

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

Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Berlin – **Der Bundesgerichtshof als Akteur der Kriminalpolitik** S. 285

Staatsanwalt Dr. Jochen Bader, Karlsruhe/Frankenthal – **Zum Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten auf Grundlage der neu geschaffenen §§ 9a und 9b BVerfSchG** S. 293

Rechtsanwalt Dr. Sebastian T. Vogel, Berlin – **§ 357 StGB – die (fast) vergessene Norm** S. 300

Entscheidungen

BVerfG **Grenzen des Anwendungsvorrangs beim EU-Haftbefehl**

BVerfG **Verbot informeller Absprachen**

BGHSt **Einsteigen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl**

BGHSt **Finalzusammenhang des Raubes**

BGHSt **Erheblichkeit der sexuellen Handlung**

BGHSt **Eintritt des Ergänzungsrichters bei Krankheit**

BGHSt **Untreue durch Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH**

BGHR **Sonstige Täuschung der Marktmanipulation**

BGH **Notwendige Inhalte des Betrugsvorsatzes**

Die Ausgabe umfasst 112 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, Juni 2016, Ausgabe

6

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

517. BVerfG 2 BvR 890/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Mai 2016 (KG)

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung an das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Anwendungsvorrang des Unionsrechts; Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs; Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren; nemo tenetur se ipsum accusare; Menschenwürdegarantie; Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schweigen des Beschuldigten als belastendes Indiz; Unterschreitung des unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutzes); Zulässigkeit der Verfassungsschwerde (besondere Verfahrensvollmacht; Nachweis

der Bevollmächtigung; Gewährung einer Nachfrist bei besonderer Eilbedürftigkeit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; § 22 Abs. 2 BVerfGG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 136 StPO; § 136a StPO; § 163a StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 73 IRG; § 35 Criminal Justice and Public Order Act [GB]; § 38 Criminal Justice and Public Order Act [GB]

1. Der Auslieferungsverkehr der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist durch den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl unionsrechtlich determiniert. Entsprechende Akte der deutschen öffentlichen Gewalt

sind mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen.

2. Der Anwendungsvorrang findet seine Grenzen jedoch in den durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für änderungs- und integrationsfest erklärten Grundsätzen der Verfassung, zu denen namentlich die Garantien des Art. 1 GG zählen. Deren Verletzung kann mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – [= HRRS 2016 Nr. 100]).

3. Dem Beschuldigten im Strafverfahren steht von Verfassungs wegen ein Schweigerecht zu. Ein solches gehört seit langem zu den anerkannten Grundsätzen des Strafprozesses und ist selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung. Ein Zwang zur Selbstbezeichnung berührt die Menschenwürde des Beschuldigten. Sein Schweigen darf jedenfalls dann nicht als belastendes Indiz gegen ihn verwendet werden, wenn er die Einlassung zur Sache vollständig verweigert.

4. Droht einem Auszuliefernden im ersuchenden Staat (hier: Großbritannien) ein Strafverfahren, in dem seine – auch vollumfängliche – Weigerung, sich zu den Tatvorwürfen zu äußern, zu seinem Nachteil verwertet werden und – wenngleich ergänzt durch andere Beweismittel – Grundlage für seine strafrechtliche Verurteilung sein kann, so ist es zumindest möglich, dass die Auslieferung den unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz unterschreiten würde, der nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Haftbefehl im Einzelfall zu gewährleisten ist.

5. Der durch einen Verfahrensbevollmächtigten erhobene Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist grundsätzlich unzulässig, solange nicht die Bevollmächtigung durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht nachgewiesen wird, die sich ausdrücklich auf das Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht oder eine zugleich erhobene Verfassungsbeschwerde beziehen muss.

6. Das Bundesverfassungsgericht kann für die Nachreichung der Vollmacht eine Frist bestimmen. Dies gilt ausnahmsweise auch für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, wenn eine sofortige Entscheidung erforderlich ist, um den Eintritt irreversibler Tatsachen zu verhindern.

519. BVerfG 2 BvR 1422/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. April 2016 (BGH / LG Frankfurt am Main)

Verbot informeller Absprachen (Recht auf ein faires Verfahren; abschließender Charakter des Verständigungsgesetzes; zulässiger Gegenstand von Verständigungen; Verfahrenseinstellungen unter Opportunitätsgesichtspunkten; Verfolgungsbeschränkungen; Rücknahme von Beweisanträgen; synallagmatische Verknüpfung als Kennzeichen der Verständigung; Irrelevanz eines fehlenden Rechtsbindungswillens); Unzulässigkeit von Absprachen über den Schuldspruch (ungesetzliche Festlegung der Schadenshöhe im Konsens ohne zureichende Sachaufklärung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 154a Abs. 1 StPO; § 154a Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO; § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Das Verständigungsgesetz regelt die Zulässigkeit von Verfahrensabsprachen umfassend und abschließend. „Informelle“ Verfahrensweisen oder „Gentlemen’s Agreements“ an der gesetzlichen Regelung vorbei sind untersagt. Andernfalls würde das Ziel des Gesetzgebers unterlaufen, Verständigungen im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Erforschung der materiellen Wahrheit, der Schuldangemessenheit der Strafe und der Verfahrensfairness in das Strafverfahrensrecht zu integrieren.

2. Unter die sonstigen verfahrensbezogenen Maßnahmen, die nach dem Gesetz zulässiger Gegenstand einer Verständigung sein können, fallen auch Verfahrenseinstellungen unter Opportunitätsgesichtspunkten oder Verfolgungsbeschränkungen gemäß § 154a Abs. 2 StPO. Dasselbe gilt für eine mit der Beschränkung synallagmatisch verknüpfte Rücknahme gestellter Beweisanträge.

3. Weist ein Verfahrensgeschehen typische Merkmale einer Verständigung auf, so ist es an dem für Absprachen geltenden Maßstab zu messen. Eine entgegenstehende Absichtserklärung des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten, eine Verständigung komme nicht in Betracht, ist unbeachtlich. Soweit eine Revisionsentscheidung gleichwohl auf den fehlenden Rechtsbindungswillen der Beteiligten abstellt, geht sie von einem mit dem gesetzlichen Regelungskonzept und den dahinterstehenden verfassungsrechtlichen Wertungen unvereinbaren Maßstab aus.

4. Ungeachtet der grundsätzlichen Zulässigkeit von Absprachen über Verfolgungsbeschränkungen liegt eine unzulässige Verständigung über den Schuldspruch nahe, wenn in einem Verfahren wegen einer einheitlichen Beihilfe zur Untreue durch Einreichen mehrerer überhöhter Rechnungen die Verfolgung hinsichtlich der Höhe des Vermögensnachteils auf einen bestimmten Gesamtbetrag begrenzt wird, obwohl ausdrücklich sämtliche Rechnungen Gegenstand des Verfahrens bleiben sollen.

516. BVerfG 2 BvR 666/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. April 2016 (OLG Köln)

Auslieferung nach Bosnien-Herzegowina zum Zwecke der Strafverfolgung (mazedonischer Staatsangehöriger; Auslieferungshindernis; Behandlungsbedürftigkeit wegen Hepatitis C und Leberzirrhose; Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Darlegungen zu Art und Umfang der Behandlungsbedürftigkeit).

Art. 2 Abs. 2 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 73 IRG

Der Auslieferung eines an Hepatitis C und einer Leberzirrhose erkrankten mazedonischen Staatsangehörigen nach Bosnien-Herzegowina kann zwar entgegenstehen, dass die Erkrankung im Zielstaat nicht ausreichend behandelbar ist. Eine darauf gestützte Verfassungsbeschwerde ist jedoch nur dann hinreichend substantiiert, wenn Art und Umfang der Behandlungsbedürftigkeit hinreichend dargestellt und belegt werden.

518. BVerfG 2 BvR 1155/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. April 2016 (OLG Hamm)

Klageerzwingungsverfahren (Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen eines Todesfalls nach einer unterbliebenen Operation; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Umfang der Darlegungsanforderungen im Antrag auf gerichtliche Entscheidung; keine Wiedergabe irrelevanter Beschuldigtenvernehmungen; Darstellung von Sachverständigengutachten auch hinsichtlich entlastender Umstände).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 222 StGB

1. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO so auszulegen, dass der Antrag auf gerichtliche Entscheidung in groben Zügen den Gang des Ermittlungsverfahrens, den Inhalt der angegriffenen Bescheide und die Gründe für ihre Unrichtigkeit wiedergeben und eine aus sich selbst heraus verständliche Schilderung des Sachverhalts enthalten muss, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage rechtfertigt.

2. Die Darlegungsanforderungen werden in einer gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßenden Weise überspannt, wenn von dem Antragsteller gefordert wird, den Inhalt von Vernehmungen der Beschuldigten mitzuteilen, obwohl er über diese nicht informiert worden ist und sie zur Begründung seines Antrags auch nicht herangezogen hat.

3. In einem Verfahren gegen zwei Ärzte wegen eines Todesfalls nach einer unterbliebenen Operation ist von dem Antragsteller allerdings zu verlangen, ein Sachverständigengutachten nicht nur hinsichtlich der belastenden, sondern auch der dort dargelegten entlastenden Umstände – hier: die fehlende Feststellbarkeit der Schuld einer bestimmten Person – wiederzugeben und diese zu entkräften.

520. BVerfG 2 BvR 2349/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Augsburg / AG Augsburg)

Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung (DNA-Analyse; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Begründungsanforderungen an eine Prognoseentscheidung; Abwägung im Einzelfall; erhöh-

ter Begründungsbedarf bei Abweichung von positiver Bewährungsentscheidung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 81g StPO

1. Die Feststellung und Speicherung eines DNA-Identifizierungsmusters greift in das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, wonach der Einzelne befügt ist, grundsätzlich selbst zu entscheiden, inwieweit ihn betreffende persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.

2. Die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung von Körperzellen zur Verwendung in künftigen Strafverfahren nach § 81g StPO setzt eine Prognose voraus, wonach wegen der Art oder Ausführung der bereits abgeurteilten Straftaten, der Persönlichkeit des Verurteilten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden.

3. Der Prognoseentscheidung, die einzelfallbezogen zu begründen ist, muss eine zureichende Sachaufklärung und eine nachvollziehbare Abwägung aller relevanten Umstände zugrundeliegen.

4. Die Anordnung einer DNA-Untersuchung aus Anlass einer Verurteilung wegen einer gemeinschaftlich begangenen gefährlichen Körperverletzung erfüllt die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht, wenn die gerichtliche Anordnung keinerlei Ausführungen dazu enthält, dass der geständige und zuvor unbestrafte Verurteilte sich ausweislich der Urteilsgründe in hohem Maße einsichtig gezeigt und dem Verletzten die Zahlung von Schmerzensgeld angeboten hat (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 16. Dezember 2015 [= HRRS 2016 Nr. 99]).

5. Ein erhöhter Begründungsbedarf entsteht regelmäßig dann, wenn eine Maßnahme nach § 81g StPO angeordnet werden soll, obwohl dem Verurteilten im Rahmen einer Bewährungsentscheidung eine günstige Prognose gestellt worden ist. Zwar entfaltet die Strafaussetzung insoweit keine Bindungswirkung; erforderlich ist in solchen Fällen jedoch immer eine Auseinandersetzung mit sämtlichen Gründen der positiven Sozialprognose.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

553. BGH 5 StR 332/15 – Urteil vom 7. April 2016 (LG Göttingen)

Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen; Beauftragtenbegriff; Verbotsirrtum bei unzutreffender Einschätzung der Arbeitnehmereigenschaft (Erkundigungspflicht; hypothetisches Ergebnis der unterlassenen Erkundigung; bedingte Unrechtseinsicht; voluntatives Element).

§ 266a StGB; § 14 StGB; § 17 StGB

1. An die Beauftragung im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind strenge Anforderungen zu stellen, da hierdurch eine persönliche Normadressatenstellung des Beauftragten begründet wird, die ihm (strafbewehrt) die Erfüllung betriebsbezogener Pflichten überbürdet. Die Beauftragung muss daher zweifelsfrei erfolgen und ausreichend konkret sein, damit für den Beauftragten das Ausmaß der von ihm zu erfüllenden Pflichten eindeutig erkennbar ist. Eine Übernahme der „kaufmännischen Abwicklung“ ist insoweit nicht eindeutig und lässt erheblichen Interpretationsspielraum offen, weshalb die Verwendung solcher Begrifflichkeiten grundsätzlich nicht geeignet ist, eine strafbewehrte Pflicht zu begründen.

2. Dass sich ein Angeklagter nicht um kompetente Beratung bemüht und mithin seiner Erkundigungspflicht nicht genügt, reicht zur Begründung der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums nicht aus. Erforderlich ist vielmehr darüber hinaus, dass die Erkundigung zu einer entsprechenden Auskunft geführt hätte. Das ist bei einem Irrtum über die Arbeitnehmereigenschaft (vgl. § 266a StGB) jedenfalls dann nicht selbstverständlich, wenn die fragliche Abrechnungspraxis von den zuständigen Institutionen über nahezu 20 Jahre akzeptiert wurde und die geschädigten Sozialversicherungsträger auch acht Jahre nach Anklageerhebung noch keine Rückforderungen erhoben haben.

3. Bereits die bedingte Unrechtseinsicht schließt einen Verbotsirrtum aus. Eine solche setzt allerdings voraus, dass der Angeklagte nicht nur mit der Möglichkeit rechnet, sein Verhalten könnte verboten sein, sondern diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen aufnahm.

604. BGH 2 StR 484/14 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Hanau)

Tötungsvorsatz (Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung und die Darstellung im Urteil: Gesamtbetrachtung, Gefährlichkeit der Tathandlung als Indiz).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Sowohl das Wissens- als auch das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Tatumstände erfolgen (vgl. BGH NStZ 2016, 25, 26). Die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ist dabei ein wesentlicher Indikator für das Vorliegen beider Elemente des bedingten Tötungsvorsatzes (vgl. BGH NStZ 2015, 216).

2. Hinsichtlich des Willenselements sind neben der konkreten Angriffsweise regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation in die erforderliche umfassende Gesamtbetrachtung einzubeziehen. 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). Bezugspunkt der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes ist dabei die konkrete Tathandlung, die nach dem Vorstellungsbild des Täters den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges herbeiführen soll.

555. BGH 5 StR 498/15 – Urteil vom 19. April 2016 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei der Ablehnung des Tötungseventualvorsatzes (kognitives Element; voluntatives Element; tatsachenfundierte getrennte Prüfung der Vorsatzkomponenten; besonders gefährliche Gewalthandlungen; Beweisanzeichen; Vertrauenskriterium; Gleichgültigkeit).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, weiter dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen und – weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt – einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt.

2. Eine hohe und zudem anschauliche konkrete Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen stellt mithin auf beiden Vorsatzebenen das wesentliche auf bedingten Tötungsvorsatz hinweisende Beweisanzeichen dar. Allerdings können im Einzelfall das Wissens- oder das Willenselement des Eventualvorsatzes fehlen, wenn etwa dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko der Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung etwa bei Affekt oder alkoholischer Beeinflussung nicht bewusst ist (Fehlen des Wissenselements) oder wenn er trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut (Fehlen des Willenselements).

3. Die beiden Elemente des Eventualvorsatzes müssen tatsachenfundiert getrennt voneinander geprüft werden. Die Prüfung, ob bedingter Vorsatz vorliegt, erfordert insoweit bei Tötungsdelikten insbesondere dann, wenn das Tatgericht allein oder im Wesentlichen aus äußeren Umständen auf die innere Einstellung eines Angeklagten zur Tat schließen muss, eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei schon eine Gleichgültigkeit gegenüber dem zwar nicht erstrebten, wohl aber hingenommenen Tod des Opfers die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes rechtfertigt.

573. BGH 1 StR 402/15 – Beschluss vom 16. März 2016 (LG Mannheim)

(Verminderte) Schuldunfähigkeit (Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit: besondere Schwere; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit aufgrund einer schweren anderen seelischen Abartigkeit: normative Gesamtbetrachtung).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Eine Persönlichkeitsstörung kann die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit nur dann be-

gründen, wenn sie Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben eines Angeklagten vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen (st. Rspr.). Da der Ausprägungsgrad der Störung und der Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit entscheidend für die Beurteilung der Schuldfähigkeit sind, ist die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit, etwa hinsichtlich der Wahrnehmung der eigenen und dritter Personen, der emotionalen Reaktionen, der Gestaltung zwischenmenschlicher Beziehungen und der Impulskontrolle, durch die festgestellten pathologischen Verhaltensmuster im Vergleich mit jenen krankhaft seelischer Störungen zu untersuchen. Für die Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung ist maßgebend, ob es im Alltag außerhalb des angeklagten Deliktes zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist. Erst wenn das Muster des Denkens, Fühlens oder Verhaltens, das gewöhnlich im frühen Erwachsenenalter in Erscheinung tritt, sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die rechtlich als viertes Merkmal des § 20 StGB, der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ angesehen werden (vgl. BGHSt 49, 45, 52 f.).

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

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

534. BGH 3 StR 404/15 – Beschluss vom 10. März 2016 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Einsteigen beim Wohnungseinbruchdiebstahl (Auslegung; Eindringen durch zum ordnungsgemäßen Zugang bestimmte Tür; geöffnete Terrassentür; Überwindung von Schwierigkeiten oder Hindernissen aus der Eigenart des Gebäudes oder der Umfriedung des umschlossenen Raumes; Schwierigkeiten beim Schaffen der Zugangsmöglichkeit).

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Wer eine Räumlichkeit durch eine zum ordnungsgemäßen Zugang bestimmte Tür betritt, steigt nicht im

Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein, unabhängig davon, auf welche Weise er die Tür geöffnet hat. (BGHSt)

2. Ein Einsteigen im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfordert prinzipiell die Überwindung von Hindernissen, die sich aus der Eigenart des Gebäudes oder der Umfriedung des umschlossenen Raumes ergeben. Schwierigkeiten allein beim Schaffen der Zugangsmöglichkeit genügen nicht. (Bearbeiter)

3. Daher wird das Merkmal des Einsteigens nicht erfüllt, wenn der Täter durch die Terrassentür das Haus betritt, die er öffnen konnte, nachdem er ein auf Kipp stehendes

Fenster (weiter) entriegeln und so auf die danebenliegende Terrassentür zugreifen konnte. Dass möglicherweise Sinn und Zweck der gesteigerten Strafdrohung auch die Erfassung dieser Konstellation nahelegen, rechtfertigt es nicht, das anhand der historischen, systematischen und grammatikalischen Auslegung gefundene, eindeutige Ergebnis zu revidieren. Die teleologischen Erwägungen könnten – bei tatsächlich vergleichbarer Gewichtigkeit der Fälle – allenfalls zu der Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB führen. (Bearbeiter)

571. BGH 1 StR 398/15 – Urteil vom 20. Januar 2016 (LG München II)

BGHSt; Raub (Finalzusammenhang zwischen Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme: Unbeachtlichkeit geringfügiger Abweichungen vom vorgestellten Finalverlauf; räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme: nötigungsbedingte Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt)

§ 249 Abs. 1 StGB

1. Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Raubes ist eine finale Verknüpfung zwischen dem Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahme sowie eines räumlich-zeitlichen Zusammenhangs dergestalt, dass es zu einer nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt gekommen ist. (BGHSt)

2. Nach ständiger Rechtsprechung muss zwischen der Drohung mit oder dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub eine finale Verknüpfung bestehen; Gewalt oder Drohung müssen das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein. An einer solchen Verknüpfung fehlt es, wenn eine Nötigungshandlung nicht zum Zwecke der Wegnahme vorgenommen wird, sondern der Täter den Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung fasst (vgl. BGHSt 32, 88, 92). (Bearbeiter)

3. Deshalb genügt der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmevorsatz eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt, für die Annahme eines Raubes nicht (vgl. BGH NStZ 2006, 508). Auch das bloße Ausnutzen der Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers vor Fortführung bislang nicht auf die Ermöglichung der Wegnahme von Sachen gerichteter Gewalthandlungen reicht – ohne aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung – nicht aus (vgl. BGH NStZ 2013, 648). (Bearbeiter)

4. Der Tatbestand verlangt allerdings nicht, dass der Einsatz des Nötigungsmittels objektiv erforderlich ist oder die Wegnahme zumindest kausal fördert (vgl. BGHSt 4, 210, 211). Es genügt, dass aus Sicht des Täters der Einsatz des Nötigungsmittels notwendig ist (Finalzusammenhang). Allein seine Vorstellung und sein Wille sind für den Finalzusammenhang maßgebend (vgl. BGHSt 18, 329, 331). Dieser maßgebliche Finalzusammenhang als solcher ist deshalb grundsätzlich unabhän-

gig von der räumlichen und zeitlichen Einordnung der Wegnahmehandlung in das zweiaktige Tatgeschehen eines Raubes. (Bearbeiter)

5. Der Gedanke der unbeachtlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf gilt auch für Abweichungen des vorgestellten Finalzusammenhangs von der tatsächlichen Verknüpfung von Nötigungshandlung und Wegnahme. Abweichungen des tatsächlichen vom vorgestellten Finalverlauf sind für die rechtliche Bewertung bedeutungslos, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorsehbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen. (Bearbeiter)

6. Demnach ist es unerheblich, ob sich das Opfer nach Abschluss der vom Täter zum Zweck der Duldung der Wegnahme verübten Tathandlung entschließt, die Wegnahme wegen des zuvor angewendeten Nötigungsmittels nicht mehr in der Lage ist, einen entsprechenden Willen zu bilden und umzusetzen wie dies bei Bewusstlosigkeit, schweren Verletzungen oder Fesselung der Fall ist. Ergreift das Opfer vor der Wegnahme die Flucht, liegt in diesem Verhalten die konkludente Preisgabe seines Eigentums. Aus Sicht des Opfers ist es gleichgültig, ob das Dulden der Wegnahme oder die Unmöglichkeit Widerstand zu leisten auf Fesselung, Bewusstlosigkeit oder verletzungsbedingter Wehrlosigkeit beruht. Die je nach Konstitution und Persönlichkeit des Opfers unterschiedlichen Reaktionen auf die Gewalthandlung des Täters sind für das Fortbestehen eines Finalzusammenhangs ohne Relevanz. (Bearbeiter)

7. Über den Finalzusammenhang hinaus müssen Nötigung und Wegnahme im Hinblick auf den spezifischen Unrechtsgehalt des Raubes auch in einem bestimmten räumlichen und zeitlichen Verhältnis zueinanderstehen. Sie dürfen nicht isoliert nebeneinanderstehen, sondern müssen das typische Tatbild eines Raubes ergeben. Eine solche raubspezifische Einheit von qualifizierter Nötigung und Wegnahme liegt regelmäßig lediglich dann vor, wenn es zu einer – in der Vorstellung des Täters nachvollzogenen – nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt gekommen ist. (Bearbeiter)

8. Nicht gefordert für den raubspezifischen Zusammenhang ist, dass der Ort der Nötigungshandlung und der Wegnahmehandlung identisch sind oder ein bestimmtes Maß an zeitlicher oder örtlicher Differenz zwischen Nötigung und Wegnahme nicht überschritten werden darf (vgl. BGH NStZ 2006, 38). Es entscheiden jeweils die Umstände des Einzelfalls. (Bearbeiter)

536. BGH 3 StR 437/15 – Urteil vom 10. März 2016 (LG Osnabrück)

BGHSt; Erheblichkeit sexueller Handlungen (sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung; Gesamtbeurteilung; Erkennen des Sexualbezugs beim Opfer nicht erforderlich; objektiver Sexualbezug; äußeres Erscheinungsbild; ambivalente Tätigkeiten; sexuelle Absichten); Vornahme gegen Entgelt (Motivation des Minderjährigen durch die Entgeltvereinbarung; Erfas-

sen des sexuellen Charakters im Tatzeitpunkt durch das Opfer nicht erforderlich).

§ 184h Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 2 StGB

1. Das Merkmal der Erheblichkeit im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB setzt nicht voraus, dass das Opfer den sexuellen Charakter der zu bewertenden Handlung erkennt (Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteil vom 24. September 1980 – 3 StR 255/80, BGHSt 29, 336). (BGHSt)

2. Sexuelle Handlungen werden im Sinne von § 182 Abs. 2 StGB gegen Entgelt vorgenommen, wenn Täter und Opfer spätestens während des sexuellen Kontakts darüber einig sind, dass der Minderjährige durch die Entgeltvereinbarung zu seinem Sexualverhalten wenigstens mitmotiviert wird. Über diese Verknüpfung hinaus ist nicht erforderlich, dass er im Tatzeitpunkt den sexuellen Charakter der von oder an ihm vorgenommenen Handlungen erfasst. (BGHSt)

3. Sexuelle Handlungen im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB sind zunächst Handlungen, die bereits objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild die Sexualbezogenheit erkennen lassen. Daneben können auch sog. ambivalente Tätigkeiten, die für sich betrachtet nicht ohne Weiteres einen sexuellen Charakter aufweisen, tatbestandsmäßig sein; insoweit ist auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalles kennt. Hierbei ist auch einzustellen, ob der Angeklagte von sexuellen Absichten geleitet war. (Bearbeiter)

4. Erheblich im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB sind solche sexualbezogenen Handlungen, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen. Dazu bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller Umstände im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut; unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen scheiden aus. (Bearbeiter)

627. BGH 4 StR 563/15 – Urteil vom 28. April 2016 (LG Siegen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Ausnützen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs: objektive und subjektive Voraussetzungen); Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft.

§ 316 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Für ein Ausnützen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs im Sinne des § 316 Abs. 1 StGB ist erforderlich, dass der tatbestandsmäßige Angriff gegen das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird.

2. In objektiver Hinsicht ist dies der Fall, wenn der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deswegen leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann (st. Rspr.).

Befindet sich das Fahrzeug beim Verüben des Angriffs in Bewegung, liegt diese Voraussetzung regelmäßig vor, weil dem Führer eines sich fortbewegenden Kraftfahrzeugs die Gegenwehr gegen den Angriff infolge der Beanspruchung durch das Lenken des Fahrzeugs wegen der damit verbundenen Konzentration auf die Verkehrslage und die Fahrzeugbedienung erschwert ist (vgl. BGH NStZ 2013, 43).

3. Dass sich die Tat an einem einsamen Ort ohne weiteres Verkehrsaufkommen ereignet, ist für das Ausnützen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs in objektiver Hinsicht unerheblich.

4. Subjektiv ist ausreichend, dass sich der Täter – entsprechend dem Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke nach § 211 Abs. 2 StGB – in tatsächlicher Hinsicht der die Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers einschränkenden besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs bewusst ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass er eine solche Erleichterung seines Angriffs zur ursächlichen Bedingung seines Handelns macht. Ebenso ist für die subjektive Erfüllung des Tatbestandsmerkmals nicht erforderlich, dass der Täter sich durch die verkehrsspezifischen Umstände zielgerichtet einen Vorteil für sein Angriffsvorhaben verschaffen will. Es reicht vielmehr aus, dass er die sich aus den besonderen Verhältnissen des Straßenverkehrs ergebenden tatsächlichen Umstände in der Weise erkennt, dass er sich bewusst ist, ein hierdurch in seinen Abwehrmöglichkeiten beeinträchtigtes Tatopfer anzugreifen.

546. BGH 3 StR 550/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Düsseldorf)

Funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und beabsichtigter Erpressung beim erpresserischen Menschenraub.

§ 239a StGB

Zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung muss ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang in der Weise bestehen, dass der Täter das Opfer (oder einen Dritten) während der Dauer der Zwangslage erpressen will. § 239a StGB stellt das Entführen oder Sichbemächtigen deshalb besonders unter Strafe, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann und das Opfer aus Sorge um sein Wohl die erstrebte Vermögensverfügung noch während des Bestehens der Bemächtigungslage vornehmen wird. An diesen Voraussetzungen fehlt es daher regelmäßig, wenn die Vornahme der Vermögensverfügung noch langwierige Maßnahmen – hier: Verkauf eines Hauses – erfordert und die Bemächtigungslage nicht bis zu deren Abschluss aufrechterhalten werden soll.

554. BGH 5 StR 487/15 – Beschluss vom 17. Februar 2016 (OLG Dresden)

Falschbeurkundung im Amt durch Beurkundung eines unzutreffenden Wohnortes eines Beteiligten anlässlich einer Vertragsbeurkundung (Notar; Beweiskraft; öffentlicher Glaube der Urkunde; keine Erstreckung auf inhaltliche Richtigkeit).

§ 348 Abs. 1 StGB

Die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde bezieht sich ausschließlich auf die Abgabe der beurkundeten Erklärung selbst, nicht jedoch auf deren inhaltliche Richtigkeit. Wegen Falschbeurkundung im Amt kann sich daher nur strafbar machen, wer eine Erklärung – hier: die Angabe des Wohnortes eines Vertragsbeteiligten bei einer Vertragsbeurkundung – beurkundet, obwohl sie gar nicht abgegeben wurde. Die inhaltliche Unrichtigkeit der Erklärung genügt nicht.

590. BGH 2 StR 200/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Aachen)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Begriff des Anvertrautseins: Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der Unter- und Überordnung).

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Der Tatbestand des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass zwischen Täter und Opfer ein Verhältnis besteht, kraft dessen eine Person unter 16 Jahren dem Täter zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist. Das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft genügt hierfür nicht (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 321). Erforderlich ist vielmehr ein Verhältnis, in welchem einer Person das Recht und die Pflicht obliegt, die Lebensführung des Jugendlichen und damit dessen geistig-seelische Entwicklung zu überwachen und zu leiten.

2. Entscheidend ist insoweit nicht, von wem und auf welche Weise der Betreuer bestellt worden ist (vgl. BGHSt 21, 196.). Es kann genügen, dass ein Jugendlicher selbst sich einem Erwachsenen zur Betreuung in der Lebensführung gemäß § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB anvertraut (vgl. BGHSt 41, 137, 139). Erforderlich ist jedoch stets ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der Unter- und Überordnung, die den persönlichen, allgemein menschlichen Bereich umfasst. Ob ein solches Obhutverhältnis besteht und welchen Umfang es hat, ist nach

den tatsächlichen Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BGHSt 33, 340, 344).

606. BGH 2 StR 512/15 – Beschluss vom 11. Februar 2016 (LG Aachen)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Blankettvorschrift: Bestimmtheitsgebot, Rechtsfehlerfreiheit der Weisung als Voraussetzung für Strafbarkeit; Darstellung im Urteil: Wiedergabe des Beschlusses über die Führungsaufsicht); Schuldunfähigkeit (tatrichterliche Beweiswürdigung: erforderliche Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten). Art. 103 Abs. 2 GG; § 145a StGB; § 68b Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 20 StGB, § 261 StPO

1. § 145a StGB gleicht einer Blankettvorschrift, deren Tatbestand erst durch genaue Bestimmung der Führungsaufsichtsweisung ausgefüllt wird; erst hierdurch wird die Vereinbarkeit der Norm mit Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet. Voraussetzung für eine Bestrafung nach § 145a StGB ist deshalb, dass die Weisung rechtsfehlerfrei ist (vgl. BGHSt 58, 136, 138). Verstöße gegen unbestimmte, unzulässige oder unzumutbare Weisungen können die Strafbarkeit nach § 145a StGB nicht begründen. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, dessen Vorliegen der Tatrichter in den Urteilsgründen darzutun hat.

2. In Anbetracht des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG und der Tatsache, dass § 68b Abs. 2 StGB auch nicht strafbewehrte Weisungen ermöglicht, muss auch der Beschluss über die Führungsaufsicht jedenfalls auszugsweise wiedergegeben werden, damit geprüft werden kann, ob im Führungsaufsichtsbeschluss unmissverständlich klargestellt ist, dass es sich bei den in Rede stehenden Weisungen um gemäß § 68b Abs. 1 StGB strafbewehrte Weisungen handelt (vgl. BGH StraFo 2015, 471, 472).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

595. BGH 2 StR 243/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Darmstadt)

Einziehung (Grundstück als zulässiger Einziehungsgegenstand; Voraussetzungen der Einziehung: Verhältnismäßigkeit, auch bei Sicherungseinziehung; Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 74 StGB; § 74b Abs. 1 StGB

1. Ein Grundstück ist als Tatmittel oder Tatwerkzeug im Sinne von § 74 Abs. 1 Var. 2 StGB grundsätzlich ein geeigneter Einziehungsgegenstand. Gegenstände, die zur Begehung der Tat oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind (*instrumenta sceleris*), können eingezogen werden.

2. Die Einziehung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Die Urteilsgründe müssen deshalb nicht nur erkennen lassen, von welchem Einziehungszweck der Tatrichter ausgegangen ist; ihnen muss auch zu entnehmen sein, dass sich das Tatgericht bewusst war, eine Ermessensentscheidung zu treffen, und welche Gründe für die Ausübung des Ermessens gegeben waren.

3. Eine Einziehung nach § 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe und ist damit Teil der Strafzumessung. Die Urteilsgründe müssen deshalb darlegen, dass das Gericht den Strafcharakter der Einziehung erkannt hat und ob die Einziehung nach den gesamten Umständen als Ergänzung der Hauptstrafe zur Sühne des

Unrechtsgehalts unter angemessener Berücksichtigung der übrigen Strafzwecke erforderlich ist (vgl. BGHSt 10, 337, 338).

4. Das Tatgericht hat nach § 74b Abs. 1 StGB weiter zu prüfen, ob eine Einziehung nach § 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB zur Bedeutung der Tat und zum Vorwurf, der den Täter, Teilnehmer oder Dritteigentümer trifft, außer Verhältnis steht. Die Urteilsgründe müssen jedenfalls bei Einziehungsobjekten von einigem Belang, darunter fällt auch ein Grundstück von nicht unerheblichem Wert, erkennen lassen, dass die Abwägung stattgefunden hat. Dabei sind insbesondere die wirtschaftlichen und sonstigen Auswirkungen der Einziehung, der Wert und ggf. der Umstand teilweiser Vermietung des Grundstücks, sowie Dauer und Umfang der illegalen Nutzung der Immobilie zu berücksichtigen.

5. In den Fällen der Sicherungseinziehung gilt § 74b Abs. 1 StGB zwar nicht ausdrücklich, doch ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch hier zu beachten.

6. Auch wenn die Einziehung nicht unverhältnismäßig im Sinne des § 74b Abs. 1 StGB ist, wird nach § 74b Abs. 2 StGB eine weniger einschneidende Maßnahme angeordnet, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. Als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat die Vorschrift zwingenden Charakter; ein Ermessen ist dem Tatrichter, der sich in den Urteilsgründen damit auseinander setzen muss, ob mildere Maßnahmen zur Zweckerreichung in Betracht kommen, nicht eröffnet (vgl. BGHSt 53, 69, 71).

625. BGH 4 StR 474/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (LG Essen)

Anordnung des Vorwegvollzugs (Anforderungen an die Begründung); Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (dem Nebenkläger zuzurechnendes Verschulden seines Prozessbevollmächtigten: Haftung des bevollmächtigten Anwalts für Kanzleipersonal, Anforderungen an die Begründung des Wiedereinsetzungsantrags).

§ 67 Abs. 1 StGB; § 44 StPO; § 85 Abs. 2 ZPO; § 278 BGB

1. Nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers in § 67 Abs. 1 StGB soll möglichst umgehend mit der Behandlung des süchtigen oder kranken Rechtsbrechers begonnen werden, da dies am ehesten einen dauerhaften Erfolg verspricht. Gerade bei längerer Strafdauer muss es darum gehen, den Angeklagten frühzeitig zu heilen und seine Persönlichkeitsstörung zu behandeln, damit er im Strafvollzug an der Verwirklichung des Vollzugsziels arbeiten kann (vgl. BGHSt 37, 160, 161 f). Eine Abweichung von der Regelabfolge des Vollzugs bedarf daher eingehender Begründung. Steht zu besorgen, dass der an die Maßregel anschließende Strafvollzug den Maßregelerfolg wieder zunichtemachen könnte, so müssen dafür überzeugende Gründe vorliegen, die in den Urteilsgründen darzulegen sind.

2. Im Unterschied zum Angeklagten ist dem Nebenkläger das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, der nach Versäumung der Revisionsbegründung Wiederein-

setzung beantragt, nach dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen (st. Rspr.).

3. Für die Frage, ob der prozessbevollmächtigte Rechtsanwalt für ein Verschulden seines Kanzleipersonals haftet, kommt es darauf an, ob dieses sorgfältig ausgewählt und überwacht wird und ob eine zur Verhinderung von Fristüberschreitungen taugliche Büroorganisation vorhanden ist. Deshalb erfordert die Begründung eines Wiedereinsetzungsantrags nicht nur eine genaue Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und dem Ende der versäumten Frist liegenden Umstände, die für die Frage bedeutsam sind, wie und gegebenenfalls durch wessen Verschulden es zur Versäumung gekommen ist. Vorzutragen sind ferner diejenigen Tatsachen, die ein der Wiedereinsetzung entgegenstehendes Verschulden des Bevollmächtigten ausschließen. Dies betrifft insbesondere die organisatorischen Vorkehrungen, durch die im Rahmen der Arbeitsabläufe in der Kanzlei sichergestellt werden soll, dass ein fristgebundener Schriftsatz nicht nur rechtzeitig fertig gestellt wird, sondern auch innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht.

535. BGH 3 StR 428/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Mönchengladbach)

Keine automatische strafschärfende Wirkung der Begehung in Mittäterschaft (Doppelterwertungsverbot); Aufklärungshilfe oder ernsthaftes Aufklärungsbemühen als bestimmender Strafmilderungsgrund.

§ 46 StGB; § 46b StGB; § 31 BtMG

Beteiligen sich mehrere Personen an einer Straftat, kann dies zwar unter Umständen eine erhöhte Strafwürdigkeit begründen. Gleichwohl besagt allein der Umstand mittäterschaftlichen Handelns noch nichts über das Maß der Tatschuld des einzelnen Beteiligten. Dass der Täter mit anderen Tatgenossen zusammengewirkt hat, kann im Einzelfall seinen Tatbeitrag sogar in einem milderen Licht erscheinen lassen. Die strafschärfende Berücksichtigung der mittäterschaftlichen Tatbeteiligung in den Blick zu nehmen, verstößt gegen § 46 Abs. 3 StGB.

566. BGH 1 StR 47/16 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG München I)

Vorliegen eines minderschweren Falls (Berücksichtigung gesetzlich vertypter Strafmilderungsgründe).

§ 50 StGB

Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkte das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind bei der weiteren Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, gesetzlich vertypte Strafmilderungsgründe zusätzlich heranzuziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertypten Milderungsgrunds gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

583. BGH 1 StR 662/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Hof)

Erweiterter Verfall (Subsidiarität zum regulären Verfall).

§ 73d Abs. 1 StGB; § 73 StGB

Im Verhältnis zur Verfallsanordnung nach § 73 StGB ist der erweiterte Verfall gemäß § 73d Abs. 1 StGB subsidiär.

Die Anordnung des § 73d StGB setzt daher voraus, dass nach Ausschöpfung aller Beweismittel nicht festgestellt werden kann, dass die aus oder für rechtswidrige Taten erlangten Gegenstände aus solchen Taten herrühren, die Gegenstand der Verurteilung sind (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 312 f.).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

545. BGH 3 StR 544/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Hannover)

BGHSt; Eintritt des Ergänzungsrichters bei Krankheit eines zur Urteilsfindung berufenen Richters (Feststellung des Verhinderungsfalls durch den Vorsitzenden; Ermessen; Einschränkung des Ermessens bei Krankheit; keine Ermessensentscheidung während Fristenhemmung; gesetzlicher Richter; Beschleunigungsgebot).

§ 229 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 192 Abs. 2 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. Kann ein zur Urteilsfindung berufener Richter wegen Krankheit nicht zu einer Hauptverhandlung erscheinen, die bereits an mindestens zehn Tagen stattgefunden hat (§ 229 Abs. 3 Satz 1 StPO), so kommt der Eintritt eines Ergänzungsrichters (§ 192 Abs. 2 GVG) grundsätzlich erst dann in Betracht, wenn der erkrankte Richter nach Ablauf der maximalen Fristenhemmung zu dem ersten notwendigen Fortsetzungstermin weiterhin nicht erscheinen kann. (BGHSt)

2. Nach § 192 Abs. 2 GVG tritt ein zu der Hauptverhandlung zugezogener Ergänzungsrichter in das Quorum ein, wenn ein zur Entscheidung berufener Richter an der weiteren Mitwirkung verhindert ist. Die Feststellung, ob ein Verhinderungsfall vorliegt, obliegt dem Vorsitzenden. Er hat bei seiner Entscheidung einen Ermessensspielraum. Grundsätzlich liegt es daher auch im Ermessen des Vorsitzenden, wann er die Entscheidung darüber trifft, ob ein Verhinderungsfall vorliegt. Er kann die Hauptverhandlung zunächst unterbrechen und abwarten, ob sie später mit dem vorübergehend verhinderten Richter fortgeführt werden kann, oder die Verhandlung sofort unter Mitwirkung des Ergänzungsrichters fortsetzen. (Bearbeiter)

3. Zeitlich begrenzt wird der Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden allerdings durch die in § 229 Abs. 1 und 2 StPO normierten Unterbrechungsfristen, wonach die Hauptverhandlung längstens für drei Wochen oder – falls sie zuvor an mindestens zehn Tagen stattgefunden hat – bis zu einem Monat unterbrochen werden darf. Falls die Hauptverhandlung mit dem zeitweise verhinderten Richter nicht innerhalb dieser Fristen fortgesetzt werden kann, muss dessen Verhinderung festgestellt werden und der Ergänzungsrichter eintreten. (Bearbeiter)

4. Diese Grundsätze bedürfen für den Fall der Erkrankung eines Richters im Hinblick auf die Änderung des § 229 Abs. 3 Satz 1 StPO durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198) der Einschränkung. Im Hinblick auf das Prinzip des gesetzlichen Richters ist es hiernach geboten, die Feststellung des Verhinderungsfalls zurückzustellen und abzuwarten, ob die Hauptverhandlung noch unter Mitwirkung des erkrankten Richters fortgesetzt werden kann. Solange die Fristen gehemmt sind, ist für eine Ermessensentscheidung des Vorsitzenden deshalb kein Raum, und der Eintritt des Ergänzungsrichters kommt erst in Betracht, wenn der erkrankte Richter nach Ablauf der maximalen Fristenhemmung zu dem ersten notwendigen Fortsetzungstermin weiterhin nicht erscheinen kann. (Bearbeiter)

542. BGH 3 StR 516/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Lüneburg)

Zulässige und begründete Besetzungsrüge (Änderung der Geschäftsverteilung durch Präsidiumsbeschluss; Begründungserfordernis; Heilung der fehlenden Begründung; Überlastung eines Spruchkörpers; Bestellung zu erstrangigen Vertreterinnen; unzulässige Einzelzuweisung; „Rückübertragung“).

§ 222b Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 21e GVG

1. Gemäß § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG darf das Präsidium die nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift getroffenen Anordnungen im Laufe des Geschäftsjahres ändern, wenn dies wegen Überlastung oder ungenügender Auslastung eines Richters oder Spruchkörpers oder infolge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Richter nötig wird. Dabei muss der Änderungsgrund stets im Beschluss des Präsidiums oder einem Protokoll der entsprechenden Präsidiumssitzung festgehalten werden, damit überprüfbar ist, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die nur ausnahmsweise zulässige Änderung der Geschäftsverteilung vorlagen. Der Präsidiumsbeschluss muss so detailliert begründet sein, dass eine Prüfung seiner Rechtmäßigkeit möglich ist; denn Regelungen der Zuständigkeit sind, anders als deren Anwendung, nicht lediglich am Maßstab der Willkür, sondern auf jede Rechtswidrigkeit hin zu prüfen.

2. Das Präsidium kann bis zur Entscheidung über einen nach § 222b StPO erhobenen Besetzungseinwand nach

Sinn und Zweck dieser Vorschrift Mängel in der Begründung seines Beschlusses beheben, indem es diesen durch ergänzenden, die Gründe für die Zuständigkeitsänderung dokumentierenden Beschluss bestätigt. Mit Rügepräklusionsvorschriften der § 338 Nr. 1, § 222b Abs. 1 StPO wollte der Gesetzgeber erreichen, dass Besetzungsfehler bereits in einem frühen Verfahrensstadium erkannt und geheilt werden, um zu vermeiden, dass ein möglicherweise mit großem Aufwand zustande gekommenes Strafurteil allein wegen eines Besetzungsfehlers im Revisionsverfahren aufgehoben und in der Folge die gesamte Hauptverhandlung – mit erheblichen Mehrbelastungen sowohl für die Strafjustiz als auch für den Angeklagten – wiederholt werden muss.

585. BGH 2 StR 25/15 – Urteil vom 17. Februar 2016 (LG Meiningen)

Durchsuchung der vom Verdächtigen mitgeführten Sachen (Voraussetzungen; Durchsuchung eines vom Betroffenen geführten Fahrzeugs); Voraussetzungen eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots (Abwägungslehre).

§ 163b Abs. 1 Satz 3 StPO

1. Erforderlich, aber auch ausreichend für eine Durchsuchung nach § 163b Abs. 1 Satz 3 StPO ist ein Anfangsverdacht, der Anlass zum Einschreiten gibt und zur Erforschung des Sachverhaltes verpflichtet. Er setzt nur voraus, dass zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorliegen. Der Betroffene braucht noch nicht die Stellung eines Beschuldigten erlangt zu haben.

2. § 163b Abs. 1 Satz 3 StPO gestattet nicht nur die Durchsuchung der Person, sondern auch diejenige der mitgeführten Sachen. Dazu zählt für einen von der Maßnahme betroffenen Fahrzeugführer auch das Kraftfahrzeug.

3. Die gesetzliche Erlaubnis zu einer Durchsuchung schließt als unselbstständige Begleitmaßnahme auch die gewaltsame Öffnung des Durchsuchungsobjekts ein.

607. BGH 2 StR 533/14 – Urteil vom 10. Februar 2016 (LG Darmstadt)

Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit (Mitwirkung des Richters in einem früheren Strafverfahren wegen derselben Tat regelmäßig kein Ablehnungsgrund); Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Erforderlichkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung im Ablehnungsbeschluss, kein Beruhen des Urteils auf fehlerhafter Ablehnung bei möglicher Ablehnung aus anderen Gründen); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 24 Abs. 1 StPO; § 244 Abs. 3, Abs. 5 StPO; § 34 StPO.

1. Die Mitwirkung eines Richters an Vorentscheidungen ist regelmäßig kein Ablehnungsgrund. Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters ist nicht gerechtfertigt, soweit er in einem früheren Strafverfahren mitgewirkt hat, in dem dieselben Vorgänge wie in dem jetzigen Verfahren eine Rolle spielten. Dies gilt auch dann, wenn die Mitwir-

kung die Verurteilung eines Mittäters wegen derselben Straftat betraf (vgl. BGH NStZ 2011, 44, 46). Eine andere Beurteilung ist nur dann angezeigt, wenn besondere Umstände hinzutreten. Dies kann etwa der Fall sein, wenn das frühere Urteil unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über den jetzigen Angeklagten enthielt oder ein Richter sich in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat (vgl. BGHSt 24, 336, 338).

2. Zwar kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 1 StPO abgelehnt werden, wenn die Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Dies erfordert jedoch von dem Tatgericht im Rahmen einer vorweggenommenen Beweiswürdigung eine Auseinandersetzung mit den Ergebnissen der bereits durchgeführten Beweisaufnahme (vgl. BGH StraFo 2010, 155).

3. Wird ein Beweisantrag mit unzureichender oder fehlerhafter Begründung zurückgewiesen, kann ein Beruhen des Urteils hierauf in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden, wenn der Antrag mit anderer Begründung zu Recht hätte abgelehnt werden können und die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten hierdurch nicht berührt worden sind. Insbesondere im Zusammenhang mit Hilfstatsachen des Beweises, also mit Tatsachen, die einen zwingenden oder möglichen Schluss auf den Beweiswert eines Beweismittels zulassen, kann sich für das Revisionsgericht die Überzeugung ergeben, dass der Tatrichter den Beweisantrag auch mit der Begründung der tatsächlichen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache hätte zurückweisen können (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 211, 212); dies kommt auch in Betracht, wenn die beantragte Vernehmung eines Auslandszeugen (§ 244 Abs. 5 Satz 1 StPO) unter Aufklärungsgesichtspunkten nicht erforderlich gewesen war (vgl. BGH NStZ 1997, 286).

567. BGH 1 StR 53/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Landshut)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: besondere Glaubwürdigkeitsprüfung der Aussage des einzigen Belastungszeugen, Konstanzanalyse, Begründung einer Teileinstellung).

§ 261 StPO; § 154a Abs. 2 StPO

1. Wenn Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung im Wesentlichen davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, ist die Aussage der einzigen Belastungszeugin einer besonderen Glaubhaftigkeitsprüfung zu unterziehen. Dabei müssen die Urteilsgründe nachvollziehbar erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr).

2. Insoweit ist zunächst eine zusammenfassende Darstellung etwaiger bestreitender Angaben des Angeklagten notwendig; die Aussage des Angeklagten und die Bewertung seines Aussageverhaltens ist in den Urteilsgründen nachvollziehbar darzulegen.

3. Beruht eine Verurteilung im Wesentlichen auf der Aussage einer Belastungszeugin und hat sich diese ent-

gegen früheren Vernehmungen teilweise abweichend erinnert, bedarf es einer geschlossenen Darstellung der jetzigen und der früheren Aussagen der Zeugin, weil ansonsten eine vom Gericht erfolgte Konstanzanalyse revisionsrechtlich nicht überprüft werden kann. Eine gravierende Inkonstanz in den Bekundungen eines Zeugen kann ein Indiz für mangelnde Glaubhaftigkeit darstellen, wenn es hierfür keine plausible Erklärung gibt (vgl. BGHSt 45, 164, 172).

4. Stellt das Gericht in Fällen von Aussage gegen Aussage einen Teil der angeklagten Tatvorwürfe nach § 154 Abs. 2 StPO ein, bedarf es zudem einer Mitteilung der Gründe hierfür, weil diese im Rahmen der gebotenen umfassenden Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Bedeutung sein können (vgl. BGHSt 44, 153, 160).

586. BGH 2 StR 112/14 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Bonn)

Tatrichterlicher Beweiswürdigung (Umgang mit DNA-Identifizierungsmustern: Angeklagter Angehöriger einer fremden Ethnie).

§ 261 StPO

1. Stützt das Tatgericht seine nach § 261 StPO gewonnene Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten auf das Ergebnis einer im Zusammenhang mit der Übereinstimmung von DNA-Identifizierungsmustern vorgenommenen Wahrscheinlichkeitsberechnung, wird – sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört – in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangt, dass der Tatrichter in den Urteilsgründen darlegt, inwieweit dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war (st. Rspr.).

2. Allein der Umstand, dass der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, führt noch nicht dazu, dass das Tatgericht bei der Würdigung des Gutachtens die Herkunftspopulation des Angeklagten zu Grunde zu legen hätte. Wie der 4. Strafsenat entschieden hat (BGH NJW 2015, 2594, 2597) ist es vielmehr nicht zu beanstanden, wenn auch in diesen Fällen die am Tatort lebende Mehrheitsbevölkerung als Vergleichspopulation herangezogen wird, sofern es keine konkreten Anhaltspunkte für einen aus derselben Herkunftsethnie wie der Angeklagte stammenden Alternativtäter gibt. Dem schließt sich der Senat an.

3. Eine andere Vorgehensweise würde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Einschränkung des Kreises möglicher Spurenverursacher führen, zu dem auch der Grundsatz „in dubio pro reo“ nicht zwingt. Denn der Zweifelsatz bedeutet nicht, dass von der dem Angeklagten jeweils (denkbar) günstigsten Fallgestaltung auch dann auszugehen ist, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen. Unterstellungen zugunsten eines Angeklagten sind vielmehr nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter hierfür reale Anknüpfungspunkte hat (st. Rspr.).

4. Soweit sich in der Beweisaufnahme dagegen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Tatverdächtige allein in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe zu finden ist, hat der Tatrichter im Urteil das Ergebnis der Berech-

nung anhand dieser Population mitzuteilen und sich damit auseinanderzusetzen.

5. Die Anforderungen, die gemäß § 261 StPO an die Überzeugungsbildung des Tatrichters zu stellen sind, werden nicht von – tatsächlich oder vermeintlich – unterschiedlichen wissenschaftlichen Konzepten bestimmt; maßgeblich ist allein, dass die Beweiswürdigung auf einer rationalen, verstandesmäßig einsichtigen und intersubjektiv diskutierbaren Grundlage beruht. Kann eine Feststellung nur mit Hilfe naturwissenschaftlicher Mittel getroffen werden, ist der Tatrichter zwar nicht gezwungen, sich insoweit nur auf allgemein anerkannte Methoden zu stützen. Die tatrichterliche Würdigung darf allerdings den Gesetzen der Logik und dem gesicherten wissenschaftlichen Erfahrungswissen nicht widersprechen (vgl. BGH NStZ 1995, 590, 592). Soweit maßgeblich auf biostatistische Wahrscheinlichkeitsberechnungen abgestellt wird, sind daher die zu Grunde liegenden mathematischen Denkgesetze zu beachten; dazu gehört gerade auch das Bayes-Theorem, das den logisch korrekten Umgang mit Unsicherheiten beschreibt. Dessen Anwendung führt nicht zu einer Mathematisierung der Beweiswürdigung, sondern ergibt sich aus der Notwendigkeit, innerhalb mathematischer Wahrscheinlichkeitsberechnungen die systemimmanenten Denkgesetze einzuhalten. Diese können zur Vermeidung von logischen Fehlschlüssen nicht unter Hinweis auf einen angeblich „objektiven“ Ansatz ignoriert werden.

599. BGH 2 StR 405/15 – Urteil vom 30. März 2016 (LG Gera)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Erforderliche Gewissheit durch Ausschlussverfahren); sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage; Unterscheidung von Nötigungs- und sexueller Handlung).

§ 261 StPO; § 176 Abs. 1 Nr. 1, 3 StGB

1. Eine Verurteilung ist in einem Ausschlussverfahren möglich, wenn kein Beweisanzeichen vorliegt, das unmittelbar auf die Tatbegehung und den Täter schließen lässt. Dieses methodische Vorgehen bildet allerdings nur dann eine tragfähige Grundlage für die Verurteilung eines Angeklagten, wenn alle relevanten Alternativen mit einer den Mindestanforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung genügenden Weise abgelehnt werden, wobei ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit genügt, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gestützte Zweifel nicht mehr zulässt (vgl. BGH StraFo 2012, 466 f.).

2. Für eine Anwendung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB reicht es nicht aus, dass der Täter die Abwesenheit schutzbereiter Dritter zur Verwirklichung der Tat ausnutzt. Aus dem bloßen Alleinsein von Täter und kindlichem Opfer, das aufgrund seiner konstitutionellen Lage keinen Widerstand leisten kann, kann sich daher nicht schon eine schutzlose Lage im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Vielmehr ist zur Erfüllung dieses Tatbestands erforderlich, dass die sexuellen Handlungen gegen den Willen des Opfers geschehen und das Opfer keinen Widerstand leistet, weil es dies aufgrund seiner schutzlosen Lage für aussichtslos hält (vgl. BGHSt 50, 359, 366).

3. Die Penetration als sexuelle Handlung ist von einer Gewaltanwendung als Nötigungshandlung zu unterscheiden, denn der Verbrechenstatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt insoweit sowohl eine Nötigung mit Gewalt als auch die Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung als Nötigungserfolg voraus (vgl. BGHSt 17, 1, 3 f.).

589. BGH 2 StR 159/15 – Urteil vom 3. Februar 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Sachliche Zuständigkeit (Recht auf den gesetzlichen Richter; grundsätzliche Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung bei dortiger Rechtshängigkeit: Übernahme des Verfahrens durch das Landgericht auch noch in der Berufungsinstanz, eingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle); Täter-Opfer-Ausgleich (Erfordernis eines kommunikativen Akts zwischen Täter und Opfer).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 6 StPO; § 269 StPO; § 225a StPO; § 46a StGB

1. Gemäß § 6 StPO ist die sachliche Zuständigkeit des zur Urteilsfindung berufenen Strafgerichts von Amts wegen zu prüfen. Nach § 269 StPO bleibt es aber im Hauptverfahren bei der Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung, nachdem die Sache dort rechtshängig geworden ist. Die Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung schließt nämlich diejenige eines Gerichts niedriger Ordnung ein. Eine Ausnahme hiervon nimmt die Rechtsprechung nur dann an, wenn eine die Rechtshängigkeit begründende Gerichtsentscheidung objektiv willkürlich ergangen ist und dadurch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt wurde (vgl. BGHSt 43, 53, 55 f.).

2. Eine Entscheidung des Landgerichts, wonach auch im Berufungsverfahren entsprechend § 225a StPO verfahren werden kann, orientiert sich an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und ist deshalb offensichtlich nicht objektiv willkürlich.

603. BGH 2 StR 481/14 – Urteil vom 3. Februar 2016 (LG Aachen)

Sachliche Zuständigkeit (Recht auf den gesetzlichen Richter; grundsätzliche Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung bei dortiger Rechtshängigkeit: Übernahme des Verfahrens durch das Landgericht auch noch in der Berufungsinstanz, eingeschränkte revisionsrechtliche Willkürkontrolle); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 6 StPO; § 269 StPO; § 225a StPO; § 261 StPO

1. Gemäß § 6 StPO ist die sachliche Zuständigkeit des zur Urteilsfindung berufenen Strafgerichts von Amts wegen zu prüfen. Nach § 269 StPO bleibt es aber im Hauptverfahren bei der Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung, nachdem die Sache dort rechtshängig geworden ist. Die Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung schließt nämlich diejenige eines Gerichts niedriger Ordnung ein. Eine Ausnahme hiervon nimmt die Rechtsprechung nur dann an, wenn eine die Rechtshängigkeit begründende Gerichtsentscheidung objektiv willkürlich ergangen ist und dadurch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt wurde (vgl. BGHSt 43, 53, 55 f.).

2. Eine Entscheidung des Landgerichts, wonach auch im Berufungsverfahren entsprechend § 225a StPO verfahren werden kann, orientiert sich an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie der herrschenden Lehre und ist deshalb nicht objektiv willkürlich.

601. BGH 2 StR 433/15 – Beschluss vom 21. Januar 2016 (LG Limburg)

Inbegriffsrüge (Berücksichtigung von nach der Hauptverhandlung erhobener Beweise in der Urteilsbegründung).

§ 261 StPO

1. Einer in der Revision gerügten Verletzung des § 261 StPO steht nicht entgegen, das Urteil könne nicht auf einem Vorgang beruhen, der sich erst nach Verkündung des Urteils ereignet hat, weil dieser Vorgang bei der vorangegangenen Überzeugungsbildung und Urteilsfindung keine Rolle gespielt haben könne.

2. Dem steht entgegen, dass das Revisionsgericht das angefochtene Urteil nur „in der untrennbaren Einheit“ nachprüfen kann, die der Urteilstenor und die schriftlichen Urteilsgründe miteinander bilden (vgl. RGSt 71, 326, 327.). Auch das schriftliche Urteil darf nur auf Erkenntnisse gestützt werden, die im Verfahren nach § 261 StPO gewonnen worden sind und zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten (vgl. BGH NSTz 2001, 595, 596). Es dürfen mithin weder Erkenntnisse, die während (vgl. BGH NSTz 2001, 595, 596) noch solche, die erst nach der Urteilsverkündung (erlangt wurden, zur schriftlichen Begründung der gewonnenen Überzeugung herangezogen werden.

538. BGH 3 StR 454/15 – Urteil vom 11. Februar 2016 (LG Mönchengladbach)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern; keine automatische Aufhebung der Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat bei Veränderung des Tatzeitpunkts; rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung aufgrund angenommener Bindung an Beweisregeln (keine Beschränkung auf Erinnerung der Zeugin in der Hauptverhandlung bei Schilderung der Tat gegenüber anderen Zeugen).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 200 StPO; § 261 StPO

Eine Veränderung des Tatzeitpunkts hebt die Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat – hier: schwerer sexueller Missbrauch von Kindern – nicht ohne Weiteres auf. Eine solche Identität kann vielmehr trotz veränderter zeitlicher Einordnung bestehen bleiben, wenn die in der Anklage beschriebene Tat unabhängig von der Tatzeit nach anderen Merkmalen individualisiert und dadurch weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen gekennzeichnet ist.

616. BGH 4 StR 18/16 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Baden-Baden)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung).

§ 261 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

1. Das Tatgericht hat in den Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, die wesentlichen

Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind.

2. Für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung ist danach erforderlich, dass der Tatrichter mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, inwieweit dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war (vgl. BGHSt 58, 212, 217).

598. BGH 2 StR 360/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Meiningen)

Aufklärungsgrundsatz (Schuldgrundsatz; erforderliche Überprüfung eines Geständnisses).
Art. 1 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 2 StGB

Aus dem Schuldprinzip folgt die Verpflichtung der Strafgerichte, von Amts wegen den wahren Sachverhalt zu erforschen (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1060). Diese Pflicht darf nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert werden. Es ist unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter Ausschöpfung des Beweismaterials beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte geständig gezeigt hat (vgl. BGH StV 2013, 684).

568. BGH 1 StR 71/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Mannheim)

Verständigung (erforderliche Belehrung über die eingeschränkte Bindungswirkung vor Zustandekommen).
§ 257c Abs. 1, Abs. 5 StPO

Eine Verständigung ist regelmäßig nur dann mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren, wenn der Angeklagte vor ihrem Zustandekommen nach § 257c Abs. 5 StPO über deren nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht belehrt worden ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 237).

564. BGH 1 StR 45/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Heilbronn)

Verwerfung der Revision als unzulässig (Beschwerde: Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).
§ 349 Abs. 1 StPO; § 64 StGB

Eine allein auf die Nichtanordnung der Maßregel des § 64 StGB gestützte Revision ist jedoch mangels Beschwerde unzulässig (vgl. BGHSt 38, 362, 363).

611. BGH 2 StR 577/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Aachen)

Revision des Nebenklägers (Anforderung an die Begründung: Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines nebenklagefähigen Delikts)
§ 400 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

Nach § 400 Abs. 1 StPO ist ein Nebenkläger nicht befugt, das Urteil mit dem Ziel anzufechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt oder der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt. Ist der Angeklagte wegen eines nebenklagefähigen Delikts verurteilt worden, dann bedarf die Revision des Nebenklägers eines genauen Antrages oder einer Begründung, die deutlich macht, dass er eine Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines Nebenklagedelikts verfolgt (st. Rspr.).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

522. BGH 3 StR 17/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG Koblenz)

BGHSt; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; Aufsichtsrat; Vermögensbezug haushaltsrechtlicher Vorschriften; Verstoß gegen europarechtliche Vorschriften zur Beihilfe; Handlungsvollmacht; spezifisch dem Vermögensschutz dienende Pflicht; gravierende Pflichtverletzung; unternehmerischer Handlungsspielraum; Business Judgement Rule; Haushaltsuntreue; Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; Nachteil; Gefährdungsschaden; Gefahr der Verschleifung; eigenständige Ermittlung; Konkretisierung anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens; Übernahme einer Bürg-

schaft; Unmittelbarkeit; Vollendungszeitpunkt; Mittäterschaft); Wirksamkeit von Satzungsvorschriften bei der GmbH (Bestimmtheit; Zustimmungsvorbehalte; „Generalzustimmung“).
§ 266 StGB; § 54 HGB; § 39 Ziff. 5 Satz 2 VV-LHO RP; Art. 107 AEUV; § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG

1. Ein Mitglied des Aufsichtsrats einer GmbH trifft die Pflicht im Sinne des Untreuetatbestands, das Vermögen der Gesellschaft zu betreuen. Es verletzt diese Pflicht u.a. dann, wenn es mit einem leitenden Angestellten der Gesellschaft bei einem das Gesellschaftsvermögen schä-

digenden, die Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit überschreitenden Fehlverhalten zusammenwirkt. (BGHSt)

2. § 39 Ziff. 5 Satz 2 der Vorschriften zum Vollzug der Landeshaushaltsordnung Rheinland-Pfalz schützt die Vermögensinteressen des Haushaltsgebers. (BGHSt)

3. Zu der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und dem Eintritt eines Vermögensnachteils bei der Übernahme von Bürgschaftsverpflichtungen für ein Bundesland durch dessen Finanzminister. (BGHSt)

4. Ein Verstoß gegen die europarechtlichen Vorschriften zur Gewährung von Beihilfen begründet keine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes; denn diese Regelungen dienen nicht dem Schutz des Vermögens des Beihilfegebers, sondern dem des europäischen Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen. (BGHSt)

5. Zu den Darlegungsanforderungen bezüglich der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, wenn dem Angeklagten eine Handlungsvollmacht für die Gesellschaft erteilt wurde. (BGHSt)

6. Die zum Aktienrecht entwickelten, mittlerweile als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze zum Handlungsspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen gelten in gleicher Weise für den Geschäftsführer einer GmbH und sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. Das untreuenspezifische Merkmal der „gravierenden Pflichtverletzung“ spiegelt der Sache nach nur diesen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum wider. Maßnahmen, die außerhalb des unternehmerischen Gestaltungsspielraums liegen, sind regelmäßig Pflichtverletzungen i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB, ohne dass es auf weitere Wertungen noch ankommt. (Bearbeiter)

7. An das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht sind nach ständiger Rechtsprechung folgende Anforderungen zu stellen:

a) Eine Betreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes ist gegeben, wenn der Täter in einer Beziehung zum (potentiell) Geschädigten steht, die eine besondere, über die für jedermann geltenden Pflichten zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt. Den Täter muss eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen treffen. Hierfür ist in erster Linie von Bedeutung, ob sich die fremdnützige Vermögensfürsorge als Hauptpflicht, mithin als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung darstellt. (Bearbeiter)

b) Diese besonders qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf das fremde Vermögen muss über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso hinausgehen wie über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit. Erforderlich ist weiterhin, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und

eine gewisse Selbständigkeit belassen wird. Hierbei ist nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen. (Bearbeiter)

8. Eine vertragliche Beziehung, die sich insgesamt als Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB darstellt, kann auch Verpflichtungen enthalten, deren Einhaltung nicht vom Untreuetatbestand geschützt wird. Nicht jede vermögensmindernde Pflichtverletzung eines Vermögensbetreuungspflichtigen ist demnach bereits untreuerelevant, sondern nur der Verstoß gegen eine Pflicht, die gerade spezifisch dem Vermögensschutz dient. Maßgebend für die Abgrenzung sind Inhalt und Umfang der Treueabrede, wie sie sich aus den Vertragsvereinbarungen bei sachgerechter Auslegung ergibt. (Bearbeiter)

9. Für das Merkmal des Vermögensschadens sind folgende Gesichtspunkte zu beachten (vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656):

a) Der Vermögensnachteil als Taterfolg der Untreue ist durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Ein Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB kann als sog. Gefährdungsschaden auch darin liegen, dass das Vermögen des Opfers aufgrund der bereits durch die Tathandlung begründeten Gefahr des späteren endgültigen Vermögensabflusses in einem Maße konkret beeinträchtigt wird, das bereits zu diesem Zeitpunkt eine faktische Vermögensminderung begründet. (Bearbeiter)

b) Da es sich bei der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens nicht um eine richterrechtlich geschaffene besondere Kategorie von Gefährdungsdelikten handelt, sondern auch in diesem Fall die Vermögensminderung tatsächlich eingetreten sein muss, reicht es nicht aus, lediglich die bloße (konkrete) Gefährdung des Vermögens festzustellen. Dies birgt je nach den Umständen des Einzelfalles die Gefahr einer Verschleifung der Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensschadens; ebenso ist ein solches Vorgehen aufgrund einer undifferenzierten Gleichsetzung von zukünftiger Verlustgefahr und gegenwärtigem Schaden geeignet, die gesetzgeberische Entscheidung, den Versuch der Untreue nicht unter Strafe zu stellen, zu unterlaufen. Daher dürfen die Verlustwahrscheinlichkeiten auch nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens letztlich nicht belegbar bleibt. (Bearbeiter)

c) Der Vermögensnachteil ist daher eigenständig zu ermitteln und anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens zu konkretisieren. Voraussetzung ist dabei, dass unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles der Eintritt eines Schadens so naheliegend erscheint, dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gemindert ist. Unter diesen Voraussetzungen kann auch bereits in dem Abschluss wirtschaftlich nachteiliger Verträge eine vermögensnachteilsgleiche Vermögensgefährdung liegen. (Bearbeiter)

10. Die Übernahme einer Bürgschaft stellt einen den Bürgen verpflichtenden Rechtsakt dar. Mangels eines unmittelbaren Zahlungsabflusses liegt in der Bürgschaft zunächst nur eine abstrakt wirkende Belastung, die die Gefahr der späteren Inanspruchnahme in sich trägt. Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB besteht bei Abgabe der Bürgschaftserklärung nur dann, wenn sich die künftige Verlustgefahr aufgrund der Eintrittswahrscheinlichkeit des Bürgschaftsfalles schon zu diesem Zeitpunkt so weit verdichtet hat, dass sie als schadensgleich zu qualifizieren ist. Mit der vollen Höhe der Bürgschaftssumme kann ein Gefährdungsschaden nur angesetzt werden, wenn mit einer Inanspruchnahme von vornherein zu rechnen ist oder es sich bei dem durch die Bürgschaft ermöglichten Vorhaben um ein hochspekulatives Risikoprojekt handelt. (Bearbeiter)

11. Der Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 LHO) kann grundsätzlich eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen. Inhaltliche Aufgabenprioritäten lassen sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot jedoch nicht ableiten; dieses trifft keine Aussage über das verfolgte Ziel; es ist mithin zwar eine Verfahrensmaxime, aber kein Maßstab, der an das politisch-gestalterische Ziel anzulegen ist. Schließlich stellt das Gebot nur einen äußeren Begrenzungsrahmen des bestehenden Entfaltungs- und Gestaltungsspielraums dar und verhindert nur solche Maßnahmen, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind. (Bearbeiter)

12. In der Nichtbeachtung der Art. 107 ff. AEUV liegt nicht schon deshalb ohne Weiteres ein Verstoß gegen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, weil eine europarechtswidrige Ausgabe nicht geleistet werden dürfe und damit zwangsläufig haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsätze verletze. Die Unwirtschaftlichkeit einer Maßnahme der öffentlichen Hand verstößt nicht zwangsläufig gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, weil dieses nur eine relative Betrachtung gemessen am selbst nicht zu bewertenden, mit der Leistung verfolgten Zweck verlangt. (Bearbeiter)

13. Die Tathandlung im Rahmen von § 266 Abs. 1 StGB muss den Vermögensnachteil unmittelbar bewirken. Besteht dieser bei der Untreue durch die Übernahme einer Bürgschaft darin, dass im Tatzeitpunkt aufgrund der Rahmenumstände sicher zu erwarten ist, dass der Bürgschaftsfall eintritt, so ist die aufgrund der Eintrittswahrscheinlichkeit schon durch Eingehen der Verbindlichkeit bewirkte Vermögensminderung in diesem Sinne unmittelbar. Unerheblich ist dann, ob der Erfüllungsschaden isoliert betrachtet eine derartige sachliche und zeitliche Nähe zu der Pflichtverletzung aufweist, dass er dem Unmittelbarkeitserfordernis genügen könnte. (Bearbeiter)

14. Mit dem erstmaligen Eintritt des Vermögensnachteils, im Fall der einem Schaden gleichkommenden Gefährdungslage schon mit dieser, ist das Delikt der Untreue vollendet. Spätere Entwicklungen, die den Schaden vertiefen oder entfallen lassen, wirken sich allerdings auf das Maß der Schuld aus. Sie sind daher für die Beurteilung von Tat und Täter von Bedeutung und vom Gericht zu ermitteln. Der Grundsatz, dass sich Untersuchung und Entscheidung auf die in der Anklage bezeichnete Tat

beschränken (§§ 155, 264 StPO), steht dem nicht entgegen. (Bearbeiter)

15. Rechtsgrundlos geleistete Zahlungen stellen zwar jedenfalls dann eine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes dar, wenn das den Rechtsgrund bildende Rechtsgeschäft wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) unwirksam ist (BGH HRRS 2013 Nr. 185). Angesichts der den § 125 Satz 2, § 134 BGB zugrundeliegenden unterschiedlichen Normzwecke ist jedoch zweifelhaft, ob dies in gleicher Weise generell auch dann anzunehmen ist, wenn die Unwirksamkeit des Rechtsgrundes aus einem Verstoß gegen ein – wie hier – rechtsgeschäftlich begründetes Formerfordernis folgt. (Bearbeiter)

529. BGH 3 StR 142/15 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Kleve)

BGHR; Marktmanipulation („sonstige Täuschungshandlungen“; Bestimmtheit; Auslegung unter Berücksichtigung europäischer Rechtsakte, Richtlinie; Einwirkung auf den Börsenpreis; Feststellung; Kausalität; subjektive Gewissheit; Überzeugungsbildung; Täterschaft und Teilnahme; Jedermann delikt); Besorgnis der Befangenheit eines Sachverständigen (Rechtsfrage; Ermessen des Vorsitzenden; zu Grunde liegende Tatsachen; revisionsgerichtliche Überprüfung; keine Ermittlung von Tatsachen durch das Gericht; strukturelle Verknüpfung der Referate Marktanalyse und Ermittlung bei der BaFin; kein genereller Ausschluss als Gutachter); Verfall bei informationsgestützten Manipulationen (erlangtes Etwas; Vertretungsfälle; Verfügungsgewalt).

§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG; § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG; § 261 StPO; § 73 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 74 Abs. 3 StPO

1. Das Tatbestandsmerkmal "sonstige Täuschungshandlungen" im Sinne des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG entspricht bei einer am Inhalt der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) sowie der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG vom 22. Dezember 2003 orientierten Auslegung dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes. (BGHR)

2. Zur Feststellung einer Einwirkung auf den Börsenpreis im Sinne des § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG. (BGHR)

3. Auf den Börsenpreis wird nach gängiger Definition eingewirkt, wenn er künstlich – das heißt gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt – erhöht, abgesenkt oder auch nur stabilisiert wird. Entscheidend ist, dass die manipulative Handlung kausal für die weitere Preisentwicklung ist. Für die diesbezügliche tatrichterliche Überzeugungsbildung gilt – wie auch sonst – § 261 StPO. Rechtsfehlerfreie richterliche Überzeugung ist insoweit subjektive Gewissheit auf hinreichender Tatsachengrundlage. Auf deren Basis müssen die vom Tatgericht gezogenen Schlüsse möglich, nicht dagegen schlechterdings zwingend sein. Es besteht weiterhin auch in dem Bereich des Wertpapierhandels kein Anlass, zugunsten des Angeklagten Sachverhaltsvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei Anhaltspunkte gibt. (Bearbeiter)

4. Hinsichtlich der Besorgnis der Befangenheit eines Sachverständigen ist Folgendes zu beachten:

a) Ob die Besorgnis der Befangenheit berechtigt ist, ist eine Rechtsfrage. Ein Ermessen steht dem Tatgericht insoweit nicht zu. Dabei gelten für die Prüfung, ob der Tatrichter den einen Sachverständigen ablehnenden Antrag mit Recht zurückgewiesen hat, nicht die Grundsätze der Beschwerde, sondern die der Revision. Da das Revisionsgericht mithin an die vom Instanzgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen gebunden ist, ist es erforderlich, dass das Tatgericht in seinem Ablehnungsbeschluss darlegt, von welchen Tatsachen es ausgeht. (Bearbeiter)

b) Das Tatgericht ist indes nicht gehalten, selbst Umstände zu ermitteln, die möglicherweise die Besorgnis der Befangenheit begründen könnten. Vielmehr ist der Ablehnungsgrund vom Antragsteller gemäß § 74 Abs. 3 StPO glaubhaft zu machen. Dieser hat daher Tatsachen vorzutragen und so weit zu beweisen, dass das Gericht sie für wahrscheinlich hält, wobei er sich insbesondere auf das Zeugnis des Abgelehnten berufen kann. (Bearbeiter)

c) Aus der strukturellen Verknüpfung der Referate Marktanalyse und Ermittlung innerhalb der BaFin folgt nicht, dass deren Mitarbeiter generell als Sachverständige im Strafprozess ausschieden. Zwar hat das Gericht bei der Auswahl des Sachverständigen nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO darauf zu achten, dass dieser im Vorfeld nicht selbst ermittelnd tätig war und er das Gutachten eigenverantwortlich und frei von jeder Beeinflussung erstatten kann. Aus § 40a Abs. 1 Satz 2 WpHG folgt jedoch unmittelbar, dass insoweit die grundsätzliche Weisungsgebundenheit eines Mitarbeiters der BaFin bei der Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht genügt, um diesen als Gutachter auszuschließen. (Bearbeiter)

5. Der Senat vermag der in der Literatur vielfach vertretenen Ansicht nicht zu folgen, eine Verfallsanordnung scheidet bei informationsgestützten Manipulationen schon deshalb aus, weil unmittelbar aus diesen Taten nichts erlangt werde und das spätere Ausnutzen des zuvor manipulierten Börsenpreises keinen unmittelbar aus der Tat erlangten Vermögenszuwachs darstelle. (Bearbeiter)

6. In Vertretungsfällen gemäß § 73 Abs. 3 StGB, in denen der Täter als Organ, Vertreter oder Beauftragter (§ 14 StGB) oder als sonstiger Angehöriger einer juristischen Person für diese handelt und die Vermögensmehrung bei der juristischen Person eintritt, gilt Folgendes:

a) Es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Täter Verfügungsgewalt an dem Erlangten hat. Regelmäßig ist vielmehr davon auszugehen, dass die juristische Person über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Privatvermögen des Täters zu trennen ist. (Bearbeiter)

b) Für eine Verfallsanordnung gegen den Täter bedarf es daher auch in Fällen einer – legalen – Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, dass dieser selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Eine solche Feststellung rechtfertigende Umstände können etwa darin zu sehen sein, dass der Täter die juristische Person nur als formalen Mantel seiner Tat nutzt, eine Trennung zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft aber nicht vornimmt, oder darin, dass jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird. (Bearbeiter)

591. BGH 2 StR 36/15 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Frankfurt a. M.)
 Betrug (Vermögensschaden; Schädigungsvorsatz: Gefährdungsschaden; Vorliegen eines besonders schweren Falls); Gründungsschwindel (Vollendungszeitpunkt); Anordnung des Verfalls (entgegenstehende Ansprüche Dritter).
 § 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

591. BGH 2 StR 36/15 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Betrug (Vermögensschaden; Schädigungsvorsatz: Gefährdungsschaden; Vorliegen eines besonders schweren Falls); Gründungsschwindel (Vollendungszeitpunkt); Anordnung des Verfalls (entgegenstehende Ansprüche Dritter).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Für den für § 263 Abs. 1 StGB erforderlichen Vorsatz bezüglich des Eintritts eines Vermögensschadens genügt es, dass der Täter das mit einer Geldanlage verbundene konkrete Verlustrisiko für die Anleger erkannt und gebilligt hat. Der Betrugsvorsatz muss nicht auf den Eintritt eines Erfüllungs- oder Endschadens gerichtet sein muss (vgl. BGHSt 53, 199, 204). Der Schädigungsvorsatz entfällt auch nicht deshalb, weil der Täter beabsichtigt, hofft oder glaubt, einen endgültigen Vermögensschaden abwenden zu können (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 328, 330).

2. Bei § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG handelt es sich jedoch um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, so dass es infolge der Falschangaben nicht zu einer unrichtigen Eintragung in das Handelsregister kommen muss. Der Tatbestand des § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG ist daher schon mit der Kenntnisnahme der falschen Angaben durch das Registergericht vollendet.

605. BGH 2 StR 505/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Darmstadt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Nachlieferung aufgrund Mangelhaftigkeit der ersten Betäubungsmittellieferung; Tateinheit).

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

Wird eine zum Weiterverkauf erworbene Rauschgiftmenge umgetauscht, weil die gelieferte Qualität nicht den Erwartungen entspricht, so ist die Nachlieferung einer mangelfreien Ware auf die Abwicklung ein und desselben Rauschgiftgeschäfts gerichtet (vgl. BGH NStZ 2011, 97).

563. BGH 1 StR 38/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG München I)

Unerlaubtes bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens; Anwendbarkeit des Qualifikationstatbestandes auch in Fällen, in denen die mitgeführten Drogen nicht entdeckt werden oder der gefährliche Gegenstand nicht eingesetzt wird; Verhältnis zur unerlaubten bewaffneten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Das für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes unerlaubtem bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln notwendige Mitsichführen von Ge-

genständen, die zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind, liegt dann vor, wenn der Täter gefährliche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann (vgl. BGH NStZ 1997, 137). Hierfür genügt, dass die gefährlichen Gegenstände dem Täter in irgendeinem Stadium des Tathergangs zur Verfügung stehen, d.h. sich so in seiner räumlichen Nähe befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand, und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (vgl. BGHSt 52, 89, 93). Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand des Mitschürens eines gefährlichen Gegenstands nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist.

2. Eine den erhöhten Strafrahmen des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erhöhte Rechtsgutsgefährlichkeit besteht in Situationen einer Kontrolle des bewaffneten Täters durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden auch dann, wenn diesen der Umstand eines unerlaubten Umgangs des Kontrollierten mit Betäubungsmitteln (zunächst) unbekannt bleibt. Im Hinblick auf den Schutzzweck von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist es daher für solche Fallgestaltungen nicht veranlassend, strengere Anforderungen an die subjektive Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen bei Mitführen von gekorenen Waffen zu stellen. Eine allgemeine Einschränkung des Qualifikationstatbestandes in Konstellationen, in denen die von Gesetz angenommene (generelle) Gefährlichkeit sich konkret nicht verwirklicht hat, kommt erst recht nicht in Betracht (vgl. BGHSt 43, 8, 12 f.).

3. Zwar ist grundsätzlich neben dem bewaffneten unerlaubten Handeltreiben eine Verurteilung wegen bewaffneter unerlaubter Einfuhr nicht möglich. Die Einfuhr erweist sich aber dann nicht als unselbständiger Teilakt des Handeltreibens, wenn die durch einen einheitlichen Vorgang erworbene Menge des Betäubungsmittels teils für den gewinnbringenden Weiterverkauf und teils für den Eigenkonsum bestimmt ist (vgl. BGH NStZ 2007, 529).

580. BGH 1 StR 629/15 – Urteil vom 21. April 2016 (LG Weiden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit: Bewertungseinheit durch gleichzeitigen Besitz der Gesamtmenge); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Lückenhaftigkeit, keine Auseinandersetzung mit fernliegenden Sachverhaltsmöglichkeiten); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit). § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden mehrere Verkaufsvorgänge durch den Erwerb und Besitz der hierzu bestimmten Gesamtmenge zu einer Bewertungseinheit verbunden, wenn sie denselben Güterumsatz betreffen. Dabei setzt die Annahme einer Bewertungseinheit konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass bestimmte Einzelverkäufe aus einer einheitlich erworbenen Gesamtmenge herrühren. Eine willkürliche Zusammenfassung kommt dagegen nicht in Betracht.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet der Besitz verschiedener und zu unterschiedlichem Handel bestimmter Betäubungsmittel, die zu keinem Zeitpunkt zu einem Depot verbunden waren, nicht bereits aufgrund einer zeitlichen Überschneidung eine Bewertungseinheit (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 113). Zwar verwirklicht der gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH NStZ-RR 2016,). Dient aber der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zurück (st. Rspr). Der Besitz hat deshalb mangels Wertgleichheit nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 82).

3. Eine Lücke der Beweiswürdigung liegt nur dann vor, wenn sich das Tatgericht mit tatsächlich vorhandenen Anhaltspunkten für nahe liegende andere Möglichkeiten nicht auseinandergesetzt hat. Es ist aber weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind (st. Rspr). Deshalb braucht das tatrichterliche Urteil bloß theoretische Möglichkeiten auch nicht zu erörtern (vgl. BGH wistra 2012,), sondern muss sich nur mit nach der Sachlage naheliegenden Möglichkeiten auseinandersetzen (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 147). Wenn sich in der Hauptverhandlung keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass an sich selbständige Betäubungsmittelgeschäfte dieselbe Betäubungsmittelmenge betreffen, stellt es daher auch keinen Rechtsfehler dar, wenn das Tatgericht im Urteil die Frage einer Tat im Rechtssinne nicht erörtert.

547. BGH 3 StR 554/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Bad Kreuznach)

Keine Beteiligung an der Einfuhr von Betäubungsmitteln des ohne Einfluss auf den Einfuhrvorgang im Inland wartenden Empfängers; rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung (Verhältnis zur Zurückstellung der Vollstreckung; Erfolgsaussicht; Wecken der Therapiebereitschaft während der Therapie). § 29 BtMG; § 64 StGB; § 35 BtMG

Auch der im Inland aufhältige Empfänger von Betäubungsmitteln aus dem Ausland kann wegen täterschaftlicher Einfuhr von Betäubungsmitteln strafbar sein, wenn er sie durch Dritte über die Grenze bringen lässt und dabei mit Täterwillen die Tatbestandsverwirklichung fördernde Beiträge leistet. Hat der Empfänger hingegen keinen Einfluss auf den Einfuhrvorgang und wartet er nur darauf, dass der Lieferant ihm die eingeführten Betäubungsmittel bringt, kann er sich zwar etwa wegen einer Bestellung des Rauschgifts wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln strafbar machen; die bloße Bereitschaft zur Entgegennahme der eingeführten Betäubungsmittel begründet aber weder die Stellung als Mittäter noch als Gehilfe der Einfuhr.

Der Bundesgerichtshof als Akteur der Kriminalpolitik

Oder: Warum es (noch) Wahlfeststellungen gibt

Von RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin*

I. Eine persönliche Randnotiz

Zu jenen Dingen, die man im Denken und Arbeiten *Joachim Vogels* beobachten und bestaunen konnte (und als sein Schüler nur allzu gerne von ihm lernen wollte¹), zählte seine Fähigkeit, das Recht im Kontext seiner Entstehung und seines Funktionszusammenhangs im Gesellschaftssystem zu begreifen und zu denken. Von den Begriffsbildungen der von ihm in Anbetracht ihres analytischen Scharfsinns respektierten, gleichwohl aber auch stets kritisch² beäugten deutschen Strafrechtsdogmatik ließ er sich nichts vormachen. Wer nicht verstand, unter welchen gesellschaftlichen und historischen Bedingungen das Recht gemacht wurde, hatte in seinen Augen wenig verstanden.

So war es wohl auch kein Zufall, dass ausgerechnet ihn, den ausgewiesenen Nicht-Strafrechtshistoriker, die schicksalhafte Mammutaufgabe erteilte, auf der Bayerreuther Strafrechtslehrtagung 2003 das Referat³ zu den „Einflüssen des Nationalsozialismus auf das Straf-

recht“ zu halten.⁴ Für die Mitarbeiter seines Lehrstuhls (zu denen ich damals zählen durfte) war die Unterstützung in diesem Vorhaben, welche bei der Fußnotenrecherche Ausflüge in ungewohnte und vordem nie gesehene Bereiche des Juristischen Seminars der Tübinger Juristenfakultät mit sich brachte, in vielerlei Hinsicht eine *Grenzerfahrung*. Welche Früchte hieraus erwachsen sollten, zeigte sich für mich erst nahezu zehn Jahre später, als ich, nunmehr der akademischen Welt Tübingens seit Langem entflohen und als Strafverteidiger in Berlin tätig, im Rahmen eines Revisionsverfahrens mit dem Institut der Wahlfeststellung zu tun bekam und mich daran erinnerte, seinerzeit durch *Joachim Vogel* auf den problematischen zeithistorischen Ursprung dieser Rechtsfigur erstmals aufmerksam gemacht worden zu sein.⁵ Insofern waren das wissenschaftliche Wirken und die akademische Lehrerschaft *Joachim Vogels* nicht nur kausal für den Anfragebeschluss des 2. Strafsenats vom 28. Januar 2014, mit dem die Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsfigur erstmals höchstrichterlich angezweifelt wurde,⁶ vielmehr ist, um in der angestammten dogmatischen Begrifflichkeit zu bleiben, der Beschluss ihm auch *objektiv zurechenbar*. Dass der mutige Vorstoß des 2. Strafsenats an den Beharrungskräften im Bundesgerichtshof wenig zu ändern scheint,⁷ widerlegt nicht, sondern bestätigt *Joachim Vogels* Denken im Kontext.

* Im Oktober 2014 fand an der LMU München unter dem Titel „Die Verfassung moderner Strafrechtspflege“ ein Gedenksymposium für meinen akademischen Lehrer *Joachim Vogel* (1963-2013) statt. Es wurde organisiert von seinen Schülern *Dominik Brodowski* und *Christoph Burchard* im Zusammenwirken mit *Klaus Tiedemann*, *Helmut Satzger* und *Ulrich Sieber*. Sie geben auch den in Kürze bei Nomos erscheinenden gleichnamigen Tagungsband heraus, in dem dieser Beitrag enthalten sein wird. Ich danke den Herausgebern und dem Verlag für ihr freundliches Einverständnis zum Vorabdruck in der HRRS.

¹ Dass zwischen „etwas wollen“ und „etwas können“ kaum zu überschreitende Welten liegen können, wurde einem hier allzu schmerzhaft bewusst.

² Siehe zuletzt etwa *Vogel* JZ 2012, 25. Es ist ein Jammer, dass eine Replik auf die kluge und ebenso lesenswerte Kritik von *Schünemann* (in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz [Hrsg.], *Selbstreflexion in der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 223) ausbleiben muss; siehe stattdessen *Ambos* GA 2016, 177.

³ Auf die informellen Regeln im Wissenschaftssystem, nach denen Referate und Referenten bestimmt werden – für die Auserwählten handelt es sich bei der Vorbereitung und Ausarbeitung ihres Vortrags um nicht weniger als, so hört man, ihre „2. Habilitation“ –, kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Jedenfalls gab es gute Gründe, ausgerechnet *Joachim Vogel* mit diesem Thema zu betrauen.

⁴ Das Referat ist wie üblich in ZStW 115 (2003), S. 638, veröffentlicht (mit Diskussionsbericht S. 671); die ausführliche Ausarbeitung des Vortrags wurde Gegenstand einer Monographie in Bd. 12 von *Juristische Zeitgeschichte – Kleine Reihe: Vogel Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, mit Bspr. *Dietmeier* GA 2006, 664.

⁵ Siehe *Vogel* (Fn. 4), S. 25 f., wobei es auch ein Verdienst *Vogels* ist, die herausragenden Vorarbeiten von *Pauli* (Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1992, S. 51 ff.) zu diesem Thema in Erinnerung zu rufen.

⁶ BGH NStZ 2014, 392 = HRRS 2014 Nr. 629 m. Bspr. *Bauer wistra* 2014, 475; *Freund/Rostalki* JZ 2015, 164; *Frister* StV 2014, 584; *Kröpil* JR 2015, 116; *Schuhr* NStZ 2014, 437; *Stuckenberg* ZIS 2014, 461.

⁷ Keiner der angefragten übrigen vier Strafsenate vermochte den Bedenken des 2. Strafsenats etwas abzugewinnen, vgl. BGH NStZ-RR 2014, 308 (1 StR) = HRRS 2014 Nr. 820; NStZ-RR 2015, 39 (3 StR) = HRRS 2015 Nr. 22; NStZ-RR 2015, 40 (4 StR) = HRRS 2014 Nr. 1065; NStZ-RR 2014, 307 (5 StR) = HRRS 2014 Nr. 821. Gleichwohl hielt der 2.

Bei der Zusammenfassung dieser skizzenhaften Überlegungen⁸ ist mir nochmals bewusst geworden, wie viel ich von *Joachim Vogel* lernen durfte und wie schmerzhaft es ist, dass dem eigenen „Lernenwollen“ nunmehr der Maßstab abhanden gekommen ist.

II. Kriminalpolitik und Rechtsdogmatik: „Das Bild, das der Gesetzgeber nur in Umrissen zeichnen kann“

Den Titel des Beitrags könnte man vor dem „oder“⁹ auch mit einem Fragezeichen versehen: der Bundesgerichtshof – ein Gericht – als *Akteur* der *Kriminalpolitik*? Das versteht sich nicht von selbst. Scheint nicht gar ein Gegensatz auf? Nach dem klassischen Begriffsverständnis gibt es in der (Kriminal-)Politik nur einen Akteur, nur einen Handelnden, der entscheidet, wie das Strafrecht (im weitesten Sinne) zweckmäßigerweise sein sollte: den – hierzulande demokratisch legitimierten – Gesetzgeber. Die Aufgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung erschöpft sich demnach allein in der Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts. Sie *macht* es nicht.

Dass dies zu kurz gesprungen ist, deutet nicht erst der Titel des 2. Karlsruher Strafrechtsdialogs¹⁰ im Jahre 2009 an: „Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt [!] das Strafrecht?“¹¹ Eine hermetische Trennung zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik gibt es nicht. Aus zwei Gründen:

Einmal ist die Frage, wie das Strafrecht *sein sollte*, ihrerseits abhängig von der Vorfrage, wie das Strafrecht *ist*, also welche Defizite die bestehende Rechtslage auch und

Strafsenat an seiner Auffassung fest und legte die Sache dem Großen Senat vor (s. BGH NJW 2016, 432 = HRRS 2016 Nr 71). Dessen Entscheidung steht noch aus.

⁸ Sie beruhen teils – um den mandatsbezogenen Ursprung des Erkenntnisinteresses nicht zu verschweigen – auf Ausführungen aus einem Revisionschriftsatz im Verfahren 2 StR 495/12, teils auf einem Gastvortrag, den ich im Rahmen der Vorlesung „Kriminalpolitik in der BRD“ an der Humboldt-Universität zu Berlin im Sommersemester 2014 halten durfte.

⁹ Auch das eine kleine Reminiszenz, wenngleich an eine Meinungsverschiedenheit: Meinem Doktorvater erschienen die „oder: ...“-Sätze in der Einführung meiner Dissertation wenig geglückt. Er fand sie, wie manches im Stil, „zu sportlich“. Indes, seiner wissenschaftsliberalen Grundhaltung gemäß, ließ er mir die Freiheit, sie auch in die Druckfassung zu übernehmen (siehe *Norouzi* Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 1, 5, 9).

¹⁰ Etwas ernüchtert, aber spitz merkt *Fischer* in seiner ZEIT-online-Kolumne „Fischer im Recht“ (v. 9.6.2015) zu dieser Veranstaltungsreihe an: „Der titelgebende ‚Dialog‘ soll stattfinden zwischen der Strafrechtswissenschaft und der obersten Strafgerichtsbarkeit. Er leidet stets darunter, dass der Dialogbeitrag der Richter und Bundesanwälte vor allem aus anhaltendem Schweigen zu bestehen pflegt. Umso enthusiastischer fallen die Gruß- und Schlussworte aus.“ – <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-06/bundesgerichtshof-justiz-fischer-im-recht> (15.6.2016).

¹¹ Referate und Diskussionen sind veröffentlicht bei *Jahn/Nack* (Hrsg.), *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?* 2010.

gerade in der Interpretation durch die Revisionsgerichte aufweist, welche Sachverhalte hierdurch strafflos bleiben müssen, obgleich es ein öffentlich vernehmbares und rational begründbares Strafbedürfnis für sie gibt, und welche Konstellationen dagegen nur unzureichend mit den Mitteln des geltenden Rechts gelöst werden können. So besehen ist damit der Bundesgerichtshof als Revisionsgericht bereits *mittelbar* ein Akteur der Kriminalpolitik, indem sein Entscheiden gesetzgeberische Schritte beeinflussen kann, sei es, dass er Strafbarkeiten bejaht, verneint oder erträglich gestaltet. Wenn beispielsweise der Große Senat des Bundesgerichtshofs zu dem Ergebnis kommt, dass Vorteilsgewährungen an Ärzte nicht unter die §§ 299, 331 ff. StGB fallen,¹² obgleich gegenteilige Ansichten im Schrifttum vertreten werden,¹³ kann dies den Gesetzgeber auf den Plan rufen, an dieser Strafbarkeitslücke etwas zu ändern.¹⁴ Andererseits konnte der seit Jahrzehnten angemahnte Reformbedarf im Bereich der Tötungsdelikte¹⁵ auch dadurch verschleppt werden, weil der Bundesgerichtshof mithilfe der Rechtsfolgenlösung¹⁶ zwar seine Kompetenzen überschritten,¹⁷ für die Praxis aber eine Möglichkeit geschaffen hat, um im Einzelfall untragbare Bestrafungen mit der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen lebenslangen Freiheitsstrafe zu vermeiden. Wenn sich in diesem Bereich nunmehr eine Reform anbahnt,¹⁸ so belegen gerade jene Stimmen in der Diskussion, die am auch richterrechtlich geschaffenen Rechtszustand so wenig wie möglich ändern wollen, die Gestaltungsmacht des Bundesgerichtshofs in diesem Bereich.

Zweitens ist auch die Tätigkeit des Strafrechtsdogmatikers – und hierzu zählt auch der Strafrichter, schon gar am Revisionsgericht – kriminalpolitisch akzentuiert, als bei der Auslegung von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen *seine* Vorstellung vom richtigen Strafrechtssystem zur Lösung des Einzelfalls einfließt. *Fischer* spricht es deutlich aus:

„Jede Rechtsprechung ist, in einem weiteren Sinn, stets auch Rechtspolitik. Denn das im konkreten Einzelfall anzuwendende Recht wird nicht einfach ‚gefunden‘; es ergibt sich nicht durch eine quasi automatisierte Anwendung naturgesetzartiger Regeln. Rechts-Anwendung ist daher stets auch Rechts-Gestaltung. Schon die Erkenntnis des Sachverhalts, der beurteilt, des Konflikts, über den entschieden oder der Rechtsfrage, die gelöst werden soll, ist keine bloße Abbildung von in der Wirklichkeit ein für alle Mal feststehenden Geschehnissen; Darstel-

¹² BGHSt 57, 202 = HRRS 2012, Nr. 612.

¹³ Zum Meinungsstand *Fischer* StGB 63. Aufl. 2016, § 11 Rn. 22e ff.; § 299 Rn. 10b ff.

¹⁴ So nunmehr geschehen durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen v.30.5.2016 (BGBl. I, S. 1254); eine erste Kommentierung leistet *Tsamikakis* medstra 2016, 131.

¹⁵ Überblick bei *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 211 ff. Rn. 290 ff.

¹⁶ Grundlegend BGHSt 30, 105.

¹⁷ Kritisch daher etwa *Bruns* JR 1981, 358 (360 ff.).

¹⁸ Siehe dazu Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte v. 29.6.2015; https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (15.6.2016).

lung, Vermittlung und Erkenntnis sind stets auch Konstruktion von Wirklichkeit. Für die konkrete ‚Geltung‘ von Rechtsregeln gilt das entsprechend. Recht und Rechtsgeltung entstehen zu einem erheblichen Teil also erst in der Anwendung abstrakter Regeln.“¹⁹

Und nirgendwo zeigt sich dies vielleicht deutlicher als bei der Arbeit im Allgemeinen Teil des Strafrechts, bei dem der Gesetzgeber nur im sehr Ungefähren Begriffe vorgegeben hat, die es in der Arbeit des Revisionsrichters zu füllen gilt.²⁰ In den – wie immer schönen – Worten Roxins:

„Das Recht, wie es ist, und das Recht, wie es sein soll, sind demnach insofern keine Gegensätze, als das, was interpretatorisch als geltendes Recht zu erarbeiten ist, sich als Ergebnis nachvollziehenden Weiterdenkens kriminalpolitischer Zielvorstellungen des Gesetzgebers darstellt. Der Dogmatiker (sei er Wissenschaftler oder Richter) muss also wie der Gesetzgeber kriminalpolitisch argumentieren; er muss gewissermaßen das Bild des geltenden Rechtes, das der Gesetzgeber nur in Umrissen zeichnen kann, in allen Einzelheiten ausmalen.“²¹

Das soll als Basis genügen.

III. Strukturelle Eigenheiten

Soviel zum Akteur, zum Bundesgerichtshof. Ich nehme ihn hier bewusst in den Blick und belasse es nicht abstrakt beim Revisionsgericht (davon haben wir schließlich 24 weitere), weil seine Bedeutung für Rechtseinheit gesetzlich verankert (vgl. § 121 Abs. 2 GVG) und seine herausstechende Rolle für die Rechtsdogmatik auch in der Wissenschaft²² nicht angezweifelt wird. Kommen wir aber zu dem, *was* ihn besonders macht. Worin liegt der

¹⁹ Im Fachinterview bei *Fischer/Gerhardt* ZRP 2014, 58.

²⁰ Grund und Grenzen einer Strafbarkeit wegen Beihilfe durch professionsadäquates Verhalten (dazu siehe nur BGHSt 46, 107; BGH NStZ 2000, 34; *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 17 ff.), wegen Körperverletzung beim ärztlichen Heileingriff (zum Meinungsstand: *Joecks*, in: *MünchKomm-StGB* [Fn. 15], § 223 Rn. 44 ff.) oder wegen fahrlässiger Tötung durch Teilnahme an illegalen Autorennen (siehe BGH NStZ 2009, 148 = HRRS 2009 Nr. 93; dazu *Duttge* NStZ 2009, 690; *Renzikowski* HRRS 2009, 347; *Roxin* JZ 2009, 399) nehmen in dogmatischen Begriffsbildern Gestalt an, lassen sich aber axiomatisch auf eine Abwägungs- und Ausgleichsentscheidung zwischen individueller Freiheit und Risikoeindämmung im übergeordneten Gemeinwohlinteresse zurückführen. – Mehr als jede BGH-Entscheidung zur Handhabung der Sittenwidrigkeitsschranke in § 228 StGB hat mir in *Joachim Vogels* Examenrepetitorium sein an uns brave Hörer gerichteter Appell die Augen geöffnet: „An dieser Stelle müssen Sie sich entscheiden: Denken Sie liberal oder sind Sie Paternalist?“

²¹ *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 76.

²² Als nicht mehr ganz aktueller, aber nach wie vor eindrücklicher Nachweis hierzu bleibt die vierbändige Festgabe zum 50-jährigen Jubiläum des Gerichts: *Canaris* u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, 2000 – speziell zum Straf- und Strafprozessrecht siehe den von *Roxin* und *Widmaier* herausgegebenen Bd. IV.

Eigenwert und worin liegt die Eigenheit des kriminalpolitischen Agierens des Bundesgerichtshofs?

1. Entscheidung und Begründung

Im wissenschaftlichen Umgang mit *Rechtsprechung* ist es wichtig, auf eine Unterscheidung zu achten, nämlich jene zwischen *Entscheidung* und *Begründung*.²³ Der Bundesgerichtshof *entscheidet* jeden Fall, aber nicht jede Entscheidung enthält eine Begründung. Die Fachöffentlichkeit beschäftigt sich, wenn sie sich denn mit Rechtsprechung beschäftigt, in der Regel nur mit den – nun allerdings dank der Internetdatenbank des Bundesgerichtshofs seit dem Jahr 2000 vollständig zugänglichen – begründeten Entscheidungen. Statistisch sieht sie aber nur die Spitze des Eisbergs.²⁴ Man könnte nun bei unserem Thema meinen, dass nur diese Spitze das kriminalpolitische Agieren des Bundesgerichtshofs betreffen kann, weil nur in den Entscheidungsgründen dogmatische Rechtssätze mit kriminalpolitischen Implikationen stecken können. Das ist aber nur zum Teil richtig. Denn auch die ohne Begründung nach § 349 Abs. 2 StPO *erledigten* Revisionsverfahren können Wirkung entfalten. Diese kennen in der Regel nur die Beteiligten, also der Revisionsführer, die beim Ausgangsgericht mit der Sache befasste Staatsanwaltschaft, die Revisionsstaatsanwaltschaft beim Revisionsgericht (hier: der Generalbundesanwalt) und der von der Urteilsanfechtung betroffene Spruchkörper am Tatgericht. Sie alle können aus der Tatsache, *wie* das Revisionsgericht entschieden hat, Rückschlüsse für ihre zukünftige Praxis ziehen.²⁵

2. Senate

Zunächst: Es gibt nicht *den* Bundesgerichtshof in Strafsachen, es gibt keinen *monolithischen* Block, es gibt *fünf* Strafsenate. Sieht man von den bereichsspezifischen Sonderzuständigkeiten (etwa in Staatsschutz-, Steuer- und Verkehrsstrafsachen) ab,²⁶ sind alle fünf Senate für alle Rechtsfragen in strafrechtlichen Revisionsverfahren²⁷

²³ Vgl. nur *Möllers* JZ 2009, 668 (669).

²⁴ Das ist ein Thema für sich. An dieser Stelle genügt der Hinweis auf die gerne vergessene Untersuchung von *Barton* Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999.

²⁵ Sattelfeste Kammervorsitzende geben hier und da gerne dem naiven Verteidiger, der es schon wieder mit einer Besetzungs- oder Befangenheitsrüge versucht, altväterlich zu verstehen, dass *ihr* Senat daran wenig Gefallen finden werde. Enttäuscht wird diese Erwartung nur selten.

²⁶ So sind u.a. nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs für das Geschäftsjahr 2016 (abrufbar unter: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/DasGericht/GeschaeftsvertPDF/2016/geschaeftsverteilung2016.pdf?__blob=publicationFile [15.6.2015]) Revisionen in Steuer- und Zollstrafsachen dem 1. Strafsenat (S. 14), in Staatsschutzverfahren dem 3. Strafsenat (S. 15) und in Verkehrsstrafsachen dem 4. Strafsenat (S. 16) zugewiesen.

²⁷ Und dies kann auch vorstrafrechtliche Rechtsfragen (vgl. § 262 StPO) betreffen, ganz gleich aus welchem Rechtsgebiet (z.B.: Europarechtliches bei § 264 StGB, Gesellschaftsrechtliches bei § 266 StGB, Steuerrechtliches bei § 370 AO, Insolvenzrechtliches bei §§ 283 ff. StGB, Umweltverwal-

zuständig, aber nur in ihrem jeweiligen, durch die Oberlandesgerichtsbezirke vorgegebenen Gerichtssprengel. Daraus ergibt sich, dass die Neigung, nach kriminalpolitischen Rechtsansichten zu urteilen, und wenn ja, in welcher Richtung, je nach der personellen Zusammensetzung des Senats unterschiedlich ausfallen kann und nicht ganz unabhängig von der Person des jeweiligen *Vorsitzenden* zu sein scheint, der ja nach höchstichterlichem Verständnis des § 21f Abs. 1 GVG richtunggebenden Einfluss auf die Rechtsprechung seines Spruchkörpers haben soll.²⁸ Das zweifelhafte Gewicht, das der Person des jeweiligen Berichterstatters im Kollegialorgan zukommt, ist hierbei erst jüngst in die Diskussion geraten.²⁹

So war etwa die kriminalpolitisch folgenreichste Entscheidung des Bundesgerichtshofs in den letzten 25 Jahren im Steuer- und Zollstrafrecht wahrscheinlich keine Sachentscheidung, sondern eine Gerichtsverwaltungsmaßnahme, nämlich jener Präsidiumsbeschluss, mit dem ab dem 1. Juni 2008 die Sonderzuständigkeit für eingehende Revisionen in Steuerstrafsachen vom 5. Strafsenat zum 1. Strafsenat am Bundesgerichtshof gewandert ist. Bekannt sind die zahlreichen grundlegenden Entscheidungen, die dieser sodann – übrigens nicht selten mithilfe von *obiter dicta* (dazu gleich) – gefällt hat.³⁰ Der Eindruck, dass damit auch eine kriminalpolitische Agenda und eine klare Vorstellung vom Regelungsbe- reich des Steuer- und Wirtschaftsstrafrechts einherging, lässt sich nicht ganz einfach entkräften.

3. Grenzen und Grenzübertritte

Ferner unterliegt die Tätigkeit des Bundesgerichtshofs strukturellen Begrenzungen. Als Rechtsmittelgericht entscheidet er zunächst nur über einzelne Fälle, die an ihn herangetragen werden. Seine Prüfungsbefugnis ist normativ begrenzt durch den Umfang der Revisionsanfechtung (§ 352 Abs. 1 StPO), durch das Verbot der *reformatio in peius* (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) und im Prozessrecht durch die durch den einzelnen Beschwerdeführer jeweils erhobenen Verfahrensrügen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Seine Prüfungsdichte bleibt allein auf die Rechtskontrolle beschränkt (§ 337 Abs. 1 StPO). Er darf nicht fragen, ob das Urteil auf *tatsächlich* richtigen Feststellungen beruht. In diesem Zusammenhang erklären sich auch zwei Formen von Grenzübertritten des Bundesgerichtshofs von kriminalpolitischer Relevanz:

Da wäre zum einen materiell die in den vergangenen 50 Jahren Schritt für Schritt vollzogene Wandlung der Prüfungsdichte, mit welcher der Bundesgerichtshof – man kann sagen: in eigener Machtvollkommenheit – auch die Beweiswürdigung, die nach Vorstellung des historischen

Gesetzgebers, wie die Materialien unzweifelhaft belegen,³¹ *allein* dem Tatrichter vorbehalten sein sollte, in sein Prüfungsprogramm einbezogen hat.³² Der kriminalpolitische Kontext dieser Entwicklung ist den eben erwähnten Beschränkungen geschuldet, und zwar vor dem Hintergrund der Stellung des Bundesgerichtshofs im Rechtsmittelsystem: Nach nur einer Tatsachenebene ist er die *letzte* Instanz im Bereich der Schwerekriminalität. Die (folgt man wiederum dem historischen Gesetzgeber) *funktionell* als qualifizierter Berufungersatz gedachte Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO) ist aufgrund der strengen und einengenden Praxis der Wiederaufnahmegerichte weitgehend zahnlos.³³ Im Wissen um diese Letztverantwortlichkeit war es mit dem Selbstverständnis der höchsten Richter kaum mehr vereinbar, Urteile, an deren Richtigkeit im Tatsächlichen Zweifel bestehen, sehenden Auges hinzunehmen.³⁴ Darum entwickelte der Bundesgerichtshof Kriterien, die den rechtlichen Maßstab der Beweiswürdigung definieren sollten, und die bereits mit der allgemeinen Sachrüge – und damit unabhängig von der Fertigkeit und dem Darstellungsvermögen des Revisionsführers (lies: Verteidigers) – die Kontrolle durch das Revisionsgericht eröffnen konnten. Man lehnt sich nicht allzu weit aus dem Fenster, wenn man die These vertritt, dass es dieser gestaltenden Erweiterung des eigenen Prüfbereichs – passend spricht man hier von der „erweiterten Revision“ – zugeschrieben werden kann, wenn sämtliche Initiativen um eine Reform des Rechtsmittelverfahrens³⁵ in Strafsachen über das Diskussionsstadium nicht hinausgekommen sind.³⁶

Der zweite Grenzübertritt betrifft die Einzelfallgebundenheit und Rügeabhängigkeit der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs. Er kann nur das entscheiden, was in zulässiger Form Gegenstand des Revisionsangriffs geworden und *entscheidungserheblich* ist. Hieraus erklärt sich die (mitunter) große Vorliebe mancher Senate für *obiter dicta*, also dem Aufwerfen und Ansprechen von Rechtsfragen, die für die konkrete Entscheidung, aus welchem Grund auch immer, nicht erheblich sind.³⁷ Die gebräuchliche Formulierung lautet dann häufig: „der Senat neigt der Auffassung zu, dass ...“. Angebracht sind sie dort, wo es

tungsrechtliches bei §§ 324 ff. StGB) und wird nur durch das Verfahren nach § 132 Abs. 2 GVG begrenzt.

²⁸ BGHZ 37, 210, 213; vgl. ferner zu den Konsequenzen *Breidling*, in: *Erb* u.a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2010, § 21f GVG Rn. 4.

²⁹ Eindrücklich *Fischer* NStZ 2013, 430; dazu *Barton* StRR 2014, 404 (409); *Brodowski* HRRS 2013, 409.

³⁰ Eine Zwischenbetrachtung lieferten *Wessing/Biesgen* NJW 2010, 2689 unter dem aussagekräftigen Titel „Der 1. Strafsenat des BGH und das Steuerstrafrecht“.

³¹ Siehe nur *Hahn* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Abt. 1, 2. Aufl. 1885, S. 249 f., wonach „die rein thatsächliche Würdigung des Straffalls, also namentlich die Würdigung der erbrachten Beweise, von der Thätigkeit des höheren Richters ausgeschlossen bleiben muß“.

³² Grundlegend erstmals aufgearbeitet von *Fezer* Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit?, 1974.

³³ Dazu erhellend *Eschelbach*, in: Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR StPO, 33. EL 2002, Vor § 359 Rn. 28 ff.

³⁴ Statt vieler dazu *Fezer*, in: FS Hanack, 1999, S. 331 (334 ff.), der festhält (S. 338): „Wenn der Gesetzgeber das erste und einzige Rechtsmittel im Bereich der Schwerekriminalität so ausgestaltet, daß es Fehler im tatsächlichen Bereich der Rechtsmittelkontrolle entzieht, dann ist der richterliche ‚Ungehorsam‘ vorprogrammiert.“

³⁵ Anschauliche Darstellung zur Rechtsmittelreform in Strafsachen bei *Kintzi*, in: FS Rieß, 2002, S. 225, der dem Beitrag den vielsagenden Titel „Eine unendliche Geschichte“ gibt.

³⁶ Vgl. bereits die Einschätzung bei *Fezer*, in: FS Hanack (Fn. 34), S. 331 (333); *Rieß*, in: FS Hanack (Fn. 34), S. 397 (402).

³⁷ Dazu siehe nur *Fezer*, in: FS Küper, 2007, S. 45.

um sog. *Segelanweisungen* geht, wie salopp im Fachjargon die am Schluss einer aufhebenden Entscheidung befindlichen „Hinweise“ an den nunmehr mit der Sache befassten neuen Tatrichter genannt werden, etwa weil der Senat auf Grund anderer Rügen, die er nicht entscheiden musste, Hinweise zur Vermeidung und Fehlern geben möchte, die den Bestand des zukünftigen Urteils gefährden könnten.

Jenseits dieses engen und sachgemäßen, weil fallbezogenen Anwendungsbereichs bleiben *obiter dicta* letztlich ein genuin kriminalpolitisches *Kommunikationsmittel*. Sie geben Rauchzeichen an unterschiedliche Adressaten: an die Tatgerichte, die, so hat man den Eindruck, offen dazu eingeladen werden sollen, dem Senat doch endlich einmal einen geeigneten Fall zur rechtsverbindlichen Bestätigung seiner „Neigung“ zu liefern; aber auch an den Gesetzgeber, den der Bundesgerichtshof dort, wo er möglicherweise seine Grenzen erreicht wähnt, zum Handeln auffordern möchte. Beispielhaft genannt sei hier die von *Ventzke* akribisch zusammengestellte Analyse jener Judikate, in denen das im Einzelfall unbotmäßige Verhalten der Verteidigung dem Revisionsgericht – fast durchweg in nicht tragenden Erwägungen – Anlass bot, jene gleichsam als Institution an den Pranger zu stellen.³⁸ Das liest sich dann in etwa so: „Bei einer weiteren Zunahme dieses nach Beobachtung des Senats immer mehr um sich greifenden Phänomens wird sich letztlich auch der Gesetzgeber zum Einschreiten veranlasst sehen müssen.“³⁹

Lassen wir dies einmal so stehen und fragen nicht, warum die richterliche Unabhängigkeit, die Sätze wie diesen ermöglicht, einen Anspruch zur rhetorischen Inpflichtnahme des Gesetzgebers beinhalten soll.

4. Steuerungsmacht

Aus diesen strukturellen Eigenarten ergeben sich Konsequenzen für den Umgang des Revisionsgerichts mit seinen Tatgerichten. Diese wissen sehr schnell, was *ihr* Senat mag und was nicht, worauf sie bei der Darlegung der schriftlichen Urteilsgründe genauestens Wert legen müssen und wo sie mit revisionsrichterlicher Milde rechnen können. Das Wissen um das Maß der Kontrolle steuert die Rechtsanwendung in der Instanz. So war es im Sprengel des 5. Strafsenats kein Geheimnis, dass dort manchem Revisionsrichter der Strafraumen des schweren Raubes, der mit drei Jahren Mindeststrafe von vornherein keinen Raum für Bewährungsstrafen lässt, zu hart bemessen für das Alltagsgeschäft erschien. Im Regelfall sollte ein minder schwerer Fall geprüft und vorsorglich bejaht werden. Umgekehrt war die Rechtsprechung des 1. Strafsenats jedenfalls bis 2013 von einer spürbaren Zurückhaltung geprägt, wenn es um Eingriffe in die klassischen Domänen des Tatrichters ging. Erfolgreiche Strafzumessungsrevisionen kannte man in Bayern und Baden-Württemberg jedenfalls zugunsten des Angeklagten kaum. In dieser Zeit, es war wohl das Jahr 2006, hörte ich meinen Ausbilder im Referendariat am Landge-

richt Tübingen erstmals sagen, der 1. Strafsenat sei „wie Oliver Kahn: er hält alles, was er halten muss“.⁴⁰

Es zeigt sich somit, dass die kriminalpolitischen Steuerungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts sich nicht erst in großen Leitsatzentscheidungen niederschlagen müssen, um ganz unterschwellig auf die Arbeit der Tatgerichte Einfluss nehmen zu können.⁴¹ Im Vier-Augen-Gespräch sprechen Bundesrichter ganz offen von einem „Steuerungsbedarf“ in manchen Bereichen oder bei manchen Kammern, den sie sehen und dem sie nachkommen müssen – nicht zuletzt, wenn es um das aus ihrer Sicht *angemessene* Strafniveau geht.

Soviel zu den strukturellen Eigenheiten. Wenden wir uns nun einem Beispiel zu.

IV. Wahlfeststellungen – ein Beispiel für die problematische kriminalpolitische Gestaltungsmacht der Rechtsprechung

Naturgemäß zeigt sich die Gestaltungsmacht des Bundesgerichtshofs dort am deutlichsten, wo er richterliche Rechtsfortbildung betreibt. Ich habe mich indes bewusst dagegen entschlossen, dies an der aus revisionsverfahrensrechtlicher Sicht wohl bedeutsamsten Entscheidung seit Bestehen des Bundesgerichtshofs zu verdeutlichen: dem Placet des Großen Senats zur Statthaftigkeit der sog. Rügeverkümmern.⁴² Dazu ist alles gesagt.⁴³ Stattdessen möchte ich mit einem anderen Beispiel die Funktionsweise und die mitunter klandestine kriminalpolitische Wirkmacht der Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof beleuchten: dem Rechtsinstitut der Wahlfeststellung.

⁴⁰ Inzwischen ein Oudit, über dessen Urheberchaft man nichts Genaueres weiß. Zu dieser (Selbst-?)Beschreibung merkt *Fischer* (in: FS Beulke, 2015, S. 709 [722 in Fn. 722]) treffend an: „Ein etwas dümmlicher Scherz, der auf die angebliche Eigenschaft des vormaligen so genannten ‚Titanen‘ anspielt, ‚alle Bälle zu halten‘ – gemeint ist: Möglichst keine Revision für begründet zu halten und bis zur Grenze des gerade noch Vertretbaren jeden Fehler der Tatgerichte im Revisionsverfahren ‚irgendwie‘ zu heilen oder zumindest für geheilt zu erklären. Das geht am besten mit nicht zu begründenden Beschlüssen gem. § 349 Abs. 2 StPO.“

⁴¹ So räumt auch *Fischer*, in: *Fischer/Gerhardt ZRP* 2014, 58 ein: „Darüber hinaus ist selbstverständlich auch die ‚normale‘ Tätigkeit eines Obersten Bundesgerichts als Revisionsgericht in vielfältiger Weise rechtspolitisch wirksam. Für die Rechtspraxis der unteren Gerichte wirken die Entscheidungslinien und -tendenzen des Revisionsgerichts in den meisten Fällen als Orientierung, selbst wenn von einer Bindung im technischen Sinn nicht gesprochen werden kann.“

⁴² BGHSt 51, 298 = HRRS 2007 Nr. 600; dazu BVerfGE 122, 248 = HRRS 2009 Nr. 296.

⁴³ Zustimmung: *Fahl JR* 2007, 340; *Hebenstreit HRRS* 2008, 172; ablehnend: *Hamm NJW* 2007, 3166; *Knauer*, in: FS Widmaier, 2008, S. 291; *Ventzke HRRS* 2008, 180. Lesenswert ist auch das Sondervotum der Richter *Voßkuhle, Osterloh* und *Di Fabio* in BVerfGE 122, 282 = HRRS 2009 Nr. 296, Rn. 95 ff.

³⁸ *Ventzke*, in: FS Fezer, 2008, S. 478.

³⁹ BGH NStZ 2009, 168 (169) = HRRS 2007 Nr. 940. – Gemeint ist mit „Phänomen“ eine aus Sicht der Justiz, wie es heißt, „dysfunktionale“ Inanspruchnahme des Beweisanzpruchs durch die Verteidigung.

1. Bedeutung

Es geht hier um eine Rechtsfigur, an deren Schlummern neben dem Gesetz man sich auch in der universitären Examenpraxis längst gewöhnt hat. Was man unter „echten“ Wahlfeststellungen versteht, ist bekannt.⁴⁴ Dazu nur in aller Kürze: Gemeint ist das Ergebnis der Beweisaufnahme, bei der der Tatrichter am Ende der Hauptverhandlung zwar sicher zu wissen meint, dass sich der Angeklagte strafbar – im klassischen Ausgangsfall: entweder wegen Diebstahls oder Hehlerei – gemacht haben muss, nicht aber weiß, welcher von zwei alternativ möglichen Sachverhalten zutrifft. Eine dritte Variante, bei der sich der Angeklagte straflos verhalten haben könnte, scheidet aus. Ist es dann gerecht, ihn jeweils *in dubio pro reo* freizusprechen? Die Frage nach dem *gerechten* Ergebnis liefert einen unzweideutigen Hinweis auf den kriminalpolitischen Charakter der Entscheidung.

Doch blicken wir zunächst etwas zurück. Die Geschichte dieses Instituts war wechselhaft. Einstmals gab es nämlich eine gesetzliche Grundlage: § 2b RStGB, vom nationalsozialistischen Gesetzgeber im Jahre 1935 eingefügt, ließ die Wahlfeststellung ohne materielle Einschränkungen zu.⁴⁵ Die Norm wurde indes vom Alliierten Kontrollrat im Rahmen der „Desinfektion“ des Strafgesetzbuchs von spezifisch nationalsozialistischem Rechtsdenken gestrichen.⁴⁶ Damit, so könnte man meinen, sei auch die Geschichte der Wahlfeststellung beendet worden.

Mitnichten. Bereits im ersten Band der amtlichen Sammlung bekannten sich der 3. und 4. Strafsenat des Bundesgerichtshof zu dieser Rechtsfigur, ohne geschichtsbedingte Bauchschmerzen. Dank eines geschickten und – chronologisch besehen – formal korrekten, aber bei Lichte betrachtet apologetischen Arguments. Es lautete: Es könne sich bei der Frage der ungleichartigen Wahlfeststellung nicht um eine spezifisch nationalsozialistische Rechtsfigur handeln, weil dieses Institut vom Reichsgericht bereits in einer Entscheidung der Vereinigten Strafsenate vom 2. Mai 1934⁴⁷ – also ein Jahr vor Inkrafttreten des § 2b RStGB – für zulässig erachtet worden sei.⁴⁸ Folglich sei die Nichtigerklärung dieser Norm unerheblich. Der Bundesgerichtshof könne vielmehr an der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die bekanntlich keine Bindungswirkung entfaltet, anknüpfen (zur Tragfähigkeit dieser Argumentation gleich).

Der Rest ist bekannt. Die Rechtsprechung weitete sehr bald und im Laufe der Zeit mehr und mehr den Anwendungsbereich der ungleichartigen Wahlfeststellung mithilfe eines materiellen Kriteriums, der „rechtsethischen

und psychologischen Vergleichbarkeit“ der jeweiligen Tatbestände, aus,⁴⁹ mit der Folge, dass in der aktuellen Kommentierung zu § 261 StPO bei *Stuckenberg* eine tabellarische Übersicht der zulässigen Tatbestandsalternativität nahezu eineinhalb Druckseiten umfasst.⁵⁰ Das ist nicht zuletzt deshalb erwähnenswert, weil die besagte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1934, die erstmals von der bis dahin geltenden ständigen Rechtsprechung der Unzulässigkeit der Wahlfeststellung nur eine *Ausnahme* zugelassen hatte, nämlich *allein und ausschließlich* für die Tatbestände des Diebstahls und der Hehlerei.

2. Kritische Anmerkungen zu Legitimität, Transparenz und Kontrolle

Gewiss geht es hier um ein Rechtsinstitut, das man als kriminalpolitisch *zweckmäßig* beschreiben kann. Nochmals: Ist es nicht ein Gebot der Gerechtigkeit, denjenigen zu bestrafen, bei dem feststeht, dass er sich irgendwie strafbar gemacht haben muss, ohne dass aber die gerichtlichen Erkenntnismöglichkeiten den Sachverhalt genauer spezifizieren können? Verkehrt sich in Fällen wie diesem nicht die Unschuldsvermutung in ihr Gegenteil? Man könnte aber auch fragen: Was spricht dagegen, die Rechtsprechung hierüber entscheiden zu lassen? Die Antwort, die ich hier nur skizzieren kann, lautet: Legitimität, Transparenz und Kontrolle.

a) Legitimität

Legitimität wird im Rechtsstaat durch Legalität begründet. Das berührt bei der Wahlfeststellung unmittelbar verfassungsrechtlichen Boden. Es geht um Art. 20 Abs. 3 GG und genuin strafrechtlich um Art. 103 Abs. 2 GG, und zwar nicht im Rahmen der individualrechtsschützenden Bestimmbarkeitskomponente (jeder der betroffenen Tatbestände erfüllt diese Voraussetzung), sondern hinsichtlich der kompetenzwahrenden Seite des Gesetzlichkeitsprinzips:⁵¹ über die Bedingungen der Strafbarkeit entscheidet der Strafgesetzgeber.⁵² Warum das hier problematisch ist, verdeutlicht wiederum ein Blick zurück in die richterrechtliche Entstehungsphase der Wahlfeststellung.

Die als Persilschein für ihre ideologische Unbedenklichkeit gewertete Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 68, 257 entstand unter nebulösen Zeichen der Zeit und muss wohl im Gesamtzusammenhang der nationalsozialistischen „Machtergreifung“ gesehen werden. Es schadet nicht, sie nachzulesen.⁵³ Das Verständnis der eigenen

⁴⁴ Statt vieler: *Fischer* (Fn. 13), § 1 Rn. 32 ff.

⁴⁵ Im Wortlaut: „Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.“

⁴⁶ Art. I, IV Kontrollratsgesetz Nr. 11 zur Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts vom 30. Januar 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 31.1.1946, S. 55).

⁴⁷ Siehe indes RGSt 68, 257.

⁴⁸ Dies sahen sowohl der 3. Strafsenat (BGHSt 1, 127 [128]) also auch der 4. Strafsenat (BGHSt 1, 275 [276]) so.

⁴⁹ So bereits in BGHSt 1, 275 (278).

⁵⁰ *Stuckenberg*, in: KMR (Fn. 33), 68. EL 2013, § 261 Rn. 145.

⁵¹ So *Freund*, in: FS Wolter (2013), S. 35 (48 ff.).

⁵² Vgl. nur BVerfGE 92, 1 (12 ff.); 126, 170 (194 f.) = HRRS 2010 Nr. 656.

⁵³ Der Entstehungszusammenhang wird eindrücklich geschildert bei *Pauli* (Fn. 5), S. 50 ff. – Es ist wohl ein beispieldarrender Vorgang, wenn zunächst ein Urteil (!) des 1. Strafsenats des Reichsgerichts zur Veröffentlichung gelangt, in dem dieser von der bis dahin geltenden Rechtsprechung, die eine ungleichartige Wahlfeststellung untersagte, abweichen will, ohne sich an die entgegenstehende Judikatur gebunden zu sehen. Wenn dann aber im folgenden Heft der

Funktion war seinerzeit ein gänzlich anderes. Ohne den – formal noch geltenden – Art. 116 der Weimarer Reichsverfassung mit einer Silbe zu erwähnen, begründet das Reichsgericht seine Rolle im Rahmen der Rechtsfortbildung damit, „gleich [!] dem Gesetzgeber [zu] arbeiten“⁵⁴ und sich hierbei maßgebend von „Zweckmäßigkeitserwägungen“ leiten zu lassen. Die dann gefundene Begründung für die ausnahmsweise Statthaftigkeit der Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei legitimiert es mit „dem allgemeinen Rechtsempfinden [!], als dieses der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Missbilligung ange-deihen lässt wie der des Diebes“.⁵⁵

Es kann dahinstehen, ob sich der Bundesgerichtshof bereits im ersten Band diese „Begründung“ zu eigen gemacht hat, jedenfalls hat er in einer Art und Weise, die mit der Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahr 1934 nicht mehr im Einklang steht, die Fallgruppen für die ungleichartige Wahlfeststellung kontinuierlich erweitert. Dass das Ganze mit einem durch den Bundesgerichtshof hinzugefügten Feigenblatt, nämlich der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der in Rede stehenden Tatbestände, versehen blieb, was zwar wohl klingt („Wer hat schon etwas gegen Ethik?“), aber nirgends näher erläutert wird, macht die Dinge nicht besser, sondern betrifft den Kritikpunkt mangelnder Transparenz (dazu gleich).

Warum konnte sich die Wahlfeststellung gleichwohl halten? Wahrscheinlich, weil der Gesetzgeber eine entsprechende Vorschrift in Anbetracht der problematischen Entstehungsgeschichte der Vorgängernorm und ihrem Ende *so* nicht wieder zu formulieren gewagt hätte. Kriminalpolitik durch das Revisionsgericht hat dann eine Stillhaltefunktion. Sie ermöglicht dem Strafgesetzgeber sich wegzuducken und damit zugleich die Flucht aus der Verantwortung und ein Aussitzen unliebsamer rechtspolitischer Probleme.

b) Transparenz

Das Transparenzdefizit wird deutlich mit Blick auf das eben erwähnte materielle Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit. Sieht man nämlich von den Konkretisierungsschwächen dieser Formel ab,⁵⁶

Präsident des Reichsgerichts erklären muss, es habe sich dabei um einen Urteilsentwurf (!) gehandelt, der durch ein bedauerliches Versehen publiziert worden sei, so drängt sich die Frage auf, ob das hiernach befasste Plenum sich ohne größeren Druck der „dem neuen Rechtsdenken“ gesinnten Fachöffentlichkeit mit dem Problem befassen konnte. Dass der erste Schritt zur ungleichartigen Wahlfeststellung der nationalsozialistischen Strafrechtsdogmatik entsprach, belegt *Pauli* (S. 53 f.) nachvollziehbar anhand von Rechtsprechungskommentaren (etwa von *Schaffstein* JW 1934, 531 [532]) des zeitgenössischen Schrifttums. Er folgert auf S. 61: „Zum Kompromiß kam es, weil die Vertreter der weitergehenden Forderung die rechtspolitische Gunst der Stunde nutzten, die nationalsozialistische Rechtsauffassung für ihre Ansicht reklamierten und dieser dadurch vom Tatsächlichen her eine Wucht verliehen, die ihr argumentativ zuvor abgegangen war.“

⁵⁴ RGSt 68, 257 (259).

⁵⁵ RGSt 68, 257 (263).

⁵⁶ Zur Kritik etwa *Günther* Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 116 ff.

bleibt sie ein juristisches Modell zweifelhafter Provenienz. Was nämlich in kaum einem Kommentar noch nachgelesen werden kann, obgleich u.a. bereits *Eberhard Schmidt* darauf – wenn auch nur kurz⁵⁷ – aufmerksam gemacht hat: Die Formel wurde von *Kohlrausch* im Rahmen seiner Kommentierung zu § 2b RStGB aus der Tätertypenlehre heraus abgeleitet.⁵⁸ Sie diente der Einschränkung bzw. Erweiterung des damals geltenden Rechts. Nicht frei von Bedenken⁵⁹ gestand *Kohlrausch* dabei unumwunden ein, dass Wahlfeststellungen mit einem Tatstrafrecht nicht vereinbar wären, wohl aber zur Bestrafung gleichartiger Tätertypen geeignet seien:

„So ist die Zulassung einer Wahlfeststellung, wenn diese eine wirkliche Schuld feststellung sein soll, Zulassung einer Persönlichkeitsfeststellung; nicht ein Tattyp, sondern ein Tätertyp wird festgestellt und hierauf die Strafe gegründet. Nur so sind Wahlfeststellungen zu rechtfertigen. Hält man am Gedanken der Tatstrafe [im] alten Sinne fest, so ist der Einwand, daß [Wahlfeststellungen] zu Verdachtsstrafen führen, nicht [!] zu widerlegen.“⁶⁰

Dies sei, so *Kohlrausch*, der Ansatzpunkt zur Einschränkung und Erweiterung des Wortlauts für die „[r]echtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der möglichen Verhaltensweisen. Es geht nicht an, ohne solche Vergleichbarkeit das wirkliche Verhalten dahingestellt zu lassen und trotzdem aus einem bestimmten Gesichtspunkt zu strafen.“⁶¹

Dass diese Formel später, so scheint es, wie ein Kaninchen aus dem Zylinder des Revisionssenats gezaubert, ohne ordentlichen⁶² Quellennachweis präsentiert und weiterverwendet wurde, sollte daher nicht übersehen werden. Darin kann ein Transparenzdefizit kriminalpolitischen Wirkens durch die Rechtsprechung liegen.

c) Kontrolle

Nun könnte man einwenden, das alles sei nicht so schlimm. Schließlich könne solch revisionsgerichtliche Aktivität auch das Verfassungsrecht in Art. 103 Abs. 2 GG berühren und unterliege damit der Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts. Das ist richtig, wird aber als Einwand zunächst einmal empirisch dadurch geschwächt, dass bis heute, soweit mir ersichtlich, keine *begründete*⁶³ Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

⁵⁷ *Eb. Schmidt* StPO Lehrkommentar II, 1957, § 244 Rn. 16: „mit bedenklichem Abstellen nicht auf einen Tattyp, sondern einen Tätertyp“.

⁵⁸ *Kohlrausch-Lange* RStGB, 37. Aufl. 1941, § 2b Anm. II 2 und 3 (S. 53, 54). Die Fundstelle muss sich aber bereits in der – mir leider nicht vorliegenden – 35. Aufl. von 1940 finden.

⁵⁹ *Kohlrausch-Lange* (Fn. 58), § 2b Anm. II (S. 53): „Die Regel des § 2b ist etwas so Ungewöhnliches, daß sie nur im Notfalle [!] angewendet werden sollte.“

⁶⁰ *Kohlrausch-Lange* (Fn. 58), § 2b Anm. II 2 (S. 54).

⁶¹ *Kohlrausch-Lange* (Fn. 58), § 2b Anm. II 3 (S. 54).

⁶² Zitiert wird die 39./40. Auflage aus dem Jahre 1950 und zudem lediglich die Anmerkungen zu § 330a StGB, die hier wenig weiterführen.

⁶³ Was nicht bedeuten muss, dass es keine Entscheidung gibt. Nichtannahmebeschlüsse der Kammern *bedürfen* freilich keiner Begründung (Art. 93d Abs. 1 Satz 2 BVerfGG); zur Kritik hieran *Kroitzsch* NJW 1994, 1032.

bekannt ist, die sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Wahlfeststellung befasst hat. Hinzu kommt, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle kaum ausrechenbar bleibt. Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht ist zwar *jedermann* eröffnet, gleichwohl sind seine Ressourcen begrenzt. Das evokiert Zugangsfilter und Steuerungsbedürfnisse.⁶⁴ Die interne Annahmepaxis wird hierdurch nicht transparenter, sie scheint, jedenfalls für den außenstehenden Beobachter, auch von den jeweils im Dezernat herrschenden verfassungsrechtspolitischen Tendenzen getragen zu sein und trägt zu einer aus Sicht des Beschwerdeführers schwer zu durchschauenden – den Fallstricken der Judikatur zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO vergleichbaren – Zulässigkeitsprüfung bei.⁶⁵ Sieht das Bundesverfassungsgericht dagegen in einem Themenfeld Regelungsbedarf, wie etwa jüngst im Strafverfahrensrecht beim Verständigungsgesetz,⁶⁶ so scheint seine Scheu, im Stile einer (ansonsten mit Vehemenz negierten) Superrevisionsinstanz einzugreifen, jedenfalls nicht unüberbrückbar zu sein.⁶⁷

Jenseits dessen bleibt die Urteilsverfassungsbeschwerde ein schwergängiges Kontrollinstrument zur Begrenzung von kriminalpolitischem Aktionismus im Gewande richterlicher Rechtsfortbildung. Dem Bundesverfassungsgericht ist nämlich eines sehr wohl bewusst: Bei der Be-

⁶⁴ Instrukтив *Heun* Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 119 ff.

⁶⁵ Instrukтив ist dabei der Vergleich zwischen den Rügebarrieren im Verfassungsbeschwerde- und Revisionsverfahren bei *Reichart* Revision und Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2007.

⁶⁶ BVerfGE 133, 168.

⁶⁷ So machten zahlreiche Kommentatoren zu BVerfGE 133, 168 = HRRS 2013 Nr. 222 darauf aufmerksam, dass sich das BVerfG doch sehr intensiv mit der richtigen Auslegung des einfachen Rechts befasst habe; vgl. etwa *Knauer* NStZ 2013, 433 (434); *Mosbacher* NZWiSt 2013, 201 (203); *Niemöller* StV 2013, 419 (423); *Stuckenberg* ZIS 2013, 212 (216).

stimmung der Gesetzesbindung der Fachgerichte definiert und begrenzt es zugleich auch immer den Umfang seiner Überprüfungshoheit.⁶⁸ Das kann erklären, warum verlässliche Maßstäbe zur Dogmatik der Gesetzesbindung fehlen. Deutlich wurde dies zuletzt an den argumentativen Klimmzügen, die die Senatsmehrheit in BVerfGE 122, 248 aufwenden musste, um das völlig fehlende verfassungsrechtliche Problembewusstsein des Bundesgerichtshofs bei dessen bereits erwähnter Rechtsprechungsumkehr zur Beweiskraft und Beweisverlässlichkeit des Hauptverhandlungsprotokolls im Einklang mit dem Grundgesetz halten zu können.⁶⁹

V. Fazit

Das kriminalpolitische Agieren des Bundesgerichtshofs erschöpft sich nicht allein in seinen von der Fachöffentlichkeit registrierten Leitsatz-Entscheidungen. Es kommt gerade auch in der alltäglichen Praxis des Revisionsverfahrens als Steuerungsinstrument der tatgerichtlichen Praxis zum Vorschein. Es ist dabei abhängig von der personellen Zusammensetzung des jeweiligen Senats und dessen Verständnis von der kriminalpolitischen Leitfunktion des Revisionsgerichts. Durch das Aktivwerden des Gerichts können gesetzgeberische Entscheidungen, die einem mitunter konfrontativen Diskussionsprozess im Parlament und in der Fachöffentlichkeit unterworfen wären, vermieden werden. Davon dürften beide Seiten profitieren. Problematisch bleiben indes Legitimationsdefizite, Intransparenz und die reduzierte bzw. unklare verfassungsrechtliche Kontrolle.

⁶⁸ *Möllers* JZ 2009, 668 (669).

⁶⁹ Dies belegt scharfsinnig aus Sicht eines Verfassungsrechtlers die Entscheidungsrezension von *Möllers* JZ 2009, 668 (670): „Die Entscheidung der Senatsmehrheit liest sich dagegen in großen Teilen wie die einfachgesetzliche Begründung, die das Revisionsgericht hätte leisten müssen, aber nicht geleistet hat.“

Zum Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten auf Grundlage der neu geschaffenen §§ 9a und 9b BVerfSchG

Von Dr. Jochen Bader, Karlsruhe*

I. Neue Regeln für den Einsatz menschlicher Quellen

Am 21. November 2015 ist das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes (GVZBV) in Kraft getreten¹. Ein wichtiger Bestandteil dieses Gesetzes sind die neu geschaffenen §§ 9a und 9b des Bundesverfassungsschutzgesetzes (BVerfSchG). Diese betreffen das nachrichtendienstliche Mittel des Einsatzes von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten.

Mit der Neuregelung wurden folgende Fragen angegangen:

1. Welches strafrechtlich relevante Verhalten von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten der Nachrichtendienste ist gerechtfertigt?
2. Was geschieht, wenn sich Verdeckte Mitarbeiter oder Vertrauensleute strafbar gemacht haben?
3. Nach welchen Kriterien müssen Vertrauensleute der Nachrichtendienste ausgesucht werden?

Bestehenden Regelungsbedarf haben zum einen der NSU-Untersuchungsausschuss des Bundestages und die Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus (BLKR) aufgezeigt². Zum anderen dürfte ein Urteil des OLG

Düsseldorf vom 6. September 2011 das Bedürfnis nach Rechtssicherheit verstärkt haben. Das OLG Düsseldorf hatte eine gegen Entgelt und im Auftrag des Bundesnachrichtendienstes (BND) in Deutschland handelnde Vertrauensperson wegen der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland und wegen strafbarer Verstöße gegen das Aufenthaltsgesetz zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Mit dieser erstinstanzlichen OLG-Entscheidung wurde der Auffassung, dass die einsatzbedingte Erfüllung von Straftatbeständen durch Vertrauensleute unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung von Dienstrechten bzw. einer Amtsbefugnis strafrechtlich gerechtfertigt sein könne, eine klare Absage erteilt³.

Die neuen §§ 9a und 9b BVerfSchG spielen nicht nur für die eingesetzten Verdeckten Mitarbeiter und Vertrauensleute selbst eine große Rolle, sondern auch für diejenigen, die in den Diensten für die Einsätze verantwortlich sind. Denn die Frage, ob sich auch VP-Führer wegen Anstiftung oder Beihilfe strafbar machen können, hängt aufgrund der allgemeinen Beteiligungsregeln des StGB entscheidend von der strafrechtlichen Bewertung des Handelns der menschlichen Quelle ab (limitierte Akzessorität).

Durch das GVZBV wurden auch § 3 S. 2 des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) und § 5 des Gesetzes über den Militärischen Abschirmdienst (MADG) geändert, die nun die §§ 9a und 9b BVerfSchG für entsprechend anwendbar erklären. Für Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauensleute des BND (im Inland) und des Militärischen Abschirmdienstes (MAD) gelten damit dieselben Regeln wie für die des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV). Die nachfolgende Untersuchung erfolgt aus Gründen einer klareren Darstellung jedoch allein mit Blick auf die Tätigkeit des BfV.

* Der Autor ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Frankenthal und derzeit zum Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof abgeordnet. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder. Dank für wertvolle Anregungen gebührt Herrn BA b. BGH Michael Bruns und Herrn Regierungsdirektor im BMJV Volker Kraft.

¹ Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17. November 2015 (BGBl. I S. 1938). Einen Überblick über die wichtigsten Änderungen gibt *Marschollock* NJW 2015, 3611 ff.

² Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des 2. Untersuchungsausschusses der 17. Wahlperiode (NSU-Unter-

suchungsausschuss), BT-Drs. 17/14600, S. 896; Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus vom 30. April 2013, Berlin 2013, S. 283. Letztere empfahl vor dem Hintergrund des durch sie aufgearbeiteten NSU-Komplexes, bundesweit einheitliche Rahmenbedingungen für den Einsatz menschlicher Quellen zu schaffen.

³ OLG Düsseldorf, Ur. v. 6.9.2011 – 5 Sts 5/10, NStZ 2013, 590 ff.

II. Zur allgemeinen Problematik des Agierens von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten im strafrechtsrelevanten Bereich

Um seinem gesetzlichen Auftrag nach § 3 BVerfSchG effektiv nachkommen zu können, ist das BfV auf menschliche Quellen angewiesen. Mitunter schwierig ist dabei der Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten zur Aufklärung terroristischer Vereinigungen, extremistischer Gruppierungen und verbotener Vereinigungen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Frage, welches Einsatzverhalten im strafrechtsrelevanten Bereich gerechtfertigt ist⁴. Es liegt in der Natur der Sache, dass Verdeckte Mitarbeiter oder Vertrauensleute einer entsprechenden Vereinigung oder Gruppierung sehr nahe kommen müssen, um wichtige Informationen erlangen zu können. Auch ohne Beteiligung an den konkreten Katalogtaten im Sinne des § 129a StGB besteht dabei aufgrund der weiten Tatbestände verschiedener Organisationsdelikte die Gefahr, dass die eingesetzte Person entsprechende Straftatbestände verwirklicht⁵. Solche Einsätze können den Tatbestand der mitgliedschaftlichen Beteiligung (§ 129a Abs. 1 StGB) oder der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (129a Abs. 5 StGB) erfüllen. Ist die aufzuklärende Organisation zudem verboten worden, können auch Straftatbestände gemäß § 20 Abs. 1 VereinsG, § 84 Abs. 2 oder § 85 Abs. 2 StGB verwirklicht werden. Über die Verwirklichung von Organisationsdelikten hinaus kann sich im Einsatz zur Vermeidung einer Enttarnung auch die Notwendigkeit solcher identitätsstiftender Verhaltensweisen ergeben, die ebenfalls Straftatbestände erfüllen (sog. Begleitdelikte). Beispiele dafür sind etwa die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB) oder strafbare Verstöße gegen das versammlungsrechtliche Vermummungsverbot (§ 27 Abs. 2 Nr. 2 Versammlungsgesetz des Bundes oder entsprechende landesrechtliche Regelung)⁶.

1. Rechtslage vor dem Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes

Zum besseren Verständnis der neuen §§ 9a und 9b BVerfSchG lohnt ein kurzer Blick auf den bisherigen Meinungsstand zur strafrechtlichen Rechtfertigung des Einsatzes von Vertrauensleuten der Nachrichtendienste. Bezüglich der Frage, wie das Handeln im strafrechtsrelevanten Bereich der Organisationsdelikte bisher beurteilt worden ist, prägen zwei Auffassungen die Diskussion. Teile der Literatur⁷ gehen davon aus, dass die maßgebli-

chen nachrichtendienstlichen Regelungen konkludent eine Befugnis zum Eingriff in strafatbestandlich geschützte Rechtsgüter enthalten. Angenommen wird ein Rechtfertigungsgrund für die Wahrnehmung einer amtlichen Befugnis (sog. Amtsrecht). Danach stellte beispielsweise § 8 Abs. 2 BVerfSchG (a. F.) in Verbindung mit § 9 BVerfSchG (a. F.) nicht nur die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von Vertrauensleuten als solches dar, sondern war auch ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund. Dementsprechend wird auch in der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes (Begründung des Regierungsentwurfs) mit Blick auf den bisherigen § 8 Abs. 2 BVerfSchG ausgeführt:

„Herkömmlich wird diese Regelung als Amtsrecht verstanden, das zwar nicht zu Grundrechtseingriffen befugt, im Übrigen aber im Rahmen des gesetzlichen Auftrags und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit die Anwendung der Mittel rechtfertigt. Dies gilt beispielsweise für die Herstellung von Tarnpapieren zum Aufbau einer Legende eines verdeckt eingesetzten Mitarbeiters, dessen Mitgliedschaft in einer strafbaren Vereinigung zu deren Aufklärung von innen oder für das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a Strafgesetzbuch (StGB)) im rechtsextremistischen Milieu als szenetypisches Verhalten.“⁸

Gleichzeitig findet sich hier der Hinweis, dass diese Auffassung zunehmend umstritten sei⁹. Die in diesem Zusammenhang in der Begründung des Regierungsentwurfs nur angedeuteten Gegenstimmen sind in Teilen der Literatur¹⁰ und in dem bereits genannten Urteil des OLG Düsseldorf zu verorten. Das OLG Düsseldorf hat die Verurteilung einer Vertrauensperson des BND wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ergebnis damit begründet, dass die Ausübung hoheitlicher Gewalt per se noch keinen Rechtfertigungsgrund darstelle¹¹. Es bedürfe vielmehr einer hinreichend kon-

in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 3 BNDG Rn. 32 ff. differenziert nach betroffenen Schutzgütern und geht zumindest bei Normen, die den Staat oder die Allgemeinheit schützen, von der Möglichkeit einer Rechtfertigung aus; ebenfalls differenzierend, aber grundsätzlich bejahend *Evers* NJW 1987, 153, 155 ff.; aktuell auch *Sellmeier/Warg* NWVBL 2015, 135 ff.

⁸ BT-Drs. 18/4654, S. 25. Ähnlich auch die Gesetzesbegründung zu § 8b Abs. 3 des Bremischen Verfassungsschutzgesetzes. Dort heißt es mit Blick auf Organisationsdelikte: „In der Vergangenheit waren die Verfassungsschutzbehörden der Länder und des Bundes insoweit von einer sich bereits aus dem gesetzlichen Auftrag der Verfassungsschutzbehörden ergebenden Rechtfertigungsgrund ausgegangen“, *Bremische Bürgerschaft*, Drs. 18/1047, S. 25.

⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 25.

¹⁰ Vgl. dazu *Hofmann/Ritzert* NStZ 2013, 177 ff.; Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus vom 30. April 2013, Berlin 2013, S. 294 ff.

¹¹ Auch eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB scheidet laut OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.9.2011 – 5 Sts 5/10, NStZ 2013, 590, 593, aus. § 34 StGB sei unabhängig von der grundsätzlichen Frage, inwieweit dieser überhaupt auf staatliches Handeln anwendbar ist, mit Blick auf die geradezu planmäßig zu verwirklichenden Straftaten von Vertrauensleuten, die immer wieder Organisationsdelikte begehen, untauglich.

⁴ Ausführlich und instruktiv wird die Problematik für die Zeit vor den neu geschaffenen §§ 9a und 9b BVerfSchG von *Hofmann/Ritzert* beschrieben, NStZ 2014, 177 ff.

⁵ Vgl. auch *Hofmann/Ritzert* NStZ 2014, 177 f.

⁶ So ausdrücklich auch in der Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26.

⁷ Dazu beispielsweise *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 274; *Borgs-Maciejewski/Ebert*, Das Recht der Geheimdienste, 1983, BVerfSchG, Rn. 148; *Gusy*

kreten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Form einer Befugnisnorm. § 8 Abs. 2 BVerfSchG (a. F.) – auch in Verbindung mit § 9 BVerfSchG (a. F.) – erfülle diese Voraussetzungen jedenfalls nicht. Anders verhalte sich dies grundsätzlich bei Befugnisnormen, die konkret regeln, welches Verhalten unter welchen Voraussetzungen erlaubt ist, und so in hinreichend bestimmter Weise den Schluss zulassen, dass das Verhalten trotz der Verwirklichung von Straftatbeständen aufgrund seiner Rechtmäßigkeit nicht strafbar ist¹².

2. Erledigung des Meinungsstreits für die Tätigkeit der Nachrichtendienste des Bundes

Mit den neuen §§ 9a und 9b BVerfSchG wird der dargestellte Meinungsstreit nun zumindest für die Nachrichtendienste des Bundes entschärft. Mangels Gesetzgebungskompetenz für die Befugnisse der Landesämter für Verfassungsschutz (LfV) konnte mit dem GVZBV keine bundesweit einheitliche Regelung geschaffen werden¹³. Soweit die Länder in ihren Verfassungsschutzgesetzen keine vergleichbaren Regelungen getroffen haben, besteht der Meinungsstreit fort.

III. Die Regelungen der §§ 9a und 9b Abs. 1 BVerfSchG im Einzelnen

Bevor im Einzelnen auf die §§ 9a und 9b Abs. 1 BVerfSchG eingegangen wird, soll das systematische Zusammenspiel der relevanten Normen des BVerfSchG kurz erläutert werden. In § 9a Abs. 1 BVerfSchG ist nun die allgemeine Rechtsgrundlage für den Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern neu geregelt worden. § 9a Abs. 2 BVerfSchG schafft den Rahmen für die strafrechtliche Rechtfertigung des Einsatzverhaltens¹⁴. Mit § 9a Abs. 3 BVerfSchG wird ein strafprozessualer Einstellungstatbestand für den Fall geschaffen, dass dieser Einsatzrahmen überschritten wird.

Für den Einsatz von Vertrauensleuten ist nach § 9b Abs. 1 S. 1 BVerfSchG § 9a BVerfSchG entsprechend anzuwenden. Damit gelten für Verdeckte Mitarbeiter und für Vertrauensleute dieselben Einsatzvoraussetzungen und Einsatzschränken sowie dieselbe strafprozessuale Einstellungsanforderung. Die nachfolgende Darstellung gilt

¹² OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.9.2011 – 5 Sts 5/10, NStZ 2013, 590, 591; beispielhaft werden Regelungen der Polizeigesetze genannt, die Freiheitsberaubungen und Körperverletzungen rechtfertigen können, oder auch die §§ 1 ff. des Artikel 10-Gesetzes, die eine Strafbarkeit wegen der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB ausschließen.

¹³ Der Kompetenztitel des Artikels 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG erfasst nur Fragen der Zusammenarbeit des Bundes und der Länder. Vgl. zu diesem Thema *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 48 ff.

¹⁴ Nicht erfasst sind nachrichtendienstliche Informanten, Gewährspersonen, Countertermen und Doppelagenten sowie nicht offen, aber nicht legiert ermittelnde Mitarbeiter des BfV. Insoweit bleiben § 8 Abs. 2 und § 9 BVerfSchG anwendbar. Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26. Zur Systematik dieser Regelungen vgl. beispielsweise. *Lampe* NStZ 2015, 361, 366 ff.

daher für Verdeckte Mitarbeiter und für Vertrauensleute gleichermaßen.

1. § 9a Abs. 1 BVerfSchG: Grundsätzliche Einsatzbefugnis – Kriterien für einen dauerhaften Einsatz

Nach § 9a Abs. 1 S. 1 BVerfSchG darf das BfV eigene Mitarbeiter¹⁵ unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten Legende zu Aufklärungszwecken unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 BVerfSchG einsetzen¹⁶. In § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BVerfSchG wiederum wird auf § 3 Abs. 1 BVerfSchG verwiesen, womit auf das Beobachtungsspektrum des BfV Bezug genommen wird. Darüber hinaus werden durch den Verweis auf § 9 Abs. 1 BVerfSchG der Subsidiaritätsgrundsatz und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Einsatzvoraussetzungen ausdrücklich festgelegt (§ 9 Abs. 1 S. 2 u. 3 BVerfSchG). Soll sich der Einsatz gegen eine unter § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BVerfSchG fallende Bestrebung richten, ist die Eingriffsschwelle für einen dauerhaften Einsatz erhöht worden. In diesen Fällen ist nach § 9a Abs. 1 S. 2 BVerfSchG der dauerhafte Einsatz nur noch bei einer Bestrebung von erheblicher Bedeutung zulässig.

2. § 9a Abs. 2 S. 1 BVerfSchG: Kein Einsatz zur Gründung oder steuernden Einflussnahme aufzuklärender Bestrebungen

In § 9a Abs. 2 BVerfSchG werden dem Einsatzverhalten Schranken gesetzt. § 9a Abs. 2 S. 1 BVerfSchG stellt klar, dass Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauensleute nicht zur Gründung und steuernder Einflussnahme von Bestrebungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 BVerfSchG eingesetzt werden dürfen. Wo die Grenze zwischen einsatzbedingtem Agieren und einer steuernden Einflussnahme verläuft, ist ein tatsächliches Problem des Einzelfalls und verdeutlicht die Notwendigkeit einer effektiven operativen Kontrolle.

¹⁵ Weder in § 9a Abs. 1 S. 1 BVerfSchG noch sonst im BVerfSchG wird der Verdeckte Mitarbeiter definiert. In § 9a Abs. 1 S. 1 BVerfSchG ist nur die Rede von „eigenen Mitarbeitern“ des BfV. Eine Regelung wie in § 110a Abs. 2 StPO für den strafprozessualen Verdeckten Ermittler, dass es sich bei der eingesetzten Person um einen Beamten handeln muss, fehlt. Das Erfordernis der Beamteneigenschaft für den Verdeckten Ermittler in der StPO zielt darauf ab, die notwendige straffe Führung und wirksame disziplinarrechtliche Dienstaufsicht zu gewährleisten.

¹⁶ Der Einsatz kann durch das BfV selbst angeordnet werden. Ob die Forderung nach einer gerichtlichen Anordnung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und von Vertrauenspersonen des BKA im erst kürzlich ergangenen Urteil des BVerfG zum BKAG auch auf einen nachrichtendienstlichen Einsatz übertragbar ist, kann hier nicht weiter erörtert werden; für das BKAG vgl. BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 – 1 BvR 1140/09, Rn. 174.

3. § 9a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG: Tätigwerden in oder für strafbare Vereinigungen und andere Personenzusammenschlüsse

§ 9a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG regelt nunmehr ausdrücklich die strafrechtlich rechtfertigende Befugnis zur „Infiltration“ von Personenzusammenschlüssen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 BVerfSchG einschließlich strafbarer Vereinigungen¹⁷. Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauensleute des BfV dürfen danach zur Aufklärung in solchen Personenzusammenschlüssen oder für solche Personenzusammenschlüsse tätig werden. Einsatzbedingte Zuwiderhandlungen gegen die §§ 129, 129a, 129b StGB oder gegebenenfalls auch gegen § 84 Abs. 2 und § 85 Abs. 2 StGB sowie gegen § 20 VereinsG können damit gerechtfertigt sein, soweit sie verhältnismäßig sind.

Im Regierungsentwurf war die Regelung in § 9a Abs. 2 S. 1 und 2 BVerfSchG noch deutlicher auf die §§ 129a, 129b StGB zugeschnitten. Dort war explizit von der Beteiligung an einer strafbaren Vereinigung als Mitglied oder Unterstützer die Rede. Mit dem jetzigen Bezug auf Personenzusammenschlüsse statt auf Vereinigungen hat man im Ergebnis eine offenere Regelung gewählt. Erfasst werden damit sowohl legalistische, aber vor allem auch solche Personenzusammenschlüsse, die einem strafbewährten Vereinigungsverbot unterfallen.

Dass der Gesetzgeber hier von einer Rechtfertigung und nicht von Tatbestandausschlüssen ausgeht, ergibt sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs. Dort wird der Begriff „Rechtfertigungstatbestand“ im Zusammenhang mit Strafnormen zunächst für die allgemeine Regelung des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel in § 8 Abs. 2 BVerfSchG verwendet. In der weiteren Begründung wird in diesem Zusammenhang auch der neue § 9a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG in Bezug genommen¹⁸. Im Zusammenhang mit der Begehung sog. Begleittaten wird ausdrücklich die Ebene der strafrechtlichen Rechtfertigung angesprochen¹⁹. Nicht erfasst von § 9 Abs. 2 S. 2 BVerfSchG sind sonstige Straftatbestände, die gegebenenfalls Tateinheitlich mit dem entsprechenden Organisationsdelikt verwirklicht werden.

4. § 9a Abs. 2 S. 3 BVerfSchG: Rechtfertigung sog. Begleittaten

Verwirklichen Verdeckte Mitarbeiter oder Vertrauensleute des BfV andere Straftatbestände als solche, die bereits nach § 9a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG gerechtfertigt sein können, ist grundsätzlich eine Rechtfertigung nach § 9a Abs. 2 S. 3 BVerfSchG unter drei kumulativ zu erfüllenden Bedingungen möglich:

1. Es darf nicht in Individualrechte eingegriffen werden.
2. Die Beteiligung muss von den an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet werden, dass sie zur Gewinnung und Sicherung der Informationszugänge unumgänglich ist.
3. Die Beteiligung darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts stehen.

Gedacht ist dabei zum Beispiel an Begleittaten wie die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB) oder an einen Verstoß gegen das versammlungsrechtliche Vermummungsverbot (§ 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG oder entsprechende landesrechtliche Regelung)²⁰. Eine nähere Erläuterung des Begriffs „Individualrechte“ findet sich in der Begründung des Regierungsentwurfs nicht. Deutlich wird jedoch, dass der Begriff vor allem in Abgrenzung zu Kollektivrechten bzw. zu öffentlichen Interessen zu verstehen ist²¹. Mit Individualrechten dürften damit beispielsweise körperliche Integrität, Eigentum und Vermögen gemeint sein. Welches Verhalten nach § 9 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 BVerfSchG von den an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet wird, dass es „unumgänglich“ ist, kann verständlicherweise nicht näher definiert werden. Denn zugehörigkeitsstiftende Verhaltensmuster sind in den verschiedenen Phänomenbereichen sehr unterschiedlich und nach der Begründung des Regierungsentwurfs deshalb ausdrücklich „entwicklungsoffen“²².

5. Keine abschließende Aufzählung rechtfertigungsfähiger Straftatbestände

Der Gesetzgeber hat in § 9a Abs. 2 BVerfSchG bewusst auf eine katalogmäßige Auflistung der in Frage kommenden Straftatbestände verzichtet. Für dieses Vorgehen werden belastbare Gründe angeführt. Zum einen können unterschiedliche Einsatzsituationen nicht sicher vorhergesagt werden²³. Zum anderen soll der „Gegenseite“ kein Maßstab für die Enttarnung an die Hand gegeben werden. Ergänzende Maßgaben können in als Verschlussachen eingestuften Dienstvorschriften getroffen werden²⁴. Eine solche Konkretisierung von nachrichtendienstlichen Mitteln in Dienstvorschriften ist im Recht der Nachrichtendienste keine Besonderheit. Zutreffend weist *Lampe* darauf hin, dass die verfassungsrechtliche Legitimation der Aufgaben und Einrichtungen der Nachrichtendienste jedenfalls Besonderheiten bei der normativen Zuweisung von Aufträgen und Befugnissen sowie bei der parlamentarischen und gerichtlichen Überprüfung rechtfertigt²⁵.

¹⁷ Der Begriff „Infiltration“ wird ausdrücklich in der Begründung des Regierungsentwurfes (BT-Drs. 18/4654, S. 26) erwähnt und ist auch nicht durch die Beschlussempfehlung des BT-Innenausschusses (BT-Drs. 18/5415) relativiert worden.

¹⁸ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 25.

¹⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 27.

²⁰ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26.

²¹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26.

²² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26.

²³ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26.

²⁴ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 26.

²⁵ *Lampe* NStZ 2015, 361, 366 f.; darüber hinaus weist er mit Blick auf die auch weiterhin nach § 8 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfSchG mit Zustimmung des Bundesministers des In-

§ 9a Abs. 2 BVerfSchG kann vor diesem Hintergrund wohl als mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar angesehen werden.

6. § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG: Beendigung des Einsatzes und Anzeige etwaiger Straftaten von Verdeckten Mitarbeitern oder von Vertrauensleuten

Nach § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG „soll“, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Verdeckte Mitarbeiter oder Vertrauensleute rechtswidrig einen Straftatbestand von erheblicher Bedeutung verwirklicht haben, der Einsatz unverzüglich beendet und die Strafverfolgungsbehörde darüber unterrichtet werden.

a) Prüfung des Anfangsverdachts

Der Wortlaut des § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG erfasst auch strafbares Verhalten ohne Einsatzzusammenhang²⁶. Damit soll insbesondere für den Bereich der Vertrauensleute verhindert werden, dass im Dunstkreis extremistischer Bestrebungen über längere Zeit Straftaten von erheblicher Bedeutung mit Kenntnis des Staates begangen werden. Die Beurteilung, ob zureichende tatsächliche Voraussetzungen für eine rechtswidrige Straftat vorliegen und ob diese auch von erheblicher Bedeutung sind, obliegt hier gemäß § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG allein dem BfV²⁷. Insbesondere entscheidet das BfV darüber, ob die tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Straftat „zureichend“ sind, mithin ob ein Anfangsverdacht für eine Straftat vorliegt. Problematisch daran ist jedoch, dass das Entscheidungsmonopol der Staatsanwaltschaft über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§§ 152, 160 StPO) zumindest bei alleiniger Entscheidung des BfV nicht ausreichend gewahrt ist²⁸.

ern zu erstellende und dem parlamentarischen Kontrollgremium zu berichtende Dienstvorschrift zutreffend darauf hin, dass diese Regelungstechnik im Recht der Nachrichtendienste über einen mittlerweile beachtlichen Zeitraum nicht höchstrichterlich beanstandet wurde. Allerdings könnte die § 8 BVerfSchG betreffende Anmerkung des BVerfG im kürzlich ergangenen Urteil zum BKAG, dass nämlich über die Verfassungsmäßigkeit des § 8 BVerfSchG hier nicht zu entscheiden war, als eher kritisch zu verstehen sein; vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 – 1 BvR 1140/09, Rn. 320.

²⁶ Dies ist vom Gesetzgeber auch so intendiert, vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 27.

²⁷ Welche Straftatbestände von „erheblicher Bedeutung“ im Sinne des § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG sind, wurde nicht legaldefiniert und ist damit eine offene Wertungsfrage. Anders beispielsweise in § 7 Abs. 5 des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen i. V. m. § 8 Abs. 3 des Polizeigesetzes Nordrhein-Westfalen.

²⁸ Vgl. allgemein zu dieser Problematik *Griesbaum/Wallenta* NStZ 2013, 369, 373 ff. Mitunter wird wohl auch vertreten, die Beurteilung der die Einstellungsvoraussetzungen ausfüllenden unbestimmten Rechtsbegriffe und Ermessenserwägungen den Diensten in eigener Verantwortung zu überlassen. Dazu und zu weiteren Überlegungen zum komplexen Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Informa-

Im Verhältnis zu den allgemeinen Übermittlungsvorschriften in den §§ 19 und 20 BVerfSchG wurden damit speziellere Übermittlungsregelungen getroffen. Mit Blick auf Staatsschutzdelikte hat das BfV grundsätzlich nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG Informationen an Staatsanwaltschaft und Polizei zu übermitteln („übermittelt“), wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich ist. Die Beurteilung, ob die tatsächlichen Anhaltspunkte auch „zureichend“ sind, obliegt dort jedoch richtigerweise der Staatsanwaltschaft. Es hätte sich angeboten, die Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden nach § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG nicht vom Ergebnis der Prüfung eines Anfangsverdachts abhängig zu machen, sondern diese Prüfung auch hier systemgerecht der Staatsanwaltschaft zu überlassen.

b) Einzelheiten zur Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden

Zuständig für die Entscheidung über Ausnahmen von der Einsatzbeendigung und/oder Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden ist nach § 9a Abs. 2 S. 5 BVerfSchG der Behördenleiter des BfV oder sein Vertreter. Dabei ist zu beachten, dass § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG als „Soll“-Vorschrift ausgestaltet ist. Unklar ist jedoch, welche Kriterien für eine davon grundsätzlich mögliche Ausnahme bestimmend sein sollen. Diese Unklarheit kann mit dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erklärt werden. Im Regierungsentwurf war nur die Frage der Beendigung des Einsatzes, nicht aber die Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden darüber geregelt. Folglich wäre diese Unterrichtung dann anhand der allgemeinen Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG vorzunehmen gewesen. Die Frage der Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden ist bei Staatsschutzdelikten nach § 20 BVerfSchG eine gebundene Entscheidung, während bei sonstigen Straftaten ein behördliches Ermessen besteht (§ 19 Abs. 1 BVerfSchG). Das in beiden Fällen zu beachtende Übermittlungsverbot nach § 23 BVerfSchG, das auch Quellenschutzüberlegungen zulässt, wäre restriktiv auszulegen gewesen²⁹.

Da aber in § 9a Abs. 2 S. 4 BVerfSchG nunmehr die Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden ausdrücklich geregelt und für den Regelfall intendiert ist, soll sich deren Unterrichtung nur nach dieser Norm richten. Die Übermittlungsverbote des § 23 BVerfSchG sind dann aber nicht anwendbar. Sie beziehen sich nach § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG nur auf Übermittlungen nach dem dritten Abschnitt des BVerfSchG. Dieser Effekt ist ausdrücklich gewollt³⁰. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass bei der Entscheidung über eine weiterhin mögliche Ausnahme von der intendierten Unterrichtung nicht einfach alle in § 23 BVerfSchG genannten Kriterien im selben Umfang fruchtbar gemacht werden können. Ein weiterhin wichtiges Kriterium ist sicher der Schutz von Leib

tionübermittlungen im Verhältnis der Dienste zu den Strafverfolgungsbehörden vgl. *Lampe* NStZ 2015, 361, 370.

²⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 27.

³⁰ Vgl. Beschlussempfehlung des BT-Innenausschusses, BT-Drs. 18/5415, S. 10; vgl. dazu auch *Marscholleck* NJW 2015, 3611 ff.

und Leben. Aber auch Risiken für den Einsatzzweck dürften weiterhin Berücksichtigung finden können, wenn sie nicht als absoluter Ausschlussgrund gehandhabt werden.

7. § 9a Abs. 3 BVerfSchG: Absehen von der Verfolgung im Einsatz begangener Vergehen und Rücknahme einer bereits erhobenen Klage

Grundsätzlich besteht aufgrund der Dynamik des Einsatzes menschlicher Quellen die Gefahr, dass die entsprechende Einsatzbefugnis überschritten wird. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine Enttarnung vermieden und die Akzeptanz eines Verdeckten Mitarbeiters in der Szene erhalten werden soll. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird als Beispiel dafür eine Sachbeschädigung im Anschluss an eine Demonstration mit militantem Verlauf genannt, die nach § 9a Abs. 2 S. 3 BVerfSchG wegen des Eingriffs in ein Individualrecht nicht gerechtfertigt wäre³¹.

Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen kann nun gemäß § 9a Abs. 3 BVerfSchG von der Verfolgung entsprechender Vergehen (nicht bei Verbrechen) abgesehen und in jeder Lage des Verfahrens eine bereits erhobene Klage zurückgenommen und das Verfahren eingestellt werden³². Damit wurde neben § 153c Abs. 4 und § 153d Abs. 2 StPO eine weitere Ausnahme von der Nichtrücknehmbarkeit der Anklage nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 156 StPO) geschaffen.

Das Absehen von der Verfolgung bzw. die Einstellung nach § 9 Abs. 3 BVerfSchG setzt zunächst voraus, dass der Einsatz zur Aufklärung einer Bestrebung von bestimmter Qualität erfolgte (§ 9a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BVerfSchG). Es muss sich um eine Bestrebung handeln, die auf die Begehung einer der in § 3 Absatz 1 des Artikel 10-Gesetzes bezeichneten Straftaten gerichtet ist. Weiter wird kumulativ mit § 9a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BVerfSchG verlangt, dass die Tat von den an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet wurde, dass sie zur Gewinnung und Sicherung der Informationszugänge unumgänglich war. § 9a Abs. 3 S. 2 BVerfSchG gibt diesbezüglich vor, welche Umstände dabei zu berücksichtigen sind. Ausgeschlossen ist die Einstellung allerdings, wenn eine höhere Strafe als ein Jahr Freiheitsstrafe zu erwarten ist oder eine zu erwartende Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt werden würde (§ 9a Abs. 3 Satz 3 und 4 BVerfSchG). Diese Ausschlussgründe verlangen eine strafzumessungsrechtliche Prognose der zuständigen Staatsanwaltschaft ohne die Pflicht oder Möglichkeit zur Beteiligung eines Gerichts. Bei dieser Prognose soll dem Einsatzzusammenhang eine zentrale Bedeutung zugemessen werden³³.

³¹ BT-Drs. 18/4654, S. 27.

³² Daneben bleiben die Einstellungsregelungen der §§ 153 ff. StPO grundsätzlich anwendbar.

³³ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 27.

Die Jahresgrenze des § 9a Abs. 3 S. 3 BVerfSchG bezieht sich auf die für die Tat im Raum stehende Einzelstrafe und nicht auf eine etwa bei Tatmehrheit zu bildende Gesamtstrafe³⁴.

8. § 9a Abs. 3 S. 5 BVerfSchG: Anwendung des Einstellungstatbestands für die Tätigkeit von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten der Landesämter für Verfassungsschutz

Der neue Einstellungstatbestand des § 9a Abs. 3 BVerfSchG soll auch für Vertrauensleute der LfV gelten³⁵. Erreicht wird dies mit einer komplexen Verweisung, deren Ausgangspunkt die Verweisung in § 9b Abs. 1 S. 1 BVerfSchG auf § 9a BVerfSchG ist. Da in § 9b BVerfSchG (schon aus kompetenzrechtlichen Gründen) nur Regelungen für die Vertrauensleute des BfV und nicht auch die Vertrauensleute der LfV getroffen werden und sich die Verweisung in § 9b Abs. 1 S. 1 BVerfSchG somit grundsätzlich nur auf Vertrauensleute des BfV beziehen kann, liegt der Schluss nahe, dass der Einstellungstatbestand nur auf Vertrauensleute des BfV anzuwenden ist. Dem steht jedoch die uneingeschränkte Verweisung auf § 9a BVerfSchG und damit insbesondere auch auf § 9a Abs. 3 S. 5 BVerfSchG entgegen, wonach die Regelungen des § 9a Abs. 3 S. 1 bis 4 „auch in den Fällen der Landesbehörden für Verfassungsschutz“ Anwendung finden. Folgerichtig wird in der Begründung des Regierungsentwurfs klargestellt, dass die in § 9b Abs. 1 S. 1 BVerfSchG enthaltene Verweisung auch den Bezug des § 9a Abs. 3 S. 5 BVerfSchG auf die LfV einschließt. Da es sich bei § 9a Abs. 3 BVerfSchG um eine strafprozessuale Regelung und damit um einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) handelt, besteht insoweit eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes auch für die Tätigkeit der LfV.

IV. Einsatz und Auswahl von Vertrauensleuten gemäß § 9b BVerfSchG

Nicht zuletzt der NSU-Untersuchungsausschuss des Bundestages in der 17. Wahlperiode hat aufgezeigt, dass die Auswahl von Vertrauensleuten ein besonders sensibler und heikler Aspekt nachrichtendienstlicher Tätigkeit ist³⁶. In § 9b Abs. 2 BVerfSchG werden dafür nun Kriterien aufgestellt.

1. § 9b Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfSchG: Auswahlkriterien für den Regelfall

In § 9b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 5 BVerfSchG hat der Gesetzgeber fünf persönliche Ausschlussgründe geschaffen, die

³⁴ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 27.

³⁵ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4654, S. 28.

³⁶ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des 2. Untersuchungsausschusses der 17. Wahlperiode (NSU-Untersuchungsausschuss), BT-Drs. 17/14600.

einer Verpflichtung von Vertrauensleuten entgegenstehen. Hingewiesen sei hier insbesondere auf § 9b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BVerfSchG. Danach dürfen Personen nicht als Vertrauensleute angeworben und eingesetzt werden, die von den Geld- oder Sachzuwendungen für die Tätigkeit auf Dauer als alleinige Lebensgrundlage abhängen würden. Damit soll das Problem, dass sich finanzielle Zuwendungen nachteilig auf die Nachrichtenehrlichkeit auswirken können, entschärft werden.

2. § 9b Abs. 2. S. 2 und 3 BVerfSchG: Strafrechtliche Vorbelastung und die Verpflichtung von Vertrauensleuten

In welchem Umfang Vertrauensleute strafrechtlich vorbelastet sein dürfen, ist nun in § 9b Abs. 2. S. 2 Nr. 5 und S. 3 BVerfSchG geregelt worden.

Ausgeschlossen wird nach § 9b Abs. 2 S. 2 Nr. 5 BVerfSchG für den Regelfall der Einsatz solcher Personen, die im Bundeszentralregister mit einer Verurteilung wegen eines Verbrechens oder zu einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, eingetragen sind. Davon ist gemäß § 9a Abs. 2 S. 3 BVerfSchG eine Ausnahme möglich, wenn die Verurteilung nicht als Täter eines Totschlages oder einer allein mit lebenslanger Haft bedrohten Straftat erfolgte und der Einsatz unerlässlich für die Aufklärung von Bestrebungen ist, die auf die Begehung von in § 3 Abs. 1 des Artikel 10-Gesetzes bezeichneten Straftaten gerichtet sind.

Die Erforderlichkeit einer solchen Ausnahme ergibt sich bereits daraus, dass es zu einem Wertungswiderspruch führen würde, wenn sich eine Vertrauensperson gemäß § 9a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG zwar an einer terroristischen Vereinigung als Mitglied beteiligen dürfte, aber eine entsprechende Vorverurteilung wegen des gleichen Verbrechens nach § 129a Abs. 1 StGB einen Ausschlussgrund für deren Verpflichtung darstellen würde.

V. Keine unmittelbaren Auswirkungen der neuen Regelungen in den §§ 9a und 9b BVerfSchG auf Strafverfahren

Mit dem GVZBV wurde nur der nachrichtendienstliche Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten des BfV, des BND (im Inland) sowie des MAD geregelt. Der strafprozessuale Einsatz von Verdeckten Ermittlern und von Vertrauensleuten bleibt davon unberührt. Dieser erfolgt weiterhin nach der StPO, ergänzt durch entsprechende Verwaltungsvorschriften.

Für die Übermittlung von im Rahmen des nachrichtendienstlichen Einsatzes gewonnenen Erkenntnissen an die

Strafverfolgungsbehörden wurden keine neuen Vorschriften geschaffen. Die mit dem GVZBV vorgenommenen Änderungen der bestehenden Übermittlungsvorschriften in den §§ 18 und 19 BVerfSchG lassen das bisher geltende System unberührt³⁷. Bezüglich der Verwendung und Verwertung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse im Strafverfahren führt das GVZBV ebenfalls zu keiner Änderung. Die Frage der Verwendung solcher Erkenntnisse richtet sich weiterhin nach § 161 Abs. 2 StPO, die der Verwertung nach den allgemeinen Regeln. Für die Entscheidung darüber, ob entsprechende Erkenntnisse aus Gründen des Quellenschutzes nicht an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden dürfen, gelten weiterhin die in § 23 BVerfSchG geregelten Übermittlungsverbote³⁸.

VI. Bewertung

Mit den §§ 9a und 9b BVerfSchG liegt nunmehr endlich ein rechtliches Instrumentarium vor, das die erforderliche Handlungsfähigkeit der Nachrichtendienste des Bundes rechtsstaatlich absichert.

Verwirrend bleibt die Regelungstechnik für den Einsatz von Vertrauensleuten mit der Verweisung in § 9b Abs. 1 S. 1 BVerfSchG auf § 9a BVerfSchG. Dies gilt insbesondere, soweit sich die Verweisung auch auf die Anwendbarkeit des Einstellungstatbestands in § 9a Abs. 3 BVerfSchG für Vertrauensleute der LfV bezieht. Hier hätte sich ein eigenständiger § 9c BVerfSchG angeboten. Der Gesetzgeber wollte sich ersichtlich nur auf die aufgezeigten Kernfragen des Einsatzes menschlicher Quellen beschränken. Er hat weite Bereiche deren Tätigkeit ausgenommen und damit der Selbstregulierung der Behörden überlassen. Dies betrifft insbesondere verfahrensrechtliche Aspekte wie Dokumentationspflichten hinsichtlich Werbung und Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und von Vertrauensleuten, Befristungsregelungen für deren Einsatz sowie das Gebot eines turnusmäßigen Wechsels der VP-Führer.

Nicht überschätzt werden kann in der praktischen Anwendung der §§ 9a und 9b BVerfSchG die über den gesamten Einsatzzeitraum vorzunehmende Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

³⁷ Ob und in welchem Umfang das Kriterium der „hypothetischen Datenneuerhebung“ wie sie das BVerfG für § 20 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 BKAG mittlerweile vorschreibt, auch für die Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG gelten könnte, kann an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden; für das BKAG vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 – 1 BvR 1140/09, Rn. 315.

³⁸ Je nach Fallgestaltung kommt auch eine Sperrklärung gemäß § 96 StPO (analog) in Betracht.

§ 357 StGB – die (fast) vergessene Norm Oder: Zur Restriktion des Merkmals des Geschehenlassens im Sinne von § 357 Abs. 1 Var. 3 StGB

Von RA Dr. Sebastian T. Vogel, Berlin*

Die Kommentarliteratur müht sich merklich, ihre Ausführungen zu § 357 StGB, der das Verleiten eines Untergebenen zu einer Straftat inkriminiert, mit mehr als sich selbst, namentlich nicht lediglich mit Literaturfundstellen, sondern auch mit Rechtsprechung zu füllen. Allein es gelingt ihr nur sehr unzureichend, schlicht weil es Gerichtsentscheidungen zu dieser fast vergessenen Norm kaum zu geben scheint.¹

Mitunter aber bemühen Staatsanwaltschaften und Gerichte diesen letzten Straftatbestand des Strafgesetzbuchs doch – aus Verzweiflung beinahe, wenn nämlich eine Beihilfe zu einer fremden Haupttat nicht nachgewiesen werden kann. Gerade auf die Tatvariante des Geschehenlassens einer rechtswidrigen Tat des Untergebenen wird abgestellt, wenn der Vorgesetzte nicht ungeschoren davonkommen soll, obgleich der Untergebene (und nur er) seine Amtsstellung zur eigenen Bereicherung missbraucht hat. Aus dieser Verlegenheit wird allerdings dann plötzlich doch ein scharfes Schwert, wenn und weil von Seiten der Staatsanwaltschaft regelhaft aus der bloßen Vorgesetztenstellung auf einen zumindest bedingten Vorsatz geschlossen wird und am Ende nicht nur eine Teilnahme, sondern gar eine Täterschaft (!) nach § 357 StGB für den Vorgesetzten im Raume steht. Denn der Begründungsaufwand, qua objektiver Vorgesetztenstellung auf zumindest ein subjektives Für-möglich-Halten der Tatbegehung zu schließen und ein billiges In-Kauf-Nehmen einfach zu unterstellen, ist dort recht einfach, wo der Untergebene ohnehin in einem Bereich arbeitet, in dem die Grenze zur Illegalität schnell erreicht ist. Der Beamte bei der Zollabfertigung beispielsweise arbeitet in einem so strafrechtsgeneigten Bereich mit Abertausenden Abfertigungsvorgängen, dass es ein Leichtes ist, den Vorgesetzten zumindest der Verwirklichung des § 357 StGB zu zeihen, wenn der Untergebene in Einzelfällen Straftaten begeht und der Vorgesetzte (ohne um den konkreten Fall zu wissen) zumindest die potentielle Möglichkeit erkannt hat, dass solches theore-

tisch möglich ist, den Mitarbeiter allerdings nicht 1:1 überwacht.

Die Möglichkeit einer so begründeten Strafbarkeit ist jedoch einzig Folge dessen, dass das Tatbestandsmerkmal des Geschehenlassens weit, fast zu weit gefasst ist. Es bedarf einer restriktiven Auslegung auf Ebene des objektiven, zumindest des subjektiven Tatbestandes, damit dogmatisch vertretbare Ergebnisse erzielt werden können.

I. Restriktion des Tatbestands

Trotz seiner Historie – die Vorschrift fand sich (mit unwesentlichen sprachlichen Abweichungen) bereits im RStGB von 1871² – ist die Strafvorschrift seit jeher eher praxisirrelevant gewesen; deren Aufhebung wurde mehrfach erfolglos gefordert.³ Entsprechend spärlich verhalten sich Rechtsprechung und Rechtslehre zu diesem Delikt.

Gleichwohl kann die Norm, einmal zur Anwendung gebracht, mit Blick auf die Strafandrohung gravierende Konsequenzen nach sich ziehen. Der Täter des § 357 StGB verwirkt die Strafe, die für die rechtswidrige Tat seines Untergebenen angedroht ist, was mit Blick auf schwere Straftaten des anderen Amtsträgers zu entsprechend hohen Strafen des Vorgesetzten führen kann.

Angesichts dessen zwingen die mangelnde Ausdifferenzierung des Tatbestands samt seiner Merkmale in Literatur und Rechtsprechung einerseits sowie die zum Teil gravierenden Rechtsfolgen andererseits zu einer restriktiven Tatbestandsauslegung. Nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht nämlich hat entschieden, dass die Strafandrohung für die Charakterisierung, Bewertung und eben Auslegung von entscheidender Bedeutung ist.⁴ Die

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Berlin und Lehrbeauftragter an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg sowie an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.

¹ Regelmäßig benannt wird BGHSt 3, 349, 353, sowie vereinzelte Judikate vom RG.

² NK-StPO/Kuhlen, 4. Aufl. 2013, § 357 Rn. 1; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jeßberger, StGB, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 1.

³ Gemäß BT-Drs. 7/550, S. 288, sollte die Frage einer Aufhebung der Vorschrift später eruiert werden; vgl. auch die Nachweise bei Schönke/Schröder/Heine/Weißer, StGB, 29. Aufl. 2014, § 357 Rn. 1.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969 – 2 BvL 2/69, Rn. 31, zit. nach juris = BVerfGE 27, 18, 29, Bezug nehmend auf

Tatbestandsmerkmale sind also im Lichte der Höhe der angedrohten Strafe zu sehen, weshalb im Ergebnis eine rechtsfolgenorientierte Tatbestandsauslegung, etwa in Gestalt einer teleologischen Reduktion, stehen kann.⁵ Das gilt freilich nicht nur bei Strafnormen, die einen genau bezifferten Strafraumen benennen, sondern auch bei solchen, in denen auf die Rechtsfolgen einer (i. e. jeder) Haupttat verwiesen wird.

Sind ergo hohe Anforderungen an die Auslegung zu stellen, können Tatgerichte aber nicht auf eine gefestigte Literatur sowie höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgreifen, obliegt ihnen eine präzisierende und – mit Blick hier auf die relative Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals des Geschehenlassens – restriktive Auslegung.⁶ Hierfür streiten neben diesem allgemeindogmatischen Postulat ferner weitere systematische wie teleologische Argumente, die im Folgenden kursorisch dargestellt seien.

1. Restriktion bei „Qualitätsgefälle“ Tun – Unterlassen

§ 357 Abs. 1 StGB benennt als Tathandlungen das Verleiten, das Unternehmen der Verleitung zu sowie das Geschehenlassen einer fremden Tat. Während die ersten beiden Tatvarianten die aktiven Handlungen der Anstiftung (in Ausnahmefällen auch der „unvollständigen“ mittelbaren Täterschaft) und deren Versuch unter Strafe stellen, beinhaltet das Geschehenlassen die Beihilfe durch Unterlassen sowie Unterlassungen ohne spezielle Garantienstellung.⁷ Mit dem Geschehenlassen wird folglich die Beihilfe durch Unterlassen zur Täterschaft hinsichtlich § 357 StGB;⁸ es kommt zu einer Höhergewichtung einer eigentlich bloßen Gehilfen(un)tätigkeit.

Dem gesetzgeberischen Willen entsprach und entspricht es damit auch, dass die obligatorische Strafraumenmilderung gemäß § 27 Abs. S. 2 StGB (ebenso wie die nach § 30 Abs. 1 S. 2 StGB) ausgeschlossen ist bzw. sind.⁹ Gleichsam ausgeschlossen ist nach fast einhelliger Auffassung in der Literatur ferner eine direkte Anwendung der fakultativen Strafraumenverschiebung nach § 13 Abs. 2 StGB,¹⁰ wie sie sonst bei unechten Unterlassungsdelikten grundsätzlich möglich ist.¹¹ Denn, so der BGH in anderem Zusammenhang, findet sich im besonderen Teil des StGBs für die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen ein eigener Strafraumen, wie eben bei § 357 StGB, dann gehe dieser gesetzgeberische Wille der Regelung des § 13 Abs. 2 StGB vor.¹²

BVerfG, Beschl. v. 26.02.1969 – 2 BvL 15/68, Rn. 78, zit. nach juris = BVerfGE 25, 269, 286.

⁵ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 3. Aufl. 2014, Rn. 25.

⁶ Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656.

⁷ MüKo-StGB/Schmitz, Bd. V, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 18 ff.

⁸ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, (Fn. 3), § 357 Rn. 7.

⁹ Lackner/Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl. 2014, § 357 Rn. 4.

¹⁰ SK-StPO/Rogall, 129. Lfg. 2011, § 357 Rn. 16.

¹¹ Vgl. nur Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 13 Rn. 3.

¹² BGH, Urt. v. 21.07.1989 – 2 StR 214/89, Rn. 13, zit. nach juris = NJW 1990, 332, 333.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der Grundgedanke des § 13 Abs. 2 StGB, nämlich dass ein Unterlassen der Erfolgsabwendung zumindest oft weniger schwer wiegt als die aktive Tatbestandsverwirklichung,¹³ nicht doch, nämlich zumindest im Rahmen der Auslegung des jeweiligen Tatbestandes, zu würdigen ist. Hierfür sprechen gerade bei § 357 StGB multiple abstrakte wie auch norm-spezifische Gründe, die im Ergebnis denn auch dazu führen, dass das Merkmal des Geschehenlassens objektiv, zumindest subjektiv restriktiv auszulegen ist.

a) Normimmanente Gründe

Dieser Ansicht des Bundesgerichtshofs, wonach für eine Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB dann kein Raum bleibe, wenn im besonderen Teil eine abschließende Strafraumenregelung für den Fall eines Unterlassens getroffen ist, soll hier (trotz bedenkenwerter Gegenargumente¹⁴) nicht die Legitimation abgesprochen, sie soll vielmehr zur Grundlage nachfolgender Betrachtungen gemacht werden.

Denn auch diese Ansicht negiert nicht die grundsätzliche Annahme, dass ein Unterlassen weniger schwer wiegen kann als ein aktives Tun. Allerdings, so die Prämisse, habe der Gesetzgeber eben selbst und ausdrücklich entschieden, dass bestimmte Unterlassungen einem aktiven Tun im Unrechtsgehalt nicht nur regelmäßig, sondern stets gleichstehen, weshalb es einer § 13 Abs. 2 StGB entsprechenden Regelung oder deren direkter Anwendung nicht bedürfe.¹⁵

Diese Prämisse muss dann aber auch tatsächlich vorliegen. Wenn Tun und Unterlassen von der angedrohten Rechtsfolge aus betrachtet gleich zu bewerten seien, wenn also von einem gleichgewichtigen Unrechtsgehalt ausgegangen werden soll, dann sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale auch so auszulegen, dass sie tatsächlich in ihrem Unrechtsgehalt übereinstimmen. Einer solchen Auslegung bedarf es dort nicht, wo die Modalitäten des Unterlassens expressis verbis näher beschrieben werden, wie beispielsweise in § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. g StGB die unterlassene Kenntlichmachung haltender oder liegengeliebener Fahrzeuge auf ausreichende Entfernung zur Sicherung des Verkehrs. Das Merkmal des Geschehenlassens im Sinne von § 357 Abs. 1 StGB ist demgegenüber aber derart unbestimmt und allumfassend, dass es einer ergänzenden Auslegung bedarf.

In diesen Vergleich nun mit den übrigen beiden Tatbestandsvarianten der Norm, in denen das Verleiten eines Untergebenen inmitten steht, ist zum Ersten einzustellen, dass jede Form des Verleitens, also der Bestimmung zur Tat,¹⁶ einer i. d. R. gehörigen kriminellen Energie bedarf. Der aktive Missbrauch der eigenen Amts- und

¹³ Statt vieler Fischer (Fn. 11), § 13 Rn. 99, m. w. N.

¹⁴ Siehe nur Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 31 Rn. 250.

¹⁵ Gleichsam Roxin (Fn. 14), § 31 Rn. 251, konzidiert, dass selbst bei einer Anwendung von § 13 Abs. 2 StGB für Strafvorschriften des besonderen Teils Strafraumenmilderungen praktisch seltener sein würden als sonst.

¹⁶ Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jeßberger, StGB, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 5.

Vorgesetztenstellung (dazu sogleich noch sub bb.) ist dabei regelhaft mit einem Akt der Auflehnung gegen die Rechtsordnung verbunden, der einem Nichtstun nicht per se zukommt.

Zum Zweiten verlangt die gebotene Handlung von dem Unterlassungstäter des § 357 Abs. 1 StGB grundsätzlich mehr als lediglich den normalen Einsatz rechtstreuen Willens.¹⁷ Gerade in komplexen Konstellationen be- und entstehen mannigfache Überwachungs- und Informationsobliegenheiten für Vorgesetzte, die zu priorisieren und korrekt zu würdigen im Regelfall diffizil ist. Sich also im Hinblick auf die Tatvariante des Geschehenlassens pflichtgemäß zu verhalten ist weitaus schwerer, als schlicht nicht aktiv bestimmend auf Untergebene einzuwirken.

Zum Dritten ist einzubegreifen, dass das Verleiten die Fälle der unvollständigen mittelbaren Täterschaft¹⁸ oder der Anstiftung umfasst, die die Fälle des Geschehenlassens, also der Beihilfe durch Unterlassen, unrechtstechnisch i. d. R. überwiegen. Nicht zuletzt deshalb hat der Gesetzgeber bei Beihilfehandlungen grundsätzlich eine obligatorische Strafrahmenermilderung vorgesehen (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB; im Verbund mit § 13 Abs. 2 StGB läge gar eine doppelte Strafrahmenermilderung vor). Hierauf mag der Gesetzgeber zwar bei Schaffung des § 357 StGB bewusst verzichtet haben. Auch dem waren aber der Gedanke und gleichsam das Erfordernis immanent, dass nur der Anstiftung oder Täterschaft gleichwertige „Unterlassungsgehilfschaften“ den nicht zu mildernden Strafrahmens des § 357 StGB auszulösen vermögen.

Im Ergebnis bedarf es daher dogmatisch wie methodologisch einer Auslegung des Merkmals des Geschehenlassens, die einen erhöhten Unrechtsgehalt widerspiegelt.

b) Verhinderung von Missbrauch als Schutzzweck der Norm

Hinzu kommt das teleologische Argument, dass der – gegenüber den Vorschriften über eine bloße Teilnahme erhöhte – Unrechtsgehalt der Norm zweifach begründet ist. Dieser liegt nicht nur in der Verletzung der Pflicht des Vorgesetzten, seinen Zuständigkeitsbereich so zu organisieren, dass die ihm Untergebenen keine Straftaten begehen; unrechtserhöhend ist auch und gerade der Missbrauch der beamtenrechtlichen Weisungsbefugnisse, also der Missbrauch der Amtsstellung.¹⁹

Ein Missbrauch aber hat schon etymologisch wie vom Sprachgefühl her eine finale Konnotation, die über eine bloße Pflichtverletzung oder auch Pflichtvergessenheit hinausreicht. Wer sich nicht dergestalt informiert, seinen Mitarbeiter nicht derart überwacht, dass eine Delinquenz des Untergebenen im Rahmen dessen Amtsverrichtung ausgeschlossen ist, dabei jedoch weder gezielt noch sonst

missbräuchlich vorgeht, der macht sich nicht strafbar gemäß § 357 StGB.

Auch vom teleologischen Standpunkt aus betrachtet wäre demgemäß eine Auslegung, die Verhaltensweisen inkriminierte, die weder wissentlich noch sonst (voluntativ) missbräuchlich geschehen, verfehlt.

c) Das Völkerstrafgesetzbuch als Anknüpfungspunkt systematischer Auslegung

Im Wege gesetzesübergreifender systematischer Auslegung vermag ferner das VStGB, das vergleichbare Sonderatbestände enthält,²⁰ zumindest Anhaltspunkte einer möglichen Auslegung zu liefern.

So stellt § 4 Abs. 1 VStGB denjenigen militärischen Befehlshaber oder zivilen Vorgesetzten unter Strafe, der es unterlässt, seinen Untergebenen an einer Tat nach dem VStGB zu hindern. Es soll nicht weiter darauf eingegangen werden, dass § 4 Abs. 1 S. 2 VStGB ausdrücklich die Nichtanwendbarkeit von § 13 Abs. 2 StGB regelt – was bei § 357 StGB fehlt, also entweder bei § 4 VStGB überflüssig ist oder bei § 357 StGB mangels ausdrücklichen Ausschlusses doch zu einer Anwendbarkeit von § 13 Abs. 2 StGB führen müsste. Bemerkenswert ist indes die Auslegung hinsichtlich des subjektiven Elements, die der Bundesgerichtshof insbesondere in Abgrenzung zum StGB gefunden hat. So hat der BGH bei § 4 Abs. 1 VStGB entschieden, die Bejahung des subjektiven Tatbestandes setze voraus, dass der Vorgesetzte erkennen oder mit der konkreten Möglichkeit rechnen müsse, dass der Untergebene eine Straftat nach dem VStGB zu begehen beabsichtigt. Ob sogar die Kenntnis von einer bloß abstrakten Möglichkeit der Begehung entsprechender Straftaten durch einen Untergebenen ausreiche, um den notwendigen Vorsatz des Vorgesetzten zu begründen, ließ der BGH ausdrücklich offen.²¹ Darüber hinaus aber sei es nicht erforderlich, dass der Vorgesetzte eine den Grundsätzen der Beteiligungsregeln nach dem StGB entsprechende, in den wesentlichen Merkmalen und Grundzügen konkretisierte Haupttat vor Augen haben muss; eine derart einschränkende Auslegung erfordere der Wortlaut nicht. Grund hierfür seien spezifische Besonderheiten der Zurechnung von Verstößen gegen das Völkerstrafgesetzbuch, das sich vom allgemeinen Strafgesetzbuch in Sinn und Zweck unterscheide. Demgemäß treffe den Vorgesetzten die Pflicht, Straftaten eines Untergebenen nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu verhindern, nicht erst dann, wenn ihm die zu begehende Straftat in ihren wesentlichen Merkmalen konkret bekannt ist; vielmehr müsse er durch geeignete Maßnahmen frühzeitig agieren, um latente Gefahren unter Kontrolle zu halten.²²

Angesichts eben dieser Unterschiede zwischen StGB und VStGB, die der BGH herausstreicht, kann es dann aber denklogisch für § 357 StGB nicht genügen, dass der Täter lediglich ein abstraktes Wissen um die Möglichkeit der

¹⁷ Zu diesem Argument in anderem Zusammenhang BGH, Urt. v. 03.11.1981 – 1 StR 501/81, Rn. 9, zit. nach juris = NJW 1982, 393.

¹⁸ Dergestalt, dass irgendein Merkmal zur Anwendung des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB fehlt, vgl. dazu MüKo-StGB/Schmitz, Bd. V, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 19.

¹⁹ SK-StPO/Rogall (Fn. 10), § 357 Rn. 3.

²⁰ MüKo-StGB/Schmitz, Bd. V, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 5.

²¹ BGH, Beschl. v. 17.06.2010 – AK 3/10, Rn. 41, zit. nach juris.

²² BGH, Beschl. v. 17.06.2010 – AK 3/10, Rn. 43 f., zit. nach juris.

Tatbegehung durch Untergebene hat. Allein die generelle Kenntnis des Vorliegens einer anreizbietenden Lage, Straftaten begehen zu können, ist für das kognitive Element des Vorsatzes ergo nicht ausreichend.

Es bedarf einer Konkretion hinsichtlich der individuellen Tat, was auch beinhaltet, dass der potentielle Täter individualisiert sein müsste. Dass latent eine Lage vorliegt, in der theoretisch alle Untergebenen oder zumindest bestimmte Akteure die Chance hätten, Straftaten zu begehen, genügt nicht.

Hingewiesen sei letztlich darauf, dass das VStGB bei der Strafbarkeit der Verletzung der Aufsichtspflicht, die eine Tat des Untergebenen möglich macht, unterscheidet zwischen einem vorsätzlichen und fahrlässigen Unterlassen; ferner auch nicht jede Aufsichtspflichtverletzung genügen lässt, sondern nur das Unterlassen gehöriger Aufsicht (§ 13 Abs. 1 und 2 VStGB). Eingedenk obig zitierter Ausführungen des BGHs zu den Folgen der Unterschiede zwischen StGB und VStGB dürfte daraus zu folgern sein, dass bei § 357 StGB eine gehörige Aufsicht der Untergebenen nicht zu fordern sein wird.

Mithin kann auch nicht jede Verletzung von Überwachungspflichten zu einer Strafbarkeit nach § 357 StGB führen; es bedarf auch dahingehend einer (objektiv- oder subjektiv-) tatbestandlichen Restriktion; die Unterschiede zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Geschehenlassen dürfen nicht verschliffen werden.

d) Ergebnis: restriktive Auslegungsbedürftigkeit

In Konsequenz obiger Argumente ist das Merkmal des Geschehenlassens einer restriktiven Auslegung zuzuführen.

Das könnte zum einen objektivtatbestandlich geschehen, etwa über die Grundsätze zur Arbeitsteilung (dazu später unten b.) oder dadurch, dass nur schwerwiegende Aufsichtspflichtverletzungen (etwa solche, bei denen ein konkreter Anlass zu gesteigerter Überwachung bestand) tatbestandsbegründend sind.

Zum anderen bietet sich an, subjektiv bezogen auf das kognitive Element des Vorsatzes entweder eine Wissentlichkeit zu fordern, die über das bloße Für-möglich-Halten hinausreicht, oder zumindest ein bewusstes Verschließen der Augen vor den Straftaten Untergebener, das mit einem über das bloße Billigen hinausreichenden voluntativen Element einhergeht. Nur so lässt sich eine Kongruenz der Tatbestandsvarianten um das Verleiten einerseits sowie das Geschehenlassen andererseits erreichen. Ein lediglich abstraktes Wissen um die latente Möglichkeit tatanreizbietender Situationen, in die Mitarbeiter theoretisch kommen könnten, genügt nicht. Entsprechend verlangt die Judikatur auch bei der Rechtsbeugung gemäß § 339 StGB über den *dolus eventualis* hinaus einen bewusst überzeugungswidrigen Regelverstoß – schlicht um eine unvertretbare Ausweitung der Strafbarkeit durch eine unbesehene *Dolus-eventualis*-Lösung zu verhindern.²³

Letztlich muss also die zu begehende oder begangene Tat über bloße Ahnungen oder abstrakte Möglichkeiten hinaus konkretisiert sein.

2. Restriktion über die Grundsätze zur Arbeitsteilung

Darüber hinaus ist § 357 StGB objektiv, zumindest aber subjektiv auch und gerade über die Grundsätze zur Arbeitsteilung einzugrenzen. Diese bedeuten, dass sowohl in horizontal als auch vertikal arbeitsteiligen Prozessen nicht jeder Akteur sich um auch fremde Arbeitsbereiche zu kümmern und diese zu überwachen braucht, sondern sich unter gewissen Voraussetzungen auf das pflichtgemäße Handeln des jeweils anderen verlassen darf. Dieser Vertrauensgrundsatz setzt namentlich in Subordinationsverhältnissen voraus, dass die konkrete Aufgabe generell delegierbar und nicht höchstpersönlich erfüllungspflichtig ist, ferner der Vorgesetzte eine sorgfältige Auswahl getroffen, ausreichende Instruktionen erteilt und eine stichprobenhafte Überwachung des Untergebenen vorgenommen hat.²⁴

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, darf der Vorgesetzte grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Untergebene seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Daran ändert nichts, dass in Über-Unterordnungs-Verhältnissen an sich jederzeit Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten gegenüber Untergebenen ausgeübt werden könnten; denn das Postulieren einer Pflicht zur lückenlosen Überwachung würde die vertikale Arbeitsteilung, i. e. die fachliche Über-Unterordnung, unmöglich machen.²⁵ Einzig dann, wenn sich konkrete Hinweis etwa auf ein Fehlverhalten ergeben, also der Vertrauenstatbestand gestört ist, ergeben sich zusätzliche Überwachungs- und Interventionspflichten für den Vorgesetzten, darf er sich also nicht mehr auf ein pflichtgemäßes Handeln verlassen. Diese Grundsätze, die in jedweden arbeitsteiligen Prozessen und Mitarbeiterverhältnissen horizontal wie vertikal Platz greifen, sind freilich auch in der öffentlichen Verwaltung sowie in beamtenrechtlich geprägten Konstellationen zu beachten.

Das bedeutet aber nichts anderes, als dass, soll in diesen Rechtsverhältnissen für die Grundsätze der Arbeitsteilung noch ein Anwendungsbereich verbleiben, ein Handeln im Vertrauen auf die Redlichkeit von (auch untergebenen) Mitarbeitern nicht über das offene Tatbestandsmerkmal des Geschehenlassens als Missbrauch der Amtsstellung nach § 357 StGB quasi durch die Hintertür inkriminiert werden darf. Das Merkmal des Geschehenlassens, jedenfalls in seinem über das Vorsatzelement konkretisierten Gepräge, ist mithin dergestalt restriktiv auszulegen, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für den Vertrauensgrundsatz ein vorsätzliches Geschehenlassen nicht gegeben ist.

Es bestünde andernfalls die Gefahr einer über das Strafrecht konstituierten (und geforderten) Omnikompetenz für Amtsträger, die weder mit dem Vertrauensgrundsatz noch der Praktikabilität der Amtserfüllung vereinbar ist. Amtsträgern erwachsen über die Strafandrohung des

²³ Schönke/Schröder/Heine/Hecker (Fn. 3), § 339 Rn. 14 f., m. w. N. bei Rn. 10.

²⁴ MüKo-StGB/Duttge, Bd. I, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 146.

²⁵ MüKo-StGB/Duttge (Fn. 24), § 15 Rn. 146.

§ 357 StGB jedenfalls in strafbarkeitsgeneigten Bereichen Pflichten im Sinne totaler auch anlassloser Überwachung ihrer Mitarbeiter; ihnen oblägen Informationspflichten auch im Hinblick auf Rechtsfragen, die ihren eigenen Geschäftsbereich inhaltlich nicht tangieren, einzig weil die unter ihrer Personalverantwortung stehenden Mitarbeiter in diesen Bereichen tätig sind.

Es dürfte auf der Hand liegen, dass beispielsweise ein an einer Universitätsklinik tätiger, verbeamteter Chefarzt, der freilich um die abstrakten Möglichkeiten abrechnungsbetrügerischen Verhaltens seiner Untergebenen weiß, nicht jeden seiner Mitarbeiter in Abrechnungsfragen überprüfen kann, zeitlich wie auch im Hinblick auf die vielen bereichsspezifischen Abrechnungsziffern, die jeden einzelnen Arzt unter seiner Personalverantwortung treffen.

Das bloße abstrakte Wissen um die latente (strafrechtliche) Gefahrgeneigntheit einer Tätigkeit Untergebener, sei es im Zoll-, im Gesundheitswesen oder andernorts, kann folglich jedenfalls dann, wenn der Vertrauensgrundsatz Platz greift und dessen Voraussetzungen vorliegen, nicht die Strafbarkeit gemäß § 357 StGB eröffnen.

Kenntnisse also, die einen Vorgesetzten zwar die abstrakte Möglichkeit strafbaren Verhaltens erkennen lassen, ohne dass dann aber ein konkret strafwürdiges Verhalten im Rahmen der üblichen im Rahmen vertikaler Arbeitsteilung entstehenden und wahrgenommenen Überwachungspflichten evident wird, können einem übergeordneten Amtsträger demgemäß nicht zum Nachteil gereichen. Ferner trifft einen Vorgesetzten, der seinem Unter-

gebenen ex ante vertrauen darf, keine überobligatorische Informationspflicht, die nur dem einen Zwecke dienen könnte, den begründet als vertrauenswürdig eingeschätzten Mitarbeiter übermäßig zu kontrollieren. Die Begründung einer solchen Informationspflicht wäre zwingend zirkulär, weil sie ein gestörtes Vertrauensverhältnis erst voraussetzt.

II. Fazit

Im Ergebnis begrenzen auch die Grundsätze zur vertikalen Arbeitsteilung, insbesondere in Gestalt des Vertrauensgrundsatzes, den Tatbestand des § 357 StGB. Liegen deren Voraussetzungen vor, darf der Vorgesetzte auf pflichtgemäßes Verhalten seines Untergebenen vertrauen. Begeht dieser gleichwohl eine Straftat im Amt, kann das nicht über die Tatvariante des Geschehenlassens gemäß § 357 Abs. 1 StGB inkriminiert werden. Einzig dann, wenn der Vorgesetzte wissentlich und/oder in Bezug auf das voluntative Element des subjektiven Tatbestandes mehr als nur billigend die Augen vor fremden rechtswidrigen Taten im Amte verschließt, verhält er sich selbst amtsmissbräuchlich. Ein abstraktes Wissen darum, dass infolge der Untätigkeit des Vorgesetzten eine Tat so, wie sie erfolgt, begangen werden kann, genügt nicht.²⁶

²⁶ Anders, wenngleich widersprüchlich, Schönke/Schröder/Heine/Weißer (Fn. 3), § 357 Rn. 7, die zwar ein „wissentliches Geschehenlassen“ fordern, jedoch wohl ein abstraktes Wissen als ausreichend erachten.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR – und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

516. BVerfG 2 BvR 666/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. April 2016 (OLG Köln)

Auslieferung nach Bosnien-Herzegowina zum Zwecke der Strafverfolgung (mazedonischer Staatsangehöriger; Auslieferungshindernis; Behandlungsbedürftigkeit wegen Hepatitis C und Leberzirrhose; Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Darlegungen zu Art und Umfang der Behandlungsbedürftigkeit).

Art. 2 Abs. 2 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 73 IRG

517. BVerfG 2 BvR 890/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Mai 2016 (KG)

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung an das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Anwendungsvorrang des Unionsrechts; Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs; Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren; nemo tenetur se ipsum accusare; Menschenwürdegarantie; Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schweigen des Beschuldigten als belastendes Indiz; Unterschreitung des unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutzes); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (besondere Verfahrensvollmacht; Nachweis der Bevollmächtigung; Gewährung einer Nachfrist bei besonderer Eilbedürftigkeit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; § 22 Abs. 2 BVerfGG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 136 StPO; § 136a StPO; § 163a StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 73 IRG; § 35 Criminal Justice and Public Order Act [GB]; § 38 Criminal Justice and Public Order Act [GB]

518. BVerfG 2 BvR 1155/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. April 2016 (OLG Hamm)

Klageerzwingungsverfahren (Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen eines Todesfalls nach einer unterbliebenen Operation; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Umfang der Darlegungsanforderungen im Antrag auf gerichtliche Entscheidung; keine Wiedergabe irrelevanter Beschuldigtenvernehmungen; Darstellung von Sachverständigengutachten auch hinsichtlich entlastender Umstände).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 222 StGB

519. BVerfG 2 BvR 1422/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. April 2016 (BGH / LG Frankfurt am Main)

Verbot informeller Absprachen (Recht auf ein faires Verfahren; abschließender Charakter des Verständigungsgesetzes; zulässiger Gegenstand von Verständigungen; Verfahrenseinstellungen unter Opportunitätsgesichtspunkten; Verfolgungsbeschränkungen; Rücknahme von Beweisanträgen; synallagmatische Verknüpfung als Kennzeichen der Verständigung; Irrelevanz eines fehlenden Rechtsbindungswillens); Unzulässigkeit von Absprachen über den Schuldspruch (ungesetzliche Festlegung der Schadenshöhe im Konsens ohne zureichende Sachaufklärung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 154a Abs. 1 StPO; § 154a Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO; § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO

520. BVerfG 2 BvR 2349/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Augsburg / AG Augsburg)

Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung (DNA-Analyse; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Begründungsanforderungen an eine Prognoseentscheidung; Abwägung im Einzelfall; erhöhter Begründungsbedarf bei Abweichung von positiver Bewährungsentscheidung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 81g StPO

521. BGH 3 StR 10/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Oldenburg)

Änderung des Schuldspruchs bei unzutreffender Konkurrenzrechtlicher Beurteilung durch das Tatgericht.

§ 267 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

522. BGH 3 StR 17/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG Koblenz)

BGHSt; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; Aufsichtsrat; Vermögensbezug haushaltsrechtlicher Vorschriften; Verstoß gegen europarechtliche Vorschriften zur Beihilfe; Handlungsvollmacht; spezifisch dem Vermögensschutz dienende Pflicht; gravierende Pflichtverletzung; unternehmerischer Handlungsspielraum; Business Judgement Rule; Haushaltsuntreue; Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; Nachteil; Gefährdungs-

schaden; Gefahr der Verschleifung; eigenständige Ermittlung; Konkretisierung anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens; Übernahme einer Bürgschaft; Unmittelbarkeit; Vollendungszeitpunkt; Mittäterschaft; Wirksamkeit von Satzungsvorschriften bei der GmbH (Bestimmtheit; Zustimmungsvorbehalte; „Generalzustimmung“).

§ 266 StGB; § 54 HGB; § 39 Ziff. 5 Satz 2 VV-LHO RP; Art. 107 AEUV; § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG

523. BGH 3 StR 23/16 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Hannover)

Unbegründete sofortige Beschwerde gegen Kostenentscheidung und Versagung einer Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft.

§ 311 StPO; § 464 Abs. 3 StPO; § 465 StPO; § 8 Abs. 3 StrEG

524. BGH 3 StR 26/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

525. BGH 3 StR 49/16 – Beschluss vom 19. April 2016

Nicht erforderliche Dienstreise des Nebenklägervertreters zum Wohnsitz seines Mandanten (hier: in Las Vegas) im Revisionsverfahren.

§ 46 RVG

526. BGH 3 StR 56/16 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Wuppertal)

Beschränktes Anfechtungsrecht des Nebenklägers in der Revision.

§ 400 Abs. 1 StPO

527. BGH 3 StR 107/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Mönchengladbach)

Rechtsfehlerhafte Einziehungsentscheidung bzgl. zweier Mobiltelefone.

§ 74 Abs. 1 StGB

528. BGH 3 StR 116/16 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Stade)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

529. BGH 3 StR 142/15 – Beschluss vom 25. Februar 2016 (LG Kleve)

BGHR; Marktmanipulation („sonstige Täuschungshandlungen“; Bestimmtheit; Auslegung unter Berücksichtigung europäischer Rechtsakte, Richtlinie; Einwirkung auf den Börsenpreis; Feststellung; Kausalität; subjektive Gewissheit; Überzeugungsbildung; Täterschaft und Teilnahme; Jedermanndelikt); Besorgnis der Befangenheit eines Sachverständigen (Rechtsfrage; Ermessen des Vorsitzenden; zu Grunde liegende Tatsachen; revisionsgerichtliche Überprüfung; keine Ermittlung von Tatsachen durch das Gericht; strukturelle Verknüpfung der Referate Marktanalyse und Ermittlung bei der BaFin; kein genereller Ausschluss als Gutachter); Verfall bei informationsgestützten Manipulationen (erlangtes Etwas; Vertretungsfälle; Verfügungsgewalt).

§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG; § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG; § 261 StPO; § 73 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 74 Abs. 3 StPO

530. BGH 3 StR 355/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

531. BGH 3 StR 95/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Duisburg)

Unzulässigkeit der auf die Nichtverhängung einer Maßregel neben der Strafe gestützten Revision mangels Beschwer.

§ 64 StGB; § 349 StPO

532. BGH 3 StR 96/16 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

533. BGH 3 StR 403/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Bad Kreuznach)

Verwerfung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

534. BGH 3 StR 404/15 – Beschluss vom 10. März 2016 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Einsteigen beim Wohnungseinbruchdiebstahl (Auslegung; Eindringen durch zum ordnungsgemäßen Zugang bestimmte Tür; geöffnete Terrassentür; Überwindung von Schwierigkeiten oder Hindernissen aus der Eigenart des Gebäudes oder der Umfriedung des umschlossenen Raumes; Schwierigkeiten beim Schaffen der Zugangsmöglichkeit).

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

535. BGH 3 StR 428/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Mönchengladbach)

Keine automatische strafscharfende Wirkung der Begehung in Mittäterschaft (Doppelverwertungsverbot); Aufklärungshilfe oder ernsthaftes Aufklärungsbemühen als bestimmender Strafmilderungsgrund.

§ 46 StGB; § 46b StGB; § 31 BtMG

536. BGH 3 StR 437/15 – Urteil vom 10. März 2016 (LG Osnabrück)

BGHSt; Erheblichkeit sexueller Handlungen (sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung; Gesamtbetrachtung; Erkennen des Sexualbezugs beim Opfer nicht erforderlich; objektiver Sexualbezug; äußeres Erscheinungsbild; ambivalente Tätigkeiten; sexuelle Absichten); Vornahme gegen Entgelt (Motivation des Minderjährigen durch die Entgeltvereinbarung; Erfassen des sexuellen Charakters im Tatzeitpunkt durch das Opfer nicht erforderlich).

§ 184h Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 2 StGB

537. BGH 3 StR 439/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

538. BGH 3 StR 454/15 – Urteil vom 11. Februar 2016 (LG Mönchengladbach)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern; keine automatische Aufhebung der Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat bei Veränderung des Tatzeitpunkts; rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung aufgrund angenommener Bindung an Beweisregeln (keine Beschränkung auf Erinnerung der Zeugin in der Hauptverhandlung bei Schilderung der Tat gegenüber anderen Zeugen).
§ 176 StGB; § 176a StGB; § 200 StPO; § 261 StPO

539. BGH 3 StR 465/15 – Beschluss vom 10. März 2016 (LG Wuppertal)

Teileinstellung.
§ 154 StPO

540. BGH 3 StR 468/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Mainz)

Beschränktes Anfechtungsrecht des Nebenklägers in der Revision.
§ 400 Abs. 1 StPO

541. BGH 3 StR 483/15 – Urteil vom 10. März 2016 (LG Hannover)

Sachlich-rechtlich nicht zu beanstandende Beweiswürdigung beim freisprechenden Urteil; kein Erfordernis der Dokumentation von Beweiswürdigung und Gang der Hauptverhandlung in den Urteilsgründen; Schuldunfähigkeit (fahrlässige actio libera in causa).
§ 261 StPO; § 267 StPO; § 20 StGB

542. BGH 3 StR 516/15 – Beschluss vom 22. März 2016 (LG Lüneburg)

Zulässige und begründete Besetzungsrüge (Änderung der Geschäftsverteilung durch Präsidiumsbeschluss; Begründungserfordernis; Heilung der fehlenden Begründung; Überlastung eines Spruchkörpers; Bestellung zu erstrangigen Vertreterinnen; unzulässige Einzelzuweisung; „Rückübertragung“).
§ 222b Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 21e GVG

543. BGH 3 StR 527/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Kleve)

Kein Beruhen des Urteils auf der unzulässigen Verlesung eines Vernehmungsprotokolls bei umfassendem, durch die weitere Beweisaufnahme bestätigtem Geständnis des Angeklagten.
§ 337 StPO; § 251 StPO; § 250 StPO

544. BGH 3 StR 538/15 – Beschluss vom 19. April 2016

Berichtigung eines Schreibversehens.
§ 260 StPO

545. BGH 3 StR 544/15 – Beschluss vom 8. März 2016 (LG Hannover)

BGHSt; Eintritt des Ergänzungsrichters bei Krankheit eines zur Urteilsfindung berufenen Richters (Feststellung des Verhinderungsfalls durch den Vorsitzenden; Ermessen; Einschränkung des Ermessens bei Krankheit; keine Ermessensentscheidung während Fristenhemmung; gesetzlicher Richter; Beschleunigungsgebot).
§ 229 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 192 Abs. 2 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

546. BGH 3 StR 550/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Düsseldorf)

Funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und beabsichtigter Erpressung beim erpresserischen Menschenraub.
§ 239a StGB

547. BGH 3 StR 554/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Bad Kreuznach)

Keine Beteiligung an der Einfuhr von Betäubungsmitteln des ohne Einfluss auf den Einfuhrvorgang im Inland wartenden Empfängers; rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung (Verhältnis zur Zurückstellung der Vollstreckung; Erfolgsaussicht; Wecken der Therapiebereitschaft während der Therapie).
§ 29 BtMG; § 64 StGB; § 35 BtMG

548. BGH 5 StR 37/16 – Urteil vom 20. April 2016 (LG Saarbrücken)

Nichtanwendung des erhöhten Strafrahmens trotz vorhandenem Regelbeispiel bei der Vergewaltigung (Gesamtwürdigung der relevanten Strafzumessungstatsachen; gewichtige Milderungsgründe; Berücksichtigung früher gepflogener Sexualpraktiken; Bestrafungscharakter).
§ 177 StGB

549. BGH 5 StR 8/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Dresden)

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

550. BGH 5 StR 8/16 – Urteil vom 20. April 2016 (LG Dresden)

Anordnung von Wertersatzverfall (Härtefallvorschrift; nicht mehr Vorhandensein des Erlangten im Tätervermögen; Berücksichtigungsfähigkeit einer Steuerlast; Abwägung mit dem Resozialisierungsinteresse).
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

551. BGH 5 StR 108/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Bremen)

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

552. BGH 5 StR 115/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Dresden)

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

553. BGH 5 StR 332/15 – Urteil vom 7. April 2016 (LG Göttingen)

Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen; Beauftragtenbegriff; Verbotsirrtum bei unzutreffender Einschätzung der Arbeitnehmereigenschaft (Erkundungspflicht; hypothetisches Ergebnis der unterlassenen Erkundigung; bedingte Unrechtseinsicht; voluntatives Element).
§ 266a StGB; § 14 StGB; § 17 StGB

554. BGH 5 StR 487/15 – Beschluss vom 17. Februar 2016 (OLG Dresden)

Falschbeurkundung im Amt durch Beurkundung eines unzutreffenden Wohnortes eines Beteiligten anlässlich einer Vertragsbeurkundung (Notar; Beweiskraft; öffentlicher Glaube der Urkunde; keine Erstreckung auf inhaltliche Richtigkeit).

§ 348 Abs. 1 StGB

555. BGH 5 StR 498/15 – Urteil vom 19. April 2016 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei der Ablehnung des Tötungseventualvorsatzes (kognitives Element; voluntatives Element; tatsachenfundierte getrennte Prüfung der Vorsatzkomponenten; besonders gefährliche Gewalt-handlungen; Beweisanzeichen; Vertrauenskriterium; Gleichgültigkeit).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

556. BGH 5 StR 553/15 (alt: 5 StR 239/13 und 5 StR 169/14) – Beschluss vom 1. März 2016

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unzulässig.

§ 356a StPO

557. BGH 5 StR 556/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Berlin)

Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Verwerfung der Revision ohne Begründung.

§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

558. BGH AK 19-21/16 – Beschluss vom 21. April 2016

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 121 StPO

559. BGH AK 19-21/16 – Beschluss vom 21. April 2016

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 121 StPO

560. BGH AK 19-21/16 – Beschluss vom 21. April 2016

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 121 StPO

561. BGH StB 5/16 – Beschluss vom 21. April 2016

Fortdauernder Vollzug der Untersuchungshaft während der Hauptverhandlung (Beurteilung des dringenden Tatverdachts; eingeschränkte Nachprüfung durch das Beschwerdegericht; Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit; Unschuldsumutung; Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungsgebot in Haft-sachen; Einzelfallprüfung).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

562. BGH 1 StR 23/16 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG Kempten)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

563. BGH 1 StR 38/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG München I)

Unerlaubtes bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens; Anwendbarkeit des Qualifikationstatbestandes auch in Fällen, in denen die mitgeführten Drogen nicht entdeckt werden oder der gefährliche Gegenstand nicht eingesetzt wird; Verhältnis zur unerlaubten bewaffneten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

564. BGH 1 StR 45/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Heilbronn)

Verwerfung der Revision als unzulässig (Beschwerde: Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 64 StGB

565. BGH 1 StR 47/16 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

566. BGH 1 StR 47/16 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG München I)

Vorliegen eines minderschweren Falls (Berücksichtigung gesetzlich vertyppter Strafmilderungsgründe).

§ 50 StGB

567. BGH 1 StR 53/16 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Landshut)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: besondere Glaubwürdigkeitsprüfung der Aussage des einzigen Belastungszeugen, Konstanzanalyse, Begründung einer Teileinstellung).

§ 261 StPO; § 154a Abs. 2 StPO

568. BGH 1 StR 71/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Mannheim)

Verständigung (erforderliche Belehrung über die eingeschränkte Bindungswirkung vor Zustandekommen).

§ 257c Abs. 1, Abs. 5 StPO

569. BGH 1 StR 75/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

570. BGH 1 StR 281/15 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

571. BGH 1 StR 398/15 – Urteil vom 20. Januar 2016 (LG München II)

BGHSt; Raub (Finalzusammenhang zwischen Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme: Unbeachtlichkeit geringfügiger Abweichungen vom vorgestellten Finalverlauf; räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme: nötigungsbedingte Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt)

§ 249 Abs. 1 StGB

572. BGH 1 StR 401/15 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Stuttgart)

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

573. BGH 1 StR 402/15 – Beschluss vom 16. März 2016 (LG Mannheim)

(Verminderte) Schuldunfähigkeit (Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit: besondere Schwere; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit aufgrund einer schweren anderen seelischen Abartigkeit: normative Gesamtbetrachtung).
§ 20 StGB; § 21 StGB

574. BGH 1 StR 409/15 – Beschluss vom 21. April 2016

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

575. BGH 1 StR 448/15 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Potsdam)

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

576. BGH 1 StR 525/15 – Beschluss vom 16. Februar 2016 (LG München I)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

577. BGH 1 StR 81/16 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Hof)

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

578. BGH 1 StR 579/15 – Beschluss vom 7. April 2016 (LG Weiden)

Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (Beschränkung durch falsche Benennung des Sitzungssaals im Aushang); Kreditbetrug (Unternehmerstellung des Kreditnehmers).
§ 169 GVG; § 265b Abs. 1 StGB

579. BGH 1 StR 598/15 – Beschluss vom 18. April 2016 (LG München I)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

580. BGH 1 StR 629/15 – Urteil vom 21. April 2016 (LG Weiden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit: Bewertungseinheit durch gleichzeitigen Besitz der Gesamtmenge); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Lückenhaftigkeit, keine Auseinandersetzung mit fernliegenden Sachverhaltsmöglichkeiten); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB

581. BGH 1 StR 632/15 – Beschluss vom 7. April 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Anordnung des Verfalls (erforderliche Anknüpfung an eine von der Anklage erfasste und vom Tatrichter festgestellte Tat).

§ 73 Abs. 1 StGB

582. BGH 1 StR 661/15 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Mannheim)

Bildung einer Gesamtstrafe (Grundsatz der Spezialität bei Auslieferungen: keine Einbeziehung einer nicht vollstreckbaren Geldstrafe in eine Gesamtstrafe).
§ 55 Abs. 1 StGB; Art. 83h Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 IRG

583. BGH 1 StR 662/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Hof)

Erweiterter Verfall (Subsidiarität zum regulären Verfall).
§ 73d Abs. 1 StGB; § 73 StGB

584. BGH 2 StR 20/16 – Beschluss vom 30. März 2016 (LG Hanau)

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

585. BGH 2 StR 25/15 – Urteil vom 17. Februar 2016 (LG Meiningen)

Durchsuchung der vom Verdächtigen mitgeführten Sachen (Voraussetzungen; Durchsuchung eines vom Betroffenen geführten Fahrzeugs); Voraussetzungen eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots (Abwägungslehre).
§ 163b Abs. 1 Satz 3 StPO

586. BGH 2 StR 112/14 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Bonn)

Tatrichterlicher Beweiswürdigung (Umgang mit DNA-Identifizierungsmustern: Angeklagter Angehöriger einer fremden Ethnie).
§ 261 StPO

587. BGH 2 StR 116/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Kassel)

Beihilfe zum Totschlag (Vorsatz bezüglich der Haupttat: bedingter Tötungsvorsatz).
§ 212 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

588. BGH 2 StR 144/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Limburg)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

589. BGH 2 StR 159/15 – Urteil vom 3. Februar 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Sachliche Zuständigkeit (Recht auf den gesetzlichen Richter; grundsätzliche Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung bei dortiger Rechtshängigkeit: Übernahme des Verfahrens durch das Landgericht auch noch in der Berufungsinstanz, eingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle); Täter-Opfer-Ausgleich (Erfordernis eines kommunikativen Akts zwischen Täter und Opfer).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 6 StPO; § 269 StPO; § 225a StPO; § 46a StGB

590. BGH 2 StR 200/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Aachen)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Begriff des Anvertrautseins: Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der Unter- und Überordnung).
§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

591. BGH 2 StR 36/15 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Betrug (Vermögensschaden; Schädigungsvorsatz; Gefährdungsschaden; Vorliegen eines besonders schweren Falls); Gründungsschwindel (Vollendungszeitpunkt); Anordnung des Verfalls (entgegenstehende Ansprüche Dritter).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

592. BGH 2 StR 48/16 – Beschluss vom 7. April 2016 (LG Hanau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

593. BGH 2 StR 53/16 – Beschluss vom 13. April 2016 (LG Erfurt)

Dauer des Vorwegvollzugs (Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft).

§ 67 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

594. BGH 2 StR 223/15 – Urteil vom 23. März 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Strafvereitelung (Selbstbegünstigungsprinzip).

§ 258 Abs. 1, Abs. 5 StGB

595. BGH 2 StR 243/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Darmstadt)

Einziehung (Grundstück als zulässiger Einziehungsgegenstand; Voraussetzungen der Einziehung; Verhältnismäßigkeit, auch bei Sicherungseinziehung; Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 74 StGB; § 74b Abs. 1 StGB

596. BGH 2 StR 251/14 – Beschluss vom 18. Februar 2016 (LG Aachen)

Verfall (Schätzung des Erlangten).

§ 73 StGB; § 73b StGB

597. BGH 2 StR 306/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Aachen)

Bildung einer Gesamtstrafe (Berücksichtigung der Folgen sämtlicher Taten in ihrem Zusammenwirken nur bei der Gesamtstrafzumessung).

§ 54 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

598. BGH 2 StR 360/15 – Beschluss vom 3. März 2016 (LG Meiningen)

Aufklärungsgrundsatz (Schuldgrundsatz; erforderliche Überprüfung eines Geständnisses).

Art. 1 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 2 StGB

599. BGH 2 StR 405/15 – Urteil vom 30. März 2016 (LG Gera)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Erforderliche Gewissheit durch Ausschlussverfahren); sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage; Unterscheidung von Nötigungs- und sexueller Handlung).

§ 261 StPO; § 176 Abs. 1 Nr. 1, 3 StGB

600. BGH 2 StR 408/15 – Urteil vom 6. April 2016 (LG Kassel)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: erforderliche Gesamtschau,

Aufklärung der Entstehung und Entwicklung der belastenden Aussage; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

601. BGH 2 StR 433/15 – Beschluss vom 21. Januar 2016 (LG Limburg)

Inbegriffsrüge (Berücksichtigung von nach der Hauptverhandlung erhobener Beweise in der Urteilsbegründung).

§ 261 StPO

602. BGH 2 StR 434/14 – Beschluss vom 13. April 2016

Bewilligung einer Pauschgebühr.

§ 51 Abs. 1 RVG

603. BGH 2 StR 481/14 – Urteil vom 3. Februar 2016 (LG Aachen)

Sachliche Zuständigkeit (Recht auf den gesetzlichen Richter; grundsätzliche Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung bei dortiger Rechtshängigkeit: Übernahme des Verfahrens durch das Landgericht auch noch in der Berufungsinstanz, eingeschränkte revisionsrechtliche Willkürkontrolle); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 6 StPO; § 269 StPO; § 225a StPO; § 261 StPO

604. BGH 2 StR 484/14 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Hanau)

Tötungsvorsatz (Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung und die Darstellung im Urteil: Gesamtbetrachtung, Gefährlichkeit der Tathandlung als Indiz).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

605. BGH 2 StR 505/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Darmstadt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Nachlieferung aufgrund Mangelhaftigkeit der ersten Betäubungsmittellieferung; Tateinheit).

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

606. BGH 2 StR 512/15 – Beschluss vom 11. Februar 2016 (LG Aachen)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Blankettvorschrift: Bestimmtheitsgebot, Rechtsfehlerfreiheit der Weisung als Voraussetzung für Strafbarkeit; Darstellung im Urteil: Wiedergabe des Beschlusses über die Führungsaufsicht); Schuldunfähigkeit (tatrichterliche Beweiswürdigung: erforderliche Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 145a StGB; § 68b Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 20 StGB, § 261 StPO

607. BGH 2 StR 533/14 – Urteil vom 10. Februar 2016 (LG Darmstadt)

Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit (Mitwirkung des Richters in einem früheren Strafverfahren wegen derselben Tat regelmäßig kein Ablehnungsgrund); Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Erforderlichkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung im Ablehnungsbeschluss, kein Beruhen des Urteils auf fehlerhafter Ablehnung bei mög-

licher Ablehnung aus anderen Gründen); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 24 Abs. 1 StPO; § 244 Abs. 3, Abs. 5 StPO; § 34 StPO.

608. BGH 2 StR 544/15 – Beschluss vom 17. März 2016 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).
§ 261 StPO; § 63 StGB

609. BGH 2 StR 563/15 – Beschluss vom 13. April 2016 (LG Schwerin)

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

610. BGH 2 StR 577/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Aachen)

Bedrohung (Subsidiarität zur tateinheitlich begangenen Nötigung).
§ 241 Abs. 1 StGB; § 240 StGB; § 52 StGB

611. BGH 2 StR 577/15 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Aachen)

Revision des Nebenklägers (Anforderung an die Begründung: Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines nebenklagefähigen Delikts)
§ 400 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

612. BGH 2 ARs 410/14 2 AR 278/14 – Beschluss vom 18. April 2016

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

613. BGH 2 ARs 4/16 2 AR 295/15 – Beschluss vom 8. März 2016

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof
§ 13a StPO

614. BGH 2 ARs 437/15 2 AR 311/15 – Beschluss vom 26. April 2016

Übertragung der Bewährungsüberwachung.
§ 462a Abs. 2 Satz 2 StPO, § 453 Abs. 1 Satz 1 StPO

615. BGH 4 StR 17/16 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Paderborn)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen).
§ 64 StGB

616. BGH 4 StR 18/16 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Baden-Baden)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung).
§ 261 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

617. BGH 4 StR 52/16 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Magdeburg)

Erforderliche Belehrung des verwandten Zeugen (keine Fernwirkung eines Verstoßes).
§ 52 Abs. 3 Satz 1 StPO

618. BGH 4 StR 102/16 – Beschluss vom 30. März 2016 (LG Paderborn)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Beweiswert von Täteridentifizierung mittels Lichtbildvorlage; Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten in der Urteilsbegründung: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung).
§ 261 StPO; § 58 Abs. 2 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

619. BGH 4 StR 104/16 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Münster)

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

620. BGH 4 StR 111/16 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Detmold)

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

621. BGH 4 StR 113/16 – Beschluss vom 2. Mai 2016 (LG Essen)

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

622. BGH 4 StR 134/16 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Bochum)

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

623. BGH 4 StR 164/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Bielefeld)

Sexuelle Nötigung (Verwenden einer Waffe).
§ 177 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 StGB

624. BGH 4 StR 472/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Braunschweig)

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

625. BGH 4 StR 474/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (LG Essen)

Anordnung des Vorwegvollzugs (Anforderungen an die Begründung); Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (dem Nebenkläger zuzurechnendes Verschulden seines Prozessbevollmächtigten; Haftung des bevollmächtigten Anwalts für Kanzleipersonal, Anforderungen an die Begründung des Wiedereinsetzungsantrags).
§ 67 Abs. 1 StGB; § 44 StPO; § 85 Abs. 2 ZPO; § 278 BGB

626. BGH 4 StR 538/15 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Baden-Baden)

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

627. BGH 4 StR 563/15 – Urteil vom 28. April 2016 (LG Siegen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Ausnützen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs: objektive und subjektive Voraussetzungen); Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft.
§ 316 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB