

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 (LMU München); 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

Priv.-Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Tübingen/Univ. Frankfurt – **Rücknahme von Notwehrbefugnissen unter dem Deckmantel eines sozialethisch zu missbilligenden Vorverhaltens?** Anm. zu BGH HRRS 2016 Nr. 56 S. 380

Prof. Dr. Volker Haas, Univ. Heidelberg – **Strafbarkeit wegen (versuchten) Totschlags durch Manipulation von Patientendaten im Bereich der Leberallokation?** S. 384

Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg – **Entscheidungen zur Verfahrenserledigung im Strafverfahren und ihre transnationale Rechtskraftwirkung gem. Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC** Anm. zu EuGH HRRS 2016 Nr. 628S. 396

RA FA StrR Dr. Marcus Mosiek, Düsseldorf – **HRRS-Praxishinweis: Nachteilsgrenze bei haftungsbeschränkten Gesellschaften?** S. 404

Richter Sebastian Beining, Düsseldorf – **Gerichtliche Beweiserhebung im Zwischenverfahren** S. 407

Entscheidungen

EuGH **Fehlender nationaler Haftbefehl und EU-Haftbefehl**

BVerfG **Vorschnelle Annahme einer Schmähkritik**

BGHSt **Verknüpfung von qualifizierter Nötigung und Wegnahme**

BGHSt **Missbrauch bei der Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis**

BGHSt **Rücknahme des Rechtsmittels durch den Verteidiger**

BGHSt **Besondere Schwere der Schuld im Jugendstrafrecht**

BGH **Anfrageverfahren zur räuberischen Erpressung – Schutz des rechtswidrigen Besitzes**

BGH **Vorlage an die Vereinigten Großen Senate des BGH**

BGH **Nachträgliche Änderungen der Geschäftsverteilung**

Die Ausgabe umfasst 127 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 (LMU München); 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, August/September 2016, Ausgabe

8-9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

731. EuGH C-241/15 – Urteil des EuGH (Zweite Kammer) vom 1. Juni 2016 (Niculaie Aurel Bob-Dogi)

Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen: RB 2002/584/JI Europäischer Haftbefehl (Pflicht zur Aufnahme von Angaben über das Vorliegen eines ‚Haftbefehls‘ in den Europäischen Haftbefehl; Fehlen eines vorhergehenden nationalen Haftbefehls, der nicht mit dem Europäischen Haftbefehl identisch ist; gegenseitige Anerkennung; zweistufiger Schutz der Verfahrensrechte und der Grundrechte: Rechtsschutz).

Art. 8 Abs. 1 Buchst. c RBEuHB; Art. 3 RBEuHB; Art. 4 RBEuHB; Art. 4a RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Art. 51 GRC

1. Art. 8 Abs. 1 Buchst. c des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass der in dieser Bestimmung enthaltene Begriff „Haftbefehl“ dahin zu verstehen ist, dass er einen nationalen Haftbefehl bezeichnet, der nicht mit dem Europäischen Haftbefehl identisch ist. (EuGH)

2. Art. 8 Abs. 1 Buchst. c des Rahmenbeschlusses 2002/584 in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die voll-

streckende Justizbehörde einen Europäischen Haftbefehl, der auf dem Vorliegen eines „Haftbefehls“ im Sinne dieser Bestimmung gestützt ist, jedoch keine Angabe über das Vorliegen eines nationalen Haftbefehls enthält, nicht vollstrecken darf, wenn sie unter Berücksichtigung der gemäß Art. 15 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584 in geänderter Fassung vorgelegten Informationen sowie aller anderen ihr zur Verfügung stehenden Informationen feststellt, das [sic!] der Europäische Haftbefehl nicht gültig ist, weil er ausgestellt wurde, ohne dass tatsächlich ein nationaler Haftbefehl ausgestellt worden war, der nicht mit dem Europäischen Haftbefehl identisch ist. (EuGH)

3. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist, wie sich aus ihrem Art. 51 Abs. 1 ergibt, von den Mitgliedstaaten und damit von ihren Gerichten bei der Durchführung des Unionsrechts anzuwenden; dies ist der Fall, wenn die ausstellende Justizbehörde und die vollstreckende Justizbehörde die zur Umsetzung des RBEuHB ergangenen nationalen Bestimmungen anwenden. (Bearbeiter)

4. Der Beachtung des in Art. 8 Abs. 1 Buchst. c RBEuHB aufgestellten Erfordernisses, dass dem Europäischen ein nationaler Haftbefehl zugrunde liegt, kommt besondere Bedeutung zu, weil es impliziert, dass, wenn der Europäische Haftbefehl im Hinblick auf die Festnahme und Übergabe einer zum Zweck der Strafverfolgung gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat ausgestellt wird, diese Person bereits in einem ersten Stadium des Verfahrens in den Genuss der Verfahrens- und Grundrechte kommen konnte, deren Schutz die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats nach dem anzuwendenden nationalen Recht, insbesondere im Hinblick auf den Erlass eines nationalen Haftbefehls, zu gewährleisten hat. (Bearbeiter)

5. Das System des Europäischen Haftbefehls enthält aufgrund dieses in Art. 8 Abs. 1 Buchst. c RBEuHB aufgestellten Erfordernisses einen zweistufigen Schutz der Verfahrens- und Grundrechte, der der gesuchten Person zugutekommen muss, da zu dem gerichtlichen Schutz auf der ersten Stufe beim Erlass einer nationalen justiziellen Entscheidung wie eines nationalen Haftbefehls der Schutz hinzukommt, der auf der zweiten Stufe bei der Ausstellung des Europäischen Haftbefehls, zu der es gegebenenfalls kurze Zeit nach dem Erlass dieser nationalen justiziellen Entscheidung kommen kann, zu gewährleisten ist. An diesem zweistufigen gerichtlichen Schutz fehlt es grundsätzlich in einem Fall, in dem ein sogenanntes „vereinfachtes“ Verfahren zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zur Anwendung kommt, in dem ein Europäischer zugleich als Inlandshaftbefehl erlassen wird, weil dieses impliziert, dass vor der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls keine durch eine nationale Justizbehörde getroffene Entscheidung – etwa der Erlass eines nationalen Haftbefehls –, auf die sich der Europäische Haftbefehl stützt, ergangen ist. (Bearbeiter)

6. Grundsätzlich ist die Ablehnung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls durch die vollstreckende Justizbehörde nur in den abschließend aufgezählten Fällen möglich, in denen sie nach Art. 3 RBEuHB abzulehnen ist oder nach den Art. 4 und 4a RBEuHB abge-

lehnt werden kann. Außerdem kann die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls nur an eine der in Art. 5 RBEuHB erschöpfend aufgeführten Bedingungen geknüpft werden. (Bearbeiter)

7. Werden aber die Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit eines Europäischen Haftbefehls nicht erfüllt, muss die Nichterfüllung dieser Anforderung grundsätzlich dazu führen, dass die vollstreckende Justizbehörde diesen Haftbefehl nicht vollstreckt, da die Gründe der Nichtvollstreckung (Art. 3, 4, 4a, 5 RBEuHB) auf der Annahme beruhen, dass die vorgesehenen Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit erfüllt sind. (Bearbeiter)

8. Vor dem Erlass einer Nichtvollstreckungsentscheidung wegen der möglichen fehlenden Ordnungsmäßigkeit eines Europäischen Haftbefehls, die schon ihrer Natur nach im Rahmen der Anwendung des von diesem Rahmenbeschluss eingeführten Systems, das auf den Grundsätzen der Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens beruht, die Ausnahme bleiben muss, muss die Vollstreckungsbehörde nach Art. 15 Abs. 2 RBEuHB die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats um die unverzügliche Übermittlung aller notwendigen zusätzlichen Informationen bitten, um die Ordnungsmäßigkeit des Europäischen Haftbefehls prüfen zu können. (Bearbeiter)

733. BVerfG 1 BvR 2646/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2016 (KG / LG Berlin)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (Schutz von Werturteilen; Zulässigkeit polemischer und überspitzter Kritik; grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; Entbehrlichkeit einer Abwägung bei Schmähkritik; enge Auslegung der Schmähkritik; Strafbarkeit ausfallender Ehrbeeinträchtigung einer Staatsanwältin durch einen Verteidiger; Abwägungsverzicht gleichwohl nur bei eindeutig fehlendem Verfahrensbezug).

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

1. Unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen Werturteile sowie Tatsachenbehauptungen, soweit diese zur Bildung von Meinungen beitragen. Geschützt sind nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen; vielmehr darf gerade Kritik auch pointiert, polemisch und überspitzt geäußert werden.

2. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit findet seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch die Strafvorschriften der §§ 185, 193 StGB gehören. Bei deren Auslegung und Anwendung haben die Fachgerichte den wertsetzenden Gehalt des Grundrechts interpretationsleitend zu berücksichtigen. Dies verlangt grundsätzlich eine auf den Einzelfall bezogene Abwägung zwischen dem Gewicht der Persönlichkeitsbeeinträchtigung einerseits und der Einschränkung der Meinungsfreiheit andererseits.

3. Eine Abwägung ist allerdings regelmäßig entbehrlich, soweit es um herabsetzende Äußerungen geht, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähkritik darstellen. Hiervon darf wegen der für die Meinungsfreiheit ein-

schneidenden Folgen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen ausgegangen werden. Auch eine überzogene oder sogar ausfällige Kritik macht eine Äußerung erst dann zur Schmähung, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.

4. Bezeichnet der Verteidiger in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren die zuständige Staatsanwältin gegenüber einem Journalisten ausfallend scharf und in einer ihre Ehre beeinträchtigenden Weise, so kann darauf eine Verurteilung wegen Beleidigung ohne Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht nur gestützt werden, wenn unter Ausschluss anderer Deutungsmöglichkeiten ein fehlender Verfahrensbezug der Äußerungen dargelegt wird.

5. Allerdings ist ein Anwalt grundsätzlich nicht berechtigt, aus Verärgerung über von ihm als falsch angesehene Maßnahmen eines Staatsanwalts diesen – insbesondere gegenüber der Presse – mit Beschimpfungen zu überziehen. Insoweit muss sich im Rahmen der Abwägung grundsätzlich das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durchsetzen.

734. BVerfG 1 BvR 2732/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2016 (Thüringer OLG / AG Sonneberg)

Schutz der Meinungsfreiheit und Herabsetzung eines Polizeibeamten (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil; üble Nachrede und Beleidigung; Bewertung im Gesamtkontext; Erforderlichkeit einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht).

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

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

2. Ein Strafgericht verkennt Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit, wenn es eine Äußerung unzutreffend als Tatsachenbehauptung einstuft, mit der Folge, dass sie dann nicht in demselben Maß am Grundrechtsschutz teilnimmt wie eine Äußerung, die als Werturteil anzusehen ist.

3. Bezeichnet ein Betroffener einen Polizeibeamten, der ihn in der Vergangenheit mehrmals anlasslos kontrolliert hat und von dem er sich beobachtet fühlt, in einem Eintrag auf seiner Facebook-Seite als „Spanner“, so handelt es sich nicht um eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung, sondern um eine vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasste Meinung. Inwieweit eine solche Äußerung gerechtfertigt ist, haben die Fachgerichte nach Maßgabe einer Abwägung zwischen der

Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht zu entscheiden.

735. BVerfG 2 BvR 435/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juli 2016 (OLG Hamm / LG Paderborn)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; steigende Anforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; ungünstige Behandlungsprognose; Abgrenzung zur Sicherungsverwahrung; kein vollständiges Zurücktreten des Besserungszwecks hinter der Sicherung); Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

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

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht auch dann fort, wenn die angegriffene Entscheidung nicht mehr die aktuelle Grundlage der Unterbringung bildet, weil zwischenzeitlich eine erneute Fortdauerentscheidung ergangen ist.

2. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

3. Bei der Prüfung der Aussetzungsreife einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, indem die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die von dem Täter ausgehende Gefahr zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.

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

5. Zu verlangen ist eine einzelfallbezogene Konkretisierung der Art und des Grades der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten, die von dem Untergebrachten drohen. Dabei ist auf das frühere Verhalten des Untergebrachten, die von ihm bislang begangenen Taten, die seit Anordnung der Maßregel eingetretenen Umstän-

de, den Zustand des Untergebrachten sowie seine künftig zu erwartenden Lebensumstände abzustellen.

6. Ein Fortdauerbeschluss genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn er bereits den der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugrunde gelegten Maßstab nicht erkennen lässt und insbesondere nicht erörtert, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, dass der Betroffene sich bereits seit über 20 Jahren im Maßregelvollzug befindet.

7. Die von einem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist nicht hinreichend konkretisiert, wenn die Strafvollstreckungskammer lediglich ausführt, es seien „Sexualstraftaten zum Nachteil von Mädchen beziehungsweise Frauen“ zu erwarten, ohne diese näher zu konkretisieren und darzulegen, ob etwa eine Gewaltanwendung zu befürchten ist. In einem solchen Fall lässt sich die Erwartung hinreichend schwerer Sexualdelikte auch nicht auf sexuell motivierte Telefonanrufe des Untergebrachten bei Frauen und Kindern stützen, die mehrere Jahre zurückliegen und denen überwiegend keine strafrechtliche Relevanz zukam.

8. Eine Fortdauerentscheidung genügt den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen auch dann nicht, wenn sie sich nicht damit auseinandersetzt, dass bei dem Untergebrachten durchgreifende Behandlungserfolge bezüglich seines Störungsbildes kaum noch zu erwarten sind. Wenngleich im Rahmen einer Maßregel nach § 63 StGB der Zweck der Besserung hinter dem der Sicherung zurücktreten kann, darf die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nicht einer nicht angeordneten – und qualitativ andersartigen – Sicherungsverwahrung gleichkommen.

736. BVerfG 2 BvR 857/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Juli 2016 (LG Bielefeld)

Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör im Verfahren über die Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss (Möglichkeit der Äußerung zu einer Stellungnahme der Staatsanwaltschaft; Heilung eines Gehörsverstößes im Anhörungsrügeverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33 StPO

1. Ein Beschwerdegericht verletzt den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör, wenn es ihm vor der Entscheidung über seine Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft nicht zur Kenntnis gibt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stellungnahme im konkreten Fall Einfluss auf das Entscheidungsergebnis gewinnen kann oder nicht.

2. Der Gehörsverstoß wird jedoch durch die Entscheidung über eine Anhörungsrüge des Beschuldigten geheilt, wenn das Beschwerdegericht dabei dessen weiteres Vorbringen berücksichtigt. Die Fortführung des Beschwerdeverfahrens kann allerdings geboten sein, wenn der Gehörsverstoß durch bloß ergänzende Erwägungen zum Vorbringen in der Anhörungsrüge nicht zu heilen ist, wie etwa beim Übergehen eines erheblichen Beweis-antrags.

732. BVerfG 1 BvR 1791/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2016 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart)

Strafbarkeit wegen Nichtbefolgung einer Auflage bei einer Versammlung (Grundrecht der Versammlungsfreiheit; inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auflage durch die Strafgerichte; Verhältnismäßigkeit; keine feste Relation von Ordnern und Versammlungsteilnehmern; Unzumutbarkeit der Aufлагenerfüllung; Erfordernis der Substantiierung durch den Veranstalter).

Art. 8 GG; § 15 VersammlG; § 25 Nr. 2 VersammlG

1. Eine Verurteilung wegen der Nichtbefolgung einer Auflage bei einer Versammlung erfordert eine umfassende Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auflage durch die Strafgerichte. Dabei ist auch die Verhältnismäßigkeit der Auflage in den Blick zu nehmen.

2. Insbesondere bei Großdemonstrationen dürfen die Versammlungsbehörden nicht schematisch und ohne Rücksicht auf die Möglichkeiten des Veranstalters eine feste Relation von Ordnern und Versammlungsteilnehmern vorgeben; denn eine versammlungsrechtliche Auflage darf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nicht leerlaufen lassen.

3. Eine Auflage darf jedoch als rechtmäßig beurteilt werden, wenn weder substantiiert vorgetragen noch sonst für die Versammlungsbehörde erkennbar ist, dass die Erfüllung der Auflage für den Veranstalter im Einzelfall unzumutbar ist.

737. BVerfG 2 BvR 1710/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Münster / AG Bocholt)

Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss (Verfassungsverstoß bei vollständigem Fehlen einer Umschreibung des Tatvorwurfs; keine Nachbesserung im Beschwerdeverfahren; Funktion des Richtervorbehalts).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Um den mit einer Durchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen messbar und kontrollierbar zu gestalten, muss der Durchsuchungsbeschluss den Tatvorwurf und die konkreten Beweismittel so beschreiben, dass der äußere Rahmen für die Durchsuchung abgesteckt wird. Der Richter muss die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist.

2. Ein Durchsuchungsbeschluss genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn konkrete Angaben zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt und zu der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat vollständig fehlen, obwohl sie nach dem Ergebnis der Ermittlungen ohne Weiteres möglich und den Zwecken der Strafverfolgung auch nicht abträglich gewesen wären.

3. Im Beschwerdeverfahren sind Mängel bei der Umschreibung des Tatvorwurfs und der zu suchenden Be-

weismittel nicht mehr heilbar. Andernfalls würde die Funktion des Richtervorbehalts unterlaufen, eine vorbeugende Kontrolle der Durchsuchung durch eine unab-

hängige und neutrale Instanz zu gewährleisten und durch die Beschreibung des Tatvorwurfs eine Begrenzung der Maßnahme zu erreichen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

774. BGH 5 StR 564/15 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Hamburg)

Erforderlichkeit eines lebensgefährlichen Messereinsatzes in einer Notwehrlage (mildestes Mittel; tatsächliche Verhältnisse; Kampfplage; zugespitzte Situation; Androhung; überhöhte Anforderungen; Gefahr der weiteren Eskalation des Kampfgeschehens); Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch; Rücktrittshorizont); Strafzumessung beim minder schweren Fall des Totschlags.

§ 32 StGB; § 24 StGB; § 213 StGB; § 49 StGB

1. Die Erforderlichkeit einer Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 StGB ist gegeben, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven ex ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden. Auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel ist nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines bis dahin noch nicht in Erscheinung getretenen Messers allerdings in der Regel anzudrohen.

2. Angesichts der Unkalkulierbarkeit des Risikos einer ungeeigneten Verteidigungshandlung dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung über die vorherige Androhung eines Messereinsatzes oder eine weniger gefährliche Stichführung jedoch keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Ist in einer bedrängten Lage eine weitere Eskalation des Geschehens nicht ausgeschlossen und die Aussicht auf eine endgültige Abwehr des Angriffs durch ein weniger gefährliches Vorgehen nicht frei von Zweifeln, kann vielmehr auch der tödliche Einsatz eines Messers ohne vorherige Warnung gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

755. BGH 5 StR 138/16 – Beschluss vom 22. Juni 2016 (LG Dresden)

Erforderlichkeit der Notwehrhandlung bei lebensgefährlichem Waffeneinsatz (mildestes Abwehrmittel; objektive ex ante-Betrachtung; Erfolgsaussicht des milderen Mittels; effektive und sichere Abwehr; Zu-

mutbarkeit des Fehlschlagsrisikos; sichere Feststellungen; zugespitzte Kampfsituation).

§ 32 StGB

1. Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven Betrachtung ex ante der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden.

2. Danach kann auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz einer Waffe durch Notwehr gerechtfertigt sein. Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur dann zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Die mildere Einsatzform muss im konkreten Fall eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann. Der Verteidiger ist bei lebensgefährlichem Waffeneinsatz nicht dazu verpflichtet, entgegen den allgemeinen Prinzipien des Notwehrrechts bis zur Selbstgefährdung zuzuwarten.

3. Die Erfolgsaussichten einer milderen Abwehrhandlung müssen auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen im Einzelnen dargelegt werden. Angesichts der schweren Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die regelmäßig in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Können keine sicheren Feststellungen zu Einzelheiten des Geschehens getroffen werden, darf sich das nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken.

801. BGH 1 StR 597/15 – Urteil vom 1. Juni 2016 (LG Hechingen)

Notwehr (Gebotenheit: Notwehrprovokation, gestuftes Notwehrrecht, persönliches Näheverhältnis); tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung; Anforderung an die tatrichterliche Gewissheit; keine isolierte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes

auf einzelne Beweistatsachen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 32 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

Wer durch ein sozialetisch zu beanstandendes Vorverhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat, darf nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur Trutzwehr mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er alle Möglichkeiten zur Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt. Gegen einen unbewaffneten Gegner kommt der Gebrauch einer lebensgefährlichen Waffe nur in Ausnahmefällen in Betracht; er darf nur das letzte Mittel zur Verteidigung sein (vgl. BGH NStZ 2014, 451, 452).

845. BGH 4 StR 215/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Landau)

Schuldunfähigkeit (fehlende Einsichtsfähigkeit: Fehlen der Unrechtseinsicht).
§ 20 StGB

Nimmt der Tatrichter eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit des Täters an, so muss er darüber befinden, ob diese zum Fehlen der Unrechtseinsicht geführt oder ob der Täter gleichwohl das Unrecht der Tat eingesehen hat. Denn eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist

strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat. Nur unter dieser Voraussetzung führt eine verminderte Einsichtsfähigkeit – je nachdem, ob das Fehlen der Einsicht dem Täter zum Vorwurf gereicht –, zur Anwendung von § 20 StGB. Sieht der Täter dagegen trotz seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns tatsächlich ein, handelt er in vollem Umfang schuldhaft (st. Rspr.).

743. BGH 3 StR 22/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Osnabrück)

Konkurrenzverhältnis zwischen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen und gefährlicher Körperverletzung (abstrakte und konkrete Gefährungsdelikte; Verdrängung; Subsidiarität; Identität der geschützten Rechtsgüter).

§ 225 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Abstrakte Gefährungsdelikte sind gegenüber den dieselben Rechtsgüter schützenden konkreten Gefährungsdelikten subsidiär. Der Bundesgerichtshof hat bereits zum Verhältnis von § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB bzw. von § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b StGB zu § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB entschieden, dass die letztgenannte Vorschrift, die lediglich eine abstrakte Lebensgefährdung erfordert, verdrängt wird. Ebenso ist neben einer Verurteilung wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen gemäß § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB, wo die schutzbefohlene Person durch die Tat in die konkrete Gefahr – unter anderem – des Todes gebracht wird, kein Raum für eine Verurteilung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

761. BGH 5 StR 98/16 – Urteil vom 22. Juni 2016 (LG Dresden)

BGHSt; Verknüpfung von qualifizierter Nötigung und Wegnahme beim Raub (subjektiv-finaler Zusammenhang; nötigungsbedingte Schwächung der Verteidigungsbereitschaft/-fähigkeit des Gewahrsamsinhabers; zeitlicher und örtlicher Zusammenhang; Irrtum über den Finalverlauf; allgemeine Lebenserfahrung; Vorhersehbarkeit).
§ 249 StGB

1. Für die raubspezifische Einheit von qualifizierter Nötigung und Wegnahme ist maßgeblich, ob es zu einer – vom Täter erkannten – nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft gekommen ist. (BGHSt)

2. Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Raubes ist nach eine subjektiv-finale Verknüpfung zwischen dem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme. Gewalt oder Drohung müssen aus

Sicht des Täters das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein. Nach seiner Vorstellung soll mit dem Nötigungsmittel körperlicher Widerstand überwunden oder aufgrund der Zwangswirkung unterlassen und es ihm hierdurch ermöglicht werden, den Gewahrsam zu brechen. (Bearbeiter)

3. Über die finale Verknüpfung von Nötigungshandlung und Wegnahme hinaus müssen beide den Raubtatbestand konstituierenden Elemente in einem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang stehen (vgl. bereits jüngst BGH HRRS 2016 Nr. 571). Für diesen Zusammenhang ist allerdings nicht erforderlich, dass der Ort der Nötigungshandlung und der Ort des Gewahrsamsbruchs identisch sind. Auch lassen sich verbindliche Werte zu einem zeitlichen Höchstmaß zwischen Einsatz des Nötigungsmittels und Wegnahme nicht benennen. Jedenfalls bei einer zeitlichen Differenz zwischen der Gewaltanwendung und der Wegnahmehandlung von nicht mehr als zwei Stunden kann insoweit das typische Tatbild eines Raubes noch gegeben sein. (Bearbeiter)

4. Ein Irrtum über den vorgestellten Finalverlauf rechtfertigt dann keine andere Bewertung der Tat, wenn sich die Abweichung innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren bewegt (siehe auch hierzu bereits BGH HRRS 2016 Nr. 571). Daher kommt eine Strafbarkeit wegen vollendeten Raubes in Betracht, wenn die Nötigung darauf abzielt, das Opfer bewusstlos zu machen, dieses aber tatsächlich aufgrund der verursachten Verletzungen bei Bewusstsein in ein Krankenhaus gebracht und dann die dadurch bewirkte Ortsabwesenheit zur Durchführung der Wegnahme genutzt wird. (Bearbeiter)

786. BGH 1 StR 24/16 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG München II)

BGHSt; sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Begriff des Missbrauchs: Verschleifungsverbot, Ausnutzung der Autoritäts- oder Vertrauensstellung, erforderliche Einzelfallbetrachtung; Begriff des Anvertrautseins: durch besondere Vertrauensstellung des Täters gekennzeichnetes fürsorgliche Verhältnis zum Opfer).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 174c Abs. 1 StGB

1. Zur Eigenständigkeit des Merkmals „Missbrauch“ bei § 174c Abs. 1 StGB. (BGHSt)

2. Für die Beurteilung, ob ein Missbrauch im Sinne von § 174c Abs. 1 StGB vorliegt, kommt es auf die konkrete Art und Intensität des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses an. (BGHSt)

3. Der Tatbestand des § 174c Abs. 1 StGB fordert den Missbrauch eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses. Dabei handelt es sich um ein einschränkendes Tatbestandsmerkmal, dem eine eigenständige Bedeutung zukommt. Die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, darf nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen deshalb nicht so ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; st. Rspr.). (Bearbeiter)

4. Deshalb kann nicht schon jeder sexuelle Kontakt im Rahmen eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses per se missbräuchlich im Sinne von § 174c StGB sein, ansonsten würde das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch“ jede Bedeutung verlieren (vgl. BGH NStZ 1999, 349). (Bearbeiter)

5. Vor dem Hintergrund der innerhalb von Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnissen üblicherweise bestehenden Vertrauens- und Abhängigkeitsbeziehung soll durch § 174c Abs. 1 StGB ein Missbrauch derselben durch sexuelle Handlungen verhindert werden. Kommt es in Zusammenhang mit einem solchen Verhältnis zu sexuellen Handlungen zwischen dem behandelnden Arzt und einem Patienten, kann ein Missbrauch auch vorliegen, wenn das Opfer mit dem Sexualkontakt einverstanden ist (vgl. BGHSt 56, 226, 230). (Bearbeiter)

6. In den meisten Fällen wird sich von selbst verstehen, dass ein Arzt, der sexuelle Handlungen an einer Patientin oder einem Patienten im Rahmen eines Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnisses vornimmt, dieses besondere Verhältnis missbraucht, etwa wenn er vorgibt, die sexuelle Handlung sei medizinisch notwendig, wenn er behandlungsbezogene Nachteile beim Zurückweisen seines Ansinnens in den Raum stellt oder wenn er die schutzlose Lage einer (entkleideten) Patientin zur Vornahme sexueller Handlungen ausnutzt (vgl. BGHSt 56, 226, 234 mwN). (Bearbeiter)

7. An einem Missbrauch in dem vom Gesetz vorausgesetzten Sinne fehlt es aber, wenn der Täter im konkreten Fall nicht eine aufgrund des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses bestehende Autoritäts- oder Vertrauensstellung gegenüber dem Opfer zur Vornahme der sexuellen Handlung ausgenutzt hat (vgl. BGHSt 56, 226, 232 mwN). Der Missbrauch setzt die illegitime Wahrnehmung einer Chance voraus, die das Vertrauensverhältnis im Sinne dieser Vorschrift mit sich bringt (BGHSt 28, 365, 367). (Bearbeiter)

8. Entscheidend kommt es für die Beurteilung, ob ein Missbrauch vorliegt, zudem auf die konkrete Art und Intensität des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses an. Je intensiver die Kontakte zwischen Täter und Opfer im Rahmen dieses Verhältnisses sind, desto geringere Anforderungen sind an das Vorliegen eines Missbrauchs zu stellen. Je weniger der Täter hingegen im Rahmen dieses Verhältnisses mit dem Opfer befasst ist, desto höher sind die Anforderungen. (Bearbeiter)

9. An einem Missbrauch fehlt es deshalb, wenn eine bereits in ärztlicher Behandlung befindliche Patientin von sich aus das schon vorhandene Interesse eines mit ihr privat bekannten Arztes an ihrer Person ausnutzt, um sich im Rahmen einer lockeren freundschaftlichen Beziehung lediglich auf diesem Weg sonst nicht erhältliche Medikamente verschreiben zu lassen, dabei dem Arzt aufgrund ihrer beruflichen Stellung und Persönlichkeit „auf Augenhöhe“ begegnet und der Entschluss, mit dem Arzt sexuell zu verkehren, nicht auf wesentliche (krankheitsbedingte) Willensmängel zurückzuführen ist. (Bearbeiter)

10. Das für die Tatbestandserfüllung notwendige „Anvertrautsein“ setzt weder das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen Täter und Opfer voraus noch kommt es darauf an, auf wessen Initiative das Verhältnis begründet wird. Das Verhältnis muss auch nicht von einer so besonderen Intensität und Dauer sein, dass eine Abhängigkeit des Behandelten vom Arzt entstehen kann; es ist ausreichend, wenn das Opfer die fürsorgliche Tätigkeit des Täters entgegennimmt (vgl. BGH NStZ 2012, 440). Entgeltlichkeit ist nicht entscheidend, sondern das durch eine besondere Vertrauensstellung des Täters gekennzeichnete fürsorgliche Verhältnis zum Opfer. (Bearbeiter)

814. BGH 2 StR 335/15 – Beschluss vom 1. Juni 2016

Anfrageverfahren; räuberische Erpressung (Begriff des Vermögensnachteils: rechtswidriger Besitz von Betäubungsmitteln als geschütztes Vermögen); teleologische

Reduktion der Eigentumsdelikte bei rechtswidrigem Besitz von Betäubungsmitteln.

§ 132 Abs. 3 GVG; § 253 StGB; § 255 StGB; § 242 StGB; § 249 StGB

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Die Nötigung zur Herausgabe von Betäubungsmitteln richtet sich nicht gegen das Vermögen des Genötigten und erfüllt daher nicht den Tatbestand der Erpressung.

2. Es gibt kein strafrechtlich schutzwürdiges Vermögen außerhalb des Rechts oder sogar im Widerspruch dazu. Auch der Besitz ist nur dann ein Bestandteil des geschützten Vermögens, wenn er auf einem Recht zum Besitz beruht. Der strafbare Besitz von Betäubungsmitteln ist deshalb kein durch Strafrecht zu schützendes Rechtsgut.

3. Der Schutz des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gegen Wegnahme durch Eigentumsdelikte erscheint zudem seinerseits nicht zwingend. Werden Betäubungsmittel entgegen einem strafrechtlichen Verbot hergestellt, entsteht kraft bürgerlichen Rechts jedenfalls kein vollwertiges Eigentum. Das Strafrecht kann auch mit der Strafdrohung der §§ 242, 249 StGB gegen Wegnahme des – unerlaubten – Besitzes von Betäubungsmitteln keinen sinnvollen Rechtsgüterschutz darbieten. Dies spricht für eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte.

799. BGH 1 StR 456/15 – Urteil vom 21. April 2016 (LG Heilbronn)

Betrug (Vermögensschaden: für die Berechnung relevanter Zeitpunkt der Vermögensverfügung, Eingehungsschaden, Berücksichtigung späterer Entwicklungen alleine bei der Strafzumessung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

1. Maßgeblich für die Berechnung des Vermögensschadens ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der Verfügung (vgl. BGHSt 53, 199). Welche Vermögenspositionen im Einzelnen in die Gesamtsaldierung einzustellen sind, bestimmt sich letztlich danach, auf welches unmittelbar vermögensmindernde Verhalten des im Irrtum befindlichen Täuschungsopfers (Vermögensverfügung) abgestellt wird. Spätere Entwicklungen, wie Schadensvertiefung oder Schadensausgleich (-wiedergutmachung), berühren den tatbestandlichen Schaden nicht. Wie sich die Dinge später entwickeln, ist für die strafrechtliche Wertung ohne Belang (vgl. BGHSt 30, 388, 389 f.). Dies hat nur noch für die Strafzumessung Bedeutung (vgl. BGHSt 51, 10, 17 Rn. 23).

2. Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Darlehens- und Leasingvertrages verleitet, sind bei der für die Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen (Eingehungsschaden).

842. BGH 4 StR 205/16 – Beschluss vom 24. Juni 2016 (LG Paderborn)

Strafvereitelung (Selbstbegünstigungsprivileg: Beurteilung des Strafverfolgungsrisikos aus der Sicht des Täters; Vereitelungserfolg: Verzögerung um geraume Zeit; Kausalität der Tathandlung: Berücksichtigung alternativer Geschehensverläufe).

§ 258 Abs. 1, Abs. 5 StGB

1. Nach § 258 Abs. 5 StGB wird nicht wegen Strafvereitelung bestraft, wer durch die Tat ganz oder zum Teil vereiteln will, dass er selbst bestraft wird. Dabei ist entscheidend, wie der Täter seine Situation selbst einschätzt. Die Selbstbegünstigung ist daher auch dann straflos, wenn die Befürchtung eigener Strafverfolgung unbegründet ist (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 215).

2. Eine Verurteilung wegen vollendeter Strafvereitelung gemäß § 258 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter die Bestrafung des Vortäters ganz oder zum Teil vereitelt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Strafverfolgung oder die Anordnung einer Maßnahme völlig und endgültig unmöglich gemacht wird; es genügt, dass der Vortäter zumindest geraume Zeit der Bestrafung oder der Anordnung einer Maßnahme entzogen wird.

3. Für diesen Vereitelungserfolg muss die Tathandlung ursächlich gewesen sein. Dazu bedarf es des Nachweises, dass ohne das Eingreifen des Täters eine frühere Bestrafung des Vortäters mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt wäre. Soweit dabei hypothetische Verläufe in die Betrachtung einbezogen werden, muss sich der Tatrichter auch mit alternativen Geschehensabläufen auseinandersetzen, sofern sich diese nach dem Beweisergebnis aufdrängen.

849. BGH 4 StR 512/15 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Halle)

Besonders schwere Brandstiftung (einen Menschen in Todesgefahr bringen: erforderlicher Gefährdungsvorsatz; Ermöglichungsabsicht: Versicherungsbetrug, Repräsentantenhaftung).

§ 306b Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 15 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StGB

Die Strafbarkeit wegen besonders schwerer Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Täter hinsichtlich des Eintritts der Todesgefahr vorsätzlich handelt (vgl. BGHR StGB § 306b Vorsatz 1).

824. BGH 4 StR 112/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Detmold)

Wohnungseinbruchsdiebstahl (Einbruch in Kellerräume).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die Vorschrift des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt das Einbrechen, Einsteigen oder Eindringen in eine Wohnung voraus. Bricht der Täter in Kellerräume ein, ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn diese Räume durch eine unmittelbare Verbindung zum Wohnbereich dem Begriff des Wohnens typischerweise zuzuordnen sind (vgl. BGH StV 2015, 113). Dies ist regelmäßig beim Keller eines Einfamilienhauses, nicht aber bei vom Wohnbereich getrennten Kellerräumen in einem Mehrfamilienhaus der Fall.

762. BGH 5 StR 170/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Cottbus)

Gewerbsmäßiges Handeln bei Betrug und Urkundenfälschung (rechtsfehlerhafte unterlassene Prüfung des aufgrund gewichtiger Strafmilderungsgründe naheliegenden Entfalles der Indizwirkung des Regelbeispiels); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (nicht erledigte Freiheitsstrafe; Zäsurwirkung).

§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 55 StGB

Sofern gewichtige Strafmilderungsgründe vorliegen (hier insbesondere: umfassendes, von Reue geprägtes Geständnis, Begehung zur Finanzierung einer Drogen- und Spielsucht, Stabilisierung der Lebensverhältnisse nach Therapie, Drogenfreiheit seit mehreren Monaten, vergleichsweise langer Zeitraum zwischen Taten und Urteil), ist unbeschadet der Voraussetzungen eines Regelbeispiels – vorliegend: Gewerbsmäßigkeit gem. §§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB – im Wege einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob von der Indizwirkung abzugehen und der Normalstrafenrahmen zugrunde zu legen ist.

766. BGH 5 StR 198/16 – Beschluss vom 22. Juni 2016 (LG Bremen)

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (geschützter räumlicher Bereich; Fehlen eines von außen zu überwindenden Sichtschutzes; Anwesenheit von Täter und Opfer im selben Raum).

§ 201a StGB

Eine Tat gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt nicht ohne weiteres dadurch, dass der Täter sich im selben Raum wie das Tatopfer aufhält. Wo sich der Täter zum Zeitpunkt der Aufnahmen befindet, ist für den Tatbestand vielmehr unerheblich. Auch die Überwindung eines Sichtschutzes ist nicht erforderlich.

758. BGH 5 StR 152/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Anforderungen an die Verurteilung wegen Verdeckungsmordes bei lediglich bedingtem Tötungsvorsatz.

§ 211 StGB

Die Annahme von Verdeckungsabsicht im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB kommt grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn der Tod des Opfers nicht mit direktem Vorsatz angestrebt, sondern lediglich bedingt vorsätzlich in Kauf genommen wird. Das setzt allerdings voraus, dass der Täter von der getöteten Person keine Strafataufdeckung zu befürchten hat.

738. BGH 3 StR 128/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Duisburg)

Mittelbare Falschbeurkundung bei Eintragung einer Kapitalerhöhung (Handelsregister; öffentliches Register; öffentlicher Glaube; Beweiswirkung für und gegen jedermann; Abgabe der Erklärung; keine Erstreckung auf Richtigkeit des Inhalts; Publizität; Prüfungsintensität des Registergerichts); Aufklärungshilfe.

§ 271 StGB; § 188 AktG; § 15 HGB; § 46b StGB

1. Das Handelsregister ist ein öffentliches Register im Sinne des § 271 Abs. 1 StGB. Es wird jedoch nicht durch jede in einem solchen öffentlichen Register enthaltene unrichtige Angabe, die ein Außenstehender durch Täuschung des gutgläubigen Amtsträgers bewirkt, der Tatbestand des § 271 Abs. 1 StGB erfüllt. Strafbewehrt beurkundet im Sinne der Vorschrift sind vielmehr nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, das heißt die „volle Beweiswirkung für und gegen jedermann“ erstreckt.

2. Auf welche Angaben sich der öffentliche Glaube im Einzelfall erstreckt, kann sich, wenn es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, mittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen ergeben, die für Errichtung und Zweck des Registers maßgeblich sind, sowie aus der Anschauung des Rechtsverkehrs. Bei der Prüfung, ob es gerechtfertigt ist, die erhöhte Beweiswirkung des Registers auf eine darin angeführte Tatsache zu beziehen, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Eine Beweiswirkung für und gegen jedermann kann nur dann angenommen werden, wenn kein Zweifel besteht, dass dies unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht

3. Nach diesen Maßstäben besteht hinsichtlich der Eintragung im Handelsregister über die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals (§ 188 AktG) der besondere öffentliche Glaube nur dahin, dass der die Eintragung Anmeldende diese Erklärungen abgegeben hat. Auf die inhaltliche Richtigkeit des Erklärten erstreckt er sich hingegen nicht.

741. BGH 3 StR 2/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Trier)

Sichverschaffen von Falschgeld (Gewahrsamsbegründung trotz Anwesenheit eines verdeckt ermittelnden Polizeibeamten; Tatumehrheit; selbständige Taten bei mehreren Falschgeldmengen trotz Lieferung an einen Abnehmer); Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung.

§ 146 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB

Die Voraussetzungen einer Geldfälschung in der Tatvariante des Sichverschaffens von Falschgeld (§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB) sind gegeben, wenn der Täter das Falschgeld in eigenen (Mit-)Gewahrsam oder auf andere Weise mit dem Willen zu eigenständiger Verfügung in seine (Mit-)Verfügungsgewalt bringt. Hierfür ist die Begründung eines nach der Verkehrsauffassung zu beurteilenden tatsächlichen Sachherrschaftsverhältnisses unter Ausschluss der Zugriffsmöglichkeit dritter Personen erforderlich. Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Handelnde das Falschgeld in einem Auto an sich nimmt – hier: zwischen seinen Beinen auf dem Boden des Fahrzeugs abstellt –, selbst wenn dabei im Innenraum des Fahrzeugs auch ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter und eine V-Person anwesend sind.

753. BGH 5 StR 83/16 – Urteil vom 21. Juni 2016 (LG Hamburg)

Strafzumessung (revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Annahme eines minder schweren Falles beim

schweren Raub; Grenzen der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Strafzumessungsentscheidung; drohende Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; Aufklärungshilfe.

§ 250 StGB; § 46 StGB; § 46b StGB

Die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs zu Zwecken der Drohung ist grundsätzlich die mildere Begehungsvariante des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Jedenfalls bei einer nur kurzzeitigen Drohung, die trotz fehlenden Erfolges nicht realisiert wird, kann es sich mit Blick auf die Strafzumessung selbst dann um einen Fall „am unteren Rand möglicher Handlungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB“ handeln, wenn die angedrohte Handlung eine schwere Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB (hier: Abtrennen eines Fingers) bedeuten würde.

750. BGH 3 StR 392/15 – Beschluss vom 4. Mai 2016 (LG Rostock)

Verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen (Unterstützung eigener oder fremder Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze; bloßes Leugnen der Freiheit von fremder Botmäßigkeit); kurze Verjährung nach Landespresserecht bei Beleidigung (Presseinhaltsdelikt; Druckwerke; Möglichkeit der Bereitstellung einer vermehrbaren Vielzahl von Vervielfältigungen).

§ 90b StGB; § 92 StGB; § 185 StGB; § 6 Abs. 1 LPrG MV; § 22 Abs. 1 LPrG MV

1. § 90b Abs. 1 StGB fordert neben der Verunglimpfung der dort genannten staatlichen Organe oder ihrer Mitglieder und der hierdurch bewirkten konkreten Gefährdung des Ansehens des Gesamtstaates in subjektiver Hinsicht, dass der Täter sich durch sein Verhalten absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt. Diese Absicht muss sich nicht aus der Tathandlung selbst ergeben. Vielmehr genügt es, dass die Tat ein Mittel ist, mit der eigene oder fremde Bestrebungen dieser Art vorangebracht oder unterstützt werden sollen. Nicht ausreichend ist als solche die bloße Leugnung der Freiheit der Bundesrepublik Deutschland von fremder Botmäßigkeit.

2. Nach § 6 Abs. 1 LPrG MV sind Druckwerke im Sinne des Gesetzesunter anderem alle mittels der Buchdruckpresse oder eines sonstigen zur Massenherstellung geeigneten Vervielfältigungsverfahrens hergestellte und zur Verbreitung bestimmte Schriften. Ein solches Vervielfältigungsverfahren ist immer dann gegeben, wenn im Wege technischer Herstellung nicht bloß eine Mehrheit von Abschriften, sondern eine zwar nicht unbegrenzte, aber doch beliebig vermehrbare Vielzahl von Vervielfältigungen bereitgestellt werden kann. Als Druckwerke gelten deshalb auch die Vervielfältigungen mit dem Drucker des Heimcomputers oder eines Kopierers, ohne dass es darauf ankommt, ob im konkreten Fall eine Vielzahl von Exemplaren tatsächlich hergestellt wurde.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

808. BGH 2 StR 137/14 2 StR 337/14 – Beschluss vom 14. April 2016

Vorlage an die Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofs; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Gläubigers).

§ 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

Den Vereinigten Großen Senat des Bundesgerichtshofes werden gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt: 1. Dürfen bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB) die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten berücksichtigt werden? 2. Wenn ja, nach welchem Maßstab können sie berücksichtigt werden?

823. BGH 2 ARs 67/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016

Anfrageverfahren; Berücksichtigung des zeitlichen Abstands zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes.

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 46 StGB; § 176 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der 2. Strafsenat schließt sich der Rechtsauffassung des 3. Strafsenats an, wonach dem zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung auch bei Taten des sexuellen Missbrauchs eines Kindes im Ansatz die gleiche Bedeutung zukommt, wie bei anderen Straftaten.

804. BGH 1 ARs 21/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016

Anfrageverfahren; verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafmilderung bei zu verantwortender Trunkenheit).

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Umstand, dass die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf von diesem zu verantwortender Trunkenheit beruht, für sich allein die Versagung einer Strafraumenverschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB nicht rechtfertigt.

2. Anderes gilt, wenn sich zugleich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant infolge zu verantwortender Trunkenheit erhöht hat. Hierfür genügt etwa das Wissen des Täters, dass er unter Alkoholeinfluss zu strafbaren Verhaltensweisen neigt, aber trotzdem Alkohol trinkt (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 238). Einschlägiger Vorverurteilungen bedarf es jedoch nicht.

839. BGH 4 StR 188/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Landshut)

Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (eignungsbezogene Prognoseentscheidung: keine Berücksichtigung von fehlendem Bedauern des Angeklagten).
§ 69a Abs. 1 StGB; § 46 StGB

Sowohl das Unterbleiben einer Entschuldigung als auch das Fehlen eines zum Ausdruck gebrachten Bedauerns gegenüber dem Geschädigten lassen ohne weitere Umstände keinen Schluss auf eine rechtsfeindliche, durch besondere Rücksichtslosigkeit oder Gleichgültigkeit gegenüber Interessen und Rechtsgütern anderer geprägte Gesinnung oder Gefährlichkeit des Angeklagten zu (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 362). Sie dürfen daher ebenso wenig wie bei der Strafzumessung bei der eignungsbezogenen Prognoseentscheidung im Rahmen des § 69a StGB zum Nachteil des Angeklagten Berücksichtigung finden.

828. BGH 4 StR 79/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Bedeutung von Vortaten, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Auch für die im Rahmen des § 63 StGB anzustellende Gefährlichkeitsprognose etwaige Vortaten von besonderer Bedeutung (vgl. BVerfG NJW 2004, 739, 743). So ist einerseits als ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten anzusehen, dass ein Täter trotz bestehenden Defekts über Jahre hinweg keine erheblichen Straftaten begangen hat (vgl. etwa BGH NStZ-RR 2015, 72, 73). Andererseits kann sogar lange zurückliegenden Taten eine indizielle Bedeutung für die Gefährlichkeitsprognose zukommen, wenn sie in einem inneren Zusammenhang zu der festgestellten Erkrankung gestanden haben und deren Ursache nicht in anderen, nicht krankheitsbedingten Umständen zu finden ist. Maßgeblich sind insofern insbesondere die individuell bedeutsamen Bedingungsfaktoren für die bisherige Delinquenz, deren Fortbestand, ihre fehlende Kompensation durch protektive Umstände und das Gewicht dieser Faktoren in zukünftigen Risikosituationen (vgl. BGH NJW 2010, 245).

2. Ausgehend hiervon bedarf es näherer Darlegungen bei der Gefährlichkeitsprognose dazu, ob und inwiefern früher abgeurteilte Taten in Zusammenhang mit der Erkrankung des Beschuldigten stehen.

3. Allein mit der im Allgemeinen erhöhten Kriminalitätsbelastung schizophrener Erkrankter kann die Gefahrenprognose nicht begründet werden. Maßgeblich sind stattdessen die konkrete Krankheits- und Kriminalitätsentwicklung sowie die auf die Person des Beschuldigten und seine konkrete Lebenssituation bezogenen Risikofaktoren, die eine individuelle krankheitsbedingte Disposition zur Begehung von Delikten jenseits der Anlasstaten belegen können.

826. BGH 4 StR 73/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Bochum)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (keine Einbeziehung einer Vorverurteilung, wenn diese bereits gesamtstrafenfähig war).
§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; § 460 Satz 1 StPO

Wurde die neu abzuurteilende Tat zwischen zwei Vorverurteilungen begangen, die untereinander nach der Regelung des § 55 StGB gesamtstrafenfähig sind, darf aus der Strafe für die neu abgeurteilte Tat und der Strafe aus der letzten Vorverurteilung keine Gesamtstrafe gebildet werden. Der letzten Vorverurteilung kommt, da die Taten aus beiden Vorverurteilungen bereits in dem früheren Erkenntnis hätten geahndet werden können, gesamtstrafenrechtlich keine eigenständige Bedeutung zu (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 74). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unabhängig davon, ob eine nachträgliche Gesamtstrafe tatsächlich gebildet wurde oder im Verfahren nach § 460 StPO noch nachgeholt werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 369 f.).

806. BGH 2 StR 70/16 – Beschluss vom 9. Juni 2016 (LG Aachen)

Besonders schwerer Fall der Nötigung (Entkräftung des Regelbeispiels); Verfolgungsverjährung (Unterbrechung der Verjährung durch Bekanntgabe der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens: Gewährung von Akteneinsicht).
§ 240 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 46 StGB; § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB

Das Vorliegen vertypter Strafmilderungsgründe kann nach ständiger Rechtsprechung bei der Strafraumenwahl Anlass geben, jedenfalls im Zusammenhang mit den allgemeinen Strafmilderungsgründen trotz Vorliegen eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall zu verneinen und die Strafe dem Regelstrafrahmen zu entnehmen.

797. BGH 1 StR 219/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Würzburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).
§ 64 StGB

1. Für einen Hang ist nach ständiger Rechtsprechung eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurück-

gehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss.

2. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (vgl. BGH NStZ 2005.). Insoweit kann dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum bereits die Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen erheblich beeinträchtigt ist, zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hanges zukommen. Wenngleich solche Beeinträchtigungen in der Regel mit übermäßigem Rauschmittelkonsum einhergehen werden, schließt deren Fehlen jedoch nicht notwendigerweise die Annahme eines Hanges aus (vgl. BGH NStZ-RR 2008.). Ebenso wenig steht die Tatsache, dass ein Angeklagter kurzzeitig in der Lage war, seinen Rauschmittelkonsum zu verringern oder einzustellen, dem Vorliegen eines Hanges entgegen (vgl. NStZ-RR 2014, 271).

790. BGH 1 StR 72/16 – Beschluss vom 15. Juni 2016 (LG Weiden in der Oberpfalz)

Strafzumessung (Berücksichtigung der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit bei Betäubungsmitteldelikten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erforderlichen Einwirkung; Darstellung im Urteil).

§ 46 StGB; §§ 29 ff. BtMG; § 18 Abs. 2 JGG; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Grundsätzlich kommt im Rahmen der Strafzumessung der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit eine eigenständige Bedeutung zu (vgl. BGH StV 2000, 613), wobei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs diesbezüglich ein für die Strafzumessung maßgebliches Stufenverhältnis von sog. „harten“ Drogen, wie Heroin, Fentanyl, Kokain und Crack (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 148) über Amphetamin, das auf der Gefährlichkeitsskala einen mittleren Platz einnimmt (vgl. BGH StV 1990, 494), bis hin zu sog. „weichen“ Drogen, wie Cannabis (dazu BGH StV 1987, 203), besteht.

2. Nach § 18 Abs. 2 JGG ist die Jugendstrafe so zu bemessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist. Die Urteilsgründe müssen deshalb erkennen lassen, inwieweit dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt und bei der Bemessung der Jugendstrafe das Gewicht des Tatunrechts gegen die Folge der Strafe für die weitere Entwicklung des Jugendlichen/Heranwachsenden abgewogen worden ist.

3. Hieran fehlt es, wenn die Begründung wesentlich oder gar ausschließlich mit solchen Zumessungserwägungen vorgenommen wird, die auch bei Erwachsenen in Betracht kommen. Eine abschließende lediglich formelhafte Erwähnung der erzieherischen Erforderlichkeit der verhängten Jugendstrafe genügt den Erfordernissen des § 18 Abs. 2 JGG nicht (st. Rspr).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

834. BGH 4 StR 149/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Bielefeld)

BGHSt; Rücknahme des Rechtsmittels durch den Verteidiger (ausdrückliche Ermächtigung; keine Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter des Angeklagten, selbstständiges Recht des Angeklagten zur Rechtsmitteleinlegung).

§ 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB; § 296 Abs. 1 StPO; § 298 Abs. 1 StPO

1. Nach der den Vorschriften der §§ 296 ff. StPO zugrundeliegenden Regelungssystematik kann der gesetzliche Vertreter des Beschuldigten die gemäß § 302 Abs. 2 StPO erforderliche Ermächtigung zur Rücknahme eines vom Verteidiger für den Beschuldigten eingelegten Rechtsmittels nicht wirksam für den Beschuldigten erteilen. (BGHSt)

2. Die eigenständige Rechtsmittelbefugnis des gesetzlichen Vertreters lässt das sich aus § 296 Abs. 1 StPO ergebende Recht des Beschuldigten, selbst unabhängig vom Willen des gesetzlichen Vertreters Rechtsmittel

einulegen, unberührt. Die Befugnisse des Beschuldigten aus § 296 Abs. 1 StPO und des gesetzlichen Vertreters aus § 298 Abs. 1 StPO stehen selbständig nebeneinander, so dass Erklärungen des Beschuldigten und des gesetzlichen Vertreters jeweils nur für das eigene Rechtsmittel Wirkungen entfalten. (Bearbeiter)

749. BGH 3 StR 358/15 – Beschluss vom 4. Mai 2016 (LG Düsseldorf)

Gesetzlicher Richter (nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung; anhängige Verfahren; Aneinanderreihung von Einzelzuweisungen; Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs; Beschleunigungsgrundsatz); Einschleusen von Ausländern (Beendigungszeitpunkt bei den Einreisedelikten; psychische Beihilfe; Bandenabrede; Deliktsserie; uneigentliches Organisationsdelikt; Handlungseinheit; Handlungsmehrheit; Straflosigkeit der Unterstützung von Ausländern bei der Ausreise).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 95 AufenthG; § 96 AufenthG; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Eine nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung (vgl. § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG) kann nicht nur zulässig, sondern verfassungsrechtlich geboten sein, wenn nur auf diese Weise die Gewährung von Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit, insbesondere eine beschleunigte Behandlung von Strafsachen, erreicht werden kann. Das Beschleunigungsgebot lässt jedoch das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht vollständig zurücktreten. Vielmehr besteht Anspruch auf eine zügige Entscheidung durch diesen. Daher muss in derartigen Fällen das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden (vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 716).

2. Gleichgültig, ob ausschließlich anhängige Verfahren oder daneben auch zukünftig eingehende Verfahren umverteilt werden, muss jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, geeignet sein, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen. Daran fehlt es regelmäßig, wenn nach einer Überlastungsanzeige in der Mitte des Geschäftsjahres lediglich ein einziges Verfahren auf eine andere Strafkammer übertragen wird. Da zu einem solchen Zeitpunkt weitere Verfahrenseingänge absehbar sind, trägt eine Einzelzuweisung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs nichts bei. Eine Aneinanderreihung von Einzelzuweisungen zur Bewältigung späterer Verfahrenseingänge ist mit den Anforderungen an die Bestimmung des gesetzlichen Richters nicht in Einklang zu bringen.

3. Im Hinblick auf die von § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG in Bezug genommenen Einreisedelikte ist zu beachten, dass es sich bei diesen, im Gegensatz zu den von § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfassten Aufenthaltsdelikten, nicht um Dauerstraftaten handelt. Vielmehr tritt mit der Vollerfüllung der Einreise infolge unerlaubten Grenzübertritts oder Passierens der Grenzübergangsstelle gleichzeitig deren Beendigung ein. Da § 96 Abs. 1 AufenthG eine Beihilfehandlung zur Täterschaft erhebt, ist eine Beteiligung an der Bezugstat nach deren Beendigung nicht mehr möglich.

4. Eine Bandenabrede lässt die allgemeinen Regeln über die Tatbeteiligung unberührt, so dass die Bandenmitgliedschaft und die Beteiligung an Bandentaten unabhängig voneinander zu beurteilen sind. Im Einzelfall kann zwar schon die allgemeine, im Rahmen der Bandenabrede erteilte Zusage, bei späteren (Durch)Schleusungen mitzuwirken, eine die konkrete Tatausführung fördernde psychische Beihilfe darstellen. Jedoch setzt dies voraus, dass die im Vorfeld getätigte allgemeine Unterstützungszusage die Täter bei der späteren Tat psychisch in ihrem Vorhaben bestärkte, die Tathandlung oder den Erfolgseintritt mindestens erleichterte oder förderte und auch die subjektiven Voraussetzungen bei dem Gehilfen vorliegen. Das bedarf genauer Feststellungen im Urteil, insbesondere auch zur fördernden Funktion.

5. Haben bei einer durch mehrere Personen begangenen Deliktserie einzelne Angeklagte einen Tatbeitrag zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer auf die Bege-

hung von Straftaten ausgerichteten Infrastruktur erbracht, so sind die Einzeltaten der Mittäter zu einem sog. uneigentlichen Organisationsdelikt zusammenzufassen, durch welches die Einzelhandlungen rechtlich verbunden und die auf der Grundlage dieser Infrastruktur begangenen Straftaten für die im Hintergrund Tätigen zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden. Von dieser Handlungseinheit ausgenommen sind diejenigen Einzeldelikte, an denen der Täter individuell mitwirkt; diese sind ihm tatmehrheitlich zuzurechnen.

6. Die bloße Unterstützung eines in Deutschland aufhältigen Ausländers zur Ausreise ist – ungeachtet des Anwendungsbereichs von § 96 Abs. 4 AufenthG – grundsätzlich straflos. Nach seinem Regelungsgehalt erfasst § 96 Abs. 1 AufenthG gleichwohl nicht nur Einschleusungen mit dem Ziel dauerhaften Aufenthalts der Ausländer in Deutschland, sondern auch Durchschleusungen von Ausländern, die sich auf dem Weg in ein Drittland nur vorübergehend ohne Aufenthaltserlaubnis in Deutschland aufhalten und bereits mit dem Ziel der Weiterreise eingereist sind. Als Hilfeleistung kommt aber nur eine Handlung in Betracht, die im Sinne eines Förderns oder Erleichterns gerade dazu beiträgt, dass der Ausländer in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland illegal einreisen oder sich darin aufhalten kann. Hieran fehlt es, wenn die Handlung des Täters allein auf die Weiterreise des Ausländers abzielt, für dessen Einreise oder Aufenthalt in Deutschland jedoch ohne Wirkung ist.

802. BGH 1 StR 627/15 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Mannheim)

Europarechtliches Doppelbestrafungsverbot (unionsrechtlich autonome Auslegung); Auslieferung auf Grund eines europäischen Haftbefehls (Grundsatz der Spezialität: Vollstreckungshindernis bei befristeter Übergabe, Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung). Art. 50 GRC; § 54 SDÜ; Art. 24 Abs. 2 RbEuHb; Art. 27 RbEuHb

1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 54 SDÜ ist der dort verwendete Tatbegriff unionsrechtlich autonom auszulegen; es kommt maßgeblich auf die „Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“ an, der „unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“ zu verstehen ist. Der Tatbegriff in Art. 50 GRC dürfte nicht abweichend auszulegen sein.

2. Dass eine Verletzung des Spezialitätsgrundsatzes bei Übergabe aufgrund eines Europäischen Haftbefehls lediglich zu einem Vollstreckungshindernis nicht aber zu einem Verfahrenshindernis führt (vgl. BGH NStZ 2014, 590), ändert an der Geltung der Spezialität nichts.

3. Den Umfang der Spezialitätsbindung bestimmt grundsätzlich der ersuchte Staat (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 251, 252). Bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls gilt insoweit nichts anderes. Der Rahmenbeschluss eröffnet nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 24 Abs. 2 auch die Möglichkeit einer im Hinblick auf die Durchführung eines Strafverfahrens im Vollstreckungs-

staat lediglich befristeten Übergabe. Hat der Vollstreckungsstaat von dieser Möglichkeit nach der Entscheidung über die Vollstreckung Gebrauch gemacht, entfällt die bis dahin gültige Rechtsgrundlage für die Übergabe, wenn der Vollstreckungsstaat entscheidet, die nur befristete Überstellung nicht aufrechtzuerhalten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn im Zeitpunkt dieser Entscheidung die Voraussetzungen für die Verweigerung der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls vorliegen.

4. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat bereits entschieden, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in der Systematik des Rahmenbeschlusses die grundsätzliche Pflicht der Mitgliedstaaten gebietet, einen solchen zu vollstrecken. Das „hohe Maß an Vertrauen“ zwischen den Mitgliedstaaten wirkt aber nicht nur in Richtung einer – außerhalb der im Rahmenbeschluss eröffneten Ausnahmen – Pflicht zur Vollstreckung des im Ausstellungsstaat erlassenen Haftbefehls. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung erfordert auch Vertrauen des Ausstellungsstaates in die rechtmäßige Handhabung der Ausnahmen von der Vollstreckungspflicht oder der Vorschriften über Abweichungen von der Übergabe des Betroffenen (Art. 24 Abs. 2 des RbEuHb) seitens des Vollstreckungsstaates.

820. BGH 2 StR 539/15 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Köln)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Zeuge, der mit Aussage zugleich strafrechtliche Vorteile erstrebt: besondere Anforderungen an Beweiswürdigung; Zeuge vom Hörensagen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Lückenhaftigkeit, einzelne Lücken nicht ausreichend); Auskunftsverweigerungsrecht (Verfolgungsgefahr: mittelbare Begründung eines Tatverdachts als Teilstück ausreichend); Antrag auf Aussetzung des Verfahrens (tatrichterliche Ermessensentscheidung: erforderliche Berücksichtigung des Interesse des Angeklagten an einem beschleunigten Abschluss des Verfahrens).

Art. 6 Abs. 1 Satz EMRK; § 261 StPO; § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 46b StGB; § 55 Abs. 1 StPO; § 228 Abs. 1 StPO

1. Die begrenzte Zuverlässigkeit eines Zeugnisses und die Beschränkung der Nachprüfungsmöglichkeiten besondere Anforderungen an die Würdigung. Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen die vom Gericht unmittelbar vernommenen Zeugen über Angaben einer anonymen Gewährsperson berichten (Zeuge vom Hörensagen). Dies muss erst recht gelten, wenn ein unmittelbarer Tatzeuge mit seinen Angaben, die einen anderen belasten, zugleich Vorteile im Sinne von § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG oder § 46b StGB, einschließlich der Verschonung von Untersuchungshaft, erstrebt (vgl. BGH StV 2004, 578, 579). Dann besteht eine erhöhte Gefahr dafür, dass dieser Belastungszeuge den Angeklagten insgesamt zu Unrecht oder jedenfalls zu stark belastet haben könnte, ohne dass dies durch ergänzende Befragung in der Hauptverhandlung überprüft werden kann.

2. Allein durch sorgfältige Analyse des Aussageinhalts und Überprüfung der Aussagekonstanz kann in einer solchen Konstellation eine möglicherweise zu Unrecht erfolgende oder zu weit gehende Belastung eines anderen

nicht ausreichend ausgeschlossen werden. Die allgemeinen Glaubwürdigkeitskriterien erweisen sich in derartigen Fällen, etwa im Hinblick auf die Möglichkeit des „Kronzeugen“, nur die Person eines weiteren Beteiligten im Rahmen der Schilderung eines im Übrigen selbst erlebten Geschehens falsch zu bezeichnen, um dadurch seine eigene größere Tatbeteiligung oder die Beteiligung eines Dritten zu vertuschen, als unzureichend. Der Aufklärungsgehilfe kann in dieser Situation ein schlüssiges Gesamtbild auch dann erzeugen, wenn er nur einen Personentausch vornimmt.

3. Besteht in der Hauptverhandlung in einer solchen Situation auch keine Möglichkeit für das Gericht und die Verteidigung, durch Befragung des Tatzeugen, der erhebliche Eigeninteressen verfolgt, die Glaubhaftigkeit der Fremdbelastung zu überprüfen, ist die Verurteilung nur gerechtfertigt, wenn die belastenden Angaben durch weitere aussagekräftige Indizien unterstützt werden

4. Aus einzelnen Lücken der tatrichterlichen Beweiswürdigung in den Urteilsgründen kann nicht ohne weiteres abgeleitet werden, der Tatrichter habe wesentliche Wertungsgesichtspunkte nicht bedacht. Lückenhaft ist eine Beweiswürdigung dann, wenn sie wesentliche Feststellungen nicht erörtert. Bei der Prüfung, ob eine solche Lücke vorliegt, ist es nicht Sache des Revisionsgerichts, aufgrund der Sachrüge der Staatsanwaltschaft Mutmaßungen darüber anzustellen, ob weitere Beweise zur Aufklärung der Tatvorwürfe zur Verfügung gestanden hätten, aber nicht erhoben, oder zwar erhoben, aber nicht im Urteil gewürdigt wurden (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 88 f.).

5. Für das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 1 StPO genügt es, wenn der Angeklagte über Fragen eine Auskunft geben müsste, die den Verdacht als Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude mittelbar begründen. Eine Verfolgungsgefahr besteht zwar im Allgemeinen nicht mehr, wenn ein rechtskräftiges Urteil gegen den Zeugen in derselben Sache vorliegt (vgl. BVerfG NStZ 1985, 277). Das gilt aber nicht, wenn zwischen der abgeurteilten Tat und weiteren Straftaten, deretwegen der Zeuge noch verfolgt werden kann, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu der abgeurteilten Tat die Gefahr der Verfolgung wegen anderer Taten mit sich bringt (vgl. BVerfG NJW 2002, 1411, 1412). Stets kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

6. Bei der Beurteilung eines Aussetzungsantrags ist neben der Aufklärungspflicht des Gerichts unter anderem auch das Interesse des Angeklagten an einem beschleunigten Abschluss des Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK zu berücksichtigen. Zur Prüfung dieser Rüge reicht das Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht aus.

798. BGH 1 StR 352/15 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Mannheim)

Absetzung des Urteils (Unterschrift der mitwirkenden Richter; urlaubsbedingte Verhinderung eines Beisitzers: Einschätzungsspielraum des Vorsitzenden Richters, revisionsrechtliche Kontrolle, Begründungsanfor-

derungen, keine Pflicht zu organisatorischen Vorkehrungen); Geldwäsche (Begriff des aus der Tat herrührenden Gegenstands: ersparte Aufwendungen).
§ 275 Abs. 2 StPO; § 261 Abs. 1 StGB

1. Dem Vorsitzenden Richter steht ein Spielraum hinsichtlich der Annahme der Verhinderung eines Beisitzers aus tatsächlichen Gründen zu. Der im Verhinderungsvermerk genannte Grund muss generell geeignet sein, den Richter von der im Gesetz als Grundsatz vorgesehenen Unterschriftsleistung (§ 275 Abs. 2 Satz 1 StPO) abzuhalten. Durch Urlaub eines Richters bedingte Abwesenheit stellt einen solchen Grund dar. Ob im konkreten Fall ein generell geeigneter Grund zur Verhinderung eines an der Urteilsfindung beteiligten Richters führt, obliegt der Beurteilung des Vorsitzenden (vgl. BGHSt 31, 212, 215).

2. Stützt sich der Vermerk auf einen generell die Verhinderung tragenden Grund, bedarf es keiner näheren Ausführungen des Vorsitzenden zu den Umständen der Verhinderung.

3. Wurde eine Verhinderung fristgerecht beurkundet und auf einen diese grundsätzlich tragenden Grund gestützt, kann das Revisionsgericht die Entscheidung des Vorsitzenden lediglich daraufhin überprüfen, ob dabei der eingeräumte Spielraum in rechtsfehlerhafter Weise überschritten ist oder die Annahme der Verhinderung auf sachfremden Erwägungen beruht und sie sich deshalb als willkürlich erweist (vgl. BGHSt 31, 212, 214).

4. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Pflicht, ausreichende organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um die Unterzeichnung des Urteils durch den abwesenden Beisitzer zu ermöglichen, bislang für den Fall „zulässiger Ausschöpfung“ der Frist aus § 275 Abs. 1 StPO angenommen (vgl. BGH NSTz 2006, 586 f). Die für eine derartige Pflicht in den Fällen der Abordnung oder Versetzung angeführten Gründe lassen sich auf die Inanspruchnahme von Urlaub durch den betroffenen Richter nicht übertragen.

5. Im Übrigen darf das Aufstellen einer Pflicht des Vorsitzenden, organisatorische Vorkehrungen zu treffen, die eine Unterschriftsleistung durch sämtliche an der Entscheidung mitwirkenden Berufsrichter ermöglichen, nicht zu einer Veränderung des zuvor dargelegten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs hinsichtlich der Annahme tatsächlicher Verhinderung führen. Ist das Revisionsgericht insoweit auf eine Willkürkontrolle beschränkt, kann es nicht berechtigt sein, mittels bis ins Einzelne gehender Kontrolle ergriffener (oder unterlassener) organisatorischer Maßnahmen die angenommene Verhinderung unterhalb der Schwelle sachfremder Erwägungen oder einer rechtsfehlerhaften Überschreitung des Spielraums des Vorsitzenden zu überprüfen.

848. BGH 4 StR 253/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Verden)

Zustellung des Urteils an die Staatsanwaltschaft (Zustellungszeitpunkt: Eingang bei der Behörde; Form).
§ 41 StPO

Bei einer Zustellung an die Staatsanwaltschaft gemäß § 41 StPO kommt es allein auf den Eingang bei der Be-

hörde, nicht aber auf den bei der zuständigen Abteilung oder gar dem das Verfahren bearbeitenden Staatsanwalt an.

817. BGH 2 StR 492/15 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Darmstadt)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung des Extraktionsberichts über ausgelesene Daten ohne Anhörung des Sachverständigen)
§ 250 StPO; § 102 StPO

Liest ein Sachverständiger mit Hilfe eines Anwendungsprogramms (gelöschte) Daten aus einem Handy oder einer SIM-Karte aus, die ansonsten nicht zu ermitteln gewesen wären, verstößt die Verlesung allein des die Datengewinnung dokumentierenden Extraktionsberichts und der einzelnen aufgefundenen Daten nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO), auch wenn der Sachverständige selbst nicht angehört worden ist.

819. BGH 2 StR 539/15 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Köln)

Sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung (keine Sachdienlichkeit neben der Einlegung der Revision).
§ 464 Abs. 3 StPO; § 467 Abs. 1 StPO

Hat die Revision Erfolg und führt sie zur Urteilsaufhebung, ist die sofortige Beschwerde gegen die auf § 467 Abs. 1 StPO beruhende Nebenentscheidung gegenstandslos. Ist die Revision unbegründet, so ist auch die sofortige Beschwerde unbegründet. Eine Praxis der Staatsanwaltschaft, neben der Revision „vorsorglich“ sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung einzulegen, ist danach nicht sachdienlich.

812. BGH 2 StR 89/16 – Urteil vom 29. Juni 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Gegenstand des Verfahrens (in der Anklage bezeichnete Taten: personenbezogene Bestimmung).
§ 264 Abs. 1 StPO

Verfahrensgegenstand sind nur Taten einer bestimmten Person. Daher bleibt die Tat im prozessualen Sinn stets auf die in der Anklageschrift als Angeschuldigter bezeichnete Person bezogen (vgl. BGHSt 32, 215, 217). Taten eines Angeschuldigten, die nicht vom Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft umfasst sind, können daher vom Gericht nicht abgeurteilt werden, selbst wenn sie in Bezug auf einen Mitangeschuldigten zum Gegenstand der Anklage gemacht wurden.

811. BGH 2 StR 88/16 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Gera)

Statthaftes Rechtsmittel (Bestimmung nach der verfahrensrechtlich zulässigen Entscheidung; hier: Rechtsmittel gegen die Anordnung der Sicherungsverwahrung).
§ 333 StPO; § 300 StPO; § 66 StGB

Maßgebend für die Frage, welches Rechtsmittel statthaft ist, ist das Verfahrensrecht. Danach sind Urteile solche Entscheidungen, die eine mündliche Verhandlung und eine öffentliche Verkündung voraussetzen. Ohne Bedeu-

tung ist, ob eine mündliche Verhandlung und eine öffentliche Verkündung wirklich stattgefunden haben. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die betreffende Entscheidung nach dem Gesetz nur aufgrund mündlicher Verhandlung und im Wege öffentlicher Verkündung hätte ergehen dürfen. Sind Verhandlung und Verkündung entgegen dem Gesetz unterblieben, handelt es sich für die Frage der Anfechtbarkeit dennoch um ein Urteil (vgl. BGHSt 50, 180, 186).

807. BGH 2 StR 7/16 – Urteil vom 18. Mai 2016 (LG Stralsund)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO

Kann sich ein Gericht nicht von der Täterschaft eines Angeklagten überzeugen, ist zunächst der Anklagewortwurf aufzuzeigen (vgl. BGHSt 37, 22). Sodann muss in einer geschlossenen Darstellung dargelegt werden, welchen Sachverhalt das Gericht als festgestellt erachtet. Erst danach ist zu erörtern, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen nicht getroffen werden können (vgl. BGH NJW 2013, 1106). Dies hat nach der Aufgabe, welche die Urteilsgründe erfüllen sollen, so vollständig und genau zu geschehen, dass das Revisionsgericht in der Lage ist nachzuprüfen, ob der Freispruch auf rechtlich bedenkenfreien Erwägungen beruht.

800. BGH 1 StR 571/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Hamburg)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Gespräch über Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO; fehlendes Beruhen auf unterlassener Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Auch Gespräche über eine vollständige Verfahrenseinstellung gemäß § 153a StPO sind mitteilungsbedürftig nach § 243 Abs. 4 StPO.

782. BGH StB 21/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (OLG Stuttgart)

Dringender Tatverdacht der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Schwerekriminalität (Beurteilung des dringenden Tatverdachts während laufender Hauptverhandlung; Umfang der Überprüfung durch das Beschwerdegericht); Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft nach einem Jahr und neun Monaten (Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungs-

grundsatz; effektive Strafverfolgung; persönliche Freiheit; Unschuldsvermutung; erhebliche vermeidbare Verfahrensverzögerungen).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht nur für die Anordnung, sondern auch für die Dauer der Untersuchungshaft (hier: seit einem Jahr und neun Monaten) von Bedeutung und verlangt, dass diese nicht außer Verhältnis zu der zu erwartenden Strafe steht; er setzt ihr auch unabhängig von der Straferwartung Grenzen (vgl. zuletzt BGH HRRS 2016 Nr. 561 m.w.N.). Gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung vergrößert sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs regelmäßig mit zunehmender Länge der Untersuchungshaft. Daraus folgt, dass die Anforderungen an die Zügigkeit der Arbeit in einer Haftsache mit der Dauer der Untersuchungshaft steigen. Zudem nehmen auch die Anforderungen an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund zu.

2. Das verfassungsrechtlich verankerte Beschleunigungsgebot in Haftsachen verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen sowie eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. Zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und einer Sicherstellung der etwaigen späteren Strafvollstreckung kann die Untersuchungshaft deshalb nicht mehr als notwendig anerkannt werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verfahrensverzögerungen verursacht ist. Bei absehbar umfangreicheren Verfahren ist daher stets eine vorausschauende, auch größere Zeiträume umgreifende Planung und Durchführung der Hauptverhandlung mit im Grundsatz durchschnittlich mehr als einem Hauptverhandlungstag pro Woche notwendig.

3. Von dem Beschuldigten nicht zu vertretende, sachlich nicht gerechtfertigte und vermeidbare erhebliche Verfahrensverzögerungen stehen regelmäßig einer weiteren Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entgegen. Bei der Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch und dem Strafverfolgungsinteresse kommt es in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die etwa von der Komplexität der Rechtssache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

773. BGH 5 StR 524/15 – Urteil vom 22. Juni 2016 (LG Cottbus)

BGHSt; besondere Schwere der Schuld im Jugendstrafrecht (Vorrang des gerechten Schuldausgleichs; Erziehungsgedanke; Mord; tatrichterliche Abwägung; revisionsgerichtliche Überprüfung).

§ 105 Abs. 3 Satz 2 JGG; § 211 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Auf das Merkmal der besonderen Schwere der Schuld in § 105 Abs. 3 Satz 2 JGG sind die von der Rechtsprechung zu § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB entwickelten Maßstäbe anzuwenden. (BGHSt)

2. § 105 Abs. 3 Satz 2 JGG eröffnet die Möglichkeit, in Fällen des Mordes einer besonders schweren Schuld Rechnung zu tragen, wenn das allgemeine Höchstmaß der Jugendstrafe für Heranwachsende von zehn Jahren dafür im Einzelfall auch unter Berücksichtigung des das Jugendstrafrecht leitenden Erziehungsgedankens nicht ausreicht. Aufgrund dieser gesetzgeberischen Entscheidung kommt insoweit dem Gebot gerechten Schuldausgleichs gegenüber dem Erziehungsgedanken Vorrang zu. (Bearbeiter)

3. Ob die besondere Schwere der Schuld zu bejahen ist, hat das Tatgericht unter Abwägung aller im Einzelfall für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu entscheiden. Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der tatgerichtlichen Wertung eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt. Es hat nur zu prüfen, ob das Tatgericht alle maßgeblichen Umstände bedacht und rechtsfehlerfrei abgewogen hat. Es ist aber gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Tatgerichts zu setzen. (Bearbeiter)

822. BGH 2 ARs 403/15 – Beschluss vom 31. Mai 2016

Anfrageverfahren; Verbindung zweier Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bezahlung einer früheren und Entgegennahme einer neuen Menge Betäubungsmittel: teilidentische Ausführungshandlung).

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

1. Der 2. Strafsenat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach sowohl das dem Transport des Kaufgeldes für die erste als auch der Übernahme der weiteren Betäubungsmittelmenge dienende Aufsuchen des Lieferanten als auch die Bezahlung einer zuvor auf 'Kommission' erhaltenen Betäubungsmittelmenge bei Gelegenheit der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im materiell-rechtlichen Sinn verbindet.

2. Nach Ansicht des Senats kommt es für die rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses auf das Gewicht und den Unwertgehalt der jeweiligen Tathandlungen nicht an. Zwar genügt die bloße Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen nicht, um eine tateinheitliche Begehung an sich selbständiger Taten zu begründen (st. Rspr.), weshalb – je nach sorgfältig zu prüfender Fallgestaltung – in der Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel bei Bezahlung zuvor gelieferter Betäubungsmittel Tateinheit, aber auch Tatmehrheit gegeben sein kann. Bei einer Teilidentität der Ausführungshandlungen steht indes bereits der insoweit eindeutige Wortlaut des § 52 Abs. 1 StGB der Annahme von Tatmehrheit entgegen.

792. BGH 1 StR 132/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Schwerin)

Steuerhinterziehung (Erlangen eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils: unrichtiger Gewerbesteuermessbescheid).

§ 370 Abs. 1 AO; § 14 GewStG

Ein unrichtiger Gewerbesteuermessbescheid stellt einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil im Sinne des § 370 Abs. 1 AO dar.

784. BGH 1 StR 1/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Würzburg)

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Darstellung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge im Urteil: Darlegung der Berechnungsgrundlagen).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Dem Tatgericht obliegt es nach ständiger Rechtsprechung bei § 266 Abs. 1 StGB, die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen (vgl. BGH NStZ 1996, 543), weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 376).

2. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden (vgl. BGH NStZ 2010, 635). Die Grundsätze, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt hat, gelten insoweit entsprechend (vgl. BGH StV 1993, 364).

3. Dementsprechend genügt es gerade nicht, die vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge lediglich der Höhe nach anzugeben (vgl. BGHSt 47, 318). Vielmehr müssen

die Urteilsgründe die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen im Einzelnen wiedergeben.

Aufsätze und Anmerkungen

Rücknahme von Notwehrbefugnissen unter dem Deckmantel eines sozialetisch zu missbilligenden Vorverhaltens? – Zur Dialektik einer Entwicklung

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14. Oktober 2015, Az.: 2 StR 10/15 = HRRS 2016 Nr. 56

Von Priv.-Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Tübingen/Frankfurt am Main

I. In einer Zeit, die von ständiger Strafausdehnung und immer wieder neu formulierten Bestrafungsbedürfnissen gekennzeichnet ist, kommt bereits der Bejahung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens so etwas wie ein strafnahe Gewicht zu. Dieses strafnahe Gewicht macht es den Rechtfertigungsgründen in der Tendenz immer schwerer, dagegen anzukommen¹, was möglicherweise zeigt, dass auch die Rechtfertigungsgründe ein Indikator für politische Grundanschauungen sind.² In neuerer Zeit manifestiert sich ein eben solches „Druckpotential“ vermehrt (und wohl auch beständig) im Feld der sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, die nach der ganz überwiegenden Auffassung anhand des „schillernden“³ tatbestandlichen Merkmals der Gebotenheit der Notwehrhandlung zu erörtern sind⁴ und offensichtlich dazu dienen, die Rigorosität des Gesetzes (und damit des Notwehrrechts⁵) zu durchbrechen.⁶ Hier – so heißt es jedenfalls in der neueren Rechtsprechung – könne bereits ein „sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten“ zu Einschränkungen des Notwehrrechts führen. Was das genau ist, bleibt dunkel.⁷ Im Übrigen scheiden sich die Geister

nicht nur bei der Entwicklung einer theoretisch fundierten Begründung.⁸ Auch die Entwicklungslinien hin zu dieser Rechtsprechung sind alles andere als konsistent. Die hier zu besprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofs gibt Anlass, einen (erneuten) Blick auf all dies zu werfen.

II. Der Fall, den der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zu entscheiden hatte, beginnt mit einem Streit um ein abhanden gekommenes Handy. N vermisst sein Handy und wirft A vor, dieses entwendet zu haben. Beide hatten zuvor – was nicht unerwähnt bleiben sollte – in der Wohnung einer Freundin reichlich Alkohol und teils auch Cannabis konsumiert. A bestreitet den Vorwurf des N vehement und gerät über die immer wieder neu artikulierten Vorhalte des N in Rage. Es tritt dann eine kurze Entspannung der Lage ein, die A und N dazu nutzen, weiterhin Alkohol zu konsumieren. Bald entflammt der Streit aber erneut. A fragt N, ob er bei ihm Kokain kaufen könne, was dieser mit der abfälligen Bemerkung quittiert, er (N) habe das Geld des A nicht nötig. A entgegnet hierauf dem N, dieser solle seinen „Schmodder“ eben behalten. Er (A) werde sich nun etwas Besseres besorgen. N ärgert sich so sehr über diese Äußerungen, dass er sich hastig in Richtung des A bewegt und diesem dabei wütend androht, ihn fertig zu machen. In dieser Situation macht A, der gerade schon die Wohnung verlassen hatte, kehrt, betritt die Wohnung erneut und hält dabei drohend ein Messer in Richtung des N. A fordert den N zeitgleich auf, endlich Ruhe zu geben und sich zu „verpissen“. N geht jedoch ungeachtet des Messers auf A los und schlägt ihn mit der Faust zweimal gegen den Kopf.

¹ Naucke, *Negatives Strafrecht* (2015), S. 85.

² Vgl. für die Notwehr F.-C. Schroeder, FS Maurach (1972), S. 127 und passim. Zustimmung: Lenckner JR 1984, 206, 207.

³ Hassemer, FS Bockelmann (1979), S. 225, 226.

⁴ BT-Dr. V/4095, S. 14; Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 163; LK/Rönnau/Hohn, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 228; Roxin ZStW 93 (1981), 68, 77 f. Vgl. auch SK/Günther, 8. Aufl. (2014), § 32 Rn. 103 („Einfallstor“).

⁵ Die historische Entwicklung hin zum derzeitigen „rigorosen“ Notwehrrecht beleuchtet Grünwald ZStW 122 (2010), 51, 53 ff.

⁶ Burchard HRRS 2012, 421, 447. Vgl. auch schon Lenckner GA 1961, 299, 308 oder Schröder JuS 1973, 157 (spricht von einer „Entschärfung“ des Notwehrrechts).

⁷ Nicht zu Unrecht wird die Berufung auf eine Sozialethik zur Einschränkung des Notwehrrechts schon seit geraumer

Zeit als „verschwommenes Schlagwort“ kritisiert. Hierzu Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 158.

⁸ Vgl. SK/Günther, 8. Aufl. (2014), § 32 Rn. 122.

Daraufhin sticht A den N mit dem Messer in den Brustkorb, um ihn erheblich zu verletzen. A nimmt dabei den Tod seines Widersachers billigend in Kauf. N überlebt Dank des herbeigerufenen Rettungsdienstes.

Das erstinstanzlich zuständige Landgericht spricht A aufgrund dieses Geschehens vom Vorwurf eines versuchten Tötungsdelikts in Tateinheit mit vollendeter Körperverletzung frei. Dem lag die Annahme zugrunde, A habe in Notwehr gehandelt. Der BGH widerspricht indes an just dieser Stelle. Es erscheine nicht von vornherein ausgeschlossen, dass A einen weiteren Angriff des N aufgrund seiner Rückkehr mit dem Messer vorhergesehen und den Einsatz des Messers deshalb geplant oder zumindest einkalkuliert habe. In diesem Fall unterläge das Notwehrrecht des A Einschränkungen im Hinblick auf – so der Senat wörtlich – „ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten“, was das Landgericht unberücksichtigt gelassen habe.

III. Das geschilderte Geschehen liefert ein mustergültiges Beispiel zum Beleg der allgemeinen Annahme, dass rechtswidrige Angriffe, die hin zu Fragen rund um den Rechtfertigungsgrund der Notwehr führen, selten aus heiterem Himmel kommen, sondern zumeist eine mehr oder minder lange Vorgeschichte haben.⁹ Man würde die Tathandlung des Messerstichs deshalb nicht nur unvollständig, sondern auch unsachgerecht erfassen, ließe man das zum eigentlichen Tatgeschehen hinführende Vorverhalten beider Konfliktparteien unberücksichtigt. Die Notwehrdogmatik macht dies aber in gewissem Sinne, weil sie die „Vorgeschichte“ eines tatbestandlichen Tuns im Ergebnis nur sehr einseitig und verkürzt berücksichtigt. Sie nimmt innerhalb eines komplexen Vorgeschehens eine „willkürliche Interpunktion“ vor, indem sie wie mit einem Brennglas alleine die Provokation des Angreifers durch den Verteidiger betrachtet, und dabei weitestgehend unbeachtet lässt, dass der Verteidiger in den meisten Fällen auch vom Angreifer provoziert wurde.¹⁰ Das Recht lässt hier also außer Acht, dass der provozierte Angriff in aller Regel aus Interaktionen mit beiderseitigem Verschulden hervorgegangen ist.¹¹ Hieraus resultiert ein struktureller Vorwurf, der sicherlich im vorliegenden Fall angesichts des vielschichtigen und sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Vorgeschehens, an dem auch der N einen wesentlichen Anteil hatte, angebracht wäre. Folgt man jedoch den angedeuteten gängigen Schemata des Notwehrrechts, so bleibt alleine von Interesse, ob und inwiefern das Notwehrrecht des A einer Einschränkung aufgrund seines unmittelbar der Verteidigung vorgelagerten Verhaltens unterliegt. So macht es sich das Notwehrrecht denkbar einfach, obwohl Provokationsfälle doch regelmäßig von „komplexer Natur“¹² sind. Das ließe sich zumindest als inkonsequent, wenn nicht sogar als ungerecht kritisieren.¹³

IV. Aber zurück zum geltenden Notwehrrecht. Die rechtliche Kategorie, um die die Probleme des hiesigen Falles kreisen, ist mit dem Stichwort der Notwehrprovokation

gekennzeichnet. Konkret läuft die Problematik des Falles deshalb auf die folgende Frage hinaus: Ist im Verhalten des A (Rückkehr in die Wohnung mit einem Messer) eine derart gravierende Provokation zu erblicken, dass sein Notwehrrecht mit Einschränkung zu belegen ist?

1. Verhältnismäßig einfach wäre diese Frage zu beantworten, wenn das Vorverhalten des A als eine sog. Absichtsprovokation zu werten wäre.¹⁴ In dieser Konstellation versagt die Rechtsprechung (in Übereinstimmung mit Teilen des Schrifttums) aufgrund von Rechtsmissbrauch bzw. eines fehlenden Verteidigungswillens dem Verteidiger jedwede Berufung auf das Notwehrrecht.¹⁵ Andere fordern demgegenüber, den Provokateur in dieser Situation nicht in Gänze für „vogelfrei“ zu erklären¹⁶ und wollen hier immerhin noch ein abgestuftes Notwehrrecht zubilligen.¹⁷ Aber egal wie man es dreht und wendet: Die Absichtsprovokation bedingt jedenfalls eine so gravierende Manipulation der vermeintlichen Notwehrsituation und damit auch des der Notwehr zugrundeliegenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses¹⁸, dass sich der Verteidiger keinesfalls auf ein „ungekürztes“ Notwehrrecht berufen kann. Allerdings kommt die Konstellation der Absichtsprovokation in der Praxis kaum vor (bzw. ist nicht beweisbar)¹⁹, was letztlich auch der vorliegende Fall demonstriert.

2. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit ein auf andere Weise (unabsichtlich) verschuldeter Angriff zu einer Einschränkung des Notwehrrechts führen kann.²⁰ Anders als bei der Absichtsprovokation kommt es bei der sog. verschuldeten Notwehrlage zu einer Beeinträchtigung, die vom Verteidiger zwar dem Grunde nach ausgelöst worden ist, dabei aber (subjektiv) weder gewollt noch vorhergesehen wurde.²¹ Klarheit dürfte zunächst darüber bestehen, dass eine umfassende Sanktionierung von jedwedem provozierendem Verhalten das soziale Leben unerträglich behindern würde.²² Mit Recht schreibt Bertel deshalb: „Wohin käme man, wenn man ständig darauf achten müßte, der Aggressionslust anderer aus dem Weg zu gehen!“²³ Wer dem folgt, muss sich in einem weiteren Schritt deshalb die Frage stellen, welche (objektive²⁴) Qualität ein (provozierendes) Vorverhaltens haben muss, um eine Einschränkung des Not-

⁹ Kühl StV 1997, 298.

¹⁰ So Hassemer, FS Bockelmann (1979), S. 225, 236.

¹¹ Roxin ZStW 93 (1981), 68, 88.

¹² Lenckner GA 1961, 299, 300.

¹³ Hassemer, FS Bockelmann (1979), S. 225, 236.

¹⁴ Vgl. Lenckner JR 1984, 206, 208 (unproblematisch sei alleine die Absichtsprovokation).

¹⁵ Ausführlich und mwN. etwa Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 65 ff.; ders. ZStW 93 (1981), 68, 85 f.; LK/Rönnau/Hohn, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 249 ff.; SSW/Rosenau, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 42. Vgl. auch Rönnau JuS 2009, 404, 407.

¹⁶ Lenckner JR 1984, 206.

¹⁷ Etwa MünchKomm/Erb, 2. Aufl. (2012), § 32 Rn. 227.

¹⁸ LK/Rönnau/Hohn, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 252.

¹⁹ Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 65. Vgl. auch Kühl StV 1997, 298 („so gut wie nie“).

²⁰ Hierzu etwa Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 58. Ausführlich auch bereits Lenckner GA 1961, 299, 307 ff.

²¹ NK/Kindhäuser, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 125.

²² Bertel ZStW 84 (1972), 1, 26.

²³ Bertel ZStW 84 (1972), 1, 26.

²⁴ Rönnau JuS 2009, 404, 406.

wehrrchts hierauf stützen zu können.²⁵ Zwei sicherer Pole bestehen in diesem traditionell umstrittenen, ja unsicheren Bereich. Zunächst dürfte Klarheit darüber bestehen, dass rechtswidriges Verhalten prinzipiell für eine Notwehreinschränkung als ausreichend anzusehen ist²⁶, andererseits aber ein sozialetisch nicht zu missbilligendes Verhalten nicht zu einer Notwehreinschränkung führen kann.²⁷ Quasi zwischen diesen Polen²⁸ rangiert der Stein des Anstoßes: Ein nicht rechtswidriges, immerhin aber sozialetisch zu beanstandendes Vorverhalten. Der BGH meint in seiner aktuellen Entscheidung mit einer gewissen Selbstverständlichkeit, ein (nur) sozial-ethisch zu missbilligendes Vorverhalten könne zu Einschränkungen des Notwehrrchts führen. So selbstverständlich ist das indes nicht, wenn man einen Blick auf die durchaus wechselhafte Entwicklung der Rechtsprechung beim Umgang mit dieser Frage wirft.

a) Die historische Rechtspraxis kannte – von der Absichtsprovokation einmal abgesehen – den Begriff der verschuldeten Notwehr eigentlich nicht²⁹, und auch das Reichsgericht ging zunächst davon aus, dass ein vom Verteidiger verschuldeter Angriff trotz allem rechtswidrig bleibe, so dass Einschränkungen des Notwehrrchts hier nicht in Betracht kamen.³⁰ Erst sehr viel später sind das Reichsgericht³¹ und dem folgend dann auch der Bundesgerichtshof dazu übergegangen, das Notwehrrecht bei einem (sonstigen) Verschulden des Verteidigers einzuschränken.³² Dem folgend wurde sogar zunehmend die Tendenz sichtbar, dem Täter das volle Notwehrrecht mit der Begründung zu versagen, ein Ausweichen sei ihm umso eher zuzumuten, als er selbst Anlass zu dem Angriff gegeben habe.³³ Allerdings blieben die genauen Kriterien (maW also die Qualität des Verhaltens) für die beschriebenen Einschränkungen über eine lange Zeit hinweg unklar und nebulös.³⁴ Eine wichtige und zugleich zentrale Entscheidung für die problematische Frage, inwieweit ein allein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten (häufig genannte Beispiele sind hier geringfügige Belästigungen, Hänseleien oder Taktlosigkeiten³⁵) zu Einschränkungen bzw. Abstufungen des eigenen Not-

wehrrchts führen kann, war dann der sog. Zugfenster-Fall des BGH.³⁶ Hier wurde erstmals und unverblümt ausgesprochen, dass ein sozialetisch zu beanstandendes Vorverhalten für den Umfang des eigenen Notwehrrchts von Bedeutung sein könne.³⁷ Allerdings bemühte der BGH im weiteren Verlauf dann zusätzlich zur erkannten sozialetischen Beanstandung auch noch die Messlatte des Rechts, wenn darauf hingewiesen wurde, dass das gegenständliche und bereits als sozialetisch vorwerfbar bewertete Vorverhalten seinem Gewicht nach auch (und kumulativ) einer schweren Beleidigung gleichkomme (der Angeklagte hatte mehrfach das Zugfenster geöffnet, um einen Mitreisenden herauszuekeln).³⁸ Folglich sei das Vorverhalten ebenso „von Rechts wegen vorwerfbar“.³⁹ Die Deutungen dieses Richterspruchs fielen aufgrund dieser Dichotomie in der Begründung durchaus unterschiedlich aus. *Krack* monierte, das Bekenntnis des BGH (im Zugfenster-Fall) zur notwehreinschränkenden Wirkung von einem bloß sozialetisch zu missbilligendem Vorverhalten falle nicht sonderlich deutlich aus, und das, obwohl es sich um das Kernproblem der Entscheidung handele.⁴⁰ Die zustimmenden Worte gegenüber der Erwägung, das Verhalten sei zudem auch von Rechts wegen vorwerfbar, ließen vielmehr den Schluss zu, dass der BGH eine sozialetische Missbilligung gar nicht ausreichen lassen, sondern auch auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens abstellen möchte.⁴¹ *Kühl* meinte demgegenüber, die Entscheidung des BGH habe die bisher in der Rechtsprechung bestehenden Unsicherheiten „beseitigt“.⁴² Ein (nur) sozialetisch zu beanstandendes Vorverhalten sei nunmehr vom BGH als ausreichend für die Beschränkung des Notwehrrchts angesehen worden.⁴³ Die sich an diesem Punkt der Entwicklung abzeichnenden Unsicherheiten wurden in der Folgezeit auch nicht von der Rechtsprechung durch ein klärendes Wort entschärft, obgleich der BGH oftmals so tat, als seien Notwehreinschränkungen wegen eines sozialetisch vorwerfbaren Vorverhaltens unbestrittene Normalität in der Notwehrdogmatik.⁴⁴ Dass die erwähnten Unsicherheiten dem Grunde nach aber bestehen blieben, belegt ein Blick in die Literatur, wo in eine neuere Entscheidung des BGH (aus dem Jahr 2012⁴⁵) die Tendenz hineingelesen wurde, die Rechtsprechung distanzieren sich möglicherweise wieder von der Position, bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten könne zu Einschränkungen der Notwehr führen, weil der BGH plötzlich wieder (wie im Zugfenster-Fall) auf ein rechtswidriges Vorverhalten des Verteidigers Bezug genommen hatte.⁴⁶ Man

²⁵ Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 59; NK/Kindhäuser, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 126; Roxin ZStW 93 (1981), 68, 89; Schumann JuS 1979, 559, 564.

²⁶ Schröder JuS 1973, 157, 160; Kühl StV 1997, 298, 299; Rönnau JuS 2012, 404, 407.

²⁷ BGH, Urt. vom 12.01.1978 – 4 StR 620/77, BGHSt 27, 336 (LS); Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 71; Lenckner JR 1984, 206, Kühl StV 1997, 298, 299. Vgl. auch Roxin ZStW 93 (1981), 68, 89.

²⁸ Vgl. für diese Einordnung Kühl StV 1997, 298, 299.

²⁹ Lenckner JR 1984, 206, 207.

³⁰ Nachweise bei Lenckner GA 1961, 299, 307. Vgl. auch Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 58.

³¹ Etwa RGSt 71, 133, 134 f. (stellt auf die „Veranlassung“ des tatgegenständlichen Streits ab). Schröder JuS 1973, 157, 158 kommentiert, auf diese Weise würden „sozialetische Komponenten“ in das Notwehrrecht eingeschmuggelt.

³² Vgl. insg. auch Lenckner GA 1961, 299, 307 f.

³³ Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 58 mit entsprechenden Nachweisen.

³⁴ Vgl. Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 59 („nicht eindeutig“); BeckOK/Momsen, § 32 Rn. 38 („vage“).

³⁵ Grünwald ZStW 122 (2010), 51, 79; Rönnau JuS 2009, 404, 407.

³⁶ BGH, Urt. vom 21.03.1996 – 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97 (100 ff.) = NJW 1996, 2315.

³⁷ BGH, Urt. vom 21.03.1996 – 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97 (101).

³⁸ BGH, Urt. vom 21.03.1996 – 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97 (101).

³⁹ BGH, Urt. vom 21.03.1996 – 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97 (101).

⁴⁰ *Krack* JR 1996, 468.

⁴¹ *Krack* JR 1996, 468.

⁴² *Kühl* StV 1997, 298, 299.

⁴³ *Kühl* StV 1997, 298, 299.

⁴⁴ Beispielhaft: BGH, Beschl. vom 04.08.2010 – 2 StR 118/10, NStZ 2011, 82, 83 = HRRS 2010 Nr. 954.

⁴⁵ BGH, Urt. vom 27.09.2012 – 4 StR 197/12, NStZ-RR 2013, 139 = HRRS 2012 Nr. 1099. Vgl. hierzu auch von Heintschel-Heinegg JA 2013, 69.

⁴⁶ *Erb* HRRS 2013, 113, 116.

sieht an alledem: Die vom 2. Strafsenat mit einer gewissen Selbstverständlichkeit bemühten Einschränkungen der Notwehr aufgrund eines sozialetisch zu missbilligenden Vorverhaltens sind gerade kein unbestrittener Teil der Karlsruher Rechtsprechung, über den das letzte Wort schon gesprochen wurde.

b) Auf welchem unsicherem Terrain man sich bewegt, zeigt überdies der inhaltliche Vergleich mit vergangenen Sachverhaltskonstellationen, über die die Rechtsprechung zu entscheiden hatte. Fasst man das entscheidungsrelevante Geschehen des aktuellen Urteils unter die Überschrift der „bewaffneten Rückkehr an den Ort einer vorherigen Auseinandersetzung“, so wird man in alten Judikaten schnell fündig und lernt, dass die Rechtsprechung solche Konstellationen bereits zu entscheiden hatte. Beispielhaft: Im Jahr 1975 entschied der BGH anlässlich eines Angeklagten, der mit einem (Küchen-)Messer bewaffnet an den Ort einer Schlägerei zurückkehrte, dieser müsse Einschränkungen seines Notwehrrechts hinnehmen.⁴⁷ Wenige Jahre später entschied der BGH unterdessen großzügiger für eine ganz ähnlich gelagerte Konstellation (Rückkehr an den Ort einer Auseinandersetzung mit einem Revolver) und ging (anders als zuvor) davon aus, dass eine Notwehr nicht ohne weiteres versagt werden könne.⁴⁸ Diese großzügige Linie solle sogar gelten, wenn man eine Waffe unberechtigt (soll heißen: entgegen den Bestimmungen des Waffenrechts) mit zum Tatort bringt.⁴⁹ Auch vor diesen Hintergründen mutet es alles andere als selbstverständlich an, wenn der BGH nunmehr behauptet, es komme im hiesigen Fall nun doch wieder eine Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht.

c) Was folgt nun aus den beschriebenen Inkonsistenzen? Nun, der hier zu besprechende Fall konfrontiert den Rechtssuchenden erneut und in aller Brisanz mit der schon seit Jahrzehnten diskutierten Frage, ob ein (allein) sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten zu Einschränkungen des Notwehrrechts führen kann. Diese Frage ist richtigerweise zu verneinen. Ein nur sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten taugt schon deshalb nicht zur konsistenten Begründung von Notwehrein-schränkungen, weil es in dieser Situation allein der Angreifer ist, der den Rechtsfrieden bricht, während der (in Notwehr handelnde) Täter selbst den Boden des Rechts niemals verlassen hat.⁵⁰ Obgleich der Täter den Angriff durch sein Vorverhalten veranlasst hat, bleibt es im Wesentlichen bei einer vom Angreifer zu vertretenden Konfliktlage.⁵¹ Deshalb hat der Angreifer die vermeintli-

che Provokation von Rechts wegen hinzunehmen.⁵² Hinzu kommt, dass es für die Kategorie der sozialetischen Vorwerfbarkeit insgesamt an durchgängig rational einsehbareren Kriterien fehlt, an denen sich eine entsprechende Entscheidung orientieren könnte.⁵³ Sie ist zu ungenau⁵⁴, weil es in Gänze an geeigneten Maßstäben zur Bestimmung einer sozialen Inadäquanz fehlt.⁵⁵ Fragen der sozialetischen Vorwerfbarkeit würden deshalb regelmäßig in Fragen nach den individuellen Anschauungen von Höflichkeit und Anstand einmünden⁵⁶, was im Strafrecht für sich genommen bereits zu Problemen führen muss. Würde man einen solchen Maßstab zulassen, bestünde die Gefahr der Aushöhlung und Entwertung des Notwehrrechts.⁵⁷ Es bestünde überdies die Gefahr, dass Rechtsdogmatik an dieser Stelle zum überflüssigen Beiwerk wird, und es allenfalls noch vermag, ihre eigene Wandlungsfähigkeit zu demonstrieren.⁵⁸ Mit Recht fordert die (weit) überwiegende Ansicht in der Literatur deshalb, dass das fragliche Verhalten *rechtswidrig* gewesen sein muss, um hierauf eine Einschränkung des Notwehrrechts wegen Provokation stützen zu können.⁵⁹ Allein hierin liegt ein verlässlicher, voraussehbarer und übrigens auch mit der ratio der Notwehr⁶⁰ übereinstimmender Maßstab zur Notwehrein-schränkung.

V. Um es zu guter Letzt und abschließend noch einmal deutlich zu formulieren: Der BGH deutet in der hier zu besprechenden Entscheidung eine Beschränkung, ja sogar eine Rücknahme von Notwehrbefugnissen des Bürgers an. Diese Rücknahme wird mit dem Topos des sozialetisch zu missbilligenden Vorverhaltens auf ein Voraussetzungsfundament gestellt, das weder konsistent begründet noch praktisch handhabbar erscheint. Die Rechtsprechung sollte hiervon – aus den genannten Gründen – deshalb tunlichst die Finger lassen. Weil der Blick auf die Entwicklungslinien des sozialetisch zu missbilligenden Vorverhaltens das von Unsicherheiten geprägte Hin und Her und die politisch-normativistischen Aufladungen des Notwehrrechts mit dem Geist der jeweiligen Zeit vor Augen führt, erweist man dem Notwehrrecht des Bürgers sicherlich einen weitaus besseren Dienst, wenn man es an gefestigtere Grenzwälle bindet. Es ist deshalb zu hoffen, dass es dem 2. Strafsenat so ernst nicht ist mit seinem Fingerzeig. Die richtige Richtung zur Bewertung der entsprechenden Fälle wäre nämlich die genau entgegengesetzte, mithin also die Abkehr von Notwehrein-schränkungen aufgrund von sozialetisch zu missbilligendem Vorverhalten.

⁴⁷ BGH, Urt. vom 15.05.1975 – 4 StR 71/75, BGHSt 26, 143 (145 f.).

⁴⁸ BGH, Urt. vom 07.06.1983 – 4 StR 703/82, NJW 1983, 2267 m. Anm. *Lenckner* JR 1984, 206 und *Bespr. Berz* JuS 1984, 340. Vgl. hierzu auch *Schönke/Schröder/Perron*, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 59.

⁴⁹ BGH, Beschl. vom 04.08.2010 – 2 StR 118/10, NStZ 2011, 82, 83 = HRRS 2010 Nr. 954.

⁵⁰ *Schönke/Schröder/Perron*, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 59; *MünchKomm/Erb*, 2. Aufl. (2012), § 32 Rn. 234; *Roxin* ZStW 93 (1981), 68, 91.

⁵¹ *NK/Kindhäuser*, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 125. Vgl. auch *Lenckner* GA 1961, 299, 310.

⁵² *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 347. Vgl. auch *Kühl*, AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 215.

⁵³ *Grünwald* ZStW 122 (2010), 51, 81.

⁵⁴ *Kühl*, AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 219.

⁵⁵ *MünchKomm/Erb*, 2. Aufl. (2012), § 32 Rn. 234.

⁵⁶ *MünchKomm/Erb*, 2. Aufl. (2012), § 32 Rn. 234.

⁵⁷ *Lenckner* JR 1984, 206.

⁵⁸ *Hassmer*, FS Bockelmann (1979), S. 225, 230.

⁵⁹ *Schönke/Schröder/Perron*, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 59; *LK/Rönnau/Hohn*, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 255; *SK/Günther*, 8. Aufl. (2014), § 32 Rn. 125; *Grünwald* ZStW 122 (2010), 51, 82; *Lenckner* JR 1984, 206, 209; *Schumann* JuS 1979, 559, 564.

⁶⁰ Anschaulich zur dualistischen Rechtfertigung des Notwehrrechts etwa *Roxin* ZStW 93 (1981), 68, 70 ff.

Strafbarkeit wegen (versuchten) Totschlags durch Manipulation von Patientendaten im Bereich der Leberallokation?

Zum Urteil des Landgerichts Göttingen vom 6. Mai 2015 (6 Ks 4/13)

Von Prof. Dr. Volker Haas, Heidelberg

I. Einleitung

Vor gut einem Jahr – nämlich am 6. Mai 2015 – hat die 6. Große Strafkammer des Landgerichts Göttingen den Angeklagten, der als Chirurg am Transplantationszentrum des dortigen Universitätsklinikums tätig war, freigesprochen. Die strafprozessuale Aufarbeitung des sogenannten Göttinger Transplantationskandals hat seinerzeit bundesweit mediale Aufmerksamkeit erregt. Gegenstand der Anklage der Staatsanwaltschaft waren vierzehn Manipulationsfälle, in denen dem Angeklagten vorgeworfen wurde, sich durch Falschangaben zugunsten seiner Patienten gegenüber Eurotransplant unter anderem wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht zu haben, und drei Indikationsfälle, in denen dem Täter vorgeworfen wurde, sich aufgrund medizinisch nicht indizierter Lebertransplantationen strafbar gemacht zu haben. Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es nicht, das Urteil revisionsrechtlich vollständig auf Rechtsfehler hin zu überprüfen (§ 337 StPO). Im Fokus des Interesses soll ausschließlich die Strafbarkeit nach § 212 StGB bei den Manipulationsfällen stehen. Diese hat die Kammer im Wesentlichen aus zwei Gründen verneint. Erstens hat die Kammer die Ansicht vertreten, dass ein Verstoß gegen die Regeln der Organzuteilung durch Übermittlung falscher Patientendaten kein Tötungsunrecht gemäß § 212 StGB begründen könne. Zweitens hat es den Freispruch darauf gestützt, dass es am *dolus eventualis* und damit am erforderlichen Vorsatz seitens des Angeklagten gefehlt habe. Im Folgenden sollen die Urteilsgründe in ihren relevanten Passagen dargestellt und im Anschluss daran auf ihre Tragfähigkeit untersucht werden. Der Beitrag verzichtet auf die Skizzierung der rechtlichen Regeln des Transplantationsrechts – insoweit kann auf vorangegangene Veröffentlichungen verwiesen werden – und konzentriert sich auf die rechtlich relevanten strittigen Punkte.

II. Die Begründung des Freispruchs wegen (versuchten) Totschlags

1. Die Verwirklichung von Tötungsunrecht durch die Übermittlung falscher Patientendaten an Eurotransplant

Warum soll der Angeklagte durch die Übermittlung falscher Patientendaten an Eurotransplant kein Tötungsunrecht begangen haben? Die Kammer hat ihren Rechtsstandpunkt damit erklärt, dass die Regeln über die Organzuteilung gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 TPG i.V.m. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG i.V.m. § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 TPG einschließlich der Richtlinien der Bundesärztekammer und der Vorschriften des Eurotransplant-Manuals nicht dem Zweck dienen würden, dass ein bestimmter Patient in einem bestimmten Match-Verfahren ein bestimmtes Spenderorgan erhalte. Es entspreche nicht dem Schutzzweck der Organzuteilungsregeln, den Tod oder die Verlängerung des Leidens eines bestimmten Patienten zu verhindern. Die Regeln würden vielmehr den allgemeinen Schutz menschlichen Lebens und der Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit als Ausdruck der Menschenwürde bezwecken, so dass auch die irrtümliche Zuteilung eines Organs lediglich eine gefährliche und zu missbilligende Verletzung der Verteilungsgerechtigkeit und des Vertrauens der Allgemeinheit in die Lauterkeit und Funktionsfähigkeit des Organverteilungssystems bedeute (Urteil, S. 22 f., 345, 391, 394, 474, 485 f., 500 f., 541). Der Schutz individuellen menschlichen Lebens soll sich auch nicht anderen Vorschriften des Transplantationsgesetzes entnehmen lassen. Ziel des Transplantationsgesetzes sei gemäß § 1 TPG, die Bereitschaft zur Organspende in Deutschland zu fördern. § 2 TPG thematisiere die Aufklärung der Bevölkerung über die Möglichkeiten und Voraussetzungen der Organspende. Ebenso sollen die Materialien¹ keinen Hinweis darauf enthalten, dass das Transplantationsgesetz individuelles Leben

¹ BT-DrS 13/4355, S. 1 ff.

schützen wolle (Urteil, S. 390). Ergänzend stellt die Kammer fest, dass die Verhinderung des Todes oder der Verlängerung von Leiden bestimmter Patienten nicht bezweckt werden könne, weil das Leben des verdrängten Patienten nicht schützenswerter sei als das anderer Patienten (Urteil, S. 393, 395).

Ein originäres Leistungsrecht auf Zuteilung eines bestimmten Organs zugunsten derjenigen Patienten, bei denen eine Transplantation erforderlich sei, soll deswegen ausgeschlossen sein, weil es aufgrund des Organmangels unmöglich sei, alle bedürftigen Patienten mit Spenderorganen zu versorgen. Aus diesem Grund sei kein subjektives Recht auf ein Organ im Sinne eines subjektiven Leistungsanspruchs anzuerkennen (Urteil, S. 22 f., 345, 394, 485 f.). Dem Patienten soll daher ausweislich der Urteilsbegründung, die expressis verbis die Ansicht von *Bader* aufgreift,² lediglich ein derivatives Teilhaberecht am Organverteilungssystem zustehen (Urteil, S. 22 f., 345 f., 385 f., 394). Dieses Recht folge aus dem Grundrecht auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, dem Grundrecht auf Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und dem ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Sozialstaatsprinzip (Urteil, S. 22 f., S. 345 f., 385 f., 394 f., 454, 485). Das derivative Teilhaberecht soll nicht nur einen Bezug zum Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG aufweisen, sondern auch zum Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. So behauptet das Landgericht unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,³ dass die Verbürgung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit berührt werde, wenn staatliche Vorschriften bzw. von solchen abgeleitete Regelungen wie die Richtlinien der Bundesärztekammer dazu führen würden, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, zumindest aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden sei, versagt werde. Es weist zudem darauf hin, dass der Staat bei der Organverteilung ein gesetzlich in § 9 Abs. 1 TPG verankertes Monopol habe (Urteil, S. 345 f.; vgl. auch Urteil, S. 394).

Das Landgericht stützt seine Rechtsansicht auf weitere Erwägungen: Da über die Annahme des Organs zunächst der Transplantationsarzt und anschließend der Patient selbst zu entscheiden hätten, ergäbe sich weder nach Kenntnis vom Vorliegen einer Spenderleber noch nach der Erstellung der Match-Liste bereits die Verpflichtung der Vermittlungsstelle Eurotransplant, die Spenderleber einem ganz bestimmten Patienten zuzuteilen und den Tod dieses Patienten abzuwenden bzw. dessen Leiden zu verkürzen. Erst wenn die Spenderleber für diesen Patienten durch dessen Transplantationsarzt angenommen werde, sei Eurotransplant verpflichtet, das Organ diesem Patienten endgültig anzubieten. Der fehlende Schutzzweck werde auch dadurch belegt, dass der Transplantationschirurg nicht verpflichtet sei, in einem bestimmten Match-Verfahren die seinem Patienten angebotene Spenderleber anzunehmen. Ihm stehe vielmehr ein Beurtei-

lungsspielraum zu. So könne er, wenn ihm eine qualitativ unterdurchschnittliche Leber angeboten werde, das Organangebot ablehnen, wenn der Patient gesundheitlich stabil sei, und auf eine qualitativ bessere Leber warten (Urteil, S. 24, 397). Die Urteilsbegründung behauptet ferner mit Verweis auf *Bülte*,⁴ dass die Dringlichkeit nur den Status eines rein formalen Zuteilungskriteriums besitze, das seinen relevanten Bezug zum Rechtsgut deswegen verliere, weil es sich angesichts fehlender Spenderlebern um Mangelverwaltung handele. Es soll daher am Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der Übermittlung falscher Patientendaten und dem Tod fehlen (Urteil, S. 24, 403).

Die Qualifizierung der Dringlichkeit als rein formales Kriterium der Organzuteilung soll durch den Umstand bestätigt werden, dass es faktisch nicht möglich sei, in einem Match-Verfahren denjenigen Patienten zu ermitteln, der tatsächlich am dringendsten auf eine Lebertransplantation angewiesen sei. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Reihenfolge der Patienten auf der Match-Liste auch der Reihenfolge der Dringlichkeit entspreche. Bei chronischen Lebererkrankungen sei der MELD-Score das Maß für die Dringlichkeit der Transplantation. Je höher der MELD-Score sei, desto höher sei die Wahrscheinlichkeit, dass der Patient im Endstadium seiner Lebererkrankung innerhalb von drei Monaten versterbe. Ein wesentlicher Schwachpunkt des MELD-Score liege aber darin, dass eine hohe Interlaborvariabilität bei der Feststellung der INR-, Bilirubin- und Kreatinin-Werte bestehe. Bei der Messung des Kreatininwertes könnten Patienten aufgrund ihrer körperlichen Konstitution oder aufgrund der Einnahme bestimmter Medikamente bevorteilt oder benachteiligt werden. Darüber hinaus sei zu beachten, dass anhand der drei Laborwerte der Gesundheitszustand des Patienten nicht verlässlich beurteilt werden könne. Die Laborwerte würden daher lediglich die Abschätzung einer statistischen Überlebenswahrscheinlichkeit eines bestimmten Patienten erlauben. Der Umstand, dass die Organangebote durch Eurotransplant streng nach Reihenfolge der Match-Liste ungeachtet der tatsächlichen Dringlichkeit zu erfolgen habe, zeige, dass die Verteilungsregeln gerade nicht dem Zweck dienen würden, dem Leben eines Menschen Vorrang vor dem Leben eines anderen zu gewähren. Andernfalls müsste Eurotransplant die Möglichkeit eröffnet werden, nach Erstellung der Match-Liste von der vorgegebenen Reihenfolge abzuweichen. Die Zuteilungsregeln würden daher evident nicht bezwecken, den Tod oder die Verlängerung von Leiden eines bestimmten Menschen durch Zuteilung eines Spenderorgans zu verhindern, sie würden vielmehr bezwecken, die Zuteilung nach objektiven, transparenten und nachvollziehbaren Kriterien durchzuführen und zwar auch dann, wenn im Einzelfall eine Organzuteilung an einen Patienten erfolge, der die Transplantation tatsächlich weniger dringlich benötige als ihm auf der Match-Liste nachfolgende Patienten. Die Organzuteilungsregeln des Transplantationsgesetzes würden somit der Verteilungsgerechtigkeit und dem allgemeinen, nicht jedoch dem individuellen Lebensschutz dienen. Ein Verstoß gegen die Regelungen des Transplantationsgesetzes könne daher weder vollendetes

² *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 296 ff., 317.

³ BVerfG NJW 1999, 3399 ff.

⁴ *Bülte* StV 2013, 753, 757.

noch versuchtes Tötungsunrecht begründen (Urteil, S. 25 ff., 397 ff., 401).

In einem Teil der Fälle hat die Kammer Tötungsunrecht deswegen verneint, weil die Allokationskriterien verfassungswidrig seien. So verwirklichte der Angeklagte ausweislich der Urteilsbegründung nicht dadurch einen versuchten Totschlag, dass er Patienten, die an einer alkoholinduzierten Leberzirrhose litten, auf die Warteliste aufnahm, obwohl es bei diesen Patienten an der nach der gültigen Richtlinie der Bundesärztekammer erforderlichen sechsmonatigen Alkoholabstinenz fehlte. Das Urteil folgt der Ansicht von *Dannecker* und *Streng-Baunemann*, dass die Richtlinie insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig und daher rechtlich unverbindlich sei (Urteil, S. 30 ff., 44 ff., 279, 323, 351 ff., 364, 485).⁵ Nach Feststellung der Kammer verstieß der Angeklagte auch dadurch gegen die Richtlinien, dass er einen Patienten mit einem gemischten hepatozellulären und cholangiozellulären Karzinom in die Warteliste aufnahm, obwohl bei diesem extrahepatisches Tumorstadium bestand. Bei Patienten im fortgeschrittenen Stadium bösartiger Erkrankungen muss vor der Aufnahme in die Warteliste durch regelmäßige Kontrollen extrahepatisches Tumorstadium ausgeschlossen werden. Allerdings sollen auch insoweit die Richtlinien gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen (Urteil, S. 32 ff., 273 f., 454 ff.). Schließlich hält es das Landgericht für verfassungswidrig, dass in Fällen akuten Leberversagens bei Empfängern mit viraler Hepatitis die Transplantationsindikation nur gestellt werden soll, wenn bei der Prognose die sog. Clichy-Kriterien erfüllt sind (Urteil, S. 34 ff., 385 ff.).

2. Die Verwirklichung der Voraussetzungen des *dolus eventualis*

Die Kammer hat den Freispruch hinsichtlich § 212 StGB zudem auf den fehlenden Vorsatz des Angeklagten gestützt. Zwar habe der Angeklagte als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt, dass der erstverdrängte Patient im Falle der Manipulation das transplantierte Organ nicht erhalten werde und deshalb versterben könne (Urteil, S. 404, 406, 425). Ihm sei bewusst gewesen, dass der verdrängte Patient hätte versterben, mit dem Spenderorgan aber hätte überleben können (Urteil, S. 408). Hinsichtlich der nachfolgend verdrängten Patienten soll jedoch der Kausalverlauf nicht mehr vorhersehbar gewesen sein und es insoweit schon am intellektuellen Moment des bedingten Vorsatzes fehlen (Urteil, S. 404, 419 ff., 425, 430, 460 f., 474, 486 f., 501, 541). Der Angeklagte sei insoweit nicht davon ausgegangen, den Tod eines dieser Patienten in objektiv zurechenbarer Weise zu verursachen (Urteil, S. 424). Prämisse dieser rechtlichen Würdigung des Landgerichts ist, dass seiner Auffassung nach bezüglich dieser Patientengruppe ein tatsächlich durch die Manipulation der Organallokation verursachter Tod objektiv nicht zurechenbar gewesen wäre (Urteil, S. 421 ff., 461, 474, 487, 501, 541).

⁵ *Dannecker/Streng-Baunemann* NStZ 2014, 673, 674.

Mit dem Wissen um die Gefährlichkeit seines Verhaltens ist aber nach Auffassung der Kammer noch nicht gesagt, dass der Angeklagte den Erfolgseintritt auch akzeptiert und sich innerlich mit ihm abgefunden habe (Urteil, S. 404, 424 ff.). Obwohl Zweck der Manipulation gewesen sei, andere Patienten zu überholen (Urteil, S. 405), habe der Angeklagte den Tod des Patienten um der Rettung des eigenen Patienten willen nicht gebilligt (Urteil, S. 406, 427). Für das voluntative Element des Vorsatzes sei maßgeblich, ob der Angeklagte darauf habe vertrauen dürfen, dass keiner der möglicherweise durch seine Manipulation verdrängten Patienten aufgrund der Manipulation versterbe (Urteil, S. 409, 429). Dies bejaht das Landgericht: Der Angeklagte habe auf das Ausbleiben des Erfolgs noch vertrauen dürfen (Urteil, S. 406, 409, 430, 460, 474, 486, 501, 541). Er habe auch tatsächlich darauf vertraut (Urteil, S. 369 f., 406, 409, 411, 430, 460, 474, 486, 501, 541). Dieses Ergebnis fußt auf der Feststellung der Kammer, dass als Motiv besondere persönliche Verhältnisse des Angeklagten zu seinen Patienten, Boni-Zahlungen und berufliche Reputation auszuschließen seien (Urteil, S. 427). Die Kammer hat bei ihrer Würdigung *expressis verbis* berücksichtigt, dass sich bei einer zunehmenden Anzahl von Fällen die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts insgesamt erhöht (Urteil, S. 429).

III. Kritische Würdigung der Urteilsausführungen

1. Die Erfüllung der Voraussetzungen des tatbestandlichen Zurechnungsgegenstands

a) Die Auffälligkeit der bisherigen Stellungnahmen

Beim Urteil des Landgerichts und bei der bisherigen Diskussion fällt auf, dass die Erörterung der Frage im Zentrum steht, ob der auf der Match-Liste jeweils zurückgesetzte Patient ein subjektives Leistungsrecht auf die Spenderleber besaß, die aufgrund der Allokationsmanipulation dem bevorteilten Patienten angeboten und anschließend transplantiert wurde.⁶ Dies ist insofern verwunderlich, weil im hier vorliegenden Sachverhalt die Fallgruppe der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe einschlägig ist⁷ und diesbezüglich bisher die Auffassung vertreten worden ist, dass bei von Dritten ins Leben gerufenen rettenden Kausalverläufen zumindest dann die tatbestandlichen Voraussetzungen des Begehungsdelikts erfüllt sind, wenn der Täter den rettenden Kausalverlauf ohne Zustimmung des Dritten unterbindet. Anderes soll unter Umständen gelten, wenn der Täter den von ihm selbst initiierten rettenden Kausalverlauf eliminiert.⁸ Es ist daher alles andere als erstaunlich, dass das OLG Braunschweig in seiner Ent-

⁶ Vgl. *Schroth* NStZ 2013, 437, 443; *Bülte* StV 2013, 753, 755 ff.; *Böse* ZIS 2014, 117, 120; *Rissing-van-San* NStZ 2014, 233, 242 f.; *Verrel* MedR 2014, 464, 467.

⁷ So die zutreffende Diagnose von *Kudlich* NJW 2013, 917, 918; ebenso *Böse* ZIS 2014, 117, 118; *Rissing-van-San* NStZ 2014, 233, 243; *Verrel* MedR 2014, 464, 465.

⁸ *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2012), 18/18; *Rengier*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2015), § 48 Rn. 18 f.; *Duttge* GA 2006, 573, 576.

scheidung über die Beschwerde des Angeschuldigten gegen die Anordnung von Untersuchungshaft auf diesen Punkt nicht eingegangen ist.⁹ Auch *Kudlich* greift in seiner Abhandlung völlig konsequent diese Rechtsfrage nicht auf.¹⁰ Das Landgericht hat zwar ausdrücklich verneint, dass durch die Manipulationen ein rettender Kausalverlauf abgebrochen worden sei, weil der Angeklagte dann in eine bereits begonnene rettende Kausalkette hätte eingreifen müssen (Urteil S. 424 f.). Es ist aber kaum zu bezweifeln, dass das Unrecht der Tat nur darin liegen könnte, dass der Angeklagte das *Entstehen* einer derartigen Kausalkette verhindert hat. Die Begründung der Kausalität durch das Landgericht zeigt, dass es diese Analyse teilt. Hätte der eigentlich vorrangige Patient mit der entzogenen Spenderleber überlebt, soll die Kausalität darin liegen, dass es Eurotransplant aufgrund der Manipulation des Angeklagten irrtumsbedingt unterlassen hat, diesem vertragsgemäß das Spenderorgan zuzuteilen. Unter diesen Voraussetzungen hätte nach Ansicht der Kammer der Angeklagte spätestens durch die Annahme des Spenderorgans aktiv den Tod des nachfolgenden Patienten verursacht ungeachtet des Umstands, dass unmittelbare Todesursache dessen Leberversagen gewesen wäre. Aufgrund des aktiven Eingriffs in den Geschehensverlauf hat das Landgericht das Verhalten des Angeklagten als unmittelbare Begehungstäterschaft eingeordnet (Urteil, S. 326 ff.). Allerdings konnte die Kammer eigenem Bekunden zufolge in keinem Fall den Nachweis einer derartigen Kausalbeziehung erbringen, so dass es jeweils nur einen versuchten Totschlag in Erwägung gezogen hat (Urteil, S. 271, 326, 363, 382, 452, 473, 484, 500).

Ebenso wie das Landgericht behauptet die ganz herrschende Meinung in der Literatur auf der Grundlage der Äquivalenztheorie, dass der Täter im Falle der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe den Tod des Opfers verursacht.¹¹ Dabei soll es – geht die erfolgsverhindernde Wirkung von Sachen aus – für das Vorliegen tatbestandsmäßigen Unrechts auf die Eigentumsverhältnisse nicht ankommen. Mit anderen Worten: Die Vertreter dieser Position halten es für unerheblich, wem die Sphäre rechtlich zugeordnet ist, aus der sich bzw. in der sich der potentielle rettende Kausalverlauf entwickelt hätte.¹² So fehlt insbesondere bei *Schroth*, der als Initiator der Diskussion in der Sache die vom Verfasser schon mehrfach dargelegte und begründete Grundposition aufgegriffen hat, dass dem Opfer grundsätzlich der rettende Kausalverlauf im Verhältnis zum Täter rechtlich zugewiesen sein muss,¹³ eine vollständige Begründung dafür, warum dieses Erfordernis überhaupt besteht. Der

bloße Verweis darauf, dass Eurotransplant durch die Übermittlung falscher Patientendaten als Werkzeug zu einem Unterlassen veranlasst wird, deutet die Rechtsfrage allenfalls an.¹⁴ Die Ausführungen des Landgerichts lassen eine Auseinandersetzung völlig vermissen.

b) Das rechtliche Grundproblem des Manipulationsfalls

Die dogmatische Herausforderung, der man in der vorliegenden Fallkonstellation ausgesetzt ist, wird nur begreifbar, wenn man sich die Frage stellt, ob der Täter überhaupt im Falle der Manipulation von Krankendaten den Tod der benachteiligten Patienten im Rechtssinne wirklich verursacht – selbst wenn man unterstellt, dass bei wahrheitsgemäßer Information der benachteiligte Patient die betreffende Leber erhalten und damit sein Tod verhindert worden und die Rechtsgutsverletzung insoweit Folge des Tatverhaltens gewesen wäre. Augenfällig ist der Unterschied zum Normalfall eines Tötungsverbrechens. Während im Normalfall der Täter unmittelbar auf die Rechtssphäre des Opfers durch Schießen, Schlagen, Stechen etc. einwirkt, hat in der vorliegenden Fallkonstellation die Täuschung der Vermittlungsstelle lediglich die Folge, dass dem Opfer ein Spenderorgan vorenthalten wird. Während also im Normalfall eines Begehungs- und Erfolgsdelikts der Geschehensverlauf (zumindest bis zum Eintritt in die körperliche Sphäre des Opfers) aus einer Kette tatsächlich eingetretener Ereignisse besteht, ist in der vorliegenden Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe der Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und dem Erfolg teilweise lediglich durch hypothetische Ereignisse vermittelt.¹⁵ Nur soweit es den Eingriff in den bevorstehenden oder sich schon vollziehenden rettenden Kausalverlauf betrifft, gleicht das Geschehen dem Normalfall eines Begehungsdelikts. Das Folgegeschehen gleicht hingegen dem Unterlassungsdelikt. Konkret: Hätte der Transplantationschirurg nicht falsche Daten an die Vermittlungsstelle Eurotransplant übermittelt, dann wäre sein eigener Patient nicht aufgrund des überhöhten MELD-Score vor dem anderen benachteiligten Patienten auf die Match-Liste gesetzt worden. Insoweit besteht der Tatverlauf wie im Normalfall aus tatsächlichen Ereignissen. Für das weitere Geschehen gilt dies aber nicht: Wäre der eigene Patient des Transplantationschirurgen nicht vor dem benachteiligten Patienten auf die Match-Liste gesetzt worden, dann wäre diesem die Leber angeboten und transplantiert worden. Wäre dem benachteiligten Patienten die Leber transplantiert worden, dann wäre er nicht gestorben. Ist man nun in Übereinstimmung mit der zutreffenden Rechtsprechung der Auffassung, dass beim unechten Unterlassungsdelikt zwischen der Nichtvornahme der gebotenen Handlung und der Rechtsgutsverletzung nur hypothetische Kausalität besteht,¹⁶ dann muss man schon aus Gründen reiner Logik die Ursächlichkeit des Verhaltens in der Fallgruppe der Verhinderung und des Abbruchs ebenfalls verneinen. Dies folgt aus der Transitivität der Kausalrelation.¹⁷

⁹ OLG Braunschweig NStZ 2013, 593 ff.

¹⁰ *Kudlich* NJW 2013, 917, 918 f.

¹¹ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1983), 7/22 f.; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 33; *Denker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 92 ff.; *Puppe* ZStW 92 (1980), 863, 895 ff.

¹² *Roxin*, Festschrift für Engisch (1969), S. 380, 389; *Samson*, Festschrift für Welzel (1974), S. 579, 599; *C. Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, S. 183; *Winter*, Der Abbruch rettender Kausalität, 2000, S. 142.

¹³ Siehe *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 171 ff., 212 ff.; *ders.* in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), StGB, 2013, § 13 Rn. 25; *ders.* JZ 2016, 714, 720 ff.

¹⁴ *Schroth* NStZ 2013, 337, 443.

¹⁵ *Haas* a.a.O. (Fn. 13), S. 140 ff.

¹⁶ BGHSt 6, 1, 20; 37, 106, 126; 48, 77, 93.

¹⁷ *Haas* JZ 2016, 714, 722.

Normativ ist es zwingend, zwischen Ursächlichkeit als tatbestandlicher Voraussetzung von Begehungsdelikten und hypothetischer Kausalität zu unterscheiden. Beim unechten Unterlassungsdelikt wird der Täter gemäß § 13 Abs. 1 StGB nicht dafür bestraft, den tatbestandlichen Erfolg verursacht zu haben, sondern – gerade umgekehrt – dafür, keine Ursache für die Abwendung des Erfolgs gesetzt zu haben. Wäre ein Unterlassen ebenso kausal wie ein aktives Tun, dann wäre nicht verständlich, warum es überhaupt einer Garantenstellung bedürfte. Jedes Unterlassen müsste als rechtswidrig qualifiziert werden, sofern nicht ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund eingreifen würde. Diese Analyse findet ihr Pendant in der Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe. Nicht jede Unterbindung eines Kausalnexus, der ein Rechtsgut vor einer Beschädigung bewahrt hätte, ist rechtswidrig, wie man sich an ganz einfachen Beispielen veranschaulichen kann. Stellt ein Stromlieferant nach wirksamer Kündigung einem Kunden den Strom ab und verdirbt durch den Ausfall von Kühlaggregaten infolgedessen die ihm gehörende gelagerte Ware, ist ungeachtet der Schädigung des Kunden das Verhalten ganz offensichtlich rechtmäßig. Eines Rechtfertigungsgrundes bedarf es nicht. Dasselbe gilt in dem Fall, in dem ein Patient in seinem Eigentum stehende überlebensnotwendige Medikamente einnimmt und dadurch dem Zugriff eines anderen Patienten entzieht, der diese ebenfalls zum Überleben benötigt. Schaltet der Eigentümer eines höhergelegenen Grundstücks seine Berieselungsanlage ab und verdorren dadurch die Blumen des tiefergelegenen Grundstücks, dessen Eigentümer verweist, ¹⁸ handelt es sich ohne Zweifel ebenso wie in den beiden anderen Fällen von vornherein um Rechtsausübung im Sinne von § 903 BGB, die keiner Rechtfertigung bedarf. Eine rechtswidrige Tat scheidet von vornherein aus.

Unterscheidet man hingegen nicht zwischen Ursächlichkeit und hypothetischer Kausalität und behauptet man wie die ganz herrschende Meinung, der Täter verursache in der Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe durch seine Intervention den Taterfolg, gäbe es vorbehaltlich einer Rechtfertigung keine Möglichkeit, die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes zu verneinen. Insbesondere wäre die von der Rechtsprechung nur sporadisch aufgegriffene Lehre von der objektiven Zurechnung, an die das Landgericht (Urteil, S. 403 f.) und die Literatur auch bei der Manipulation der Leberallokation anknüpft, ¹⁹ nicht in der Lage zu erklären, warum der Tatbestand des betreffenden Begehungsdelikts nicht erfüllt ist. Einzig denkbarer Ansatzpunkt für die Qualifizierung des Verhaltens als rechtmäßig wäre, das Vorliegen eines *unerlaubten* Risikos zu verneinen, so dass der Erfolg dem Täter nicht als sein Werk objektiv zurechenbar wäre. Voraussetzung dafür, bestimmte Risiken als erlaubt ausweisen zu können, wäre jedoch, dass sie sich von anderen, als unerlaubt eingestuften Risiken unterscheiden. Identisches kann nicht normativ unterschiedlich bewertet werden. Doch

welche Differenzierungsmöglichkeiten bietet der Risikobegriff? Risiken kann man durch ihren Inhalt, durch ihre Prognosebasis und durch die Höhe der Wahrscheinlichkeit individuieren. Die letzten beiden Parameter kommen als allgemeiner Differenzierungsgrund nicht in Betracht. Die Gesichtspunkte, die in den aufgeführten Beispielfällen die Rechtmäßigkeit des Verhaltens begründen, haben weder etwas mit der Prognosebasis – es werden gemeinhin die dem Täter bekannten oder erkennbaren Umstände herangezogen – noch mit der Höhe der Erfolgswahrscheinlichkeit zu tun. In den oben aufgeführten Beispielfällen kann jeweils unterstellt werden, dass eine Änderung der Prognosebasis die Risikoeinschätzung nicht beeinflusst hätte und dass die Folgen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eingetreten wären.²⁰

Es bleibt daher nur noch der Risikoinhalt als Ansatzpunkt für eine unterschiedliche rechtliche Bewertung übrig. Der Risikoinhalt aber kann ausschließlich durch den Kausalitätsbegriff der Äquivalenztheorie definiert werden, da nach Auffassung der Anhänger der Lehre von der objektiven Zurechnung individualisierenden Kausalitätstheorien, die zwischen Ursache und Bedingung unterscheiden wollen, eine Absage zu erteilen ist.²¹ Der Täter schafft also das Risiko, durch sein Verhalten eine gesetzmäßige Bedingung für den Taterfolg zu setzen. Dass damit der Inhalt des Risikos zutreffend wiedergegeben wird, erschließt sich gleichermaßen durch die Einsicht, dass das Risiko nichts anderes ist als eine Antizipation des späteren Kausalverlaufs. Behauptet man nun mit der ganz herrschenden Meinung, dass auch in der Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs eines rettenden Kausalverlaufs der Täter eine gesetzmäßige Bedingung für den Taterfolg setzt, dann tut er in dieser Fallkonstellation unter Zugrundelegung der juristischen Beschreibung des Geschehens genau dasselbe wie im Normalfall eines Tötungsdelikts. Es wäre daher nach den theoretischen Vorgaben der Lehre von der objektiven Zurechnung überhaupt nicht möglich, im Normalfall das durch sein Verhalten ins Leben gesetzte Risiko als unerlaubt, in der Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs eines rettenden Kausalverlaufs aber unter Umständen als erlaubt zu qualifizieren. Mit Hilfe der Lehre von der objektiven Zurechnung kann also der Konsequenz, bei Anerkennung der Ursächlichkeit zwangsläufig die rechtswidrige Tatbestandserfüllung anerkennen zu müssen, nicht entgangen werden. Auf die logischen Brüche der objektiven Zurechnungslehre, mit einem selbstbezüglichen Risikobegriff zu operieren, kann an dieser Stelle nur noch einmal hingewiesen werden.²²

Wie kann nun aber das tatbestandliche Unrecht in der einschlägigen Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe erklärt werden? Die bloße Kausalität reicht dafür offensichtlich nicht aus. Um eine Antwort zu geben, soll im Folgenden kurz das eigene Modell skizziert werden. Nach hier vertretener Auffassung muss wieder zwischen Ursache und Bedingung unterschieden werden. Das Strafrecht schützt Rechtspositionen, die entweder Privatrechtssubjekten (Individual-

¹⁸ So das wunderbare Beispiel von *Jakobs* a.a.O. (Fn. 11), 7/61.

¹⁹ *Bülte* StV 2013, 753 ff.; *Schroth* NStZ 2013, 437, 443; *Böse* ZIS 2014, 117, 120; *Rissing-van-San* NStZ 2014, 233, 239; *Dannecker/Streng-Baunemann* NStZ 2014, 673, 677 f.; *Verrel* MedR 2014, 464, 467 f.

²⁰ *Haas* JZ 2016, 714, 719 f.

²¹ Vgl. nur *Roxin* a.a.O. (Fn. 11), § 11 Rn. 7.

²² *Haas*, in: Festschrift für Kirchhof, Bd. 2 (2013), S. 1363, 1366 ff.; *ders.* JZ 2016, 714, 720.

rechtsgüter) oder der Allgemeinheit zustehen (Universalrechtsgüter).²³ So schützen die §§ 242 ff., 303 StGB das Eigentum. Aber auch höchstpersönliche Rechtsgüter können als subjektive Rechte begriffen werden, über die man freilich nicht wie Vermögensrechte verfügen kann, und die daher keine Rechtsmacht logisch zweiter Stufe vermitteln. So schützen die §§ 211 ff. StGB das Recht auf Leben und die §§ 223 ff. StGB das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Die Erfüllung des Tatbestandes setzt demnach grundsätzlich (!) voraus, dass der Täter ein Verhalten vollzieht, dem gegenüber der Inhaber der strafrechtlich geschützten Rechtsposition kraft seines Rechts einen Anspruch auf Unterlassung hat. Dies setzt wiederum voraus, dass der Täter auf die Rechtssphäre des Opfers *einwirkt* und dadurch eine Ursache für die Rechtsverletzung setzt. Denn nach § 903 BGB hat der Eigentümer (von Ausnahmen abgesehen) immerhin, aber eben auch nur die Befugnis, andere von jeder *Einwirkung* auf die Sache auszuschließen. Von einer derartigen Befugnis ist entsprechend auch bei anderen, höchstpersönlichen Rechten wie dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit auszugehen. Nicht ausreichend ist es also, dass der Täter irgendeine Bedingung für den späteren Erfolgseintritt setzt. Es wird Zeit, sich von dem Kausaldogma der Äquivalenztheorie zu verabschieden. Die Äquivalenztheorie der Kausalität ist mit der Einteilung unserer Welt in Rechtssphären unvereinbar.²⁴

In der Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe fehlt es an der erforderlichen Einwirkung auf die betroffene Rechtssphäre, so dass der geschädigte Rechtsinhaber allein kraft seines betroffenen Rechts dem Täter nicht verbieten kann, den rettenden Kausalverlauf zu unterbinden. Dies gilt auch im Fall der Manipulation der Leberallokation: Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der benachteiligten Patienten ist daher für sich nicht ausreichend, dem Transplantationsmediziner die Übermittlung der falschen, den MELD-Score erhöhenden Patientendaten an die Vermittlungsstelle Eurotransplant zu verbieten. Dies bedeutet nun nicht, dass damit die Tatbestandserfüllung in dieser Fallkonstellation zwingend ausgeschlossen wäre. Aber es bedarf, da der Zusammenhang von Verhalten und Erfolg in Teilen des Geschehensverlaufs nur durch hypothetische Kausalität vermittelt wird, eines weiteren Grundes, um das Unrecht der Tat zu begründen. Dieser Grund wird erkennbar, wenn man die Parallele zum unechten Unterlassungsdelikt des § 13 Abs. 1 StGB in den Blick nimmt – eine Parallele, die gerade im vorliegenden Fall besonders deutlich hervortritt, weil der Angeklagte den Urteilsausführungen zufolge durch sein Verhalten gerade das *Unterlassen* der Zuteilung des Spenderorgans ausgelöst hat. Beim unechten Unterlassungsdelikt steht das Unterlassen dem Begehen bekanntlich dann gleich, wenn der Unterlassende Garant dafür ist, dass das Opfer keine Rechtsgutsverletzung erleidet. Eine Garantenstellung kann aber als ein strafrechtlich geschütztes absolutes subjektives Recht des Opfers auf Erfolgsabwendung gedeutet werden, das heißt als Zuweisung der Rechtssphäre des Unterlassenden dem Berechtigten gegenüber, sofern diese zur Erfolgsabwendung

erforderlich ist.²⁵ Ist diese Voraussetzung erfüllt, wird der Unterlassende, wenn er die Rechtsgutsverletzung durch Vornahme der gebotenen Handlung abgewendet hätte, so behandelt, als habe er durch aktives Tun die Rechtsgutsverletzung verursacht. In diesem Sinne kann man § 13 Abs. 1 StGB als außerordentliche Zurechnungsfigur deuten.²⁶ Entsprechend kommt es auch in der Fallkonstellation der Verhinderung und des Abbruchs rettender Kausalverläufe darauf an, dass dem Opfer der rettende Kausalverlauf in seiner integritätssichernden Wirkung im Verhältnis zum Täter rechtlich zugewiesen ist. Ist dies der Fall, wird der Täter auch hier so behandelt, als habe er die Rechtsgutsverletzung verursacht, obwohl dies genau genommen faktisch nicht zutrifft.²⁷ Die Richtigkeit dieser Analyse leuchtet auch intuitiv ein, wenn man den oben geschilderten Fall abwandelt, in dem der Patient ein überlebensnotwendiges Medikament einnimmt und dadurch einem anderen Patienten entzieht, der auf das Medikament ebenfalls zum Überleben angewiesen ist. Niemand würde zweifeln, dass es sich um einen Totschlag handelt, wenn der Patient das im Eigentum des anderen Patienten stehende Medikament einnehmen würde.

c) Die Notwendigkeit einer Rechtszuweisung bei der Allokation von Spenderlebern

aa) Die Existenz eines subjektiven Rechts auf Teilhabe an den Organressourcen

Besteht nun die erforderliche rechtliche Zuweisung bei der Verteilung von Spenderlebern? Und wenn ja, worin liegt die rechtliche Zuweisung und wie kann diese begründet werden? Die Ansicht der Kammer, dass dem verdrängten Patienten kein subjektives Recht auf ein Organ im Sinne eines subjektiven Leistungsanspruchs zustehe, sondern lediglich ein derivatives Teilhaberecht am Organverteilungssystem und dass daher die Zuteilungsregeln nicht individuelles Leben, sondern nur allgemein menschliches Leben und die Verteilungsgerechtigkeit schützen würden, entspricht auch der von *Schroth* und *Bülte* vertretenen Auffassung. *Schroth* hat daraus die Schlussfolgerung gezogen, dass durch die Übermittlung falscher Patientendaten nicht in eine gesicherte Rechtsposition auf Gewährleistung einer spezifischen Gesundheitschance eingegriffen werde.²⁸ Und *Bülte* folgert daraus, dass sich der Pflichtverstoß des Angeklagten in der unzulässigen Umverteilung von Lebenschancen erschöpfe und nicht in der Vernichtung von Leben bestehe.²⁹ Darüber hinaus gibt er zu bedenken, dass die Organverteilungsregeln nicht so verstanden werden könnten, als gewährten sie dem Leben eines Menschen vorrangigen Schutz im Verhältnis zum Leben eines anderen Menschen. Ein derartiges Verständnis stünde mit dem Postulat der Lebenswertindifferenz nicht in Einklang. Das Leben selbst sei nicht Gegenstand der Abwägung. Die Zuteilungskriterien wie Dringlichkeit und Erfolgsaussicht würden daher keinen Rechtsgutsbezug aufweisen

²⁵ *Luden*, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, 2. Bd., 1840, S. 239 ff.; *Haas* a.a.O. (Fn. 13), S. 229 ff.

²⁶ *Haas*, in: *Matt/Renzikowski-StGB* (Fn. 13) § 13 Rn. 1.

²⁷ *Haas* a.a.O. (Fn. 13), S. 212 ff.; *ders.* JZ 2016, 714, 720.

²⁸ *Schroth* NSTZ 2014, 437, 443.

²⁹ *Bülte* StV 2013, 753, 756.

²³ *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 65 ff.; ebenso *Renzikowski* GA 2007, 561 ff.

²⁴ *Haas* a.a.O. (Fn. 22), S. 1363, 1371.

und – wie auch die oben wiedergegebene Begründung des Landgerichts ausführt – angesichts der Mangelverwaltung nur rein formaler Natur sein.³⁰ Das Transplantationsrecht gebe mithin keine Sorgfaltsnorm vor, die im konkreten Fall dem Schutz menschlichen Lebens diene. Es fehle folglich am Pflichtwidrigkeitszusammenhang.³¹ Erst wenn das Spenderorgan tatsächlich zugeteilt worden sei und sich auf dem Weg zum Transplantationszentrum befinde, liege gegebenenfalls ein Tötungsdelikt vor.³²

Nun könnte ohnehin die Redeweise von einem derivativen Teilhaberecht am Organverteilungssystem die Interpretation nahelegen, es werde damit ein ausschließlich verfahrensbezogener Partizipationsanspruch formuliert.³³ Allerdings präzisiert das Urteil selbst an mehreren Stellen zutreffend, dass es sich um das Recht auf chancengleiche Teilhabe an dem jeweils zur Verfügung stehenden, stets zu knappen Quantum an Spenderorganen handele (Urteil, S. 345 f., 454). Und schon *Bader*, der ursprüngliche Autor dieser Formulierung, hat klargestellt, gemeint sei damit, dass jeder Patient verlangen könne, bei der staatlichen organisierten Organallokation grundsätzlich gleichberechtigt berücksichtigt und nur nach Maßgabe sachlich begründeter und verhältnismäßiger Differenzierungen übergangen zu werden. Er gelangt zu dem Resultat, dass nach Maßgabe der verfassungsrechtlich zulässigen Allokationskriterien sehr wohl ein subjektives Recht auf ein Spenderorgan bestehe, sofern diese im konkreten Fall die Vermittlung an den Anspruchsinhaber gebieten würden. Nur ein originäres Leistungsrecht in dem Sinne, dass *jeder* bedürftige Patient vom Staat verlangen könne, ein Spenderorgan zur Verfügung zu stellen, soll angesichts der Knappheit an Spenderorganen zu verneinen sein.³⁴

Im Ansatz zutreffend stützt sich die herrschende Meinung in der Literatur zur Begründung des Teilhaberechts zum einen auf die umfassende Schutzpflicht des Staates gegenüber menschlichem Leben,³⁵ die das Bundesverfassungsgericht einerseits aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, andererseits aus der Qualifizierung der Grundrechte als objektive Werteordnung ableitet.³⁶ Dabei hat die Schutzpflicht dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Leben einen Höchstwert der Verfassung darstellt.³⁷ Im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass die Schutzpflicht auf das einzelne ungeborene Leben bezogen sei und nicht nur auf menschliches Leben all-

gemein.³⁸ Dasselbe muss für das geborene menschliche Leben gelten. Die Rechtsansicht des Landgerichts steht dazu im eklatanten Gegensatz. Seine Behauptung, dass nur *allgemein* das menschliche Leben geschützt werde, missachtet des Weiteren den Umstand, dass die Verteilung als solche zunächst einmal keinen Einfluss auf den Schutz des Lebens insgesamt hat. Denn wie auch die Verteilung vorgenommen wird: die Zuweisung eines Spenderorgans an einen Patienten schließt die anderen Patienten aus. Postuliert man, dass das menschliche Leben allgemein geschützt werde, könnte daher nur maßgeblich sein, wie viele Patienten bei Anwendung bestimmter Allokationskriterien gerettet werden würden. Zu präferieren wäre dann ein Zuteilungsmodus, bei dem die Anzahl der erfolgreichen Transplantationen einen maximalen Wert erreichen würde. Ein derartiges utilitaristisches Nutzenkalkül blendet aber die Verteilungsgerechtigkeit schon im Ansatz völlig aus.³⁹

Die Bezogenheit der Schutzpflicht auf das einzelne individuelle Leben macht zudem kenntlich, dass der Grundrechtsberechtigte ein subjektives Recht auf Schutz innehat. Das Bundesverfassungsgericht ist jedoch ungeachtet dessen sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, Ansprüche auf konkrete Leistungen aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht abzuleiten,⁴⁰ worauf die Literatur zutreffend hingewiesen hat.⁴¹ Auch der Nikolausbeschluss des Bundesverfassungsgerichts hilft insoweit nicht weiter. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten *Mindestversorgung* gehöre, wenn der Staat durch das System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit übernehme.⁴² Offen bleibt allerdings bei der Begründung, ob der Anspruch auf Mindestversorgung (primär) auf dem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit durch die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung oder (nur) auf der Schutzpflicht des Staates gründet.

Es ist daher unumgänglich – wie dies in der Literatur auch geschieht⁴³ –, sich gleichermaßen auf die verfassungsrechtlichen Teilhabeanprüche zu stützen. Diese deduziert das Bundesverfassungsgericht aus den betroffenen Grundrechten, dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip, wobei das Bundesverfassungsgericht auch in diesem Bereich wieder in fragwürdiger Weise den objektiv-rechtlichen Charakter der Grundrechte betont.⁴⁴ Das relevante Grundsatzurteil ist die Numerus-Clausus-Entscheidung, in der bekanntlich das Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertre-

³⁰ *Bülte* StV 2013, 753, 756 f.

³¹ *Bülte* StV 2013, 753 ff., 757.

³² *Bülte* StV 2013, 753, 758.

³³ Vgl. nur *Junghans*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 236; *Clement*, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger nach dem Transplantationsgesetz, 2006, S. 129.

³⁴ *Bader* a.a.O. (Fn. 2), S. 296 f.; *Böse* ZIS 2014, 117, 120; *Rissing-van San* NStZ 2014, 233, 242 offenbar ebenso *Junghans*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 236; *Clement* a.a.O. (Fn. 33), S. 127 f.

³⁵ *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2002, S. 37, 65 ff.; *Clement* a.a.O. (Fn. 33), S. 124 ff.; *Bader* a.a.O. (Fn. 2), S. 295 ff.

³⁶ BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 49, 89, 142; 56, 54, 73; 77, 170, 214 f.; 88, 203, 251; 115, 25; 115, 118.

³⁷ BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 115, 118.

³⁸ BVerfGE 88, 203, 251.

³⁹ Vgl. *Bülte* StV 2013, 753, 755.

⁴⁰ BVerfGE 77, 170; BVerfG, NJW 1997, S. 3085; 1998, S. 1775.

⁴¹ *Gutmann/Fateh-Moghadam* a.a.O. (Fn. 35), S. 37, 67; *Schroth* NStZ 2013, 437, 443.

⁴² BVerfGE 115, 25 ff.

⁴³ *Kübler*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, 1976, S. 80 ff., 96 ff.; *Gutmann/Fateh-Moghadam* a.a.O. (Fn. 35), S. 37, 66 ff.; *Clement* a.a.O. (Fn. 33), S. 126 ff.; *Bader* a.a.O. (Fn. 2), S. 297 ff.

⁴⁴ BVerfGE 33, 303, 330 ff.; 43, 291, 313.

ten hat, dass aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip ein Anspruch auf Zutritt zu staatlichen Ausbildungseinrichtungen bzw. ein Recht, an der durch die staatliche Leistung gebotenen Lebenschance gleichberechtigt beteiligt zu werden, folgt. Dies soll insbesondere dann gelten, wenn der Staat für sich ein faktisches, nicht beliebig aufgebbares Monopol in Anspruch nimmt und die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist.⁴⁵ Der Teilhabeanspruch ist somit gleichheits- wie auch freiheitsrechtlich begründet.⁴⁶ Ein derartiges Monopol besteht aufgrund des strafbewehrten Verbots des Organhandels gemäß den §§ 9, 17, 18 TPG nicht nur aus faktischen, sondern sogar aus rechtlichen Gründen.

Führt man beide Stränge der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zusammen, könnte man formulieren, dass der einzelne Patient ein Recht auf den Schutz seines Lebens und seiner körperlichen Integrität durch Teilhabe am Aufkommen an Spenderorganen nach lebenswertindifferenten Gleichheitskriterien hat. Indem der Staat (aus guten Gründen!) den freien Handel mit Organen verbietet, greift er – wie das Bundesverfassungsgericht selbst annimmt⁴⁷ –, in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ein, weil er damit zurechenbar verhindert, dass der bedürftige Patient selbst seine Integritätsinteressen durch den Erwerb eines Spenderorgans wahren kann. Dieser Eingriff ist nur dann verhältnismäßig, wenn der Staat – gewissermaßen als Kompensation – dem bedürftigen Patienten zum Schutz seines Lebens und seiner körperlichen Integrität ein Teilhaberecht am Spenderorganaufkommen zuerkennt. Mit dem Sozialstaatsprinzip hat dieser Schutzanspruch genau genommen nichts zu tun. Nur vordergründig geht es um den status activus der Grundrechte. Die Rechtsordnung müsste daher an sich Rechtsschutzmöglichkeiten potentiell Betroffener gegenüber Vergabeentscheidungen von Eurotransplant gewähren. In der Literatur wird daher der Vorwurf eines verfassungswidrigen Rechtsschutzdefizits erhoben.⁴⁸ Dieser Punkt bedarf allerdings hier keiner weiteren Vertiefung.

Der Standpunkt des Landgerichts und von *Bülte*, dass die Zuteilungsregeln nur der Verwirklichung formaler Verteilungsgerechtigkeit dienen würden, ist daher abzulehnen. *Böse* hat zu Recht die Frage aufgeworfen, ob angesichts des Postulats der Gleichwertigkeit allen Lebens überhaupt noch Raum für eine verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltung der Organallokation bestünde. Dass der durch die Verfassung gewährte Spielraum für die Verteilungsmodi davon abhängt, ob die entsprechenden Regeln dem Schutz individuellen Lebens oder der Verteilungsgerechtigkeit dienen würden, sei eher unplausibel.⁴⁹ In der Tat ist die Annahme – von der *Bülte* aber offenbar ausgeht – verfehlt, dass die Anerkennung des Zwecks, *individuelles*

Leben zu schützen, die Ablehnung des Postulats der Lebenswertgleichheit impliziert. Sowohl das Kriterium der Dringlichkeit wie auch das Kriterium der Erfolgsaussicht sind jedoch nur insoweit verfassungsrechtlich haltbar, als sie mit dem Postulat der Gleichwertigkeit allen Lebens vereinbar sind. Gelangen die im Einklang mit dem Gleichheitsgrundsatz stehenden Allokationsregeln zu dem Ergebnis, dass einem bestimmten Patienten ein Spenderorgan zuzuteilen ist, so hat daher dieser Patient aufgrund der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht ein Anspruch auf dieses Spenderorgan, ohne dass das Leben der nachrangig berücksichtigten Patienten deswegen als minderwertig qualifiziert wird. Und umgekehrt: Wären die Allokationskriterien mit dem Postulat der Gleichwertigkeit allen Lebens nicht zu vereinbaren, wäre ihre Verfassungsmäßigkeit auch nicht dadurch zu retten, dass man ihren Zweck darauf zurückstutzt, unter Preisgabe des Rechtsgutsbezugs rein formale Verteilungsgerechtigkeit zu gewährleisten. Die Allokationsregeln müssen der Schutzpflicht des Staates Rechnung tragen. Diese leitet sich aber auch aus den betroffenen Grundrechten des Bürgers ab, so dass die Legitimation der Verteilungsrichtlinien die Konsequenzen für das Leben des einzelnen Rechtsgutsträgers berücksichtigen muss. Insbesondere verträgt sich die angebliche Formalität der Verteilungsregeln nicht mit der Herleitung ihrer Notwendigkeit auch aus der Menschenwürde, auf die nicht nur – wie oben dargestellt – das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Schutzpflichten, sondern ebenso *Bülte* verweist.⁵⁰

Zudem trägt der Vergleich von *Bülte* mit der rechtfertigenden Pflichtenkollision in extremen Notsituationen nicht.⁵¹ Eine rechtfertigende Pflichtenkollision greift richtigerweise nur dann ein, wenn beide Pflichten gleichwertig sind, was zum Beispiel nur dann der Fall ist, wenn der Täter bezüglich des Lebens *aller* betroffenen Rechtsgutsträger Garant im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB ist. Unter dieser Voraussetzung sind jedoch alle Berechtigten schon Inhaber einer Rechtsposition, die nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt der Vereinbarkeit mit entsprechenden Rechtspositionen Dritter steht. Dieser Umstand könnte *möglicherweise* dazu führen, dass das Recht auf Erfolgsabwendung eines Berechtigten auch dann Bestand hat (mit der Folge eines rechtlichen Dilemmas), wenn die Gefahr einer Rechtsguttschädigung oder die Wahrscheinlichkeit ihrer Abwendung bei einem anderen Berechtigten in (etwas) höherem Maße vorhanden sind. Bei der Organallokation entsteht hingegen die konkrete Rechtsposition erst unter Berücksichtigung lebenswertindifferenten Gleichheitskriterien aufgrund eines Vergleichs mit der Situation und Lage anderweitig Betroffener. Im Übrigen – dies sei der Vollständigkeit halber hinzugefügt – geht es bei der kontroversen Rechtsfrage nicht um die Existenz einer entsprechenden Sorgfaltsnorm.⁵² Sorgfaltsnormen haben den Zweck, den Normadressaten zu befähigen, die Verwirklichung des objektiven Unrechts, also des Zurechnungsgegenstandes, zu vermeiden. Folglich geht es auch nicht um das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, der eine spezifische Beziehung von Zurechnungs-

⁴⁵ BVerfGE 33, 303, 330 ff.

⁴⁶ Zu diesem Punkt *Gutmann/Fateh-Moghadam* a.a.O. (Fn. 35), S. 37, 66 ff.; *Bader* a.a.O. (Fn. 2), S. 297 ff.

⁴⁷ BVerfG NJW 1999, 3399 ff.

⁴⁸ *Höfling*, in: *Höfling* (Hrsg.), TPG Kommentar, 2. Aufl. (2013), § 12 Rn. 63 ff.

⁴⁹ *Böse* ZIS 2014, 117, 120.

⁵⁰ *Bülte* StV 2013, 753, 755; überzeugend demgegenüber *Rissing-van Saan* NSTz 2014, 233, 240.

⁵¹ *Bülte* StV 2013, 753, 756 f.

⁵² A.A. auch *Rissing-van Saan* NSTz 2014, 233, 240.

gegenstand und Zurechnungsgrund fordert.⁵³ Die Debatte im hier zur Diskussion stehenden Manipulationsskandal betrifft allein den Zurechnungsgegenstand. Die richtige Zuordnung des Streitpunkts hat freilich – soweit ersichtlich – keinen Einfluss auf die Beurteilung in der Sache selbst.

Schroth hat argumentiert, dass das derivative Teilhaberecht noch kein Recht einer konkreten Person auf ein Spenderorgan begründe, weil die Möglichkeit bestehe, das betreffende Spenderorgan im Wege des beschleunigten Verfahrens einem Schwerverkranken zuzuteilen.⁵⁴ Selbst in Anbetracht der Tatsache, dass offenbar eine Vielzahl von Spenderorganen auf diesem Wege vermittelt werden, schließt das beschleunigte Verfahren die Existenz einer Rechtsposition jedoch nicht aus, weil das Verfahren nur dann zur Anwendung kommt, wenn aufgrund logistischer oder organisatorischer Gründe (zum Beispiel schlechte Wetterverhältnisse, fehlendes Personal oder fehlende Sachmittel wie freie Operationssäle) oder aufgrund medizinischer Erfordernisse (zum Beispiel Kreislaufinstabilität des Organspenders) eine möglichst zeit- und ortsnahe Transplantation gefordert ist.⁵⁵ Es geht also von vornherein um Fälle, in denen im Standardverfahren eine medizinisch erfolgreiche Vermittlung von Spenderorganen konkret gefährdet wäre. Die hohe Zahl beschleunigter Verfahren erklärt sich daraus, dass angebotene Spenderorgane vielfach abgelehnt werden. Dem beschleunigten Verfahren geht aber in diesen Fällen das Standardverfahren voraus.

Ebenso wenig wird die Existenz eines Zuteilungsanspruchs dadurch ausgeschlossen, dass die Reihenfolge der Patienten auf der Match-Liste nicht ausnahmslos der tatsächlichen Dringlichkeit einer Organtransplantation entspricht. Um eine effiziente wie gleichermaßen transparente Vermittlung von Spenderorganen zu gewährleisten, ist es der rechtssetzenden Instanz unbenommen, an objektive Kriterien anzuknüpfen, die durch einen Algorithmus aufgegriffen und verarbeitet werden können. Eine umfassende klinische Diagnose mag zwar bestimmte, vom Landgericht aufgeführte Verfälschungsfaktoren ausschließen. Ihre unbestritten subjektive Komponente macht sie jedoch untauglich, in eine statistische Größe übersetzt zu werden, die sie erst mit anderen Fällen numerisch vergleichbar macht. Man wird der rechtssetzenden Instanz einen Gestaltungsspielraum bei Etablierung eines derartigen Verteilungssystems zuzugestehen haben. Die einzige Konsequenz der Anerkennung eines derartigen Gestaltungsspielraums besteht darin, dass der verfassungsrechtliche Schutzanspruch sich erst auf einfachrechtlicher Ebene zu einer hinreichend starken Rechtsposition konkretisiert, die strafrechtlich anknüpfungsfähig ist.

bb) Die Relativität oder Absolutheit des Teilhabeanpruchs

Es stellt sich das weitere Problem, dass der rettende Kausalverlauf dem Opfer *im Verhältnis zum Täter* rechtlich zugeordnet sein muss. Das heißt, dass der Verletzte eine

Rechtsposition innehaben muss, kraft derer er *dem Täter* die Verhinderung und den Abbruch des rettenden Kausalverkaufs verbieten kann. Man könnte überlegen, ob nicht der Anspruch des Patienten mit dem objektiv höchsten MELD-Score auf Zuweisung des Spenderorgans lediglich ein relatives Recht ist, das nicht erga omnes, sondern ausschließlich inter partes im Innenverhältnis zu Eurotransplant als Vergabestelle besteht und daher ausschließlich nur Eurotransplant als Vergabestelle bindet. Ob die sogenannte Relativität von Schuldverhältnissen ausschließlich auf Verkehrsschutzaspekten beruht⁵⁶ oder auf dem Umstand, dass der Verpflichtungsgrund ausschließlich in der Person des Schuldners begründet und zwischen Verpflichtung und ihrer Erfüllung – zum Beispiel durch Übereignung und Übergabe einer Sache mit der Folge einer Änderung ihrer absoluten Zuordnung – schon aus logischen Gründen zu unterscheiden ist, muss hier nicht geklärt werden. Denn nichts spricht dafür, dass in der vorliegenden Fallkonstellation lediglich ein relatives Recht tangiert ist. Würde man den Zuweisungsanspruch des Patienten mit dem objektiv höchsten MELD-Score lediglich als relatives Leistungsrecht gegenüber Eurotransplant einordnen, hätte dies die Konsequenz, dass anderen die Verpflichtung von Eurotransplant als Schuldner grundsätzlich nichts angehen würde.⁵⁷ Eine deliktische Haftung wäre insoweit sowohl nach § 823 BGB wie auch § 826 BGB ausgeschlossen.⁵⁸ Nun verdankt sich jedoch gerade das Recht auf Zuweisung des Spenderorgans der Anwendung von Gleichheitskriterien, die den normativen Vorrang von Patienten mit einem höheren gegenüber Patienten mit einem niedrigeren MELD-Score begründen. Alle anderen Personen müssen die Zuweisung des Spenderorgans an den Patienten mit dem objektiv höchsten MELD-Score gegen sich gelten lassen. Die Zuweisung weist somit von vornherein einen normativen Drittbezug auf. Juristisch wird man diese Zuweisung als eine auf einer entsprechenden Widmung beruhende öffentlich-rechtlich begründete Dienstbarkeit konstruieren können.⁵⁹ Diese Widmung beruht ihrerseits auf den Rechtssätzen der Verfassung, des Transplantationsgesetzes und den Richtlinien der Bundesärztekammer. Kraft der Widmung hat der Berechtigte das absolute Recht, dass Eurotransplant das Spenderorgan an ihn vermittelt. Durch eine Täuschung von Eurotransplant über die entscheidungserheblichen Patientendaten wird in dieses Recht eingegriffen.

Aber selbst wenn man den Anspruch gegenüber Eurotransplant lediglich als relatives Leistungsrecht im Sinne einer schuldrechtlichen Beziehung inter partes deuten würde, das Spenderorgan dem Berechtigten zur Transplantation zur Verfügung zu stellen, wäre zu beachten, dass unter besonderen Umständen auch die Vereitelung fremder Ansprüche – gedacht wird in erster Linie an vertragliche Leistungsansprüche – eine deliktische Haftung nach § 826 BGB auslösen kann. Dies soll unter

⁵⁶ So Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung*, 2016, S. 12 ff., 48 f.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 1981, 2184, 2185; 1992, 2152, 2153.

⁵⁸ Wagner, in: Säcker et al. (Hrsg.), *MK-BGB*, 6. Aufl. (2013), § 826 Rn. 59.

⁵⁹ Vgl. generell zur Dogmatik öffentlicher Sachen Papier, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. (2016), § 38 Rn. 18.

⁵³ Siehe dazu Haas GA 2015, 86, 92 ff.

⁵⁴ Schroth NStZ 2013, 437, 443.

⁵⁵ Vgl. Schroth NStZ 2013, 437, 439 f.

anderem dann der Fall sein, wenn der Dritte den Schuldner zum Vertragsbruch verleitet, insbesondere durch Freistellung von Ersatzansprüchen des Gläubigers. In diesem Fall soll im Verhalten des Dritten ein besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Betroffenen, ein Mangel an Loyalität im Rechtsverkehr hervortreten.⁶⁰ Die positive Kenntnis der vertraglichen Bindung wird von der ganz herrschenden Meinung nicht für ausreichend gehalten.⁶¹ Die rechtliche Problematik ähnelt derjenigen bei der Beihilfe nach § 27 StGB. Denn auch hier gilt, dass zunächst einmal nur der Täter selbst die strafrechtlich geschützte Rechtsposition verletzt und Unrecht begeht. Aufgrund der Trennung der Freiheitssphären muss man sich grundsätzlich nicht darum kümmern, ob eine andere Person an das eigene Verhalten deliktisch anschließt. Eine unrechtmäßige Beihilfehandlung liegt daher nur dann vor, wenn das Verhalten des präsumtiven Teilnehmers in der konkreten Tatsituation aufgrund des äußeren sozialen Kontextes nur so verstanden werden kann, als habe sein Verhalten die Funktion, die Haupttat zu fördern. Es bedarf einer deliktischen Anpassung, durch die sich der präsumtive Teilnehmer mit der Begehung der Haupttat solidarisiert. Der Unrechtsbegründung liegen dabei ähnliche Erwägungen zugrunde wie bei § 226 BGB oder teilweise bei § 826 BGB. Der Geschädigte hat unter diesen Voraussetzungen einen Anspruch, dass ein derartiges Verhalten unterbleibt; seine Rechtssphäre wird entsprechend erweitert.⁶² In der vorliegenden Fallkonstellation fordert schon das Rechtsgefühl, dass die Manipulation der Patientendaten im Hinblick auf die daraus resultierenden Folgen von der Rechtsordnung nicht toleriert werden kann. Zwar hat der Angeklagte Eurotransplant nicht dazu verleitet, den Anspruch des Patienten mit dem objektiv höchsten MELD-Score vorsätzlich zu missachten. Er hat aber bei Eurotransplant einen Irrtum hervorgerufen, der zu einer unwissentlichen Verletzung des Zuweisungsanspruchs geführt hat. Der Angeklagte kann dabei auch nur das Ziel verfolgt haben, die Berechtigung eines etwaig vorrangig zu berücksichtigenden Patienten zu unterlaufen. Der an sich berechtigte Patient hat daher einen Anspruch auf Unterlassen derartiger Manipulationen seitens des Angeklagten. Die Verletzung dieses Anspruchs begründet die Möglichkeit einer deliktischen Haftung des Angeklagten, aber auch einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

Akzeptiert man die Prämisse, dass der Staat bei der Allokation von Spenderlebern eine Schutzpflicht zugunsten des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der einzelnen Patienten wahrnimmt, kann das Vorliegen eines Zurechnungsgegenstandes im Sinne eines Tötungsdelikts auch durch folgenden Rechtssatz begründet werden: Greift der Täter in die Rechtssphäre einer Person ein, die sich dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Opfers an der Wahrung seiner Integritätsinteressen unterordnet und sich stellvertretend dem Opfer dienstbar macht, wird der Täter so behandelt, als habe er unmittelbar in die Rechtssphäre des Opfers eingegrif-

fen.⁶³ Es reicht daher wie zum Beispiel in den zivilrechtlichen Stromkabelfällen nicht aus, dass die betreffende Person dem Opfer vertraglich eine Leistung – wie die Lieferung von Strom – schuldet, die die Integrität der Rechtsgüter des Opfers faktisch sichert, ohne dass diese integritätssichernde Wirkung vertraglich geschuldet ist. Denn in diesem Fall ist die Sicherung der Integrität der betroffenen Rechtsgüter ein reiner Reflex. Grundlage dieser rechtlichen Sichtweise ist eine *Verhaltenszurechnung kraft Repräsentation*, die in ganz ähnlicher Art und Weise, wenn auch unter strengeren Voraussetzungen im Rahmen der strafrechtlichen Beteiligungslehre statuiert wird. Das heißt, es wird im Wege einer Rechtsfiktion unterstellt, dass es das Opfer als Vertreter gewesen ist, das versucht hat, sich selbst zu retten, obwohl es de facto die andere Person gewesen ist. Der Eingriff ist daher rechtlich als Eingriff in die Rechtssphäre des Opfers zu erfassen.⁶⁴ Von praktischer Relevanz ist dieser Rechtssatz vor allem dann, wenn der rettungswillige Dritter kein Garant ist. Die Voraussetzungen dieses Rechtssatzes wären in der vorliegenden Fallkonstellation erfüllt, weil Eurotransplant aufgrund der vertraglichen Bindungen mit dem Willen handelt, das Spenderorgan an den Patienten mit dem höchsten MELD-Score im Interesse der Wahrung von dessen körperlicher Integrität zuzuteilen und damit die staatliche Schutzpflicht zu erfüllen. Durch die Übermittlung falscher Patientendaten wird dieser Wille unterminiert.

cc) Die Verfassungswidrigkeit der Allokationsregeln des Transplantationsgesetzes und der Richtlinien der Bundesärztekammer

Ob und inwieweit die Allokationsregeln verfassungswidrig sind oder nicht, kann hier nicht näher geprüft werden. Überzeugend ist ungeachtet dessen der auch vom Landgericht vertretene Standpunkt, dass durch die Übermittlung falscher Patientendaten kein Tötungsunrecht begründet wird, wenn mit dieser Tathandlung lediglich die mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbare und daher materiell verfassungswidrige Benachteiligung des eigenen Patienten verhindert wird.⁶⁵ Als verfassungsrechtlich problematisch wird im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt auch die Regelung des § 12 Abs. 3 TPG eingestuft.⁶⁶ Insoweit ist es maßgeblich, ob trotz der möglichen formellen Verfassungswidrigkeit die Rechtsregeln des Transplantationsgesetzes gültig sind oder nicht.⁶⁷

dd) Rechtszuweisungsgrund und Art. 103 II GG

Von *Verrel* ist die Ansicht vertreten worden, dass die Einhaltung der Richtlinien für die Zuteilung von Spenderorganen nicht durch die Tötungstatbestände strafrechtlich abgesichert seien – eine These, die im Rahmen

⁶⁰ BGH NJW 1981, 2184, 285; ebenso BGH NJW 1992, 2153, 2153, bezüglich sonstiger schuldrechtlicher Ansprüche.

⁶¹ Anderer Auffassung *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, S. 74 ff., 198 ff., der die Kenntnis des Dritten vom Leistungsanspruch genügen lässt.

⁶² Siehe zum Ganzen *Haas* a.a.O. (Fn. 23), S. 134 ff.

⁶³ Vgl. auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 134, der übereinstimmend meint, dass der im Interesse des Opfers angelegte Einsatz diesem zugeordnet sei.

⁶⁴ Siehe *Haas* a.a.O. (Fn. 13), S. 221 ff.; *ders.* in: *Matt/Renzikowski-StGB* (Fn. 13) § 13 Rn. 22.

⁶⁵ So grundlegend *Dannecker/Streng-Baunemann* NStZ 2014, 673 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu *Höfling*, in: *TPG* (Fn. 48), § 12 Rn. 58 ff.

⁶⁷ Siehe *Böse* ZIS 2014, 117, 121; *Verrel* MedR 2014, 464, 467.

der objektiven Zurechnung Berücksichtigung finden soll. Verstöße gegen die Verteilungsrichtlinien, die zu einer Umverteilung des Sterberisikos unter den Wartelistenpatienten führen könnten, seien nicht vom Schutzzweck der Tötungstatbestände erfasst. Es erscheine zweifelhaft, die durch die Allokationskriterien austarierte Verteilungsgerechtigkeit bei der Vergabe von Rettungschancen schon weit im Vorfeld einer konkreten Organtransplantation durch ein so scharfes Schwert wie die Tötungsdelikte zu schützen.⁶⁸ Nun ist die Kategorie des Schutzzwecks in ihrer Anwendung auf Straftatbestände dem Verdacht der Zirkularität ausgesetzt, weil man prima facie zu behaupten geneigt ist, dass sich die Antwort, wovon der jeweilige Straftatbestand schützt, aus seinen Tatbestandsmerkmalen ergibt. Die herrschende Meinung könnte jedoch auf die Notwendigkeit verweisen, dass das vom Täter geschaffene Risiko als Voraussetzung der objektiven Zurechnung unerlaubt sein muss. Denn nach den Konstruktionsvorgaben dieser Theorie soll sich die Unerlaubtheit des Risikos unter anderem aus dem Verstoß gegen Rechtsnormen, die dem Tatbestand vorgelagert sind, ergeben – wie zum Beispiel Verkehrsvorschriften. Die Bezugnahme auf derartige vorgelagerte Rechtsnormen erfolgt von vornherein unter kriminalpolitischen Vorgaben und bestimmt die Reichweite des Tatbestands.⁶⁹ Entsprechend wäre auch in der hier zur Diskussion stehenden Fallkonstellation darüber zu entscheiden, ob der Verstoß gegen die Vergaberegeln zur Erfüllung des § 212 StGB führen *soll*. Durch diese Auffassung mutiert der betreffende Tatbestand freilich zu einem halboffenen Schema, das erst durch den Rechtsanwender vervollständigt wird. Dies ist im Hinblick auf den im Strafrecht geltenden strikten Gesetzesvorbehalt fragwürdig. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Täter bei § 212 StGB ohnehin nicht wegen Verstoßes gegen sonstige Vorschriften, sondern wegen Übertretung des Tötungsverbots verurteilt wird. Auf die prinzipiellen Bedenken gegenüber der objektiven Zurechnungslehre, die von der Rechtsprechung bis heute als solche nicht adaptiert worden ist, wurde schon oben aufmerksam gemacht.

Nach hier vertretener Lehre stellt sich das Problem etwas anders dar: Wie oben dargelegt, bedarf es im Fall der Unterbindung eines rettenden Kausalverlaufs ebenso wie beim unechten Unterlassungsdelikt eines Grundes, warum die hypothetische Kausalität dem Fall eines unmittelbaren Eingriffs in die Rechtssphäre des Opfers, durch den der Täter die Rechtsgutsschädigung verursacht, gleichgestellt werden kann. Das Recht auf Leben kann für sich daher allein die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den etwaig durch die Übermittlung falscher Patientendaten bedingten Tod des zurückgesetzten Patienten nicht erklären. In diesem Sinne ist Verrel beizupflichten, dass das Leben nur das mittelbar betroffene Rechtsgut ist.⁷⁰ Eine § 13 Abs. 1 StGB entsprechende Gleichstellungsregelung fehlt jedoch im Strafgesetzbuch. Man wird aber wohl sagen können, dass eine gesetzliche Vorschrift im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG dann entbehrlich ist, wenn die die Gleichstellung legitimierende Rechtsposition, in die der Täter unmittelbar eingegriffen hat, für sich schon strafrechtlich bewehrt wird, wie dies zum Beispiel

beim Eigentum durch die §§ 242, 246, 248b, 303 StGB umfassend geschehen ist. So ist – um einen der oben aufgeführten Beispielfälle aufzugreifen – die Annahme, dass derjenige, der dem Opfer die diesem gehörenden überlebensnotwendigen Medikamente entzieht, um sein eigenes Überleben zu sichern, den Tatbestand des § 212 StGB verwirklicht hat, bezüglich Art. 103 Abs. 2 GG offenbar unproblematisch. Denn der strafrechtliche Schutz des Eigentums durch die §§ 242, 246, 248b, 303 StGB dient gerade dem Schutz der durch das Eigentum gewährten Dispositionsfreiheit (vgl. § 903 BGB), die dahingehend ausgeübt werden kann, die Sache in den Grenzen des anerkannten Zuweisungsgehalts dem eigenen Überleben zu widmen. Sämtliche normativen Anknüpfungspunkte für die Begründung des Tötungsrechts genügen dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG.

Und wie ist die vorliegende Fallkonstellation zu beurteilen? Der Gesetzgeber hat durch Artikel 5d des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung (KVBeitrSchG), das am 15. Juli 2013 verabschiedet und am 1. August 2013 in Kraft getreten ist, § 19 Abs. 2a in das Transplantationsgesetz eingefügt. Demnach wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer absichtlich entgegen § 10 Abs. 3 S. 1 TPG den Gesundheitszustand eines Patienten erhebt, dokumentiert oder übermittelt. Zweck der Strafbestimmung ist es, das Vertrauen in ein gerechtes Verteilungssystem zurückzugewinnen und zu stärken.⁷¹ Man kann daher aufgrund des geschützten Rechtsguts nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass § 19 Abs. 2a TPG eine Sperrwirkung bezüglich § 212 StGB ausübt, die ebenso das Landgericht zu Recht verneint hat (Urteil, S. 388). Aus diesem Grund belegt auch die niedrige Strafdrohung des § 19 Abs. 2a TPG nicht, dass die Manipulation von Patientendaten kein Tötungsdelikt begründet.⁷² Vielmehr handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der weder einen Tötungserfolg noch einen Tötungsvorsatz verlangt. Umgekehrt ist jedoch aufgrund des geschützten Rechtsguts fraglich, ob der Tatbestand eine taugliche Gleichstellungsgrundlage bietet. Es wird eben nicht das individuelle Zuweisungsrecht, sondern ein Universalrechtsgut geschützt. Bezüglich des hier zur Diskussion stehenden Falles kann die Antwort allerdings dahinstehen, weil § 19 Abs. 2a TPG ohnehin nicht rückwirkend auf den Göttinger Transplantationskandal angewendet werden kann. Eine Gleichstellungsgrundlage wäre aber gleichwohl gefunden, wenn man aufgrund der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht Eurotransplant als Beschützergarant im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB qualifizieren würde. Dafür sprächen die Begründung der Verantwortlichkeit des Staates, die der Garantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme strukturell ähnelt, sowie die Parallele zur Schutzpflicht der Polizei.⁷³ Ebenso wenig bedürfte es wohl einer weiteren Gleichstellungsgrundlage, wenn man auf eine Verhaltenszurechnung kraft Repräsentation zurückgreifen würde, weil diese Regeln der Verhaltenszurechnung auch den §§ 25, 26 StGB zugrunde liegen, also strafrechtlich anerkannt sind. Schwieriger ist die Beurteilung der Rechtslage, wenn man den Leis-

⁶⁸ Verrel MedR 2014, 464, 467 f.

⁶⁹ Siehe nur Roxin a.a.O. (Fn 11), § 11 Rn. 44 ff.

⁷⁰ Verrel MedR 2014, 464, 468.

⁷¹ BT-Drs 17/13947, S. 40 f.

⁷² So aber Verrel MedR 2014, 464, 469.

⁷³ BGHSt 38, 388 ff.

tungsanspruch nur als relatives Recht qualifizieren würde.⁷⁴ Doch entspricht dies ohnehin nicht der hier vertretenen Auffassung.

2. Die Erfüllung der Voraussetzungen des *dolus eventualis* als Zurechnungsgrund

Schließlich können auch die Ausführungen der Kammer zum bedingten Vorsatz nicht überzeugen. Zunächst ist es widersprüchlich, dass das Landgericht annimmt, der Angeklagte habe als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt, dass der erstverdrängte Patient im Falle der Manipulation das transplantierte Organ nicht erhalten werde und deshalb hätte versterben, mit dem Spenderorgan aber hätte überleben können, zugleich aber davon ausgeht, der Angeklagte habe auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut. Zuzugeben ist, dass die neuere Rechtsprechung, die auf das Billigen des Erfolgsintritts im Rechtssinne abstellt,⁷⁵ suggeriert, es handele sich bei dem Erkennen und dem Nicht-Vertrauen um ein zwei unterscheidbare Komponenten des *dolus eventualis*: das intellektuelle und das voluntative Element des Vorsatzes. Es stellt sich jedoch unweigerlich die Frage, ob man noch auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut, wenn man erkannt hat, dass die nicht fernliegende Möglichkeit seines Eintritts besteht. Die Antwort kann nur verneinend ausfallen. Dem betreffenden Täter bleibt nur die bloße, nach der neueren Rechtsprechung aber völlig irrelevante Hoffnung, der Erfolg möge ausbleiben. Entscheidend kann daher allein sein, ob das Gefahrbewusstsein in die Willensbildung eingeht, das heißt, ob der Täter die Möglichkeit des Erfolgsintritts bei seiner Entscheidung einkalkuliert oder ob er die Möglichkeit des Erfolgsintritts bei seiner Entscheidung ausblendet und verdrängt.⁷⁶ Dies entspricht ebenso der Ansicht der Möglichkeitstheorie.⁷⁷ Nichts anderes sagt aber genau genommen auch die Ernstnahmetheorie.⁷⁸ Reicht das Billigen im Rechtssinne, wird das voluntative Vorsatzelement beim bedingten Vorsatz also abgeschafft. Das Sich-Abfinden mit dem Erfolgsintritt liegt schon in dem Rechnen mit dem Erfolgsintritt. Das Landgericht hätte daher Feststellungen treffen müssen, ob der Angeklagte das Gefahrbewusstsein im Moment der Tathandlung irrational verdrängt hat oder nicht. Dazu fehlen jedoch Ausführungen. Die Motive des Handelns geben über diesen Umstand keinen Aufschluss.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, ist es genau genommen unmöglich, wie *Schroth* die Möglichkeit eines bedingten Gefährdungsvorsatzes zu bejahen, einen bedingten Verletzungsvorsatz jedoch zu verneinen.⁷⁹ Was die tatsächlichen Voraussetzungen des bedingten Tötungsvorsatzes anbelangt, so hat insbesondere *Verrel* die Argumentation des OLG Braunschweig⁸⁰ aufgegriffen,

dass die Sorge um das Wohl des eigenen Patienten den Tötungsvorsatz als dessen Kehrseite begründe.⁸¹ Man darf aber nicht außer Acht lassen, dass der Vorteil des eigenen Patienten möglicherweise darin besteht, *mehrere* Ränge auf der Match-Liste emporzusteigen, während sich der Nachteil des je einzelnen zurückgesetzten Patienten darin erschöpft, einen *einzig*en Rang auf der Match-Liste abzurutschen. Bis auf diese Abweichung ist das Argument gleichwohl schlüssig.

Nicht mehr nachvollziehbar ist es, wenn die Kammer sogar behauptet, dass der Täter auf den guten Ausgang habe vertrauen *dürfen*. Dies steht nicht im Einklang damit, dass die Kammer nicht im Falle des erstverdrängten Patienten, sondern nur im Falle der nachfolgend verdrängten Patienten den Kausalverlauf für nicht mehr vorhersehbar gehalten und daher die objektive Zurechnung verneint hat. Im Grundsatz gehen die Bedenken auf *Kudlich* zurück, der auf die Unübersichtlichkeit bzw. Unbeherrschbarkeit dieser weitreichenden Geschehensverläufe aufmerksam gemacht hat.⁸² Allerdings steht die Annahme fehlender Vorhersehbarkeit bezüglich *sämtlicher* nachfolgend verdrängter Patienten ohnehin auf tönernen Füßen. Es ist nämlich zu bedenken, dass sich ihre Betroffenheit allein schon aus dem nicht unwahrscheinlichen Umstand ergibt, dass der Transplantationschirurg des erstverdrängten Patienten das Spenderorgan – unterstellt, der Angeklagte hätte nicht über die Befindlichkeit des eigenen Patienten getäuscht und dieser wäre daher nicht auf der Match-Liste weiter oben platziert worden – abgelehnt hätte. Warum man mit einem derartigen Geschehensablauf nicht soll rechnen müssen, bleibt unerfindlich.⁸³ Lediglich bei Patienten, die weiter hinten auf der Match-Liste registriert sind, könnte man argumentieren, dass die Zuweisung im Standardverfahren so unwahrscheinlich ist, dass das derivative Teilhaberecht sich als Hülle ohne Inhalt erweist, die Vermeidung des Todes also fernliegend ist. Nimmt der Angeklagte in Kauf, dass irgendeiner der zurückgesetzten Patienten aufgrund der Manipulation verstirbt, liegt ein Fall des *dolus alternativus* vor. Die Individualisierung der Patienten durch ihre Eigenschaft, aufgrund ihres MELD-Score listenberechtigt zu sein, ist dabei völlig ausreichend.

Verrel thematisiert noch ein weiteres Rechtsproblem, das die Kammer nicht aufgegriffen hat: das Kongruenzerfordernis zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand. Scheitert die Feststellung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Manipulation und Erfolg an dem fehlenden Nachweis der hinreichenden Rettungswahrscheinlichkeit, schein es unangebracht zu sein, den Täter, der die tatsächlichen Umstände kenne, also eine mit den objektiven Faktoren übereinstimmende Vorstellung habe, Tötungsvorsatz zu attestieren und ihn wegen Versuchs zu bestrafen. *Verrel* lehnt jedoch zu Recht diesen möglichen Einwand mit dem Argument ab, dass er die Beweisschwierigkeiten mit den begrifflichen Elementen des Vorsatzes vermenge.⁸⁴ In der Tat: Der Täter muss es lediglich für möglich halten, dass bei Verzicht auf die

⁷⁴ Vgl. *Haas* a.a.O. (Fn. 13), S. 267 f.

⁷⁵ BGHSt 7, 363 ff.

⁷⁶ Vgl. schon *Stratenwerth* ZStW 71 (1959), 56 ff.; *Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2009), § 7 Rn. 60; *Frister*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2015), 11/21 ff.

⁷⁷ *Schröder*, Festschrift für Sauer (1949), S. 237, 245; *Schmidhäuser* GA 1957, 305, 310 ff.

⁷⁸ Vgl. *Roxin* a.a.O. (Fn. 11), § 12 Rn. 23.

⁷⁹ *Schroth* NSTZ 2013, 437, 442.

⁸⁰ OLG Braunschweig NSTZ 2013, 593, 595.

⁸¹ *Verrel* MedR 2014, 464, 466; ebenso *Krüger* HRRS 2016, 148, 154; vgl. auch *Böse* ZIS 2014, 117, 119.

⁸² *Kudlich* NJW 2013, 917, 918.

⁸³ *Böse* ZIS 2013, 117, 119.

⁸⁴ *Verrel* MedR 2014, 464, 467.

Manipulation der Patientendaten der Tod des verdrängten Patienten ausgeblieben wäre. Ob dieser Zusammenhang mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, betrifft lediglich die prozessuale Beweisebene. Dies entspricht der Rechtslage beim unechten Unterlassungsdelikt.⁸⁵

IV. Schlussbemerkung

Man darf gespannt sein, wie der 5. Strafsenat in der Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil der 6. Gro-

ßen Strafkammer des Landgerichts Göttingen entscheiden wird. Ganz unabhängig von etwaigen (sonstigen) Mängeln des Urteils ist die zentrale Rechtsfrage, ob die Verletzung des Zuweisungsanspruchs verdrängter Patienten Tötungsunrecht begründen kann, von höchster dogmatischer Brisanz. Es wird der Aufbietung aller juristischen Fachkompetenz bedürfen, sie in zutreffender Weise zu beantworten.

⁸⁵ Haas, in: Matt/Renzikowski-StGB (Fn. 13) § 13 Rn. 45 ff.

Aufsätze und Anmerkungen

Entscheidungen zur Verfahrenserledigung im Strafverfahren und ihre transnationale Rechtskraftwirkung gem. Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC

Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 29. Juni 2016 (EuGH C-486/14 – Kossowski) = HRRS 2016 Nr. 628

Von Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Der im Lichte des Art. 50 GRC auszulegende¹ Art. 54 SDÜ verbietet es den Justizorganen aller EU-Mitglieds- bzw. Schengen-Staaten, eine Person strafrechtlich zu verfolgen, wenn ein anderer EU-Mitglieds- bzw. Schengen-Staat dieselbe Sache bereits „rechtskräftig abgeurteilt“ hat. In der Praxis enden viele Verfahren allerdings nicht mit einem „Urteil“ im klassischen Sinne, sondern durch polizeiliche, staatsanwaltschaftliche oder gerichtliche Einstellungsentscheidungen. Sind auch solche Erledigungsformen „rechtskräftige Aburteilungen“ i.S.v. Art. 54 SDÜ? Der EuGH war mit dieser Frage bereits mehrfach befasst und hat den Art. 54 SDÜ dabei in vielen Fällen für anwendbar erklärt. So erfüllen zum Beispiel auch eine gerichtliche Einstellungsentscheidung aus Mangel an Beweisen,² eine staatsanwaltliche Verfahrens-

einstellung gegen Zahlung einer Geldauflage³ sowie ein Freispruch aus Mangel an Beweisen⁴ oder wegen des Eintritts von Verjährung⁵ den Tatbestand des Art. 54 SDÜ.⁶ Die Begründungen dieser Entscheidungen des EuGH fielen jedoch wenig kohärent aus und ließen im Detail klare Kriterien dazu vermissen, wann eine justizielle Erledigungsentscheidung dem Art. 54 SDÜ unterfällt. Die folgende Urteilsbesprechung wird zeigen, dass die jüngst ergangene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Kossowski“ insofern neue Impulse setzt.

II. Sachverhalt

Der Entscheidung liegt als Ausgangssachverhalt eine schwere räuberische Erpressung zu Grunde, die im Oktober 2005 in Hamburg begangen worden sein soll. Nach Angaben der Staatsanwaltschaft Hamburg sei der Beschuldigte Kossowski nach der Tat mit dem Fahrzeug des

¹ Zum Verhältnis von Art. 54 SDÜ zu Art. 50 GRC s. grundlegend ECLI:EU:C:2014:586 – „Spasic“ = HRRS 2014 Nr. 484 m. Anm. Eckstein JR 2015, 421 ff., Hecker JuS 2014, 845 ff., Gaede NJW 2014, 2990 ff., Meyer HRRS 2014, 269 ff. u. Weißer ZJS 2014, 589 ff.

² ECLI:EU:C:2014:1057 – „M“ = HRRS 2015 Nr. 1.

³ ECLI:EU:C:2003:87 – „Gözütok und Brügge“.

⁴ ECLI:EU:C:2006:614 – „Van Straaten“.

⁵ ECLI:EU:C:2006:610 – „Gasparini“ = HRRS 2007 Nr. 462.

⁶ Näher zu der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf das Merkmal der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ sogleich im Abschnitt III. 1.

Geschädigten nach Polen geflohen. Gut zwei Wochen später griffen polnische Behörden ihn bei einer Straßenverkehrskontrolle in Kołobrzeg, Westpommern auf und es kam – auf Grundlage eines Haftbefehls in einer anderen Sache – zu einer Festnahme. Bei den weiteren Ermittlungen wurden die polnischen Beamten auf das in Deutschland gegen Herrn Kossowski laufende Ermittlungsverfahren aufmerksam. Die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg eröffnete daraufhin ein Ermittlungsverfahren wegen des Tatvorwurfs der räuberischen Erpressung nach Art. 282 des polnischen Strafgesetzbuchs und ließ sich die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft Hamburg übersenden. Im Dezember 2006 stellte sie das Ermittlungsverfahren dann allerdings mangels hinreichenden Tatverdachts wieder ein. Zur Begründung der Einstellung führte die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg aus, dass Herr Kossowski die Aussage verweigert habe. Ferner wohnten sowohl der Geschädigte als auch ein – durch die Staatsanwaltschaft Hamburg identifizierter – Zeuge vom Hörensagen in Deutschland, so dass sie im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht in Polen hätten vernommen werden können. Die nach Ansicht der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg zum Teil ungenauen und widersprüchlichen Angaben des Geschädigten, die dieser gegenüber der Staatsanwaltschaft Hamburg gemacht hat, seien vor diesem Hintergrund nicht überprüfbar gewesen.

Nachdem ein zwischenzeitlicher Versuch der Staatsanwaltschaft Hamburg, Herrn Kossowski im Wege des Europäischen Haftbefehlverfahrens nach Deutschland überstellen zu lassen, fehlgeschlagen war, wurde er im Frühjahr 2014 bei einem Aufenthalt in Berlin festgenommen. Die Staatsanwaltschaft Hamburg erhob daraufhin vor dem LG Hamburg Anklage gegen Herrn Kossowski, das die Eröffnung des Hauptverfahrens jedoch mit der Begründung ablehnte, der Einstellungsbeschluss der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg habe ein Verfolgungshindernis nach Art. 54 SDÜ ausgelöst. Gegen diese Entscheidung legte die Staatsanwaltschaft Hamburg sofortige Beschwerde beim OLG Hamburg ein, das die Sache schließlich dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte.

III. Zum Begriff der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ

Das Vorabentscheidungsersuchen des OLG Hamburg umfasste ursprünglich zwei Vorlagefragen. Auf die erste Frage, mit der das OLG Hamburg klären lassen wollte, ob die auf Grundlage von Art. 55 SDÜ erklärten Anwendungsvorbehalte der Schengen-Staaten auch nach der Überführung des Schengen-Besitzstands in den Rechtsrahmen der Europäischen Union fortgelten und ob sie ggf. mit dem Art. 50 GRV vereinbar sind,⁷ ging der EuGH jedoch leider nicht ein, weil er den Art. 54 SDÜ im vorliegenden Fall ohnehin nicht für anwendbar hielt und die Anwendungsausnahmen gem. Art. 55 SDÜ deshalb unerheblich waren.⁸ Das Gericht befasste sich folglich nur

mit der zweiten Vorlagefrage zur Auslegung des Merkmals der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ. Konkret wollte das OLG Hamburg wissen, ob die Entscheidung der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg, das Verfahren gegen Herrn Kossowski einzustellen, als „rechtskräftige Aburteilung“ in diesem Sinne anzusehen ist. Um den Kontext dieser Fragestellung besser nachvollziehen zu können, ist es hilfreich, zunächst die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ zu betrachten; im Anschluss werden dann die Entscheidungsgründe im Fall „Kossowski“ dargestellt und bewertet.

1. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Wie eingangs angedeutet hat der EuGH in der Vergangenheit bereits ähnliche Vorlagefragen zum Begriff der „rechtskräftigen Aburteilung“ beantwortet. Eine erstmalige Auseinandersetzung mit diesem Tatbestandsmerkmal des Art. 54 SDÜ erfolgte dabei in den verbundenen Rechtssachen „Gözütok“ und „Brügge“.⁹ Das Gericht entschied hier, dass die Sperrwirkung des Art. 54 SDÜ auch dann eintreten könne, wenn die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren – ohne die Beteiligung eines Richters – gegen eine Geldauflage einstellt. Voraussetzung dafür sei, dass die Einstellung nach den Maßstäben des nationalen Rechts im Erstverfolgerstaat zu einem „endgültigen“ Strafklageverbrauch führe.¹⁰ Wann ein Strafklageverbrauch in diesem Sinne „endgültig“ ist, erläuterte der EuGH zwar nicht explizit. Aus dem Umstand, dass er die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO i.V.m. § 153 Abs. 2 S. 2 StPO, die dem Fall „Brügge“ zu Grunde lag, als „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ angesehen hat, lässt sich jedoch schließen, dass auch Erledigungsentscheidungen mit – nach deutscher Diktion – lediglich beschränkter Rechtskraftwirkung¹¹ zu einem „endgültigen“ Strafklageverbrauch führen.¹² Auf den Sanktions- bzw. Ahndungscharakter der Einstellungsentscheidung kam es dem Gericht bei alledem nicht entscheidend an.¹³

(Fort-)Geltung der Anwendungsvorbehalte i.S.v. Art. 55 SDÜ entscheidende Bedeutung zugekommen, weil die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 55 Abs. 1 lit. a) Hs. 1 SDÜ erklärt hat, an den Art. 54 SDÜ nicht gebunden zu sein, wenn die Tat, die dem ausländischen Erkenntnis zugrunde liegt, ganz oder teilweise in deutschem Hoheitsgebiet begangen wurde (s. BGBl. II 1994, 631). Da der Tatvorwurf gegen Herrn Kossowski eine solche Inlandstat betrifft und auch die Ausnahmetatbestände gem. Art. 55 Abs. 1 lit. a) Hs. 2 SDÜ und Art. 55 Abs. 4 SDÜ in diesem Fall nicht eingreifen, wäre eine Anwendung von Art. 54 SDÜ zu Gunsten von Herrn Kossowski also möglicherweise an dieser Vorbehaltserklärung gescheitert.

⁹ ECLI:EU:C:2003:87.

¹⁰ ECLI:EU:C:2003:87, Rn. 30.

¹¹ Zur (von der h.M. anerkannten) beschränkten Rechtskraftwirkung von Einstellungsentscheidungen nach § 153a StPO s. statt vieler *Peters*, in: MüKo-StPO, Bd. II, 1. Aufl. (2016), § 153a Rn. 35 m.w.N.

¹² Für diese Interpretation s. z.B. auch *Gaede* NJW 2014, 2990, 2992 u. *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 448 u. 450 m. Fn. 53.

¹³ So treffend *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 448 u. 452; *a.A. Hackner* NSTZ 2011, 425, 429 u. *Radtke*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR Bd. 9) (2013), § 12 Rn. 44 ff.

⁷ S. zu diesen Fragestellungen ausführlich *Böse*, Festschrift für Kühne (2013), S. 519 ff. m.w.N.; vgl. außerdem die Schlussanträge des GA *Bot* ECLI:EU:C:2015:812, Rn. 23 ff.

⁸ Hätte der EuGH eine Anwendung von Art. 54 SDÜ dagegen im Grundsatz bejaht, wäre der Frage nach der

Schon in dem zwei Jahre später ergangenen „Miraglia“-Urteil¹⁴ sah sich der EuGH veranlasst, den weitreichenden, formellen Ansatz der „Gözütok & Brügge“-Entscheidung durch eine materielle Einschränkung zu relativieren. Die Entscheidung betraf einen italienischen Staatsbürger, der sowohl in Italien als auch in den Niederlanden wegen desselben Tatvorwurfs strafrechtlich verfolgt wurde. Als die niederländische Staatsanwaltschaft auf das parallel in Italien eingeleitete Verfahren aufmerksam wurde, stellte sie ihre Ermittlungen ein. Daraufhin erklärte ein niederländisches Gericht das Strafverfahren gegen den Beschuldigten auf seinen Antrag hin für beendet. Das führt nach Maßgabe von Art. 255 Abs. 1 der niederländischen Strafverfahrensordnung dazu, dass der Beschuldigte wegen derselben Tat nicht erneut belangt werden kann, wenn nicht neue belastende Tatsachen bekannt werden. Der Einstellungsbeschluss des niederländischen Gerichts hatte also nach dem Recht des Erstverfolgerstaates einen (beschränkten) Strafklageverbrauch zur Folge und wäre deshalb nach dem Maßstab des „Gözütok & Brügge“-Urteils eigentlich als „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ einzuordnen. Im konkreten Fall hätte die Norm eine Verurteilung von Herrn Miraglia in Italien dann gesperrt. In seiner Entscheidungsbegründung geht der EuGH auf diesen Aspekt jedoch gar nicht ein, sondern verneint – im Ergebnis zu Recht – eine Anwendbarkeit des Art. 54 SDÜ. Im Kern stellt das Gericht darauf ab, dass die Verfahrenseinstellung *ohne eine Prüfung des Tatvorwurfs in der Sache* erfolgt sei.¹⁵ Welche Anforderungen der EuGH im Detail an eine solche „Prüfung in der Sache“ stellt, wird aus der insofern knapp gehaltenen Begründung der „Miraglia“-Entscheidung nicht deutlich.

In der Folgeentscheidung zu der Rechtssache „Gasparini“ entschied das Gericht dann, dass auch eine gerichtliche Verfahrenseinstellung wegen Verjährung als „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ zu qualifizieren ist. Dabei erwähnte es das Kriterium der „Prüfung in der Sache“ überhaupt nicht. Das ist bemerkenswert, denn im Falle einer Verfahrenseinstellung wegen Verjährung kann – jedenfalls wenn der Eintritt von Verjährung auf der Hand liegt – die Aufklärung des Sachverhalts sowie das Sammeln von Beweismitteln sich ja gerade auf eine oberflächliche Betrachtung beschränken. Es ist deshalb fraglich, welche Bedeutung dem Kriterium der „Prüfung in der Sache“ in einem solchem Fall zukommt.¹⁶

Auch das am gleichen Tag ergangene Urteil in der Rechtssache „Van Straaten“¹⁷ trägt insofern nichts zur Klärung bei. In dieser Entscheidung ging es u.a. um die Frage, ob ein gerichtlicher Freispruch aus Mangel an Beweisen eine „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.d. Art. 54 SDÜ darstellt. Der EuGH bejahte dies und bezog sich – anders als in der Sache „Gasparini“ – dabei explizit auf das „Miraglia“-Urteil. Die betroffene Passage ist jedoch sprachlich missglückt.¹⁸ Zudem lässt sie die entscheiden-

de Frage offen, wann eine justizielle Entscheidung konkret das Kriterium der „Prüfung in der Sache“ erfüllt.

In der nächsten¹⁹ einschlägigen Entscheidung zur Rechtssache „Turanský“ fehlt das Kriterium der „Prüfung in der Sache“ wieder. Stattdessen greift das Gericht hier noch einmal den Gedanken der „Gözütok & Brügge“-Entscheidung auf und betont, eine nationale Erledigungsentscheidung sei nur dann eine „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ, wenn sie nach dem Recht des Erstverfolgerstaats zu einem „endgültigen“ Strafklageverbrauch führe.²⁰ Notfalls müsse der Zweitverfolgerstaat beim Erstverfolgerstaat eine Rechtsauskunft gem. Art. 57 SDÜ über die rechtliche Wirkung einer Erledigungsentscheidung einholen.²¹ Im zu entscheidenden Fall erfüllte die verfahrensgegenständliche Einstellungsentscheidung durch eine slowakische Polizeibehörde die Bedingung des innerstaatlichen Strafklageverbrauchs nicht. Denn nach slowakischem Recht konnte das Strafverfahren gegen Herrn Turanský trotz dieser Entscheidung jederzeit weitergeführt werden.²²

Wichtige Präzisierungen enthält schließlich das – von der hier besprochenen Entscheidung abgesehen – jüngste Urteil des EuGH zum Begriff der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ in der Rechtssache „M“.²³ Das Gericht greift in dieser Entscheidung zunächst das Kriterium der „Prüfung in der Sache“ aus dem „Miraglia“-Urteil wieder auf und stellt dabei klar, dass ein Einstellungsbeschluss nach einem Ermittlungsverfahren dann als nach einer „Prüfung in der Sache“ ergangen anzusehen ist, wenn im Zuge des Ermittlungsverfahrens „verschiedene Beweismittel zusammengetragen und geprüft“ wurden.²⁴ Im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung wird außerdem noch einmal die bereits in der „Gözütok und Brügge“-Entscheidung zu findende Formulierung aufgegriffen, nach der eine Erledigungsentscheidung durch eine nationale Strafverfolgungsbehörde nur dann als „rechtskräftig“ i.S.v. Art. 54 SDÜ gelten könne, wenn die Entscheidung zu einem „endgültigen“ Strafklageverbrauch führt. Der EuGH stellt hier präzisierend fest, dass „Endgültigkeit“ in diesem Sinne vorliegt, wenn es nach

ter diesen Artikel fallen kann, ist festzustellen, dass ein Freispruch aus Mangel an Beweisen auf einer Prüfung in der Sache beruht.“ Die Formulierung legt nahe, dass ein Freispruch aus Mangel an Beweisen stets den Anforderungen an eine „Prüfung in der Sache“ genüge. Das wird das Gericht jedoch kaum gemeint haben, weil ein Mangel an Beweisen – wie nicht zuletzt der Fall „Kossowski“ zeigt – ja gerade auch auf einer mangelhaften Ermittlungstätigkeit beruhen kann. In der späteren Entscheidung ECLI:EU:C:2014:1057, Rn. 28 ff. – „M“ taucht die Passage erneut auf und wird dort auf verständlichere Weise konkretisiert – dazu sogleich näher.

¹⁹ Nur der Vollständigkeit halber sei auch auf die Entscheidung in der Rechtssache „Bourquain“ (ECLI:EU:C:2008:708) hingewiesen, die noch vor dem „Turanský“-Urteil ergangen ist, m.E. aber keinen entscheidenden Impuls zum Verständnis des Begriffs der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ gebracht hat (vgl. aber insbesondere Rn. 42 f. der Entscheidung).

²⁰ ECLI:EU:C:2008:768.

²¹ A.a.O. Rn. 38.

²² Ebenda Rn. 39 f.

²³ ECLI:EU:C:2014:1057; für eine präzise Einordnung s. Burchard HRRS 2015, 26 ff.

²⁴ ECLI:EU:C:2014:1057, Rn. 30.

¹⁴ ECLI:EU:C:2005:156.

¹⁵ ECLI:EU:C:2005:156, Rn. 28 ff.

¹⁶ Dazu näher unter III. 3. c).

¹⁷ ECLI:EU:C:2006:614.

¹⁸ ECLI:EU:C:2006:614, Rn. 60: „Ohne dass es in der vorliegenden Rechtssache erforderlich wäre, über die Frage zu befinden, ob ein Freispruch, dem keine Prüfung in der Sache zugrunde liegt, un-

dem Recht des Erstverfolgerstaates unzulässig ist, das Strafverfahren ohne die Vorlage neuer Beweise wieder aufzunehmen.²⁵ Damit stellte das Gericht nunmehr ausdrücklich²⁶ klar, dass auch Erledigungsentscheidungen mit – nach deutschem Verständnis – lediglich beschränkter Rechtskraftwirkung dem Art. 54 SDÜ unterfallen können. In diesem Zusammenhang macht der EuGH schließlich außerdem deutlich, dass solche Erledigungsentscheidungen mit beschränkter Rechtskraftwirkung zu einer dauerhaften Zuständigkeitskonzentration²⁷ im Erstverfolgerstaat führen. Demnach ist allein der Erstverfolgerstaat befugt, das Strafverfahren fortzuführen, wenn die Grenzen der beschränkten Rechtskraft überschritten sind.²⁸ Wenn sich also beispielsweise im Falle einer deutschen Einstellungsentscheidung auf Grundlage von § 153a StPO nachträglich herausstellt, dass es sich bei der betroffenen Tat in Wirklichkeit um ein Verbrechen handelt, liegt es allein in der Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden, erneut die Verfolgung aufzunehmen.²⁹

2. Herangehensweise des EuGH in der Sache „Kossowski“

In der hier besprochenen Entscheidung fasst der EuGH die bisher nur in unregelmäßiger Weise herangezogenen Kriterien der innerstaatlichen Rechtskraftwirkung einer Erledigungsentscheidung sowie der „Prüfung in der Sache“ zu einem zweistufigen Test zusammen. Demnach ist eine justizielle Erledigungsentscheidung dann als „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ anzusehen, wenn sie *erstens* dazu führt, dass das Strafverfahren gegen den Beschuldigten nach dem Recht des Erstverfolgerstaates nicht ohne Beibringung von neuen Beweisen wiederaufgenommen werden kann, und sie *zweitens* auf einer Prüfung in der Sache beruht. Das erste Kriterium sieht der EuGH dabei im Fall „Kossowski“ als erfüllt an.³⁰ Eine Anwendbarkeit des Art. 54 SDÜ scheidet seiner Auffassung nach jedoch auf zweiter Stufe daran, dass die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg keine „Prü-

fung in der Sache“ vorgenommen habe. Dazu – so konkretisiert das Gericht nun einen bereits im „M“-Urteil angelegten Gedanken³¹ – hätten durch die polnischen Behörden „eingehendere Ermittlungen“ mit dem Ziel durchgeführt werden müssen, „Beweismittel zu sammeln und zu untersuchen“.³² Stattdessen habe die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg das Verfahren „ohne jede eingehende Beurteilung des dem Angeschuldigten angelasteten rechtswidrigen Verhaltens erlassen“.³³ Einer solchen justiziellen Einstellungsentscheidung die transnationale Rechtskraftwirkung des Art. 54 SDÜ zuzusprechen, lasse sich nicht mit der Notwendigkeit vereinbaren, „die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu fördern“.³⁴

3. Bewertung und Folgefragen

Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH war es konsequent, die Einstellungsentscheidung der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg in *formeller* Hinsicht als „rechtskräftige Aburteilung“ zu qualifizieren. Wie oben skizziert, kommt es dafür weder auf eine gerichtliche Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung noch auf den Sanktionscharakter der Entscheidung an. Erheblich ist allein, ob das erledigte Strafverfahren gemäß dem Recht des Erstverfolgerstaates nach der Erledigungsentscheidung weitergeführt werden kann, ohne dass es dazu der Vorlage neuer Beweise bedarf. Eine solche unbeschränkte Wiederaufnahmemöglichkeit fehlte der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg im Fall „Kossowski“, denn sie konnte das Ermittlungsverfahren ausweislich von Art. 327 § 2 der polnischen Strafprozessordnung nur unter Beibringung von *nova* wieder eröffnen. Etwas anderes galt zwar gem. Art. 328 § 1 der polnischen Strafprozessordnung für die übergeordnete Generalstaatsanwaltschaft, die die Einstellungsentscheidung der Kreisstaatsanwaltschaft gemäß dieser Vorschrift – soweit ich sie richtig verstehe – auch auf Grundlage der bisherigen Tatsache aufheben konnte. Dies war gem. Art. 328 § 2 der polnischen Strafprozessordnung jedoch – zu Lasten von Herrn Kossowski – nur innerhalb von sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der ursprünglichen Einstellungsentscheidung möglich. Nach Ablauf dieser Frist konnte Herr Kossowski nach polnischem Recht nicht ohne Vorlage neuer Beweise erneut strafrechtlich verfolgt werden, so dass es sich bei der Verfahrenseinstellung durch die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg spätestens in diesem Zeitpunkt um eine Entscheidung mit – in der etwas verwirrenden Diktion des EuGH – „endgültigem“ Straflageverbrauch handelte. Anders als *Mansdörfer* meint, hätte der EuGH deshalb nicht „einfach in dem Sinn entscheiden“ können, dass er Verfahrenseinstellungen, wie sie die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg vorgenommen hat, „generell die Rechtskraft versagt“.³⁵ Das wäre keine „klare Linie“,

²⁵ Ebenda Rn. 31 ff.; diese Präzisierung entspricht in der Sache einem bereits früh von *Bohnert/Lagodny* (NStZ 2000, 636 ff.) ausgearbeiteten Vorschlag; für Kritik daran s. *Radtke/Busch* NStZ 2003, 281 ff.

²⁶ Implizit war dies – wie oben unter III. 1. bereits ausgeführt – schon in der (Teil-)Entscheidung zu der Rechtssache „Brügge“ angelegt, in der der EuGH eine Einstellungsentscheidung nach § 153a StPO i.V.m. § 153 Abs. 1 S. 2 StPO, die nur einen beschränkten Straflageverbrauch zur Folge hat, unter den Art. 54 SDÜ fasste.

²⁷ *Gaede* NJW 2014, 2990, 2992; *Burchard* HRRS 2015, 26.

²⁸ So zutreffend *Gaede* NJW 2014, 2990, 2992 u. *Burchard* HRRS 2015, 26, 28, jeweils mit Verweis auf ECLI:EU:C:2014:1057, Rn. 40, wo es wörtlich heißt: „Da geprüft werden muss, ob die zur Rechtfertigung einer Wiederaufnahme angeführten Tatsachen tatsächlich neuartig sind, kann im Übrigen jedes neue Verfahren gegen die gleiche Person aufgrund der gleichen Tatsachen, das sich auf eine solche Möglichkeit der Wiederaufnahme stützt, nur in dem Vertragsstaat eingeleitet werden, in dem dieser Beschluss erlassen wurde.“; s. in diesem Sinne auch schon *GA Sharpston* ECLI:EU:C:2014:65, Rn. 59; kritisch *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 450 u. 452 f.

²⁹ *A.A.* noch *Inhofer*, in: Graf (Hrsg.), StPO, Ed. 24 (1.2.2016), Art. 54 SDÜ Rn. 23 u. *Radtke/Busch* NStZ 2003, 281, 286.

³⁰ Vgl. ECLI:EU:C:2015:812, Rn. 33 ff.

³¹ ECLI:EU:C:2014:1057, Rn. 30; vgl. o. III. 1. a.E.

³² A.a.O. Rn. 48.

³³ A.a.O. Rn. 49.

³⁴ Ebenda Rn. 47 i.V.m. Rn. 49.

³⁵ *Mansdörfer* Legal Tribune Online v. 29.6.2016, online abrufbar unter <http://tlp.de/rv1z>.

sondern ein Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts zu Art. 54 SDÜ gewesen.³⁶

Auch der Standpunkt des EuGH, einer justiziellen Erledigungsentscheidung könne im Einzelfall auf Grund von inhaltlichen Mängeln die Sperrwirkung des Art. 54 SDÜ verwehrt bleiben, ist im Prinzip richtig und war in der früheren Judikatur des Gerichts – wenn auch nur diffus – bereits angelegt.³⁷ Zwar muss ein potentieller Zweitverfolgerstaat vor dem Hintergrund des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, der sich nach herrschender Lesart (auch) in Art. 54 SDÜ manifestiert,³⁸ grundsätzlich davon ausgehen, dass eine innerhalb des Geltungsbereichs von Art. 54 SDÜ ergangene Erledigungsentscheidung in sachgerechter Weise zustande gekommen ist.³⁹ Auch das nach Auffassung des EuGH primärrechtsdogmatisch durch die Personenfreizügigkeit überwölbte Vertrauen des Beschuldigten, nach einer *res judicata* in einem Schengen- bzw. EU-Mitgliedstaat nicht durch eine ausländische Justizbehörde erneut verfolgt zu werden,⁴⁰ spricht für eine solche formelle Betrachtungsweise. Denn für den Betroffenen ist kaum vorhersehbar, ob ein ausländischer Staat inhaltliche Mängel an der Verfolgungstätigkeit des Erstverfolgerstaates geltend machen wird. Ähnliches gilt, wenn man den Normzweck des Art. 54 SDÜ (auch) darin sieht, justizielle Ressourcen einzusparen:⁴¹ Der durch ein Doppelverfolgungshindernis möglicherweise erreichbare Spareffekt würde durch umfangreiche inhaltliche Überprüfungen des Verfahrensgangs im Erstverfolgerstaat zunichtegemacht.

Allerdings sind die beiden zuletzt genannten Zwecksetzungen von Art. 54 SDÜ (i.V.m. Art. 50 GRC) nicht von absolutem Rang, sondern Einschränkungen zugänglich.⁴² Auch der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung verlangt den Schengen- bzw. EU-Mitgliedstaaten im Allgemeinen keineswegs *blindes* Vertrauen in die sachgerechte Arbeitsweise der Justizorgane anderer Staaten ab, sondern lässt durchaus Raum dafür, in *Ausnahmefällen* justizielle Entscheidungen anderer Mitgliedstaat bzw. deren Zustandekommen oder Vollstreckungsweise unter

inhaltlichen Gesichtspunkten zu überprüfen.⁴³ Ganz in diesem Sinne hat beispielsweise *Eser* gefordert, den Art. 54 SDÜ (i.V.m. Art. 50 GRC) in bestimmten Missbrauchsfällen teleologisch zu reduzieren. Eine erneute Verfolgung soll demnach zulässig sein, wenn die Erledigungsentscheidung im Erstverfolgerstaat das Ziel hatte, die betroffene Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen, oder wenn die betroffene Person kein faires Verfahren erhalten hat.⁴⁴ In ähnlicher Weise lässt sich nun auch das Kriterium der „Prüfung in der Sache“, wie es der EuGH in der Rechtssache „Kossowski“ handhabt, als eine Art „Ernsthaftigkeitskontrolle“⁴⁵ interpretieren, die zu einer Nicht-Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC führt, wenn die Qualität der Ermittlungen im Erstverfolgerstaat ein bestimmtes Mindestmaß verfehlt. Obwohl mir das Ergebnis, zu dem der EuGH auf diese Weise im Fall „Kossowski“ kommt, richtig erscheint, wirft die Herangehensweise des Gerichts (mindestens)⁴⁶ vier Probleme und Folgefragen auf:

a) Überschreitung der Kompetenz zur richterlichen Rechtsfortbildung?

Erstens hat *Burchard* zu Recht darauf hingewiesen, dass es vor dem Hintergrund des Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC allein in der Kompetenz des Unionsgesetzgebers liegt, Einschränkungen des Mehrfachverfolgungsschutzes nach Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC, die sich außerhalb des Rahmens methodengerechter Normauslegung bewegen, in Form eines Sekundärrechtsakts zu regeln.⁴⁷ M.E. kann zwar genauso gut vertreten werden, der EuGH habe diese Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der „Kossowski“-Entscheidung noch eingehalten; es dürfte sich aber jedenfalls um einen Zweifelsfall handeln.

³⁶ Vgl. aber *Simonato* (European Law Blog v. 12.1.2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/c7ov>), der gerade einen solchen Bruch fordert und dabei der Ansicht ist, der EuGH müsse den Begriff der Rechtskraft in Art. 54 SDÜ grundsätzlich enger als bisher verstehen; schon früh kritisch auch *Radtke/Busch* NStZ 2003, 281 ff.

³⁷ Das trifft insbesondere auf die „Miraglia“-Entscheidung, aber auch auf das Urteil in der Rechtssache „M“ zu, s. näher bereits oben unter III. 1.

³⁸ Vgl. dazu – statt vieler – die Rn. 50-53 der vorliegenden Entscheidung sowie *Radtke/Busch* NStZ 2003, 281, 286 u. *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 448.

³⁹ Für Kritik an der Verwendung des Topos der „gegenseitigen Anerkennung“ im Zusammenhang mit der Teleologie von Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC s. *Burchard* HRRS 2015, 26, 29 mit Verweis auf *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung (im Erscheinen).

⁴⁰ S. dazu ECLI:EU:C:2003:87, Rn. 38 u. 40 – „Gözütok u. Brügge“; ECLI:EU:C:2005:156, Rn. 32 – „Miraglia“; ECLI:EU:C:2006:614, Rn. 45 f. – „Van Straaten“; ECLI:EU:C:2006:610, Rn. 27 – „Gasparini“; ECLI:EU:C:2006:165, Rn. 33 u. 35 – „Van Esbroeck“.

⁴¹ So etwa *Burchard* HRRS 2015, 26, 29 f.

⁴² Dazu eingehend *Radtke*, in: Böse (Fn. 13), § 12 Rn. 7 f.

⁴³ S. hierfür zum Beispiel die Entscheidung ECLI:EU:C:2016:198 – „Aranyosi und Căldăraru“ = HRRS 2016 Nr. 283, nach der – verkürzt gesagt – eine Justizbehörde, die einen Europäischen Haftbefehl vollstrecken soll, bei legitimen Zweifeln an den Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat das Recht und die Pflicht hat, konkret und genau zu prüfen, ob der Beschuldigte durch die Auslieferung einer „echten Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung“ ausgesetzt wäre; zur bisherigen, eher „kontrollfeindlichen“ Rspr. des EuGH in diesem Kontext vgl. aber *Burchard* in: Böse (Fn. 13), § 14 Rn. 49 ff.

⁴⁴ *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), GRC, 4. Aufl. (2014), Art. 50 Rn. 16 mit Verweis auf den ähnlich verfassten Art. 20 Abs. 3 IStGH-Statut; mit Einschränkungen (dazu sogleich) zust. *Burchard* HRRS 2015, 26, 31; ähnlich *Radtke*, in: Böse (Fn. 13), § 12 Rn. 32 a.E.

⁴⁵ Vgl. hierzu auch Art. 17 Abs. 1 lit. a) Alt. 1, Abs. 2 IStGH-Statut.

⁴⁶ Ergänzend sei etwa auf den Beitrag von *Hochmayr*, in: Hochmayr (Hrsg.), „Ne bis in idem“ in Europa (2015), S. 89, 95 ff. hingewiesen, in dem die *Verf.* gewichtige Einwände gegen den Ansatz des EuGH erhebt, die Rechtskraft einer Erledigungsentscheidung basierend auf dem nationalen Recht des Erstverfolgerstaates zu beurteilen, und als Alternative einen autonomen europäischen Rechtskraftbegriff skizziert (S. 101 ff. m.w.N. zu früheren Ansätzen ähnlicher Stoßrichtung).

⁴⁷ *Burchard* HRRS 2015, 26, 31. Der pragmatische Einwand, dass die Verwirklichung eines derartigen legislativen Projekts angesichts der aktuellen politischen Situation in der EU nicht realistisch erscheint, macht diese normativen Bedenken nicht weniger stichhaltig.

b) Grenzen der Kontrolle der Ermittlungsqualität im Erstverfolgerstaat?

Noch gewichtiger ist *zweitens* die Frage nach den Grenzen der laut EuGH zulässigen Kontrolle der Ermittlungsqualität im Erstverfolgerstaat durch andere Staaten. Soweit dies dem Urteilstatbestand entnommen werden kann, haben sich die „Strafverfolgungsmaßnahmen“ der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg im hier vorliegenden Fall darauf beschränkt, den Beschuldigten um eine Stellungnahme zu bitten. Zwar ist es zutreffend, dass eine Vernehmung des Geschädigten oder des vom EuGH erwähnten Zeugen vom Hörensagen in Polen nicht hätte *erzungen* werden können;⁴⁸ allerdings liegt eine Aussagebereitschaft dieser Personen (vor allem des Geschädigten) hier durchaus nahe, so dass – ggf. vermittelt durch die Staatsanwaltschaft Hamburg – zumindest ein Versuch in diese Richtung hätte unternommen werden müssen. Das Verhalten der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg lässt sich vor diesem Hintergrund als „Nicht-Verfolgung“ apostrophieren, der zu Recht die transnationale Rechtskraftwirkung gem. Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC verwehrt blieb. Verfehlt wäre es allerdings, das Kriterium der „Prüfung in der Sache“ auch außerhalb solcher *Extremfälle* zu einer allgemeinen Qualitätskontrolle der Ermittlungsarbeit ausländischer Justizbehörden auszuweiten.⁴⁹ Das bloße Unterlassen einzelner Ermittlungsmaßnahmen (z.B. TKÜ) oder vermeintliche Fehler in der Beweiswürdigung durch die Justizbehörden im Erstverfolgerstaat können eine Mehrfachverfolgung beispielsweise nicht rechtfertigen. Der EuGH bleibt hier bedenklich vage, wenn er formuliert, eine „Prüfung in der Sache“ setze „eingehendere Ermittlungen“⁵⁰ bzw. eine „eingehende Beurteilung des dem Angeschuldigten angelasteten rechtswidrigen Verhaltens“⁵¹ voraus.

c) Einstellungsentscheidungen aus Rechtsgründen und das Kriterium der „Prüfung in der Sache“

Offen gelassen hat der EuGH – *drittens* – auch die Frage, wie mit (zumindest beschränkt) rechtskräftigen Einstellungsentscheidungen umzugehen ist, die aus Rechtsgründen (z.B. wegen Verjährung) erfolgen und denen deshalb gerade *keine* „Prüfung in der Sache“ im Sinne einer umfassenden Sammlung und Untersuchung von Beweismitteln vorausgeht. Das Gericht hätte insofern (freilich *obiter dictum*) auf die oben bereits besprochene und auch nach „Kossowski“ weiterhin zu beachtende⁵² „Gasparini“-Entscheidung eingehen können, in der eine gerichtliche Verfahrenseinstellung wegen Verjährung als

„rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ anerkannt wurde.

Zur Lösung der aufgeworfenen Frage seien die folgenden Überlegungen zur Diskussion gestellt: Eine (zumindest beschränkt) rechtskräftige Erledigungsentscheidung aus Rechtsgründen muss dann als nach einer „Prüfung in der Sache“ erfolgt gelten, wenn darin eine normative Entscheidung über die *generelle strafrechtliche Verfolgungswürdigkeit* der betroffenen Tat zum Ausdruck kommt. Eine solche Entscheidung kann zum Beispiel zusammenhängen mit

- dem Zeitpunkt oder dem Ausmaß der Tat (z.B. im Falle der Einstellung durch Verjährung oder wegen Geringfügigkeit),
- den persönlichen Eigenschaften des Täters im Tatzeitpunkt (z.B. bei Einstellung wegen Strafunmündigkeit im Tatzeitpunkt),
- den persönlichen Eigenschaften des Täters im Zeitpunkt der Erstverfolgung (z.B. bei Einstellung wegen geringer verbleibender Lebenserwartung),
- einem manifestierten Verfolgungswillen des Geschädigten (z.B. bei Einstellung mangels Strafantrag oder Verfolgungsverlangen)
- oder Besonderheiten des Verfahrensablaufs im Erstverfolgerstaat (z.B. bei Einstellung wegen Lockspitzeleinsatzes oder überlanger Verfahrensdauer).

In jedem dieser Fälle besteht regelmäßig ein schutzwürdiges Vertrauen des Beschuldigten darin, in derselben Sache nicht noch einmal verfolgt zu werden.⁵³ Ein solches Vertrauen – sei es auch faktisch vorhanden – ist hingegen nicht schutzwürdig, wenn die (zumindest beschränkt) rechtskräftige Erledigungsentscheidung im Erstverfolgerstaat keine Aussage über die generelle Verfolgungswürdigkeit einer Tat trifft, sondern lediglich zum Ausdruck bringt, dass eine Verfolgung durch das konkret zuständige Justizorgan nicht angezeigt ist. Dementsprechend sind Erledigungsentscheidungen, die auf Grund einer mangelnden sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit des einstellenden Justizorgans erfolgen, ebenso we-

⁴⁸ Vor diesem Hintergrund ließe sich der „Kossowski“-Sachverhalt auch als Fall einer vorschnellen Zuständigkeitskonzentration im normativ „falschen“ (weil „beweismittelarmen“) Mitgliedstaat interpretieren; zu diesem Problem und der Notwendigkeit einer unionsrechtlichen Regelung zum „transfer of proceedings in criminal matters“ s. Burchard HRRS 2015, 26, 31 f. u. Böse, in: Böse (Fn. 13), § 27 Rn. 19.

⁴⁹ Zu dieser Befürchtung s. auch Simonato European Law Blog v. 12.1.2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/c7ov>; vgl. ferner Radtke, in: Böse (Fn. 13), § 12 Rn. 7 a.E.

⁵⁰ ECLI:EU:C:2015:812, Rn. 48.

⁵¹ A.a.O. Rn. 49.

⁵² So auch Peers, EU Criminal Law, Policing, and Civil Law (2016), S. 244 („still good law“).

⁵³ Eine Ausnahme kann gelten, wenn das Recht des Erstverfolgerstaats in krasser (!) Weise zu Gunsten des Beschuldigten von der Palette der innerstaatlichen Verfahrenshindernisse abweicht, die im Schengen-Raum bzw. in der EU üblich sind. Soweit unionsrechtliche Pönalisierungspflichten bestehen, werden entsprechende Verfahrensvorschriften dann allerdings regelmäßig ohnehin unionsrechtswidrig sein, vgl. dazu die Leitentscheidung ECLI:EU:C:2015:555 – „Taricco“ = HRRS 2015 Nr. 1007 m. Anm. v. Gaede wistra 2016, 89 ff. Eine weitere Ausnahme ist für den Fall denkbar, dass die Einstellungsentscheidung auf einer willkürlichen, offensichtlich unververtretbaren Anwendung des Rechts im Erstverfolgerstaat basiert („Einstellung ins Blaue hinein“).

nig unter den Art. 54 SDÜ zu subsumieren,⁵⁴ wie Erledigungsentscheidungen, die nur wegen Formfehlern ergehen oder weil eine Strafverfolgung im Erstverfolgungsstaat mit besonderen Anstrengungen verbunden wäre und/oder ein anderer Staat als Verfolgungsstaat geeigneter erscheint.⁵⁵

d) Einstellungsentscheidungen aus Rechtsgründen und das Kriterium der innerstaatlichen Rechtskraftwirkung

Abschließend soll *viertens* noch auf ein weiteres Problem bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ eingegangen werden, auf das – soweit ersichtlich – erstmals *Hiéramente* hingewiesen hat.⁵⁶ Es betrifft Erledigungsentscheidungen, die schon das erste vom EuGH verwendete Kriterium des (zumindest beschränkten) innerstaatlichen Strafklagegebrauchs nicht erfüllen. Als Beispiel im deutschen Recht ist die Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO zu nennen, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens auch ohne Vorlage neuer Tatsachen erlaubt⁵⁷ und deshalb herrschend nicht als „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC gilt.⁵⁸ Eine Einstellungsentscheidung nach § 170 Abs. 2 StPO ist also ihrer Art nach weder formell noch materiell rechtskraftfähig, kann jedoch mit einem „faktischen“ Strafklageverbrauch einhergehen. Gemeint ist damit, dass ein Strafverfahren, das bei eindeutiger Sach- und Rechtslage (!) z.B. auf Grund von Verjährung oder auf Grund des Fehlens eines zwingend erforderlichen Strafantrags eingestellt wurde, faktisch in Deutschland nicht mehr verfolgt werden wird und der Beschuldigte hierauf regelmäßig auch vertraut. *Hiéramente* fordert – unterstützt von *Schmitt*⁵⁹ – deshalb, den Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC auch auf solche Konstellationen anzuwenden.⁶⁰ Ob das richtig ist, lässt sich bestreiten: Zwar hängt es *prima facie* von Zufälligkeiten – nämlich von der rechtlichen Konstruktion der Einstellungsentscheidung und vom Verfahrensstadium, in dem die Einstellung erfolgt – ab, ob eine Einstellung aus Rechtsgründen mit innerstaatlicher Rechtskraftwirkung festgestellt wird oder ob die Verfolgung auf Grund der rechtlichen Hindernisse einfach nur faktisch auf unbegrenzte Zeit ruhen bleibt. Bei genauerem Hinsehen gibt es jedoch einen gewichtigen Unterschied zwischen beiden Szenarien, der zum Tragen kommt, sobald die Fest-

stellung des Verfolgungshindernisses mit rechtlichen Schwierigkeiten verknüpft ist. So ist es z.B. im Fall einer Einstellung im Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO möglich, die rechtliche Bewertung der ermittelten Tatsachen noch einmal zu verändern und dabei z.B. zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Tat doch nicht verjährt ist. Eine solche Korrekturmöglichkeit bestand im Fall „Kossowski“ – jedenfalls nach Ablauf der Frist in Art 328 § 2 der polnischen Prozessordnung – nicht. Vor diesem Hintergrund erscheint es zulässig, das Vertrauen des Beschuldigten auf ein Ausbleiben einer erneuten Verfolgung in Bezug auf die polnische Einstellungsentscheidung für schutzwürdiger einzustufen als im Hinblick auf eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO. Dieser Unterschied kann m.E. auch eine unterschiedliche Behandlung beider Entscheidungen im Rahmen der Auslegung Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC rechtfertigen. Davon abgesehen ist zu berücksichtigen, dass der EuGH in „Turanský“ bereits einmal über ein Strafverfahren entschieden hat, dass u.A. auf Grund von Verjährung eingestellt worden war⁶¹ und in dem die betroffene Einstellungsentscheidung ihrer Art nach nicht zu einem (auch nur beschränkten) Strafklageverbrauch führte. Das Gericht hat hier deutlich gemacht, dass eine Subsumtion unter den Art. 54 SDÜ – ungeachtet einer faktischen Sperrwirkung der eingetretenen Verjährung – nicht in Betracht kommt, wenn das Verfahren in derselben Sache bei *formeller* Betrachtung jederzeit wiederaufgenommen werden kann.⁶²

IV. Fazit

Nach dem „Kossowski“-Urteil des EuGH kann festgehalten werden, dass eine justizielle Erledigungsentscheidung dann als „rechtskräftige Aburteilung“ i.S.v. Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC anzusehen ist, wenn sie *erstens* dazu führt, dass das Strafverfahren gegen den Beschuldigten nach dem Recht des Erstverfolgerstaats nicht ohne Beibringung von neuen Beweisen wieder aufgenommen werden kann, und sie *zweitens* auf einer Prüfung in der Sache beruht. Auf die Beteiligung eines Gerichts bei der Entscheidungsfindung kommt es dabei ebenso wenig an wie auf den Sanktions- oder Ahndungscharakter der Entscheidung.

Das erste der genannten Kriterien erfüllen im deutschen Strafprozessrecht – neben regulären Endurteilen (grds. auch nach § 260 Abs. 3 StPO⁶³) und Strafbefehlen⁶⁴ – z.B. Entscheidungen gem. § 153 Abs. 2 StPO,⁶⁵ gem. § 153a Abs. 1, Abs. 2 StPO,⁶⁶ gem. §§ 154 Abs. 3, Abs. 4, 154a

⁵⁴ So auch schon angedeutet von *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 449; vgl. ferner *Hochmayr*, in: Hochmayr (Fn. 46), S. 89, 110 f.

⁵⁵ Vgl. in diesem Sinne auch nochmals ECLI:EU:C:2005:156 – „Miraglia“.

⁵⁶ *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 451 ff.

⁵⁷ Zur innerstaatlichen Rechtswirkung einer Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO s. BGH NJW 2011, 2310, 2311 = HRRS 2011 Nr. 654, OLG Hamm VRS 58, 33, *Graalman-Scheerer*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. V, 26. Aufl. (2008), § 170 Rn. 50 u. *Radtke* NStZ 1999, 481, 483.

⁵⁸ OGH NStZ 2005, 344, 345 f.; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. XI, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK / Art. 14 IPBPR Rn. 1073; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2015), § 13 Rn. 62 a.E.; *Hackner* NStZ 2011, 425, 429; *Inhofer*, in: Graf (Fn. 29), Art. 54 SDÜ Rn. 23; *Radtker*, Festschrift für Seebode (2008), S. 296, 305 m. Fn. 43.

⁵⁹ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. (2016), § 170 Rn. 9.

⁶⁰ *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 451 f.

⁶¹ Vgl. ECLI:EU:C:2008:768, Rn. 22 a.E.

⁶² S. hierzu auch nochmals *Inhofer*, in: Graf (Fn. 29), Art. 54 SDÜ Rn. 24.

⁶³ Das gilt nur, soweit die Einstellung auf Grund eines unbeheblichen Prozesshindernisses erfolgt, vgl. dazu *Maier*, in: MüKo-StPO (Fn. 11), § 260 Rn. 174.

⁶⁴ *Hecker* (Fn. 58), § 13 Rn. 60; *Inhofer*, in: Graf (Fn. 29), Art. 54 SDÜ Rn. 20; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), § 10 Rn. 66.

⁶⁵ *Hecker* (Fn. 58), § 13 Rn. 36; *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 452.

⁶⁶ Zu Detailfragen s. hier *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 59), § 153a Rn. 52 u. *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 453 – jew. m.w.N.; vgl. aber auch *Hochmayr*, in: Hochmayr (Fn. 46), S. 89, 109.

Abs. 3 S. 2, 154b Abs. 2 S. 2 StPO, gem. § 153e StPO, gem. § 174 Abs. 1 StPO, gem. § 204 StPO i.V.m. § 211 StPO,⁶⁷ grds. gem. § 206a StPO⁶⁸, gem. § 206b StPO, gem. § 408 Abs. 2 StPO und gem. § 31a Abs. 2 BtMG, *nicht* aber Entscheidungen nach § 153 Abs. 1 StPO, nach § 153b StPO, nach § 153c StPO, nach § 153d StPO, nach § 153f StPO, nach § 154 Abs. 1 StPO,⁶⁹ nach § 154c StPO, nach § 154d StPO, nach § 170 Abs. 2 StPO⁷⁰ sowie nach § 31 Abs. 1 BtMG. Für die Verteidigungspraxis ergibt sich daraus die Schlussfolgerung, dass es ratsam sein kann, auch in Fällen, in denen die Aussicht auf eine auf-lagenfreie Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO besteht, von vornherein eine ggf. „teurere“ Erledigung nach § 153a StPO anzustreben, wenn der Beschuldigte weitere Strafverfolgungsmaßnahmen in anderen EU- bzw. Schengenstaaten fürchtet. Geht es umgekehrt um die Frage, ob ausländische Erledigungsentscheidungen zu einem Verfahrenshindernis in Deutschland führen, ist im Rahmen eines (mitunter langwierigen) Rückspracheverfahren gem. Art. 57 SDÜ oder durch ein Rechtsgutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zu ermitteln, welche Rechtskraftwirkung der betroffenen Entscheidung nach dem Recht des Erstverfolgerstaates zukommt.⁷¹

⁶⁷ Hecker (Fn. 58), § 13 Rn. 36; Inhofer, in: Graf (Fn. 29), Art. 54 SDÜ Rn. 19.

⁶⁸ OLG Stuttgart BeckRS 2008, 19992. Auch hier muss die Einstellung – wie bei § 260 Abs. 3 StPO – allerdings auf Grund eines unbeheblichen Prozesshindernisses erfolgen, vgl. Wenske, in: MüKo-StPO (Fn. 11), § 206a Rn. 48.

⁶⁹ OLG Nürnberg BeckRS 2009, 20924.

⁷⁰ S. dazu oben III. 3. d).

⁷¹ Statt vieler *Hiéramente* StraFo 2014, 445, 446. Für spezielle Informationsmechanismen s. Radtke, in: Böse (Fn. 13), § 12 Rn. 25.

Das zweite Kriterium – die „Prüfung in der Sache“ – versteht der EuGH in seinem „Kossowski“-Urteil als eine Art „Ernsthaftigkeitskontrolle“, in deren Rahmen eine Erledigungsentscheidung, die aus Mangel an Beweisen erfolgt, darauf überprüft wird, ob ihr ein Mindestmaß an eigener Ermittlungstätigkeit des einstellenden Justizorgans zu Grunde liegt. Es ist zu hoffen, dass der Ausnahmecharakter einer solchen materiellen Durchbrechung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung bei der weiteren Rechtsentwicklung gewahrt und eine formelle, an der Rechtskraftwirkung im Erstverfolgerstaat orientierte Betrachtungsweise bei der Auslegung von Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC die Regel bleibt. Bei Erledigungsentscheidungen, die auf Rechtsgründen beruhen, ist nach der hier vorgeschlagenen Lösung danach zu differenzieren, ob in der jeweiligen Erledigungsentscheidung eine normative Aussage über die generelle Verfolgungswürdigkeit der betroffenen Tat zum Ausdruck kommt. Erledigungsentscheidungen, auf die das – wie zum Beispiel im Fall der Verjährung – zutrifft, sind grundsätzlich als nach einer „Prüfung in der Sache“ er-gangen anzusehen. Beruht eine Erledigungsentscheidung dagegen auf reinen Form-, Zuständigkeits- oder Praktikabilitätserwägungen, ist ihr die transnationale Rechtskraftwirkung gem. Art. 54 SDÜ i.V.m. Art. 50 GRC zu versagen. Dies wird man z.B. bei Entscheidungen nach § 154b StPO annehmen müssen.

De lege ferenda ist schließlich – im Anschluss an Burchard⁷² und Radtke⁷³ – der (wohl utopische) Appell an den Uniongesetzgeber zu richten, die Reichweite des europäischen *ne-bis-in-idem*-Prinzips durch einen Sekundärrechtsakt näher auszugestalten.

⁷² Burchard HRRS 2015, 26, 31.

⁷³ Radtke, in: Böse (Fn. 13), § 12 Rn. 32 a.E. u. Rn. 59.

HRRS-Praxishinweis: Nachteilsgrenze bei haftungsbeschränkten Gesellschaften?

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 11. Mai 1999 – 4 StR 110/99

Von RA FA Strafr Dr. Marcus Mosiek, Düsseldorf*

I. Inhalte der Entscheidung

1. Vermögensnachteil trotz Überschuldung

Der 4. Strafsenat des BGH hat in einem bereits betagten Beschluss aus dem Jahr 1999 entschieden (ohne dies weiter zu begründen), dass in Fällen, in denen pflichtwidrig nicht das Aktivvermögen einer GmbH vermindert, sondern die Gesellschaft mit einer Verbindlichkeit (bzw. einer entsprechenden konkreten Gefahr der Begründung einer Verbindlichkeit) belastet werde, ein Vermögensnachteil bzw. eine schadensgleiche Vermögensgefährdung im Sinne des § 266 StGB unabhängig davon eintreten könne, ob und in welchem Maße die GmbH zur Tatzeit bereits überschuldet gewesen sei.¹ Allein der Umstand, dass Überschuldung eingetreten ist, soll also nicht dazu führen, dass eine GmbH nicht (mehr) untreuerelevant geschädigt werden kann. Der Senat bewegt sich insoweit auf der Linie älterer Judikate – etwa des 3. Strafsenats² –, auf die er allerdings nicht ausdrücklich Bezug nimmt.

2. Vermögensnachteil nur in Höhe unbelasteter Vermögenswerte

Festgestellt wurde darüber hinaus, dass bei der pflichtwidrigen Eingehung von Verbindlichkeiten ein Vermögensnachteil bzw. eine schadensgleiche Vermögensge-

fährdung³ der GmbH nicht in Höhe des Nominalwertes der Verbindlichkeit entstehe, sondern nur in Höhe des Betrages, in dem die GmbH noch über unbelastete Vermögensgegenstände – einschließlich konkreter Erwerbssaussichten⁴ – verfüge.⁵ Zur Begründung dieses Teils der Entscheidung stützt sich der Senat auf § 13 Abs. 2 GmbHG, der bestimmt, dass für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen haftet, also nicht auch die hinter der GmbH stehenden Gesellschafter einstandspflichtig sind. In dem Beschluss heißt es hierzu wörtlich: „Ebenso wie der Wert einer Forderung gegen eine GmbH für die wirtschaftliche Betrachtung abnimmt, wenn das Unternehmen überschuldet ist und keine Aussicht auf Gesundung besteht, kann umgekehrt auch bei der Bemessung des Vermögensnachteils die Beschränkung der Haftung der GmbH auf ihr Vermögen nicht außer Betracht bleiben“.⁶ Oder anders formuliert: Ist Schuldner eine GmbH, deren Vermögen ganz oder teilweise aufgezehrt ist, soll sich bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht nur der „Wert“ der Forderung reduzieren, die sich gegen das Vermögen der GmbH richtet (und daher wertzuberichtig ist), sondern spiegelbildlich auch der „Wert“ der Verbindlichkeit, mit der das Vermögen der GmbH belastet ist (weshalb ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB nicht in

* Der Autor ist Partner der Sozietät *Thomas Deckers Wehnert Elsner (tdwe)* in Düsseldorf. Er dankt den Herren Rechtsanwälten Dr. *Jan Schlösser*, Berlin, und *Christoph Lepper*, LL.M., Düsseldorf, für die kritische Durchsicht des Manuskriptes.

¹ BGH NStZ 1999, 557 f. = StV 2000, 485 f.: „Für die Prüfung, ob der Angekl. der GmbH durch die Übernahme von Verpflichtungen einen die Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals erfüllenden Vermögensnachteil zugefügt hat, ist es ohne Belang, ob und in welchem Maße die GmbH zur Tatzeit bereits überschuldet war.“; zustimmend insoweit *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 120 („im Ergebnis richtig“); zum Nebeneinander von Untreue und Bankrott nach Aufgabe der „Interessentheorie“ vgl. BGH HRRS 2012 Nr. 730 = NJW 2012, 2366 ff.

² Vgl. BGHR § 266 Abs. 1 StGB Nachteil 21; BGH wistra 1991, 183.

³ Aus Vereinfachungsgründen findet im Weiteren nur der Begriff „Vermögensnachteil“ bzw. „Vermögensschaden“ Verwendung.

⁴ Zur Vermögensrelevanz von Exspektanzen ausführlich *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar, StGB*, 2. Aufl. (2015), § 263, Rn. 72 ff.

⁵ In casu ging es um die Unterzeichnung von abstrakten Schuldanerkennnissen bzw. Inhaberschuldverschreibungen im Nennwert von mehr als DM 100 Mio. und deren Übergabe an einen Dritten, der zugesagt hatte, damit Finanzierungen und Liquiditätszuflüsse zu organisieren. Zugrunde lagen unrealistische Wertgutachten über zwei Grundstücke, deren tatsächlicher („freier“) Wert (nach Abzug bestehender Belastungen) sich auf nur DM 795.000,00 belief. Über andere unbelastete Vermögensgegenstände verfügte die Gesellschaft, die zudem überschuldet war, nicht (mehr). Siehe zum Sachverhalt auch die Rechtsprechungsübersicht von *Achenbach* NStZ 2000, 524 ff., 526.

⁶ BGH NStZ 1999, 558; die Ausführungen des Senats beziehen sich auf die Strafzumessung, lassen sich ihrem Inhalt nach aber ohne Weiteres auf die Tatbestandsebene übertragen.

Höhe des Nominalwertes der Verbindlichkeit, sondern nur in Höhe etwa noch vorhandener unbelasteter Vermögensgegenstände eintreten soll). Erwägungen in diese Richtung hatte bereits der 2. Strafsenat des BGH in einem Urteil aus dem Jahr 1992 angestellt.⁷ Über die Frage musste seinerzeit jedoch nicht entschieden werden, weil eine Verurteilung wegen Untreue aus anderen Gründen nicht in Betracht kam.

II. Relevanz der Nachteilsgrenze

Die Aussagen des 4. Strafsenats insbesondere zur „Nachteilsgrenze“⁸ bei der GmbH, die zumeist Sachverhalte betreffen dürften, in denen sich das Unternehmen in einer wirtschaftlichen Schieflage befindet, haben weitreichende Folgen. Denn sie führen dazu, dass im Falle einer pflichtwidrigen Begründung von Verbindlichkeiten ein Untreue(gefährdungs)schaden bei der GmbH entweder überhaupt nicht vorliegt (bei Fehlen unbelasteter Vermögensgegenstände) oder nur begrenzt eintritt (in Höhe noch vorhandener freier Vermögensgegenstände). Sie lassen sich darüber hinaus sowohl auf andere Gesellschaftsformen – wie etwa die Aktiengesellschaft oder Genossenschaft – übertragen⁹, bei denen den Gläubigern ebenfalls nur das Gesellschaftsvermögen haftet und nicht auch die Gesellschafter einstandspflichtig sind (vgl. § 1 Abs. 1 AktG; § 2 GenG), als auch auf andere Straftatbestände¹⁰, die – wie der Betrug (§ 263 StGB) – einen Vermögensschaden tatbestandlich voraussetzen. Ihre genaue Kenntnis sollte daher zum Rüstzeug all derer gehören, die sich in der Praxis und/oder Wissenschaft mit dem Wirtschaftsstrafrecht befassen.

III. Unkenntnis und/oder Unbehagen in der Praxis

Die Realität sieht indessen anders aus. Erfahrungen aus der Praxis gehen dahin, dass die Rechtsprechung des 4. Strafsenats zur Begrenzung des Vermögensnachteils bei der Untreue in Strafjustiz und Anwaltschaft nicht selten unbekannt ist. Beruft man sich auf den Beschluss (etwa als Verteidiger), stößt dies zumeist auf Unglauben. Nahezu regelmäßig erfolgt flankierend der Hinweis auf ein rechtliches Störgefühl.

IV. Kritik des Schrifttums

Vereinzelt, aber von namhafter Seite, wird ein solches Störgefühl auch im Schrifttum¹¹ geteilt. Bedenken gegen

die Entscheidung haben namentlich *Fischer*¹², *Tiedemann/Rönnau*¹³ und *Soyka*¹⁴ angemeldet. Hingewiesen wird insbesondere darauf, dass das Freisein von Verbindlichkeiten einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert besitze. Dieser Wert werde bei der Eingehung von Verbindlichkeiten unabhängig davon zunichte gemacht (in nachteilsbegründender Weise), ob und in welchem Umfang freie Vermögensgegenstände noch vorhanden seien.¹⁵ Die Betrachtung des BGH verkenne diesen Befund und führe dazu, dass die GmbH in Fällen, in denen unbelastetes Vermögen nicht mehr vorhanden sei, unreuestrafrechtlich „schutzlos“ gestellt sei.¹⁶ Um einen limitierten (auf die Höhe freier Aktiva begrenzten) Vermögensnachteil begründen zu können, koppele sie zudem sachwidrig einzelne Aktivposten von der in der Krise allgemein vorzunehmenden Wertberichtigung ab.¹⁷ Im Ergebnis sei deshalb davon auszugehen, dass eine unreue-relevante Schädigung der Gesellschaft durch Eingehung von Verbindlichkeiten auch dann möglich sei – und zwar in Höhe des Nominalwertes der Verbindlichkeit –, wenn die Gesellschaft über kein freies Restvermögen mehr verfüge, also vermögenslos sei.¹⁸

V. Eigener Standpunkt

Die Kritik an der Sichtweise des 4. Strafsenats ist gewichtig. Dass ihre Folge – nämlich die Nichtanerkennung einer Begrenzung des Vermögensnachteils auf die Höhe unbelasteten Vermögens – zutreffend ist, ergibt sich ergänzend aus einer umfassenden wirtschaftlichen Schadensbetrachtung. Zwar hat der 4. Strafsenat dem Beschluss vom 11. Mai 1999 eine „wirtschaftliche Betrachtung“, die das BVerfG in seiner zeitlich nachfolgenden Untreue-Entscheidung aus dem Jahr 2010 mit Bin-

ger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 266, Rn. 56; *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. (2014), § 266, Rn. 204; ausführlicher *Achenbach* NStZ 2000, 524 ff., 526.

¹² *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 266, Rn. 114.

¹³ *Tiedemann/Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2015), vor §§ 82 ff., Rn. 6.

¹⁴ *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 75 f., 115 ff.

¹⁵ *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 120; *Tiedemann/Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2015), vor §§ 82 ff., Rn. 6; zum wirtschaftlichen Wert des Freiseins von Verbindlichkeiten vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 773, Rn. 12 = NStZ-RR 2011, 312 ff., 313; *Gaede*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar*, StGB, 2. Aufl. (2015), § 263, Rn. 70; aus der Zivilgerichtsbarkeit siehe ferner BGH NJW 1972, 1856 ff., 1857 f.; BGH NJW 1986, 581 ff., 582 f.; BGH NJW 2005, 981 f., 982 (wirtschaftliches Interesse [auch] des Vermögenslosen, nicht erneut mit Verbindlichkeiten belastet zu werden).

¹⁶ *Tiedemann/Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2015), vor §§ 82 ff., Rn. 6; *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 13 („strafrechtliches Freiwild“); der Sache nach wohl auch *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 266, Rn. 114.

¹⁷ *Tiedemann/Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2015), vor §§ 82 ff., Rn. 6; *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 123.

¹⁸ *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 124; *Tiedemann/Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2015), vor §§ 82 ff., Rn. 6.

⁷ BGH NJW 1992, 250 ff., 251; da die GmbH in casu vollständig vermögenslos war, gingen die Überlegungen sogar dahin, einen Vermögensnachteil insgesamt zu verneinen.

⁸ Begrifflichkeit nach *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 266, Rn. 114.

⁹ Vgl. auch *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 122 und 124, der weitergehend eine Übertragbarkeit auf natürliche Personen ventiliert.

¹⁰ Vgl. *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 120 (Übertragung auf Betrug und Erpressung).

¹¹ Soweit die Entscheidung im Schrifttum überhaupt Berücksichtigung findet, wird zumeist nur leitsatzartig auf deren Kernaussage hingewiesen; vgl. etwa *Saliger*, in: Satz-

dungswirkung¹⁹ für alle Gerichte und Behörden ausdrücklich angemahnt hat,²⁰ bereits zugrunde gelegt.²¹ Dabei wurde allerdings nicht berücksichtigt, dass das Freisein von Verbindlichkeiten einen eigenen wirtschaftlichen Wert unabhängig davon hat, wie sich die Vermögenssituation im Übrigen gestaltet.²² Bezieht man diesen – in ökonomischer Hinsicht wesentlichen – Gesichtspunkt in die wirtschaftliche Betrachtung mit ein, spricht vieles dafür, dass ein aus der pflichtwidrigen Eingehung von Verbindlichkeiten resultierender Vermögensnachteil (Gefährdungsschaden) nicht zu begrenzen ist (auf die Höhe des Betrages, in dem die Gesellschaft noch über unbelastete Vermögensgegenstände verfügt), sondern in voller Höhe des Nominalwertes der Verbindlichkeit eintritt. In dieselbe Richtung weist das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB), das in allen Fragen der Bilanzierung und Bewertung zu beachten ist.²³

VI. Fortgeltung der BGH-Rechtsprechung bis heute

Der BGH hat die Streitfrage – trotz der ernst zu nehmenden Kritik des Schrifttums – bis heute nicht nochmals aufgegriffen. Höchststrichterliche Folgeentscheidungen, die sich mit der Thematik ausdrücklich auseinandersetzen,

¹⁹ Vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG; zur „Reichweite und Bindungswirkung der Verfassungsgerichtsentscheidungen zu Schaden und Nachteil bei Betrug und Untreue“ ausführlich *Krehl*, in: *Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg* (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens* (2015), S. 133 ff.

²⁰ BVerfG HRRS 2010 Nr. 656, Rn. 113 ff. = NJW 2010, 3209 ff., 3215 f.; siehe ferner *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *StGB* (2013), § 263, Rn. 159; offen(er) gegenüber einer Normativierung des Vermögens- und Schadensbegriffs etwa *Fischer*, in: *Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg* (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens* (2015), S. 51 ff.; ein aktueller Überblick zu den jüngeren Entscheidungen des BVerfG zur Untreue findet sich bei *Schwerdtfeger*, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten* (2016), S. 50 ff.

²¹ BGH NStZ 1999, 557.

²² Siehe vorstehend unter IV.

²³ Vgl. *Tiedchen*, in: *Münchener Kommentar Bilanzrecht* (2013), § 252 HGB, Rn. 48; *Winkeljohann/Büssow*, in: *Beck'scher Bilanzkommentar*, 10. Aufl. (2016), § 252 HGB, Rn. 30; für die Heranziehung handelsrechtlicher Bilanzierungsprinzipien bei der Schadensfeststellung im Strafrecht BVerfG HRRS 2010 Nr. 656, Rn. 110 ff., 116 ff. = NJW 2010, 3209 ff., 3215, 3219 ff.; BGH HRRS 2009 Nr. 318, Rn. 13 = BGHSt 53, 199 ff., 203; *Hefendehl*, in: *Münchener Kommentar StGB*, 2. Aufl. (2014), § 263, Rn. 29 ff., 497 ff.; kritisch gegenüber einer streng bilanzrechtsakzessorischen Vermögensbewertung und daher gegen einen Rückgriff auf das Vorsichtsprinzip etwa *Kempf*, in: *Festschrift für Volk* (2009), S. 231 ff., 240 ff.; *Becker* HRRS 2009, S. 334 ff., 337 ff.; *derselbe* HRRS 2010, 383 ff., 390 f.; zurückhaltend auch *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar, StGB*, 2. Aufl. (2015), § 263, Rn. 109; nach Ansicht des *Verf.* ist mit *Bittmann* NStZ 2012, 57 ff., 63, weiterhin davon auszugehen, dass „die noch zu leistende Aufgabe an(steht), die betriebswirtschaftlichen Bewertungsregeln daraufhin abzuklopfen, ob und inwieweit sie von ihrer Sachstruktur her für die Bewertung des Schadens/Nachteils fruchtbar gemacht werden können.“

liegen – soweit ersichtlich – nicht vor.²⁴ Entsprechendes gilt für die Rechtsprechung der Amtsgerichte, Landgerichte und Oberlandesgerichte. Die Grundsätze, die der 4. Strafsenat vor mehr als 15 Jahren aufgestellt hat, stehen damit weiterhin maßgeblich im Raum.

VII. Auswirkungen für die Praxis

Die im Wirtschaftsstrafrecht tätigen Anwälte (sei es als Verteidiger oder Berater auf der „Angreiferseite“) haben sich darauf ebenso einzurichten wie Staatsanwaltschaften und Gerichte. Für die Praxis bedeutet dies, dass in den einschlägigen Fällen besonderes Augenmerk auf das Nachteilsmerkmal zu legen ist. Stets ist sorgfältig darauf zu achten, dass Feststellungen dazu getroffen werden, ob und bejahendenfalls in welcher Höhe unbelastete Vermögensgegenstände – einschließlich konkreter Erwerbssansichten (deren Existenz nicht immer einfach zu beurteilen ist) – zur Tatzeit (noch) vorgelegen haben. Abhängig von der eigenen Verfahrensrolle und Perspektive kann es darüber hinaus angezeigt sein, sich mit dem Beschluss des 4. Strafsenats kritisch auseinanderzusetzen oder gar den Versuch zu unternehmen, die Streitfrage einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen.²⁵ Die Einwände aus dem Schrifttum bieten hierfür eine tragfähige Grundlage. In diesem Zusammenhang gilt: „(N)ichts ist fruchtbarer als ein anregender Gedankenaustausch zwischen Praktikern und Wissenschaftlern. Auch die Praktiker sind ja Wissenschaftler, weil sie an der schöpferischen Entwicklung des Rechts großen und oft entscheidenden Anteil haben. Und die Wissenschaftler sind immer auch Praktiker, indem sie für juristisch relevante Lebensvorgänge umsetzbare Problemlösungen zu entwickeln versu-

²⁴ Hinzuweisen ist allerdings auf die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 13. Januar 2009 – 1 StR 399/08 (= *wistra* 2009, 273), die den Fall einer „GmbH & Co. KG“-Untreue zum Gegenstand hatte. Der BGH nahm einen Vermögensnachteil der Komplementär-GmbH an, weil diese nach den Regelungen des HGB für die pflichtwidrig herbeigeführten Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KG zu haften hatte, nachdem dort Überschuldung eingetreten war (vgl. hierzu allgemein *Hadamitzky*, in: *Müller-Gugenberger* [Hrsg.], *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl., § 32, Rn. 187b). Trotz der Feststellung, dass das Gesellschaftsvermögen der Komplementär-GmbH ausschließlich in einer Beteiligung an der GmbH & Co. KG bestand – die wegen Überschuldung der GmbH & Co. KG wertlos geworden sein dürfte, was wiederum den Schluss nahe legt, dass die GmbH über unbelastete Vermögenswerte nicht mehr verfügte –, verhielt sich der 1. Strafsenat mit keinem Wort zu einer etwaigen Nachteilsrestriktion, die nach der Doktrin des 4. Strafsenats (die in der Entscheidung ebenfalls keine Erwähnung findet) hätte Anwendung finden müssen. Eine abschließende Bewertung und Einordnung der Entscheidung des 1. Strafsenats ist aus Sicht des *Verf.* nicht möglich, weil sich die Begründung des Beschlusses im Wesentlichen darauf beschränkt, auf die Antragsschrift des Generalbundesanwalts Bezug zu nehmen, ohne deren Inhalt mitzuteilen. Bei den wenigen vom Senat „ergänzend“ ausgeführten Sätzen dürfte es sich zudem weitestgehend um nicht tragende Erwägungen handeln. Anders *Tiedemann/Rönnau*, in: *Scholz, GmbHG*, 11. Aufl. (2015), vor §§ 82 ff., Fußnote 5 zu Rn. 6, die die Entscheidung zum Beleg ihrer Auffassung anführen, dass „die GmbH auch bei Vermögenslosigkeit i.S. des Untreuetatbestandes weiter geschädigt“ werden könne.

²⁵ So etwa für den anwaltlichen Berater eines Mandanten in der Position des „Angreifers“.

chen. Freilich haben beide ‚Parteien‘ – Praktiker wie Wissenschaftler – ihre eigene Herangehensweise und ihren eigenen Blickwinkel. Gerade dieser Umstand aber fördert kreative Einsichten“.²⁶ Ganz im Sinne dieser Feststellun-

²⁶ Roxin, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009 (2010), S. 101 ff., 101.

gen Claus Roxins und auch des erklärten Anspruchs der HRRS, „dem Austausch zwischen Praxis und Wissenschaft ein Forum zu sein“²⁷, mag der vorliegende Kurzbeitrag als Aufruf an die Wissenschaft und Praxis verstanden werden, sich einer bislang vernachlässigten Fragestellung mit praktischer Relevanz für das Wirtschaftsstrafrecht intensiver zuzuwenden.

²⁷ <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/ueber/publizieren.php>.

Aufsätze und Anmerkungen

Gerichtliche Beweiserhebung im Zwischenverfahren

Von Richter Sebastian Beining, Düsseldorf

Am 30.03.2016 hat das Landgericht Duisburg abgelehnt, das Hauptverfahren im sogenannten „Loveparade-Verfahren“ zu eröffnen. In seinem Beschluss schrieb es, dass die Anklage auf ein Sachverständigengutachten gestützt sei, welches nicht verwertet werden könne und andere Beweismittel nicht zur Verfügung stünden. Zu weiteren Ermittlungen sei die Kammer weder verpflichtet noch berechtigt¹. Dies gibt — losgelöst vom vorliegenden Einzelfall — Anlass, sich die Ermittlungsmöglichkeiten des Gerichts im Zwischenverfahren vor Augen zu führen.

I. Vorab – Das Zwischenverfahren

Erhebt die Staatsanwaltschaft Klage, geht das Ermittlungsverfahren in das Zwischenverfahren über, welches in den §§ 199-211 StPO geregelt ist.

Hier ist der Angeschuldigte darüber zu unterrichten, was ihm vorgeworfen wird, indem ihm die Anklageschrift mitgeteilt wird, § 201 Abs. 1 S. 1 StPO. Ihm wird rechtliches Gehör gewährt und die Gelegenheit gegeben, den hinreichenden Tatverdacht zu widerlegen oder zumindest abzuschwächen sowie seine Verteidigung vorzubereiten.²

Daneben prüft das Gericht im Zwischenverfahren, ob es einen hinreichenden Tatverdacht bejaht, also annimmt, dass es den Angeklagten am Ende des Verfahrens verurteilen wird. Eine Hauptverhandlung soll nur stattfinden, wenn neben der Staatsanwaltschaft auch das unabhängige Gericht die weitere Strafverfolgung als zulässig und notwendig bestätigt. Angeschuldigter und Justiz sind vor

einer ungerechtfertigten Hauptverhandlung zu schützen.³ Die Eröffnungsentscheidung am Ende des Zwischenverfahrens soll deshalb erkennbar aussichtslose Fälle ausfiltern, ohne der Hauptverhandlung in hochsensiblen Beweisfragen vorzugreifen.⁴

II. Die Beweiserhebung im Zwischenverfahren

Bevor das Gericht entscheidet, ob es das Hauptverfahren eröffnet, kann es schon im Zwischenverfahren Beweise erheben, § 202 S. 1 StPO. Es sind hierbei allerdings Besonderheiten zu beachten.

1. Möglichkeit einer Beweiserhebung

Im Zwischenverfahren dürfen nur solche Beweise erhoben werden, die für die Eröffnungsentscheidung des Gerichts bedeutsam sind.⁵ Daher kommt die Beweiserhebung nur in den folgenden Fällen in Betracht: Es besteht ein hinreichender Tatverdacht, doch dieser könnte durch das Beweisergebnis jedenfalls teilweise beseitigt werden. Oder der Tatverdacht ist noch nicht hinreichend, doch er könnte sich durch das Beweisergebnis dahingehend verdichten. Demgegenüber sind im Zwischenverfahren keine Beweise zu erheben, um einen schon hinreichenden Tatverdacht noch weiter zu erhärten oder sich von der Täterschaft des Angeschuldigten zu überzeugen — dies ist Aufgabe der Hauptverhandlung.⁶

¹ Presseinformation des Landgericht Duisburg vom 05. April 2016, „Hintergrund: Auszug aus dem Nichteröffnungsbeschluss der 5. Großen Strafkammer“, S. 8, 22.

² Paeffgen in: SK-StPO, Band IV, 5. Aufl. (2015), Vor §§ 198 ff. Rn. 5, § 291 Rn. 2; Schneider, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 202 Rn. 1, 12; historisch so schon: Stenglein GS 41 (1889), 81, 86.

³ Paeffgen a.a.O. (Fn. 2), Vor §§ 198 ff. Rn. 5.

⁴ BGH, BeckRS 2010, 10962, Rn. 60 = HRRS 2010 Nr. 776, Rn. 58; OLG Saarbrücken, NStZ-RR 2009, 88; Rieß JURA 2002, 735, 736; Schneider a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 5; Stuckenberg in: Löwe-Rosenberg, Band 5, 26. Aufl. (2008), § 203 Rn. 13.

⁵ Schneider, a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 4.

⁶ OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 01171; Paeffgen NStZ 2002, 281, 283; Stuckenberg a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 3.

§ 202 S. 1 StPO ist restriktiv auszulegen. Die Beweiserhebung im Zwischenverfahren dient nicht dazu, offensichtliche Mängel des Ermittlungsverfahrens zu beheben.⁷ Nicht erhoben werden dürfen Beweise daher mit dem Ziel, einen nach Aktenlage nicht bestehenden Tatverdacht überhaupt erst zu begründen.⁸ Auch kann es sich bei der Beweiserhebung im Zwischenverfahren nicht um eine umfangreiche und zeitintensive Nachforschung handeln.⁹ Schon der Wortlaut des § 202 S. 1 StPO sagt, dass das Gericht nur „einzelne“ Beweise erheben kann. Raum ist daher nur für Ermittlungen, die den — durch die Staatsanwaltschaft bereits weitgehend aufgeklärten — Sachverhalt ergänzen. Hingegen dürfen nicht erhebliche Teile des Ermittlungsverfahrens nachgeholt werden.¹⁰

Denn die Ermittlungsbehörde, die den Sachverhalt dahingehend erforscht, ob ein hinreichender Tatverdacht besteht, ist nach der Strafprozessordnung die Staatsanwaltschaft, § 152 Abs. 1, § 160 Abs. 1 StPO.¹¹ Dass das Zwischenverfahren beginnt, ändert hieran nichts; das Gericht löst die Staatsanwaltschaft nicht in der Funktion der Ermittlungsbehörde ab.¹²

Es gilt: Vernimmt das Gericht im Zwischenverfahren erstmals den Hauptbelastungszeugen, um zu erfahren ob dieser den Tatwurf bestätigt, dann ist dies keine (nur) ergänzende Beweiserhebung.¹³ Gleiches gilt, wenn mehrere Zeugen (nach-) vernommen werden müssen, da diese zu einem wichtigen Aspekt aussagen könnten.¹⁴ Eine ergänzende Beweiserhebung im Zwischenverfahren stellt es auch nicht dar, wenn ein umfangreiches Rechtshilfeersuchen an einen anderen Staat zu richten sowie Kontenbewegungen und Finanzverhältnisse des Angeeschuldigten intensiv aufzuarbeiten sind¹⁵ oder wenn die erforderlichen Tatsachen beschafft werden müssen um einen Schaden zu berechnen statt ihn — wie bis dahin — lediglich zu schätzen¹⁶. Statt derart umfangreich selbst zu ermitteln, hat das Gericht bei der Staatsanwaltschaft anzuregen die Anklage zurückzunehmen oder — wird dies verweigert — abzulehnen die Hauptverhandlung zu eröffnen.¹⁷

Umstritten ist, ob das Gericht eine ihm mögliche ergänzende Beweiserhebung im Zwischenverfahren durchführen muss. Weil sich aus dem Wortlaut des § 202 StPO („kann“) keine Ermittlungspflicht herleiten lässt, wird dies teilweise abgelehnt.¹⁸ Doch wenn das Gericht im

Zwischenverfahren erkennt, dass eine nahe liegende einzelne Untersuchungshandlung einen hinreichender Tatverdacht auszüräumen vermag, dann darf es dem Angeschuldigten keine Hauptverhandlung zumuten; sein Durchführungsermessens reduziert sich auf Null. Gleiches gilt umgekehrt, wenn durch die ergänzende Beweiserhebung die Schwelle zum hinreichenden Tatverdacht überschritten werden kann.¹⁹

2. Anordnung einer Beweiserhebung

Bevor das Gericht eine Beweiserhebung anordnete, sollte es dem Angeschuldigten die Anklageschrift mitteilen und abwarten, ob dieser sich zu hierzu erklärt, § 201 Abs. 1 S. 1 StPO. Ergeben sich aus einer Erklärung nämlich Gesichtspunkte, die weitere Aufklärungsmaßnahmen erfordern, so können diese zeitgleich erfolgen.²⁰ Wird die Beweiserhebung — ausnahmsweise — bereits zuvor angeordnet, ist diese gleichwohl wirksam und verbindlich.²¹

Zu dem beabsichtigten Beweisbeschluss muss das Gericht weder die Staatsanwaltschaft noch den Angeschuldigten anhören.²² Denn es ist — ebenso wie in der Hauptverhandlung — unabhängig von den Anträgen und Wünschen der Verfahrensbeteiligten verpflichtet, den Sachverhalt aufzuklären; Beweise sind gegebenenfalls sogar gegen deren Willen zu erheben.²³ Eine Anhörung wäre daher unnütz-formalistisch und es genügt, den Prozessbeteiligten die Beweisordnung mitzuteilen.²⁴

Weil die Beweiserhebung außerhalb der Hauptverhandlung angeordnet wird, beschließt das Gericht sie in der Besetzung, die § 30 Abs. 2, § 76 Abs. 1, § 122 Abs. 1 GVG vorschreibt.²⁵

3. Durchführung einer Beweiserhebung

Der Beweis wird im sogenannten Freibeweisverfahren erhoben,²⁶ denn das förmliche Strengbeweisverfahren ist nur für Fragen vorgeschrieben, die für den Urteilspruch zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage bedeutsam sind.²⁷ Der Freibeweis ist nicht gesetzlich geregelt; wie sich das Gericht von der Freibeweis-Tatsache überzeugt, liegt in seinem Ermessen. Weder in der Wahl der Beweismittel, noch in der Form der Beweisaufnahme oder der Art, wie

⁷ Meyer-Goßner NJW 1970, 415, 416.

⁸ LG Köln StV 2007, 572; Seidl, in: Kleinknecht/ Müller/ Reitberger (Hrsg.), StPO, 63. EL (2012), § 202 Rn. 1 f.

⁹ OLG Karlsruhe wistra 2004, 276 = StV 2004, 325.

¹⁰ Schneider a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 2; Paeffgen NStZ 2002, 281, 282; Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 4.

¹¹ Griesbaum in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 160 Rn. 1, 19; Strate, StV 1985, 337; Zöllner in: Gercke/ Julius/ Temming (Hrsg.), StPO, 5. Aufl. (2012), § 160 Rn. 1, 7.

¹² Siewert/Mattheus DRiZ 1993, 353, 356.

¹³ AG Berlin-Tiergarten BeckRS 2007, 10685.

¹⁴ LG Berlin NStZ 2003, 504; AG Gummersbach StV 2015, 165, 166.

¹⁵ OLG Karlsruhe wistra 2004, 276 = StV 2004, 325.

¹⁶ OLG Celle StV 2012, 456, 457.

¹⁷ Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 4.

¹⁸ Siewert/Mattheus DRiZ 1993, 353, 356; dagegen für eine schon bestehende Prüfungspflicht und eine klarstellende

Änderung des Wortlauts: Grünwald, 50. DJT 1974, C49; Römer, 50. DJT 1974, K28.

¹⁹ Paeffgen a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 2; Schneider, a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 3; Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 5; differenzierend: Meyer-Goßner, in: ders./ Schmidt (Hrsg.), StPO, 59. Aufl. (2016), § 202 Rn. 1.

²⁰ Paeffgen a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 5; Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 10.

²¹ OLG Celle MDR 1966, 781.

²² Seidl, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 8; Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 10.

²³ Krehl, KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 244 Rn. 32.

²⁴ Seidl, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 8.

²⁵ Paeffgen a.a.O. (Fn. 2), § 199 Rn. 15; Seidl, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 6; Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 9.

²⁶ Paeffgen a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 6; Seidl, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 10; Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 15.

²⁷ Krehl, a.a.O. (Fn. 23), § 244 Rn. 8.

es die Beweismittel benutzt, wird das Gericht durch die Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit eingeschränkt.²⁸

Das Gericht kann die Beweise selbst erheben alternativ Staatsanwaltschaft oder Polizei darum bitten.²⁹ Hierbei handelt es sich nicht um die Vollstreckung einer richterlichen Entscheidung nach § 36 Abs. 2 StPO. Vielmehr wird die ersuchte Behörde dann im Rahmen der Amtshilfe tätig; ob sie hierzu verpflichtet ist, richtet sich nach den für die Amtshilfe geltenden Grundsätzen.³⁰

Nachdem der Beweis erhoben wurde und bevor das Gericht entscheidet, ob es das Hauptverfahren eröffnet, hat es den Prozessbeteiligten zum Ergebnis der Beweisaufnahme rechtliches Gehör zu gewähren, § 33 Abs. 2, 3, § 397 Abs. 1 S. 4 StPO.³¹

4. Verteidigung gegen eine Beweiserhebung

Der Beschluss, mit dem das Gericht eine Beweiserhebung im Zwischenverfahren anordnet, kann grundsätzlich nicht angefochten werden, § 202 S. 2 StPO. Zieht das Gericht einen Sachverständigen hinzu, kann auch nicht gerügt werden, es habe diesen falsch ausgewählt.³² Ausnahmsweise kann man den Beschluss aber anfechten, wenn die angeordnete Beweisaufnahme unzulässig ist,

²⁸ BGHSt 16, 164, 166; *Krehl*, a.a.O. (Fn. 23), § 244 Rn. 16.

²⁹ differenzierend: *Schneider*, a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 8.

³⁰ *Paeffgen* a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 7; *Strate* StV 1985, 337, 340; *Stuckenberg*, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 16 ff.

³¹ *Rieß* JURA 2002, 735, 737; *Seidl*, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 14; *Stuckenberg*, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 20.

³² OLG Düsseldorf VRS 80, 353.

insbesondere wenn sie den Angeschuldigten in seinen Grundrechten verletzen würde³³. Zulässig ist dann die einfache Beschwerde gemäß § 304 StPO.³⁴

Wenn das Gericht im Zwischenverfahren Beweise erhebt, kann dies die Besorgnis begründen, es sei befangen. Dies kommt in Betracht, wenn die Beweisaufnahme unzulässig ist oder wenn nicht lediglich ergänzend Beweis erhoben wird, sondern so umfangreich, dass der Eindruck entsteht, das Gericht wolle um jedem Preis verurteilen.³⁵

Die Revision kann auf einen Verstoß gegen § 202 StGB nur gestützt werden, wenn sich dieser in der Hauptverhandlung auswirkt. Wurde etwa ein Zeuge im Zwischenverfahren richterlich vernommen und der Beschuldigte hiervon entgegen § 168c Abs. 2, 5 StPO nicht benachrichtigt, so infiziert dieser Fehler die Hauptverhandlung, falls das Protokoll der Vernehmung dort verlesen wird.³⁶ Nicht erfolgreich wäre hingegen der Vorwurf, das Gericht hätte im Zwischenverfahren entlastende Beweise erheben müssen, um eine Eröffnung des Hauptverfahrens zu vermeiden.³⁷

³³ OLG Köln BeckRS 2004, 18638; OLG Hamm NJW 1974, 713.

³⁴ OLG Celle JZ 1954, 199; *Paeffgen* a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 9; *Schneider*, a.a.O. (Fn. 2), § 202 Rn. 11; *Stuckenberg*, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 21.

³⁵ RGSt 65, 322, 329; *Seidl*, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 16; *Siewert/Mattheus* DRiZ 1993, 353, 356; *Stuckenberg*, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 21.

³⁶ BGH Urt. v. 15.12.1976 nach *Holtz*, MDR 1977, 458, 461.

³⁷ *Seidl*, a.a.O. (Fn. 7), § 202 Rn. 17; *Stuckenberg*, a.a.O. (Fn. 4), § 202 Rn. 22.

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.

731. EuGH C-241/15 – Urteil des EuGH (Zweite Kammer) vom 1. Juni 2016 (Niculaie Aurel Bob-Dogi)

Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen: RB 2002/584/JI Europäischer Haftbefehl (Pflicht zur Aufnahme von Angaben über das Vorliegen eines ‚Haftbefehls‘ in den Europäischen Haftbefehl; Fehlen eines vorhergehenden nationalen Haftbefehls, der nicht mit dem Europäischen Haftbefehl identisch ist; gegenseitige Anerkennung; zweistufiger Schutz der Verfahrensrechte und der Grundrechte: Rechtsschutz).

Art. 8 Abs. 1 Buchst. c RBEuHB; Art. 3 RBEuHB; Art. 4 RBEuHB; Art. 4a RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Art. 51 GRC

732. BVerfG 1 BvR 1791/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2016 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart)

Strafbarkeit wegen Nichtbefolgung einer Auflage bei einer Versammlung (Grundrecht der Versammlungsfreiheit; inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auflage durch die Strafgerichte; Verhältnismäßigkeit; keine feste Relation von Ordnern und Versammlungsteilnehmern; Unzumutbarkeit der Auflagenerfüllung; Erfordernis der Substantiierung durch den Veranstalter).

Art. 8 GG; § 15 VersammlG; § 25 Nr. 2 VersammlG

733. BVerfG 1 BvR 2646/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2016 (KG / LG Berlin)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (Schutz von Werturteilen; Zulässigkeit polemischer und überspitzter Kritik; grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; Entbehrlichkeit einer Abwägung bei Schmähkritik; enge Auslegung der Schmähkritik; Strafbarkeit ausfallender Ehrbeeinträchtigung einer Staatsanwältin durch einen Verteidiger; Abwägungsverzicht gleichwohl nur bei eindeutig fehlendem Verfahrensbezug).

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

734. BVerfG 1 BvR 2732/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2016 (Thüringer OLG / AG Sonneberg)

Schutz der Meinungsfreiheit und Herabsetzung eines Polizeibeamten (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung

und Werturteil; üble Nachrede und Beleidigung; Bewertung im Gesamtkontext; Erforderlichkeit einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht).

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

735. BVerfG 2 BvR 435/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juli 2016 (OLG Hamm / LG Paderborn)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; steigende Anforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; ungünstige Behandlungsprognose; Abgrenzung zur Sicherungsverwahrung; kein vollständiges Zurücktreten des Besserungszwecks hinter der Sicherung); Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

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

736. BVerfG 2 BvR 857/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Juli 2016 (LG Bielefeld)

Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör im Verfahren über die Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss (Möglichkeit der Äußerung zu einer Stellungnahme der Staatsanwaltschaft; Heilung eines Gehörsverstoßes im Anhörungsrügeverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33 StPO

737. BVerfG 2 BvR 1710/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Münster / AG Bocholt)

Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss (Verfassungsverstoß bei vollständigem Fehlen einer Umschreibung des Tatvorwurfs; keine Nachbesserung im Beschwerdeverfahren; Funktion des Richtervorbehalts).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

738. BGH 3 StR 128/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Duisburg)

Mittelbare Falschbeurkundung bei Eintragung einer Kapitalerhöhung (Handelsregister; öffentliches Register; öffentlicher Glaube; Beweiskraft für und gegen jedermann; Abgabe der Erklärung; keine Erstreckung auf Richtigkeit des Inhalts; Publizität; Prüfungsintensität des Registergerichts); Aufklärungshilfe.
§ 271 StGB; § 188 AktG; § 15 HGB; § 46b StGB

739. BGH 3 StR 137/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung des vertypen Strafmilderungsgrundes der Aufklärungshilfe.
§ 46b StGB

740. BGH 3 StR 138/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Trier)

Verurteilung wegen Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (keine Feststellung des Wirkstoffgehalts; Anzahl von Ecstasy-Tabletten; keine Rückschlüsse auf Wirkstoffgehalt; Schätzung; Mengenangaben; Verstoß gegen Doppelverwertungsverbot wegen strafschärfender Berücksichtigung des Gewinnstrebens).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

741. BGH 3 StR 2/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Trier)

Sichverschaffen von Falschgeld (Gewahrsamsbegründung trotz Anwesenheit eines verdeckt ermittelnden Polizeibeamten; Tatmehrheit; selbständige Taten bei mehreren Falschgeldmengen trotz Lieferung an einen Abnehmer); Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung.
§ 146 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB

742. BGH 3 StR 2/16 – Beschluss vom 16. Juni 2016 (LG Trier)

Gewerbsmäßige Geldfälschung (Gewerbsmäßigkeit als strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal); rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung.
§ 146 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 64 StGB

743. BGH 3 StR 22/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Osnabrück)

Konkurrenzverhältnis zwischen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen und gefährlicher Körperverletzung (abstrakte und konkrete Gefährungsdelikte; Verdrängung; Subsidiarität; Identität der geschützten Rechtsgüter).
§ 225 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

744. BGH 3 StR 54/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Düsseldorf)

Natürliche Handlungseinheit (unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen zwei deliktischen Handlungen); Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage (Hehlerei; Diebstahl; Wahlfeststellung); Postpendenzfeststellung.
§ 52 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

745. BGH 3 StR 54/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Düsseldorf)

Erforderlichkeit eines Freispruchs bei fehlendem Nachweis aller nach Anklage in Tatmehrheit begangener Delikte.

§ 260 StPO

746. BGH 3 StR 154/16 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Annahme der Voraussetzungen eines schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern.
§ 176 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

747. BGH 3 StR 202/16 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Osnabrück)

Zum Einschlagen einer Glasvitrine verwendete Spaltaxt als mitgeführtes gefährliches Werkzeug beim schweren Raub.
§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB

748. BGH 3 StR 206/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Kleve)

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

749. BGH 3 StR 358/15 – Beschluss vom 4. Mai 2016 (LG Düsseldorf)

Gesetzlicher Richter (nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung; anhängige Verfahren; Aneinanderreihung von Einzelzuweisungen; Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs; Beschleunigungsgrundsatz); Einschleusen von Ausländern (Beendigungszeitpunkt bei den Einreisedelikten; psychische Beihilfe; Bandenabrede; Deliktsserie; uneigentliches Organisationsdelikt; Handlungseinheit; Handlungsmehrheit; Straflosigkeit der Unterstützung von Ausländern bei der Ausreise).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 95 AufenthG; § 96 AufenthG; § 52 StGB; § 53 StGB

750. BGH 3 StR 392/15 – Beschluss vom 4. Mai 2016 (LG Rostock)

Verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen (Unterstützung eigener oder fremder Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze; bloßes Leugnen der Freiheit von fremder Botmäßigkeit); kurze Verjährung nach Landespresserecht bei Beleidigung (Presseinhaltsdelikt; Druckwerke; Möglichkeit der Bereitstellung einer vermehrbaren Vielzahl von Vervielfältigungen).
§ 90b StGB; § 92 StGB; § 185 StGB; § 6 Abs. 1 LPrG MV; § 22 Abs. 1 LPrG MV

751. BGH 3 StR 540/15 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Koblenz)

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

752. BGH 5 StR 48/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Berlin)

Besorgnis der Befangenheit (Unverzüglichkeitsgebot; Überlegungsfrist; nicht erbrachter Beweis der Wahrscheinlichkeit des Ablehnungsgrundes; keine Geltung des Zweifelssatzes; keine unzulässige Einführung neuer Beweismittel im Revisionsverfahren bei Einholung dienstlicher Äußerungen im Freibeweisverfahren).
§ 24 StPO; § 25 StPO; § 338 Abs. 1 Nr. 3 StPO

753. BGH 5 StR 83/16 – Urteil vom 21. Juni 2016 (LG Hamburg)

Strafzumessung (revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Annahme eines minder schweren Falles beim schweren Raub; Grenzen der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Strafzumessungsentscheidung; drohende Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs); Aufklärungshilfe.
§ 250 StGB; § 46 StGB; § 46b StGB

754. BGH 5 StR 134/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Berlin)

Teileinstellung des Verfahrens.
§ 154 Abs. 2 StPO

755. BGH 5 StR 138/16 – Beschluss vom 22. Juni 2016 (LG Dresden)

Erforderlichkeit der Notwehrhandlung bei lebensgefährlichem Waffeneinsatz (mildestes Abwehrmittel; objektive ex ante-Betrachtung; Erfolgsaussicht des milderen Mittels; effektive und sichere Abwehr; Zumutbarkeit des Fehlschlagsrisikos; sichere Feststellungen; zugespitzte Kampfsituation).
§ 32 StGB

756. BGH 5 StR 141/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Berlin)

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

757. BGH 5 StR 146/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Neuruppin)

Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Abgrenzung zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bei Veräußerung lediglich einer Teilmenge; Wirkstoffgehalt; Konkurrenzen).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG

758. BGH 5 StR 152/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Anforderungen an die Verurteilung wegen Verdeckungsmordes bei lediglich bedingtem Tötungsvorsatz.
§ 211 StGB

759. BGH 5 StR 153/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Berlin)

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

760. BGH 5 StR 166/16 – Urteil vom 7. Juli 2016 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (enger situativer, räumlicher und zeitlicher Zusammenhang; einheitlicher Tatplan; straffer Zusammenzug; Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter); Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Strafzumessung.
§ 54 StGB

761. BGH 5 StR 98/16 – Urteil vom 22. Juni 2016 (LG Dresden)

BGHSt; Verknüpfung von qualifizierter Nötigung und Wegnahme beim Raub (subjektiv-finaler Zusammenhang; nötigungsbedingte Schwächung der Verteidigungsbereitschaft/-fähigkeit des Gewahrsamsinhabers; zeitlicher und örtlicher Zusammenhang; Irrtum über den Finalverlauf; allgemeine Lebenserfahrung; Vorhersehbarkeit).
§ 249 StGB

762. BGH 5 StR 170/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Cottbus)

Gewerbsmäßiges Handeln bei Betrug und Urkundenfälschung (rechtsfehlerhafte unterlassene Prüfung des aufgrund gewichtiger Strafmilderungsgründe naheliegenden Entfalles der Indizwirkung des Regelbeispiels); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (nicht erledigte Freiheitsstrafe; Zäsurwirkung).
§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 55 StGB

763. BGH 5 StR 174/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Flensburg)

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

764. BGH 5 StR 183/16 – Urteil vom 21. Juni 2016 (LG Berlin)

Rechtskraft des Schuldspruchs nach Ablauf der Revisionsfrist bei der auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Revision (keine ausnahmsweise untrennbare Verknüpfung von Schuldspruch und Strafzumessung).
§ 341 StPO; § 318 StPO

765. BGH 5 StR 194/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Lübeck)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Strafraumenverschiebung bei alkoholbedingter Verminderung der Schuldfähigkeit (keine uneingeschränkte Vorwerfbarkeit der Trunkenheit bei alkoholkrankem Täter).
§ 21 StGB; § 49 StGB

766. BGH 5 StR 198/16 – Beschluss vom 22. Juni 2016 (LG Bremen)

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (geschützter räumlicher Bereich; Fehlen eines von außen zu überwindenden Sichtschutzes; Anwesenheit von Täter und Opfer im selben Raum).
§ 201a StGB

767. BGH 5 StR 210/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Potsdam)

Unzulässige Verfahrensrügen (Vortrag der Verfahrenstatensachen; Rüge der Verhandlung in Abwesenheit; Inbegriffsrüge; Beweisantragsrüge; Benennung eines Beweisziels anstelle bestimmter Tatsachen).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

768. BGH 5 StR 214/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Nicht ausreichend belegte Schuldunfähigkeit bei Anordnung der Unterbringung in psychiatrischem Krankenhaus (fehlende Erörterung der Auswirkungen einer paranoid-halluzinatorischen Schizophrenie; regelmäßig kein Schuldausschluss wegen gleichzeitig fehlender Unrechtseinsicht und fehlender Steuerungsfähigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

769. BGH 5 StR 222/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Berlin)

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

770. BGH 5 StR 248/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Kiel)

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

771. BGH 5 StR 252/16 (alt: 5 StR 436/15) – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB

772. BGH 5 StR 266/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Potsdam)

Sicherungsverfahren (Antragsschrift als Prozessvoraussetzung; kein Übergang vom Strafverfahren zum Sicherungsverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens).
§ 414 StPO; § 416 StPO

773. BGH 5 StR 524/15 – Urteil vom 22. Juni 2016 (LG Cottbus)

BGHSt; besondere Schwere der Schuld im Jugendstrafrecht (Vorrang des gerechten Schuldausgleichs; Erziehungsgedanke; Mord; trichterliche Abwägung; revisionsgerichtliche Überprüfung).

§ 105 Abs. 3 Satz 2 JGG; § 211 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

774. BGH 5 StR 564/15 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Hamburg)

Erforderlichkeit eines lebensgefährlichen Messereinsatzes in einer Notwehrlage (mildestes Mittel; tatsächliche Verhältnisse; Kampflage; zugespitzte Situation; Androhung; überhöhte Anforderungen; Gefahr der weiteren Eskalation des Kampfgeschehens); Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch; Rücktrittshorizont); Strafzumessung beim minder schweren Fall des Totschlags.

§ 32 StGB; § 24 StGB; § 213 StGB; § 49 StGB

775. BGH 5 StR 570/15 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Lückenhafte Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf des (schweren) sexuellen Missbrauchs (Beweiswert von vorformulierten und ersichtlich aufeinander abgestimmten Einlassungen; Erörterungsmangel wegen fehlender Wiedergabe von Angaben eines Zeugen).

§ 261 StPO

776. BGH 5 AR (Vs) 46/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (OLG Thüringen)

Verwerfung der Rechtsbeschwerde als unzulässig.
§ 29 Abs. 1 EGGVG

777. BGH StB 14-16/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016

Dringender Tatverdacht der Verabredung zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Verhältnis zum Tatbestand der Vorbereitung einer Sprengstoffexplosion); Verjährung; Zuständigkeit des Ermittlungsrichters am Bundesgerichtshof bei staatsgefährdenden Straftaten von besonderem Gewicht.

§ 311 Abs. 1 StGB a.F.; § 30 Abs. 2 StGB; 311b Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.; § 78 StGB; § 78c StGB; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 120 Abs. 2 GVG

778. BGH StB 14-16/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016

Dringender Tatverdacht der Verabredung zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Verhältnis zum Tatbestand der Vorbereitung einer Sprengstoffexplosion); Verjährung; Zuständigkeit des Ermittlungsrichters am Bundesgerichtshof bei staatsgefährdenden Straftaten von besonderem Gewicht.

§ 311 Abs. 1 StGB a.F.; § 30 Abs. 2 StGB; 311b Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.; § 78 StGB; § 78c StGB; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 120 Abs. 2 GVG

779. BGH StB 14-16/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016

Dringender Tatverdacht der Verabredung zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Verhältnis zum Tatbestand der Vorbereitung einer Sprengstoffexplosion); Verjährung; Zuständigkeit des Ermittlungsrichters am Bundesgerichtshof bei staatsgefährdenden Straftaten von besonderem Gewicht.

§ 311 Abs. 1 StGB a.F.; § 30 Abs. 2 StGB; 311b Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.; § 78 StGB; § 78c StGB; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 120 Abs. 2 GVG

780. BGH StB 18/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Versagung der Mitgabe oder Übersendung der Originalverfahrensakten in die Kanzleiräume des Verteidigers.

§ 147 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 4 StPO

781. BGH StB 20/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (OLG München)

Fortdauer der Untersuchungshaft nach vier Jahren und sieben Monaten (Beurteilung des dringenden Tatverdachts durch das erkennende Gericht während laufender Hauptverhandlung; Umfang der Überprüfung im Beschwerdeverfahren).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO

782. BGH StB 21/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (OLG Stuttgart)

Dringender Tatverdacht der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Schwerekriminalität (Beurteilung des dringenden Tatverdachts während laufender Hauptverhandlung; Umfang der Überprüfung durch das Beschwerdegericht); Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft nach einem Jahr und neun Monaten (Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungsgrundsatz; effektive Strafverfolgung; persönliche Freiheit; Unschuldsumutung; erhebliche vermeidbare Verzögerungen).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

783. BGH StB 22/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung („Gruppe Freital“; Voraussetzungen des Vereinigungsbegriffs; Vorgehen gegen politisch Andersdenkende und Asylbewerber); Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 129a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO

784. BGH 1 StR 1/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Würzburg)

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Darstellung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge im Urteil: Darlegung der Berechnungsgrundlagen).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

785. BGH 1 StR 22/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Stuttgart)

Aufklärungsrüge (Begründung: Vortrag der aufklärungsbedürftigen Tatsachen).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

786. BGH 1 StR 24/16 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG München II)

BGHSt; sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Begriff des Missbrauchs: Verschleifungsverbot, Ausnutzung der Autoritäts- oder Vertrauensstellung, erforderliche Einzelfallbetrachtung; Begriff des Anvertrautseins: durch besondere Vertrauensstellung des Täters gekennzeichnetes fürsorgliche Verhältnis zum Opfer).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 174c Abs. 1 StGB

787. BGH 1 StR 47/16 – Beschluss vom 8. Juli 2016 (LG München)

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

788. BGH 1 StR 49/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Weiden in der Oberpfalz)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Auseinandersetzen mit alternativen Tathergängen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 46 StPO

789. BGH 1 StR 50/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Landshut)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil: Anforderungen an ein freisprechendes Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

790. BGH 1 StR 72/16 – Beschluss vom 15. Juni 2016 (LG Weiden in der Oberpfalz)

Strafzumessung (Berücksichtigung der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit bei Betäubungsmitteldeikt; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erforderlichen Einwirkung; Darstellung im Urteil).

§ 46 StGB; § 29 ff. BtMG; § 18 Abs. 2 JGG; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

791. BGH 1 StR 77/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch: Voraussetzungen, Rücktrittshorizont; beendeter Versuch: Erreichen außertatbestandlicher Handlungsziele).

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

792. BGH 1 StR 132/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Schwerin)

Steuerhinterziehung (Erlangen eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils: unrichtiger Gewerbesteuermessbescheid).

§ 370 Abs. 1 AO; § 14 GewStG

793. BGH 1 StR 189/16 – Beschluss vom 15. Juni 2016 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

794. BGH 1 StR 205/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Deggendorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

795. BGH 1 StR 208/16 – Beschluss vom 16. Juni 2016 (LG Heidelberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

796. BGH 1 StR 218/16 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Ansbach)

Verfall (Absehen von der Anordnung, da das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 2 StGB

797. BGH 1 StR 219/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Würzburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).

§ 64 StGB

798. BGH 1 StR 352/15 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Mannheim)

Absetzung des Urteils (Unterschrift der mitwirkenden Richter; urlaubsbedingte Verhinderung eines Beisitzers: Einschätzungsspielraum des Vorsitzenden Richters, revisionsrechtliche Kontrolle, Begründungsanforderungen, keine Pflicht zu organisatorischen Vorkehrungen); Geldwäsche (Begriff des aus der Tat herrührenden Gegenstands: ersparte Aufwendungen).

§ 275 Abs. 2 StPO; § 261 Abs. 1 StGB

799. BGH 1 StR 456/15 – Urteil vom 21. April 2016 (LG Heilbronn)

Betrug (Vermögensschaden: für die Berechnung relevanter Zeitpunkt der Vermögensverfügung, Eingehungsschaden, Berücksichtigung späterer Entwicklungen alleine bei der Strafzumessung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

800. BGH 1 StR 571/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Hamburg)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Gespräch über Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO; fehlendes Beruhen auf unterlassener Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

801. BGH 1 StR 597/15 – Urteil vom 1. Juni 2016 (LG Hechingen)

Notwehr (Gebotenheit: Notwehrprovokation, gestuftes Notwehrrecht, persönliches Näheverhältnis); tatrichterli-

che Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung; Anforderung an die tatrichterliche Gewissheit; keine isolierte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf einzelne Beweistatsachen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 32 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

802. BGH 1 StR 627/15 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Mannheim)

Europarechtliches Doppelbestrafungsverbot (unionsrechtlich autonome Auslegung); Auslieferung auf Grund eines europäischen Haftbefehls (Grundsatz der Spezialität: Vollstreckungshindernis bei befristeter Übergabe, Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung).

Art. 50 GRC; § 54 SDÜ; Art. 24 Abs. 2 RbEuHb; Art. 27 RbEuHb

803. BGH 1 StR 648/15 – Beschluss vom 2. Juni 2016 (LG Cottbus)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

804. BGH 1 ARs 21/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016

Anfrageverfahren; verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafmilderung bei zu verantwortender Trunkenheit).

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

805. BGH 2 StR 56/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

806. BGH 2 StR 70/16 – Beschluss vom 9. Juni 2016 (LG Aachen)

Besonders schwerer Fall der Nötigung (Entkräftung des Regelbeispiels); Verfolgungsverjährung (Unterbrechung der Verjährung durch Bekanntgabe der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens: Gewährung von Akteneinsicht).

§ 240 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 46 StGB; § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB

807. BGH 2 StR 7/16 – Urteil vom 18. Mai 2016 (LG Stralsund)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO

808. BGH 2 StR 137/14 2 StR 337/14 – Beschluss vom 14. April 2016

Vorlage an die Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofs; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Gläubigers).

§ 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

809. BGH 2 StR 286/15 – Urteil vom 25. Mai 2016 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

810. BGH 2 StR 82/16 – Beschluss vom 9. Juni 2016 (LG Köln)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.

§ 44 StPO

811. BGH 2 StR 88/16 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Gera)

Statthaftes Rechtsmittel (Bestimmung nach der verfahrensrechtlich zulässigen Entscheidung; hier: Rechtsmittel gegen die Anordnung der Sicherungsverwahrung).

§ 333 StPO; § 300 StPO; § 66 StGB

812. BGH 2 StR 89/16 – Urteil vom 29. Juni 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Gegenstand des Verfahrens (in der Anklage bezeichnete Taten: personenbezogene Bestimmung).

§ 264 Abs. 1 StPO

813. BGH 2 StR 90/16 – Beschluss vom 9. Juni 2016 (LG Aachen)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (gesonderte Erkennung auf Geldstrafe zum Nachteil des Angeklagten).

§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB, § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

814. BGH 2 StR 335/15 – Beschluss vom 1. Juni 2016

Anfrageverfahren; räuberische Erpressung (Begriff des Vermögensnachteils: rechtswidriger Besitz von Betäubungsmitteln als geschütztes Vermögen); teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte bei rechtswidrigem Besitz von Betäubungsmitteln.

§ 132 Abs. 3 GVG; § 253 StGB; § 255 StGB; § 242 StGB; § 249 StGB

815. BGH 2 StR 137/14 (2 StR 337/14) – Beschluss vom 14. April 2016

Vorlage an die Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofs; Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Gläubigers).

§ 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

Den Vereinigten Großen Senat des Bundesgerichtshofes werden gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt: 1. Dürfen bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB) die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten berücksichtigt werden? 2. Wenn ja, nach welchem Maßstab können sie berücksichtigt werden?

816. BGH 2 StR 420/15 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

817. BGH 2 StR 492/15 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Darmstadt)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung des Extraktionsberichts über ausgelesene Daten ohne Anhörung des Sachverständigen)

§ 250 StPO; § 102 StPO

818. BGH 2 StR 510/15 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Gera)

Freispruch (Tenorierung: nicht ausschließbar fehlende Unrechtseinsicht).
§ 260 StPO; § 20 StGB

819. BGH 2 StR 539/15 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Köln)

Sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung (keine Sachdienlichkeit neben der Einlegung der Revision).
§ 464 Abs. 3 StPO; § 467 Abs. 1 StPO

820. BGH 2 StR 539/15 – Urteil vom 8. Juni 2016 (LG Köln)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Zeuge, der mit Aussage zugleich strafrechtliche Vorteile erstrebt: besondere Anforderungen an Beweiswürdigung; Zeuge vom Hörensagen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Lückenhaftigkeit, einzelne Lücken nicht ausreichend); Auskunftsverweigerungsrecht (Verfolgungsgefahr: mittelbare Begründung eines Tatverdachts als Teilstück ausreichend); Antrag auf Aussetzung des Verfahrens (tatrichterliche Ermessensentscheidung; erforderliche Berücksichtigung des Interesse des Angeklagten an einem beschleunigten Abschluss des Verfahrens).
Art. 6 Abs. 1 Satz EMRK; § 261 StPO; § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 46b StGB; § 55 Abs. 1 StPO; § 228 Abs. 1 StPO

821. BGH 2 StR 582/15 – Urteil vom 15. Juni 2016 (LG Aachen)

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

822. BGH 2 ARs 403/15 – Beschluss vom 31. Mai 2016

Anfrageverfahren; Verbindung zweier Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bezahlung einer früheren und Entgegennahme einer neuen Menge Betäubungsmittel: teildentische Ausführungshandlung).
§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

823. BGH 2 ARs 67/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016

Anfrageverfahren; Berücksichtigung des zeitlichen Abstands zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes.
§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 46 StGB; § 176 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

824. BGH 4 StR 112/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Detmold)

Wohnungseinbruchsdiebstahl (Einbruch in Kellerräume).
§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

825. BGH 4 StR 72/15 – Beschluss vom 21. Juli 2016

Bewilligung einer Pauschvergütung.
§ 51 Abs. 1, Satz 1, Abs. 2 Satz 2 RVG

826. BGH 4 StR 73/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Bochum)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (keine Einbeziehung einer Vorverurteilung, wenn diese bereits gesamtstrafenfähig war).
§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; § 460 Satz 1 StPO

827. BGH 4 StR 75/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Leipzig)

Bandenbetrug (Tateinheit).
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 52 StGB

828. BGH 4 StR 79/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Bedeutung von Vortaten, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

829. BGH 4 StR 98/16 – Beschluss vom 22. Juni 2016 (LG Dortmund)

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

830. BGH 4 StR 121/16 – Beschluss vom 22. Juni 2016 (LG Potsdam)

Auffangrechtserwerb (Berücksichtigung einer unbilligen Härte).
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73c StGB

831. BGH 4 StR 128/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Essen)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung.
§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

832. BGH 4 StR 131/16 – Beschluss vom 7. Juli 2016 (LG Münster)

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

833. BGH 4 StR 137/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dessau-Roßlau)

Anhörungsruhe.
§ 356a StPO

834. BGH 4 StR 149/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Bielefeld)

BGHSt; Rücknahme des Rechtsmittels durch den Verteidiger (ausdrückliche Ermächtigung: keine Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter des Angeklagten, selbstständiges Recht des Angeklagten zur Rechtsmitteleinlegung).
§ 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB; § 296 Abs. 1 StPO; § 298 Abs. 1 StPO

835. BGH 4 StR 150/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Frankfurt a. M.)

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

836. BGH 4 StR 167/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Münster)

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

837. BGH 4 StR 181/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Paderborn)

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

838. BGH 4 StR 185/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).
§ 63 StGB

839. BGH 4 StR 188/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Landshut)

Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (eignungsbezogene Prognoseentscheidung: keine Berücksichtigung von fehlendem Bedauern des Angeklagten).
§ 69a Abs. 1 StGB; § 46 StGB

840. BGH 4 StR 198/16 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Arnberg)

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

841. BGH 4 StR 202/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Frankenthal)

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

842. BGH 4 StR 205/16 – Beschluss vom 24. Juni 2016 (LG Paderborn)

Strafvereitelung (Selbstbegünstigungsprivileg: Beurteilung des Strafverfolgungsrisikos aus der Sicht des Täters; Vereitelungserfolg: Verzögerung um geraume Zeit; Kausalität der Tathandlung: Berücksichtigung alternativer Geschehensverläufe).
§ 258 Abs. 1, Abs. 5 StGB

843. BGH 4 StR 208/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Hagen)

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

844. BGH 4 StR 210/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Detmold)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Dauerhaftigkeit des psychischen Defekts, auf dem die Tat beruht, Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

845. BGH 4 StR 215/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Landau)

Schuldunfähigkeit (fehlende Einsichtsfähigkeit: Fehlen der Unrechtseinsicht).
§ 20 StGB

846. BGH 4 StR 225/16 – Beschluss vom 21. Juli 2016 (LG Bochum)

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

847. BGH 4 StR 232/16 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Halle)

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

848. BGH 4 StR 253/16 – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Verden)

Zustellung des Urteils an die Staatsanwaltschaft (Zustellungszeitpunkt: Eingang bei der Behörde; Form).
§ 41 StPO

849. BGH 4 StR 512/15 – Beschluss vom 5. Juli 2016 (LG Halle)

Besonders schwere Brandstiftung (einen Menschen in Todesgefahr bringen: erforderlicher Gefährdungsvorsatz; Ermöglichungsabsicht: Versicherungsbetrug, Repräsentantenhaftung).
§ 306b Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 15 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StGB

850. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB

851. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB

852. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

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

853. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB

854. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB

855. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB

856. BGH 4 StR 553/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB

857. BGH 4 StR 553/15 – Beschluss vom 23. Juni 2016 (LG Dortmund)

Sachbeschädigung (Subsidiarität zum Landfriedensbruch durch Gewalttätigkeiten gegen Sachen).
§ 303 Abs. 1 StGB; § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB