bedürfnis nach einer gesetzliche[n] Differenzierung zwischen 'weniger gravierenden' und 'heimtückischen' Tötungen“⁸ anders gesehen wird, und wenn eine solche „taugliche Formulierung“, die keine differenzierte Tatbestandsmäßigkeit für verschiedenste Formen von vorsätzlichen Tötungen bereithält, sondern für ein und denselben Einheitstatbestand eine Rechtsfolge „von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe“ vorsieht, im gerichtlichen Alltag „gut handhabbar“ erscheint oder alle damit „gut leben können“,⁹ ist das für das deutsche Recht aus den genannten Gründen schlicht inakzeptabel. Denn ebenso wie die Behauptung, „dass es weder über eine begriffliche Definition noch über Regelbeispiele noch über Kasuistik gelingt, [...] die höchststrafwürdige Tat von anderen, weniger gravierenden trennscharf tatbestandlich zu unterscheiden“¹⁰, ändert all das nichts an der rechtsstaatlichen Unerträglichkeit, die zur Verhaltenssteuerung vorsorglich benötigte Definition der Höchststrafwürdigkeit einer erst im Nachhinein handelnden richterlichen Rechtsfindung zu überlassen.¹¹

Freilich wird eine solche offene Tatbestandsformulierung ohne Einzelmerkmale mit dem Hinweis zu rechtfertigen versucht, dass schon de lege lata mit Blick auf die „niedrigen Beweggründe“ und angesichts des § 212 Abs. 2 StGB ein weiter richterlicher Gestaltungsspielraum bei der Ausurteilung von Tötungsdelikten bestehe; zudem könne unter der Geltung des § 46 StGB von richterlichem Belieben keine Rede sein.¹² Aber dass das Merkmal der niedrigen Beweggründe nicht gerade als bestes Beispiel

für tatbestandliche Bestimmtheit taugt,¹³ ist doch kein Argument dafür, mit ihm auch sämtliche anderen Tatbestandsmerkmale zu verwerfen, die durchaus zur Konkretisierung erhöhten Handlungsunrechts in der Lage sind. Das wäre so, als würde man bei einer Wettervorhersage von einer Stunde Schauer bei ansonsten prognostiziertem eitlem Sonnenschein lieber gleich ganz zu Hause bleiben, weil es ja kurz regnen könnte. Ferner erweist es sich als denkbar schlechte Idee, ausgerechnet § 212 Abs. 2 StGB als Modell für eine „offene“ Tatbestandsformulierung Pate stehen zu lassen. Denn dieser Tatbestand wurde vom BVerfG 1978 zwar als verfassungsmäßig angesehen, doch gilt diese Entscheidung seit BVerfGE 105, 135 als überholt.¹⁴ Und schließlich kann die Begrenzung richterlicher Entscheidungsmacht auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen der Strafzumessung gem. § 46 StGB nicht als Ausgleich für eine mangelnde Bestimmtheit auf der Tatbestandsseite dienen. Denn die Tür zur Rechtsfolge lässt sich eben nur mit dem Schlüssel der Tatbestandsmäßigkeit öffnen.

Der einzig verbleibende Vorzug eines solchen „Rechtsprechungsmodells“ ist der in ihm bereits angelegte Verzicht auf den Automatismus lebenslanger Freiheitsstrafe.¹⁵ Denn bei der Durchbrechung dieser unangemessenen Zwangsläufigkeit handelt es sich um nicht weniger als ein langjähriges rechtspolitisches Desiderat,¹⁶ das aus Gründen der Rechtssicherheit am besten gleich durch dasselbe Gesetz umgesetzt wird, das die Mordmerkmale bestimmt.

II. Das alleinige Leitprinzip des erhöhten Tötungshandlungsunwerts

1. Vorgaben der allgemeinen Verbrechenslehre

Aber nicht nur wegen der Gewaltenteilung, sondern auch als Begriff und Gegenstand der Verbrechenslehre bedarf der Mordtatbestand einer materiellen Inhaltsbestimmung im Gesetz. Denn er hat wie der Tatbestand des Totschlags die Aufgabe, Tötungsunrecht zu definieren. Er muss aus diesem Grund diejenigen Merkmale umfassen und diese auch als solche benennen, die das Verbrechen des Mordes als solches kennzeichnen und es von anderen Tötungsdelikten unterscheiden.¹⁷ Mit dieser sachlichen Inhaltsbestimmung erhält der Tatbestand des Mordes als „Deliktstypus“¹⁸ zugleich den Gehalt und das Potential eines Systembegriffs. Als solcher ist er in der Lage, zwei we-

⁵ BVerfGE 104, 92 = HRRS 2012 Nr. 657; Paeffgen a.a.O. (Fn. 4), Vor §§ 32 ff. Rn. 57a; Vgl. Radtke/Hagemeyer a.a.O. (Fn. 4), Art. 103 Rn. 23.

⁶ Schon *Beccaria* nahm den Gesetzgeber in die Pflicht und entzog dem Richter ausdrücklich die Rechtsetzungsbefugnis (*Dei delitti e delle pene* (1764), S. 8: „nessun Magistrato (che è parte di società) può con giustizia infliger pene contro ad un altro membro della società medesima“). A.A. heute *Deckers et al.* (Fn. 2), 17.

⁷ BVerfGE 92, 1, 12 = NJW 1995, 1141; BVerfGE 126, 170, 196 = NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656.

⁸ So *Richard Soyer*, Vorsitzender der Strafrechtskommission des österreichischen Rechtsanwaltskammertages, zitiert von *Bleyl*, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211/seite-2>, abgerufen am 21. März 2016; ähnlich *Deckers et al.* a.a.O. (Fn. 2), 16.

⁹ Wörtliche Zitate allesamt von *Soyer*, zitiert von *Bleyl*, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211/seite-2>, abgerufen am 21. März 2016.

¹⁰ *Deckers et al.* a.a.O. (Fn. 2), 16.

¹¹ Wie hier *Walter* NStZ 2014, 368; Vgl. schon *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen (1906), S. 113 f.: „die Verbrechenskonstruktion kann sich nur auf den durch unsere Strafgesetze positivierten Tatbeständen aufbauen.“

¹² *Fischer AnwBl* 2014, 883, 884 f.

¹³ Wenngleich es durch *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“ (1988), 210 ff., 235 ff., beachtliche Konkretisierungen erfahren hat.

¹⁴ Vgl. *Krehl* ZRP 2014, 98, 100 m.w.N. in Fn. 30.

¹⁵ Kritisch zum Absolutheits-Exklusivitätsmechanismus bei § 211 StGB jüngst auch *Saliger* ZIS 2015, 600, 602. Die lebenslange Freiheitsstrafe wird heute aber schon grundsätzlich in Frage gestellt, vgl. *Höffler/Kaspar* GA 2015, 453.

¹⁶ *AnwK/StGB-Mitsch*, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 9.

¹⁷ Vgl. *Gallas* ZStW 67 (1955), 1, 16.

¹⁸ *Beling* a.a.O. (Fn. 11), S. V („Verbrechenstatbestand (Typus) als strafrechtliche[r] Grundbegriff“); *ders.*, Die Lehre vom Tatbestand (1930), S. 1 ff.; *Gallas* (Fn. 17).

sentliche Aufgaben zu erfüllen: Erstens vermittelt der Mordtatbestand damit ein Schutzwertkonzept der höchststrafwürdigen Angriffe auf das Rechtsgut Leben und legt damit Kriterien über den Sinn und die Tragweite solcher Wertgesichtspunkte offen.¹⁹ Wenn der Mordtatbestand auf diese Weise den Bereich des Höchststrafwürdigen eindeutig markiert, bietet er zugleich zweitens einen Ausgangspunkt, einen „Grund- und Eckstein“²⁰, für die Systematisierung des Besonderen Teils der Tötungsdelikte.²¹ Er steht an der Spitze des Strafbaren. Alle anderen Deliktstatbestände sind weniger strafwürdig, weil sie entweder geringwertigere Rechtsgüter betreffen oder das Rechtsgut Leben in einer weniger strafwürdigen Weise beeinträchtigen.

Bei einem Erfolgsdelikt, bei dem es wie beim Mordtatbestand zu einer von der Tathandlung räumlich und zeitlich getrennten Einwirkung auf das Schutzobjekt kommt,²² sind der Handlungs- und der Erfolgsunwert sodann diejenigen Elemente, die diesen materiellen Gehalt der Tatbestandsmäßigkeit inhaltlich näher bestimmen lassen.²³ Damit fangen die Probleme an:

2. Die Gleichartigkeit des Todeserfolgs

Die erste Möglichkeit einer näheren Inhaltsbestimmung des Mordtatbestands und seiner Abgrenzung gegenüber anderen Tötungsdelikten erblicken manche nun durchaus darin, den Erfolgsunwert (!) des Mordes vom Erfolgsunwert etwa des Totschlags zu unterscheiden. So werde „durch Grausamkeit (Schmerzintensivierung) und gemeingefährliche Mittel (Gefährdung anderer) bereits der objektive Erfolgsunwert wesentlich erhöht“²⁴ bzw. könne „die gewaltsame Beendigung des Lebens eines Anderen Dimensionen aufweisen [...], die mit dem bloßen Ende der Hirnfunktion nicht erfasst sind“, vielmehr „auch solche Elemente der Tat eine Rolle spielen, die durch personale Nähe begründet“²⁵ sind.

Eine solche Differenzierung im Erfolgsunwert ist jedoch schon deshalb nicht überzeugend, weil sich selbst ein „einfacher“ Totschlag nicht in der bloßen Beendigung der Hirnfunktion erschöpft, sondern vielmehr seinerseits eine Tötungshandlung voraussetzt, die sich in den wenigsten Fällen als sterile neutrale Ursache eines Todeserfolgs denken lässt, ihr vielmehr ebenfalls ein Handlungsunwert innewohnt, den es hier wie dort zu bestimmen gilt. Zudem stehen solche „entfernteren Erfolge“²⁶ mit der Lebensbeendigung²⁷ als Folge der von der Tathandlung räumlich und zeitlich getrennten Einwirkung am anderen Menschen als Schutzobjekt der Tötungsdelikte

in keinem direkten Zusammenhang und es gilt mit *Beling*: „Zur Konstruktion des Verbrechens kommen doch eben nur die begrifflich erforderten Erfolge in Betracht. Sonst könnten wir unsere Phantasie spielen lassen und z.B. als Erfolge eines Tötungsdelikts das Entstehen einer Blutlache auf dem Boden, das Entsetzen der Umstehenden, das Zerschneiden des zum Schlagen benützten Knüppels usw. uns ausdenken. Es bedarf keiner Ausführung, daß alles dies außertatbestandliche Erfolge sind, die zur Sache nichts beitragen.“²⁸

3. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Schuldmerkmale

Lässt man sich *Belings* Zitat aber einmal auf der Zunge zergehen, wird schnell klar, dass die Unterscheidung zwischen nahen und entfernten Erfolgen im Mordtatbestand heute durchaus eine gewisse Rolle spielt. Denn wenn der Tod eines anderen Menschen bei allen Tötungsdelikten als Erfolgssachverhalt gleich ist, und es sich bei dem „Entsetzen der Umstehenden“ um *außertatbestandliche* Umstände handeln soll, fragt sich doch, weshalb Nebenerfolge wie die abstrakte Gefährdung anderer Menschen beim Einsatz gemeingefährlicher Mittel oder der zusätzliche Körperverletzungserfolg, der durch das besondere Schmerz- und Qualempfinden des Opfers bei der grausamen Tötung ausgelöst wird, aktuell vom Gesetzgeber zum Tatbestand des Mordes gerechnet werden.

All diesen entfernten Erfolgen ist jedoch gemeinsam, dass sie als Lebensgefährdungs- oder Körperverletzungserfolge Handlungseigenschaften bilden, die zum Todeserfolg des Tatbestands lediglich hinzutreten. Ihre Tatbestandsmäßigkeit ändert nichts daran, dass der Todeserfolg beim Mord wie beim Totschlag die einzige vollendungsrelevante Erfolgsvoraussetzung der Strafbarkeit ist. Weil somit der Erfolgsunwert, der Tod eines anderen Menschen, bei allen Tötungserfolgsdelikten derselbe ist, wird die Verschiedenheit im Handlungsunwert zur einzigen übergeordneten Vorgabe, um den materiellen Gehalt der Tatbestandsmäßigkeit in Abgrenzung zu anderen Todeserfolgsdelikten zu bezeichnen. Qualifiziertes Tötungsunrecht kann somit nur durch einen gesteigerten Handlungsunwert begründet werden.²⁹

Diese besonderen deliktstypbildenden Eigenschaften der Tötungshandlung sind als Merkmale des Handlungsunwerts unrechtskonstituierende Voraussetzungen der Strafbarkeit und somit – auch im Fall subjektiver Merkmale – nicht lediglich Schuldmerkmale.³⁰ Denn sonst

¹⁹ Vgl. *Gallas* (Fn. 17), 17.

²⁰ *Beling* a.a.O. (Fn. 11), S. V.

²¹ Vgl. *Gallas* (Fn. 17), 17.

²² Vgl. *Roxin* AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 102.

²³ Vgl. *Otto* ZStW 87 (1975), 539, 566 ff.

²⁴ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. (2014), § 211 Rn. 6.

²⁵ *Zaczyk* JZ 2012, 197, 198.

²⁶ *Freudenthal*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (1901), S. 31.

²⁷ Verstanden als Lebensverkürzung, die den Todeserfolg als „Differenzbegriff“ bei Mord und Totschlag gleichermaßen zur Folge hat, vgl. *Ingelfinger* a.a.O. (Fn. 3), S. 88 ff.

²⁸ *Beling* a.a.O. (Fn. 11), S. 204 f.

²⁹ *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand (2004), S. 180; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht (1983), S. 373.

³⁰ So auch *Heine* a.a.O. (Fn. 13), S. 230 f.; *Lampe*, Das personale Unrecht (1967), S. 240; *Stratenwerth*, FS v. Weber (1963), S. 171 (188); a.A. – reine Schuldmerkmale – *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (1958), S. 242 ff.; *Hardwig* MSchrKrim 1961, 203; eingehend *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“ (1994), S. 117 ff.

würde man ein Definiens des Höchststrafwürdigen außerhalb der Tatbestandsmäßigkeit platzieren, was sowohl gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (*nullum crimen sine lege scripta*) verstoßen als auch die Wertungsstufe der Schuldhaftigkeit schlichtweg überfordern würde. Denn dort geht es um nicht weniger, aber eben auch um nicht mehr als die persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung als Ausdruck einer fehlerhaften Einstellung zu rechtlichen Normen.³¹

4. Die grundlagenwissenschaftliche Bestimmung des erhöhten Tötungshandlungsunwerts

Sucht man nun nach Kriterien für diese „hervorragend schlechte Handlung“³², so bietet es sich an, für das Leitprinzip des erhöhten Handlungsunwerts all das zu berücksichtigen, was zum Ausgangspunkt einer normativen Unwerterhöhung werden kann.³³ Gefragt sind damit wertende Kriterien wie etwa sozialetische Faktoren für die Erhöhung des Handlungsunwerts, z.B. die schon historisch belegte Verwerflichkeit und die besondere Gefährlichkeit der Tatbegehung. Damit würde das Strafrecht nicht nur direkt Bezug nehmen auf solche ethischen Vorwertungen, es wäre sogar inhaltlich abhängig von solchen ethischen Vorgaben – was ebenso erforderlich wie statthaft ist.

Es geht folglich um eine inhaltliche Ausgestaltung derjenigen Tötungshandlungseigenschaften, die eine Abstufung im Grad des Unwerts zulassen. Nicht maßgeblich sein kann hingegen eine abstrahierte Zweckbestimmung unter Einschluss des Rechtsfolgenbezugs wie etwa die der Sozialschädlichkeit der Tat oder deren Gefahrenpotential für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit („unrechtserhöhende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“).³⁴ Denn diese Leitmotive sind ohne den Erfolgswert der Tötungsdelikte nicht konstruierbar. Dieser starke Einbezug des Erfolgswerts verwässert hier jedoch den Blick auf die wesentliche Aufgabe, den Handlungsunwert inhaltlich näher zu bestimmen.

Sozialetische Kriterien, die den erhöhten Handlungsunwert begründen können, findet man am besten dort, wo das Rechtsgut Leben über das dafür objektiv erforderliche Maß hinaus beeinträchtigt wird und wo dies unrechtssteigernd wirken kann. Hier ist eine Vielzahl von Kriterien denkbar, sowohl objektive und subjektive, wie auch die besondere Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit begründende Umstände.

Stellt man entsprechende Fragen an Grundlagenwissenschaften wie die Medizin, die Kriminologie, insbesondere ihre kriminalsoziologischen Ansätze und die Kriminalpsychologie mit ihren Erkenntnissen zur Aggressionspsychologie und zu psychoanalytischen Konzepten³⁵, so erhält man bald Antworten (freilich im Sinne einer nicht abschließenden Auswahl): Die meisten Tötungsdelikte geschehen im sozialen Nahraum, also zumindest unter Bekannten, und resultieren oft aus dauerndem Konflikt oder Streit („cycle of violence“³⁶).³⁷ Tötungen unter Waffeneinsatz sind immer eine empirische Besonderheit; insbesondere erweisen sich Waffeneinsätze als grundverschieden in der Wahl der Waffe und der Art der Ausführung, je nachdem ob sie spontan oder geplant erfolgen.³⁸ Tötungsdelikte weisen oft eine ganz unterschiedliche Motivation auf je nachdem, ob sie geplant sind oder spontan erfolgen und ob die Tötung zum Selbstzweck oder unter Verfolgung eines über sie hinausgehenden Zwecks erfolgt (« instrumental/expressive »)³⁹ Bei einem Tötungsdelikt lassen sich mit Beziehungs-, Bereicherungs-, Sexual⁴⁰- und gruppenspezifischen Delikten⁴¹ zudem vier primäre Motivlagen unterscheiden. Bei dieser Motivsituation lässt sich eine nach Schuld und Strafwürdigkeit abgestufte Schwereinteilung der Vorsatzdelikte vornehmen: (1) Einverständliche Tötung (§ 216 Tötung auf Verlangen), (2) Tötung im Affekt oder im Konflikt, i.d.R. im sozialen Nahraum, (3) Tötung aus der Distanz (z.B. aus terroristischen⁴², sexuellen oder Bereicherungs-Motiven⁴³) und (4) Serien-, Amok-, Massen-⁴⁴ oder –

³⁵ Vgl. Freud, Die Verdrängung 1915, Zeitgemäßes über Krieg und Tod 1915, in: ders., Gesammelte Werke X (1969), S. 324 (345) zum „Urverbrechen“ des Vatermords.

³⁶ Walker, Terryfying love: Why Battered Women Kill and How Society Responds (1989); zitiert nach Brookman, Understanding homicide (2005), S. 171 f.

³⁷ Vgl. Lundsgaarde, Murder in space city (1977), S. 43 ff., 101 ff.; Polk, When men kill, Scenarios of Masculine Violence (1994), S. 21; Smith/Zahn, Homicide: A Sourcebook of Social Research (1998), S. 58 ff., 62 ff.; Brookman a.a.O. (Fn. 36), S. 121 ff., 161 ff., 141, wonach weniger als 8% der zwischen 1995 und 2000 in England und Wales getöteten Frauen von Fremden, aber 57% von ihrem Ehemann, Lebensgefährten oder Geliebten getötet wurden; Feltes, Täter und Tätertypen (1995), S. 44. Block, Homicide in Chicago (1986), S. 3 ff., identifiziert mit dem Raubmord und dem Bandenmord zwei typische Phänomene für Tötungsdelikte in Großstädten; ferner Wolfgang, Patterns in criminal homicide (1958), S. 203 ff., 324 ff. Dazu auch Smith/Zahn a.a.O. (Fn. 37), S. 239 ff.

³⁸ Vgl. eingehend Block a.a.O. (Fn. 37), S. 41 ff.

³⁹ Brookman a.a.O. (Fn. 36), S. 47 unter Verweis auf Block et al., Are there types of intimate partner homicides?, in: Blackman et al. (Hrsg.), The diversity of homicide: Proceedings of the 2000 Homicide Research Working Group (2001), S. 92 ff.; Ferner Block a.a.O. (Fn. 37), S. 34 ff.

⁴⁰ Ressler/Burgess/Douglas, Sexual Homicide. Patterns and Motives (1995); Hill/Berner, Sexuell motivierte Tötungsdelikte, in: Egg (Hrsg.), Tötungsdelikte – mediale Wahrnehmung, kriminologische Erkenntnisse, juristische Aufarbeitung, Reihe Kriminologie und Praxis, Band 36, (2002), S. 165 ff.

⁴¹ Hoffmann/Musolff, Fallanalyse und Täterprofil. Geschichte, Methoden und Erkenntnisse einer jungen Disziplin, BKA-Forschungsreihe, Band 52, (2000), S. 165.

⁴² Vgl. Brookman a.a.O. (Fn. 36), S. 224 ff.

⁴³ Vgl. Smith/Zahn a.a.O. (Fn. 37), S. 67 ff., 149 ff., speziell zum Raubmord und sexuell motivierten Taten.

³¹ Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs (1907), S. 11; ders., in: ders. (Hrsg.), Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum (1907), S. 519 (529); Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie (1975), S. 339.

³² Stooß, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf mit Motiven (1894), S. 147 f.

³³ Kritisch zu den Leitprinzipien Merkel ZIS 2015, 429 ff.

³⁴ So jedoch BMJ-Kommission, S. 325 verfügbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 21. März 2016; Heine et al. GA 2008, 193 (AE-Leben 2008) und Walter a.a.O. (Fn. 11), 368.

freilich unter der Voraussetzung, dass es tatsächlich zu Tötungshandlungen kommt, was der Deliktstatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht nicht voraussetzt – Völkermord.⁴⁵ Als den Handlungsunwert beispielhaft erhöhende Faktoren kommen damit sowohl verwerfliche Motive in Betracht, bei denen das Töten nur Mittel zur Verfolgung eines übersteigenden (v.a. finanziellen, sexuellen oder terroristischen) Zwecks ist, sowie geplante Taten, insbesondere solche unter Einsatz von Waffen.

III. Handlungsunwert und subjektive Qualifikationsmerkmale

1. Die rechtsphilosophische Berechtigung subjektiver Qualifikationsmerkmale

In diesem Zusammenhang kann es auch nicht hingegenommen werden, die unrechtssteigernden Qualifikationsmerkmale des Mordtatbestands deshalb in ausschließlich objektiven Merkmalen zu suchen, weil subjektive Merkmale das Unrecht einer Tat (als Rechtsgutverletzung) weder begründen noch steigern könnten. Vielmehr müsse die „Tötung unter Gebrauch rationaler Vernunft [...] als schlimmstmöglicher willkürlicher Verstoß gegen die von der Aufklärung geprägte Werteordnung erscheinen“⁴⁶ und es könne somit kein schlimmeres als das vorsätzliche Tötungsdelikt geben. M.a.W. könne der „schwerstmögliche Fall der [grundlosen] Tötung nur als Grunddelikt formuliert werden“⁴⁷, von dem nur noch Abstufungen „nach unten“, also Privilegierungen, denkbar seien.⁴⁸

Dieser Annahme liegt die Vorstellung zugrunde, dass solche subjektiven („Motiv“-) Merkmale lediglich verdeutlichen, dass in den genannten Fällen eine Entlastung des Täters nicht angezeigt ist. Sie benennen vielmehr nur Beispiele, in denen ein rechtlich akzeptabler Grund, der eine Milderung des Tötungsunrechts begründen könnte, offensichtlich nicht vorliegt. Der vorgegebene Qualifikationstatbestand des Mordes gründe letztlich in

der Vorstellung des Täters. Diese allein könne aber gerade keine Unrechtssteigerung begründen.⁴⁹

Daran trifft zwar zu, dass individuelle Handlungszwecke bei *Kant* für die Rechtsbegründung in der Tat ohne Relevanz sind. Denn *Kant* formuliert das Recht positiv als Inbegriff aller Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann.⁵⁰ Damit ist das Recht in einem interpersonalen Verhältnis zwischen zwei Menschen auf eine korrespondierende Verbindlichkeit begründet, wonach sich beide Seiten um willkürfreie Handlungen nach dem kategorischen Imperativ bemühen müssen.⁵¹ Die dafür notwendige Gesetzgebung, die die Handlungsmaxime festschreibt, ist nicht eine Gesetzgebung des eigenen Willens, sondern eine solche des Willens überhaupt, der auch der Wille von anderen sein kann.⁵² Dieser generelle Wille bedeutet dann aber nur noch eine formale Vorgabe, ohne dass es auf den Inhalt des konkreten Zwecks ankommen könnte.⁵³

Dass diese interpersonale Rechtsbegründung von subjektiven Zwecksetzungen entkoppelt ist, bedeutet aber doch mit keinem Wort, dass man die Strafwürdigkeit solcher negativen, rechtsverletzenden Handlungen nicht nach subjektiven Unrechtsmerkmalen differenziert behandeln kann und dass manche individuellen Handlungszwecke nicht durchaus auch unrechtserhöhend wirken können, sofern sie nur ein hinreichend verwerfliches Ziel verfolgen.

Zudem unterscheidet *Kant* selbst zwischen dem Verbrechen des homicidium und dem homicidium dolosum und geht somit selbst von einer subjektiv qualifizierten Tötungsform aus.⁵⁴ Dazu passt auch sein Verständnis vom Verbot des Selbstmords als Handlung, als Verbrechen „gegen den Menschen als Zweck an sich“⁵⁵. Auch *Feuerbach*, der sich selbst vom Kantschen Geist „genährt“ sah,⁵⁶ und dessen Leistung es unter anderem war, das kantische gedachte zweckfreie, unpolitische, reine Recht mit dem zweckmäßigen Strafrecht zu einer Einheit zu verbinden und dabei die Reichweite des Strafrechts durch die Gegenüberstellung von Handlung und Gesinnung zu bestimmen,⁵⁷ spricht sich klar für subjektive Qualifikationsmerkmale aus. Zum Beleg dieser Tatsache mögen zwei Verweise genügen: zunächst auf den von ihm formulierten Art. 147 bayStGB 1813, der ganz heterogene

⁴⁴ Vgl. *Brookman* a.a.O. (Fn. 36), S. 211 ff. unter Verweis auf *Gresswell & Hollin* BJCrIm 34 (1) 1994, 1 ff.; *Keeney & Heide* IntJOffenderTherCompCrim 39 (4) 1995, 299 ff.; zur Differenzierung zwischen Massen-, Serien- und Amoktaten. Ferner *Smith/Zahn* a.a.O. (Fn. 37), S. 165 ff.

⁴⁵ Vgl. *Kreuzer*, Kriminologische Aspekte der Tötungskriminalität, in: *Egg* (Hrsg.) a.a.O. S. 45-70; *Lundsgaarde* a.a.O. (Fn. 37), S. 4, 123 ff., 148 ff.

⁴⁶ *Wania*, Mordmerkmale – Geschichte, Konzepte und Reformüberlegungen, S. 102 unter Verweis auf *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts II (1800), S. 388 ff., verfügbar unter http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2008/6020/pdf/St_rafrechtlicherLebensschutz-2008-97-118.pdf, abgerufen am 21. März 2016.

⁴⁷ *Jakobs* ZStW 123 (2011), 313, 322.

⁴⁸ So jedoch *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 160 ff., 163 f., 196 und *Jakobs* a.a.O. (Fn. 47), S. 315, 322; ähnlich *Müssig*, Mord und Totschlag (2005), S. 4, 105 ff., 251. Dagegen aber bereits *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung (2007), S. 479, 613, für subjektive Elemente der Unrechtsbegründung; wie sie *Zaczyk* a.a.O. (Fn. 25), 198.

⁴⁹ *Grünwald* a.a.O. (Fn. 48), S. 114, 191 f., 369-383.

⁵⁰ Vgl. *Kant*, MdS RL, § B (AA VI, S. 209 f.).

⁵¹ Vgl. *Kant*, MdS, RL, § B (AA VI, S. 209 f.); MdS, Einl. IV (AA VI, S. 221 ff.).

⁵² Vgl. *Kant*, MdS, TL, Einl. VI (AA VI, S. 388 f.).

⁵³ Vgl. MdS, TL, II, VI., IX (AA VI, S. 382 ff, 388 f., 394 f.).

⁵⁴ *Kant*, MdS, RL, E I (AA VI, S. 331-337, 336); *ders.*, in: *Werkausgabe*, Bd. VIII, hg. v. W. Weischedel, 2. Aufl., (1978), RL, E I, S. 452-460, 458 f.

⁵⁵ *Malibabo*, Kants Konzeption der kritischen Metaphysik der Sitten (2002), S. 191.

⁵⁶ Vgl. [L.] *Feuerbach*, Anselm Ritter von Feuerbachs biographischer Nachlaß Band I, 2. Aufl. (1853), S. 51 letzte Zeile.

⁵⁷ *Naucke*, PJA Feuerbach, in: *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/autorenliste/19-beitraege/100-feuerbach-paul-johann-anselm-ritter-von>, abgerufen am 21. März 2016.

und mit dem Eigennutz, der Täuschung und der betrügerischen Hinterlist gerade auch subjektive Merkmale zur Schärfung der Todesstrafe beim Mord regelte.⁵⁸ Und sodann auf seine Lehre vom *dolus indirectus* bzw. der *culpa dolo determinata* zur Begründung heute sog. erfolgsqualifizierter Straftatbestände,⁵⁹ wohlgermerkt *erfolgsqualifizierter Delikte*, bei denen schon der Kantianer *Feuerbach* subjektive Besonderheiten des Handlungswerts für die Strafbarkeitsbegründung verantwortlich machte.⁶⁰

Eine Unrechtssteigerung entlang der Motivation und dem Handlungszweck entspricht nicht zuletzt auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, dem mit dem Lust-, Raub-, Versicherungs-, Entdeckungs-, Mitleids-, Selbst-, Eifersuchts- und politischen Mord Differenzierungen nach den jeweiligen Beweggründen wohlbekannt sind.⁶¹

2. Die Lehre vom Tätertyp und das Tatstrafrecht

§ 211 StGB wird oft im selben Atemzug vorgeworfen, er befördere in seiner gegenwärtigen Fassung „biologistische Persönlichkeitsbilder“⁶², weil er nicht definiere, was ein Mord ist, sondern nur die „Charakteristika eines Mörders“ beschreibe. Wer aus Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier oder sonstigen niedrigen Beweggründen oder heimtückisch oder grausam töte, zeige lediglich Symptome des Wesens eines Mörders als vorgeprägtem Tätertyp analog etwa zum „Gewohnheitsverbrecher“ oder „Volksschädling“.⁶³ Um mit einem im schlechtesten Sinne sehr aussagekräftigen Zitat von *Bockelmann*⁶⁴ zu sprechen, wäre damit nicht die Tatsache, dass der Täter eine Tat begeht, sondern dass er ein Täter ist, Gegenstand des gesetzlichen Tadels. Solches Täterstrafrecht liegt also dort vor, wo die Strafe an eine defekte, da kriminogene Persönlichkeit des Täters anknüpft, während Tatstrafrecht dann gegeben ist, wenn die Straf-

barkeit Ergebnis eines festgelegten tatbestandlichen Handelns ist und die Strafe auf dieses tatbestandsmäßige Unrecht reagiert.⁶⁵

Dass den Nazis der eingangs in beiden Absätzen insofern tatsächlich täterstrafrechtlich formulierte § 211 StGB („Der Mörder...“, „Mörder ist...“) gut zupass kam, darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass es unsere Rechtsprechung ganz offensichtlich vermocht hat, den Mordtatbestand seit über 60 Jahren tatstrafrechtlich auszulegen. Bereits in einer seiner ersten Entscheidungen zu § 211 StGB bekannte sich der BGH im Jahr 1952 am Beispiel der Grausamkeit mit klaren Worten zu einer solch tatstrafrechtlichen Interpretation, als er festhielt: „Eine solche Gesinnung [...] braucht nicht im Wesen des Täters zu wurzeln und sein Verhalten im ganzen ständig zu beeinflussen.“⁶⁶

Vom Boden der personalen Unrechtslehre aus setzt man sich daher in keinerlei Widerspruch zu einem Tatstrafrecht, wenn man die Tatbestandsmäßigkeit als Missbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat versteht, dabei auch subjektive Unrechtselemente anerkennt und diese Tatbestandsmerkmale stets tat- und nicht täterstrafrechtlich auslegt.⁶⁷ Gerade diese handlungsbezogenen Unrechtsmerkmale definieren Tat und Deliktstyp des Mordes und nicht eine bloße Täreigenschaft als Grundlage der Strafbarkeit. Bei diesem Verständnis folgt die Auslegung des § 211 StGB keinem kriminologischen und erst recht keinem normativ-tatbestandlichen Tätertyp.⁶⁸

3. „Entideologisierung“ und Verzicht auf „moralische Kategorisierung“

In diesem Zusammenhang wird neuerdings auch „eine konsequente Entideologisierung des Strafrechts“ eingefordert, indem man „zu Definitionen zurück[zu]kehren [will], die dem Rationalismus und der Aufklärung verpflichtet sind.“⁶⁹ Und auch die schon einleitende Referenz auf die Rechtslage in Österreich verweist auf eine Morddefinition, die auf jegliche moralisch definierten Kategorien verzichtet.⁷⁰

Ein solcher berechtigter Verzicht auf rein moralische Kategorisierungen darf aber nicht missverstanden werden als vollständige Abkehr von sozialetischen Umständen, die wie die Verwerflichkeit und Gefährlichkeit (wie o. II.4. gezeigt) durchaus geeignet sind, einen erhöhten Handlungswert zu bestimmen. Zwar liegt in jeder

⁵⁸ Art. 147 BayStGB 1813: „Die Todesstrafe ist zu schärfen, wenn die Mordthat verübt worden ist: I. an einer Person der königlichen Familie, II. an Blutsverwandten [...], III. an einer schwangeren Person, IV. wenn sie aus Eigennutz, in der Absicht begangen wurde, um einen unmittelbaren oder mittelbaren Vortheil am Vermögen dadurch zu erlangen, zu erhalten, oder zu sichern V. wenn sie mittelst Täuschung des Ermordeten, oder sonst unter Anwendung betrügerischer Hinterlist vollführt, oder VI. wenn der Entleibte durch ausgesuchte Martern qualvoll getödtet, und endlich VII. wenn durch Gift die Tödtung vollbracht worden ist.“

⁵⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts (1801), S. 52 f.: „daß der Verbrecher, indem er die eine Rechtsverletzung directe will, in die entstandene per indirectum einwillige.“

⁶⁰ Vgl. *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen (1986), S. 18 ff.

⁶¹ Vgl. *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), § 59 Rn. 10.

⁶² *Veh* zitiert nach *Bleyl*, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211/seite-2>, abgerufen am 21. März 2016.

⁶³ *Bleyl*, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211>, abgerufen am 21. März 2016.

⁶⁴ *Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht I (1939), S. 3 f.; *Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafrechtzentwurf (1935), S. 10 ff.

⁶⁵ *Roxin* a.a.O. (Fn. 22), § 6 Rn. 1 f.

⁶⁶ BGHSt 3, 264 f. und zuvor BGH NJW 1951, 204 gegen RGSt 76, 297, 298 f.

⁶⁷ Vgl. *Gropp*, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2015), § 4 Rn. 110 f.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 7 III, S. 54 f.; *Roxin* a.a.O. (Fn. 22), § 6 Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. *Maurach*, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil (1954), S. 213 f.

⁶⁹ <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211/seite-2>, abgerufen am 21. März 2016.

⁷⁰ <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211/seite-2>, abgerufen am 21. März 2016.

direkten Anknüpfung des Strafrechts an Sittlichkeits- und Ideologievorstellungen eine „prinzipielle Inkonsistenz der Unrechts- und Strafbarkeitsbegründung“⁷¹. Ethisch bedenkliches und moralisch fragwürdiges Verhalten kann jedoch durchaus geeignet sein, Strafbarkeit zu begründen oder zu verschärfen, wenn das Recht diese ethischen Vorgaben im Gesetz umsetzt. Fließen ethische Vorstellungen dergestalt in gesetzliche Tatbestandsformulierungen ein, lässt sich auch nicht länger von einer rein „moralischen Kategorisierung“ sprechen.

Auch entspricht eine Qualifikationskonzeption unter Berücksichtigung sozialetischer Vorgaben am ehesten der üblichen Vorstellung von einem Grunddelikt als merkmalsärmsten Delikt in seiner einfachsten Form, dem durch Hinzufügung weiterer Tatbestandsmerkmale ein abweichender materieller Gehalt beigegeben wird, um die für das Grunddelikt vorgesehene Strafe zu verschärfen oder abschwächen.⁷²

IV. Die Beibehaltung der Dreistufigkeit zwischen Grunddelikt, Privilegierung und Qualifikation als „Rückgrat des Systems im Besonderen Teil“⁷³

Zur Begründung für die Abkehr von der Dreistufigkeit hin zu einem zweistufigen Modell werden vor allem die Etablierung der Zweistufigkeit in der deutschen Rechtsgeschichte und der vergleichende Blick auf zweistufige Konzepte im Recht des Auslands vorgebracht. Bei näherem Hinsehen entpuppen sich beide Referenzen jedoch ganz unabhängig voneinander als denkbar schlechte Vorbilder.

1. Dreistufigkeit trotz historischer Zweistufigkeit

Schon in manchen Rechtsquellen des Mittelalters, vor allem aber in der *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) von 1532 und auf deren Grundlage dann während der gesamten Fortdauer des gemeinen Rechts, war der Mord ein gegenüber dem Totschlag schwereres Verbrechen. Erschwerungsgrund war zunächst die Heimlichkeit⁷⁴ und später dann das Kriterium der Vorbedacht bzw. Überlegung: Art. 137 der CCC formuliert das so, indem er den „Todschleger“ vom „fürsetzlichen muotwilligen Mörder“ unterscheidet,⁷⁵ während § 211 des RStGB von 1871 wie schon zuvor § 175 prStGB von 1851 den Mord bestimmt

⁷¹ Frisch, FS Hirsch (1999), S. 485, 506.

⁷² Roxin a.a.O. (Fn. 22), § 10 Rn. 132.

⁷³ Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. (1949), § 24 I. 3., S. 193.

⁷⁴ Sachenspiegel, Landrecht II, Umkehrschluss aus III, 90, § 1; Viktor Friese, Das Strafrecht des Sachenspiegels, S. 221 f.

⁷⁵ Und zwar für die Rechtsfolge des (schnellen) Enthauptens oder (qualvollen) Räderns.

als eine vorsätzliche und „mit Ueberlegung ausgeführt[e]“ Tötung eines Menschen.⁷⁶

Seit der Frühen Neuzeit und noch im 19. Jahrhundert bei *Feuerbach*⁷⁷ dominierte damit aber nicht nur eine – mehr oder weniger (!)⁷⁸ – evidente Zweigleisigkeit der Tötungsdelikte, sondern vor allem eine solche, bei der der Totschlag als Affekttat dem Mord als Planungstat gegenüberstand. Der Totschlag war damals also nicht die Grundform vorsätzlicher Tötung, die sie heute ist und die man durch Hinzunahme von Mordmerkmalen qualifizieren kann, sondern – schon in der *Bambergensis* von 1507⁷⁹ – eine „Privilegierung“ für Taten im Affekt, also für emotional instabile Täter. Aus dieser Tradition heraus wurde in letzter Zeit dann aber verhängnisvollerweise gefordert, den Mord als Grunddelikt zu konzipieren und den Affekt wieder zum „wesentliche[n] Abgrenzungskriterium gegenüber dem Mord“⁸⁰ zu machen.⁸¹

Dabei wird jedoch schon verkannt, dass sich diese psychologisierende Konzeption zwischen Affekt und Vorsatz bereits im gemeinen Recht nicht durchsetzen konnte und im Laufe der Zeit von sozialetischen Gesichtspunkten regelrecht „überwuchert“⁸² wurde.⁸³ Die Affektkonzeption der Frühen Neuzeit stand damit schon sehr bald auf tönernen Füßen. Nun könnte man dieser Zweistufigkeit zwar noch mit dem Argument zur Seite springen, sie hätte schließlich im *Feuerbachschen* StGB von 1813 mit seiner Aufteilung zwischen dem „mit Vorbedacht beschlossen[en] oder mit Ueberlegung ausgeführt[en]“ Mord in Art. 146 und dem affektbedingten Totschlag in Art. 151 ihre aufklärerische Adaption erfahren. Aber auch darin täuscht man sich, weil man dabei nur allzu leicht übersieht, dass für den Kantianer *Feuerbach* die „Tötung unter Gebrauch rationaler Vernunft [...] als schlimmstmöglicher willkürlicher Verstoß gegen die von der Aufklärung geprägte Werteordnung“⁸⁴ musste und es aus kantianischer Sicht somit kein schlimmeres als das vorsätzliche Tötungsdelikt geben konnte. Nicht jeder teilt aber diese kantianische Perspektive und auch sie hat sich inzwischen weiterentwickelt.

Heute ist es zudem eine kriminologische Gewissheit,⁸⁵ dass es Täter gibt, die über den Tötungsvorsatz hinaus besondere Absichten oder verwerfliche Motive verfolgen, die das Handlungsunrecht gegenüber dem einfachen

⁷⁶ Ganz ähnlich definierte auch § 826 des prALR von 1794 den Mord als einen „mit vorher überlegtem Vorsatze zu tödten“ begangenen „Todschlag“.

⁷⁷ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5. Aufl. (1812), § 215: „Das Verbrechen der vorsätzlichen Tödtung theilt sich in den Todschlag, die im Affect begangene Tödtung und in den qualificirten Todschlag, den Mord, die Tödtung aus Ueberlegung und Willkühr.“

⁷⁸ Selbst *Feuerbach* a.a.O. (Fn. 77) differenziert zwischen Todschlag, Mord und „qualificirtem Mord“ bei besonderer Pflichtenstellung des Täters.

⁷⁹ Art. 162 CCB: „der einen todtschlage auß jheheyt vnd zorn gethan“.

⁸⁰ *Eser* DJT 1980 D120.

⁸¹ *Eser* DJT 1980 D120.

⁸² *Müssig* a.a.O. (Fn. 48), S. 30, 36.

⁸³ *Wania* a.a.O. (Fn. 46), S. 100 f.

⁸⁴ *Wania* a.a.O. (Fn. 46), S. 102.

⁸⁵ Vgl. oben II. 4.

Vorsatzunrecht erhöhen. Außerdem hat uns die allgemeine Verbrechenslehre den Vorzug eines Grunddelikts in einem dreistufigen Konzept zwischen Privilegierungen und Qualifikation deutlich vor Augen geführt. Man kann an diese zweifelhafte zweistufige Tradition zwischen dem affektverursachten Totschlag und dem Mord deshalb nicht ernsthaft anknüpfen. Denn auch eine qualifizierte Affekttötung bleibt eine Affekttötung und ein privilegierter Mord wird nicht zur Affekttötung, schon weil das tertium comparationis beider Delikte dabei undefiniert bleibt. Und schließlich wäre ein solches System auch deshalb angreifbar, weil es den Vorsatz in ein Abschlussverhältnis zum Affekt stellt, was dem heutigen Stand der Psychologie nicht entsprechen dürfte: nicht jeder, sondern nur ein besonders starker Affekt kann den Vorsatz ausschließen, sofern durch diesen Affekt eine derartige Bewusstseinstrübung erfolgt, dass dem Täter Tatumstände seiner Handlung nicht bewusst sind.⁸⁶

2. Dreistufigkeit trotz abweichender ausländischer Konzepte

Oft werden dann auch zweistufige Konzepte im ausländischen Recht gelobt, die sich bei näherem Hinsehen als wenig überzeugend herausstellen.⁸⁷ So differenziert das oft zitierte schwedische Recht zwischen der vorsätzlichen Tötung als Mord mit einer Freiheitsstrafe „von mindestens zehn Jahren (...) oder unter erschwerten Umständen lebenslänglich“, während umständehalber weniger gravierende Tötungen nur mit „wenigstens sechs und höchstens zehn Jahren“ zu bestrafen sind.⁸⁸ Doch schon die Strafunterscheidung bei der schwersten Tötungsform zwischen 10 Jahren und lebenslänglich dem Richter zu überlassen, gestaltet sich in der Praxis als schwierig.⁸⁹ Ebenso anspruchsvoll ist die Aufgabe, die unbenannten minder schweren Fälle im Einzelfall zu definieren. Und letztlich verkörpert das schwedische Strafrecht heute ebenfalls eine dreistufige Konzeption mit der Kindestötung als schwächster Form vorsätzlicher Tötung.

Österreich taugt ungeachtet der hiergegen bereits eingangs vorgebrachten rechtsstaatlichen Bedenken⁹⁰ nicht als Vorbild für eine Abkehr vom dreistufigen hin zu einem zweistufigen Modell, weil es bei näherem Hinsehen sogar eine vierstufige Konzeption verfolgt: Mord (zehn bis zwanzig Jahre oder lebenslänglich), Totschlag (fünf bis zehn Jahre), Tötung auf Verlangen (sechs Monate bis fünf Jahre) und Kindestötung (ein bis fünf Jahre).⁹¹ Ähnliches gilt für die zweistufige Konzeption zwischen Mord und Totschlag im StGB der DDR, wo zwar nur zwei Tatbestände unterschieden, hinsichtlich der Rechtsfolgen aber auch dort drei Zeiträume relevant wurden (bis zu 10 Jahren, ab 10 Jahren oder lebenslänglich).⁹²

Hinzu kommt der mahnende Befund bedenklicher Konzepte im englischen und französischen Recht. Dort werden Modelle vertreten, die zwar ebenfalls zwischen Mord und Totschlag differenzieren, die jedoch beide sowohl in der Theorie wie auch in der Praxis darunter leiden, dass

⁹⁰ Vgl. oben I. vor Fn. 11.

⁹¹ § 75 [Mord]. Wer einen anderen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen. § 76 [Totschlag]. Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten, ist mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen. § 77 [Tötung auf Verlangen]. Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. § 78 [Mitwirkung am Selbstmord]. Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. § 79 [Tötung eines Kindes bei der Geburt]. Eine Mutter, die das Kind während der Geburt oder solange sie noch unter der Einwirkung des Geburtsvorgangs steht, tötet, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren zu bestrafen, <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>, abgerufen am 21. März 2016.

⁹² Durch Gesetz vom 18. Dezember 1987 erhielt der § 112 DDR-StGB folgende Fassung: "§ 112. Mord. (1) Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bestraft. (2) Auf lebenslängliche Freiheitsstrafe kann insbesondere erkannt werden, wenn die Tat 1. ein Verbrechen gegen die Souveränität der Deutschen Demokratischen Republik, den Frieden, die Menschlichkeit und die Menschenrechte oder ein Kriegsverbrechen ist oder aus Feindschaft gegen die Deutsche Demokratische Republik begangen wird; 2. mit gemeingefährlichen Mitteln oder Methoden begangen wird oder Furcht und Schrecken unter der Bevölkerung auslösen soll; 3. heimtückisch oder in besonders brutaler Weise begangen wird; 4. mehrfach begangen wird oder der Täter bereits wegen vorsätzlicher Tötung bestraft ist; 5. nach mehrfacher Bestrafung wegen Gewaltverbrechen (§§ 116, 117, 121, 122, 126, 216) begangen wird. [...] § 113. Totschlag. (1) Die vorsätzliche Tötung eines Menschen wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren bestraft, wenn 1. der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder seinen Angehörigen von dem Getöteten zugefügte Mißhandlung, schwere Bedrohung oder schwere Kränkung in einen Zustand hochgradiger Erregung (Affekt) versetzt und dadurch zur Tötung hingerissen oder bestimmt worden ist; 2. eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet; 3. besondere Tatumstände vorliegen, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit mindern. [...]" <http://www.verfassungen.de/de/ddr/strafgesetzbuch74.htm>, abgerufen am 21. März 2016.

⁸⁶ Vgl. BGHSt 11, 139, 144; BGH NJW 1966, 1823, 1824; Tondorf/Tondorf, Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, 3. Aufl. (2011), Rn. 29 ff. unter Verweis auf Neuhaus, in Festschrift für Tondorf (2004), S. 253; ferner [T.] Walter, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 239.

⁸⁷ Vgl. Eser DJT 1980 D 113 f.; ders., AnwBl 2014, 877, 879 f.

⁸⁸ *Brottsbalken*, On Crimes against Life and Health, Section 1: "A person who takes the life of another shall be sentenced for murder to at least ten and at most 18 years, or, if circumstances are hindered, for lifetime (since 2014). Section 2: If, in view of the circumstances that led to the act or for other reasons, the crime referred to in Section 1 is considered to be less serious, imprisonment for manslaughter shall be imposed for at least six and at most ten years. Section 3: A woman who kills her child at birth or at a time, when, owing to her confinement, she is in a disturbed mental state or in grave distress, shall be sentenced for infanticide to imprisonment for at most six years. <http://www.regeringen.se/contentassets/72026f30527d40189d74aca6690a35d0/the-swedish-penal-code>, abgerufen am 21. März 2016.

⁸⁹ Vgl. oben I.

heterogene Mordmerkmale zugunsten einer monokausalen Ausrichtung an der Prämeditation zurückgedrängt wurden. Das englische Recht stützt den Mordtatbestand noch heute auf die alte Definition von *Coke* aus dem Jahr 1644, wonach "a man of sound memory and of the age of discretion, unlawfully killeth within any county of the realm any reasonable creature in rerum natura under the King's Peace, with malice aforethought, either expressed by the party or implied by law, so as the party wounded, or hurt, et cetera, die of the wound or hurt, et cetera, within a year and a day after the same."⁹³ Maßgebliches Differenzierungskriterium der Höchststrafwürdigkeit ist damit allein der besondere Vorsatz. Weitere, dem deutschen Modell durchaus ähnliche Mordmerkmale⁹⁴ hatte man in England für capital murder mit dem Homicide Act von 1957 zwar zunächst gesetzlich eingeführt, diese mit der Todesstrafe dann aber schon 1965 wieder abgeschafft. Schon in *Cokes* Definition war die Ausweitung der Prämeditation auf einen nur impliziten Vorsatz vorgesehen („implied by law“), und auch heute legt die englische Rechtsprechung die Vorbedacht entsprechend extensiv aus. Zu weit, indem sie dafür jede vorsätzliche Tötung genügen lässt.⁹⁵ Umso fragwürdiger erscheint ein solches Verständnis, je mehr sich das englische Recht mit der Zuerkennung von Straffreistellungsgründen (*defences*) zurückhält.

Art. 221-3 des französischen *Nouveau Code pénal* definiert den Mord (*assassinat*) auf den ersten Blick ganz ähnlich als Tötung „avec préméditation ou guet-apens“, also als vorsätzliche oder aus einem Hinterhalt heraus begangene Tötung.⁹⁶ Unter Nachwirkung der Legaldefini-

tion in Art. 297 *Code pénal* (ancien), wonach dieser Vorsatz aus der festgeformten Absicht vor der Tat besteht, eine bestimmte oder eine gleichwertige angetroffene oder aufgefundene Person anzugreifen, selbst wenn diese Absicht von gewissen Umständen oder Bedingungen abhängig wäre,⁹⁷ wird die Prämeditation im französischen Recht deutlich enger als im englischen verstanden. Erfasst sind in Abgrenzung zur „einfachen“ vorsätzlichen Tötung (dem *meurtre*, als der zweiten Form des *homicide volontaire*) nur solche Tötungen, bei denen der Tötungsentschluss im Sinne einer gereiften Entscheidung (*délibération mûrie*) in zeitlicher Zäsur vor der Tat gefasst war.⁹⁸ Dieses Konzept erscheint damit aber wiederum zu eng, um damit allein die Höchststrafwürdigkeit zu definieren.⁹⁹ Rechtsvergleichend überwiegen damit die schlechten Erfahrungen mit zweistufigen Konzeptionen und erst recht mit solchen, die sich auf nur ein Alleinstellungsmerkmal für den Mordtatbestand stützen.

V. Die grundsätzlich sinnvolle Orientierung am Stoßschen Modell von 1894

Freilich ist es längst an der Zeit, sich endlich von der mehr als eigenwilligen Tatbestandsformulierung des § 211 StGB zu verabschieden, wonach der Deliktsgehalt in unüblicher Weise ausgehend von einem typisierenden Substantiv („Mörder ist...“) definiert wird. Denn ganz unabhängig davon, ob diese Regelungstechnik Ausdruck der nationalsozialistischen Idee der Lehre vom Tätertyp war oder nicht,¹⁰⁰ fügt sich diese Formulierung schlicht nicht in den üblichen Sprachgebrauch des StGB ein und gefährdet ganz unnötig eine wesentliche Errungenschaft unseres rechtsstaatlichen Strafrechts, nämlich dass die Strafbarkeit einem Tat- und keinem Täterstrafrecht folgt.¹⁰¹

Über diesen Umstand hinaus lässt sich aber kaum davon sprechen, dass die Tötungsdelikte des StGB historisch schwer belastet sind¹⁰² oder dass die §§ 211, 212 StGB „im Wesentlichen aus dem Jahr 1941“¹⁰³ stammen. Denn die Nationalsozialisten hatten 1941 bei ihrer Neufas-

⁹³ *Coke*, The third part of the Institutes of the laws of England: concerning high treason, and other pleas of the crown, and criminal causes. London (1644), CH VII, S. 47.

⁹⁴ Homicide Act 1957, c. 11 Part II Section 5
 (1) Subject to subsection (2) of this section, the following murders shall be capital murders, that is to say.—
 (a) any murder done in the course or furtherance of theft;
 (b) any murder by shooting or by causing an explosion;
 (c) any murder done in the course or for the purpose of resisting or avoiding or preventing a lawful arrest, or of effecting or assisting an escape or rescue from legal custody,
 (d) any murder of a police officer acting in the execution of his duty or of a person assisting a police officer so acting;
 (e) in the case of a person who was a prisoner at the time when he did or was a party to the murder, any murder of a prison officer acting in the execution of his duty or of a person assisting a prison officer so acting,
 verfügbar unter http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1957/11/pdfs/ukpga_19570011_en.pdf, abgerufen am 21. März 2016.

⁹⁵ Vgl. jüngst etwa *R v Gango* [2011] UKSC 59, wo der Supreme Court die Verurteilung wegen Mordes selbst im Fall einer aberratio ictus aufrechterhalten hat. Bedenken auch im House of Lords, Attorney General's Reference No. 3 of 1994, verfügbar unter <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/gneral01.htm#end>, abgerufen am 21. März 2016; kritisch ferner *Binder*, *Felony murder* (2012), S. 105 f.; *ders.* *Buffalo CLR* 2000 (4), 399; Ireland Law Reform Commission, Consultation Paper on Homicide: The mental element in murder (2001); *Blom-Cooper/Morris*, *With malice aforethought* (2004).

⁹⁶ Wobei die zweite Modalität erst im Jahr 2001 zur Klarstellung in den *Code pénal* eingefügt wurde.

⁹⁷ „Consiste dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition.“

⁹⁸ Cass. crim. 17 mars 1993, pourvoi n° 92-84.552, Bull. n° 121.

⁹⁹ Kritisch *Conte*, *Droit pénal spécial*, 3. Aufl. (2007), S. 38; *Merle/Vitu*, *Traité de droit criminel* (1982), S. 1382; *Rassat*, *Droit pénal* (1987), S. 362 f.

¹⁰⁰ Schon diese Frage ist umstritten: Dafür *Mitsch* a.a.O. (Fn. 16), § 211 Rn. 1 m.w.N. in Fn. 4; dagegen *[Eb.] Schmidt*, *DRiZ* 1949, 198, 201.

¹⁰¹ *Gropp* a.a.O. (Fn. 67), § 5 Rn. 56.

¹⁰² So jedoch *Maas* am 29. Juni 2015, abrufbar unter http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/06292_015_Expertengruppe_Toetungsdelikte.html, abgerufen am 21. März 2016.

¹⁰³ So jedoch *Maas*, Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz vom 29. April 2014, abrufbar unter http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/042920_14_Rede_DAV.html, abgerufen am 21. März 2016.

sung¹⁰⁴ des § 211 RStGB einen Entwurf¹⁰⁵ des Berner Strafrechtslehrers *Carl Stooß* aus dem Jahr 1894 zugrunde gelegt, wie er 1931 auch Grundlage für das Schweizerische StGB geworden war. Abgesehen von den 1941 hinzugefügten Mordmerkmalen der „Befriedigung des Geschlechtstriebes“ und der „niedrigen Beweggründe“ ist § 211 StGB daher – vor allem mit Blick auf die grundsätzliche Tatbestandsstruktur, die Heterogenität der Mordmerkmale und das Stufenverhältnis als Qualifikation des Totschlags – eine alte Schweizerische Idee, der insofern kaum der Ruf politischer Bedenklichkeit anhaften kann.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Neufassung des § 211 RStGB durch das Gesetz vom 4. September 1941 (RGBl. 1941 I, 549): „(1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft. (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.“

¹⁰⁵ Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Bern 1894), Art. 52: „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft. Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Tötet der Täter in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren.“

¹⁰⁶ Wie hier *Mitsch* a.a.O. (Fn. 16), § 211 Rn. 1; *MüKo-Schneider*, 2. Aufl. (2011), § 211 Rn. 5; a.A. [G.] *Wolf* JuS 1996, 189, 192.

VI. Fazit

Im Ergebnis unterliegt die Reform des § 211 StGB damit den gezeigten verfassungs- und strafrechtlichen Rahmenbedingungen, denen sich der Gesetzgeber in jedem Moment seines Tuns bewusst sein muss. Und diese Reform ist eine Aufgabe des Gesetzgebers, nicht eine der Gerichte (I.). Sie sollte den Mut haben, die negative Typenkorrektur zu regeln, um den Gerichten einen Ausweg aus dem Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus zu öffnen. Sie sollte sich allein am Leitprinzip eines qualifizierten, aber heterogenen Handlungsunwerts orientieren und dabei durchaus auch subjektive Qualifikationsmerkmale anerkennen (II., III.). Dabei gibt es weder historische noch rechtsvergleichende Gründe, das bewährte dreistufige Konzept zwischen Grunddelikt, Privilegierung und Qualifikation unnötig zu verwerfen (IV.). Eine solche Reform täte gut daran, sich nach wie vor am grundlegenden *Stooß*schen Modell von 1894 zu orientieren, weil es sich dabei schon damals um eine zukunftsweisende integrative Idee handelte und weil nicht der gesamte Mordtatbestand historisch schwer belastet ist, sondern nur seine Pervertierung in Gestalt der tätertypisierenden Gesetzgebung von 1941 (V.).

Aufsätze und Anmerkungen

Unionstreue trotz Verjährung

Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs (Große Kammer) vom 8. September 2015 (C-105/14 – Taricco) = HRRS 2015 Nr. 1007

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Frankfurt (Oder)

Das weitreichende Urteil des EuGH legt aus Anlass eines Vorabentscheidungsersuchens eines italienischen Strafgerichts (I.) dar, dass das Unionsrecht auch ohne ausdrückliche Vorgabe¹ Einfluss auf die strafrechtliche Ver-

jähung hat. Das Erfordernis einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung kann sich auf das gesamte Verjährungsregime auswirken (II.). Zu widersprechen ist allerdings der Feststellung des EuGH, dass diesem Erfordernis Anwendungsvorrang zukomme (III.).

¹ In strafrechtsharmonisierenden Rechtsakten gibt es aktuell kaum Mindestvorschriften zur Verjährung. Art. 15 Abs. 2 RL 2011/93/EU vom 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl. 2011, L 335/1, berichtigt durch ABl. 2012, L 18/7) verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass bestimmte Delikte während eines hinlänglich langen Zeitraums nach Erreichen der Volljährigkeit durch das Opfer entsprechend der

Schwere der betreffenden Straftat strafrechtlich verfolgt werden können. Der Vorschlag einer Richtlinie vom 11.07.2012 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichteten Betrug, KOM(2012) 363 endg., sieht in Art. 12 Regelungen zu den Verjährungsfristen vor, über die bislang keine endgültige Einigung erzielt werden konnte (vgl. Ratsdok. 8604/15 vom 07.05.2015, S. 2).

I.

Im Ausgangsverfahren wurde den Beschuldigten vorgeworfen, in den Steuerjahren 2005 bis 2009 eine kriminelle Vereinigung gegründet oder sich daran als Mitglied beteiligt zu haben. Ihr Zweck habe darin bestanden, über Scheingesellschaften Rechnungen zu erstellen, in denen Inlandsverkäufe von Champagner fälschlicherweise als innergemeinschaftliche Lieferungen ausgewiesen wurden. Das Unternehmen, an das der Champagner geliefert wurde, habe unrichtige Jahres-Mehrwertsteuererklärungen abgegeben. Der Schaden des Mehrwertsteuerbetrugs soll mehrere Millionen Euro betragen.² Gegenüber einem der Beschuldigten war bereits Verjährung eingetreten. Das Strafverfahren gegen die übrigen Beschuldigten würde nach der Erwartung des vorlegenden Gerichts wegen der komplexen Ermittlungen so lange dauern, dass die Straftaten bereits vor Ergehen des endgültigen Urteils verjährt sein würden. Das Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob es möglich sei, die absolute Verjährungsfrist wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht unangewendet zu lassen.

Zwar bewirken auch im italienischen Strafrecht bestimmte strafprozessuale Maßnahmen eine Unterbrechung der Verjährung. Die Verjährung beginnt mit dem Tag der Unterbrechung neu zu laufen; bei mehreren unterbrechenden Handlungen läuft die Verjährung ab der letzten dieser Handlungen erneut.³ Aber die Unterbrechung kann grundsätzlich⁴ zu keiner Verlängerung der regulären Verjährungsfristen des Art. 157 CP über die in Art. 161 Abs. 2 CP bestimmten Grenzen hinaus führen. Diese Grenzen entsprechen absoluten Verjährungsfristen. Der Eintritt der absoluten Verjährung richtet sich nach einem abgestuften System; bei Ersttätern kann die reguläre Verjährungsfrist um höchstens ein Viertel verlängert werden.⁵ Hinzu tritt, dass durch eine im Jahr 2005 erfolgte Reform die Verjährungsfristen allgemein verkürzt wurden⁶ und die Verjährung auch noch nach Ergehen des Urteils erster Instanz eintreten kann.⁷ Für das Ausgangsverfahren bedeutete dies, dass die Verjährung für die Mitglieder der kriminellen Vereinigung spätestens nach sieben Jahren und sechs Monaten und für deren Drahtzieher spätestens nach acht Jahren und neun Monaten

² Zum Sachverhalt siehe auch die Schlussanträge von GA Kokott ECLI:EU:C:2015:293, Rn. 25 ff.

³ Vgl. Art. 160 Abs. 3 Codice Penale (CP).

⁴ Eine Ausnahme ist in Art. 157 Abs. 6 CP für bestimmte Straftaten, wie die fahrlässige Tötung im Straßenverkehr oder der Organisierten Kriminalität i.w.S. zuzuordnende schwere Straftaten, vorgesehen; siehe *Jarvers* in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. 5, 2010, S. 606.

⁵ Bei erschwertem Rückfall um die Hälfte (Art. 99 Abs. 2 CP), bei wiederholtem Rückfall um zwei Drittel (Art. 99 Abs. 4 CP), bei gewohnheitsmäßiger oder gewerbsmäßiger Begehung um das Doppelte (Art. 102, 103, 105 CP); siehe *Jarvers* (Fn. 4), S. 605.

⁶ Legge ex Cirielli vom 05.12.2005, n. 251/2005. In der Zwischenzeit wurden die Verjährungsfristen für bestimmte Delikte wieder verlängert; Legge vom 14.09.2011, n. 148/2011.

⁷ Siehe demgegenüber § 78b Abs. 3 StGB zum Ruhen der Verjährung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

eingetreten wäre. Da der Eintritt der Strafverfolgungsverjährung im italienischen Recht ein Grund für das Erlöschen der Straftat ist, würde durch die Verjährung die Strafbarkeit beseitigt.⁸

II.

Der EuGH stellt fest, dass sich die aus dem Loyalitätsgebot abgeleiteten Untergrenzen der Strafbarkeit auf das Verjährungsregime auswirken.⁹ Bekanntlich vertritt der EuGH in ständiger Rspr., dass die Pflicht zur Unions-treue (Art. 4 Abs. 3 EUV) von den Mitgliedstaaten verlangt, von sich aus alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, wenn für einen Verstoß gegen eine unionsrechtliche Regelung keine Sanktion vorgesehen ist. Die Mitgliedstaaten dürfen die Sanktion grundsätzlich frei wählen. Sie müssen aber Verstöße gegen das Unionsrecht nach ähnlichen (sachlichen und verfahrensrechtlichen) Regeln ahnden wie vergleichbare Verstöße gegen das nationale Recht. Und die vorgesehene Sanktion muss jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.¹⁰ Auf den im Fall Taricco vorgeworfenen Mehrwertsteuerbetrug findet zusätzlich Art. 325 AEUV Anwendung,¹¹ der für Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union die EuGH-Rechtsprechung zum Loyalitätsgebot festschreibt.

Die Vorschriften über die Verjährung beeinflussen die Möglichkeit einer Sanktionierung, weil sie die Strafbarkeit beseitigen oder eine Strafverfolgung hindern. Tritt die Verjährung zu rasch ein, kann die Sanktionsdrohung keine hinreichende Wirkung entfalten. Die Mitgliedstaaten dürfen deshalb die Effektivität und abschreckende Wirkung der Sanktionsdrohungen nicht über das Verjährungsregime unterlaufen. Für die Ausgestaltung der Verjährungsregelungen lassen sich dem Taricco-Urteil folgende Eckpunkte entnehmen:

Es ist mit dem Unionsrecht vereinbar, dass gegen die Unionsinteressen gerichtete Straftaten verjährrbar sind (Rn. 45). Die für die Verjährung angeführten Begründungen – wie das mit dem Zeitablauf sinkende Strafbedürf-

⁸ Vgl. Art. 157 Abs. 1 CP; zur überwiegenden Einordnung als materiell-rechtliches Institut *Jarvers* (Fn. 4), S. 601. Auch andere EU-Mitgliedstaaten begreifen die Verjährung als materiell-rechtlichen Strafbeseitigungsgrund; z.B. Österreich (OGH EvBl 2006/71; *Fuchs* Strafrecht AT, 8. Aufl. 2012, Kap. 27 Rn. 17); Polen (Oberstes Gericht [Sąd Najwyższy] Urt. v. 10.03.2004, II KK 338/03, OSNwSK 2004, nr. 1, poz. 521; *Kłaczynska* in: Giezek [Hrsg.], Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, 2. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 3); Schweden (*Cornils* in: Sieber/Cornils [Hrsg.], Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. 5, 2010, S. 673). Anders die h.M. in Deutschland, die von einem Verfahrenshindernis ausgeht; *Satzger* JURA 2012, 435 f. m.w.N.

⁹ Siehe bereits *Killmann* in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 34: „Eine unproportional kurze Verjährung könnte allerdings unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckungswirkung nicht europarechtskonform sein.“

¹⁰ Ständige Rspr. seit EuGH Urt. v. 21.09.1989, Rs. 68/88 (Griechischer Mais), Slg. 1989, 2965, Rn. 24. Zum Ganzen *Hecker* Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 7 Rn. 27 ff.

¹¹ Zur Begründung siehe Rn. 38.

nis, die Aufklärungs- und Beweisschwierigkeiten bei langem Zurückliegen der Tat oder prozessökonomische Gründe – können auch der Verfolgung dieser Straftaten entgegenstehen.

Die Länge der Verjährungsfrist dürfte in den meisten Rechtsordnungen an die Strafdrohung gekoppelt sein.¹² In diesem Zusammenhang bestätigt der EuGH, dass die im italienischen Recht angedrohte Sanktion für die Bildung einer kriminellen Vereinigung, um Mehrwertsteuerbetrug zu begehen, nämlich Freiheitsstrafe bis zu sieben Jahren, „an sich abschreckend“ ist (Rn. 45). Dass die reguläre Verjährungsfrist nach italienischem Recht grundsätzlich der jeweils angedrohten Höchststrafe entspricht,¹³ wird nicht beanstandet. Der EuGH betont aber, dass die Verjährungsfrist, dem Gleichstellungsgebot gemäß, jener für vergleichbare Straftaten gegen innerstaatliche Rechtsgüter entsprechen muss (Rn. 48). Selbst wenn es keine wesentliche Abweichung gibt, kann sich die Verjährungsfrist als mit dem Erfordernis einer wirksamen und abschreckenden Maßnahme unvereinbar erweisen. Ist es aufgrund der Kürze der Verjährungsfrist praktisch unmöglich, die angedrohte Sanktion zu verhängen, bewirkt die Verjährungsfrist, dass die Sanktionsregelung nicht wirksam und abschreckend ist. Für diese Beurteilung ist dem EuGH zufolge maßgeblich, ob die jeweiligen Taten „in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen ... nicht strafrechtlich geahndet werden, weil sie im Allgemeinen verjährt sind“ (Rn. 47). Der EuGH belässt damit den Mitgliedstaaten einen erheblichen Einschätzungsspielraum.

Wie das Taricco-Urteil veranschaulicht, kommt es nicht allein auf die Länge der regulären Verjährungsfrist, sondern auf die Verjährungsregelungen in ihrer Gesamtheit an. Die Strafverfolgungsbehörden müssen die Möglichkeit haben, die Strafverfolgung innerhalb der Verjährungsfrist zu einem rechtskräftigen Abschluss zu bringen. Zu diesem Zweck ist üblicherweise vorgesehen, dass die Regelverjährungsfrist durch bestimmte Strafverfolgungsmaßnahmen modifiziert wird, etwa in Form des Ruhens, der Unterbrechung oder der Verlängerung der Verjährung. In diesem Zusammenhang können sich, wie der vorliegende Fall zeigt, absolute Verjährungsfristen als problematisch erweisen. Wird die Modifikation der Verjährungsfrist durch eine zu kurz bemessene absolute Verjährungsfrist begrenzt, kann sich das Sanktionsregime als unwirksam darstellen. In den Worten des EuGH wird „die zeitliche Wirkung eines Grundes für die Unterbrechung der Verjährung neutralisiert“ (Rn. 46). Absolute Verjährungsfristen müssen daher ausreichend lang sein, um eine Strafverfolgung zu ermöglichen. Bei der Fristbemessung ist die typische Dauer und Komplexität des Strafverfahrens zu berücksichtigen. Wird die Straftat ihrer Art nach erst durch nachträgliche Kontrollmaßnahmen entdeckt, wie dies auf Steuerdelikte zutrifft, ist auch hierauf Bedacht zu nehmen, d.h. es ist die übliche Zeitspanne von der Tatbegehung bis zu ihrer Entdeckung

in die absolute Verjährungsfrist einzurechnen.¹⁴ Aus all dem folgt, dass absolute Verjährungsfristen großzügig bemessen sein müssen und sich nur dazu eignen, ein missbräuchliches Hinausschieben des Verjährungseintritts durch die Strafverfolgungsorgane zu verhindern, hingegen nicht als Anreiz, die Strafverfolgung zu beschleunigen.

III.

Als brisant erweisen sich die Ausführungen des EuGH zu den Konsequenzen einer Verjährungsregelung, die dem Erfordernis einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung nicht genügt. Der EuGH nimmt an, dass diesem Erfordernis Anwendungsvorrang zukommt. Die Verjährungsregelung dürfe nicht angewendet werden, ohne dass es auf ihre formelle Aufhebung durch das Verfassungsgericht oder den Gesetzgeber ankomme, sodass der Beschuldigte – anders als bei einer ausschließlichen Anwendung des innerstaatlichen Rechts – zu bestrafen sei (Rn. 49, 53). Voraussetzung sei, dass noch keine Verjährung eingetreten ist (vgl. Rn. 57). Denn wie der EuGH betont, darf der Anwendungsvorrang nicht die europäischen Grundrechte aushebeln (Rn. 53).¹⁵ Der EuGH prüft in diesem Zusammenhang, ob die Nichtanwendung der absoluten Verjährungsfrist den in Art. 49 Abs. 1 GRCh gewährleisteteten Grundsatz „nullum crimen nulla poena sine lege“ verletzt.

Der alte Streit, ob die nachträgliche Verlängerung der strafrechtlichen Verjährung vom Rückwirkungsverbot erfasst wird, ist bis heute nicht gelöst. Er hängt vordergründig mit der Unsicherheit zusammen, ob die Verjährung ein materiell-rechtliches Institut ist oder nur prozessualen Charakter hat. Richtig besehen dürfte es sich um die Frage der ratio des Rückwirkungsverbots handeln.¹⁶ Der EuGH beschränkt sich auf eine wörtliche Auslegung von Art. 49 Abs. 1 GRCh und verneint einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot. Denn auch bei einem rückwirkenden Wegfall der Verjährungshöchstfrist war das Verhalten bereits im Begehungszeitpunkt nach nationalem Recht strafbar, und es wird keine schwerere

¹⁴ Den österreichischen Gesetzgeber veranlasste dieser Umstand, die absoluten Verjährungsfristen für gerichtlich zu verfolgende Finanzvergehen durch das AbgabenänderungsG 1998 (BGBl. I Nr. 28/1999) zu beseitigen; EBRV 1471 BlgNR, 20. GP, S. 31.

¹⁵ Die europäischen Grundrechte sind im vorliegenden Fall nach Maßgabe der EuGH-Judikatur anwendbar, weil die Anwendung nationaler Strafvorschriften, um einen Verstoß gegen Unionsrecht zu sanktionieren, eine Durchführung des Rechts der Union sei (Art. 51 GRCh); EuGH Urt. v. 10.11.2011, Rs. C-405/10 (Garenfeld), Slg. 2011, I-11035, Rn. 48; Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415, Rn. 27 f.

¹⁶ Selbst in manchen Rechtsordnungen, welche der Verjährung materiell-rechtlichen Charakter zuerkennen, wird eine Verlängerung der Verjährungsfrist bei noch laufender Verjährung für zulässig gehalten; für Österreich siehe OGH RIS-Justiz RS0116876; *Marek* in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK-StGB, 2. Aufl., Stand: 2013, § 57 Rn. 23; für Polen siehe Verfassungsgerichtshof (Trybunał Konstytucyjny) Urt. v. 15.10.2008, P 32/06, OTK-A 2008/8/138; *Kłaczynska* in: Giezek (Hrsg.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, 2. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 9. Anders aber etwa in Italien; *Scalia eucrim* 2015, 107.

¹² Darüber hinaus ist eine Anbindung an die Einteilung der Straftaten in Verbrechen und Vergehen und dgl. anzutreffen.

¹³ Art. 157 Abs. 1 CP.

Strafe verhängt, als im Begehungszeitpunkt angedroht (Rn. 56). Diese Interpretation kann sich auf die Judikatur des EGMR stützen. Der EGMR hat erstmals in *Coeme u.a. vs. Belgien* ausgesprochen, dass die nachträgliche Verlängerung einer Verjährungsfrist eine bloße „Enttäuschung von Erwartungen“ sei, die Art. 7 EMRK nicht verletze.¹⁷ Die europäischen Gerichte erkennen also dem Rückwirkungsverbot nur einen Minimalgehalt zu.

Die Einbeziehung des Erfordernisses wirksamer und abschreckender Maßnahmen in das Vorrangprinzip deutete sich bereits in der Rechtssache *Berlusconi u.a.* an. Dort war eine nach Tatbegehung erfolgte, die Beschuldigten begünstigende gesetzliche Änderung der anzuwendenden Strafbestimmungen zu beurteilen. Unter anderem wurde die Strafdrohung gesenkt, was dazu führte, dass eine der vorgeworfenen Straftaten bereits verjährt war.¹⁸ Die Änderungen widersprachen einer Richtlinie, welche die Mitgliedstaaten verpflichtete, für Bilanzfälschungen „geeignete Sanktionen“ vorzusehen. Der EuGH nahm an, dass das Erfordernis geeigneter Sanktionen am Maßstab wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Maßnahmen zu messen sei und dem Anwendungsvorrang unterliege. Da jedoch eine Richtlinie die Strafbarkeit weder begründen noch verschärfen könne, greife der Anwendungsvorrang nicht.¹⁹

Obwohl es um einen Verstoß gegen Primärrecht geht, überzeugt es auch im Fall *Taricco* nicht, dass sich der EuGH auf den Anwendungsvorrang beruft.²⁰ Die in der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*²¹ entwickelte Kollisionsregel gilt ausschließlich für unmittelbar anwendbares Unionsrecht.²² Unmittelbar anwendbar sind nur Normen, die auf einen Sachverhalt konkret anwendbar sind. Dies setzt u.a. voraus, dass die betreffende Norm klar und präzise ist, es zu ihrer Durchführung nicht eines weiteren Vollzugsakts eines nationalen oder europäischen Organs bedarf und die Norm in der Anwendung keinen Ermessensspielraum einräumt.²³ Diesen Anforderungen genügt die Pflicht zu effektiven und abschreckenden Maßnahmen eindeutig nicht.²⁴ Dies gilt auch, soweit über das

Vorrangprinzip nicht die Strafbarkeit begründet oder verschärft, sondern ein Strafaufhebungsgrund oder ein Verfolgungshindernis „neutralisiert“ werden soll.²⁵ Denn die Feststellung, dass gegen das Erfordernis wirksamer und abschreckender Maßnahmen verstoßen wird, setzt dem EuGH zufolge die Prüfung voraus, ob wegen des betreffenden Elements „in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen“ keine strafrechtliche Ahndung möglich ist (Rn. 47). Wegen des mit dieser Beurteilung verbundenen Spielraums²⁶ sind die mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit (noch) vereinbaren Anforderungen an die unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsrecht auch insoweit nicht gegeben. Eine auf Strafaufhebungsgründe, Verfolgungshindernisse und dgl. beschränkte unmittelbare Anwendbarkeit des Erfordernisses wirksamer und abschreckender Maßnahmen ist daher zurückzuweisen.

Der EuGH dürfte das Problem gesehen haben, denn er hebt die in Art. 325 Abs. 2 AEUV normierte Verpflichtung der Mitgliedstaaten hervor, die gleichen Maßnahmen zu ergreifen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten. Den Mitgliedstaaten sei eine „genaue Ergebnisspflicht“ auferlegt, „die im Hinblick auf die Anwendung der dort aufgestellten Regel an keine Bedingung geknüpft ist“ (Rn. 50 f.). Auch eine unmittelbare Anwendbarkeit des Gleichstellungsgebots ist jedoch abzulehnen, weil es für „Taten vergleichbarer Art und Schwere“ (vgl. Rn. 48), die sich gegen die einschlägigen Interessen des Mitgliedstaates richten, verschiedene Strafbestimmungen geben kann, sodass unklar ist, woran die Gleichstellung zu orientieren ist. Auch das Gleichstellungsgebot belässt den Mitgliedstaaten einen gewissen Bewertungs- und Gestaltungsspielraum, der vom nationalen Gesetzgeber auszufüllen ist. In der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH hatte die Europäische Kommission vorgebracht, dass „das italienische Recht insbesondere keine absolute Verjährungsfrist für die Straftat des Zusammenschlusses zur Begehung von Delikten auf dem Gebiet der Verbrauchssteuern auf Tabakerzeugnisse“ vorsehe (Rn. 48). In den Vergleich wären aber auch Strafbestimmungen, die sich gegen die Hinterziehung anderer Steuern richten, einzubeziehen, weil auch diese „Betrügereien“ betreffen, die sich gegen die eigenen finanziellen Interessen des Mitgliedstaates richten. Darüber hinaus ist auffällig, dass sich die streitige Regelung im allgemeinen Strafrecht befindet (Art. 160 Abs. 3 CP); dies spricht gegen eine grundsätzliche Schlechterstellung der finanziellen Interessen der Union.

¹⁷ EGMR Urt. v. 22.06.2000, Nr. 32492/96 u.a. (*Coeme u.a./Belgien*), Z. 149. Zur Unzulässigkeit einer Bestrafung, wenn bereits Verjährung eingetreten ist, EGMR Urt. v. 17.05.2010, Nr. 36376/04 (*Kononov/Lettland*), Z. 147; Urt. v. 20.09.2011, Nr. 14902/04 (*Yukos/Russland*), Z. 563 f., 570 ff.

¹⁸ EuGH Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, 391/02 und 403/02 (*Berlusconi u.a.*), Slg. 2005, I-3565, Rn. 32.

¹⁹ EuGH Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, 391/02 und 403/02 (*Berlusconi u.a.*), Slg. 2005, I-3565, Rn. 64 f., 72 ff.

²⁰ A.A. *Bülte NZWiSt* 2015, 398: „bedingungslose[r] Anwendungsvorrang des Primärrechts“.

²¹ EuGH Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1141.

²² EuGH Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1141, Ls. 7; *Haratsch/Koenig/Pechstein* *Europarecht*, 9. Aufl. 2014, Rn. 182.

²³ Z.B. EuGH Urt. v. 16.06.1966, Rs. 57/65 (*Alfons Lütticke GmbH/Hauptzollamt Saarlouis*), Slg. 1966, 258 (266).

²⁴ Vgl. zum Fall *Berlusconi* *Satzger JZ* 2005, 1001: „Es finden sich keine hinreichend klaren Anhaltspunkte zu Natur (zivil-, verwaltungs-, verwaltungsstraf-, kriminalstrafrechtlich) oder Höhe der Sanktion, so dass es im Gemeinschaftsrecht an einer hinreichend klaren und abschließenden Al-

ternativregelung zum nationalen Recht fehlt.“ *Satzger a.a.O.* sieht einen unmittelbar anwendbaren Minimalgehalt des Loyalitätsgebots im „Verbot des Absehens von jeglicher Sanktion“. Dieser sei aber nicht berührt, wenn eine beschuldigtenfreundlichere Regelung der Verjährung die faktische Straflosigkeit bewirke, solange noch andere Sanktionen möglich sind. Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsrecht in der Rechtssache *Berlusconi* auch *Hecker* (Fn. 10), § 9 Rn. 19. Vgl. auch *Hatje* in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 25.

²⁵ Es ist darüber hinaus an weitere Voraussetzungen einer Verurteilung, die vom Rückwirkungsverbot möglicherweise nicht erfasst sind, zu denken, wie das Erfordernis eines Strafantrags oder Beweisverbote.

²⁶ Vgl. *Gaede wistra* 2016, 89 (95): „diffuse[s] Kriterium“.

Klarzustellen ist, dass es auch bei Bejahung einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Gleichstellungsgebots wegen „nullum crimen“ ausgeschlossen wäre, dass der Anwendungsvorrang die Strafbarkeit oder eine schwerere Strafe bewirkt, als im Tatzeitpunkt im nationalen Recht vorgesehen war. Aber selbst die Unanwendbarkeit der Höchstfrist der Verjährung erweise sich als problematisch, weil die Straftat durch fortgesetzte Unterbrechungshandlungen der Verjährung entzogen werden könnte.²⁷ Stellte sich eine reguläre Verjährungsfrist als zu kurz bemessen und damit als unionsrechtswidrig dar, hätte ihre Unanwendbarkeit zur Folge, dass die Straftat unverjährbar wäre, wenn sie einen Unions Sachverhalt betrifft. Die Straftat würde damit rückwirkend auf die Stufe von besonders schwerwiegenden Straftaten wie Mord gehoben. Es ist sehr zweifelhaft, ob diese nachträgliche Umwertung mit dem „nullum crimen“-Grundsatz zu vereinbaren wäre.

Ein Aufweichen der Voraussetzungen des Anwendungsvorrangs ist wegen der weitreichenden Folgen abzulehnen. Das Unionsrecht würde sich von seinen völkerrechtlichen Wurzeln entfernen,²⁸ die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit wären gravierend. Falls künftig in einer Richtlinie Mindestvorschriften zur Verjährung getroffen werden,²⁹ tritt ein weiteres Problem hinzu: Solange ein Mitgliedstaat die Vorgaben der Richtlinie nicht umgesetzt hat, dürfen die Regelungen zur Mindestverjährung nicht zulasten eines Beschuldigten angewendet werden, auch wenn die Umsetzungsfrist schon abge-

laufen ist.³⁰ Würde man in diesem Fall auf Art. 325 AEUV als „unmittelbar anwendbares“ Primärrecht zurückgreifen, liefe dies der Sache nach dem Grundsatz zuwider, dass sich ein Mitgliedstaat auf pflichtwidrig nicht umgesetztes Recht nicht berufen können soll. Es ließe sich wiederum nur schwer mit der Idee des Anwendungsvorrangs in Einklang bringen, würde man im Fall von erlassenen Sekundärrecht einen solchen Rückgriff ablehnen.

Der EuGH ist daher aufgerufen, sich auf die Grenzen des Anwendungsvorrangs zu besinnen.³¹ So unerfreulich es in der Sache ist, wenn ein Mitgliedstaat über sein Verjährungsregime die Pflicht zu einer wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionierung von gegen die Unionsinteressen gerichteten Taten unterläuft: Eine Verjährungsregelung, die einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung entgegensteht, ist anzuwenden, solange sie nicht innerstaatlich aufgehoben oder geändert wurde.³² Verletzt ein Mitgliedstaat über das Verjährungsregime die Pflicht zu einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung von Straftaten, die gegen die Interessen der Union gerichtet sind, ist erforderlichenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten. Der Fall Taricco zeigt darüber hinaus die Notwendigkeit, ernsthaft über eine Harmonisierung der Verjährung von Straftaten zum Schutz der Interessen der Union nachzudenken.

²⁷ Dies zu verhindern, ist gerade der Zweck der absoluten Verjährung; Saliger in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 78c Rn. 36.

²⁸ Innerstaatlich verbindlich wird eine völkerrechtliche Norm in Deutschland mit dem Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG. Von ihrem Inhalt hängt ab, ob sie Behörden und Gerichte unmittelbar verpflichtet oder ob sie den Gesetzgeber in Bund und Ländern in die Pflicht nimmt, zunächst Gesetze zur Umsetzung zu erlassen, weil sie aus sich selbst heraus nicht vollziehbar ist, gleichwohl aber eine Regelungsverpflichtung enthält; vgl. von Arnald Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, § 7 Rn. 503.

²⁹ Siehe den aktuellen RL-Vorschlag (Fn. 1).

³⁰ EuGH Urt. v. 08.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, 3969, Rn. 9 f.; Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, 391/02 und 403/02 (Berlusconi u.a.), Slg. 2005, I-3565, Rn. 73 f.

³¹ Bemerkenswert ist, dass die Urteile, auf die der EuGH in Rn. 52 als Beleg für den Anwendungsvorrang von Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV verweist, alle unzweifelhaft unmittelbar anwendbares Unionsrecht betreffen; EuGH Urt. v. 14.06.2012, Rs. C-606/10 (ANAFE), NVwZ-RR 2012, 736, Rn. 73; Urt. v. 09.03.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 17/18; Urt. v. 19.06.1990, Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2433, Rn. 18; Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Slg. 2010, I-8015, Rn. 53.

³² Gegen einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts mit einem anderen Ansatz (Verstoß gegen Art. 47, 48 Abs. 2 GRCh) auch Gaede wistra 2016, 96.

Aufsätze und Anmerkungen

Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff

Von RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München

Ingeborg Puppe und Thomas Fischer fochten einen Streit über den bedingten Vorsatz und seine Rechtsnatur aus. Puppe behauptete¹, dass es eine Rechts- und keine Tatsachenfrage sei, ob ein Täter mit bedingtem Vorsatz handle, und warf dem BGH

¹ ZIS 2014, 66.

vor, Tatsachen- und Werturteile nicht sauber zu trennen. Fischer hielt dagegen², dass Puppe dieses Ergebnis mit „Sprach-Pirouetten“, „willkürlichen Behauptungen“ und dem „festen Willen zum Missverständnis“ erziele. Bedingter Vorsatz sei die

² ZIS 2014, 97.

innere Einstellung des Täters zu der Erkenntnis, dass seine Handlung zu einem Erfolg führen könne – und damit eine Tatsachenfrage. Höchst praxisrelevant hängt natürlich an dieser Entscheidung (Tatsachen- oder Rechtsfrage?), ob der Zweifelsgrundsatz gilt.

I. Der Fall

Ein junger Mann trifft sich mit seiner (Noch-)Freundin zur „klärenden Aussprache“, sie steigt in sein Auto und erklärt ihm, dass die Beziehung definitiv beendet sei. In einer Mischung aus Frust, Ärger, Wut, Unglauben und Hoffnung, alles bezogen auf seine Beziehung, fährt der Mann mit einer Geschwindigkeit zwischen 60 und 70 km/h durch eine unübersichtliche Kurve, die er kennt und mit 30 km/h locker, mit 50 km/h angestrengt schafft. Er wird aus der Kurve getragen, die Freundin verletzt sich.

Im Prozess sagt er auf die Frage, was er sich gedacht habe: „Nicht viel, ehrlich gesagt nichts.“ – Es klingt glaubhaft. Als er gefragt wird: „Wenn Sie im nachhinein überlegen – haben Sie darauf vertraut, dass nichts passiert, oder haben Sie in Kauf genommen, dass Ihre Freundin verletzt wird?“, antwortet er: „Ehrlich gesagt: beides.“ – Auch das klingt glaubhaft.

Handelte der Mann nun mit bedingtem Vorsatz, § 315c Abs.1 Nr. 2 d StGB? Oder bewusst fahrlässig, § 315c Abs.3 Nr. 1 StGB?

II. Die Theorie

Die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist bekanntlich schwierig, die Theorien sind nicht mehr zu überschauen³, es gibt im Kern zwei Gruppen:

Die „kognitiven Theorien“ entscheiden danach, was der Täter über den möglichen Erfolg weiß, für wie wahrscheinlich er ihn hält.

Die „voluntativen Theorien“ verlangen darüber hinaus ein „Willens-Element“. Begrifflich ist je nach Untertheorie erforderlich, dass der Täter „einverstanden ist“ mit dem Erfolg⁴, ihn „in Kauf nimmt“ oder „ernst nimmt“⁵, sich „damit abfindet“, ihn „billigt“ oder „nicht vermeiden will“⁶. Nach (wohl) herrschender Ansicht muss der Täter die Tatbestandsverwirklichung ernsthaft für möglich halten und sich mit ihr abfinden⁷.

Die Rechtsprechung – für einen Tatrichter in der täglichen Praxis natürlich entscheidend – nimmt bedingten

³ Zu allen Theorien siehe Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 8.2.2015, § 15 Rn. 20-25.1 mit zahlreichen Nachweisen.

⁴ Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 22 Rn. 36.

⁵ Stratenwerth ZStW 71 (1959), 51, 65.

⁶ Kaufmann ZStW 70 (1958), 64, 74.

⁷ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. (2014), § 15 Rn 24; Roxin JuS 1964, 53, 61.

Vorsatz an, wenn der Täter den Erfolg als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und dabei billigend in Kauf nimmt⁸, verlangt also ein voluntatives Element⁹. Ein Täter kann einen Erfolg auch „billigen“, wenn der ihm „an sich“ höchst unerwünscht ist¹⁰.

Entscheidend für den Ausgangsfall ist also die Frage:

Hat der junge Mann, in die Kurve biegend, einen Unfall und damit Verletzungen seiner Beifahrerin „billigend in Kauf genommen“, auch wenn ihm das „an sich“ höchst unerwünscht war?

Ein Tatrichter, der hier noch keine Lösung hat, mag die bekannte Faustformel heranziehen und sich fragen, ob der Mann beim Einfahren in die Kurve dachte: „Wird schon gutgehen!“ – dann handelte er bewusst fahrlässig; oder dachte: „Na, wenn schon!“ – dann handelte er bedingt vorsätzlich.

Wer die Antwort jetzt noch immer nicht kennt, muss, da er eine „innere Tatsache“ nicht aufklären kann, nach dem Zweifelsgrundsatz eigentlich Fahrlässigkeit annehmen.

Mit Sicherheit aber nehmen viele Richter, obwohl auch sie nicht näher an die „psychische Tatsache“ herankommen, bedingten Vorsatz an – und das mit guten Gründen.

Betrachtet man nämlich das theoretische Rüstzeug, mit dem man den Ausgangsfall lösen soll, stellt man fest: Das Werkzeug kollidiert an der Wirklichkeit, die Theorie passt nicht zur Praxis. Es ist, als arbeite man auf der Baustelle, habe aber einen Notarztkoffer.

III. Die Wirklichkeit

Die Wirklichkeit fügt sich leider nicht dem Modell, der Täter denkt entweder zu wenig, zu viel, oder das Falsche:

1. Keine „psychische Tatsache“

Viele Täter denken sich im Moment der Tatausführung, was den möglichen Erfolg betrifft: nichts.

Auch der junge Autofahrer hat eine Flut von Gedanken im Kopf, die sich aber auf seine Beifahrerin beziehen, die Beziehung, das Ende der Beziehung, einen erhofften Neuanfang. Was einen möglichen Unfall und Verletzungen seiner Freundin betrifft, denkt er aber tatsächlich nichts, weder: „Wird schon gutgehen!“, noch: „Na, wenn schon!“.

Wie soll man als Tatrichter aber eine Tatsache feststellen, wenn es keine gibt? Man kann juristisch rigoros allein die These vertreten, dass sich jeder zu einem Erfolg, den er als möglich erkennt, eine Meinung bilden muss, wie latent auch immer. Dann wird der Fahrer rechtlich gezwungen, einen Standpunkt einzunehmen, wie er zu

⁸ Vgl. BGH NStZ 1981, 23; BGH NStZ 1984, 19; BGHSt 36, 1, 9 = NJW 1989, 781, 783; BGH NStZ 1998, 616 m. Anm. Roxin; BGH NStZ 2008, 451 = HRRS 2008 Nr. 475.

⁹ BGH NStZ-RR 2008, 239 = HRRS 2008 Nr. 576.

¹⁰ BGHSt 7, 363, 369 = NJW 1955, 1688, 1690.

Verletzungen seiner Beifahrerin steht. Ehrlicher Weise ist das aber bestenfalls Fiktion, selbst Psychologen dürften daran scheitern, diesen Standpunkt zu ermitteln.

Hier hat Puppe Recht, wenn sie (für Tötungsdelikte) schreibt: „Jedenfalls im Moment der Tatausführung befasst sich der Täter nicht mit der Frage, ob er den Eintritt des Todes des Opfers in Kauf nehmen, sich damit abfinden oder ernsthaft und nicht nur vage auf sein Ausbleiben vertrauen will. Die Problematik der Anwendung dieser Beschreibung des Willenselements des Vorsatzes besteht also nicht, wie viele Wissenschaftler meinen, darin, dass der Richter dem Täter während der Tatausführung nicht in den Kopf schauen kann, sondern darin, dass er das, was er sucht, ein Sich-Abfinden mit dem Tod oder ein ernsthaftes Vertrauen auf sein Ausbleiben, in diesem Kopf im Moment der Tatausführung gar nicht finden würde.“¹¹

Wenn sich ein Täter tatsächlich keine Gedanken macht, dann ist in diesen Fällen objektiv keine Tatsache zu ermitteln. Auch der Zweifelssatz hilft nicht weiter, es gibt nämlich weder die ungünstige Tatsache (Vorsatz) noch die günstige (Fahrlässigkeit) – es gibt gar keine. Wer gar nichts denkt, denkt also eigentlich zu wenig, um verurteilt zu werden. Soll man dann aber freisprechen?

Selbstverständlich sind die Verurteilungen in diesen Fällen, da sich der Täter „nichts“ denkt, zutreffend. Sie zeigen jedoch deutlich, dass keine Tatsache ermittelt wird, sondern eine Wertung vorgenommen wird – und zwar vom Richter.

Auch hier liegt Puppe richtig: „Wenn wir die Redeweise von dem in Kauf nehmen des Erfolges oder dem ernsthaften Vertrauen auf sein Ausbleiben aufrechterhalten wollen, können wir sie nur normativ verstehen. Sie ist keine Tatsachenfeststellung, sondern eine Zuschreibung, eine Bewertung des Verhaltens des Täters dergestalt, dass der Richter sich für berechtigt hält, dem Täter ein Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg zuzuschreiben, in dem Sinne: Wer in dieser Situation, mit diesem Wissen, dies tut, der findet sich mit dem Tod seines Opfers ab.“¹²

2. Beide „psychischen Tatsachen“

Wer „nichts“ und damit „zu wenig“ denkt, kann also eigentlich nicht verurteilt werden; wer „zu viel“ denkt, aber auch nicht: Häufig ist es nämlich so, dass der Täter ernsthaft darauf vertraut, es werde nichts passieren, er sich aber, wenn sein Vertrauen enttäuscht wird, auch mit dem Erfolg abfindet, ihn also „in Kauf nimmt“ – obwohl der Erfolg selbstverständlich „an sich“ unerwünscht ist.

Auch der Fahrer im Ausgangsfall kann eingangs der Kurve, wenn er sich einen Unfall und mögliche Verletzungen seiner Freundin tatsächlich vorstellt, ohne weiteres denken: „Wird schon gutgehen – und wenn nicht: Na, wenn schon!“

Ehrlicher Weise muss man das sogar als die Regel ansehen, denn: Auch wer ernsthaft darauf vertraut, dass ein Erfolg nicht eintritt, nimmt ihn, falls er doch eintritt, zwingend immer in Kauf. Was sollte er auch anderes tun,

wenn das eintritt, wofür er verantwortlich ist? Auch bei einer Wahrscheinlichkeit von 10% kann man denken: „Wenn sich dieses (geringe) Risiko verwirklicht, nehme ich es halt in Kauf.“ Und bis heute kann (für die Fahrlässigkeit) niemand erklären, wie man mit einer Folge, die möglich ist und eintritt, nicht einverstanden sein soll? Wer mit etwas nicht einverstanden ist, kann es ablehnen, zum Beispiel einen Vertrag. Ein unsicheres Ereignis kann man aber nicht ablehnen, man kann allenfalls hoffen, dass es nicht eintritt – so wie die meisten Täter, die bedingten Vorsatz haben.

Wie aber soll der Tatrichter nun urteilen, wenn die „psychische Tatsache“ („Wie stand der Täter zum möglichen Erfolg, welches Werturteil traf er?“), nicht mehr im Grenzbereich von Vorsatz und Fahrlässigkeit liegt – sondern in der Schnittmenge?

Auch hier hilft der Zweifelsgrundsatz nicht weiter: Man kann nicht in dubio Fahrlässigkeit annehmen, wenn der bedingte Vorsatz feststeht.

3. Falsche „psychische Tatsache“

Nun gibt es schließlich noch Fälle, in denen ein Täter wegen der Vorsatztat verurteilt wird, obwohl er „fahrlässig denkt“.

Dies zeigt sich, wenn man einen Modellversuch mit idealen Bedingungen annimmt, bei dem die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts sogar statistisch bekannt ist.

Man muss sich nur (modifiziertes) „Russisch Roulette“ vorstellen, bei dem jemand (für Geld, auf das es ihm ankommt) auf einen Menschen oder ein Tier schießt, und weiß, wie viele Patronen in der Kammer sind.

Wenn in einer von (theoretisch) zehn Kammern eine Patrone ist, wird der Schütze mit 10% Wahrscheinlichkeit ein Tötungsdelikt oder eine Sachbeschädigung begehen, bei neun Patronen in den Kammern mit 90% Wahrscheinlichkeit. Der Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit entscheidet über viele Jahre Freiheitsstrafe oder über die Strafbarkeit selbst.

Wer bei einer Wahrscheinlichkeit von 90% abdrückt, handelt bedingt vorsätzlich – und zwar unabhängig davon, was er denkt. Selbst wenn er nach Selbstbild ein Sonntagskind ist, bei dem „immer alles gutgeht“ und er tatsächlich ernsthaft vertraut, dass es nur klickt, aber nicht kracht, handelt er vorsätzlich. Er kann nämlich (normativ) nicht mehr ernsthaft darauf vertrauen, dass sich kein Schuss löst. Dieser Modellfall zeigt, dass es in einigen Fällen gar nicht darauf ankommt, was der Täter denkt.

Und wie sollte man entscheiden, wenn zwei bei identischer Wahrscheinlichkeit, bei absolut gleichem Risiko abdrücken – kann man sie unterschiedlich bestrafen? Sollte man tatsächlich darauf abstellen, dass der eine denkt: „Bei 40 Prozent geht das sicher gut.“, der andere: „Bei 40 Prozent kann ich mir nicht vorstellen, dass ich noch Glück habe.“?

¹¹ ZIS 2014, 68.

¹² ZIS 2014, 68 m. zahlr. Nachw.

Unabhängig von ihrer inneren Gefühlslage sind beide Täter bei perfekt aufgeklärten, objektiv identischen Bedingungen auch gleich zu bestrafen. Über das Wissen hinaus, dass der Erfolgseintritt möglich ist, gibt es keine „innere Tatsache“ mehr, die eine Rolle spielt.

Tatsächlich unterscheiden sich deshalb die kognitiven und die voluntativen Theorien gar nicht: Bei näherer Betrachtung gibt es nur eine große Theorie, die sich in ungezählte Untergruppen teilt, in nicht mehr überschaubare Schattierungen, Nuancierungen und Abstufungen, in „Wahrscheinlichkeitstheorie“¹³, „Gleichgültigkeitstheorie“¹⁴, „Vereinigungstheorie“¹⁵, „Möglichkeitstheorie“¹⁶, „Entscheidungstheorie“¹⁷. Letztlich aber tun alle das Gleiche: Aus objektiven (Gefährlichkeit der Handlung, Risiko, Wahrscheinlichkeit etc.) und subjektiven Umständen (Kenntnis des Täters von der Gefahr, Erfahrung in solchen Situationen etc.) die – tatsächliche – Grundlage zu ermitteln, an die sich das Werturteil „Billigung des Erfolgs“ anschließt.

Die „Billigung“ selbst, das „Inkaufnehmen“, das „Sich-Abfinden“, das „Hinnehmen“ – all das sind normative, wertende, rechtliche Begriffe, die man jemandem zuschreiben kann, die der aber niemals tatsächlich verwirklichen kann.

Bei 90% Eintrittswahrscheinlichkeit kann niemand auf das Ausbleiben „tatsächlich“ vertrauen, den Erfolg „tatsächlich“ nicht billigen. Er billigt ihn, weil die rechtliche Zuschreibung das – normativ – so festlegt.

IV. Bedingter Vorsatz: Tatsachen- oder Rechtsbegriff?

1. Reine Tatsache

Eine reine Tatsache kann der bedingte Vorsatz also nicht sein, weil eine solche, wie von *Puppe* gezeigt, in vielen Fällen gar nicht vorhanden ist: „*Es fragt sich also, ob das Ergebnis, dass der Täter sich mit dem Erfolg abgefunden habe, eine Tatsachenbehauptung sein soll, oder ein Werturteil. Nach unserer Feststellung, dass die Formel als Tatsachenbehauptung nicht sinnvoll bzw. die Tatsachen, die behauptet werden sollen, nicht vorhanden sind, kann es nur ein Werturteil sein.*“¹⁸

Hier liegt *Fischer* falsch, wenn er schreibt: „*Das alles beweist aber keineswegs, dass Puppe die These widerlegt habe, es handle sich beim voluntativen Vorsatzelement um ein 'vom Täter zu treffendes Werturteil', also um einen 'psychischen*

Befund', also um eine (innere) Tatsache.“¹⁹ *Puppe* hat es sehr wohl widerlegt, denn: Wie soll man das „voluntative Vorsatzelement“ finden, wenn der Täter keine „voluntative Haltung“ einnimmt?

Daran ändert sich nichts, wenn *Fischer* den Ton verschärft: „*Es zeigt nur, dass man mit Wortklauberei und permanentem Perspektivenwechsel zu jedem beliebigen Ergebnis gelangen kann. Denn mit den oben genannten Figurinen, die vom Gefühl zur Wertung, von der Wertung zum Wert, vom Wert zur Dogmatik changieren, ist Puppe schon am Ende ihrer Beweisführung angekommen.*“²⁰

Auch wenn *Fischer* tobt, das Ergebnis ist bestechend einfach und ganz ohne Perspektivwechsel oder Wortklauberei zu erzielen: Der bedingte Vorsatz kann in vielen Fällen keine Tatsache sein, denn wenn der Täter nichts denkt, gibt es die gesuchte Tatsache nicht.

Eine reine Tatsache kann der bedingte Vorsatz auch aus folgendem Grund nicht sein: Wenn jemand einen Erfolg billigt, findet er ihn im Grunde in Ordnung. Er soll das aber tun können, obwohl der Erfolg „höchst unerwünscht ist“. Etwas tatsächlich in Ordnung finden, was einem tatsächlich höchst unerwünscht ist, dürfte aber psychisch die meisten überfordern. In Wahrheit zeigt diese Formel, dass sie normativ zu verstehen ist: Der bedingte Vorsatz ist ein Rechtsbegriff, man kann nur „im Rechtssinne billigen“²¹.

2. Reine Wertung

Der bedingte Vorsatz ist aber keine reine Wertung, denn er muss sich nicht nur – wie jede Wertung – auf Tatsachen beziehen, sondern auf hochkomplexe Tatsachen, die einer Gesamtwürdigung zugänglich sind. Es geht nämlich nicht um banale Urteile, ob jemand blonde Frauen „attraktiv“ oder grüne Autos „hässlich“ findet. Es geht darum, wie jemand in einer Lebenswirklichkeit zu einem möglichen Erfolg steht, also einem unsicheren Ereignis in der Zukunft.

Hier liegt *Puppe* falsch, wenn sie schreibt: „*Ein Werturteil hat nur dann einen Sinn, wenn es die Tatsachen impliziert, die in einem bestimmten Sinne bewertet werden und die Kriterien, nach denen sie bewertet werden. (...) Da jedes Werturteil sich auf bestimmte Tatsachen beziehen muss, gilt für Werturteile nicht die Maxime, sie seien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu fällen.*“²²

Dieses Verständnis – eine Tatsache, eine Wertung – ist nur in der Theorie möglich. Die Wirklichkeit aber ist hochkomplex, „eine“ Tatsache setzt sich aus unzähligen Elementen zusammen, die sehr wohl einer Gesamtwürdigung zugänglich sind, ja: ohne Gesamtwürdigung gar nicht denkbar sind.

Hier liegt *Fischer* richtig, wenn er schreibt, dass „*sich schon in dem Satz, eine 'Berücksichtigung der Umstände des Einzel-*

¹³ Schumann JZ 1989, 427, 433; Welzel, Strafrecht 11. Aufl. (1969), 68 ff.

¹⁴ Vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 84; kritisch Kindhäuser, Gleichgültigkeit als Vorsatz?, in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafen, Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 345, 356 ff.

¹⁵ Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 123.

¹⁶ Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 207.

¹⁷ Philipps, ZStW 85 (1973), 27, 38.

¹⁸ ZIS 2014, 68.

¹⁹ ZIS 2014, 100.

²⁰ ZIS 2014, 100.

²¹ Vgl. BGHSt 7, 363, 369 = NJW 1955, 1688, 1690; Vogel (Fn. 15) § 15 Rn. 106 ff.

²² ZIS 2014, 67.

*falls' könne kein Werturteil tragen, eine merkwürdige Vermischung tatsächlicher und wertender Elemente findet (...): Ist zum Beispiel die Behauptung, die Deutsche Fußballnationalmannschaft habe im Länderspiel gegen Chile am 5.3.2014 'schlecht' gespielt, ein Werturteil? Ich nehme an: Ja.*²³

Dieses Werturteil, ob ein Fußballspiel schlecht war oder eine Mannschaft schlecht gespielt hat, beruht auf sehr vielen tatsächlichen Faktoren: der Anzahl der Tore, der Zahl der Fouls, der Spielunterbrechungen, Fehlpässe, der gelungenen Dribblings, genauen Flanken, der Gelben und Roten Karten, Fehlentscheidungen des Schiedsrichters, der Spannung und so fort.

Diese ganzen Faktoren kann man isoliert erheben – was ja inzwischen mit wissenschaftlicher Akribie erfolgt –, das Gesamturteil „gut“ oder „schlecht“ beruht dann aber auf einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen. Was sollte man auch sonst tun, wenn zwar viele Tore gefallen sind und viele gelungene Dribblings dabei waren (das Spiel also „gut“ sein müsste), es dafür aber sehr viele Fouls und Spielunterbrechungen gab?

3. Tatsachen und Wertung

Auch der „bedingte Vorsatz“ beruht darauf, dass an die Gesamtwürdigung aller (ermittelten) Tatsachen die normative Zuschreibung „Billigung“ angeschlossen wird.

Sehr schön findet sich das exemplarisch in einem Kommentar zum StGB: „Wann ein hinreichendes 'Billigen' vorliegt, wird realistischerweise zumeist nicht als feststehender psychologischer Befund festgestellt, sondern anhand von (insbesondere auch objektiven) Kriterien 'zugeschrieben'.“²⁴

Solche Kriterien sind: Die Kognition (je sicherer die Kenntnis, desto eher wird der Erfolg in Kauf genommen), die objektive Gefährlichkeit der Handlung, die Wahrnehmungszeit (Handeln in Ruhe oder spontan?), das Gefahrvermeidungsverhalten, die emotionale Nähe zwischen Täter und Opfer, die Dynamik des Geschehens (kann der Angriff überhaupt „schonend dosiert“ werden?), ein (fehlendes) nachvollziehbares Motiv.²⁵

Trotz dieser Kriterien ist aber letztlich „eine Gesamtbetrachtung der Tat unter Einbeziehung aller – auch über den Gefahrengrad der Handlung hinausgehenden – Umstände erforderlich, so z.B. hochgradige Alkoholisierung und affektive Erregung, extrem bedrohliche und beängstigende Kampfsituationen, eine sehr einfach strukturierte Täterpersönlichkeit mit eingeschränktem 'sozialen und gnoseologischen Horizont' oder besondere Jugend des Täters.“²⁶

Bei den Tötungsdelikten „ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich ein Schluss von der (vom Vorsatz umfass-

ten) Lebensgefährlichkeit des Handelns auf bedingten Tötungsvorsatz möglich sein kann.“²⁷

Es geht also um einen (logischen) Schluss, nicht um eine feststehende Tatsache.

Im Ergebnis ist der bedingte Vorsatz ein Zusammenwirken von Tatsachen und Wertung: Der Richter muss die Tatsachen so genau wie möglich ermitteln, hierbei gilt der Zweifelsgrundsatz. In dubio ist der junge Mann also mit 60 km/h (und nicht mit 70 km/h) gefahren, war beim „Russisch Roulette“ in der Kammer also nur eine Patrone.

Ist der Sachverhalt dann so gut wie möglich ermittelt und steht er als Grundlage fest, muss der Richter seine Wertung anschließen, seine Zuschreibung „bedingter Vorsatz“ oder „bewusste Fahrlässigkeit“. Hier gilt der Zweifelsgrundsatz nicht, was *Puppe* zurecht konstatiert: „Der Richter ist bei Zweifeln an seiner Wertung also nicht gehalten, sich stets für diejenige Wertung zu entscheiden, die für einen Angeklagten am günstigsten ist. Deshalb ist ein Werturteil nicht empirisch bestreitbar, sondern normativ kritisierbar.“²⁸

Der bedingte Vorsatz ist also eine Tatsachen- und eine Rechtsfrage, als „Mischform“ muss er beiden Voraussetzungen genügen: Die Tatsachen müssen festgestellt, die Zuschreibung muss begründet werden.

In *Fischers* eigenem Kommentar heißt es zum bedingten Vorsatz: „Der Begriff beschreibt, ohne dass dies in der Rechtsprechung des BGH immer deutlich zum Ausdruck kommt, eine Normativierung des in der Terminologie weiterhin psychologisierenden Ansatzes.“²⁹

Und deshalb irrt *Fischer* fundamental, wenn er *Puppe* vorwirft, sie „möchte, dass die Beurteilung des Vorsatzes eine Rechtsfrage sei. (...) Sie beschließt, die Feststellung zum bedingten Vorsatz sei 'keine Tatsachenfeststellung', sondern eine Zuschreibung: Der Richter 'hält sich für berechtigt, dem Täter ein Billigen oder Sich-Abfinden zuzuschreiben'.“³⁰

Zwar ist der bedingte Vorsatz nicht *nur* Rechtsfrage, sondern *auch* Tatsachenfeststellung, im übrigen aber hat *Puppe* Recht.

Fischer stellt sogar die These auf: „Zwar hat kein Richter – auch nicht der Bundesgerichtshof – je behauptet, er 'halte sich für berechtigt, dem Täter ein Billigen usw. zuzuschreiben' (scil.: auch wenn es nicht gegeben ist). Aber *Puppe* möchte dies tun.“³¹

Auch wenn es kein Richter je behauptet haben sollte: Jeder von ihnen ist berechtigt, dem Täter ein Billigen zuzuschreiben – weil es nicht anders geht. Und in Wahrheit tut das auch jeder Richter, selbst die am BGH. Die Frage, ob jemand einen Erfolg billigt, ist nämlich eine Wertung, die auf einem Tatsachenbefund aufbaut.

²³ ZIS 2014, 97.

²⁴ *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 23.

²⁵ *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 23.

²⁶ *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 25.

²⁷ *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 24.

²⁸ ZIS 2014, 67.

²⁹ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. (2016), § 15 Rn. 9a.

³⁰ ZIS 2014, 100.

³¹ ZIS 2014, 100 f.

Deshalb geht auch *Fischers* „scilicet: auch wenn es (das Billigen) nicht gegeben ist“ ins Leere, sogar doppelt: Zum einen hat *Puppe* nicht (auch nicht unausgesprochen) behauptet, man dürfe ein Billigen zuschreiben, obwohl es nicht gegeben ist. Vor allem aber ist die Frage nach dem „Billigen“ normativ, das Ergebnis kann nicht „gegeben“ sein oder nicht.

Wer bei normativen Fragen nach Tatsachen sucht, wird zwingend nichts finden.

Fazit

Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit, „In-Kauf-Nehmen“ und „ernsthaft Vertrauen“, sind Wertbegriffe, sie müssen auf einer ausreichend ermittelten Tatsachengrundlage normativ zugeschrieben werden. Da sie *auch*

normativ sind, sind sie im Ergebnis Rechtsbegriffe, im Tatsachenbereich allein letztlich nicht zu finden: Wenn in einem Revolver fünf Patronen in sechs Kammern sind, kann man *tatsächlich* so ernsthaft vertrauen, wie man möchte – *normativ* ist es nicht mehr möglich, ernsthaft darauf zu vertrauen, dass man die eine Kammer erwischt.

Deshalb gilt für den bedingten Vorsatz „Beweisen und Bewerten“: Die Tatsachengrundlage (Wie wahrscheinlich ist der Erfolg? Was weiß der Täter darüber?) ist zu beweisen, hier gilt der Zweifelsgrundsatz. Die darauf basierende Zuschreibung „bedingter Vorsatz“ ist (mit Argumenten) zu bewerten, hier gilt der Zweifelsgrundsatz nicht. Und damit gilt wie immer in den Geisteswissenschaften: Die Tatsachen zwingen, die Argumente überzeugen.

Aufsätze und Anmerkungen

Ändert Jan Böhmermann das Strafgesetzbuch? – Über die Abschaffung des § 103 StGB

Von RA Dr. Ricarda Christine Schelzke, Hamburg

Auf einmal blicken alle auf § 103 StGB. Diese Dunkelnorm des Strafgesetzbuches stellt die Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten unter Strafe. Dass Jan Böhmermann es schaffen würde, die Bundesregierung zur Abschaffung einer Strafnorm anzuregen, hätte wohl niemand erwartet als Jan Böhmermann zu einer nicht-massentauglichen Sendezeit auf dem Spartensender ZDFneo die Sendung Neo Magazin startete. Nun ist es aber soweit. Die Bundesregierung strebt die Abschaffung des § 103 StGB bis zum Jahr 2018 an.¹ Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat sogar schon einen Gesetzesentwurf zur Streichung des § 103 StGB eingereicht.²

Dieser Aufsatz soll zunächst den § 103 StGB erläutern (dazu **I.**). Anschließend werden die Auswirkungen der Abschaffung von § 103 StGB aufgezeigt (dazu **II.**), um schließlich ein Fazit zu ziehen und einen Ausblick zu geben (dazu **III.**). Es wird nachfolgend nicht erläutert werden, ob Jan Böhmermann tatsächlich strafrechtlich relevant gehandelt haben könnte, da sich bereits viele dieser Frage gewidmet haben oder noch widmen werden.

¹ <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/04/2016-04-15-bundesregierung-entscheidung-boehmermann.html>.

² BT-Drucksache 18/8123.

I. Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten gemäß § 103 StGB

Im Folgenden wird zunächst der Tatbestand des § 103 StGB erläutert (dazu **1.**), anschließend der historische Hintergrund dieses dargestellt (dazu **2.**) und schließlich versucht werden, zu ergründen, warum § 103 StGB in seiner aktuellen Form Teil des Strafgesetzbuches ist (dazu **3.**).

1. Der Tatbestand

Nach § 103 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer ein ausländisches Staatsoberhaupt oder wer mit Beziehung auf ihre Stellung ein Mitglied einer ausländischen Regierung, das sich in amtlicher Eigenschaft im Inland aufhält, oder einen im Bundesgebiet beglaubigten Leiter einer ausländischen Vertretung beleidigt.

a) Rechtsgut

Der Tatbestand soll nach überwiegender Meinung das kollektive Rechtsgut der Ehre ausländischer Staaten schützen, welches nach der Vorstellung des Gesetzgebers

durch die Tatobjekte des § 103 StGB in hervorgehobener Weise repräsentiert wird.³ Damit wird von der überwiegenden Meinung angenommen, dass § 103 StGB ein ausländisches Rechtsgut schützt.

Nach anderer Auffassung soll § 103 StGB hingegen das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an einem Mindestbestand funktionierender Beziehungen zu ausländischen Staaten schützen.⁴ Die herrschende Auffassung setze das Handlungsobjekt fälschlicherweise mit dem Rechtsgut gleich und verkenne, dass nationale Strafvorschriften nicht ohne zwingenden Grund über den Schutz innerstaatlich anerkannter Schutzgüter hinaus erstreckt werden sollten.⁵ Folgt man dieser Auffassung, schützt § 103 StGB ein inländisches Rechtsgut.

b) Tathandlung

Erforderlich ist zunächst, dass der Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB, der üblen Nachrede nach § 186 StGB oder der Verleumdung nach § 187 StGB erfüllt wurde. Dabei ist die Strafandrohung im Rahmen von § 103 StGB erhöht, wenn eine Verleumdung nach § 187 StGB vorliegt. Im Rahmen der Prüfung ist – wie grundsätzlich immer bei den Beleidigungsdelikten – besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob die in Frage stehende Äußerung unter Abwägung mit der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit zulässig⁶ war und die Äußerung eine Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 193 StGB darstellt. § 193 StGB ist nach herrschender Meinung auch im Rahmen von § 103 StGB zu berücksichtigen.⁷

c) Tatsubjekt

Der Tatbestand differenziert zwischen drei Personenkreisen, die beleidigt werden können, wobei der Schutzzumfang variiert: (1) Ausländische Staatsoberhäupter genießen uneingeschränkten Ehrenschutz, das heißt, sie sind auch geschützt, wenn sie sich nicht im Inland aufhalten. Zudem ist nicht erforderlich, dass sich die Beleidigung auf das Amt des Staatsoberhauptes bezieht. (2) Mitglieder einer ausländischen Regierung sind nur geschützt, wenn sich die Beleidigung auf ihre amtliche Stellung bezieht

und wenn sie zum Zeitpunkt der Tat in amtlicher Eigenschaft in Deutschland aufhalten. (3) Leiter ausländischer diplomatischer Vertretungen sind nur dann geschützt, wenn sich die Beleidigung auf ihre amtliche Stellung bezieht. Sie müssen sich zum Zeitpunkt der Tat zwar nicht in Deutschland aufhalten, aber sie müssen als Leiter der ausländischen diplomatischen Vertretung beglaubigt sein.

d) Bekanntgabe der Verurteilung

Gemäß § 103 Abs. 2 StGB i.V.m. § 200 StGB ist, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung durch Verbreiten von Schriften begangen wurde, auf Antrag des Verletzten anzuordnen, dass die Verurteilung wegen der Beleidigung auf Verlangen öffentlich bekanntgemacht wird.

e) Verfolgungsvoraussetzung

§ 103 StGB ist anders als die §§ 185 ff. StGB kein Antrags- und auch kein Privatklagedelikt. Allerdings macht sich jemand nur dann wegen § 103 StGB strafbar, wenn zwei objektive Bedingungen der Strafbarkeit erfüllt sind (§ 104a StGB): Die Bundesrepublik Deutschland muss zu dem anderen Staats, dessen Organ oder Vertreter beleidigt wurde, diplomatische Beziehungen unterhalten und die Gegenseitigkeit muss verbürgt sein sowie zur Zeit der Tat verbürgt gewesen sein. Das heißt, dass die Bundesrepublik in dem betreffenden Auslandsstaat einen entsprechenden Rechtsschutz genossen haben und noch genießen muss.⁸ Zudem müssen zwei Prozessvoraussetzungen erfüllt sein (§ 104a StGB): Es muss ein Strafverlangen der ausländischen Regierung vorliegen und die Bundesregierung muss die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilt haben.

2. Historischer Hintergrund

§ 103 StGB geht insbesondere auf § 103 Reichsstrafgesetzbuch (*RStGB*) zurück.⁹ § 103 RStGB lautete: „Wer sich gegen den Landesherrn oder den Regenten eines nicht zum Deutschen Reiche gehörenden Staats einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft, sofern in diesem Staate nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen dem Deutschen Reiche die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein.“¹⁰ Die Strafnorm geht also auf eine Zeit zurück,

³ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), § 103 StGB Rn. 1 mit Verweis auf BT-Drucksache 1/1307, S. 39; BVerwG NJW 1982, 1008, 1009; vgl. Schönke/Schröder-Eser, 29. Auflage (2014), § 103 StGB Rn. 1; Lackner/Kühl, 28. Auflage (2014), § 103 StGB Rn. 1; Leipziger Kommentar-Bauer/Gmel, 12. Auflage (2007), § 103 StGB Rn. 1; diese überwiegende Meinung scheint sich seit dem Jahr 1953 durchgesetzt zu haben: Heinen, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes: Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§ 103 StGB), 2005, S. 95 f.

⁴ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Wohlens/Kargl, 4. Auflage (2013), Vor §§ 102 ff. Rn. 2 m.w.N.

⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Wohlens/Kargl, 4. Auflage (2013), Vor §§ 102 ff. Rn. 2 m.w.N.

⁶ Vgl. nur: BVerfG NStZ 1990, 383, 383; BVerfG NJW 2003, 3760, 3760.

⁷ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), § 103 StGB Rn. 3 m.w.N.; BVerwG NJW 1982, 1008, 1009; Beck'scher Online Kommentar-Valerius, 30. Edition (Stand: 1. Dezember 2015), § 103 StGB Rn. 2.

⁸ Fischer, 63. Auflage 2016, § 104a StGB Rn. 2; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Wohlens/Kargl, 4. Auflage (2013), § 104a StGB Rn. 5.

⁹ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), Vor §§ 102 ff. StGB Rn. 1. Zuvor fanden sich in § 78 Preußisches Gesetzbuch von 1851 sowie in § 135 f. Allgemeines Preußisches Landrecht ähnliche Strafnormen. Hierzu im Einzelnen: Heinen, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes: Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§ 103 StGB), 2005, S. 21 ff.

¹⁰ [https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_für_das_Deutsche_Reich_\(1871\)#.C2.A7_103](https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_für_das_Deutsche_Reich_(1871)#.C2.A7_103). Daneben existierte § 104 RStGB, der lautete: „Wer sich gegen einen bei dem Reiche, einem bundesfürstlichen Hofe oder bei dem Senate

in der die demokratische Staatsform noch nicht weit verbreitet war. Das allein dürfte die Strafnorm aber nicht in Frage stellen, da das StGB zu großen Teilen auf dem RStGB beruht. Auffällig ist jedoch, dass § 103 StGB auf eine Strafnorm zurückgeht, die nur die Beleidigung von Landesherren und Regenten erfasste, nicht aber die Beleidigung des Präsidenten einer Republik.¹¹ § 103 StGB erfasst jedoch auch die Beleidigung des Staatsoberhauptes einer Republik und wurde insoweit aktualisiert.

Nach zwischenzeitlicher Aufhebung des § 103 RStGB nach dem zweiten Weltkrieg durch die Alliierten, gab der Gesetzgeber durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr 1953 dem § 103 StGB seine im Wesentlichen heute gültige Form.¹² Die Wiederaufnahme einer Strafnorm gegen Ehrverletzungen ausländischer Staaten war bei den Beratungen zum Dritten Strafrechtsänderungsgesetz umstritten, da befürchtet wurde, dass die Strafbarkeit insbesondere im Hinblick auf Diktaturen zu weit ausgedehnt werden würde.¹³ Diese Bedenken dürften weiterhin gelten, da es auch heute noch Staaten gibt, die keine Rechtsstaaten sind und deren Organe und Vertreter trotzdem den Schutz durch § 103 StGB genießen.

3. Zweck des § 103 StGB

Im Folgenden soll versucht werden, zu ergründen, warum es eine Strafnorm wie den § 103 StGB geben könnte. Dafür wird zunächst knapp dargestellt, ob völkerrechtlich eine Pflicht bestehen könnte, eine Strafnorm wie § 103 StGB zu erlassen (dazu a.). Anschließend wird § 103 StGB mit den Strafnormen verglichen, welche die Beleidigung von deutschen Staatsorganen und Politikern speziell unter Strafe stellen (dazu b.).

a) Keine völkerrechtliche Pflicht, Sonderstrafnormen zu erlassen

Die Bundesrepublik Deutschland ist nicht bereits völkerrechtlich dazu verpflichtet, eine Strafnorm, welche die Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten unter Strafe stellt, zu erlassen. Nach klassischem Völkergewohnheitsrecht war ein Staat zwar gehalten, einen auf seinem Gebiet begangenen – ihm jedoch nicht zurechenbaren – Angriff von Privatpersonen zu bestrafen oder den Täter an den ausländischen Staats auszuliefern.¹⁴ Nach gewichtigen Stimmen der Völkerrechtslehre

einer der freien Hansestädte beglaubigten Gesandten oder Geschäftsträger einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Beleidigten ein.“

¹¹ Heinen, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes: Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§ 103 StGB), 2005, S. 29.

¹² Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), Vor §§ 102 ff. StGB Rn. 1; vgl. Heinen, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes: Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§ 103 StGB), 2005, S. 36.

¹³ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), § 103 StGB Rn. 3.

¹⁴ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), Vor §§ 102 ff. StGB Rn. 2.

sollte dies auch für Ehrangriffe gegen ausländische Staaten gelten.¹⁵ Dieser Ansicht scheint auch das Bundesverwaltungsgericht zu sein oder jedenfalls gewesen zu sein.¹⁶

Selbst wenn es Völkergewohnheitsrecht sein sollte, dass ein Staat auch Ehrangriffe gegen den ausländischen Staat zu bestrafen hat, so soll hieraus aber wegen mangelnder konsistenter Praxis noch keine Pflicht folgen, Sonderstrafnormen wie den § 103 StGB zu erlassen.¹⁷

b) Vergleich mit anderen Strafnormen

Um festzustellen, ob es erforderlich sein könnte, § 103 StGB abzuschaffen oder zu reformieren, soll § 103 StGB mit den Normen verglichen werden, die Beleidigungen von deutschen Politikern und Staatsorganen speziell unter Strafe stellen – § 188 StGB sowie der § 90 StGB und der § 90b StGB.¹⁸

aa) Strafbarkeit nach § 188 StGB sowie § 90 StGB und § 90b StGB

Nach § 188 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften eine üble Nachrede (§ 186) aus Beweggründen begeht, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren. Zudem steht eine Verleumdung (§ 187) unter den genannten Voraussetzungen des § 188 Abs. 2 StGB unter einer erhöhten Strafandrohung. Damit § 188 StGB Anwendung findet, ist somit erforderlich, dass die üble Nachrede oder die Verleumdung öffentlich stattfand und geeignet ist, das politische Wirken des Opfers zu erschweren; ein tatsächlicher Vertrauensverlust (wie eine Abwahl) ist aber nicht erforderlich.¹⁹ Zudem ist erforderlich, dass der Täter subjektiv aus besonderen Beweggründen handelt, die mit der Stellung des Opfers im öffentlichen Leben zusammenhängen. Dabei reicht, dass der Täter sich wegen der herausragenden Stellung des Opfers eine höhere Einschaltquote verspricht.²⁰

Zudem kann die Verunglimpfung des Bundespräsidenten gemäß § 90 StGB und die verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen § 90b StGB einschlägig sein. Nach § 90 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten

¹⁵ Vgl. Nachweise bei Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), Vor §§ 102 ff. StGB Rn. 2.

¹⁶ BVerwG NJW 1982, 1008, 1009.

¹⁷ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), Vor §§ 102 ff. StGB Rn. 2 m.w.N.; Heinen, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes: Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§ 103 StGB), 2005, S. 85.

¹⁸ Selbstverständlich finden die allgemeinen Strafnormen nach §§ 185 StGB auch Anwendung auf deutsche Politiker und Staatsorgane.

¹⁹ Münchner Kommentar-Regge/Pegel, 2. Auflage (2012), § 188 StGB Rn. 11.

²⁰ Münchner Kommentar-Regge/Pegel, 2. Auflage (2012), § 188 StGB Rn. 15.

von Schriften den Bundespräsidenten verunglimpft.²¹ Nach § 90 Abs. 3 StGB ist der Strafraum erhöht, wenn die Tat eine Verleumdung ist oder wenn der Täter sich durch die Tat absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt.

Nach § 90b StGB macht sich strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften ein Gesetzgebungsorgan, die Regierung oder das Verfassungsgericht des Bundes oder eines Landes oder eines ihrer Mitglieder in dieser Eigenschaft in einer das Ansehen des Staates gefährdenden Weise verunglimpft und sich dadurch absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt.

bb) Vergleich der Rechtsgüter

Wenn man zunächst die Rechtsgüter dieser Normen gegenüberstellt, zeigt sich, dass sowohl § 90 StGB als auch § 90b StGB darauf zielen, die Bundesrepublik Deutschland und deren verfassungsmäßige Ordnung zu schützen, indem die jeweiligen Verfassungsorgane vor Verunglimpfungen geschützt werden sollen.²² Die persönliche Ehre der Person soll von § 90b StGB hingegen nicht geschützt werden.²³ Bei § 90 StGB dürfte der persönliche Ehrenschutz zwar mitgeschützt sein.²⁴ Da sich die beiden Straftatbestände aber in dem Teil des StGB befinden, der mit der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats überschrieben ist, dürfte der Schutz der persönlichen Ehre nur mittelbar geschützt sein, weil das Amt des Bundespräsidenten mit der jeweiligen Person untrennbar verknüpft ist.

Dahingegen schützt § 103 StGB – wie bereits dargestellt – nach der überwiegend vertretenen Meinung die Ehre des ausländischen Staates und nach einer anderen Ansicht den Mindestbestand funktionierender Beziehungen zu ausländischen Staaten. § 103 StGB ist in seiner Schutzrichtung daher nicht mit dem § 90 StGB oder dem § 90b StGB vergleichbar, sondern vielmehr mit § 188 StGB, der einem erhöhten Ehrschutz deutscher Politiker sowie der Vermeidung der Vergiftung des politischen Klimas dient.²⁵

²¹ Gemäß § 90 Abs. 2 StGB kann das Gericht in minder schweren Fällen, in denen die Voraussetzungen von § 188 StGB nicht erfüllt sind, die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB).

²² Für § 90 StGB: Münchner Kommentar-Steinmetz, 2. Auflage (2012), § 90 StGB Rn. 1; für § 90b StGB: BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1981 – 3 StR 396/81; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen, 4. Auflage (2013), § 90b StGB Rn. 2; vgl. Münchner Kommentar-Steinmetz, 2. Auflage (2012), § 90b StGB Rn. 1

²³ Münchner Kommentar-Steinmetz, 2. Auflage (2012), § 90b StGB Rn. 1; vgl. BGH, Beschluss vom 2. Dezember 2012 – 3 StR 397/81.

²⁴ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen, 4. Auflage (2013), § 90 StGB Rn. 2.

²⁵ Leipziger Kommentar-Bauer/Gmel, 12. Auflage (2007), § 103 StGB Rn. 3; BVerfG NJW 1956, 99, 100.

cc) Vergleich von § 103 StGB zu § 188 StGB

Wegen der ähnlicheren Rechtsgüter soll § 103 StGB zunächst mit § 188 StGB verglichen werden. Hierbei fällt auf, dass der § 103 StGB bereits eine Beleidigung nach § 185 StGB erfasst, wohingegen dies § 188 StGB nicht tut. Zudem ist der Tatbestand des § 188 StGB auch enger, weil er objektiv erfordert, dass die Tat geeignet sein muss, das öffentliche Wirken der Person erheblich zu erschweren und subjektiv, dass der Täter aus besonderen Beweggründen handelt, die mit der Stellung des Opfers im öffentlichen Leben zusammenhängen. Wenn § 103 StGB – wie von der überwiegenden Meinung angenommen – Ehrschutz bezweckt, ist es fraglich, warum die Ehre von deutschen Politikern im Rahmen von § 188 StGB weniger weitreichend geschützt wird als die Ehre des ausländischen Staates.

Leichter zu begründen könnte diese Differenzierung sein, wenn § 103 StGB nicht oder nicht nur den Schutz der Ehre des ausländischen Staates bezweckt, sondern auch das Mindestmaß an funktionierenden Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu ausländischen Staaten. Denn dann könnte man vertreten, dass die Bundesrepublik Deutschland durch § 103 StGB bezweckt, politische Kooperation mit anderen Staaten zu erreichen, die letztlich ihre Bürger schützen soll. Ob aber gerade eine Strafverfolgung – wie es der § 103 StGB vorsieht – dafür erforderlich ist, dürfte zweifelhaft sein. Zudem dient auch § 188 StGB nicht allein dem Ehrschutz, sondern soll die Vermeidung der Vergiftung des politischen Klimas sichern. Die unterschiedliche Ausgestaltung von § 103 StGB und § 188 StGB ist daher fragwürdig.

dd) Vergleich von § 103 StGB zu § 90 StGB und § 90b StGB

Aber auch wenn man § 103 StGB mit § 90 StGB sowie § 90b StGB vergleicht, fällt auf, dass § 103 StGB besonders streng ausgestaltet ist. Zum einen sieht § 103 StGB kein besonderes subjektives Element vor. Dies setzt aber § 90b StGB voraus und bei der Verunglimpfung des Bundespräsidenten nach § 90 StGB ist ein besonderes subjektives Element immerhin erforderlich, um eine Strafschärfung auszulösen. Diese unterschiedliche Ausgestaltung verwundert, weil § 103 StGB – anders als § 90 StGB – nicht nur die Beleidigung des ausländischen Staatsoberhaupt unter Strafe stellt, sondern auch die Beleidigung anderer ausländischer Exekutivmitglieder.

Zum anderen ist auffällig, dass § 103 StGB auch privat geäußerte Beleidigungen unter Strafe stellt,²⁶ diese hinsichtlich der durch § 90 StGB, § 90b StGB und § 188 StGB geschützten Personengruppen jedoch nicht strafbar sind. Welchen Grund das hat, ist unklar. Unbefangen würde man ja annehmen, dass ausländische Organe und Vertreter keinen weiterreichenden Schutz durch das Strafrecht benötigen als der Bundespräsident.

²⁶ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Wohlens/Kargl, 4. Auflage (2013), § 103 StGB Rn. 2.

II. Konsequenzen der Abschaffung der Norm

Im Folgenden wird erläutert, welche Konsequenzen eine Abschaffung oder Reform des § 103 StGB hätte. Dazu wird zunächst dargestellt, wie dies ein laufendes Strafverfahren betreffen könnte (dazu 1.). Anschließend wird erläutert, dass nach Abschaffung des § 103 StGB die Beleidigung von Organen oder Vertretern eines ausländischen Staates strafbar wäre (dazu 2.).

1. Zeitliche Geltung von Strafnormen

Die Abschaffung oder Reform des § 103 StGB würde ein laufendes Strafverfahren beeinflussen: Zwar richtet sich grundsätzlich die Strafe nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt (§ 2 Abs. 1 StGB). Nach § 2 Abs. 3 StGB – die sogenannte Meistbegünstigungsklausel – ist aber, wenn das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird, das mildeste Gesetz anzuwenden.

Wenn § 103 StGB abgeschafft würde, könnte ein Täter in einem laufenden Strafverfahren nicht mehr wegen dieser Norm bestraft werden.²⁷ Wenn der Straftatbestand des § 103 StGB reformiert wurde, so wäre der mildere neue Straftatbestand anzuwenden.

Zeitpunkt der Entscheidung meint die rechtskräftige Aburteilung, sodass auch noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen wäre, falls zwischenzeitlich § 103 StGB reformiert oder gar abgeschafft wurde.²⁸

2. Bestrafung aus §§ 185 ff. StGB

Auch wenn § 103 StGB abgeschafft werden würde, wären Beleidigungen von Organen und Vertretern ausländischer Staaten weiterhin strafbar. Es wird nachfolgend dargestellt, dass dann die §§ 185 ff. StGB anwendbar wären (dazu a.) und dass bei den Delikten nach §§ 185 ff. StGB prozessuale Besonderheiten gelten (dazu b.).

a) Anwendbarkeit der §§ 185 ff. StGB

Wenn man – wie die überwiegende Meinung – als Rechtsgut des § 103 StGB den Ehrschutz annimmt, werden die §§ 185 ff. StGB verdrängt, wenn § 103 StGB einschlägig ist (*lex specialis*).²⁹ Wenn die Bestrafung aus § 103 StGB wegen Fehlens der Verfolgungsvoraussetzungen nach § 104a StGB ausscheidet oder aber § 103 StGB abgeschafft worden sein sollte, so wären die §§ 185 ff. StGB anwendbar.

²⁷ Münchner Kommentar-Schmitz, 2. Auflage (2011), § 2 StGB Rn. 27; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Hassemer/Kargl, 4. Auflage (2013), § 2 Rn. 25 m.w.N.

²⁸ Münchner Kommentar-Schmitz, 2. Auflage (2011), § 2 StGB Rn. 25; Beck'scher Online Kommentar-Heintschel-Heinegg, 30. Edition (Stand: 1. Dezember 2015), § 2 StGB Rn. 6.

²⁹ Münchner Kommentar-Kreß, 2. Auflage (2012), § 103 StGB Rn. 2; Leipziger Kommentar-Bauer/Gmel, 12. Auflage 2007, § 103 StGB Rn. 6.

Auch wenn Rechtsgut des § 103 StGB das Interesse des Bundesrepublik Deutschland an einem Mindestbestand funktionierender Beziehungen zu ausländischen Staaten wäre, so stünden § 103 StGB und §§ 185 ff. StGB grundsätzlich in Tateinheit zueinander. Bei Nichtanwendung von § 103 StGB, kann sich eine Strafbarkeit auch dann aus §§ 185 ff. StGB ergeben.³⁰

Die §§ 185 ff. StGB erfassen selbstverständlich Beleidigungen ausländischer Personen und somit von Organen und Vertretern des ausländischen Staates, unabhängig davon, ob sie sich in Deutschland aufhalten oder nicht, da jede natürliche Person beleidigungsfähig ist.³¹ Zudem gilt deutsches Strafrecht jedenfalls für solche Beleidigungen, die in Deutschland begangen werden (§ 3 StGB).

b) Prozessuale Besonderheiten

Grundsätzlich ist für eine Strafverfolgung nach §§ 185 ff. StGB ein Strafantrag des Verletzten gemäß § 194 Abs. 1 S. 1 StGB erforderlich. Eine Ersetzung des Strafantrags durch die Bejahung besonderen öffentlichen Interesses ist nicht vorgesehen (sogenanntes absolutes Antragsdelikt).³² Anders als bei einer Strafverfolgung nach § 103 StGB muss somit der Verletzte einen Strafantrag stellen, um die Verfolgung der Tat zu ermöglichen.

Außerdem handelt es sich bei den Delikten nach §§ 185 ff. StGB um Privatklagedelikte im Sinne der §§ 374 ff. StPO. Die Staatsanwaltschaft verfolgt die Tat daher auch nur, wenn ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht (§ 376 StPO). In Strafverfahren, in denen die ausländische Regierung ein Strafverlangen nach § 104a StGB gestellt hatte, dürfte in der Regel ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestehen. Ein solches Strafverlangen wird von der Öffentlichkeit wahrgenommen. Die Öffentlichkeit hat daher ein Interesse, ob das Verhalten gegenüber dem Organ oder Vertreter des ausländischen Staates tatsächlich eine Strafnorm erfüllt haben könnte.

Für Beleidigungen von Organen und Vertretern ausländischer Staaten, bei denen die ausländische Regierung kein Strafverlangen gestellt hat – sei es weil sie darauf verzichtet hat oder es die Möglichkeit, ein Strafverlangen zu stellen, nicht mehr gäbe –, dürfte zu differenzieren sein: Bei übler Nachrede und Verleumdung dürfte die Staatsanwaltschaft in der Regel ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung annehmen. Dies dürfte sich aus dem Regelungsgedanken der Nr. 229 Abs. 1 S. 2 RiStBV ergeben, welche für Fälle des § 188 StGB – bei denen ein deutscher Politiker sich einer üblen Nachrede oder Verleumdung ausgesetzt sieht – vorsieht, dass das öffentliche Interesse meist gegeben ist. Wenn es sich lediglich um eine Beleidigung handelt, dürfte die Staatsanwaltschaft hingegen in der Regel kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung annehmen.

³⁰ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Wohlens/Kargl, 4. Auflage (2013), §§ 103 Rn. 4.

³¹ Münchner Kommentar-Regge/Pegel, 2. Auflage (2012), Vor §§ 185 ff. StGB Rn. 39 m.w.N.

³² Münchner Kommentar-Regge/Pegel, 2. Auflage (2012), § 194 StGB Rn. 1 m.w.N.

III. Fazit und Ausblick

In der geltenden Weite und Schärfe bietet die Strafnorm des § 103 StGB durchaus Anlass, über ihre Notwendigkeit nachzudenken. Es bleibt spannend, ob der Gesetzgeber § 103 StGB tatsächlich abschaffen wird (und die mit den §§ 185 ff. StGB verbundenen prozessualen Besonderheiten in Kauf nehmen wird). Denkbar wäre es auch, § 103 StGB nicht abzuschaffen, sondern lediglich enger zu fassen.

§ 103 StGB könnte in Anlehnung an § 188 StGB auf solche Sachverhalte begrenzt werden, die geeignet sind,

das öffentliche Wirken des Organs oder des Vertreters des ausländischen Staates erheblich zu erschweren. Zudem wäre denkbar, ein besonderes subjektives Merkmal vorzusehen. Dabei käme zum einen in Betracht – ebenfalls in Anlehnung an § 188 StGB –, dass der Täter in Zusammenhang mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben agiert haben müsste. Zum anderen wäre es aber auch vorstellbar, dass der Täter – wie von § 90b StGB vorgesehen – handelt, um sich für Bestrebungen gegen den Bestand des ausländischen Staates oder gegen Verfassungsgrundsätze einzusetzen.

Aufsätze und Anmerkungen

Mindeststandards der Strafverteidigung

Einige sehr persönliche Anmerkungen

Von RA FAFamR JUDr. Friedrich Annohn, Nirgens i. Allgäu

Vom 4.-6. März 2016 fand in Frankfurt a.M. der 40. deutsche Strafverteidigertag statt. Der *Verf.* war zwar nicht persönlich angemeldet, konnte jedoch durch eine Hintertür den Veranstaltungsort erreichen, um sich ein Bild vom aktuellen Stand der Diskussion zu machen. Auch wenn die meisten Themenbereiche für den Praktiker von eher drittrangigem Interesse waren, so gab es doch eine interessante Arbeitsgruppe, deren Verlauf den Unterzeichner nun dazu bringt, den nachfolgenden Beitrag zu verfassen. Alle die, die Fortbildung nötig hatten, konnten sich in Frankfurt von oben herab mit den „Mindeststandards der Strafverteidigung“ beschäftigen, obwohl dies doch eher ein Thema für diejenigen sein sollte, die grundsätzlich keine Fortbildung nötig haben.

I. Einleitung

Es muss zunächst einmal die Besetzung des Podiums hinterfragt werden. Dort saßen zwei Professoren, um aus ihrer Warte über das Thema zu sprechen. Leider sind abgehobene Erklärungen aus dem Elfenbeinturm nicht besonders hilfreich, wenn man in der Praxis versucht, sein Bestes zu geben. Insofern ist es für diese Persönlichkeiten ratsam, sich einfach mal zurückzuhalten, denn ich stelle mich ja schließlich auch nicht auf irgendeine Bühne und erkläre dann den hochverehrten Hochschullehrern, wie man Wissen schafft oder forscht. Ein weiterer Referent war ein Rechtsanwalt, der aber gleichfalls den Professorentitel führt, also praktisch in der Mitte des Elfenbeinturms gestrandet ist. Solche Kollegen haben aber regelmäßig mehr mit den feinen Wirtschaftskriminellen

zu tun als mit den gemeinen Rechtsbrechern, so dass von dieser Seite ebenso wenig über Mindeststandards zu erwarten ist wie von dem jungen Staatsanwalt, der stolz darauf war, sich auf die Verfolgung von Polizisten und Rechtsanwälten spezialisiert zu haben (welch eine Mischung). Ein Richter hätte ein geeigneter Referent sein können, aber anstatt einen Amts- oder Landrichter einzuladen, war nur ein Bundesrichter vor Ort, dessen Tätigkeitsbereich nicht weiter von den Niederungen der Strafverteidigung entfernt sein könnte. Von amtsgerichtlichen Verfahren bekommt ein Bundesrichter sowieso nichts mit und was Verfahren vor den Großen Strafkammern angeht, so konzentrieren sich die Revisionsrichter ja nicht auf schlechte Strafverteidigung, sondern nur auf die Fehler ihrer Richterkollegen – theoretisch. Der moderierende Rechtsanwalt ließ schließlich immer wieder durchblicken, dass dieses Thema der Mindeststandards für ihn persönlich gar keines ist, weil er sich am obersten Ende des Spektrums aufhält, und ihn das Ganze nur ganz allgemein zum Wohle des Rechtsstaats interessiert.

Waren also Diskussionsleiter und Referenten allesamt gänzlich ungeeignet, sich mit diesem gar nicht sonderlich brisanten Thema auseinanderzusetzen, so zeigte sich an den Diskussionsbeiträgen der Teilnehmer, dass auch hier die notwendige Expertise fehlte, um über dieses Thema zu sprechen. Mir ist nur die (ewig wiederkehrende) Beschwerde eines Teilnehmers in Erinnerung geblieben, wonach immer dieselben Rechtsanwälte beigeordnet würden, nur er wieder nicht. Dass es hier offensichtlich um nichts anderes geht als um den puren Neid, braucht nicht weiter erläutert zu werden. Außerdem sollten diese

angeblich besseren Verteidiger sich einmal kritisch hinterfragen, was sie in der Vergangenheit vielleicht schon alles falsch gemacht haben, was dann bei den zuständigen Richtern zu der Überzeugung geführt hat, dass mit ihnen kein rechtsstaatlicher Blumentopf zu gewinnen ist. Wie heißt das Sprichwort so schön: Jeder kehre vor seiner eigenen Tür und fasse sich an seine eigene Nase. In jedem Fall ist Neid kein wertvoller Ratgeber.

Insofern lässt sich zusammenfassen, dass wahrscheinlich fast alle in diesem Hörsaal der Frankfurter Universität keine tiefer gehende Ahnung davon hatten, wie die Praxis beim Kampf an der Grenze der Mindeststandards der Verteidigung tatsächlich aussieht. Ich sehe mich deswegen gezwungen, einmal davon Zeugnis abzulegen, wie es in diesem Bereich wirklich zugeht, auch wenn ich persönlich natürlich nicht zu der Advokatenunterschicht gehöre, die sich leider regelmäßig in diesem Gelände bewegt. Aber ich habe als Rechtsbeistand, der regelmäßig das Vertrauen etlicher Richter genießt, natürlich meine Erfahrungen gemacht. Aber wenn es in dieser Hinsicht immer wieder sogenannte Kollegen gibt, die mich als „Verurteilungsbegleiter“ oder „Robenständler“ oder mit noch schlimmeren Verbalinjurien verunglimpfen, so muss ich dies auf das Schärfste zurückweisen. Das alles trifft nicht auf mich zu, zumindest nicht mehr als auf hunderte oder tausende Kollegen. Diese Beleidigungen sagen mehr über die Beleidiger aus als über den Beleidigten.

Denkt man einmal gewohnt oberflächlich über das Thema der „Mindeststandards der Strafverteidigung“ nach, so kommt einem zunächst der Gedanke, dass dies doch eine sehr gute Sache sein könnte. Endlich gäbe es etwas, an das man sich halten könnte, wenn man nicht mehr so genau weiß, wo die feine Grenze zwischen „guter Strafverteidigung“ und „zu schlechter Strafverteidigung“ verläuft. Endlich könnte man jeden Kritiker in die Schranken weisen, indem man auf diese Leitlinien verweist, wenn man sie denn mal alle eingehalten hat. Das ist natürlich sehr verlockend. Aber sobald man einmal ein wenig intensiver als sonst darüber nachgrübelt, fällt einem auf, dass auch dann alles nicht so ganz einfach ist.

II. Akteneinsicht

Nehmen wir dazu einmal das Beispiel Akteneinsicht. „Umfassende Aktenkenntnis und vollständige Einarbeitung in den Verfahrensstand“ wird von den Teilnehmern der Arbeitsgemeinschaft in der Zusammenfassung gefordert. Das klingt ja alles schön und gut. Jeder Verteidiger sollte die Akte lesen, das ist klar. Aber gehen wir doch sofort einmal ins Detail. Schauen wir einmal eine kleine Amtsgerichtssache an, Blattumfang vielleicht fünfzig Seiten, eine Beiordnung, weil der Mandant zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung wegen einer anderen Sache bereits sieben Monate weggesperrt ist. Nun kann ich natürlich die mir zugesandte Akte sofort von A-Z lesen, aber das beinhaltet die konkrete Gefahr, dass ich das alles am Tag der Hauptverhandlung längst wieder vergessen oder – noch gefährlicher – mit anderen Sachen durcheinandergebracht habe. Also lässt der verantwortungsvolle Pflichtverteidiger die Sache erst einmal liegen und erst dann wieder in die Hand, wenn er überrascht feststellt,

dass am nächsten Morgen gerade diese Sache verhandelt werden soll.

Nun kann ich natürlich die Akte spätestens jetzt von A-Z durcharbeiten. Aber abgesehen von möglichen zeitlichen Schwierigkeiten, würde dies nun wirklich kein einziger Anwalt tun, auch nicht diese Fortgebildeten. Und das ist mein voller Ernst und ich bin bereit, diese Behauptung zu untermauern. Ich habe gerade zufällig eine Akte vor mir liegen und zitiere kurz das, was ich nach diesem Vorschlag als erstes lesen müsste:

„Termine: / Landesprüfungsamt: Ja Nein / Staatsarchiv: Ja Nein / Mitteilungen nach Nrn. MiStra / Benötigt werden () Mehrfertigungen von () / Zählkarte Nr. / Ausgefüllt am / Unterschrift / AG / LG / OLG.“

Kommt dem Leser das bis hierhin bekannt vor? Ich gebe freimütig zu, mir bisher nicht. Und doch ist es tatsächlich auf jeder Akte, die ich zugeschickt bekomme, auf der ersten Seite abgedruckt, ich habe es gerade einmal überprüft. Trotzdem ist das doch völlig uninteressant! Interessant wird es doch erst beim fettgedruckten „Staatsanwaltschaft Strafsache/Bußgeldsache“ mit dem dazugehörigen Städtenamen in Verbindung mit dem Aufkleber, der den Namen des Mandanten enthält. Die erste Seite jeder Akte enthält darüber hinaus noch einiges mehr, was man lesen kann, wenn man will, und sogar noch eine Rückseite. Danach kommen in einer Akte gewöhnlich der Statistikeil und ein „PKS-Datentransferbeleg“. Aber das liest man doch auch nicht alles, zumindest nicht mehrfach. Da reicht es doch, wenn man das ein einziges Mal bei der ersten Akte einmal gelesen hat, denn es wiederholt sich ja immer wieder. Ich denke, da werden alle seriösen Strafverteidiger einig sein.

Nun gibt es solche unwichtigen Dinge in jeder Akte nicht nur am Anfang, sondern auch im weiteren Verlauf, seien es Ladungen an Zeugen, Zustellungsurkunden, Sachstandsfragen von Behörden oder Anwälten etc. Wenn ich das alles lese, habe ich zwar „umfassende Aktenkenntnis“, gleichzeitig bin ich aber offensichtlich bescheuert. Es ist doch wichtig, sich auf die entscheidenden Schriftstücke zu konzentrieren und Schwerpunkte zu setzen. Von fünfzig Seiten sind vielleicht nur vier bis sechs interessant. Wenn man die liest, ist man vollständig in den Verfahrensstand eingearbeitet, sprich: es reicht meistens bereits, wenn man zehn Prozent des Akteninhalts kennt, um vernünftig verteidigen zu können.

Denkt man ab dieser Stelle aber konsequent weiter, so muss jeder wahrheitsliebende Verteidiger zugestehen, dass sich die Fälle vor dem Amtsgericht oftmals gleichen wie ein Ei dem anderen. Beim Schwarzfahren ändern sich allenfalls das Datum und die Buslinie, aber ansonsten ist das immer dasselbe. Wenn es bei einem armen Junkie um Besitz vom Betäubungsmitteln geht, so kann die Droge unterschiedlich sein und auch die Menge. Lautet der Vorwurf Betrug durch ebay-Verkäufe oder gegenüber dem Jobcenter, so grenzt allenfalls die Schadenshöhe den ersten vom zweiten Fall ab. Ich sehe durchaus, dass diese Informationen wichtig sind, wenn man bei seiner Verteidigung am Ende einen vernünftigen Antrag stellen will. Aber aus diesem Grund wird zu Beginn der Hauptver-

handlung doch die Anklage noch einmal vorgelesen, die alle Verfahrensbeteiligten eigentlich schon kennen müssten. So ist man gleich zu Anfang in der 08/15-Fällen sofort auf den aktuellen Stand gebracht, selbst wenn man es nicht mehr geschafft hat, die entscheidenden Seiten vor Beginn der Hauptverhandlung zu finden.

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass die Kollegen der Staatsanwaltschaft in den amtsgerichtlichen Hauptverhandlungen fast immer ohne vertiefte Aktenkenntnis agieren müssen. In solchen Situationen muss der Verteidiger heute schon nach dem vielbeschworenen Grundsatz des fair trial regelmäßig durch seine Passivität im Vorfeld für Waffengleichheit sorgen.

Bei Verfahren vor dem Landgericht oder gar dem Oberlandesgericht ist es natürlich aufgrund des Aktenumfangs etwas anders. Allerdings ist zu sagen, dass dort die Advokaten, um die es vorliegend in erster Linie geht, vorwiegend zur Verfahrenssicherung beigeordnet werden und nicht zur Verteidigung des Mandanten. Dies wird von ihnen nicht erwartet, dafür sind gewählte Kollegen zuständig. In der Arbeitsgruppe gab es ein schönes Beispiel vom Oberlandesgericht Stuttgart, das eine Beiordnung von zwei Kollegen in einem Umfangsverfahren nach über einhundert Hauptverhandlungstagen unbeanstaltet gelassen hat. Diese beiden weiteren Pflichtverteidiger hatten dann nach ca. zweieinhalb Monaten pauschal erklärt, sie seien inzwischen eingearbeitet, woraufhin dann zwei Vertrauensanwälte vom Landgericht wegen unregelmäßiger Teilnahme an der Hauptverhandlung verpflichtet wurden. An dieser Rechtsprechung lässt sich deutlich sehen, dass die Richter aufgrund ihrer Fürsorgepflicht nur Kollegen mit besonders großen (vor allem zeitlichen) Kapazitäten beiordnen, die in der Lage sind, sich in überschaubarer Zeit in ein komplexes Verfahren einzuarbeiten, unabhängig von der Kooperation des neuen Mandanten und der Zahl der bereits zurückliegenden Hauptverhandlungstage. Um diese seltenen Exemplare der Anwaltschaft jedoch nicht zulasten des Rechtsstaats zu verschrecken – schließlich bestünde dann die Gefahr, sie beim nächsten Notfall nicht mehr zur Verfügung zu haben –, ist es wichtig, ihnen konkludent zu vermitteln, dass sie niemals vom Gericht aufgefordert werden, ihre Aktenkenntnis zur Schau zu stellen. Darüber hinaus ist es bei dieser Art Verteidigung notwendig, dass das Gericht immer an ihrer Seite steht, wenn es zu völlig unverständlichen Attacken von Seiten der Konfliktverteidiger oder des Angeklagten kommt.

Zusammenfassend kann man also sagen, dass Akteneinsicht immer relativ gesehen werden muss und niemals absolut. Zehn Prozent sollte man schon draufhaben, wenn man als Verteidiger einen Verhandlungssaal betritt, auch wenn in vielen Fällen weniger Aktenkenntnis nicht weiter auffällt. In den allermeisten Fällen ist vor dem Amtsgericht aber natürlich viel mehr Aktenwissen vorhanden, selbst wenn der Pflichtverteidiger die Akte gar nicht gelesen hat, denn die oben geschilderten neunzig Prozent Ausschuss kennt man ja quasi auswendig, seitdem man „strafverteidigt“. Und mit 90% Aktenkenntnis in eine Hauptverhandlung zu gehen, kann sicher nicht falsch sein. Hinsichtlich der Großverfahren vor Land- oder Oberlandesgerichten ist der „gesamtheitliche Ansatz“ zu wählen, wonach von Seiten des Angeklagten

gesehen werden muss, ob aus all den Prozentzahlen seiner Verteidiger zusammengenommen eine ausreichende Zahl gewertet werden kann. Nicht auszuschließende Aktenlücken bei den gelegentlich vorkommenden schwarzen Schafen können dann durch fleißige Arbeitsbienen in Gestalt von Wahlpflichtverteidiger wieder ausgeglichen werden.

III. Mandanteninformation

Neben der Akteneinsicht ist in der Arbeitsgruppe auf dem Strafverteidigertag das Thema der „umfassenden Informierung des Mandanten“ zur Sprache gekommen. Dies gestaltet sich in der Praxis dadurch nicht ganz einfach, weil sich viele Mandanten von Pflichtverteidigern aufgrund ihrer offensichtlichen Gefährlichkeit in Haft befinden. Und wer besucht schon gerne einen gefährlichen, ggf. gewalttätigen Menschen? So reicht es im Regelfall aus, am Morgen der Hauptverhandlung das Gespräch zum Mandanten zu suchen. Wenn man jedoch ehrlich ist, muss man eingestehen, dass die meisten dieser Menschen sowieso nicht verstehen, was dort mit ihnen vorgeht. Wenn man versucht, sie in dieser Hinsicht umfassend aufzuklären, brechen die meisten schon nach wenigen Sätzen mit ihrer Aufmerksamkeit ein, denn der typische Mandant will eigentlich nur wissen, was hinten raus kommt (Stichwort: „Zielbesprechung“). Aber diese Information kann der ehrliche Pflichtverteidiger ihm nicht geben, weil er aus ethischen Gründen keine informellen Gespräche mit den Richtern führt, sondern diesen grundsätzlich ihre freie Entscheidungsmöglichkeit belässt. Aus diesem Grund reicht es im Mandantengespräch, möglichst einfach zu formulieren und sich kurz zu halten. Auch wenn der Pflichtverteidiger natürlich Monologe halten, die Rechtsprobleme des Falles skizzieren, den Akteninhalt langatmig wiedergeben und mit dem Mandanten durchgehen könnte, so drängt sich die Frage auf, was ihm dies nützt; oder noch viel wichtiger, was das dem Angeklagten nutzen könnte. Schließlich geht es hier nicht um einen Verteidiger und dessen oftmals übersteigertes Ego, sondern um den Angeklagten. Und das wird vielfach in unserer Justiz vergessen.

Wenn man wirklich einmal einen intellektuellen Überflieger als Mandanten hat, so ist es natürlich eher nötig, die Zeit zu investieren, um ihn umfassend zu unterrichten. Hier empfiehlt sich beispielsweise die Übergabe der kopierten Gerichtsakte. Aber darüber hinaus sind auch persönliche Gespräche unvermeidbar. Den Forderungen der Arbeitsgruppe ist daher in diesen Ausnahmefällen insofern beizupflichten, als dort zu Recht davon die Rede ist, dass solche Mandantengespräche als „erschöpfend“ eingestuft werden müssen.

IV. Anwesenheit in der Hauptverhandlung

Die in der Arbeitsgruppe aufkommende Diskussion, ob man als Pflichtverteidiger in der Hauptverhandlung anwesend sein soll, wenn auch noch ein Kollege da herumsitzt, ist (nur) zum Teil verständlich. Schließlich verdient der Pflichtverteidiger genau bei diesen Terminen sein Geld, also ist es doch grundsätzlich seine privat-familiäre Pflicht, auch vor oder neben seinem Mandanten Platz zu

nehmen und die Verhandlung zu verfolgen. Aber es gibt natürlich auch Situationen, in denen es plötzlich schwierig wird. Ich gebe ein kurzes Beispiel aus meinem persönlichen Bereich: Wenn ich beim Amtsgericht mehrere Termine an einem Tag habe – was nicht zu oft vorkommt, höchstens zwei- bis achtmal im Monat – dann versuche ich das telefonisch so hinzubekommen, dass es zeitlich passt. Wenn ich also um 9.00 Uhr eine Hauptverhandlung habe und ein anderer Vorsitzender will mit mir für diesen Tag einen anderen Hauptverhandlungstermin abstimmen, dann sage ich dem natürlich klipp und klar, dass ich nicht vor 9.30 Uhr zur Verfügung stehe. Eine dritte Verhandlung könnte dann frühestens um 11.00 Uhr beginnen, schließlich will ich ja auch noch in der Kantine frühstücken. Aber alles funktioniert mit ein bisschen gutem Willen. Insgesamt muss ich daher sagen, dass die Vorsitzenden bei diesen Problemen immer sehr kooperativ sind, da gibt es so gut wie keine Probleme. Wie man in den Wald hineinruft, so schallt es halt heraus – eine gute alte Binsenweisheit, die sich die Herren Konfliktverteidiger einmal in die Binde kippen sollten.

Bei landgerichtlichen Verfahren ist es aber natürlich schwieriger, denn dort wird ja manchmal sogar bis tief in den frühen Nachmittag hinein verhandelt. Und in solchen Fällen muss es einfach erlaubt sein, einen „kleinen Abstecher“ in einen anderen Verhandlungssaal zu unternehmen, vor allem, wenn ein zweiter Verteidiger auch beigeordnet ist. Es wird auf den bereits oben angesprochenen „ganzheitlichen Ansatz“ verwiesen, der auch hier zum Tragen kommt. In anderen Fällen kann um eine kurze Pause gebeten werden, ein freundlicher Vorsitzender kommt einem freundlichen Anwalt gerne einmal entgegen (s.o.). Ein unfreundlicher Anwalt wird stattdessen höflich und mit vollem Recht auf die Regelung des § 145 Abs.4 StPO verwiesen.

Im Laufe der Hauptverhandlung handelt der professionelle Pflichtverteidiger dann regelmäßig nach der jahrhundertalten Weisheit: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold.

V. Übernahme eines Pflichtmandats

Ein aus Sicht des Verfassers äußerst wichtiger Punkt ist die Frage der Abwerbung von Mandanten in der Justizvollzugsanstalt. Es wird immer wieder beobachtet, dass es sog. Kollegen gibt, die die gelegentliche Einsamkeit der Inhaftierten schamlos ausnutzen, um an Mandate zu kommen (Stichwort: „Gitterschleicherei“). Hier wird regelmäßig der Eigennutz vor die Interessen des Mandanten gestellt, auch wenn der angebliche Mandantenwillen in den entsprechenden Entpflichtungsanträgen stets vorgeschoben wird. Zu diesem zutiefst berufsrechtswidrigen Verhalten ist in der Arbeitsgruppe nicht viel gesagt worden, woraus man durchaus den Schluss ziehen sollte, dass sich viele der Anwesenden eines solchen Vergehens in der Vergangenheit schuldig gemacht haben. Der fremde Mandant sollte ebenso wenig angeührt werden wie die fremde Frau.

Es ist für innere Hygiene in der Strafjustiz so wichtig, dass die Entscheidungen des unabhängigen Richters respektiert werden, wenn dieser unter allen möglichen

Kandidaten des Gerichtsbezirks (und sogar darüber hinaus) einen bestimmten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger bestellt. Der Richter wird sicherlich seine Gründe dafür gehabt haben, wobei vor allem der Grundsatz der Fürsorgepflicht hinsichtlich des Beigeordneten nicht außer Acht zu lassen sein dürfte. Das ständige Misstrauen gegenüber richterlichen Entscheidungen ist möglicherweise gerade einer der wichtigen Punkte, warum selbst manche Fachanwälte für Strafrecht bei Beiordnungen „in die Röhre schauen“ und ihnen sogar Fachanwälte für Versicherungsrecht oder Verkehrsrecht vorgezogen werden – was bei diesen Fachrichtungen jedoch sehr skeptisch zu betrachten ist. Ansonsten ist zu konstatieren, dass unter den ständigen Pflichtverteidigern kein Kampf um Mandate entbrennt, was erneut zeigt, dass Sozialkompetenz und gegenseitige Rücksichtnahme hervorsteckende Charakterzüge dieser Rechtsanwälte sind.

VI. Tatgerichtliche Fremdkontrolle?

Das Ergebnis der Arbeitsgruppe, wonach „im kontradiktorischen Verfahren tatgerichtliche Fremdkontrolle von Mindeststandards der Strafverteidigung nur in eklatanten Situationen offensichtlicher Nichtverteidigung Platz greifen“ kann, übersteigt – das gebe ich freimütig zu – meinen Horizont. Was ist denn mit tatgerichtlicher Fremdkontrolle gemeint? Dass „die Gewährleistung von Mindeststandards Aufgabe der Selbstkontrolle der Anwaltschaft sein“ soll, ist ebenfalls nicht nachzuvollziehen. Die Einhaltung der Mindeststandards ist doch offensichtlich in erster Linie Aufgabe der beordnenden Richter. Sie kennen schließlich das Niveau der Rechtsanwälte, die sie beordnen, so dass sie durch ihre Auswahl bereits ein Zeichen gegen die Mindeststandards gesetzt haben.

VII. Fazit

Abschließend ist folgendes festzuhalten:

Ich verwahre mich dagegen, dass hier Kollegen von Dingen sprechen, von denen sie keine Ahnung haben, weil sie gar nicht wissen, was in diesen Bereichen an der anwaltlichen Front los ist. Sobald sie nämlich nicht selbst anwesend sind, muss ihnen unbekannt bleiben, was passiert, und wenn ihnen etwas unbekannt ist, dann sollten sie sich auch nicht dazu äußern. Dasselbe gilt für professorale Besserwisser und Bundesrichter. Es sollten in Zukunft diejenigen dazu sprechen, die tagtäglich in diesem Bereich ihre Pflicht tun, nämlich Richter der ersten Instanzen und verantwortungsvolle und deshalb regelmäßig bedachte Rechtsanwälte.

Ich fordere die im Bereich des Beiordnungsrechts zuständigen Richter auf, auch in Zukunft nicht von dem eingeschlagenen Weg abzuweichen, sondern weiterhin die Symbiose von Angeklagteninteressen, Rechtsstaatsinteressen und persönlichen Vorlieben mit der Bestellung der am besten geeigneten Advokaten fortzuführen. Die daran seit vielen Jahrzehnten bestehende Kritik kann auf den gemeinsamen Nenner „Neid“ zurückgeführt werden. In keinem Fall sollte eine Beschränkung auf Fachanwälte für Strafrecht eingeführt werden, weil gerade diese Kollegen in ihrer Einseitigkeit nicht selten die über das Strafrecht

hinausgehenden, gerade familienrechtlichen Aspekten übersehen. Weiterhin sollte das überragende Rechtsinstitut der Waffengleichheit dazu führen, dass in den Fällen, in denen Amtsanwälte oder Referendare die Anklagebehörde in der Hauptverhandlung vertreten, eine Aktenkenntnis des Verteidigers im Vorfeld durch geeignete Maßnahmen verhindert wird (z.B. Ablehnung der Akten Einsicht oder erstmalige Beiordnung unmittelbar vor der Hauptverhandlung). Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

Ich halte es für angebracht, in Zukunft als Gegenveranstaltung zum „Strafverteidigertag“ einen „Pflichtverteidigertag“ ins Leben zu rufen, damit sich diese Kollegen einmal gemeinsam über die Schwierigkeiten ihres Berufslebens austauschen können. Als Themen für die Arbeitsgruppen stelle ich zur Diskussion: „Mobbing durch Chaosverteidiger – wie reagiere ich?“ (AG 1), „Der Vorteil von Anregungen gegenüber Anträgen“ (AG 2), „Die segnende Wirkung vom informellen Austausch mit dem Vorsitzenden“ (AG 3), „Die fehlende Angemessenheit der Pflichtverteidigergebühren im Vergleich zu horrenden Wahlverteidigerhonoraren“ (AG 4) sowie „Strafbarkeitslücken bei Gitterschleicherei“ (AG 5). Die Seminargebühren sollten von der Staatskasse übernommen werden, Fortbildungsbescheinigungen nach FAO werden nicht benötigt. Statt der Frankfurter Universität würde eher die

Düsseldorfer Altstadt als Veranstaltungsort als geeignet erscheinen. Im Laufe des nächsten Jahrzehnts könnte diese Veranstaltung dann mit dem inzwischen in Konzeption und Ausführung völlig veralteten „Strafverteidigertag“ fusionieren, bevor dann kurze Zeit später die feindliche Übernahme erfolgreich abgeschlossen werden könnte.

Abschließend ist es mir ein Anliegen, nach all der berechtigten, im Namen von unzähligen Pflichtverteidigern geäußerten Kritik den Schulterchluss mit fast allen im Strafrecht tätigen Kollegen zu üben und darüber aufzuklären, wo der eigentliche Feind sitzt. In der Abschlussdiskussion des Strafverteidigertages wurde explizit ausgeführt, es gebe tatsächlich Kollegen, die Honorare in fünfstelligen Bereichen verlangen, weil sie „unter der Dusche“ über die Erfolgsaussichten eines ihnen angetragenen Verfahrens sinnieren würden. Hier sehe ich wirklich eine ethische Grenze weit überschritten, an diesem Punkt muss die gesamte Anwaltschaft gemeinsam an einem Strang ziehen, weil es nicht sein kann, dass von einer kleinen Minderheit Unsummen verdient werden, die dem sonstigen Verteidigermarkt und damit der großen Mehrheit nicht mehr zur Verfügung stehen. Es wird Zeit, dass sich an dieser Front endlich etwas tut. Nieder mit den Duschanwälten!

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Detlef Burhoff: Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren. 7., aktualisierte und wesentlich überarbeitete Auflage, ZAP Verlag. 2.160 Seiten, 119,00 EUR. ISBN 978-3-89655-795-7, Herne 2015.

Das Burhoff'sche Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren ist in nunmehr 7. Auflage erschienen. Bereits dieser Umstand belegt, dass das Werk seinen

festen Platz in der immer weiter anwachsenden strafverfahrensrechtlichen Fachliteratur einnimmt.

Gegenüber der Voraufgabe (2013) wurden rund 600 neue Entscheidungen – bis in die Rechtsprechung der Instanzgerichte – ausgewertet und eingearbeitet. Diese Aktualisierungen betreffen nicht zuletzt das bewegte Feld der Verfahrensabsprachen, die umfangreich – über 40 Seiten – behandelt werden (Rn. 72 ff.). Damit dürfte sich zu-

mindest im Ansatz ermessen lassen, welchen Arbeitsaufwand der Alleinautor zu bewältigen hatte, der zugleich für weitere Werke der Reihe verantwortlich zeichnet und sich einmal mehr als versierter Kenner des gesamten Strafverfahrensrechts erwiesen hat.

Das bewährte Konzept, dem ein durchdachtes System zugrunde liegt, wurde weitgehend beibehalten: die Darstellung ist nicht nach Vorschriften (wie bei den Kommentaren) oder übergreifenden Sachkapiteln (wie bei Lehr- oder sonst bei Handbüchern geläufig) gegliedert, sondern nach über 270 alphabetisch geordneten Stichworten, beginnend mit „Ablehnung eines Richters, Allgemeines“ bis zu „Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Allgemeines“. Bereits bei diesen Beispielen zeigt sich, dass bei umfassenderen Themenkomplexen zunächst einführende Erläuterungen „vor die Klammer gezogen“ werden, gefolgt von Ausführungen zu einzelnen speziellen Ausprägungen (nach „Akteneinsicht, Allgemeines“ kommt „Akteneinsicht, Anfertigung eines Aktenauszugs“, gefolgt von 22 weiteren Stichworten zu „Akteneinsicht“). Die jeweiligen Erläuterungen sind mit reichhaltigen optischen Hervorhebungen, Hinweisen für die Praxis, tabellarischen Übersichten und Musterformulierungen für Antragschriften versehen; Letztere können über einen mit dem Handbuch zur Verfügung stehenden Online-Zugang auch elektronisch geladen werden. Demgegenüber entfielen – aus Raumgründen sowie in Ansehung eines gewandelten Nutzerverhaltens – Paragrafen- und Entscheidungsregister, die sich noch im Anhang der Voraufgabe fanden.

Durch die beschriebene Konzeption ist das Werk konsequent auf die Bedürfnisse der Praxis ausgerichtet (ein Anspruch, der zwar häufig erhoben, aber nicht immer so weitreichend umgesetzt wird). Dies bestätigt sich auch in inhaltlicher Hinsicht, dort bereits bei den ersten Stichworten zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (schwerpunktmäßig den Richter betreffend, aber auch mit Ausführungen zu Sachverständigen und Staatsanwälten, Rn. 7 ff., 58 ff.). Obgleich dieses Handbuch für das Ermittlungsverfahren nach eigenem Bekunden nur die Grundzüge des Ablehnungsrechts enthalten soll und im Übrigen auf das Parallelwerk zur strafrechtlichen Hauptverhandlung verwiesen wird (Rn. 3), werden unter dem Stichwort „Ablehnungsgründe, Befangenheit“ nicht nur komprimierte Beispiele aus der Rechtsprechung geboten (wie üblicherweise in den Kommentierungen zu § 24 StPO), sondern auf 17 Seiten umfangreiche Stichwortreihen mit Einzelfällen (Rn. 24 ff.). Ferner steht der Hinweis, dass die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch in Anbetracht der damit verbundenen atmosphärischen

Risiken stets dem Mandanten vorbehalten bleiben muss (Rn. 6), am Anfang einer Vielzahl praxisrelevanter Ratschläge im gesamten Handbuch.

Thematisch bietet das Werk von A (z.B. „Anfangsverdacht“, „Anklageschrift“ oder „Auslieferungsverfahren“) bis Z (z.B. „Zahl der Verteidiger“ oder „Zuziehung eines Dolmetschers im Ermittlungsverfahren“) einen „Rundumschlag“ durch das gesamte vorbereitende Verfahren. Beispielhaft herausgegriffen werden sollen an dieser Stelle noch die praxisrelevanten „Blutalkoholfragen“ (Rn. 1129 ff.) mit entsprechenden Berechnungshilfen, die „Eigenen Ermittlungen des Verteidigers“ (Rn. 1573 ff.) und die ausführlichen Literaturhinweise zu kriminaltechnischen Fragen (Rn. 2526 ff.). Besonders ausführlich werden naturgemäß zentrale Aspekte wie beispielsweise „Akteneinsicht“ behandelt. Dass trotz des Umfangs von über 2000 Seiten bisweilen zur Vertiefung auf angegebene Fundstellen verweisen werden muss, offenbart die Unmenge an Informationen, der sich der Verfahrenspraktiker ausgesetzt sieht. Insofern ist ihm mit diesem Handbuch im wörtlichen Sinn ein hervorragendes Hilfsmittel an die Hand gegeben, die sich stellenden Probleme zu erfassen und zu bewältigen.

Wenngleich sich das Werk – wie etwa in den Praxistipps und Musterformulierungen sowie den gebührenrechtlichen Hinweisen zum Ausdruck kommt – in erster Linie an Strafverteidiger wendet, können auch (Ermittlungs-)Richter und Staatsanwälte davon profitieren. So dürften nicht zuletzt die Ausführungen zu den Ermittlungsmaßnahmen im Bereich der Internet- und Kommunikationstechnik (Rn. 532 ff.) gerade auch für den Staatsanwalt von Interesse sein. Die Attraktivität für Nutzer aus der Justiz würde freilich dann noch weiter erhöht, wenn zusätzlich Muster für Entscheidungen oder Verfügungen – beispielsweise zu Benachrichtigungen gemäß § 101 Abs. 4 StPO – enthalten wären. Und während die meisten Einstellungsvorschriften der §§ 153 ff. StPO ihren eigenen Eintrag erhalten haben (Rn. 1693 ff.), würde man sich noch die Aufnahme des im Hinblick auf die zunehmenden Auslandssachverhalte praxisrelevanten § 153c (Abs. 1 S. 1 Nr. 1) StPO wünschen.

Solche Anregungen – aus der Sicht des Justizpraktikers – sollen und können allerdings den ausgezeichneten Gesamteindruck nicht schmälern, den dieses „Mammutwerk“ zum Ermittlungsverfahren hinterlässt. Mit der Neuauflage ist dem Autor erneut ein beeindruckender Wurf gelungen.

Von EStA Marco Mayer, Karlsruhe

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.

397. EuGH C-216/14 – Urteil des EuGH (Erste Kammer) vom 15. Oktober 2015 (Gavril Covaci)

Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzung (Anwendbarkeit im Strafbefehlsverfahren; Verpflichtung, den Einspruch gegen einen Strafbefehl auf deutsch abzufassen); Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, hier Recht auf Unterrichtung über den Tatvorwurf; Anwendbarkeit im Strafbefehlsverfahren; Zustellung des Strafbefehls an Zustellungsbevollmächtigten; Vereinbarkeit der zweiwöchigen Einspruchsfrist gegen Strafbefehle, die über den Tatverdacht informieren, mit Art. 6 RL 2012/13 Art. 1 RL 2010/64/EU; Art. 2 RL 2010/64/EU; Art. 3 RL 2010/64/EU; Art. 2 RL 2012/13/EU; Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2012/13/EU; Art. 6 Abs. 1 und 3 RL 2012/13/EU; § 184 GVG; § 187 GVG; § 132 StPO; § 410 StPO

398. United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 14-2378-cr – Urteil vom 30. Juni 2015 (U.S. v. Yesid Rios Suarez)

Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes bei Auslieferung in die USA (Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht; Klagebefugnis; Zusicherungen; völkerrechtlicher Protest).

399. BVerfG 2 BvR 175/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. März 2016 (OLG Frankfurt am Main)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; Schweizer Staatsangehöriger; „Verschwörung“ zu Steuerdelikten; Beachtung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes und des Völkerrechts; grundsätzliches Vertrauen in den ersuchenden Staat; Erschütterung des Vertrauens im Einzelfall); Grundsatz der Spezialität (Beachtung bereits im Zulässigkeitsverfahren; Gewährleistung des Spezialitätsgrundsatzes nicht nur auf Protest des ausliefernden Landes; Entscheidung „Suarez“; teilweises Auslieferungshindernis der fehlenden gegenseitigen Strafbarkeit; Tatbezogenheit des Auslieferungsrechts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 25 GG; § 33 IRG; § 73 IRG; Art. 22 AuslieferungsV-USA; Art. 27 AuslieferungsV-USA

400. BVerfG 2 BvR 348/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2016 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger afghanischer Herkunft; völkerrechtlicher Mindeststandard; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates; Asylgrundrecht; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; eigenständige Prüfung von Asylgründen im Auslieferungsverfahren; Beziehung der Asylverfahrensakten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 16a Abs. GG; Art. 25 GG; Art. 3 EMRK; § 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbK

401. BVerfG 2 BvR 468/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2016 (KG)

Einstweilige Aussetzung der Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen an die Republik Polen aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Vertrauensschutz bei maßgeblichem Inlandsbezug; Abwägung im Einzelfall bei Handlung im Inland und Erfolgseintritt im Ausland).

Art. 16 Abs. 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb; § 80 Abs. 1 IRG

402. BVerfG 2 BvR 496/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2016 (OLG München / LG Landshut)

Strafbewehrte Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (Zulässigkeit einer Abstinenzweisung bei einem Suchtkranken; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Zweckerreichung; Abwägung im Einzelfall; Zumutbarkeit; Therapiebereitschaft; Erfolgsaussicht; Fähigkeit zur Abstinenz; Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 56c StGB; § 68b Abs. 1 Nr. 10 StGB; § 68b Abs. 3 StGB; § 145a StGB

403. BVerfG 2 BvR 566/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. März 2016 (OLG Frankfurt am Main / LG Gießen)

Verfassungswidrige Unterbringung eines Strafgefangenen (Haftraumgröße zwischen 4,5 m² und 6 m²; Recht auf effektiven Rechtsschutz; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Gesamtabwägung der Haftbedingungen im Einzelfall; Feststellung entscheidungserheblicher Umstände; Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte; Orientierungswert für Gemeinschaftshaft-

räume; keine Übertragbarkeit auf Einzelhafträume; keine Einschränkung grundrechtlicher Vorgaben durch weniger strenges Konventionsrecht; Vorgaben der Menschenwürdegarantie für die Zellengröße).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 3 EMRK; Art. 53 EMRK

404. BVerfG 2 BvR 746/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2016 (OLG Hamm / LG Arnsberg)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Nichteinhaltung der gesetzlichen Überprüfungsfrist; Sicherstellung einer rechtzeitigen Entscheidung; Darlegung der Gründe einer Fristüberschreitung in der Fortdauerentscheidung; verfahrensrechtliche Absicherung des Freiheitsgrundrechts).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67e Abs. 2 StGB

405. BVerfG 2 BvR 2427/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2016 (OLG Hamm / LG Düsseldorf)

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlichen Regelung in Nordrhein-Westfalen; Pflicht der Fachgerichte zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Amts wegen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Grundsatz der materiellen Subsidiarität; Erhebung einer Rechtsbeschwerde in zulässiger Weise).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 17 Abs. 3 MaßregelVollzG NW

1. An der Verfassungsmäßigkeit des § 17 Abs. 3 Satz 1 Maßregelvollzugsgesetz Nordrhein-Westfalen bestehen im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Voraussetzungen einer Eingriffsgrundlage für die Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug Zweifel.

2. Jedenfalls nachdem die wesentlichen Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen einer Zwangsbehandlung verfassungsgerichtlich geklärt sind, ist von den Fachgerichten zu erwarten, dass sie diese Maßstäbe im Auge behalten und die Vereinbarkeit der jeweiligen landesrechtlichen Rechtsgrundlagen mit dem Grundgesetz von Amts wegen und unabhängig von einer Rüge des Betroffenen prüfen.

3. Um dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu genügen, muss der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht nur formell erschöpfen, sondern alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen. Hieran fehlt es, wenn eine Rechtsbeschwerde nicht in zulässiger Weise erhoben worden ist.

406. BVerfG 2 BvR 2486/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Februar 2016 (OLG München)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; völkerrechtlicher Mindeststandard;

unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; gerichtliche Aufklärungspflicht; Auslieferungsschutz in Österreich als Anhaltspunkt für eine der Auslieferung entgegenstehende drohende Verfolgung im ersuchenden Staat; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; Art. 3 EMRK

407. BGH 1 StR 51/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Bayreuth)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

408. BGH 1 StR 58/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Mühlhausen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

409. BGH 1 StR 337/15 – Beschluss vom 14. März 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Bankrott (Verheimlichen von Vermögensbestandteilen: Beendigung bei fortdauerndem Verheimlichen: Restschuldbefreiung; Begriff des Verheimlichen; Dauerdelikt; Rechtsgut der Insolvenzdelikte).

§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78a Satz 1 StGB; § 370 AO

410. BGH 1 StR 375/15 – Beschluss vom 3. Februar 2016 (LG Chemnitz)

Subventionsbetrug (In Unkenntnis lassen des Subventionsgebers über subventionserhebliche Tatsachen als mitbestrafte Nachtat zum Machen unvollständiger Angaben über subventionserhebliche Tatsachen).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB

411. BGH 1 StR 383/15 – Beschluss vom 3. Februar 2016 (LG Chemnitz)

Subventionsbetrug (In Unkenntnis lassen des Subventionsgebers über subventionserhebliche Tatsachen als mitbestrafte Nachtat zum Machen unvollständiger Angaben über subventionserhebliche Tatsachen).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB

412. BGH 1 StR 383/15 – Beschluss vom 3. Februar 2016 (LG Chemnitz)

Subventionsbetrug (In Unkenntnis lassen des Subventionsgebers über subventionserhebliche Tatsachen als mitbestrafte Nachtat zum Machen unvollständiger Angaben über subventionserhebliche Tatsachen).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB

413. BGH 1 StR 406/15 – Beschluss vom 4. April 2016 (LG Stade)

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

414. BGH 1 StR 409/15 – Urteil vom 18. Februar 2016 (LG München I)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Umgang mit dem Zweifelsgrundsatz).

§ 261 StPO

415. BGH 1 StR 431/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Dresden)

Steuerhinterziehung (Erfolg der Steuerverkürzung: Eintritt bei Steueranmeldungen, Umsatzsteuerhinterziehung; Ausschluss der Strafmilderung wegen Versuchs: Beruhen).

§ 370 Abs. 1 AO; § 150 Abs. 1 Satz 3 AO; § 168 AO; § 18 Abs. 1 Satz 1 UStG; § 23 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

416. BGH 1 StR 433/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Betrug (strafmildernde Berücksichtigung des Rückflusses betrügerisch erlangter Gelder an die Geschädigten).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

417. BGH 1 StR 497/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

418. BGH 1 StR 526/15 – Urteil vom 15. März 2016 (LG Ansbach)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (abweichendes Sexualverhalten als schwere andere seelische Abartigkeit: Gesamtbetrachtung; Gefährlichkeitsprognose: schwere Störung des Rechtsfriedens durch zu erwartende Straftaten).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

419. BGH 1 StR 585/15 – Beschluss vom 17. März 2016

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

420. BGH 1 StR 605/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Mannheim)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

421. BGH 1 StR 619/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Würzburg)

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung: Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

422. BGH 1 StR 628/15 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG Würzburg)

Verfall (Begriff des Erlangen aus der Tat: faktische Verfügungsgewalt, Erlangen bei mehreren Tatbeteiligten); Handeln für einen anderen beim Bankrott (Handeln als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person im Geschäftskreis des Vertretenen; Folgen der Aufgabe der Interessentheorie; Beiseiteschaffen).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 283 Abs. 1 StGB

423. BGH 1 StR 659/15 – Beschluss vom 18. Februar 2016 (LG Kempten)

Schuldunfähigkeit (Anwendung des Zweifelssatzes; in dubio pro reo).

§ 20 StGB

424. BGH 2 StR 31/16 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Bonn)

Gesamtstrafenbildung (Härteausgleich wegen bereits vollstreckter Verurteilungen).

§ 55 StGB

425. BGH 2 StR 39/16 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Bonn)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 Abs. 1 StGB

426. BGH 2 StR 9/16 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Gera)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: geringer Altersunterschied von Täter und Opfer).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB

427. BGH 2 StR 123/15 – Beschluss vom 7. März 2016 (LG Stralsund)

Grenzen der sukzessiven Mittäterschaft.

§ 25 Abs. 2 StGB

428. BGH 2 StR 213/15 – Urteil vom 17. Februar 2016 (LG Trier)

Totschlag (Eventualvorsatz: äußerst gefährliche Gewalttaten als Indiz, Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung); Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch bei mehraktigem Geschehen).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

429. BGH 2 StR 280/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Gera)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

430. BGH 2 StR 308/15 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Kassel)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen; Umgang mit einem Belastungsmotiv).

§ 261 StPO

431. BGH 2 StR 314/15 – Beschluss vom 27. Januar 2016 (LG Wiesbaden)

Schuldunfähigkeit (Anforderungen an die Darstellung im Urteil: Sachverständigengutachten, konkrete Auswirkung einer psychischen Störung auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

432. BGH 2 StR 319/15 – Urteil vom 24. Februar 2016 (LG Kassel)

Recht auf einen konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand (Recht auf ein faires Verfahren; Interessenskonflikt des Verteidigers als Hindernis für eine wirksame Verteidigung; Beurteilungsspielraum des Vorsitzenden Richters bei der Auswahl, Entpflichtungsgrund; Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung: keine erforderliche dauerhafte Anwesenheit mehrerer Verteidiger, ausnahmsweiser Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz, kein absoluter Revisionsgrund).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG; § 140 Abs. 1 StPO; § 142 Abs. 1 StPO; § 143 StPO; § 227 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

433. BGH 2 StR 322/15 – Beschluss vom 29. Dezember 2015 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil: Geständnis des Angeklagten im Rahmen einer Verständigung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO

434. BGH 2 StR 328/15 – Urteil vom 17. Februar 2016 (LG Darmstadt)

Adhäsionsverfahren (Antragsberechtigung des Erben des Geschädigten: Vorlage eines Erbscheins).

§ 403 StPO; § 2353 BGB

435. BGH 2 StR 339/15 – Beschluss vom 29. März 2016 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

436. BGH 2 StR 346/15 – Urteil vom 16. März 2016 (LG Meiningen)

Mittäterschaft wegen Betruges (Bedeutung des Tatbeitrages).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB

437. BGH 2 StR 401/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

438. BGH 2 StR 424/15 – Beschluss vom 28. Januar 2016 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

439. BGH 2 StR 430/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Bonn)

Körperverletzung (Eventualvorsatz; Feststellung).

§ 223 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

440. BGH 2 StR 441/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Aachen)

Verfall (Absehen von der Verfallsanordnung, da das Erlange nicht mehr im Vermögen des Täters vorhanden ist: Voraussetzungen).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 StGB

441. BGH 2 StR 450/15 – Urteil vom 9. März 2016 (LG Mühlhausen)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Voraussetzungen).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

442. BGH 2 StR 455/15 – Beschluss vom 9. März 2016 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

443. BGH 2 StR 501/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Darmstadt)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Darstellung im Urteil); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 64 StGB

444. BGH 2 StR 509/15 – Beschluss vom 15. März 2016

Einstellung wegen Todes des Angeklagten.

§ 206a Abs. 1 StPO

445. BGH 2 StR 535/12 – Beschluss vom 29. März 2016

Bewilligung einer anwaltlichen Pauschgebühr.

§ 51 RVG

446. BGH 2 StR 537/15 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Frankfurt am Main)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Rücktritt: Rücktrittshorizont); Totschlag (Tötungsvorsatz).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

447. BGH 2 StR 543/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

448. BGH 2 StR 545/15 – Beschluss vom 17. Februar 2016 (LG Stralsund)

Schuldunfähigkeit (Anforderungen an die Darstellung im Urteil: Sachverständigengutachten, konkrete Auswirkung einer psychischen Störung auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

449. BGH 2 StR 550/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Gera)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

450. BGH 2 StR 656/13 – Beschluss vom 24. Februar 2016

Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen (ausnahmsweise Entbehrlichkeit eines vorherigen Anfrageverfahrens); Vorlagen an den Großen Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage (Voraussetzungen der grundsätzlichen Bedeutung); Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).

§ 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1; Abs. 4 GVG; § 252 StPO; § 52 StPO

451. BGH 2 StR 656/13 – Beschluss vom 24. Februar 2016

Rücknahme einer Divergenzvorlage

§ 132 Abs. 2 GVG

452. BGH 2 ARs 373/15 2 AR 234/15 – Beschluss vom 14. März 2016

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

453. BGH 2 ARs 374/15 2 AR 235/15 – Beschluss vom 8. März 2016

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof.

§ 13a StPO

454. BGH 2 ARs 77/16 2 AR 32/16 – Beschluss vom 15. März 2016

Übertragung der Sache an ein anderes zuständiges Gericht.
§ 12 Abs. 2 StPO

455. BGH 4 StR 15/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Schweinfurt)

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

456. BGH 4 StR 30/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Detmold)

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

457. BGH 4 StR 39/16 – Beschluss vom 16. März 2016 (LG Frankenthal)

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

458. BGH 4 StR 42/16 – Beschluss vom 16. März 2016 (LG Dortmund)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens: Eigennützigkeit).
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG

459. BGH 4 StR 54/16 – Beschluss vom 1. März 2016 (LG Essen)

Strafzumessung (Berücksichtigung der vom Angeklagten nicht zu vertretenden Art der Tatausführung).
§ 46 StGB

460. BGH 4 StR 7/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Siegen)

Mittäterschaft (Voraussetzungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 25 Abs. 2 StGB

461. BGH 4 StR 134/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Essen)

Tatmehrheit (eigenständige Bestimmung für jeden Tatbeteiligten: Zahl der eigenen Handlungen).
§ 53 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

462. BGH 4 StR 390/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Frankfurt (Oder))

BGHSt; Angriff auf den Luft- und Seeverkehr (Möglichkeit der tätigen Reue: Tätigkeitsdelikt).
§ 316c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB, § 320 Abs. 1 StGB, § 49 Abs. 2 StGB

463. BGH 4 StR 56/16 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG Frankenthal)

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

464. BGH 4 StR 566/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Bielefeld)

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

465. BGH 4 StR 60/16 – Beschluss vom 9. März 2016 (LG Schwerin)

Vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis (Dauerdelikt: keine Unterbrechung durch Fahrtunterbrechung zur Begehung von Straftaten).
§ 21 StVG; § 52 StGB

466. BGH 4 StR 63/16 – Beschluss vom 30. März 2016 (LG Bochum)

Erteilung des letzten Wortes (erforderliche Wiedererteilung bei weiteren Ausführungen des Verteidigers eines Mitangeklagten); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Erfordernis einer Fristversäumnis: keine Wiedereinsetzung wegen fehlerhafter Verfahrenshandlung).
§ 258 Abs. 3 StPO; § 44 StPO

467. BGH 4 StR 574/15 – Urteil vom 31. März 2016 (LG Waldshut-Tiengen)

Bedingter Vorsatz (tatrichterliche Beweiswürdigung: dem Täter bekannte objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als Indiz für das Wissenselement); tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil).
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

468. BGH 4 StR 580/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Arnberg)

Rechtsmittelverzicht (Ermächtigung des Verteidigers: Nachweis; Form).
§ 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

469. BGH 4 StR 580/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Arnberg)

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

470. BGH 4 StR 580/15 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Arnberg)

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

471. BGH 4 StR 586/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Detmold)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Tat und Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).
§ 64 StGB

472. BGH 3 StR 104/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Düsseldorf)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Wegfalls des Hindernisses; Glaubhaftmachung).
§ 44 StPO; § 45 StPO

473. BGH 3 StR 18/16 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei der Verurteilung wegen versuchter Vergewaltigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; teilweise bewusst falsche Aussage der Belastungszeugin).
§ 261 StPO; § 177 StGB

474. BGH 3 StR 34/16 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Kleve)

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

475. BGH 3 StR 37/16 – Beschluss vom 10. März 2016 (LG Lüneburg)

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzugs von Freiheitsstrafe bei der Maßregelanordnung.
§ 67 StGB

476. BGH 3 StR 4/16 – Beschluss vom 5. April 2016

Berichtigung eines Schreibversehens.
§ 260 StPO

477. BGH 3 StR 417/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Wuppertal)

Fehlender wirksamer Strafantrag als Prozessvoraussetzung bei der Körperverletzung (Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung; Interesse an der öffentlichen Klage; Schreibversehen; Zusammentreffen von Officialdelikt und Privatklagedelikt); Protokollberichtigungsverfahren (Gelegenheit zur Stellungnahme für alle Verfahrensbeteiligten); Freiheitsberaubung (Einsperren trotz nicht unüberwindlichen Hindernisses); Beweiswürdigung; Kompensationsentscheidung (Vollstreckungslösung); Strafzumessung im Jugendstrafrecht (Bedeutung des Erziehungsgedanken bei der Bestimmung von Art und Dauer der Sanktion beim zum Zeitpunkt der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils im strafrechtlichen Sinne erwachsenen Angeklagten).
§ 223 StGB; § 230 StGB; § 239 StGB; § 261 StPO; § 271 StPO; § 274 StPO; § 374 StPO; § 376 StPO; § 17 JGG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

478. BGH 3 StR 5/16 – Beschluss vom 23. Februar 2016 (LG Oldenburg)

Anforderungen an die Urteilsfeststellungen bei in Betracht kommendem Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (beendeter/unbeendeter Versuch; Fehlschlag; Rücktrittshorizont; Vorstellung im Rücktrittszeitpunkt; Freiwilligkeit).
§ 24 StGB

479. BGH 3 StR 71/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Osnabrück)

Fehlende Feststellung einer die Tat fördernden oder erleichternden Wirkung des Gehilfenbeitrags bei der Beihilfe zur Einfuhr von Betäubungsmitteln.
§ 27 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

480. BGH 3 StR 450/15 – Urteil vom 10. März 2016 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung (Zweifel an der Täterschaft des Angeklagten; keine Lücken oder Widersprüche in der Beweiswürdigung; kein revisibler Rechtsfehler trotz abweichender möglicher oder gar näherliegender Würdigung); Garantenstellung (Ingerenz bei naheliegendem Exzess).
§ 261 StPO; § 13 StGB

481. BGH 3 StR 468/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Mainz)

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

482. BGH 3 StR 484/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Hannover)

Schuldspruchänderung wegen eines offensichtlichen Versehens.
§ 260 StPO

483. BGH 3 StR 484/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Hannover)

BGHR; Verlesung von Observationsberichten (Ermittlungshandlungen; Beschränkung auf Routinemaßnahmen).
§ 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO

484. BGH 3 StR 517/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Krefeld)

Schadensberechnung beim sog. „Sozialleistungsbetrug“ (Berechnungsdarstellung; eigene Prüfung des Tatgerichts nach den Grundsätzen der für die Leistungsbewilligung geltenden Vorschriften; stark differierende Einnahmen des Beziehers; genaue Darstellung der Verteilung von Zuflüssen; Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei verschwiegenen Einkünften und vorheriger Erklärung); Verfall (Ansprüche von Verletzten; gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mittäter).
§ 263 StGB; § 73 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 11 Abs. 3 SGB II

485. BGH 3 StR 524/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Aurich)

Gefährliche Körperverletzung (Begehung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich; Erfordernis eines gemeinsamen Einwirkens auf das Opfer bei der Begehung der Körperverletzungshandlung).
§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

486. BGH 3 StR 536/15 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Düsseldorf)

Aufklärungshilfe (Zusammenhang zwischen der offenbarten und der dem „Kronzeugen“ zur Last liegenden Tat; altes Recht; Verhältnis zur Spezialregelung im Betäubungsmittelstrafrecht).
§ 46b StGB; § 31 BtMG

487. BGH 3 StR 538/15 – Beschluss vom 9. Februar 2016 (LG Verden)

Schwerer Bandendiebstahl (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; „Tipggeber“).
§ 242 StGB; § 244a StGB

488. BGH 3 StR 547/15 – Beschluss vom 23. Februar 2016 (LG Oldenburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei kaum messbaren, objektiv schwer darstellbaren Befunden („kombinierte Persönlichkeitsstörung“).
§ 63 StGB

489. BGH 5 StR 26/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Lübeck)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (fehlende Darlegungen zur hinreichend konkreten Erfolgsaussicht); fehlende Wesentlichkeit der vom Angeklagten geleisteten Aufklärungshilfe.
§ 46b StGB; § 64 StGB

490. BGH 5 StR 40/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Berlin)

Keine grundsätzliche Erörterungspflicht in Bezug auf Kenntnis des Zeugen vom Inhalt der Ermittlungsakten (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Umstände des Einzelfalles).

§ 261 StPO; § 406e StPO

491. BGH 5 StR 4/16 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Görlitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

492. BGH 5 StR 43/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Potsdam)

Unzureichend und widersprüchlich begründete Rüge der Verletzung von Mitteilungs- und Dokumentationspflichten.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 257c StPO

493. BGH 5 StR 52/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Berlin)

Beweiswürdigung bei Kenntnis des Zeugen von den Verfahrensakten (kein zwingender Rückschluss auf Unrichtigkeit der Aussage in der Hauptverhandlung; Vorbereitungsrecht; Beweiszeichen außerhalb der Aussagen; Konstanzanalyse bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellation).

§ 261 StPO; § 406e StPO

494. BGH 5 StR 54/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

495. BGH 5 StR 58/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

496. BGH 5 StR 59/16 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

497. BGH 5 StR 61/16 – Beschluss vom 2. März 2016 (LG Chemnitz)

Prüfung eines minder schweren Falles (hier: beim schweren Raub) bei Vorliegen von vertypten Strafmilderungsgründen.

§ 21 StGB; § 46b StGB; § 49 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

498. BGH 5 StR 65/16 – Beschluss vom 14. März 2016 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

499. BGH 5 StR 68/16 (alt: 5 StR 296/14) – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Berlin)

Sorgfaltswidrigkeit einer ohne fremde Hilfe durchgeführten Geburt.

§ 222 StGB

500. BGH 5 StR 76/16 – Beschluss vom 14. März 2016 (LG Chemnitz)

Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen bezüglich des Strafausspruchs.

§ 260 StPO

501. BGH 5 StR 78/16 – Beschluss vom 16. März 2016 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Einbeziehung nicht vollstreckter Strafe; Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

502. BGH 5 StR 86/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Berlin)

Ergänzung des Urteils wegen Anrechnung der im Ausland erlittenen Auslieferungshaft.

§ 349 Abs. 4 StPO

503. BGH 5 StR 88/16 (alt: 5 StR 296/15) – Beschluss vom 7. April 2016 (LG Cottbus)

Verschlechterungsverbot (Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafe nebeneinander zur Beseitigung einer Verschlechterung).

§ 358 Abs. 2 StPO

504. BGH 5 StR 94/16 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

505. BGH 5 StR 347/15 – Beschluss vom 1. März 2016 (LG Kiel)

Unbegründetheit der Anhörungsrüge.

§ 356a Satz 1 StPO

506. BGH 5 StR 504/15 – Urteil vom 6. April 2016 (LG Dresden)

Mord zur Befriedigung des Geschlechtstriebes (Kannibalismus; Einverständnis des Opfers mit der Tötung; Rechtsfolgenlösung; kein „Sonderstrafrahmen“ für minder schwere Fälle; Tötung auf Verlangen; Versagung der Strafmilderung); widersprüchliche Beweiswürdigung bei der Feststellung der Umstände des Todes durch Erhängen; Konkurrenzverhältnis zwischen Mord und Störung der Totenruhe.

§ 211 StGB; § 216 StGB; § 168 StGB; § 261 StPO

507. BGH 5 StR 516/15 – Beschluss vom 14. März 2016 (LG Potsdam)

Täuschung und Irrtum beim potentiell betrügerischen Vertrieb gefälschter Arzneimittel im Internet (für überwiegend wahrscheinlich-Halten der Wahrheit durch das Opfer; Vorsatz).

§ 263 StGB

508. BGH 5 StR 584/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Cottbus)

Bestechlichkeit (Einfließenlassen von zugewandten Vorteilen bei der Ermessensausübung; Regelbeispiel; Vorteil großen Ausmaßes; Übertragung der Grundsätze vom Betrug und der Steuerhinterziehung).

§ 332 StGB; § 335 StGB

509. BGH 5 StR 599/15 – Beschluss vom 15. Februar 2016 (LG Dresden)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellation (keine hinreichende Darstellung der Aussage der Nebenklägerin mit den zugehörigen Details; Überprüfung von Aussagequalität und -konstanz durch Revisionsgericht).

§ 261 StPO

510. BGH 5 AR (Vs) 6/16 – Beschluss vom 6. April 2016 (OLG Frankfurt am Main)

Unstatthafte Rechtsbeschwerde gegen nicht anfechtbaren Beschluss des Oberlandesgerichts.

§ 29 Abs. 1 EGGVG

511. BGH 5 AR (Vs) 9/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (OLG Stuttgart)

Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen den unanfechtbaren Beschluss des Oberlandesgerichts.

§ 29 Abs. 1 GVG

512. BGH 5 ARs 50/15 – Beschluss vom 1. März 2016 (BGH)

Anfrageverfahren (selbst zu verantwortende Trunkenheit; Strafrahmenverschiebung; Festhalten an bisheriger Rechtsprechung).

§ 21 StGB; § 49 StGB; § 132 GVG

513. BGH StB 23/14 – Beschluss vom 4. Februar 2016

Unzulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung gegen die Verteidigerin (Erstreckung des berufsbezogenen Vertrauensverhältnisses auf die Vertragsanbahnung; Telefongespräch zwischen Verteidigerin und Ehefrau des Beschuldigten).

§ 160a StPO; § 53 StPO

514. BGH StB 24/14 – Beschluss vom 4. Februar 2016

Rechtmäßiger Vollzug von Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung (Kernbereich der privaten Lebensgestaltung; Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität; Pflicht zur Löschung; pauschales Beschwerdevorbringen); Überwachung zeugnisverweigerungsberechtigter Personen (Löschungsgesetz; kein absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot; psychologische Psychotherapeutin; Einzelfallabwägung).

§ 100a StPO; § 160a StPO

515. BGH 5 ARs 60/15 – Beschluss vom 2. März 2016

Antwort auf Anfragebeschluss.

§ 132 GVG