

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

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Bonn – **Zur Notwehr gegen rechtswidrige Vollstreckungsmaßnahmen** Anm. zu BGH HRRS 2015 Nr. 764 S. 439

RA Dr. Manuel Lorenz, RA Johannes Zierden, Wiesbaden – **Kleine Ursache, große Wirkung – 1. FiMaNoG eliminiert Strafbarkeit nach WpHG** S. 443

RA Dr. Mayeul Hiéramente, Düsseldorf – **Surfen im Internet doch Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO?** Anm. zu BVerfG HRRS 2016 Nr. 680 S. 448

RiLG Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe – **Mittelbar-täterschaftliche Falschverdächtigung durch ein objektiv tatbestandslos handelndes doloses Gehilfenwerkzeug?** S. 453

Dr. Tamina Preuß, Würzburg – **Restriktive Auslegung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB beim Beisichführen „schein-untauglicher Sachen“** Anm. zu BGH HRRS 2015 Nr. 1019 S. 466

Entscheidungen

BVerfG **Auslieferung an Großbritannien und Schweigerecht**

BVerfG **Überwachung des Surfens im Internet**

BGHSt **Verhältnis von Geldwäsche und Hehlerei bei Wahlfeststellung**

BGHR **Reichweite der Amtsanmaßung**

BGHR **Keine sofortige Beschwerde bei Nebenbeteiligung**

BGHR **Untreue durch Vertragsarzt der Krankenkasse**

BGHR **Kein Betrug bei Abgabe eines Gebots in der Zwangsversteigerung**

Die Ausgabe umfasst 136 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, Oktober 2016, Ausgabe

10

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

859. BVerfG 2 BvR 890/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. September 2016 (KG)

Auslieferung an das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Anwendungsvorrang des Unionsrechts; Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs; grundsätzliches Vertrauen gegenüber Mitgliedsstaaten der Europäischen Union im Hinblick auf Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz; Erschütterung des Vertrauens im Einzelfall; Prüfungspflicht der Gerichte; Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren; nemo tenetur se ipsum accusare; Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schweigen des Beschuldigten als belastendes Indiz; Schutz der Menschenwürdegarantie nur für den Kern-

bereich der Selbstbelastungsfreiheit; Auslieferungsverbot nur bei drohender Kernbereichsverletzung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 35 Criminal Justice and Public Order Act [GB]; § 38 Abs. 3 Criminal Justice and Public Order Act [GB]

1. Der Auslieferungsverkehr der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist durch den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl unionsrechtlich determiniert. Entsprechende Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen.

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

3. Einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist im Hinblick auf die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich besonderes Vertrauen entgegenzubringen. Das Vertrauen kann jedoch erschüttert werden, wenn im Einzelfall tatsächliche Anhaltspunkte dafür sprechen, dass bei einer Auslieferung die unverzichtbaren Anforderungen an den Schutz der Menschenwürde nicht eingehalten würden. Das über die Auslieferung entscheidende Gericht trifft insoweit die Pflicht, Ermittlungen hinsichtlich der Rechtslage und der Praxis im ersuchenden Mitgliedstaat vorzunehmen, wenn der Betroffene hinreichende Anhaltspunkte hierfür dargelegt hat.

4. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ist notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung. Dementsprechend gehört das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren seit Langem zu den anerkannten Grundsätzen des deutschen Strafprozesses. Ein Schweigen darf jedenfalls dann nicht als belastendes Indiz gegen den Beschuldigten verwendet werden, wenn er die Einlassung zur Sache vollständig verweigert.

5. Allerdings unterfällt nicht jede verfassungsrechtlich gewährleistete Ausprägung der Selbstbelastungsfreiheit auch unmittelbar dem Schutz von Art. 1 GG. Aus der Menschenwürdegarantie folgt nicht, dass ein Schweigen des Beschuldigten unter keinen Umständen einer Beweiswürdigung unterzogen und gegebenenfalls zu seinem Nachteil verwendet werden darf. So können etwa in bestimmten Konstellationen des Teilschweigens aus dem Aussageverhalten des Beschuldigten Schlüsse zu dessen Ungunsten gezogen werden.

6. Eine Auslieferung auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls ist nicht schon dann unzulässig, wenn die Selbstbelastungsfreiheit im Prozessrecht des ersuchenden Staates nicht in demselben Umfang gewährleistet ist, wie dies von Verfassungs wegen im deutschen Strafverfahren der Fall ist, sondern erst dann, wenn der dem Schutz von Art. 1 GG unterfallende Kernbereich des *nemo-tenetur*-Grundsatzes nicht mehr gewährleistet ist.

7. Droht einem Auszuliefernden im ersuchenden Staat (hier: Großbritannien) ein Strafverfahren, in dem sein Schweigen und die Nichtbeantwortung einzelner Fragen im Rahmen der Beweiswürdigung zu seinem Nachteil gewertet werden, jedoch nicht alleinige Grundlage einer Verurteilung sein können, so schränkt dies zwar die Selbstbelastungsfreiheit ein, wie sie durch das Grundge-

setz gewährleistet wäre. Die Einschränkung berührt jedoch nicht den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit und lässt daher keine Verletzung der Menschenwürde besorgen (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Mai 2016 [= HRRS 2016 Nr. 517]). Dieses Ergebnis findet eine Stütze auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

860. BVerfG 2 BvR 1454/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Ellwangen)

Überwachung der Internetnutzung im Ermittlungsverfahren (Begriff der Telekommunikation in Grundgesetz und Strafprozessordnung; Verfassungsmäßigkeit einer weiten Auslegung; Berücksichtigung des Gewährleistungsgehalts des Telekommunikationsgeheimnisses; Nachrangigkeit des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme; längerfristige Überwachung des gesamten Internetverkehrs eines Beschuldigten; Eingriffstiefe und Rechtfertigung; Verhältnismäßigkeit im Einzelfall). Art. 10 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, Art. 80 Abs. 2 GG; Art. 87f GG; § 100a StPO; § 101 Abs. 7 StPO; § 3 Nr. 22 TKG; § 3 Nr. 23 TKG

1. Die in der Rechtsprechung verbreitete weite Auslegung des Begriffs der Telekommunikation in § 100a StPO im Sinne eines Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art, das auch die Nutzung des Internets durch Abrufen von Web-Seiten, „Surfen“ und die Eingabe von Suchbegriffen umfasst, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

2. Bei der Auslegung des Begriffs der Telekommunikation ist auch der von Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Persönlichkeitsschutz zu berücksichtigen. Der Schutz der Vertraulichkeit knüpft dabei nicht an die Beteiligten der Kommunikation, sondern an den Übermittlungsvorgang und das dabei genutzte Medium an. Erfasst ist jeder Vorgang einer unkörperlichen Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger und damit auch der empfangergesteuerte Abruf von Informationen aus dem Internet.

3. Das aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme findet nur Anwendung, soweit die anderen Freiheitsgewährleistungen, wie insbesondere der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses, der Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung keinen oder keinen hinreichenden Schutz gewähren.

4. § 100a StPO ist verfassungskonform. Insbesondere sind das Bestimmtheitsgebot und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt. Auch genügen die gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowohl auf der Erhebungsebene als auch in der Auswertungsphase den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2011 – 2 BvR 236/08 u. a. – [= HRRS 2012 Nr. 29]).

5. Auch eine längerfristige Überwachung des gesamten Internetverkehrs eines Beschuldigten ist im Grundsatz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das damit verbundene quantitative Mehr an überwachter Kommunikation im Vergleich zur Telefonüberwachung wird regelmäßig dadurch aufgewogen, dass lediglich Einzelakte einer oft nur kurzen und oberflächlichen Telekommunikation zur Kenntnis genommen werden.

6. Bei der Überwachung des Internetverkehrs muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Einzelfall gewahrt sein. Insoweit ist zu prüfen, ob sich die Ermittlungen nicht auf die Überwachung etwa des Telefon- und E-Mail-Verkehrs beschränken können und ob die Maßnahme im Hinblick auf die Schwere der Tat und die Stärke des Tatverdachts gerechtfertigt ist.

858. BVerfG 2 BvR 661/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juli 2016 (BGH / LG Erfurt)

Erfolgslose Verfassungsbeschwerde gegen die Verurteilung eines Richters am Amtsgericht wegen Rechtsbeugung (richterliche Unabhängigkeit als grundrechtsähnliches Individualrecht; Verfassungsmäßigkeit des Amtsverlustes bei rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilung; Bindung des Richters an Gerichtsentscheidungen nur aufgrund gesetzlicher Anordnung; konstitutionelle Uneinheitlichkeit der Rechtspflege; Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht; einschränkende Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes; unvertretbare Rechtsanwendung bei sachfremden Motiven); angemessene zeitliche Rahmenbedingungen als Voraussetzung verantwortungsvoller richterlicher Tätigkeit (richterliches Beurteilungswesen als Anreiz für möglichst rasche Verfahrenserledigung auch unter Inkaufnahme inhaltlicher Defizite; unzureichende personelle Ausstattung der Strafjustiz der Länder).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 33 Abs. 5 GG; Art. 97 GG; § 90 BVerfGG; § 339 StGB

1. Zu den hergebrachten Grundsätzen des richterlichen Amtsrechts, die ein Richter als grundrechtsähnliche Individualrechte geltend machen kann, zählt insbesondere auch der Grundsatz der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit.

2. Mit der Garantie der persönlichen Unabhängigkeit ist die gesetzliche Anordnung des Amtsverlustes bei rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilung ebenso vereinbar wie die Entfernung aus dem Amt im Rahmen eines förmlichen, gerichtlichen Disziplinar- bzw. Dienststrafverfahrens.

3. Die sachliche Unabhängigkeit ist durch ein Gesetz nicht verletzt, das den Richter an die Entscheidungen eines anderen Gerichts bindet. Fehlt es hingegen an einer solchen Bindungsanordnung, ist ein Richter grundsätzlich nicht gehindert, entgegen der Ansicht auch eines im Rechtszug übergeordneten Gerichts eine eigene Rechtsauffassung zu vertreten.

4. Jedoch ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Diese Bindung konkretisiert die den Richtern anvertraute Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt. Die

Garantie der sachlichen Unabhängigkeit soll insoweit sicherstellen, dass die Gerichte ihre Entscheidung allein an Gesetz und Recht ausrichten.

5. Die einschränkende Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes, die voraussetzt, dass der Richter sich „bewusst in schwer wiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt“, wahrt die richterliche Unabhängigkeit, indem sie sicherstellt, dass eine Verurteilung nur dann erfolgt, wenn der Richter sich bei seiner Entscheidung nicht allein an Gesetz und Recht orientiert.

6. Eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Richter unter grobem Verstoß gegen die Amtsaufklärungspflicht und in der Absicht, die Bußgeldbehörde zu disziplinieren, mehrfach die Betroffenen von Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen eines „Verfahrenshindernisses“ freispricht, weil das Messprotokoll und der Eichschein für das bei den jeweiligen Verkehrskontrollen verwendete Messgerät den Akten nicht beigelegt waren (Folgeentscheidung zu BGH, Beschluss vom 24. Februar 2016 – 2 StR 533/15).

7. Der Richter kann seiner persönlichen Verantwortung allerdings nur dann gerecht werden, wenn ihm ausreichend Zeit zu einer allein an Recht und Gesetz orientierten Bearbeitung des Falles zur Verfügung steht. Bei der Beurteilung, ob ein Richter das Recht in unvertretbarer Weise angewendet hat, kann daher im Einzelfall zu berücksichtigen sein, dass das System der Bewertung richterlicher Arbeit auch anhand quantitativer Gesichtspunkte Anreize für eine möglichst rasche Verfahrenserledigung auch unter Inkaufnahme inhaltlicher Defizite schafft und dass die Länder steigenden Belastungen der Strafjustiz nicht durch eine entsprechende personelle und sachliche Ausstattung Rechnung getragen haben.

863. BVerfG 2 BvR 2748/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Tübingen / AG Reutlingen)

Wohnungsdurchsuchung zur Aufklärung einer Verkehrsordnungswidrigkeit (Wohnungsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; besondere Bedeutung im Ordnungswidrigkeitenverfahren; Fahrtenbuchauflage kein milderes Mittel gegenüber der Durchsuchung; grundsätzliche Zulässigkeit der Durchsuchung auch bei Ordnungswidrigkeiten; keine schematische Untergrenze mit Blick auf die Bußgeldhöhe; Abwägung im Einzelfall; Vorrang eines anthropologischen Sachverständigengutachtens bei qualitativ gutem Beweisfoto; kein abstrakter Vorrang der Durchsuchung wegen „regelmäßig kurzer Verjährungsfristen“ im Ordnungswidrigkeitenrecht).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 33 OWiG; § 46 Abs. 1 OWiG; § 24 StVG; § 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO; § 31a StVZO

1. Dem mit einer Durchsuchung verbundenen erheblichen Grundrechtseingriff entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich und mit Blick auf den verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgsversprechend sein und in angemessenem Verhältnis

zu der Schwere der vorgeworfenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit und der Stärke des Tatverdachts stehen.

2. Im Ordnungswidrigkeitenverfahren kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu. Bei der Abwägung zwischen Grundrechtseingriff und staatlichem Verfolgungsinteresse ist das im Vergleich zum Vorwurf einer Straftat stets geringere Gewicht einer Ordnungswidrigkeit zu berücksichtigen. Auch beansprucht im Bußgeldverfahren Legalitätsprinzip keine Geltung, so dass von Eingriffsbefugnissen regelmäßig zurückhaltender Gebrauch zu machen ist.

3. Die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Maßnahme muss sich an der Ermittlung und Verfolgung der bereits begangenen Tat messen lassen. Im Bußgeldverfahren wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung im Straßenverkehr ist daher die Verhängung einer Fahrtenbuchauflage wegen deren abweichender Zielrichtung nicht als milderes Mittel der Durchsuchung zur Identifikation des Fahrers vorzuziehen.

4. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt nicht, bei Ordnungswidrigkeiten generell von einer Durchsuchung und Beschlagnahme abzusehen; ebensowenig existiert eine schematische Untergrenze etwa im Hinblick auf die Bußgeldhöhe. Vielmehr ist eine Einzelfallabwägung vorzunehmen, bei der neben der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts insbesondere die Auffindewahrscheinlichkeit, etwa bereits vorhandenes oder anderweitig zu gewinnendes Beweismaterial, Voreintragungen des Betroffenen im Verkehrszentralregister, die Art der betroffenen Räumlichkeiten sowie Schutzvorkehrungen zur Beschränkung der Maßnahme zu berücksichtigen sind.

5. Eine Wohnungsdurchsuchung mit dem Ziel, Kleidungsstücke zur Ermittlung des Fahrers eines Motorrades aufzufinden, dem eine mit einer Geldbuße von 80,- Euro – und nicht mit einem Fahrverbot – bedrohte Geschwindigkeitsüberschreitung zur Last gelegt wird, ist im Einzelfall unverhältnismäßig, wenn die außergewöhnlich gute Qualität des Überwachungsfotos die Identifikation mittels eines anthropologischen Sachverständigengutachtens erfolversprechend erscheint. Da die Beauftragung eines Sachverständigen die Verjährung unterbricht, darf die Durchsuchung auch nicht unter pauschalem Verweis auf die „regelmäßig kurzen Verjährungsfristen“ im Ordnungswidrigkeitenrecht für vorrangig erachtet werden.

864. BVerfG 2 BvR 2040/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juli 2016 (OLG Celle)

Zulässigkeit eines Klageerzwingungsantrags (Ermittlungsverfahren wegen tödlicher Schüsse eines Polizeibeamten; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Darlegungsanforderungen an einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Mitteilung des wesentlichen Inhalts der maßgeblichen Beweismittel; Wiedergabe auch entlastender Umstände).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 212 StGB

1. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO so auszulegen, dass der Klageerzwingungs-

antrag in groben Zügen den Gang des Ermittlungsverfahrens, den Inhalt der angegriffenen Bescheide und die Gründe für ihre Unrichtigkeit wiedergeben und eine aus sich selbst heraus verständliche Schilderung des Sachverhalts enthalten muss, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage rechtfertigt.

2. Die Darlegungsanforderungen an einen Klageerzwingungsantrag dürfen nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht überspannt werden. Allerdings ist die einfachgesetzlich implizit vorgesehene Vorgabe verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass dem Gericht eine Schlüssigkeitsprüfung ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten allein auf der Grundlage des gestellten Antrags möglich sein muss.

3. In einem Klageerzwingungsantrag, der maßgeblich auch mit Inhalten aus den Ermittlungsakten begründet wird, ist der wesentliche Inhalt der Beweismittel mitzuteilen, aus denen auszugsweise vorgetragen oder zitiert wird. Insoweit ist es auch hinzunehmen, dass der Antragsteller verpflichtet ist, gegebenenfalls Umstände vorzutragen, die den Beschuldigten entlasten können.

4. Der Inhalt eines Beweismittels, der in den staatsanwaltschaftlichen Bescheiden keine Rolle spielt, muss hingegen nicht dargestellt werden, soweit es der Antragschrift gelingt, ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten die Unrichtigkeit der staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen darzustellen und auf der Grundlage der dort verarbeiteten Ermittlungsergebnisse schlüssig das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts darzulegen.

5. Ein Klageerzwingungsantrag darf zurückgewiesen werden, wenn die Antragschrift aus den Angaben eines maßgeblichen Zeugen nur selektiv zitiert. Widersprüchlich und verfassungsrechtlich bedenklich wäre es hingegen, einerseits die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung allein auf Grundlage der Antragschrift zu fordern, andererseits aber unter Hinweis auf die Ermittlungsakten anzunehmen, die Antragschrift gebe nicht das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen wieder.

861. BVerfG 2 BvR 1468/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Juli 2016 (OLG Karlsruhe)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (georgischer Staatsangehöriger; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates; enge Auslegung des § 10 Abs. 2 IRG; Willkürmaßstab).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK; § 10 Abs. 2 IRG; § 73 Satz 1 IRG; § 250 Abs. 1 StGB

1. Im Auslieferungsverfahren haben die deutschen Gerichte von Amts wegen aufzuklären, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte des ersuchenden Staates mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar sind. Hierzu zählt insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; auch darf die

dem Auszuliefernden drohende Strafe oder Behandlung nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein.

2. Die einem Auszuliefernden konkret drohende Strafe von bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe erscheint nicht unerträglich hart oder grob unverhältnismäßig, wenn das deutsche Strafrecht für einen vergleichbaren Fall nach § 250 Abs. 1 StGB ebenfalls eine Strafe von nicht unter drei bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe androht.

3. Im Auslieferungsverkehr, insbesondere wenn er auf einer völkervertraglichen Grundlage durchgeführt wird, ist dem ersuchenden Staat im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Dieser Grundsatz kann nur durch begründete Anhaltspunkte für die Gefahr menschenrechtswidriger Behandlung erschüttert werden.

4. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen in Bezug auf eine konventionskonforme Behandlung sind geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Garantie nicht eingehalten wird.

5. Zweifel an der Einhaltung der Zusicherung können dadurch zerstreut werden, dass der ersuchende Staat die Garantie abgibt, Mitarbeitern der Deutschen Botschaft oder – im Falle einer Erkrankung des Verfolgten – von der Botschaft bestimmten Ärzten werde die Möglichkeit gegeben, den Verfolgten nach seiner Auslieferung in der Vollzugsanstalt zu besuchen, um die Einhaltung der Zusicherung zu kontrollieren.

6. Es ist nicht willkürlich und daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das die Auslieferung gestattende Gericht die Vorschrift des § 10 Abs. 2 IRG eng auslegt und in eine nähere Prüfung des hinreichenden Tatverdachts nur eintritt, wenn angesichts auf der Hand liegender Umstände – etwa aufgrund eines sicheren Alibis – eine Täterschaft des Auszuliefernden zweifelsfrei ausgeschlossen erscheint, während es Beweismittel nicht genügen lässt, deren Glaubwürdigkeit und Relevanz erst noch zu überprüfen ist.

862. BVerfG 2 BvR 2474/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Trier / AG Trier)

Durchsuchung einer Wohnung aufgrund eines anonymen Hinweises (Wohnungsgrundrecht; Anfangsverdacht; besonders sorgfältige Prüfung der Durchsuchungsvoraussetzungen bei Angaben anonymen Hinweisgeber; Pflicht der Ermittlungsbehörden zur Aktenvollständigkeit; fehlende Mitteilung an den Ermittlungsrichter über einen polizeilichen Fahndungsaufruf in der Presse).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 102 StPO; § 105 StPO; § 168b Abs. 1 StPO; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Der mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundene schwerwiegende Eingriff in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen setzt zu ihrer Rechtfertigung einen Anfangsverdacht voraus, der über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen und auf konkreten Tatsachen beruhen muss.

2. Angaben anonymen Hinweisgeber sind als Verdachtsquelle zur Aufnahme weiterer Ermittlungen zwar nicht generell ausgeschlossen; jedoch müssen im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten wegen der erhöhten Gefahr und des nur schwer bewertbaren Risikos einer falschen Verdächtigung die Voraussetzungen für eine Durchsuchung besonders sorgfältig geprüft werden.

3. Als Grundlage für eine Durchsuchung kann eine anonyme Aussage nur genügen, wenn sie von beträchtlicher sachlicher Qualität ist oder wenn mit ihr zusammen schlüssiges Tatsachenmaterial vorgelegt worden ist. Neben dem Gehalt der anonymen Aussage sind auch etwaige Gründe für die Nichtoffenlegung der Identität der Auskunftsperson in den Blick zu nehmen.

4. Um die nach Art. 13 Abs. 2 GG gebotene Prüfung durch den Richter sicherzustellen, ist es von Verfassungs wegen erforderlich, dass die Ermittlungsbehörden die Einhaltung des Grundsatzes der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit gewährleisten. Der Ermittlungsrichter muss das bisherige Ergebnis des Verfahrens und seine Entwicklung ohne Abstriche nachvollziehen können.

5. Die Verpflichtung zur Aktenvollständigkeit ist verletzt, wenn die Ermittlungsbehörden bei Vorlage der Akten an den Ermittlungsrichter die Information nicht weitergeben, dass sie vor Eingang eines anonymen telefonischen Hinweises, auf den der Tatverdacht gegen einen Beschuldigten maßgeblich gestützt werden soll, einen Fahndungsaufruf in der Presse veröffentlicht haben, in dem die später von dem Anrufer genannten Informationen über den verfahrensgegenständlichen Wohnungseinbruchsdiebstahl – Tatörtlichkeit, entwendete Gegenstände – bereits enthalten waren.

6. Auch in Verbindung mit dem unsubstantiierten Hinweis der Ermittlungsbehörden, der von dem anonymen Hinweisgeber bezichtigte Beschuldigte habe bereits früher Eigentumsdelikte begangen, genügt die anonyme Anzeige nicht zur Begründung eines Anfangsverdachts.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

878. BGH 3 StR 129/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Verden)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei der räuberischen Erpressung (entbehrliche Mitwirkung am Kerngeschehen; Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung; Tatausführung; Gewicht des Tatbeitrags; Tatherrschaft; Interesse am Taterfolg; Auswahl und Auskundenschaftung der Tatobjekte; Anmieten des Fluchfahrzeugs).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

Wer bei einer räuberischen Erpressung in die Auswahl und Auskundenschaftung der Tatobjekte (hier Tankstellen) eingebunden ist und die bei der Tatbegehung benutzten Fahrzeuge in eigenem Namen anmietet, die Ausführung der Taten jedoch vollständig einem anderen Beteiligten überlässt, verwirklicht damit regelmäßig keine Tatbeiträge von einem Gewicht, das den Schluss auf eine Tatherrschaft oder wenigstens auf den Willen dazu tragen könnte. In Betracht kommt unter solchen Umständen daher regelmäßig nur eine Strafbarkeit wegen Beihilfe, selbst wenn ein gesteigertes Interesse am Gelingen der Taten daraus resultiert, dass aus der Beute der Lebensunterhalt für beide Beteiligten bestritten werden soll.

885. BGH 3 StR 165/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Wuppertal)

Voraussetzungen der Mittäterschaft bei gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung (kein Erfordernis eigenhändiger Mitwirkung an Körperverletzungshandlung; abwesender Tatbeteiligter; allgemeine Regeln zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Mitwirkung am Kerngeschehen; Tatherrschaft; eigenes Interesse an der Tat).

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Die Frage der mittäterschaftlichen Begehung einer mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangenen gefährlichen Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB) ist nach den allgemeinen Regeln zu beantworten (zu diesen jüngst etwa BGH HRRS 2016 Nr. 436). Danach kann es zur Annahme von Mittäterschaft ausreichen, wenn ein Beteiligter ohne eigene Mitwirkung bei den Körperverletzungshandlungen das Opfer in die Wohnung lockt, in der es dann von den übrigen Mittätern angegriffen wird, den Angreifern ein „Startkommando“ gibt und während der Tatbegehung aufmerksam gewordenen Nachbarn beruhigt. Wer dagegen lediglich an der Wegnahme von Wertgegenständen des Opfers interessiert ist und im Übrigen in keiner Weise an den Körperverletzungshandlungen mitwirkt, scheidet als Mittäter i.d.R. aus.

959. BGH 2 StR 355/15 – Urteil vom 1. Juni 2016 (LG Kassel)

Tateinheit (Voraussetzungen); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens; Tateinheit).

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

1. Über den Wortlaut des § 52 Abs. 1 StGB hinaus liegt eine Tat im Rechtssinne vor, wenn zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise auch für einen Dritten als ein einheitliches Tun erscheint (st. Rspr.). Die Annahme von Tateinheit kommt auch in Betracht, wenn mehrere Tatbestandsverwirklichungen dergestalt objektiv zusammentreffen, dass die Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 144, 145). Dagegen genügt ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht, um Tateinheit zu begründen (vgl. BGHSt 43, 317, 319). Ob im Einzelfall eine die Annahme einer Tat im Rechtssinne tragende Teilidentität der Ausführungshandlungen gegeben ist, richtet sich nach dem materiellen Recht.

2. Vom weiten Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln sind Handlungen weit im Vorfeld des eigentlichen Güterumsatzes ebenso erfasst wie die dem Güterumsatz nachfolgenden Geldflüsse. Die Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln ist „auf der untersten Ebene der Handelskette“ mithin erst beendet, wenn der Lieferant das Entgelt erhalten hat, wenn also auch der Geldfluss als Gegenleistung für die Betäubungsmittellieferung „zur Ruhe“ gekommen ist (vgl. BGHSt 43, 158, 162). Betätigungen, die in diesem weiten Sinne auf den Vertrieb ein- und derselben Rauschgiftmenge bezogen sind, werden zu einer tatbestandlichen Bewertungseinheit zusammengefasst.

3. Darüber hinaus entspricht es ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass zwei oder mehrere an sich selbstständige Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zur Tateinheit im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verbunden werden, wenn sie in einem Handlungsteil zusammentreffen. Ist eine Handlung als eine tatbestandliche Ausführungshandlung beider oder mehrerer Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln anzusehen, so ist Tateinheit anzunehmen. Allein

das zeitliche Zusammentreffen von Zahlungsvorgängen in Bezug auf eine frühere Drogenbeschaffung mit der Abholung der nächsten Lieferung – die bloße Gleichzeitigkeit beider, verschiedene Umsatzgeschäfte fördernder

Ausführungshandlungen – genügt jedoch zur Annahme gleichartiger Tateinheit nicht (vgl. BGH NSTz 1999, 411).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

900. BGH 5 StR 182/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Potsdam)

BGHSt; Verhältnis von Geldwäsche und Verurteilung wegen der Vortatbegehung auf wahldeutiger Grundlage (Anwendbarkeit der allgemeinen Konkurrenzregel; persönlicher Strafaufhebungsgrund); Verfassungsmäßigkeit der unechten Wahlfeststellung.

§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Gesetzesalternative Verurteilung (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei bei gleichzeitiger Verwirklichung des Tatbestands der Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB. (BGHSt)

2. § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB räumt der Verurteilung wegen der Katalogvortat – im Wege eines persönlichen Strafausschließungsgrunds bzw. einer Konkurrenzregel – den Vorrang gegenüber der Verurteilung wegen etwa zugleich verwirklichter Geldwäsche ein. Weder dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien können dabei irgendwelche Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass sie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht gelten soll, wenn der Angeklagte wegen der Katalogvortat nicht auf eindeutiger, sondern auf wahldeutiger Grundlage verurteilt wird. (Bearbeiter)

866. BGH 3 StR 109/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Osnabrück)

BGHR; Amtsanmaßung (ausdrücklicher oder konkludenter Hinweis auf allgemein gehaltene Kennzeichnung als Funktionsträger; kein Erfordernis des Zugehörigkeitshinweises zu einer bestimmten Dienststelle); Betrug durch Erschleichen der PIN bei gleichzeitiger Offenlegung des Besizes der Bankkarte (Abgrenzung zum Computerbetrug).

§ 132 StGB; § 263 StGB; § 263a StGB

1. Als Inhaber eines öffentlichen Amtes (§ 132 StGB) gibt sich aus, wer auf seine Funktion als Amtsinhaber ausdrücklich oder konkludent, sei es auch nur durch eine allgemein gehaltene Kennzeichnung als Funktionsträger, hinweist; des Zugehörigkeitshinweises zu einer bestimmten Dienststelle bedarf es nicht. (BGHR)

2. Wer gegenüber dem berechtigten Karteninhaber erklärt, im Besitz der Bankkarte zu sein und gleichzeitig darüber täuscht, wie er deren Besitz erlangt hat, verwirklicht regelmäßig den Tatbestand des Betrugs, wenn er sich die Nennung der PIN erschleicht und dadurch die faktische Verfügungsmöglichkeit erlangt, die es ihm

ermöglicht, unter Missbrauch des ihm entgegengebrachten Vertrauens anschließend Geldabhebungen an Geldautomaten zu tätigen. Es verhält sich insofern nicht anders als bei einer auf die gleichzeitige Erlangung des Besitzes an einer EC- oder Kreditkarte und der PIN gerichteten Täuschung oder der betrügerischen Erlangung nur des Kartenbesitzes in Fällen, in denen dem Täter die PIN bereits – wie der Geschädigte weiß – bekannt ist. (Bearbeiter)

896. BGH 3 StR 449/15 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG München II)

Volksverhetzung durch öffentliches Leugnen des Holocausts (Begriff des Leugnens; wahre Tatsachen; Inabrede stellen; Bezweifeln; wissenschaftlich umstrittene Tatsachen; Auslegung; revisionsgerichtliche Überprüfung; Holocaust als geschichtlich erwiesene Tatsache; Meinungsfreiheit; Teile der inländischen Bevölkerung); Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Begehung eines abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikts im Ausland (Erfolgsort; Umschlagen der abstrakten in eine konkrete Gefahr; Außenweltveränderung; Vorlagepflicht); Missbrauch von Berufsbezeichnungen (Bezeichnung als Rechtsanwalt bei erloschener Zulassung; Hinweis in Fußnote).

§ 130 Abs. 3 StGB; § 3 StGB; § 7 StGB; § 9 StGB; Art. 5 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 10 EMRK; Art. 17 EMRK; § 132 GVG

1. Das Merkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens im Sinne von § 130 Abs. 3 StGB umschreibt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, so dass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Variante 3 oder 4 StGB nicht begründet werden kann. Denn an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete lediglich umschlagen kann, ist kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten. Erforderlich ist insoweit vielmehr eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung, zu der es in den Fällen einer bloß potentiellen Gefahr indes gerade nicht kommen muss.

2. Der Senat kann dies ungeachtet des Urteils des 1. Strafsenats vom 12. Dezember 2000 (1 StR 184/00, BGHSt 46, 212, 221) wie geschehen entscheiden, ohne ein Anfrageverfahren gemäß § 132 Abs. 3 GVG durchführen zu müssen. Denn jedenfalls ist der Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs in der seit dem Jahr 2014 geltenden Fassung mittlerweile allein für Entscheidungen über Revisionen in Strafsachen gegen

die Urteile der Strafkammern zuständig, sofern sie – unter anderem – Fälle der Volksverhetzung (§ 130 StGB) betreffen. Eine Anfrage- und gegebenenfalls Vorlagepflicht besteht deshalb nicht.

3. Leugnen i.S.v. § 130 Abs. 3 StGB ist das Bestreiten, Inabredestellen oder Verneinen einer historischen Tatsache. Es kann nur geleugnet werden, was wahr ist, weshalb das Bestreiten wissenschaftlich noch umstrittener Tatsachen nicht erfasst wird; das Bezweifeln oder Infragestellen einer Tatsache reicht nach herrschender Auffassung ebenfalls nicht aus. Ein Leugnen liegt auch bei verklausulierten Formulierungen vor, wenn die wahre Bestreitensabsicht eindeutig zum Ausdruck kommt. Ob dies der Fall ist, muss im Wege der Auslegung der Äußerung auf ihren tatsächlichen Gehalt hin ermittelt werden; dies ist Sache des Tatgerichts.

4. Das Revisionsgericht hat eine vertretbare tatrichterliche Auslegung hinzunehmen, sofern sie sich nicht als rechtsfehlerhaft erweist, etwa weil die Erwägungen lückenhaft sind, gegen Sprach- und Denkgesetze bzw. Erfahrungssätze verstoßen oder allgemeine Auslegungsregeln verletzen. Kriterien der Auslegung sind neben dem Wortlaut der Äußerungen und ihrem sprachlichen Kontext auch sämtliche nach außen hervortretenden Begleitumstände, namentlich etwa die erkennbare politische Grundhaltung der Zuhörer und ihr Vorverständnis, aber auch die nach dem objektiven Empfängerhorizont deutlich werdende Einstellung des sich Äußernden. Verbleiben Zweifel am Inhalt der Äußerung bzw. ist sie mehrdeutig, gebietet eine am Grundrecht der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ausgerichtete Auslegung, auf die günstigere Deutungsmöglichkeit abzustellen, wenn diese nicht ihrerseits ausgeschlossen ist.

5. Ob ein deutscher Straftatbestand auf ausländische Verhältnisse anwendbar ist oder nicht, ist durch dessen Auslegung im Einzelfall zu bestimmen. Ergibt diese, dass durch die Vorschrift ausschließlich inländische Rechtsgüter geschützt werden sollen, so kann der Täter nicht bestraft werden, wenn er durch seine Handlung ein solches nicht verletzt hat.

6. Im Rahmen des § 130 StGB sind unter Teilen der Bevölkerung regelmäßig Teile der inländischen Bevölkerung zu verstehen. Ist ein im Ausland gehaltener Vortrag inhaltlich zur Störung des inländischen öffentlichen Friedens geeignet, genügt es für die Anwendbarkeit des § 130 StGB regelmäßig, dass sich unter den Zuhörern des Vortrags eine unbestimmte Vielzahl von Personen befindet, die aus der Bundesrepublik Deutschland stammen. Es kommt demgegenüber für die Eignung zur Friedensstörung nicht darauf an, ob diese Personen den Inhalt des Vortrags nach ihrer Rückkehr weiterverbreiten.

7. § 130 Abs. 3 StGB kollidiert vorliegend nicht mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, weil der Schutzbereich dieses Grundrechts nicht eröffnet ist. Der Schutz von Tatsachenbehauptungen, um die es bei der Tathandlungsalternative des Leugnens allein geht, endet dort, wo diese zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen könnten; so verhält es sich mit bewusst oder erwiesen unwahren Tatsachenbehauptungen. Da es sich bei dem Massenvernichtungsunrecht, welches unter

der Herrschaft des Nationalsozialismus der jüdischen Bevölkerung angetan wurde, um eine geschichtlich erwiesene Tatsache handelt, kann deren Inabredestellen nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen.

8. Wer in einem Briefkopf die Bezeichnung als Rechtsanwalt verwendet und dabei in einer Fußnote auf das Erlöschens der Zulassung aufgrund einer Gerichtsentscheidung hinweist, macht sich regelmäßig nicht wegen eines Missbrauchs von Berufsbezeichnungen strafbar.

958. BGH 2 StR 344/14 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Köln)

Betrug (Täuschung; unbeachtliche Erkennbarkeit der Täuschung; Vermögensschaden: Gesamtsaldierung, Geldwert von Forderungen, Ausfallrisiko; Drittbereicherungsabsicht); Strafzumessung (Berücksichtigung einer überdurchschnittlichen Verfahrensdauer neben dem zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil und eines Vollstreckungsabschlags wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung, Darstellung im Urteil); Besetzung des Gerichts (unterjährige Änderung des Geschäftsverteilungsplans: berücksichtigungsfähige Umstände, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG

1. Die Erkennbarkeit einer Täuschung schließt weder die Täuschungshandlung noch eine irrtumsbedingte Fehlvorstellung aus (vgl. BGH NJW 2014, 2595, 2596). Dies gilt auch, soweit die Täuschung gegenüber einem Unternehmer erfolgt (vgl. BGH wistra 2014, 439, 441).

2. Bei der Bestimmung des Geldwerts einer Forderung kann ein bestehendes Ausfallrisiko zu einer Abwertung des Nominalwerts der Forderung führen (vgl. BGH NStZ 2012, 698, 699). Dabei können alle Umstände berücksichtigt werden, die eine Realisierung der Forderung zweifelhaft erscheinen lassen. Insbesondere die fehlende materiellrechtliche Begründetheit und die sich daraus ergebende mangelnde Durchsetzbarkeit der Forderung sind für die Bewertung des Ausfallrisikos von Bedeutung. Für die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts einer Forderung ist auch von Bedeutung, inwieweit eine Forderung später tatsächlich durchgesetzt werden kann (vgl. BGH StraFo 2016, 34, 35).

3. Eine überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer ist ungeachtet eines geringeren Strafbedürfnisses aufgrund des zeitlichen Abstands zwischen Tatbegehung und Urteil und eines gewährten Vollstreckungsabschlags bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. BGHSt 52, 124, 142) und stellt einen bestimmenden Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO dar.

4. Bei der Änderung der Geschäftsverteilung während des laufenden Geschäftsjahres gemäß § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG darf das Präsidium alle Umstände berücksichtigen, die der Gewährleistung einer geordneten Rechtspflege dienen. Das Präsidium darf namentlich besondere Belastungen der Spruchkörper und besondere Kenntnisse und Fähigkeiten der in Frage kommenden Richter in seine Erwägungen einbeziehen (vgl. BGHSt 27, 397, 398) und ist nicht auf die Umbesetzung des unmittelbar von der Überlastung betroffenen Spruchkörpers beschränkt.

874. BGH 3 StR 120/16 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Duisburg)

Versuchter Heimtückemord durch Einsatz einer Schusswaffe (Arglosigkeit; offen feindseliges Auftreten; kurze Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff; Wegfall der Wehrlosigkeit aufgrund von Flucht des Opfers; Einsatz einer eigenen Waffe zu Verteidigungszwecken).

§ 211 StGB

1. Das Opfer kann auch dann arg- und infolgedessen wehrlos im Sinne des Heimtückemerkmals (§ 211 StGB) sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff etwas Wirkungsvolles entgegen zu setzen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.

2. Bei einem Angriff mit einer Schusswaffe kann die Wehrlosigkeit dadurch entfallen, dass das Opfer Zeit hat, sich aus der Schusslinie zu entfernen und über eine Möglichkeit zur sinnvollen Verteidigung (hier mittels einer eigenen Waffe) verfügt. Zudem kann die Wehrlosigkeit auch dadurch entfallen, dass sich das Opfer dem Angriff durch Flucht entzieht.

872. BGH 3 StR 86/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Stuttgart)

Kriminelle Vereinigung (einschränkende Auslegung; Schutzzweck der Norm; Verhältnismäßigkeit; Straftaten von einigem Gewicht; Sachbeschädigungen; Prägung des Erscheinungsbildes der Vereinigung); Beweiswürdigung.

§ 129 StGB; § 261 StGB

Die Ausrichtung einer Vereinigung auf die Begehung irgendwelcher Straftaten begründet nicht ohne weiteres eine Einstufung als kriminell i.S.d. § 129 Abs. 1 StGB. Vielmehr gebietet der Schutzzweck der Norm eine Einschränkung dahingehend, dass die Vorschrift nur anwendbar ist, wenn die begangenen und/oder geplanten Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten, wenn sie somit unter diesem Blickwinkel von einigem Gewicht sind. Das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn überwiegend Sachbeschädigungen durch Aufkleber-, Plakat- und Farbsprühaktionen begangen werden, bei denen es nicht zu erheblichen Substanzbeeinträchtigungen kommt und der Inhalt der verbreiteten Parolen zumeist strafrechtlich irrelevant ist.

979. BGH 4 StR 197/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Essen)

Nachstellen (Begriff der Beharrlichkeit: subjektives Element der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit, erforderliche Gesamtbetrachtung, Bedeutung besonders intensiver Eingriffe in die Recht des Opfers).

§ 238 Abs. 1 StGB

1. Dem Begriff der Beharrlichkeit im Sinne des § 238 Abs. 1 StGB wohnen objektive Momente der Zeit sowie subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit inne; er ist nicht bereits bei

bloßer Wiederholung erfüllt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht handelt, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten. Der Beharrlichkeit ist immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind. Die erforderliche ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot manifestieren sich darin, dass der Täter den vom Opfer ausdrücklich oder schlüssig geäußerten entgegenstehenden Willen bewusst übergeht (vgl. BGHSt 54, 189, 194 f.).

2. Dabei ergibt sich die Beharrlichkeit aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, bei der insbesondere der zeitliche Abstand zwischen den Angriffen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind (vgl. BGHSt 54, 189, 194 f.).

3. Greift der Täter mit seinen Handlungen besonders intensiv in die Rechte des Opfers ein, so mögen bereits wenige Vorfälle, unter Umständen auch eine einzige Wiederholung, das erforderliche Maß an rechtsfeindlicher Gesinnung und Hartnäckigkeit zu belegen. Voraussetzung ist aber auch dann, dass die einzelnen Handlungen des Täters einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.

865. BGH 3 StR 105/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Koblenz)

Nicht tragfähige Beweiswürdigung zur Drohung bei der Verurteilung wegen Erpressung; kein Vermögensschaden bei gutgläubigem Eigentumserwerb (kein Abhandenkommen bei auf Täuschung oder Nötigung beruhendem Einverständnis mit dem Sachverlust).

§ 253 StGB; § 263 StGB; § 261 StPO; § 932 BGB; § 935 BGB

Ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach den §§ 929, 932 BGB ist gemäß § 935 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn die Sache dem früheren Eigentümer abhandengekommen war. Unter einem Abhandenkommen in diesem Sinne ist der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes zu verstehen. Der für die Freiwilligkeit bestimmende Wille ist allerdings nicht rechtsgeschäftlicher, sondern tatsächlicher Natur. Deshalb führt die Besitzaufgabe aufgrund einer Täuschung oder als Folge einer Drohung nicht zu einem Abhandenkommen, es sei denn, der psychische Zwang kommt einer unwiderstehlichen Gewalt gleich.

954. BGH 2 StR 154/16 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Bonn)

Diebstahl (Wegnahme: Abgrenzung zum Betrug bei täuschungsbedingter Gewahrsamslockerung; Willensrichtung des Getäuschten, relevanter Zeitpunkt bei mehraktigem Geschehen).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. Hat sich der Täter eine Sache durch Täuschung verschafft, so ist für die Abgrenzung von Wegnahme (§ 242

StGB) und Vermögensverfügung (§ 263 StGB) auch die Willensrichtung des Getäuschten und nicht nur das äußere Erscheinungsbild des Tatgeschehens maßgebend. Betrug liegt vor, wenn der Getäuschte auf Grund freier nur durch Irrtum beeinflusster Entschließung Gewahrsam übertragen will und überträgt. In diesem Fall wirkt sich der Gewahrsamsübergang unmittelbar vermögensmindernd aus. Diebstahl ist gegeben, wenn die Täuschung lediglich dazu dienen soll, einen gegen den Willen des Berechtigten gerichteten eigenmächtigen Gewahrsamsbruch des Täters zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern.

2. Von der Vorschrift des § 242 StGB werden insbesondere auch solche Fallgestaltungen erfasst, in denen der Gewahrsamsinhaber mit der irrumsbedingten Aushändigung der Sache eine Wegnahmesicherung aufgibt, gleichwohl aber noch zumindest Mitgewahrsam behält, der vom Täter gebrochen wird.

3. Vollzieht sich der Gewahrsamsübergang in einem mehraktigen Geschehen, so ist die Willensrichtung des Getäuschten in dem Zeitpunkt entscheidend, in dem er die tatsächliche Herrschaft über die Sache vollständig verliert. Hat der Gewahrsamsinhaber, der die wahren Absichten des Täuschenden nicht erkannt hat, den Gegenstand übergeben, ohne seinen Gewahrsam völlig preiszugeben, und bringt der Täter die Sache nunmehr in seinen Alleingewahrsam, ist Wegnahme gegeben, wenn der Ausschluss des Berechtigten von der faktischen Sachherrschaft ohne oder gegen dessen Willen stattfindet.

870. BGH 3 StR 72/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Oldenburg)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Ausziehen eines Kindes als sexuelle Handlung „an“ dessen Körper; Bestimmung zur Vornahme einer sexuellen Handlung); Herstellen kinderpornographischer Schriften (Erfordernis einer Verwendungsabsicht nach altem Recht; für den Angeklagten günstigere Gesetzesfassung).

§ 176 StGB; § 184b StGB; § 2 Abs. 3 StGB

Das Ausziehen eines Kindes stellt sich regelmäßig nicht als sexuelle Handlung „an“ dessen Körper dar, wenn nicht das Entblößen seinerseits mit einer sexuellen Handlung am Körper verbunden ist. Denn das bloße Entfernen der Kleidung stellt nicht den körperlichen Kontakt her, der für eine sexuelle Handlung im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB erforderlich ist. Wenn der Täter sich schon mit dem Ausziehen selbst sexuell erregen will, kann der Tatbestand allenfalls dann erfüllt sein, wenn es zu Körperkontakten kommt, die über die beim Ausziehen üblichen hinausgehen.

875. BGH 3 StR 124/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Verneinung des „doppelten Gehilfenvorsatzes“ (psychische Hilfeleistung; Rückschluss auf den Vorsatz aus äußeren Umständen; Widerspruch zu den Feststellungen); Bewertung einer Äußerung als Bedrohung (Auslegung; Begleitumstände der Tatsituation; Inaussichtstellen eines Verbrechens; objektiver Eindruck der Ernstlichkeit; Überprüfung durch das Re-

visionsgericht); keine sukzessive Mittäterschaft nach Beendigung der gefährlichen Körperverletzung.

§ 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 224 StGB; § 241 StGB

1. Ob einer Äußerung in objektiver und subjektiver Hinsicht die Bedeutung einer Bedrohung i.S.d. § 241 StGB beizumessen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, bei der auch die Begleitumstände der Tatsituation Bedeutung erlangen können. Erforderlich ist das ausdrücklich erklärte oder konkludent zum Ausdruck gebrachte Inaussichtstellen eines Verbrechens, das seinem Erklärungsgehalt nach objektiv geeignet erscheint, den Eindruck der Ernstlichkeit zu erwecken.

2. Diese Auslegung einer Äußerung als mögliche Bedrohung i.S.v. § 241 StGB obliegt als tatsächliche Würdigung dem Tatrichter; dem Revisionsgericht ist eine eigene Bewertung der Äußerung versagt. Es hat die Auslegung des Tatgerichts jedoch nach revisionsrechtlichen Grundsätzen darauf zu überprüfen, ob sie Rechtsfehler enthält. Das ist etwa dann der Fall, wenn sie lückenhaft ist und die Urteilsgründe sich nicht mit allen nach den Umständen naheliegenden Möglichkeiten auseinandersetzen sowie eine umfassende Würdigung des Inhalts, des Zwecks und der Tendenz der Äußerung vermissen lassen.

3. Eine durch die Abgabe eines Schusses begangene gefährliche Körperverletzung ist regelmäßig unmittelbar nach der Schussabgabe beendet, so dass danach eine sukzessive Mittäterschaft ausscheidet.

960. BGH 2 StR 451/15 – Urteil vom 27. Juli 2016 (LG Limburg)

Geldwäsche (Begriff des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat; Surrogate; Begriff des Verschleierns: keine Heimlichkeit erforderlich; Gefährdung des Auffindens des Gegenstandes: konkretes Gefährdungsdelikt).

§ 261 Abs. 1 StGB

1. Aufgrund der Verwendung des Begriffs des Herrührens bei der Umschreibung möglicher Tatobjekte werden auch solche Vermögenswerte in den Kreis geldwäschetauglicher Gegenstände einbezogen, die erst durch eine Verwertung des vom Vortäter ursprünglich Erlangten als Surrogat erworben werden und daher nur mittelbar aus der Vortat stammen.

2. Das Verschleiern der Herkunft eines Gegenstands umfasst alle irreführenden Machenschaften, die darauf abzielen, einem Tatobjekt den Anschein einer anderen (legalen) Herkunft zu verleihen oder zumindest die wahre Herkunft zu verbergen. Verbergen und Verschleiern bezeichnen dabei ein zielgerichtetes, konkret geeignetes Handeln, den Herkunftsnachweis zu erschweren, ohne dass diese Bemühungen aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden zum Erfolg geführt haben müssen. Solche irreführenden Machenschaften erfordern nicht zwingend Heimlichkeit.

988. BGH 4 StR 317/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Zwickau)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen und fremder Sachen durch Fahruntüchtigkeit bei Polizeiflucht).
§ 315c Abs. 1 StGB

Soweit sich eine Trunkenheitsfahrt als Polizeiflucht darstellt, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Gefährdungen und Schädigungen, soweit sie die Gefährdung von Polizeibeamten und Polizeifahrzeugen betrifft, Folge der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit waren.

882. BGH 3 StR 157/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Duisburg)

Besonders schwerer Raub (im Zeitpunkt der Begründung des Wegnahmevorsatzes bereits abgeschlossene Verwendung einer Waffe zum Zwecke der Drohung).
§ 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Eine Waffe wird nur dann im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB „bei der Tat verwendet“, wenn der Täter sie als Raubmittel zweckgerichtet einsetzt, das Opfer (in der Drohungsvariante) die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben mittels des Gegenstandes wahrnimmt und dadurch in die entsprechende qualifizierte Zwangslage versetzt wird. Ein solcher zweckgerichteter Gebrauch scheidet aus, wenn der Einsatz des Gegenstands (hier: eines Teleskopschlagstocks) vor dem Entschluss zur Wegnahme bereits abgeschlossen ist. Dass das Opfer weiterhin Angst vor einem nochmaligen Einsatz des Gegenstands hat, genügt nur, wenn eine erneute, zumindest konkludente Drohung nach dem Entschluss zur Wegnahme festgestellt wird.

897. BGH 3 StR 466/15 – Beschluss vom 9. August 2016 (OLG Düsseldorf)

Konkurrenzverhältnis zwischen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung und schwerer staatsgefährdender Gewalttat (Tateinheit; Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs; keine Deckungsgleichheit bzgl. Anwendungsbereich und Strafgrund).
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 89a StGB

Die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a Abs. 1 und 2 StGB) wird nicht im Wege der Gesetzeskonkurrenz durch die Strafbarkeit wegen der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung gemäß § 129a Abs. 1, § 129b Abs. 1 StGB verdrängt. Beide Delikte stehen mit Blick auf die Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs vielmehr in Tateinheit, da Anwendungsbereich und Strafgrund der Vorschriften nicht deckungsgleich sind.

977. BGH 4 StR 195/16 – Urteil vom 4. August 2016 (LG Magdeburg)

Schwerer Raub (Beisichführen eines Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden: Fesselungs- und Knebelungswerkzeuge).
§ § 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB

Als Mittel, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, kommen bei § 250 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB auch Fesselungs- und Knebelungswerkzeuge in Betracht, wenn sie einem der angeführten Zwecke dienen sollen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 375). Für die Annahme des Qualifikationsmerkmals reicht es aus, dass ein Beisichführen und eine Verwendungsabsicht zu irgendeinem Zeitpunkt vom Ansetzen zur Tat bis zu deren Beendigung gegeben sind (st. Rspr.).

Rechtsprechung

III. Strafzumessung – und Maßregelrecht

950. BGH 1 ARs 5/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (BGH)

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

1. Mit welchem Gewicht sich der Zeitablauf bei Taten des sexuellen Missbrauchs von Kindern strafmildernd auswirkt, kann nicht allgemein, sondern nur nach Lage des Einzelfalls beurteilt werden. Der Senat hält daran fest, dass das Tatgericht dabei die gesetzgeberische Wertung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB berücksichtigen darf.

2. Der Senat ist der Ansicht, dass die strafmildernde Wirkung des Zeitablaufs bei hiervon unbeeinflusster

Tatschuld auf einem allgemein abnehmenden Strafbedürfnis bzw. einer geminderten Notwendigkeit von Sühne beruht. Daneben wird ein langer Zeitablauf aber auch besondere Prüfungspflichten im Hinblick auf spezialpräventiv wirksame Umstände für die Strafzumessung auslösen. Dies führt aber zu der Notwendigkeit der individuellen Gewichtung dieses Faktors in Bezug auf die Bemessung der schuldangemessenen Strafe.

3. Der Senat hält es nach diesen Maßgaben für rechtsfehlerfrei, wenn das Tatgericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls für die Bewertung der Abnahme des Strafbedürfnisses und der Minderung des Sühneanspruchs auf die gesetzgeberischen Wertungen zurückgreift, die in den Verjährungsvorschriften zum Ausdruck gekommen sind. Zwar haben die Verjährungsvorschriften zum Teil eine andere Zielrichtung, letztlich aber

kommt in ihnen auch zum Ausdruck, dass die Rechtsordnung ein Strafbedürfnis gegenüber dem Täter infolge Zeitablaufs verneint.

934. BGH 1 StR 226/16 – Beschluss vom 10. August 2016 (LG Stuttgart)

Absehen von der Anordnung des Verfalls, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist (Ermessensentscheidung des Tatrichters; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit auf Ermessensfehler).

§ 73 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

Die Entscheidung des Tatrichters über das Absehen von der Anordnung des Verfalls erweist sich als ermessens- und damit rechtsfehlerhaft, wenn der Ermessensausübung anhand eines von ihm gewählten Kriteriums nicht ausreichend belegte Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt werden (Ermessensdefizit). Auf Rechtsfehler, zu denen Ermessensfehler gehören, ist die dem Tatrichter obliegende Auslegung und Anwendung (bzw. Nichtanwendung) von § 73c Abs. 1 StGB durch das Revisionsgericht zu prüfen (st.Rspr.).

981. BGH 4 StR 230/16 – Beschluss vom 4. August 2016 (LG Bochum)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: symptomatischer Zusammenhang zwischen psychischer Erkrankung und Tat); wirksamer Eröffnungsbeschluss (Voraussetzungen; Rechtsfolge der Unwirksamkeit: Verfahrenshindernis).

§ 63 StGB; § 203 StPO

Die Diagnose einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis führt für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit. Erforderlich ist vielmehr stets die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (st. Rspr.).

987. BGH 4 StR 305/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (kein Beruhen des Urteils auf fälschlicher Anwendung der alten Rechtslage).

§ 63 StGB

Die Neufassung der Anordnungsvoraussetzungen von § 63 StGB greift im Wesentlichen die Konkretisierungen auf, die vom Bundesverfassungsgericht und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den vergangenen Jahren vorgenommen worden sind. Es handelt sich damit vorrangig um bestätigende Kodifizierungen.

971. BGH 4 StR 1/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Gießen)

Entziehung der Fahrerlaubnis (erforderliche Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (verkehrsfremder Inneneingriff durch Bereiten eines Hindernisses: Voraussetzungen; konkrete Gefahr für Leib oder Leben).

§ 69 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB

Sofern für die rechtswidrige Tat nicht die Regelvermutung des § 69 Abs. 2 StGB gilt, erfordert die Prüfung der charakterlichen Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig eine dem Tatrichter vorbehaltene Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit, soweit sie in der Tat zum Ausdruck gekommen ist (vgl. BGHSt 50, 93, 97).

945. BGH 1 StR 315/15 – Beschluss vom 18. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafzumessung bei mehreren Angeklagten.

§ 46 Abs. 1 StGB

Wenn mehrere Angeklagte in einem Verfahren abgeurteilt werden, muss für jeden von ihnen die Strafe 'aus der Sache' selbst gefunden werden, wobei der Gesichtspunkt, dass die verhängten Strafen auch in einem gerechten Verhältnis zueinanderstehen sollten, nicht völlig außer Betracht bleiben darf (vgl. BGH NStZ 2011, 689).

892. BGH 3 StR 243/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafte Unterlassung der Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen des Hanges; chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit; intensive Neigung zum übermäßigen Konsum; Beeinträchtigung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Grenze der physischen Abhängigkeit).

§ 64 StGB

Ausreichend für die Annahme eines Hanges zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln i.S.v. § 64 StGB ist, dass der Betroffene aufgrund seiner Konsumgewohnheiten sozial gefährdet oder gefährlich erscheint, wobei noch keine physische Abhängigkeit bestehen muss. Insofern kann auch dem Umstand, dass durch den Rauschmittelgenuss bereits die Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit beeinträchtigt sind, indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hanges zukommen; das Fehlen dieser Beeinträchtigungen schließt indes nicht notwendigerweise die Bejahung eines Hanges aus.

956. BGH 2 StR 195/16 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Limburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose)

§ 63 StGB

Ein allgemein erhöhtes Risiko von Gewaltdelikten durch Personen, die unter einer Wahnerkrankung leiden, ist für sich genommen nicht ausreichend, im Einzelfall die Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB zu begründen.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

926. BGH StB 24/16 – Beschluss vom 29. August 2016

BGHR; keine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Nebenbeteiligung des Verfallsinteressierten durch das OLG (selbständiges Verfallsverfahren; Anordnung des Verfalls; kein nachhaltiger Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen); Kostenlast im Beschwerdeverfahren.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 5 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 473 Abs. 1 StPO; § 440 StPO; § 441 StPO

1. Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der die Nebenbeteiligung eines Verfallsinteressierten abgelehnt wird, ist nicht gemäß § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 5 StPO anfechtbar. (BGHR)

2. Die Ausnahmevorschrift des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats eng auszulegen. Der Gesetzgeber hat die Beschwerde nur gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte eröffnet, die besonders nachhaltig in die Rechtssphäre der Betroffenen eingreifen, zum Verfahrensabschluss führen oder sonst von besonderem Gewicht sind. Das ist bei der Entscheidung, durch welche die Nebenbeteiligung eines Verfallsinteressierten abgelehnt wird, nicht der Fall, zumal es dem Verfallsinteressierten, dessen Nebenbeteiligung abgelehnt wird, unbenommen bleibt, seine Rechte im Nachverfahren (§§ 442, 439 StPO) geltend zu machen. (Bearbeiter)

930. BGH 1 StR 136/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG München I)

Verständigung (staatsanwaltliche Zusagen zur Einstellung in anderen Verfahren: Verbot von Gesamtlösungen, fehlende Bindungswirkung, Zulässigkeit der unverbindlichen Ankündigung einer Einstellung); Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Mitteilung aller Verständigungsgespräche, regelmäßiges Beruhen auf einem Verstoß).

§ 257c Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 154 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

1. Eine Verständigung kann sich nach § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO nur auf „verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren“ beziehen. Daraus folgt, dass in eine Verständigung nicht Verfahren mit Bindungswirkung einbezogen werden können, die außerhalb der Kompetenz des Gerichts liegen (vgl. BVerfGE 133, 168, 214 Rn. 79: Verbot von „Gesamtlösungen“). Die Bindungswirkung der Verständigung kann nur soweit gehen, wie das Gericht das Verfahren mitbestimmt. Mitteilungen der Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Verständigung, bei einem bestimmten Ergebnis andere Verfahren nach § 154 StPO zu behandeln, entfalten also

keine Bindungswirkung und lösen auch kein schutzwürdiges Vertrauen aus.

2. Zusagen der Staatsanwaltschaft zu Einstellungen in anderen Verfahren nach § 154 StPO anlässlich einer Verständigung sind aber nicht verboten. Zulässig ist deshalb, dass die Staatsanwaltschaft anlässlich einer Verständigung nach § 257c StPO ankündigt, andere bei ihr anhängige Ermittlungsverfahren nach § 154 Abs. 1 StPO im Hinblick auf die zu erwartende Verurteilung einzustellen oder auf eine Einstellung bereits anhängiger Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO hinzuwirken, solange nicht der Eindruck erweckt wird, dass es sich dabei um einen von der Bindungswirkung der Verständigung (§ 257c Abs. 4 StPO) erfassten Bestandteil handelt.

3. Einem solchen Eindruck kann entgegengewirkt werden, indem der Vorsitzende den Angeklagten darüber belehrt, dass diese Ankündigung keine solche Bindungswirkung entfaltet.

881. BGH 3 StR 153/16 – Urteil vom 28. Juli 2016 (LG Oldenburg)

Fehlerhafte Protokollierung zu verständigungsbezogenen Gesprächen vor Beginn der Hauptverhandlung (Auslösen der Mitteilungspflicht; Umstände einer Verständigung als Gesprächsgegenstand; prozessuales Verhalten in Konnex zum Verfahrensergebnis; unverbindliche Erörterungen; Hinweis auf strafmildernde Wirkung des Geständnisses); keine Erstreckung der Protokollierungspflicht auf informelle Verständigungen außerhalb der Hauptverhandlung; Angriffsrichtung der Rüge.

§ 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 S. 1 StPO; § 257c StPO; 273 Abs. 1a StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1. Gespräche vor Beginn der Hauptverhandlung, die der Sondierung der Verständigungsbereitschaft i.S.d. § 257c StPO dienen, lösen die Mitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO auch dann aus, wenn nur der Vorsitzende diese Gespräche führt.

2. Von verständigungsbezogenen Erörterungen ist auszugehen, sobald bei im Vorfeld der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies wiederum ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung naheliegt.

3. Abzugrenzen sind solche Erörterungen, bei denen ein Verfahrensergebnis einerseits und ein prozessuales Verhalten des Angeklagten andererseits in ein Gegenseitig-

keitsverhältnis im Sinne von Leistung und Gegenleistung gesetzt werden, von sonstigen verfahrensfördernden Gesprächen, die nicht auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung abzielen. Gegenstand solcher unverbindlichen Erörterungen kann insbesondere der in einem Rechtsgespräch erteilte Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses sein.

4. Eine nicht in der Hauptverhandlung offen gelegte informelle Verständigung wird von der Protokollierungspflicht nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO nicht erfasst. Da das Protokoll mithin insoweit keine formelle Beweiskraft im Sinne von § 274 Satz 1 StPO entfaltet, kann das Vorliegen einer informellen Verständigung auch ohne die Behauptung einer Protokollfälschung gerügt werden.

944. BGH 1 StR 315/15 – Beschluss vom 18. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilung: Verlauf und Inhalt; Protokollierung der Mitteilung; regelmäßiges Beruhen auf einem Verstoß).

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

Der Vorsitzende hat Verlauf und Inhalt der nach § 243 Abs. 4 StPO mitzuteilenden Gespräche in das Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmen.

943. BGH 1 StR 301/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG München II)

Rechtsmittelverzicht (Wirksamkeit: Voraussetzungen der prozessualen Handlungsfähigkeit, unbeachtliche Täuschung durch den Verteidiger).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Prozessual handlungsfähig ist, wer aufgrund seiner geistigen und körperlichen Fähigkeiten in der Lage ist, seine Interessen verständig wahrzunehmen sowie Prozesshandlungen mit Verständnis und Vernunft auszuführen (siehe BGHSt 41, 16, 18). Ausschlaggebend ist bei Prozesshandlungen im Zusammenhang mit Rechtsmitteln die Fähigkeit, die verfahrensrechtliche Bedeutung einer Rechtsmittelrücknahme oder eines Rechtsmittelverzichts zu erkennen (vgl. BGH NStZ 2000, 386, 387). Diese Fähigkeit wird erst durch schwerwiegende psychische oder auch körperliche Erkrankungen oder Beeinträchtigungen aufgehoben (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 341). Ob die prozessuale Handlungsfähigkeit besteht bzw. bestand, hat das jeweils zuständige Gericht im Freibeweisverfahren aufzuklären (st. Rspr.). Das Revisionsgericht darf sich dafür auf den Akteninhalt beschränken.

2. Ein durch den Verteidiger hervorgerufener Irrtum würde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zur Unwirksamkeit führen (BGH, Beschluss vom 13. Mai 2003 – 4 StR 135/03 bei Becker NStZ-RR 2004, 228).

873. BGH 3 StR 119/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Bad Kreuznach)

Eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts trotz neu hinzutretender Strafzumessungstatsachen.

§ 354 Abs. 1a StPO

Der Vortrag neuer Tatsachen führt mit Blick auf ein mögliches Vorgehen des Revisionsgerichts nach § 354 Abs. 1a StPO lediglich dazu, dass das Revisionsgericht solche neuen Umstände bei seiner Entscheidung, ob die in dem angefochtenen Urteil verhängte Strafe angemessen ist, zu berücksichtigen hat. Kategorisch ausgeschlossen ist eine eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts angesichts neuer Strafzumessungstatsachen hingegen nicht.

906. BGH 5 StR 270/16 – Beschluss vom 7. Juli 2016 (LG Berlin)

Belastende Verwertung von durch vorläufige gerichtliche Verfahrenseinstellung ausgeschiedenen Taten (Berücksichtigung in der Strafzumessung; Erforderlichkeit eines rechtlichen Hinweises; Vertrauensstatbestand; faires Verfahren; rechtliches Gehör); Wertersatzverfall.

§ 154 StPO; § 265 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB.

Durch vorläufige gerichtliche Verfahrenseinstellung ausgeschiedene Taten dürfen selbst im Fall prozessordnungsgemäßer Feststellung auch bei der Beweiswürdigung nur dann zu Lasten des Angeklagten verwertet werden, wenn dieser zuvor auf die Möglichkeit einer solchen Verwertung hingewiesen worden ist. Die Verfahrenseinstellung begründet regelmäßig einen Vertrauensstatbestand, weshalb eine faire Verfahrensgestaltung sowie die Gewährleistung rechtlichen Gehörs es gebieten, einen Hinweis zu erteilen, wenn das Tatgericht den Verfahrensstoff doch zum Nachteil des Angeklagten zu berücksichtigen gedenkt.

978. BGH 4 StR 195/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Magdeburg)

Drittwirkung von Verwertungsverboten (Vorenthalten des anwaltlichen Beistands gegenüber einem Mitangeklagten).

Art. 6 Abs. 3 c) EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

Durch eine gegenüber einem Mitangeklagten begangenen Verletzung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ist der Angeklagte nicht in seinem Rechtskreis betroffen. Ein Verwertungsverbot erstreckt sich damit nicht auf seine Verurteilung.

925. BGH StB 12/16 – Beschluss vom 11. August 2016 (KG Berlin)

Anforderungen an den Tatverdacht bei der Telekommunikationsüberwachung (Verdachtsgrad; Katalogtat; tatsachengestützte Annahme; kriminalistische Erfahrung; Konkretisierung und Verdichtung; Ermittlungs- und Erkenntnisstand; Beurteilungsspielraum der anordnenden Stelle; Beweiswert von Textvergleichen; „Personenraster“ für Mitglieder einer bestimmten Gruppe; terroristische oder kriminelle Vereinigung).

§ 100a StPO; § 129 StGB; § 129a StGB

1. § 100a StPO erfordert einen einfachen Tatverdacht, der allerdings auf bestimmten Tatsachen beruhen muss. Dabei sind mit Blick auf das Gewicht des in Rede ste-

henden Grundrechtseingriffs Verdachtsgründe notwendig, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Der Verdacht muss vielmehr durch schlüssiges Tatsachenmaterial bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung und Verdichtung erreicht haben, so dass nach der Lebenserfahrung bzw. der kriminalistischen Erfahrung erhebliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat – hier: Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („militante Gruppe“) – begangen hat (vgl. zum Ganzen bereits BGH HRRS 2010 Nr. 496).

2. Dass eine Person unter ein „Personenraster“ fällt, das für Mitglieder einer bestimmten (potenziell) terroristischen oder kriminellen Vereinigung erstellt wurde, hat regelmäßig jedenfalls dann keine tragfähige Aussagekraft für den Tatverdacht, wenn die aufgezeigten Kriterien zu einem Großteil allgemein gehalten und folglich auf eine nicht unerhebliche Zahl von Personen anwendbar sind.

867. BGH 3 StR 17/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet (Verwerfung der Revision im Beschlussverfahren; kein Erfordernis eines rechtlichen Hinweises des Revisionsgerichts auf seine Rechtsauffassung; rechtliches Gehör).
§ 265 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

Die auf die Besonderheiten der Tatsacheninstanz zugeschnittene Vorschrift des § 265 StPO gilt im Revisionsverfahren grundsätzlich nicht und steht lediglich einer den Schuldspruch abändernden Entscheidung des Revisionsgerichts entgegen, wenn der Angeklagte im Hinblick auf die von der Auffassung des Tatgerichts im Ergebnis abweichende rechtliche Beurteilung durch das Revisionsgericht noch keine Möglichkeit der Verteidigung hatte. Auch Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung. Der Verfahrensbeiträge muss, auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, alle vertretbaren Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen.

953. BGH 2 StR 116/16 – Beschluss vom 13. Juli 2016 (LG Bonn)

Aufklärungsrüge (keine Abhängigkeit des Erfolgs vom Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten).
§ 244 Abs. 2 StPO

Die Aufklärungspflicht besteht grundsätzlich unabhängig vom Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten, die Rüge einer Verletzung der Aufklärungspflicht kann deshalb nicht daran scheitern, dass der Beschwerdeführer die vermisste Aufklärung in der Hauptverhandlung nicht verlangt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 145); dies gilt insbesondere dann, wenn sich das Erfordernis weiterer Sachaufklärung schon aus Umständen ergibt, die vom Vorbringen der Verfahrensbeteiligten unabhängig ist.

888. BGH 3 StR 196/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Trier)

Erfolgreiche Verfahrensrüge bei fehlendem rechtlichen Hinweis (beabsichtigte Verurteilung wegen Allein- statt Mittäterschaft; Beruhen bereits bei nicht auszuschließender Möglichkeit einer anderen Verteidigung; besonders schwerer Raub (Feststellungen zum Vorhandensein einer konkreten Todesgefahr; Vorsatz).
§ 265 StPO; § 25 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) StGB

Will das Gericht im Urteil von einer anderen Teilnahmeform ausgehen als die unverändert zugelassene Anklage, so muss es den Angeklagten gemäß § 265 Abs. 1 StPO zuvor darauf hinweisen und ihm Gelegenheit geben, seine Verteidigung darauf einzurichten; das gilt auch bei einer Verurteilung wegen Alleintäterschaft statt Mittäterschaft. Bei einem hiergegen verstoßenden Verfahren kommt es für die Beruhensfrage nicht darauf an, ob die Möglichkeit einer anderen Verteidigung nahe liegt; es genügt vielmehr, dass sie nicht mit Sicherheit auszuschließen ist.

922. BGH AK 41/16 – Beschluss vom 28. Juli 2016

Haftprüfungsverfahren (Prüfungsgegenstand; kein Vollzug des Haftbefehls bei Überhaft; keine Berücksichtigung des nicht ordnungsgemäß verkündeten erweiterten Haftbefehls im Haftfortdauerbeschluss); Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Unschuldsvermutung; Verhältnismäßigkeit von Anordnung und Dauer der Untersuchungshaft; Abwägung zwischen Freiheitsanspruch und Strafverfolgungsinteresse.
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

1. Prüfungsgegenstand im Haftprüfungsverfahren ist nur der nach § 122 Abs. 1 StPO vorgelegte Haftbefehl, wobei Voraussetzung der Haftprüfung ist, dass der Haftbefehl vollzogen wird. Hieran fehlt es, wenn Überhaft notiert ist.

2. Fehlt es an der ordnungsgemäßen Verkündung eines erweiterten Haftbefehls gemäß § 115 StPO, so darf er in einem Haftfortdauerbeschluss gemäß §§ 121, 122 StPO nicht berücksichtigt werden.

3. 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. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Wege einer auf den Einzelfall bezogenen Prüfung des Verfahrensablaufs festzustellen. Zu würdigen sind auch die voraussichtliche Gesamtdauer des Verfahrens und die für den Fall einer Verurteilung konkret im Raum stehende Straferwartung.

871. BGH 3 StR 85/16 – Beschluss vom 2. Juni 2016 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafte Überzeugungsbildung hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussage des Belastungszeugen (Gesamtwürdigung einzelner gegen den Wahrheitsgehalt einer Aussage sprechender Umstände).
§ 261 StPO

Hält das Tatgericht die Aussage eines Belastungszeugen für glaubhaft, obwohl eine Vielzahl von Umständen vorliegt, die geeignet sein können, Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Bekundungen zu wecken, so genügt es regelmäßig nicht zu jedem dieser Gesichtspunkte einzeln darzulegen, aus welchen Gründen er die Überzeugung von der Richtigkeit der Aussagen nicht erschüttert. Vielmehr ist zusätzlich eine Gesamtwürdigung dahingehend erforderlich, ob die einzelnen Umstände zumindest in ihrer Summe durchgreifende Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Bekundungen begründen.

948. BGH 1 StR 380/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG Aschaffenburg)

Rücknahme der Revision (Anforderungen an den Geisteszustand des Revisionsführers).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

Es ist für die Wirksamkeit einer Revisionsrücknahme im Hinblick auf den psychischen Zustand ausreichend, dass der Erklärende sich bei Abgabe der Erklärung in einem Zustand geistiger Freiheit und Klarheit befindet, der ihn in die Lage versetzt, die Bedeutung der abgegebenen Erklärung zu erkennen, was sogar durch Geschäftsunfähigkeit oder Schuldfähigkeit nicht notwendig ausgeschlossen wird.

952. BGH 2 StR 92/15 – Urteil vom 30. März 2016 (LG Köln)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: umfassende Glaubhaftigkeitsprüfung, Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

In Fallkonstellationen, in denen die Angaben der einzigen Belastungszeugin in der Hauptverhandlung in wesentlichen Teilen von ihren früheren Angaben abweichen, geboten, sind jedenfalls die entscheidenden Teile der Aussage in den Urteilsgründen wiederzugeben, weil dem Revisionsgericht ohne Kenntnis des wesentlichen Aussageinhalts ansonsten die sachlichrechtliche Überprüfung der Beweiswürdigung nach den oben aufgezeigten Maßstäben verwehrt ist (vgl. BGH NStZ 2012, 110, 111). Gleiches gilt in Fallkonstellationen, in denen konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Falschbelastungsmotivs bestehen.

966. BGH 2 ARs 183/16 (2 AR 97/16) – Beschluss vom 10. August 2016

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Beschlüsse des OLG im Klageerzwingungsverfahren

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 172 Abs. 2, Abs. 4 StPO

Eine Anfechtbarkeit von Entscheidungen, die das Oberlandesgericht im Klageerzwingungsverfahren trifft, sieht

das Gesetz nicht vor. Im Klageerzwingungsverfahren ist das Oberlandesgericht zwar als erstes Gericht mit der Sache befasst, jedoch nicht im Sinne des § 304 Abs. 4 Satz 2 2. Halbsatz StPO im ersten Rechtszug zuständig. Dies ist vielmehr, wenn das Oberlandesgericht die Klageerhebung anordnet, ein Amts- oder Landgericht.

989. BGH 4 StR 321/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Paderborn)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Fristbeginn: Kenntnissnahme des Angeklagten).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

Entscheidend für den Fristbeginn für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand ist der Zeitpunkt der Kenntnissnahme des Wegfalls des Hindernisses durch den Angeklagten. Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre (vgl. BGH NStZ 2013, 474).

961. BGH 2 StR 476/15 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Gießen)

Verschlechterungsverbot (höhere Festsetzung einer Einzelstrafe bei Verbindung mit einer anderen Tat zur Tateinheit).

§ 358 Abs. 2 StPO; § 54 StGB; § 52 StGB

Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) steht der Festsetzung einer höheren als der bisherigen Einzelstrafe nicht grundsätzlich entgegen, wenn eine vom ersten Tatgericht als selbständig erachtete Tat als solche entfallen und jetzt mit einer anderen Tat zur Tateinheit verbunden ist. Der Unrechtsgehalt dieser nun zur Tateinheit zusammen gefassten Tat ist damit erhöht. Das Verschlechterungsverbot, welches grundsätzlich auch für Einzelstrafen gilt, gebietet bei dieser Sachlage deshalb nur, dass die Summe der jeweils betroffenen bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der jeweils neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird. Überdies darf auch die neue Gesamtstrafe nicht höher als bisher ausfallen.

963. BGH 2 StR 514/15 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Rostock)

Übernahmebeschluss (Form)

§ 225a Abs. 1, Abs. 3 StPO

Ein Übernahmebeschluss muss schriftlich abgefasst werden. Hingegen ist die Unterzeichnung eines solchen Beschlusses durch den oder die erlassenden Richter keine Wirksamkeitsvoraussetzung (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 250, 251).

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

974. BGH 4 StR 163/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Halle)

BGHR; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse bei der Verordnung von Heilmitteln: Begriff der Vermögensbetreuungspflicht, Hauptpflicht, sozialrechtliches Wirtschaftlichkeitsgebot; Vermögensschaden bei Verordnung von Heilmitteln: Gefährdungsschaden bereits durch das Ausstellen der Verordnung; Unmittelbarkeitserfordernis).

§ 266 Abs. 1 StGB

1. Den Vertragsarzt einer Krankenkasse trifft dieser gegenüber eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinn des § 266 Abs. 1 StGB, die ihm zumindest gebietet, Heilmittel nicht ohne jegliche medizinische Indikation in der Kenntnis zu verordnen, dass die verordneten Leistungen nicht erbracht, aber gegenüber den Krankenkassen abgerechnet werden sollen. (BGH)

2. Eine Strafbarkeit wegen Untreue setzt voraus, dass dem Täter die Vermögensbetreuung als Hauptpflicht, also als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung obliegt und die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit belassen wird. Hierbei ist nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen (vgl. BGHSt 60, 94, 104 f.). (Bearbeiter)

3. Dem Vertragsarzt eröffnet sich bei der Verordnung von Heilmitteln nicht nur eine rein tatsächliche Möglichkeit, auf fremdes Vermögen, nämlich das der Krankenkassen, einzuwirken, auch begründet das hierbei von ihm zu beachtende Wirtschaftlichkeitsgebot nicht lediglich eine unter- oder nachgeordnete Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Vermögen der Krankenkassen. (Bearbeiter)

4. Soweit in der Rechtsprechung gefordert wird, es müsse sich bei der Vermögensbetreuungspflicht um die bzw. eine Hauptpflicht handeln, soll damit nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich bei der Vermögensbetreuungspflicht um „die“ (wichtigste oder einzige) Hauptpflicht des Betreffenden handeln muss. Damit soll vielmehr lediglich deren über eine unter- oder nachgeordnete Pflicht hinausgehende Bedeutung betont werden, die diese zu einer der Hauptpflichten, also einer zumindest mitbestimmenden Verpflichtung, erhebt (vgl. BGHSt 60, 94, 104). Um eine solche Hauptpflicht handelt es

sich beim sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot (§§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V). (Bearbeiter)

5. Der Einordnung des Wirtschaftlichkeitsgebot als Hauptpflicht steht nicht entgegen, dass die Grundpflicht eines Arztes auf die Wahrung der Interessen des Patienten gerichtet ist (vgl. BGHSt 57, 202, 208 ff). Soweit der Große Senat des Bundesgerichtshofs ausführt, dass die Pflicht zur Wirtschaftlichkeit den Vertragsarzt „nicht unmittelbar im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen“ träfe, stünde dies der Annahme einer Hauptpflicht zur Vermögensbetreuung nicht entgegen. Denn eine Norm- oder Obliegenheitsverletzung kann selbst dann pflichtwidrig im Sinn von § 266 StGB sein, wenn eine unmittelbare vertragliche Beziehung nicht besteht, die verletzte Rechtsnorm oder Obliegenheit aber wenigstens auch, und sei es mittelbar, vermögensschützenden Charakter hat (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 374, 376). (Bearbeiter)

6. Eines Eingehens auf die – früher auch vom Bundesgerichtshof vertretene – Ansicht, nach der dem Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht bereits deshalb obliegt, weil er als Vertreter der Krankenkasse handelt, bedarf es vor diesem Hintergrund nicht. An der Strafbarkeit würde sich abgesehen davon, dass der Treubruchs- anstelle des Missbrauchstatbestands einschlägig wäre, nichts ändern (vgl. BGH NStZ 2007, 213, 216). (Bearbeiter)

7. Bereits mit Ausstellen der Heilmittelverordnung begründet der Vertragsarzt eine „Verpflichtung“ für das Vermögen der Krankenkasse, da er befugt ist, durch eine solche Verordnung den Anspruch des Patienten gegen seine Krankenkasse auf die Gewährung von Sachmitteln zu konkretisieren. Ein Gefährdungsschaden entsteht deshalb mit der Begründung dieser „Verpflichtung“ durch die Heilmittelverordnung bereits, wenn bei gewöhnlichem Gang der Dinge die Inanspruchnahme der Krankenkassen nahezu sicher zu erwarten und deren Zahlungen nicht von ungewissen oder unbeherrschbaren Geschehensabläufen abhängig ist. (Bearbeiter)

8. Ein über den Zurechnungszusammenhang hinausgehendes Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil (vgl. dazu BGH NStZ-RR 2011, 374, 376) ist auch dann gegeben, wenn im Tatzeitpunkt aufgrund der Rahmenumstände sicher zu erwarten ist, dass der Schadensfall auch tatsächlich eintreten wird (vgl. BGH wistra 2016, 314, 325). (Bearbeiter)

992. BGH 4 StR 362/15 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Detmold)

BGHR; Betrug (Täuschung: Adressat von Geboten im Zwangsvollstreckungsverfahren: keine Erklärung gegenüber Mitbieter; Irrtum: sachgedankliches Mitbe-

wusstsein, normative Bestimmung der Vorstellung, keine Vorstellung des die Zwangsversteigerung leitenden Rechtspflegers über die Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit eines Bieters; Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, wirtschaftliche Betrachtungsweise, Schaden durch Hingabe eines Darlehens).
§ 263 Abs. 1 StGB; § 66 Abs. 2 ZVG; § 71 Abs. 1 ZVG

1. Die Abgabe eines Gebots im Zwangsversteigerungsverfahren enthält keine Erklärung des Bietenden gegenüber den Mitbietern. (BGH)

2. Der die Zwangsversteigerung leitende Rechtspfleger unterliegt regelmäßig keiner Fehlvorstellung über die Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit des Bieters. (BGH)

3. Gemäß § 66 Abs. 2 ZVG sind die Gebote gegenüber dem Vollstreckungsgericht abzugeben; insoweit ist der Rechtspfleger als funktionell zuständiges Vollstreckungsorgan ausschließlicher Adressat der mit dem jeweiligen Gebot verbundenen Erklärung. Der einzelne Bieter ist als solcher nicht Beteiligter des Vollstreckungsverfahrens. (Bearbeiter)

4. Ein Irrtum im Sinne des Betrugstatbestandes ist jeder Widerspruch zwischen einer subjektiven Vorstellung (des Getäuschten) und der Wirklichkeit (vgl. BGH NStZ 2014, 215). Dabei kommt es grundsätzlich zwar nicht darauf an, was der Getäuschte hätte verstehen müssen, sondern was er tatsächlich verstanden hat (vgl. BGH NJW 2014, 2595, 2598). Ein Irrtum kann aber auch in den Fällen gegeben sein, in denen die täuschungsbedingte Fehlvorstellung in der Abweichung eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ von den tatsächlichen Umständen besteht. Danach ist insbesondere der Bereich gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte von als selbstverständlich angesehenen Erwartungen geprägt, die zwar nicht in jedem Einzelfall bewusst aktualisiert werden, jedoch der vermögensrelevanten Handlung als hinreichend konkretisierte Tatsachenvorstellung zugrunde liegen (vgl. BGH NStZ 2014, 215, 216). (Bearbeiter)

5. In solchen Fällen bedarf es nicht stets der Feststellung der tatsächlichen individuellen Vorstellungen (vgl. BGH NStZ 2014, 98, 100). Vielmehr kann das Tatgericht bereits aus den Indizien des äußeren Ablaufs darauf schließen, dass der Betreffende aufgrund seines normativ geprägten Vorstellungsbildes – wie alle in seiner Situation – ein entsprechendes „sachgedankliches Mitbewusstsein“ hatte und daher irrte. (Bearbeiter)

6. Findet die Kommunikation im Rahmen eines geregelten Verfahrens statt, wird der Inhalt einer in diesem Zusammenhang abgegebenen Erklärung und die auf ihr möglicherweise beruhende (Fehl-)Vorstellung beim Adressaten maßgeblich durch die diesem Verfahren zu Grunde liegenden Vorschriften geprägt (vgl. BGHSt 59, 68, 71). (Bearbeiter)

7. Aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG) lässt sich ein normativ geprägtes Vorstellungsbild des eine Zwangsversteigerung leitenden Rechtspflegers in

Bezug auf die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit eines Bieters nicht herleiten. Insbesondere hat der Rechtspfleger über die an die engen Voraussetzungen von § 71 ZVG gebundene Prüfung auf ein rechtsmissbräuchliches Angebot hinaus keinen Anlass, der Abgabe eines Gebots – und sei es auch nur in Gestalt eines sachgedanklichen Mitbewusstseins – die Erklärung des Bietenden zu entnehmen, er werde die erforderliche Summe aufbringen können und wollen. (Bearbeiter)

8. Ob die Hingabe eines Darlehens in Fällen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners einen Vermögensschaden bewirkt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs daher durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. (Bearbeiter)

9. Ein Schaden entsteht daher nur, wenn die vorgespiegelte Rückzahlungsmöglichkeit nicht besteht und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind. Auch bei einer eingeschränkten oder fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners entsteht demnach kein Schaden, wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand, namentlich ohne Mitwirkung des Schuldners und ohne Gefährdung durch ihn, sofort nach Fälligkeit, realisierbar sind (st. Rspr.). (Bearbeiter)

10. Ein eventueller Minderwert des im Synallagma Erlangten ist im Verfügungszeitpunkt nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beurteilen. Dabei ist der Vermögensschaden unter Berücksichtigung banküblicher Bewertungsansätze konkret festzustellen und zu beziffern (vgl. BVerfGE 126, 170, 229). (Bearbeiter)

928. BGH StB 27/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (OLG Frankfurt a. M.)

BGHR; schwerwiegende entwürdigende oder erniedrigende Behandlung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person (Erstreckung des Schutzbereichs auf Verstorbene); dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an einer terroristischen Organisation im Ausland („IS“); Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr.

§ 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO

1. Auch ein Verstorbener gilt als nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB. (BGHR)

2. Die nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB strafbewehrte schwerwiegende entwürdigende oder erniedrigende Behandlung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person – wozu gemäß § 8 Abs. 6 Nr. 3 VStGB insbesondere Angehörige der Streitkräfte und Kämpfer der gegnerischen Partei zählen, welche die Waffen gestreckt haben oder in sonstiger Weise wehrlos sind – erfasst auch Verstorbene, weil die Vorschrift insoweit auch dem Schutz der Totenehre bzw. der über den Tod

hinaus fortwirkenden Würde des Menschen dient. (Bearbeiter)

993. BGH 4 StR 523/15 – Urteil vom 4. August 2016 (LG Dortmund)

Betrug (Täuschung durch Unterlassen: ausnahmsweise Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss bei besonderen auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Verbindungen, Gesellschaftsverträge).

§ 263 Abs. 1 StGB

1. Der Vertragspartner ist zwar im Allgemeinen nicht ohne weiteres verpflichtet, bei Vertragsschluss unaufgefordert alle für den anderen Teil irgendwie erheblichen Tatsachen zu offenbaren. Eine Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung jedoch außer bei bestehenden Vertrauensverhältnissen auch für die Anbahnung besonderer, auf gegenseitigem Vertrauen beruhender Verbindungen, bei denen Treu und Glauben und die Verkehrssitte die Offenbarung der für die Entschließung des anderen Teils wichtigen Umstände gebieten (vgl. BGHSt 39, 392, 399).

2. Eine solche besondere Verbindung, die auf einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis beruht und auf langjährige Zusammenarbeit angelegt ist, liegt im Regelfall nahe unter den Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und erst recht unter den Gesellschaftern einer Rechtsanwalts-gesellschaft, die sich in dieser Form zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben.

933. BGH 1 StR 20/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Kaiserslautern)

Betrug (Vermögensschaden: keine grundsätzliche Beschränkung der Zurechnung von Vermögensschaden zum Täter, insb. Vermögenswerte, die nicht Gegenstand der Täuschung waren, Selbstschädigungsbewusstsein, Anwendung auf gegenseitige Verträge, wirtschaftliche Betrachtungsweise; Stoffgleichheit); Urkundenfälschung (Gebrauchen einer unechten Urkunde durch Faxen computertechnisch veränderter Dokumente: Urkundenqualität der veränderten Dokumente); Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (keine Mitteilungspflicht für Gespräche im Ermittlungsverfahren).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 4 StPO, § 160b StPO; § 202a StPO, § 212 StPO; § 257c StPO

1. Der Straftatbestand des Betruges gemäß § 263 StGB enthält keine Begrenzung des strafrechtlichen Vermögensschutzes vor täuschungsbedingten Verfügungen auf solche Vermögenswerte, die Gegenstand der Täuschung waren (vgl. BGHSt 60, 1). Ein Vermögensschaden kann der Täuschungshandlung allenfalls dann nicht zugerechnet werden, wenn sich das Opfer eines solchen Minderwerts bewusst gewesen wäre und somit ein Selbstschädigungsbewusstsein gehabt hätte (vgl. BGHSt 60, 1).

2. Auch besteht beim Betrug das Erfordernis der „Stoffgleichheit“ nur zwischen dem Vermögensschaden und dem angestrebten Vermögensvorteil, nicht aber

zwischen dem Vermögensschaden und dem Gegenstand der Täuschung (vgl. BGHSt 60, 1).

3. Die Bewertung des Vermögens und des Vermögensschadens erfolgt bei § 263 Abs. 1 StGB nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten (vgl. BGHSt 60, 1). Dabei schützt die Vorschrift des § 263 StGB weder das bloße Affektionsinteresse noch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit noch die Wahrheit im Geschäftsverkehr (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 41), sondern allein das Vermögen. Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung des Schadens zwar eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen (vgl. BVerfG NStZ 2012, 496, 504).

4. Bei einem Betrug durch Abschluss eines gegenseitigen Vertrages sind dementsprechend Leistung und Gegenleistung zunächst nach ihrem Verkehrs- bzw. Marktwert zu vergleichen (BGHSt 57, 95, 115). Ergibt sich danach ein Wertgefälle zum Nachteil des durch die Täuschung Betroffenen, weil er etwa gegen Bezahlung des vollen Kaufpreises eine minderwertige Ware erhält, so liegt ein Vermögensschaden vor (vgl. BGHSt 60, 1 mwN). Auf die subjektive Einschätzung, ob der irrtumsbedingt Verfügende sich geschädigt fühlt, kommt es ebenso wenig an (vgl. BGHSt 57, 95, 115), wie auf die Frage, wie hoch der Verfügende subjektiv den Wert der Gegenleistung taxiert (st. Rspr.).

5. Der Umstand, dass die unter Einsatz einer Software zur Bildbearbeitung hergestellten Unterlagen teilweise im Wege einer Faxkopie an Banken übermittelt wurden, steht einer Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) nicht von vornherein entgegen. Denn in der Übertragung mittels Telefax kann ein Gebrauchmachen von der Urschrift liegen (vgl. BGHSt 24, 140). Dies setzt jedoch voraus, dass die mittels Bildbearbeitungssoftware (als Faxvorlage) erstellten Schriftstücke die Merkmale einer Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB aufweisen.

6. Mit computertechnischen Maßnahmen – wie der Veränderung eingescannter Dokumente – erstellten Schriftstücken ist mangels Beweiseignung kein Urkundencharakter beizumessen, wenn sie nach außen als bloße Reproduktion erscheinen (vgl. BGH wistra 2011, 307 mwN). Sie sind aber dann (unechte) Urkunden, wenn die (veränderten) Reproduktionen Originalurkunden so ähnlich sind, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann.

7. Der Regelung des § 160b StPO unterfallenden Erörterungen werden von der Vorschrift des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, die lediglich „Erörterungen nach den §§ 202a, 212“ StPO betrifft, nicht erfasst (vgl. BGH NStZ 2015, 232). Dies gilt auch dann, wenn aufgrund von Verständigungsgesprächen nach Anklageerhebung eine Verständigung im Sinne des § 257c StPO doch noch zustande kommt.

923. BGH AK 43/16 – Beschluss vom 11. August 2016

Dringender Tatverdacht wegen eines Kriegsverbrechens gegen humanitäre Operationen (geschützter Personenkreis; Voraussetzungen eines Angriffs; funktionaler

Zusammenhang zwischen Angriff und bewaffnetem Konflikt); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr.

§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VStGB; § 112 StPO; § 121 StPO

1. § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VStGB schützt Personen, Einrichtungen, Material, Einheiten und Fahrzeuge die an einer friedenserhaltenden Mission in Übereinstimmung mit der UN-Charta beteiligt sind. Charakteristisch für solche Missionen ist, dass sie mit Zustimmung der Konfliktparteien stattfinden, der Unparteilichkeit verpflichtet sind und Gewalt nur für Zwecke der Selbstverteidigung einsetzen dürfen. Häufig dienen sie der Absicherung eines Friedensvertrages oder Waffenstillstandsabkommens. Der geschützte Personenkreis umfasst sowohl Angehörige von Streitkräften der an den friedenserhaltenden Missionen teilnehmenden Staaten als auch ziviles Hilfspersonal.

2. Der im Rahmen des § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VStGB erforderliche funktionale Zusammenhang zwischen einem Angriff und einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt ist gegeben, wenn das Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes für die Fähigkeit des Täters, das Verbrechen zu begehen, für seine Entscheidung zur Tatbegehung, für die Art und Weise der Begehung oder für den Zweck der Tat von wesentlicher Bedeutung war. Die Tat darf nicht lediglich „bei Gelegenheit“ des bewaffneten Konflikts begangen werden. Eine Tatausführung während laufender Kampfhandlungen oder eine besondere räumliche Nähe dazu sind hingegen nicht erforderlich.

941. BGH 1 StR 290/16 – Beschluss vom 25. August 2016 (LG Mannheim)

Bankrott (Feststellung der Zahlungsunfähigkeit).

§ 283 Abs.1 StGB

Für die Feststellung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit verlangt die Rechtsprechung entweder eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits oder eine Bewertung sog. wirtschaftskriminalistischer Anzeichen (vgl. BGH NStZ 2014, 107). Wird eine Gegenüberstellung gewählt, muss die Darstellung der Liquiditätslage zu ausgewählten Stichtagen so aussagekräftig sein, dass dem Revisionsgericht die Kontrolle möglich ist, ob das Landgericht von zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen und einen nachvollziehbaren Rechenweg gewählt hat (vgl. BGH NJW 2009, 2225, 2226 mwN).

937. BGH 1 StR 233/16 – Beschluss vom 10. August 2016 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Bestimmung des Steuerschuldumfangs: subsidiäre Möglichkeit der Schätzung).

§ 370 Abs. 1 AO

Eine Schätzung des Steuerschuldumfangs kommt nur dann in Betracht, wenn mangels vorhandener Unterlagen eine konkrete Berechnung der Bemessungsgrundlage nicht vorgenommen werden kann. Eine pauschale Schätzung ist erst dann zulässig, wenn sich eine konkrete

Schätzung von vorneherein oder nach entsprechenden Berechnungsversuchen als nicht möglich erweist.

972. BGH 4 StR 142/16 – Urteil vom 4. August 2016 (LG Stuttgart)

Verhängung von Jugendstrafe wegen besonderer Schwere der Schuld (Maßgeblichkeit des subjektiven Unrechts; Bemessung der Jugendstrafe).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG; § 46 StGB

1. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die nach jugendspezifischen Kriterien (vgl. BGH NJW 2016, 2050, 2051) zu bestimmende Schwere der Schuld nach § 17 Abs. 2 JGG ist die innere Tatseite. Dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat kommt nur insofern Bedeutung zu, als hieraus Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld gezogen werden können. Entscheidend ist, inwieweit sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des jugendlichen oder heranwachsenden Täters in der Tat in vorwerfbarer Schuld niedergeschlagen haben (st. Rspr.).

2. Der das Jugendstrafrecht als Strafzweck beherrschende Erziehungsgedanke ist auch dann vorrangig zu berücksichtigen, wenn eine Jugendstrafe ausschließlich wegen Schwere der Schuld verhängt wird. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Erziehungswirksamkeit als einziger Gesichtspunkt bei der Strafzumessung heranzuziehen ist. Vielmehr sind daneben auch andere Strafzwecke, bei Kapitalverbrechen und anderen schwerwiegenden Straftaten namentlich der Sühnegedanke und das Erfordernis eines gerechten Schuldausgleichs zu beachten. Erziehungsgedanke und Schuldausgleich stehen dabei in der Regel miteinander in Einklang, da die charakterliche Haltung und das Persönlichkeitsbild, wie sie in der Tat zum Ausdruck gekommen sind, nicht nur für das Erziehungsbedürfnis, sondern auch für die Bewertung der Schuld von Bedeutung sind (st. Rspr.).

938. BGH 1 StR 241/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG München I)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Versuchsbeginn: Erreichen der Hoheitsgrenze bzw. Kontrollstelle).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beginnt der Versuch der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in einem Kraftfahrzeug regelmäßig erst kurz vor Erreichen der Hoheitsgrenze oder der vor ihr eingerichteten Zoll- oder Kontrollstelle. An dem erforderlichen unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang fehlt es in der Regel, wenn der in einem Kraftfahrzeug befindliche Täter noch einige Kilometer bis zur Grenze zu überwinden hat (vgl. BGHSt 36, 249, 250 f.).

890. BGH 3 StR 221/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Mönchengladbach)

Voraussetzungen der Täterschaft bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln (im Inland bleibender Beteiligter; Grad des Eigeninteresses an der Tat, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft oder Wille dazu; bloße Bereitschaft zur Entgegennahme); erforderliche konkrete Aussicht auf einen Therapieerfolg als Voraussetzung

der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29 BtMG; § 64 StGB

1. Wesentliche Anhaltspunkte für die Täterschaft bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln sind – wie sonst auch – der Grad des Eigeninteresses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu. Entscheidender Bezugspunkt für all diese Merkmale ist der Einfuhrvorgang selbst, wobei dem Interesse des mit den zu beschaffenden Betäubungsmitteln Handel Treibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt.

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

942. BGH 1 StR 292/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Weiden)

Absehen von der Anordnung des Verfalls, da das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist (Voraussetzungen).

§ 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

Die Ausübung des Ermessens über das Absehen von der Anordnung des Verfalls erfordert neben der Feststellung des aus der Straftat Erlangten auch die Ermittlung des Wertes des noch vorhandenen Vermögens, um diese Werte einander gegenüber stellen zu können (vgl. BGH NStZ 2016, 279). Deshalb scheidet eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem „verfallbaren“ Betrag zurückbleibt (vgl. BGHSt 51, 65).

965. BGH 2 StR 586/15 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Wiesbaden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit wegen Bewertungseinheit: Vermischung mehrerer zum Zweck der Weiterveräußerung erworbener Rauschgiftmengen).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

Die Annahme einer einheitlichen Tat im Sinne einer Bewertungseinheit setzt voraus, dass sämtliche Betäubungsmittel Gegenstand ein und desselben Güterumsatzes waren, etwa indem der Angeklagte sie gleichzeitig zum Zwecke gewinnbringender Weiterveräußerung erworben hätte (vgl. BGHSt 30, 28, 31). Dies ist beim wiederholten Rauschgifterwerb zum Weiterverkauf in Kleinmengen grundsätzlich nicht der Fall. Der bloße Umstand, dass bei jedem Neukauf noch Reste der vorangegangenen Lieferung vorhanden sind, die mit dem neuerworbenen Rauschgift vermischt wurden, verbindet nicht sämtliche Ankäufe zu einer einheitlichen Vorratsmenge (BGH, BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 20). Alleine der gleichzeitige Besitz mehrerer Drogenmengen verbindet die hierauf bezogenen Handlungen nicht zu einer Tat des unerlaubten Handeltreibens (vgl. BGH NStZ 2008, 470).

Zur Notwehr gegen rechtswidrige Vollstreckungsmaßnahmen

Anmerkung zu BGH 1 StR 606/14 – Urteil vom 9. Juni 2015 (LG Stuttgart)
= HRRS 2015 Nr. 764

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Bonn

I. Zum Problem

1. Im Zentrum der Entscheidung steht die – vom 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) bejahte – Frage, ob eine (öffentlich-rechtlich) rechtswidrige Diensthandlung unter bestimmten Voraussetzungen (strafrechtlich) als rechtmäßig anzusehen ist. Der Sachverhalt, der zur Auseinandersetzung mit dieser Frage veranlasst, lässt sich „als ein durch groteskes Behördenverhalten initiiertes gewalttätiger Übergriff“¹ gegen den Adressaten einer Vollstreckungsmaßnahme charakterisieren. Gleichwohl versagt der Senat dem Betroffenen die Befugnis zur Notwehr, indem er die nach öffentlichem Recht rechtswidrige polizeiliche Maßnahme in (strafrechtlich) rechtmäßiges Vorgehen umdeutet und dessen Abwehr zugleich als versuchten Totschlag und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) bewertet.

Die Ablehnung der Notwehrberechtigung stützt der Senat ausschließlich auf die nach seiner Ansicht infolge der (strafrechtlichen) Rechtmäßigkeit des polizeilichen Vorgehens fehlende Notwehrlage. Dass sonstige Voraussetzungen der Notwehr – etwa die Gebotenheit oder Erforderlichkeit der „Verteidigung“ – mit keinem Wort erwähnt werden, mag dem Anliegen des Senats geschuldet sein, eine verallgemeinerungsfähige Grundsatzentscheidung für gleichgelagerte Fälle zu treffen und sich nicht in situationsspezifischen Details zu verlieren. Es sollen mit Blick auf die §§ 32 und 113 StGB Inhalt und Grenzen der Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns autonom und damit losgelöst von den – materiell und/oder vollstreckungsrechtlich maßgeblichen – Kriterien des öffentlichen Rechts festgelegt werden.

2. Ein Konflikt dieser strafrechtsautonomen Auslegung mit Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB lässt sich, zumindest auf den ersten Blick, nicht ohne weiteres ausschließen. Zwar betrifft die Auslegung „nur“ einen Rechtfertigungs-

grund und kein tatbestandlich fixiertes Merkmal eines Strafgesetzes. Gerade bei der Notwehr erscheint aber eine Loslösung vom Bestimmtheitsgebot durchaus fragwürdig. Da berechtigte Notwehr gegen befugtes Verhalten nicht möglich ist, berührt jede Ausweitung oder Restriktion auf Seiten des Angreifers die Rechtsposition der Verteidigung mit umgekehrtem Vorzeichen. An die Begründung einer strafrechtsautonom – und das heißt: außerhalb der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Regelungsmaterie – gebildeten Definition der Rechtswidrigkeit eines hoheitlichen Eingriffs in die Güter eines Betroffenen sind nicht unerhebliche Anforderungen zu stellen. Dass es mit der strafrechtlichen Autonomie insoweit nicht sehr weit her ist, zeigt gerade der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), auf den sich der Senat zur Begründung seiner eigenen Position stützt: Den mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen der Strafgerichte – vom Amtsgericht bis zum Oberlandesgericht –, die sich jeweils an den Vorgaben des strafrechtsautonomen Rechtmäßigkeitsbegriffs orientiert hatten, hält das BVerfG entgegen, die im konkreten Fall zu beachtenden verfassungsrechtlichen Anforderungen verkannt zu haben.²

Argumente aus dem Kanon der üblichen strafrechtlichen Gesetzesauslegung führt der Senat im vorliegenden Urteil auch nicht ansatzweise ins Feld. Systematische oder am Zweck der Notwehrebefugnis ausgerichtete Überlegungen fehlen. Den Bedenken aus der Strafrechtswissenschaft, die eine Anbindung der Rechtswidrigkeitsbeurteilung an die Voraussetzungen des öffentlichen Rechts, also an die für das Handeln des Amtswalters maßgeblichen Kriterien, befürworten,³ begegnet der Senat mit konfliktspezifischen Erwägungen: Die Anforderungen einer solchen Anbindung an das öffentliche Recht würden „den für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 StGB maßgeblichen Besonderheiten der Situation nicht ausreichend gerecht, in der sich ein Bürger drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen durch einen

¹ So *Erb JR* 2016, 29, 30, für den Fall, dass die Bewertung des Behördenhandelns nach Maßgabe des – von ihm allerdings nicht befürworteten – sog. vollstreckungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs der vorherrschenden Lehre vorgenommen werde.

² BVerfG NVwZ 2007, 1180, 1182.

³ Überblick bei *Rönnau/Hohn*, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 117 ff.; *Paeffgen*, in: Nomos Kommentar StGB, Band 2, 4. Aufl. 2013, § 113 Rn. 33, 38 ff., jew. m. umf. Nachw.

Hoheitsträger ausgesetzt sieht“.⁴ Soll also nicht das Recht die Situation, sondern die Situation das Recht bestimmen?

Indessen zeigt gerade der vorliegende Fall, dass die Zielsetzung des Senats durchaus sachgerecht ist. Hätte sich der Angeklagte gewaltlos der Vollstreckungsmaßnahme gefügt, so hätte sich aufgrund der sich in seinen Händen befindlichen Duldungsverfügung des Ausländeramtes relativ schnell und problemlos die Unzulässigkeit seiner vorzeitigen Ingewahrsamnahme klären lassen. Eine mit Tötungsvorsatz vollzogene Widerstandshandlung gegen einen Polizeibeamten, der örtlich und sachlich zuständig eine hoheitliche Aufgabe pflichtgemäß zu erfüllen gedankt, erscheint dagegen kaum als eine adäquate Art und Weise der Bewältigung des Konflikts. Dass der Angeklagte an der Welt verzweifelt sein mag, wenn noch zur Nachtzeit Polizeibeamte vor seiner Tür stehen, um ihn in Abschiebehaft zu bringen, obgleich ihm die zuständige Behörde Schwarz auf Weiß die (kurzzeitige) Verlängerung seiner Aufenthaltsduldung mitgeteilt hatte, ändert nichts an der Unangemessenheit seiner Reaktion. Dies wird erst recht deutlich, wenn man bedenkt, dass der bedrohte Polizeibeamte im Fall der Bejahung einer Notwehrbefugnis des Angeklagten eine Duldungspflicht gehabt hätte und jedenfalls seinen Schlagstock nicht zu seiner Rettung hätte einsetzen dürfen.

Resignierend schreiben *Rönnau* und *Hohn* in ihrer Urteilsanmerkung zu dem hier vorliegenden Fall, dass die Rechtsordnung auf die Frage, „ob sich der Bürger gegen eine (staatliche) Grundrechtsverletzung handgreiflich wehren“ dürfe, „nur unbefriedigende Antworten“ gebe.⁵ Und daher werde man dem Senat „auch kaum vorhalten können, mit dem strafrechtlichen Rechtsmäßigkeitbegriff eine inakzeptable Lösung gewählt zu haben“.⁶ Doch worin liegt die Aporie solcher Fälle? Auf der einen Seite erscheint es inadäquat, wenn der von einer Vollstreckung Betroffene dafür bestraft wird, dass er gegen die nach seiner zutreffenden Ansicht rechtswidrige Maßnahme Widerstand leistet. Auf der anderen Seite mutet es schlechterdings inakzeptabel an, einen Amtswalter, der pflichtgemäß seinen – von ihm nicht zu vertretenden – Weisungen nachkommt, ggf. lebensgefährlichen „Verteidigungen“ auszusetzen, wobei ihm mangels Kenntnis der rechtlichen Voraussetzungen unklar wäre, ob die ihm entgegenschlagende Gewalt berechtigt oder unberechtigt ist.

Diese Aporie, die sich mit realen oder konstruierten Fallgestaltungen nach beiden Seiten hin noch dramatisch ausschmücken ließe, kann unschwer auf den entscheidenden Punkt zurückgeführt werden: die Annahme, man könne stets dann straflos mit Gewalt gegen hoheitliches Handeln aufbegehren, wenn dieses nur rechtswidrig ist.⁷ Hieraus folgt dann wie von selbst das Bemühen, zum Schutz des Amtswalters die Grenzen der Rechtmäßigkeit seines dienstlichen Handelns so weit auszudehnen, wie

dies überhaupt noch vertretbar erscheint. Gerade dies führt aber umgekehrt zu einer Ausweitung der Strafbarkeit des sich der Maßnahme widersetzenen Vollstreckungsadressaten. Wird in der Bestimmung des *richtigen* Rechtswidrigkeitsbegriffs der Schlüssel zur Lösung des relevanten Konflikts gesehen, so kann jedoch kein sachgerechter Interessenausgleich erzielt werden. Denn das Schutzbedürfnis des Amtswalters steht in keinem sachlich reziproken Verhältnis zur Strafbedürftigkeit der Widerstandshandlung des Vollstreckungsadressaten. Der Interessenkonflikt spielt sich vielmehr in verschiedenen Normbereichen ab. Bei § 113 StGB geht es um die Strafbarkeit einer gewaltsamen Widerstandshandlung gegen Vollstreckungsmaßnahmen, bei § 32 StGB um die Erlaubnis, gewaltsam Widerstand gegen eine Vollstreckungsmaßnahme zu leisten. Da das Verbot gewaltsamen Widerstands gegen eine Vollstreckungsmaßnahme nur notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung seiner Strafbarkeit ist, folgt aus der Straflosigkeit nach § 113 StGB noch keine Erlaubnis zu gewaltsamem Widerstand (im Rahmen der Notwehr).

II. Verhaltens- und Sanktionsnorm

1. In seinem Beschluss zu § 113 StGB aus dem Jahr 2007 nimmt das BVerfG mit wünschenswerter Deutlichkeit eine Klarstellung vor, derer es eigentlich nicht bedürft hätte: Es sei verfassungsrechtlich unbedenklich, „Rechtsgutsverletzungen, die über die Missachtung der behördlichen Maßnahme hinausgehen – etwa eine Körperverletzung – nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts zu ahnden“.⁸ Und wenig später führt das Gericht weiter aus: „Es ist von Verfassungen wegen nicht vorgegeben, dass die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung auch eine Bestrafung allein wegen der gefährlichen Körperverletzung ausschließt, etwa unter dem Gesichtspunkt der Notwehr. Aus einer Einstufung der Diensthandlung als rechtswidriger Angriff i.S. von § 32 StGB folgt im Hinblick auf die dann sich weiter stellenden Fragen der Erforderlichkeit und Gebotenheit der Verteidigungshandlung keineswegs verfassungsrechtlich zwingend die Annahme einer Rechtfertigung durch Notwehr.“⁹

Bereits in früheren Entscheidungen differenzierte das BVerfG in Widerstandsfällen bei Ordnungswidrigkeiten zwischen der Situations- und der Sanktionsebene.¹⁰ Im Rahmen der Vollstreckungsmaßnahme akzeptierte das Gericht eine sehr weite, an der Wirksamkeitstheorie orientierte Bestimmung der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung.¹¹ Bei der Verhängung der Geldbuße soll es demgegenüber auf die materielle Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Maßnahme ankommen. Damit hat das BVerfG jedenfalls dem Grunde nach die verdrehte Logik, dass aus der Straflosigkeit der Widerstandshandlung deren Erlaubtsein folge, verabschiedet.

Demgegenüber zieht der BGH aus seiner durchaus zutreffenden Ansicht, dass § 113 Abs. 3 StGB nur eine

⁴ Unter B II 1 d).

⁵ *Rönnau/Hohn* StV 2016, 313.

⁶ *Rönnau/Hohn* StV 2016, 313, 317.

⁷ Beispielhaft *Erb*, in: Festschrift für Gössel, 2002, 217, 221 ff.; *Kleszewski*, Strafrecht Besonderer Teil, 2016, BT § 20 Rn. 23.

⁸ BVerfG NVwZ 2007, 1180, 1183.

⁹ BVerfG NVwZ 2007, 1180, 1183.

¹⁰ BVerfGE 87, 399, 408 ff.; 92, 191, 199 ff.

¹¹ BVerfGE 87, 399, 410 mit Hinweis auf § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

objektive Bedingung der Strafbarkeit der Widerstandshandlung formuliert,¹² nicht die Konsequenz, dass dann die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung keine Bedingung des Unrechts des Widerstands sein kann. Ebenso wenig kann sich nach dieser Konstruktion aus der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung die Erlaubnis zum Widerstand ergeben. Gleichwohl verknüpft der BGH die Strafbarkeit der Widerstandshandlung mit deren Verbot. Den Gesetzeszweck von § 113 StGB sieht der BGH seit Beginn seiner einschlägigen Rechtsprechung allein im Schutz der staatlichen Amtshandlungen und der Vollstreckungsbeamten.¹³ Dieser Schutz durch das Verbot gewaltsamen Widerstands wird jedoch durch Abs. 3 normativ weder gehemmt noch aufgehoben, sofern diese Regelung als objektive Bedingung der Strafbarkeit gedeutet wird. Auch bei § 323a StGB besagt das Strafbarkeitserfordernis der Rauschtat nichts über das Erlaubtsein des Sich-Berauschens, und § 283 Abs. 6 StGB lässt das Unrecht der Bankrottshandlung unberührt. Da § 113 Abs. 3 StGB nach dem Verständnis des BGH nur eine notwendige Voraussetzung der Sanktionsnorm ist, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verhaltensnorm konstruktiv nicht tangiert, besteht keinerlei Anlass, den Schutzzweck der Verhaltensnorm durch eine Modifikation der Strafbarkeitsbedingung in Abs. 3 abzusichern.

Gerade als objektive Strafbarkeitsbedingung hat § 113 Abs. 3 StGB eine sinnvolle, an rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgerichtete Funktion. Es wäre ein Wertungswiderspruch, jemanden, der sich gegen eine rechtswidrige Maßnahme zur Wehr setzt, auch noch wegen dieser Widerstandshandlung zu bestrafen. Das Recht kann nicht den Widerstand gegen rechtswidrige Akte als Unrecht mit Strafe ahnden. § 113 Abs. 3 StGB dient insoweit als Korrektiv eines axiologischen Widerspruchs. Dem entspricht § 113 Abs. 3 StGB gleich doppelt: Der 1. Satz schließt die Strafbarkeit bei mangelnder Rechtmäßigkeit der Diensthandlung aus, der 2. Satz verneint die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs. Dem Wortlaut nach heißt dies, dass sich der Bürger, der sich gegen eine rechtswidrige Vollstreckungsmaßnahme wehrt, keinesfalls wegen dieses Widerstands (!) strafbar macht. Daher ist der Begriff der Rechtmäßigkeit in § 113 Abs. 3 StGB an den Voraussetzungen des öffentlichen Rechts zu orientieren. Rechtmäßig in diesem Sinne ist nur eine Diensthandlung, die alle gesetzlichen Voraussetzungen des hoheitlichen Eingriffs erfüllt. Für eine freihändige richterliche Rechtsschöpfung dürfte hier – zumindest nach der legislatorischen Intention wie auch nach den Erfordernissen des Garantieprinzips – kein Raum sein.¹⁴ Sofern der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff über die Eingriffsbefugnisse des öffentlichen Rechts hinweggeht, verhindert er die von Abs. 3 vorgesehene Korrektur und begrenzt insoweit den vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausschluss der Strafbarkeit. Problematisch ist hierbei nicht, dass die Rechtsprechung der gefahrgeneigten Tätigkeit von Vollstreckungsbeamten Rechnung tragen will; dies ist evident sachgerecht. Angreifbar ist es nach den strafrechtlichen Wertungen vielmehr, den Schutz von Vollstreckungsbeamten zu Lasten einer gesetzlich nicht bestimmten Strafbarkeit des von

einer rechtswidrigen Maßnahme betroffenen Bürgers zu erreichen.

Die Rechtslage des betroffenen Bürgers wird zudem noch durch § 113 Abs. 4 StGB verbessert, da diese Regelung über § 17 StGB hinaus sogar bei vermeidbarem, aber nur gering sorgfaltswidrigem Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung die Möglichkeit des Absehens von einer Bestrafung (wegen der Widerstandshandlung) vorsieht. Beiläufig wäre insoweit – gerade auch mit Blick auf den vorliegenden Fall – zu fragen, wie es dem Bürger überhaupt möglich sein soll zu erkennen, dass eine von ihm zutreffend als vollstreckungsrechtlich rechtswidrig verstandene Maßnahme nach einer gesetzlich nirgends fixierten Rechtsprechung strafrechtlich rechtmäßig sein soll.

2. Versteht man § 113 Abs. 3 StGB nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern mit der Rechtsprechung als objektive Bedingung der Strafbarkeit einer tatbestandsmäßigen und damit grundsätzlich verbotenen Widerstandshandlung, so kann diese nur durch das Eingreifen allgemeiner Erlaubnisnormen, namentlich Notwehr, gerechtfertigt sein. Erst insoweit wird die Frage nach dem Zusammenhang zwischen § 113 und § 32 StGB virulent. Wenn die Maßstäbe, nach denen sich die für den Ausschluss der Strafbarkeit zu bestimmende Rechtswidrigkeit nach § 113 Abs. 3 StGB richtet, an die Bewertung der Diensthandlung i.S. von § 32 StGB angelegt werden, dann ist ein rechtswidriges Verhalten des Amtswalters auch als ein rechtswidriger Angriff, der eine Notwehrlage begründet, anzusehen. Hieraus kann aber – in Übereinstimmung mit den Ausführungen des BVerfG – keineswegs geschlossen werden, dass der Vollstreckungsbeamte in solchen Fällen, in denen er sein verwaltungsrechtlich unzulässiges Einschreiten nicht selbst zu vertreten hat, einer an keine Güterproportionalität gebundenen und zudem von ihm zu duldenen Verteidigungsmaßnahme ausgesetzt wäre.

Denn diese Folgerung erscheint aus zwei Gründen kurzschlüssig. Zum einen setzt das Verbot der Widerstandshandlung in § 113 Abs. 1 StGB seinem Wortlaut nach nicht voraus, dass die Widerstandshandlung rechtmäßig sein muss. Ansonsten wäre auch die Strafbarkeitsbedingung¹⁵ in Abs. 3 S. 1 überflüssig, da eine Widerstandshandlung gegen eine rechtswidrige Diensthandlung bereits nicht tatbestandsmäßig wäre. Von der Verbotsmaterie des § 113 Abs. 1 StGB können also auch gewaltsame Widerstandshandlungen gegen (i.S. von Abs. 3) rechtswidrige Diensthandlung erfasst sein. Eine verbotene Handlung kann aber nicht zugleich eine Handlung sein, die durch Notwehr geboten und damit erlaubt ist. Zum anderen ist auch die für § 113 StGB vorgesehene Irrtumsregelung zu beachten. Geht der Vollstreckungsadressat irrig davon aus, dass die gegen ihn gerichtete Diensthandlung rechtmäßig ist, so begeht er einen Versuch, der wegen der Verkennung der Notwehrlage subjektiv auch nicht gerechtfertigt wäre; nur wird die Strafbarkeit nach Abs. 3 S. 2 objektiv ausgeschlossen. Geht der Adressat der Vollstreckungsmaßnahme dagegen irrig davon aus, dass diese rechtswidrig sei, so greift die Sonderregelung

¹² Grundlegend BGHSt 4, 161 (Leitsatz).

¹³ Vgl. nur BGHSt 4, 161, 164; 21, 334, 365.

¹⁴ Vgl. hierzu auch *Amelung* JuS 1986, 329, 335.

¹⁵ Gleiches gälte im Übrigen, wenn § 113 Abs. 3 S. 1 StGB als Rechtfertigungsgrund gedeutet wird.

nach Abs. 4 ein. Auch dieser Regelung lässt sich *e contrario* entnehmen, dass die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung kein Tatbestandsmerkmal ist; anderenfalls wäre die Tat mangels Vorsatzes nicht strafbar. Wie die sich an §§ 97b StGB und 22 WStG anlehrende und einem Verbotssirrtum entsprechende Regelung von § 113 Abs. 4 StGB deliktssystematisch einzuordnen ist, kann daher dahinstehen. Sie berührt jedenfalls nicht das in § 113 Abs. 1 StGB niedergelegte Verbot, gegen Diensthandlungen, die nach der weiten Tatbestandsfassung auch rechtswidrig sein können, gewaltsam Widerstand zu leisten. Dieses schließt wiederum die gleichzeitige Bewertung des Widerstands als erlaubte Notwehr aus.

Aufgrund dieser systematischen Überlegungen ist zunächst festzuhalten, dass das in § 113 Abs. 1 StGB enthaltene Verbot grundsätzlich Widerstandshandlungen gegen Hoheitsakte untersagt, mögen diese nun nach öffentlichem Recht rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Die rechtliche Bewertung der Diensthandlung wirkt sich bei § 113 StGB erst auf der Schulebene oder der Ebene der objektiven Strafbarkeitsbedingung aus. Da der Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB auch bei einem gewaltsamen Widerstand gegen rechtswidrige Diensthandlungen erfüllt sein kann, lässt sich allein aufgrund der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung nicht *per se* auf eine Notwehrbefugnis des Vollstreckungsadressaten schließen. Daraus folgt, dass Einschränkungen der Notwehr gegen rechtswidrige Diensthandlungen mit § 113 StGB durchaus zu vereinbaren sind, und zwar auch dann, wenn deren Bewertung strikt an die Maßstäbe des Verwaltungsrechts gebunden wird. Die Einschränkungen der Notwehr gegenüber rechtswidrigen Hoheitsakten sind dagegen strafrechtsautonom nach den diesen Rechtfertigungsgrund tragenden Prinzipien zu bestimmen.

Dass die Notwehrvorschrift des § 32 StGB zur Abwehr staatlicher Hoheitsakte explizit nichts sagt, kann nicht verwundern. Im 19. Jahrhundert, in dem sich die Dogmatik der strafrechtlichen Notrechte herausbildete, wurde der Kern der spezifischen Notwehrlegitimation (zumindest auch) in der Abwesenheit staatlicher Hilfe gesehen. Kann der Staat, der das Gewaltmonopol verwaltet, die Rechte und Güter eines Bürgers nicht schützen, so wächst diesem wieder die Befugnis der Güter- und Rechtsverteidigung zu. Ob das Notrecht dem Einzelnen schon naturrechtlich zusteht und auf den Staat nur unter der Bedingung übergeht, dass er für hinreichenden Schutz sorgt,¹⁶ oder ob der Bürger in der Notlage für den Staat in abgeleiteter Funktion tätig wird, also gewissermaßen die Rolle eines Amtswalters übernimmt,¹⁷ sind dann Fragen einer tiefergehenden Begründung der Befugnis zur Gewaltanwendung. Im konsentierten Ergebnis dient die Notwehr jedenfalls lediglich zur Füllung einer Lücke staatlichen Schutzes.¹⁸

Konflikte zwischen Staat und Bürger sind rechtliche Konflikte, da der Staat nur auf rechtlicher Grundlage in die Sphäre des Bürgers eingreifen kann. Die Abwehr des Eingriffs ist daher auf die rechtliche Klärung des Konflikts bezogen, hat also – im Prinzip – mittels des für den Konflikt maßgeblichen Rechtsbehelfs zu erfolgen. Oder anders formuliert: Zur Abwehr eines für rechtswidrig gehaltenen Eingriffs ist das hierfür vorgesehene rechtliche Verfahren einzuhalten. Dieser Gedanke liegt auch § 113 Abs. 4 S. 2 StGB zugrunde, der dem Bürger zumutet, sich gegen eine Diensthandlung, die er für rechtswidrig hält, mit Rechtsbehelfen zu wehren. Es geht mithin um die Garantie des formellen Rechtsstaats gegenüber freihändiger Interessenwahrung.¹⁹ Allenfalls ließe sich bei drohenden irreparablen Schäden, die deutlich jenseits der Bagatellgrenze liegen, eine situationsbedingte Abwehr der Vollstreckungsmaßnahme in Erwägung ziehen.²⁰

Dies besagt zum einen, dass der Staat seine eigenen Akte nicht auf eine Notwehrbefugnis stützen kann, sondern spezifischer Grundlagen für Eingriffe in die Güter seiner Bürger, denen er das Recht zur Selbsthilfe im Prinzip entzogen hat, bedarf.²¹ Zum anderen passt die Notwehr in ihrer teleologischen Struktur nicht auf Konflikte zwischen Staat und Bürger. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Staat in der Person des Amtswalters auch als Staat handelt. Sofern das Verhalten des Amtswalters keinen Staatswillen mehr zum Ausdruck bringt, sondern willkürlichen Zielen dient und damit als Exzess einzustufen ist, steht der Amtswalter jedem beliebigen Bürger gleich, der widerrechtlich die staatlich zu sichernde Rechtsposition eines anderen Bürgers zu beeinträchtigen droht.

Es bedarf somit einer Grenzziehung zwischen einem Verhalten des Amtswalters, das noch den berechtigten Anschein, staatlichen Willen zu vollstrecken, beanspruchen kann, und einem willkürlichen Verhalten, das dem Amtswalter allein als Person und nicht mehr seiner Funktion als den Staatswillen vollziehendem Hoheitsträger zuzurechnen ist. Soweit das Verhalten des Amtswalters noch als Ausdruck staatlichen Willens begriffen werden kann, ist Notwehr inadäquat; zur Anwendung von Gewalt kann der so „angegriffene“ Vollstreckungsadressat nicht befugt sein. Allein aus der materiellen Rechtswidrigkeit der Diensthandlung kann sich daher, wie die Rechtsprechung sachgerecht annimmt, noch keine Notwehrbefugnis ergeben. Dann bedarf es aber auch keiner Rechtmäßigkeitsfiktion, um Notwehr zu untersagen.

Die Kriterien, nach denen die Rechtsprechung den sog. strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff anwendet, sollten daher nicht als Kriterien der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung mit der Konsequenz einer gespaltenen Bestimmung der rechtlichen Wertung, sondern als Krite-

¹⁶ Vgl. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt, Erster Band, 1881, S. 477; v. Jhering, Der Kampf ums Recht, 4. Aufl. 1874, S. 90; Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 733.

¹⁷ Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856, S. 18 und passim.

¹⁸ Berner Archiv des Criminalrechts NF, 1848, 547, 555 f.; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, § 36; Glaser, Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess,

1868, S. 199 ff.; Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856, S. 18 f.

¹⁹ Die insoweit von Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 13/36 ff., für die Angemessenheit des Notstands entwickelten Kriterien gelten *cum grano salis* gleichermaßen für das Gebotensein von Notwehr und Notwehrhilfe bei verfahrensmäßigen Konfliktlösungen.

²⁰ So der (abstrakte) Vorschlag Amelungs JuS 1986, 329, 336.

²¹ Treffend Jakobs, AT, 12/41 f.

rien zur Beantwortung der Frage verstanden werden, ob das Verhalten des Amtswalters (noch) als Ausdruck staatlichen Willens oder als willkürliches, Notwehr rechtfertigendes rechtswidriges Vorgehen eines Bürgers gegen einen Bürger anzusehen ist. Die Kriterien der Rechtsprechung sind bestens geeignet, die hierzu erforderliche Abgrenzung zu leisten. Sofern die in der vorliegenden Entscheidung vom Senat genannten „äußeren Voraussetzungen“ erfüllt sind, ist das Verhalten des Amtswalters als Ausdruck staatlichen Vollstreckungshandelns anzusehen. Dies sind die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Beamten für den vorzunehmenden Vollstreckungsakt sowie die Beachtung der wesentlichen – d.h. zum Schutz des Vollstreckungsadressaten einzuhaltenden – Förmlichkeiten. Ferner muss der Amtswalter sein – ihm ggf. eingeräumtes – Ermessen pflichtgemäß ausüben. Demgegenüber ist das Verhalten des Amtswalters jedenfalls dann nicht mehr als Vollstreckung staatlichen Willens anzusehen, wenn er seine Amtsstellung zu willkürlichen und missbräuchlichem Verhalten ausnutzt.²² Die genannten Abgrenzungskriterien sind jedoch nicht zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit heranzuziehen – hier stiften

²² Inwieweit die vom Senat zusätzlich genannte Vermeidbarkeit eines Irrtums über die Erforderlichkeit der Amtsausübung neben den anderen Kriterien noch eine eigenständige Bedeutung hat und ob sich der Senat auch die Kriterien der sog. Wirksamkeitstheorie zu eigen gemacht hat (in diese Richtung *Engländer* NStZ 2015, 577, 578; *Erb* JR 2016, 29, 30 ff.; *Rönnau/Hohn* StV 2016, 313, 315 f.), bedarf einer näheren Betrachtung, die hier nicht geleistet werden kann.

sie nur Verwirrung und führen zu Wertungswidersprüchen –, sondern haben – wie alle Einschränkungen der Notwehr gegenüber rechtswidrigem Verhalten – ihren systematischen Ort im Rahmen der Frage nach der Gebotenheit der Notwehr.

III. Folgerungen

Für die strafrechtliche Bewertung des vorliegenden Sachverhalts ergibt sich aus den vorangegangenen Überlegungen einerseits, dass sich der Angeklagte nicht wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte strafbar gemacht hat. Vielmehr greift der objektive Strafbarkeitsausschluss nach § 113 Abs. 3 StGB ein, da die Ingewahrsamnahme des Angeklagten aus den vom Senat genannten Gründen keine vollstreckbare Eingriffsgrundlage hatte. § 113 Abs. 3 StGB entfaltet damit zugleich eine Sperrwirkung bzgl. § 240 StGB. Andererseits ist zwar die Diensthandlung der Polizeibeamten als rechtswidrig anzusehen, eine Notwehrbefugnis zur Tötung oder Verletzung eines Vollstreckungsbeamten ist jedoch mangels Gebotenheit zu verneinen. Denn das Verhalten ist nach den von der Rechtsprechung (zum strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff) sachgerecht entwickelten Grundsätzen als Ausdruck der Verwirklichung des Staatswillens einzustufen, dem mit Gewalt zu begegnen nicht durch Notwehr gerechtfertigt ist.

Aufsätze und Anmerkungen

Kleine Ursache, große Wirkung – 1. FiMaNoG eliminiert Strafbarkeit nach WpHG

Von RA Dr. Manuel Lorenz, RA Johannes Zierden, Wiesbaden

I. Einführung

„Kann der Flügelschlag eines Schmetterlings in Brasilien einen Tornado in Texas auslösen?“¹ Dieses Zitat ist grundlegend sowie charakterisierend für den sogenannten „Schmetterlingseffekt“, wonach in komplexen Systemen eine große Empfindlichkeit auf kleine Abweichun-

gen in den Anfangsbedingungen besteht.² Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass kleine Ursachen zuweilen große Auswirkungen haben können. Dass diese Grundaussage nicht nur in der Natur-, sondern auch in der Rechtswissenschaft für sich Geltung beanspruchen kann, zeigt sich derzeit am Beispiel der Novellierung des Wertpapierhandelsgesetzbuches (WpHG) sowie der Implementierung der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)³

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der auf das Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei DIERLAMM Rechtsanwälte in Wiesbaden.

¹ *Edward N. Lorenz*, Predictability: Does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas?, Titel des Vortrags im Jahr 1972 während der Jahrestagung der American Association for the Advancement of Science, laut Science 320 (2008), S. 431.

² Vgl. https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/fachbereich_physik/didaktik_physik/publikationen/falter_c_haosphysik.pdf.

³ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 1.

als europäische Bezugs- und Ausfüllungsmaterie der nationalen Sanktionsvorschriften des WpHG in dessen neuer Form.

Auf die risikoträchtigen Unstimmigkeiten in diesem Gesetzgebungsprozess und insbesondere deren rechtliche Auswirkungen hatte *Rothenfußer* bereits in seinem einseitigen Gastbeitrag in der Börsen-Zeitung vom 7. Juli 2016 hingewiesen⁴. Nach seiner Auffassung gäbe es einen kleinen, aber folgenschweren zeitlichen Lapsus in der Umsetzung beider Rechtsmaterien, welcher dazu führe, dass unter Geltung des strafrechtlichen Meistbegünstigungsgrundsatzes des § 2 Abs. 3 StGB für einen Tag, namentlich am 2. Juli 2016, eine „Ahndungslücke“ für Kapitalmarkstraftaten wie beispielsweise Marktmanipulation und Insiderhandel bestanden habe, in deren rechtlicher Folge alle WpHG-relevanten, bislang noch nicht rechtskräftig abgeurteilten Taten im Tatzeitraum vor dem 3. Juli 2016, die von der Novellierung betroffen waren, als straflos anzusehen seien.

Durch diesen Beitrag wurde die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) auf den Plan gerufen. Noch am 8. Juli 2016 veröffentlichte sie einen Artikel⁵, der die aufgezeigte Gesetzeslücke allerdings nicht zu schließen vermochte. Nach der Auffassung der BaFin sei das zeitliche Auseinanderfallen von MAR und 1. FiMaNoG kein gesetzgeberisches Versehen, sondern eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Darüber hinaus sei auch ansonsten keine Strafbarkeitslücke gegeben, da die MAR als solche schon im Jahre 2014 in Kraft getreten sei.

Die nachstehenden Ausführungen werden zeigen, dass die „Generalamnestie“ im Kapitalmarktstrafrecht für Taten vor dem 3. Juli 2016 zwingend ist und der besagte Schmetterling also tatsächlich auch auf dem Gebiet des Kapitalmarktstrafrechts einen Orkan auslösen wird.

II. Gesetzgebungsgeschichte WpHG (n.F.)/ MAR

Während die europäische Marktmissbrauchsverordnung an sich schon seit dem 2. Juli 2014 in Kraft getreten ist und große Teile der Verordnung auch schon ab diesem Zeitpunkt für sich Geltung beanspruchen konnten (Art. 39 Abs. 1, 2 a. E. MAR)⁶, gelten die für das Kapi-

talmarktstrafrecht zentralen Bestimmungen der europäischen Missbrauchsverordnung, insbesondere Art. 14 MAR, auf den beispielsweise der Tatbestand des (vorsätzlichen) Insiderhandels gemäß § 38 Abs. 3 WpHG n.F. nunmehr blankettartig verweist, erst seit dem 3. Juli 2016, vgl. Art. 39 Abs. 2 MAR. Hierdurch werden unter anderem die bisher (nur) im nationalen Recht verankerten Bestimmungen des Insider- und Marktmissbrauchsrechts⁷ in EU-weit unmittelbar anwendbares⁸ europäisches Recht überführt. Die Ausgestaltung der konkreten Sanktionen für Verstöße bleibt zwar weiterhin originär dem nationalen Gesetzgeber überlassen, allerdings enthalten die MAR und die begleitende EU-Richtlinie MAD⁹ hierfür nähere Vorgaben, die von den Mitgliedstaaten – also auch Deutschland – bis zum 3. Juli 2016 umzusetzen waren, vgl. Art. 39 Abs. 3 MAR.

In Deutschland erfolgte die Umsetzung dieser europäischen Rechtsakte durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG).¹⁰ Es hebt in den nun unmittelbar durch die MAR geregelten Bereichen des Kapitalmarktrechts die bisherigen nationalen Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes auf. Außerdem stellt es die zugehörigen Straf- und Bußgeldvorschriften, die bisher einzig an Verstöße gegen Vorschriften des nationalen Rechts angeknüpft hatten, auf die entsprechenden Vorschriften der MAR um und überführt überdies die sonstigen europäischen Vorgaben zur Neuregelung des straf- und ordnungsrechtlichen Sanktionsregimes in die Rechtswirklichkeit. Diese kapitalmarkt(straf)rechtlichen Änderungen, insbesondere §§ 38, 39 WpHG n.F., sind – aufgrund ausdrücklicher Anordnung im 1. FiMaNoG – bereits am 2. Juli 2016 in Kraft getreten, vgl. Art. 17 Abs. 1 FiMaNoG. Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfes, hier insbesondere S. 93 der BT-Drs. 19/16 sowie S. 80 der BT-Drs. 18/7482 (jeweils: „treten zum 2. Juli 2016 und damit zum in diesen Rechtsakten bestimmten Anwendungszeitpunkt in Kraft“), ging der Gesetzgeber offenbar fälschlicherweise davon aus, dass die maßgeblichen Vorschriften der MAR und der zugehörigen Richtlinie bereits zum 2. Juli 2016 erstmals anzuwenden bzw. bis dahin umzusetzen seien.

Insofern verfängt auch nicht der Einwand des BaFin, wonach das zeitliche Auseinanderfallen kein Versehen des deutschen Gesetzgebers darstelle, sondern das Inkrafttreten des 1. FiMaNoG am 2. Juli 2016 vor dem Hintergrund des Bestandsschutzes in Art. 30 Abs. 1

⁴ *Rothenfußer*, Generalamnestie im Kapitalmarktrecht?, Börsen-Zeitung 2016, Ausgabe 128, S. 13; im Internet frei abrufbar unter: https://www.dirk.org/dirk_webseite/static/uploads/160707_B%C3%B6rsen-Zeitung_Generalamnestie%20im%20Kapitalmarktrecht.pdf; nach Abgabe des Manuskripts erschienen: *Rothenfußer/Jäger*, Generalamnestie im Kapitalmarktrecht durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz, NJW 2016, 2689.

⁵ http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndung_sluecke.html (letzter Abruf 23. August 2016).

⁶ Der in Art. 39 Abs. 1 MAR bezeichnete Zeitpunkt des Inkrafttretens, wonach die Verordnung am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft treten sollte, stimmt insoweit mit schon in Art. 39 Abs. 2 a.E. MAR vorgenommenen Datierung des Gesetzgebers auf den 02. Juli 2014 überein, da die Verord-

nung schon unter dem 12.06.2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde, vgl. ABl. L 173/1 vom 12. Juni 2014.

⁷ Vgl. die Tatbestände des Insiderhandels gemäß §§ 14, 38 WpHG a.F. sowie der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG a.F., die in ihrer konkreten bisherigen Gestalt durch das 1. FiMaNoG aufgehoben wurden.

⁸ Zur Wirkungsweise von Verordnungen, auch und gerade im Gegensatz zu Richtlinien vergleiche *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Auflage (2015), Kap. 4 Rn. 51.

⁹ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. L 173 vom 12. Juni 2014 S. 179 ff.

¹⁰ Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG), BT-Drs. 180/16; verkündet in BGBl. I (2016) Nr. 31/1514.

Unterabs. 2 MAR angeblich bewusst gewählt worden sei.¹¹ Denn zum einen findet sich weder in dem finalen Gesetzesbeschluss noch in den vorgelagerten Gesetzentwürfen ein solcher expliziter bzw. auch nur angedeuteter Verweis auf einen etwaigen europäischen Bestandsschutz oder ein Hinweis bzw. gar eine Begründung für das angeblich bewusst gewählte zeitliche Auseinanderfallen beider Regelungsmaterien gerade vor dem Hintergrund eines solchen Bestandsschutzes. Zum anderen wäre – selbst bei Annahme eines bewussten Auseinanderfallens – immer noch objektiv eine zeitliche Divergenz zwischen MAR und 1. FiMaNoG zu verzeichnen, die nicht allein durch rein subjektive Erwägungen „geheilt“ werden könnte. Überdies betrifft Art. 30 MAR, auf den die BaFin in ihrer Argumentation maßgeblich verweist, nur die Sanktions- bzw. Rechtsfolgenebene, nicht aber die hier vorliegend relevante Tatbestandsebene von Strafnormen, die mit dem nunmehrigen Verweis der nationalen WpHG-Vorschriften auf die europäische, gerade tatbestandsausfüllende MAR-Materie aber betroffen ist.

Damit ergeben sich für die MAR als tatbestandsausfüllende Rechtsmaterie drei besondere und zu trennende Stichtage: Erstens der 12. Juni 2014, an dem die MAR im Amtsblatt der europäischen Union verkündet wurde, zweitens der 2. Juli 2014, ab dem die MAR in Kraft getreten war (Art. 39 Abs. 1, 2 a.E. MAR), sowie schließlich drittens der 3. Juli 2016, an dem die vorliegend für den Bereich der Kapitalmarktraftaten relevanten Regelungen überhaupt erst zur Anwendung gelten sollen (Art. 39 Abs. 2 MAR).

Das 1. FiMaNoG und dessen Abweichung von der Zeitschiene der MAR könnten demnach dazu führen, dass es in den ersten drei Julitagen 2016 entgegen der Auffassung der BaFin möglicherweise drei verschiedene Regelungszustände gegeben hat. Bis einschließlich zum 1. Juli 2016, 23:59:59 Uhr, galt die alte Rechtslage, das WpHG a.F. in seiner bisherigen Gestalt, wie es auch zu den Tatzeitpunkten vor diesem Tag im Sinne des § 2 Abs. 1 StGB galt. Nur am 2. Juli 2016 von 00:00 Uhr bis einschließlich 23:59:59 Uhr verwiesen die neuen §§ 38, 39 WpHG ins Leere, weil die Ausfüllungsnormen noch nicht „gelten“ sollten, was zu der in Rede stehenden Straf- bzw. Ahndbarkeitslücke geführt haben könnte. Ab dem 3. Juli 2016, 00:00 Uhr, sind die Bezugsnormen in der MAR vollwertige materielle Ausfüllungsnormen für die Rahmensanktionsvorschriften des WpHG n.F. und eine Gesetzeslücke besteht unbestrittenermaßen zumindest ab diesem Zeitpunkt nicht (mehr).

Für die Beurteilung der bislang noch nicht rechtskräftig abgeurteilten Taten im Tatzeitraum vor dem 3. Juli 2016 ist mithin also entscheidend, ob die neuen §§ 38, 39 WpHG tatsächlich am 2. Juli 2016 ins Leere verwiesen haben, weil die entsprechenden Artikel der MAR rechtlich noch keine tauglichen bzw. brauchbaren Ausfüllungsnormen waren. Nur dann hätte es nämlich tatsächlich für einen Tag eine Gesetzeslücke gegeben, die wegen des Meistbegünstigungsgrundsatzes gemäß § 2 Abs. 3 StGB maßgeblich für die straf- und ordnungswid-

¹¹ Vgl. http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndungsluecke.html.

rigkeitenrechtliche Beurteilung der entsprechenden Taten wäre.

III. Der Meistbegünstigungsgrundsatz des § 2 Abs. 3 StGB

Gerade vor dem Hintergrund dieser zeitlichen Divergenzen in MAR und 1. FiMaNoG ist vorliegend das entscheidungsrelevante Potenzial des § 2 Abs. 3 StGB zu sehen. Bei drei unterschiedlichen Regelungszuständen besteht die Möglichkeit, dass ein Regelungszustand milder ist als die anderen ist und damit als „mildestes Gesetz“ nach § 2 Abs. 3 StGB „den Ton angibt“.

Denn nach dem sogenannten „Meistbegünstigungsprinzip“¹², dem strafrechtlichen „lex mitior“-Grundsatz,¹³ ist nach § 2 Abs. 3 StGB bei täterbegünstigenden materiellen Gesetzesänderungen zwischen Beendigung der Tat und der rechtskräftigen, also endgültigen Entscheidung in der Sache das jeweils mildeste Gesetz als Ganzes anzuwenden, also nicht bloß der mildere Strafrahmen,¹⁴ das zwischen Ausführung der Tat und der Entscheidung darüber gilt oder gegolten hat, sei es auch nur vorübergehend.¹⁵ Unter dem Begriff des Gesetzes sind hierbei sämtliche Voraussetzungen des „Ob“ und des „Wie“ der Strafbarkeit (einschließlich europarechtlicher Vorgaben) zu verstehen.¹⁶ Das bedeutet u.a., dass nicht nur Strafnormen vom Begriff „Gesetz“ erfasst werden, sondern auch außerstrafrechtliche Bezugsnormen; insbesondere also bei Blanketttatbeständen auch die blankettausfüllenden Normen,¹⁷ wie dies vorliegend auf die tatbestandsausfüllenden Vorgaben der MAR für die WpHG-Sanktionsnormen zutrifft.

Das mildeste Gesetz ist dabei dasjenige, das für den konkreten Täter im konkreten Fall am günstigsten ist, wobei eine konkrete Betrachtungsweise vergleichbar der urteilsimmanenten Strafzumessung vorzunehmen ist und sich die Betrachtung nicht auf einen (bloß) abstrakten Vergleich der Tatbestände und Strafandrohungen erschöpfen darf.¹⁸ Auch kann das mildere Gesetz darin bestehen, dass das alte Gesetz ersatzlos aufgehoben worden ist.¹⁹ Am mildesten ist daher insbesondere ein Gesetz, nach dem die Tat – sei es auch nur zeitweilig – straflos ist.²⁰

Die inhaltliche „Änderung“ einer Strafnorm ist nichts anderes als die Aufhebung einer existierenden und die Einführung einer neuen Norm („lex posterior derogat

¹² Schroeder, FS Bockelmann (1979), S. 785, 790.

¹³ Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, 29. Auflage (2014), § 2 Rn. 2.

¹⁴ BGHSt 37, 320, 322; BGH, HRRS 2008 Nr. 1024 = NSTZ-RR 2008, 342 mwN.

¹⁵ Zu sog. „Zwischengesetzen“ vgl. BGHSt 39, 320, 322, NJW 1994, 267; BGH, NSTZ 1992, 535, 536; OLG Bremen, NSTZ 2010, 174.

¹⁶ MüKo-StGB/Schmitz, 2. Auflage (2011), § 2 Rn. 14.

¹⁷ MüKo-StGB/Schmitz (Fn. 16), § 2 Rn. 14.

¹⁸ BGHSt 20, 22, 29 f.; BGH, NSTZ 1983, 80.

¹⁹ Vgl. BeckOK-StGB/von Heinschel-Heinegg, § 2 Rn. 7, 31. Edition, Stand: 1. Juni 2016.

²⁰ Vgl. BGHSt 20, 119; BGH NJW 1961, 688.

legi priori“).²¹ Die „Aufhebung einer existierenden Norm“ erfolgte vorliegend durch die Aufhebung der entsprechenden WpHG Vorschriften zum 2. Juli 2016, 00:00 Uhr. Entscheidend ist somit allein, wann mit Blick auf die MAR die „Einführung einer neuen Norm“ stattfand, also ab wann die entsprechenden Artikel der MAR tatsächlich taugliche Ausfüllungsnormen waren.

Dies hängt maßgeblich davon ab, an welchen Zeitpunkt der Verordnungsgeber der MAR, also die Europäische Union (EU), angeknüpft hat. In Betracht kommen die Zeitpunkte der Existenz, der Geltung oder der Anwendbarkeit der MAR als den wesentlichen Stationen des Normwerdungsprozesses.

Mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens beginnt grundsätzlich die Außenwirksamkeit, d.h. die Geltung einer Rechtsregel innerhalb der Rechtsordnung.²² Davon sind jedoch Existenz und Anwendbarkeit des Gesetzes streng zu unterscheiden. Existenz ist das Gesetz schon mit seiner Verkündung in dem jeweiligen Verkündungsmedium, also auf nationaler Ebene in dem Bundesgesetzblatt (BGBl.) oder auf europäischer Ebene in dem Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.).²³ Der Zeitpunkt, der für die konkrete Anwendbarkeit des Gesetzes festgelegt wird, kann vom Zeitpunkt des abstrakten Inkrafttretens abweichen und beschreibt die Verbindlichkeit und Relevanz der Norm im konkreten Einzelfall sowohl für den Normunterworfenen als auch für den Normanwender, der eine (u.U. sanktionierungswürdige) Verletzung dieser Norm durch den Normunterworfenen festzustellen hat.²⁴

IV. Regelungszustand am 2. Juli 2016 als mildestes Gesetz

Die nachfolgende Betrachtung des Verordnungstextes wird ergeben, dass erst der Blick in die offiziellen Amtssprachen den eindeutigen Willen des Europäischen Verordnungsgebers erkennen lässt.

1. Deutscher Verordnungstext des Art. 39 Abs. 1 und 2 MAR

Der deutsche Verordnungstext verwendet in Art. 39 Abs. 1 einerseits die Begrifflichkeit „Inkrafttreten“ und andererseits in Art. 39 Abs. 2 den Terminus der „Geltung“.

Auf Grundlage der deutschen Übersetzung der Verordnung existierte die MAR mit ihrer Verkündung im Amtsblatt der europäischen Union seit dem 12. Juni 2014, sie trat in Kraft am 2. Juli 2014 (Art. 39 Abs. 1, 2 a.E MAR) und einzelne Regelungen der MAR, insbesondere die für

²¹ Vgl. nur C. Schröder ZStW 112 (2000), 44, 49 f.; MüKo-StGB/Schmitz (Fn. 16), § 2 Rn. 2 mwN.

²² BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage (2008), Rn. 438.

²³ BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 438; zum Meinungsstand, wann genau die Gesetzesgeltung im Zusammenhang mit der Verkündung beginnt, vgl. MüKo-StGB/Schmitz (Fn. 16), § 2 Rn. 16 mwN.

²⁴ BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 22), Rn. 438.

den Insiderhandel und die Marktmanipulation wesensrelevanten Materien, sollten erst ab dem 3. Juli 2016 gelten.

Die in der deutschen Version des Verordnungstextes genutzten Begriffe „gelten“ und „Inkrafttreten“ sind jedoch rechtsdogmatisch synonym und in ihrem Bedeutungsgehalt identisch. Die getrennte Aufführung ist somit rechtlich bedeutungslos. Dementsprechend ist ein Blick in die MAR-Versionen in den offiziellen Amtssprachen der EU, also Englisch und Französisch, geboten.

2. Offizielle Amtssprachen – englische und französische Textversion der MAR

Ein Blick in die Originalfassungen der MAR in Englisch und Französisch als offiziellen Amtssprachen der Europäischen Union zeigt ein präziseres Bild.

In der englischen Sprache werden in Art. 39 Abs. 1 MAR die Begriffe „enter“ bzw. „entry into force“ verwandt, was nach unserem deutschen Rechtsverständnis dem Inkrafttreten und damit synonym der Geltung der Regelung entspricht.²⁵ Demgegenüber wird in Absatz 2 des Art. 39 MAR bezüglich der abweichenden Invollzugsetzung einzelner Regelungen der MAR der Begriff des „apply“ bzw. „application“ verwendet, der im Deutschen mit „anwenden“ bzw. „Anwendung“ zu übersetzen ist.²⁶ Selbige Bedeutungsunterschiede ergeben sich auch in der französischen Version durch die Begrifflichkeiten „entre en vigueur“ bzw. „entrée en vigueur“ einerseits und „applique“ bzw. „application“ andererseits. Diese sprachlichen Nuancen, welche die deutsche MAR-Version übergeht, werden also durch die beiden Originalsprachen herausgearbeitet.

Damit hat der nationale Gesetzgeber seiner Gesetzgebung eine technisch unpräzise Übersetzung der Begrifflichkeiten zugrunde gelegt, was einer der Ursprünge des Übels war.

Die Einfügung dieser technisch korrekten Begrifflichkeiten in das deutsche Wortverständnis hinsichtlich einer Gesetzesänderung kommt demgegenüber zu dem Ergebnis, dass die MAR zwar auch bereits schon mit ihrem Inkrafttreten am 2. Juli 2014 galt. Die nicht einzeln und abschließend in Art. 39 Abs. 2 MAR aufgezählten Artikel und Absätze und damit die für den Insiderhandel und die Marktmanipulation maßgeblichen Artikel sollten aber erst ab dem 3. Juli 2016 Anwendung finden.

Auf Grundlage der offiziellen Amtssprachen stehen sich also nicht die Begriffe „Inkrafttreten“ und „Geltung“ gegenüber, die synonym verwandt werden und denen demnach keine unterschiedlichen rechtlichen Bedeutungen zukommen. Vielmehr wurden der Begriff „Inkrafttreten“ und damit dessen Synonym „Geltung“ einerseits und der Begriff der „Anwendung“ andererseits verwandt. Diesen Begrifflichkeiten kommt mit Blick auf die bekannte Thematik gerade vor dem Hintergrund des Anwendungs- und Geltungsvorranges des Unionsrechts auch

²⁵ Vgl. <https://www.dict.cc/?s=entry+into+force>.

²⁶ Vgl. <http://www.dict.cc/englisch-deutsch/to+apply.html>.

eine genau definierte Bedeutung innerhalb der nationalen und europäischen Rechtsordnung zu.

3. Der Anwendungs- und Geltungsvorrang von Gesetzen

Nachdem die offiziellen Amtssprachen der Europäischen Union die Begriffe der „Geltung“ und der „Anwendung“ als Rechtsfolge für die jeweiligen Zeitpunkte zutage gefördert haben, die sich so in der deutschen Übersetzung nicht wiederfinden, gilt es nun, diese – eigentlich gewollten, aber objektiv falsch bezeichneten – technischen Begriffe in das bekannte Regelungsgefüge des Europäischen Strafrechts einzuordnen.

a) Der unionsrechtliche Anwendungs-, nicht Geltungsvorrang

Kommt es zwischen Unionsrecht und nationalem Recht zu einer Kollision, weil sowohl unmittelbar anwendbares Unionsrecht und nationales Recht denselben Lebenssachverhalt unterschiedlich regeln, genießt das Unionsrecht gegenüber dem nationalen Recht nach der Rechtsprechung des EuGH²⁷ sowie der deutschen Rechtsprechung²⁸ keinen Geltungs-, sondern lediglich einen Anwendungsvorrang. Das kollidierende nationale Recht bleibt mithin weiter wirksam; es ist lediglich unanwendbar.²⁹ Aufgrund dieser anerkannten Kollisionsregelung sind dem Regelungsgefüge von europäischem und nationalem Recht die Begrifflichkeiten von „Geltung“ und „Anwendung“ sehr wohl bekannt und mit einer klar definierten Bedeutung besetzt.

b) Hier: „Umgekehrter“ Anwendungsvorrang

Dieses Verständnis der Begriffe von „Anwendung“ und „Geltung“ wird der Europäische Ordnungsgeber in Kenntnis deren Anerkennung auch der MAR zugrunde gelegt haben; ganz im Gegenteil zum nationalen Gesetzgeber im Rahmen des 1. FiMaNoG.

Insoweit hat der europäische Ordnungsgeber in Art. 39 MAR einen „umgekehrten“ Anwendungsvorrang angeordnet. Umgekehrt ist der Anwendungsvorrang deshalb, weil eigentlich dem Unionsrecht gegenüber dem nationalen Recht ein Anwendungsvorrang zukommt und nicht – wie hier – das nationale Recht der europäischen Rechtsmaterie normhierarchisch vorgehen soll. Anders als in den sonstigen Fällen, in denen die nationalen Vorschriften im Kollisionsfalle – trotz fortdauernder Geltung – nicht zur Anwendung gelangen, hat im Fall der MAR-Einführung der Europäische Ordnungsgeber dieses Mal das Europäische Recht bewusst zurückgenommen und die MAR – trotz ebenso schon bestehender Geltung – teilweise ausdrücklich erst ab dem 3. Juli 2016 zur Anwendung kommen lassen. Auch das 1. FiMaNoG war

zu diesem Zeitpunkt schon anwendbar und verwies auf die MAR.

Mit Blick auf den englischen und französischen Verordnungstext hat der Europäische Ordnungsgeber damit bestimmt, dass die MAR am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft tritt, ihr also technisch Geltung zukommt, Art. 39 Abs. 1 MAR. In Art. 39 Abs. 2 hingegen hat er festgelegt, dass die für das Kapitalmarktrecht maßgeblichen Normen der MAR erst ab dem 3. Juli 2016 anwendbar sein soll (im Deutschen technisch unpräzise übersetzt mit „gilt ab dem 3. Juli 2016“). Nur die abschließend aufgezählten Artikel bzw. Absätze sollen bereits ab dem 2. Juli 2014 anwendbar sein (im Deutschen ebenfalls technisch unpräzise übersetzt mit „die ab dem 2. Juli 2014 gelten“).

Damit wollte der europäische Gesetzgeber die Anwendbarkeit der strafrechtsrelevanten Normen seiner MAR explizit erst ab dem 3. Juli 2016. Dies hat er *expressis verbis* auch so in Art. 39 Abs. 2 MAR zum Ausdruck gebracht.

Würde man nun aber sämtliche Artikel der MAR – wie mit der Argumentation der BaFin zur Verhinderung einer Strafbarkeitslücke bezweckt – schon ab dem 2. Juli 2016 anwenden, würde dies dem ausdrücklichen Willen des Ordnungsgebers widersprechen. Denn der Zeitpunkt des 3. Juli 2016 ist nicht nur für die Anwendbarkeit der MAR, sondern zugleich auch für die Umsetzung der sie begleitenden Richtlinie Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD)³⁰ von herausragender Bedeutung. Gemäß Art. 13 MAD waren die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bis spätestens dem 3. Juli 2016 zu erlassen und zu veröffentlichen, um den Vorgaben der MAD nachzukommen. Folglich sind (spätestmöglicher) Umsetzungszeitpunkt der MAD und Zeitpunkt der universalen Anwendbarkeit der MAR zum 3. Juli 2016 bewusst durch den europäischen Gesetzgeber aneinander gekoppelt. Während die MAR die nationalen Tatbestände ausfüllen soll, enthält die MAD Vorgaben für die rechtsfolgenrelevante Sanktionsausgestaltung, so dass sich beide Regelungsmaterien erst zusammen inhaltlich ergänzen und komplettieren. Mit der Argumentation der BaFin jedoch, wonach die MAR aber schon zum 2. Juli 2016 tatbestandsausfüllend galt und somit einer Straflosigkeit unter dem Gesichtspunkt des § 2 Abs. 3 StGB angeblich entgegenstand, hätte man jedoch einen weiteren zeitlichen Lapsus, diesmal zwischen MAR und MAD, geschaffen. Denn die Mitgliedsstaaten hatten einen explizit von europäischer Seite zugestandenen Umsetzungsspielraum der Richtlinie bis zum 3. Juli 2016, also bis zum Ablauf der genannten Umsetzungsfrist. Dieser war auch durch die Mitgliedstaaten auszufüllen, da Richtlinien – als maßgebliches Unterscheidungskriterium zu einer Verordnung – gerade grundsätzlich keine unmittelbare Bindungswir-

²⁷ EuGHE 1978, 629 ff.; 1984, 483; 1991, 297, 321; NJW 1999, 2355; NJW 2007, 1515.

²⁸ BVerfGE 75, 223, 244; 85, 191, 204; NJW 2009, 2267, 2284 f.; BGHSt 37, 168, 175; 46, 380 ff.; BVerwGE 87, 15; OLG München, NJW 2006, 3588, 3591; 2008, 3151 ff.

²⁹ Dazu im Einzelnen sehr ausführlich Hecker (Fn. 8), Kap. 9.

³⁰ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. L 173/179 vom 12. Juni 2014.

kung zukommt, sondern zu ihrer Wirksamkeit nationale Umsetzungsakte notwendig sind.³¹

V. Ergebnis

Das vorliegende Dilemma aus Sicht des Staates gründet sich einzig auf Fehler des nationalen Gesetzgebungsverfahrens und ist erneut ein Indiz dafür, dass der deutsche Gesetzgeber durch Schnellschüsse oder unausgereiftes Handeln mehr Probleme verursacht als er durch dieses Wirken behebt. Wenngleich auch dieses Ergebnis den staatlichen Strafverfolgungsbehörden als praktisch unbillig erscheinen mag, ist dieses doch die rechtlich zwingende Konsequenz aus dem dargebotenen Gesetzgebungsvorgang.

Diese zeitliche Inkoinzidenz von MAR und 1. FiMaNoG hat zur Folge, dass es am 2. Juli 2016 in Deutschland für einen Tag unter anderem kein Verbot der Marktmanipulation und des Insiderhandels gab. Denn die entsprechen-

³¹ Vgl. Hecker (Fn. 8), Kap. 4 Rn. 52 sowie zu den entsprechenden Ausnahmen Kap. 4 Rn. 53.

den Vorschriften des (alten) WpHG waren hier bereits durch das 1. FiMaNoG aufgehoben und die (neuen) Vorschriften der MAR noch nicht anwendbar. Gleiches galt für die zugehörigen Straf- und Bußgeldvorschriften des WpHG, die an diesem Tag auf noch nicht anwendbare Vorschriften der MAR und damit ins Leere verwiesen. Auch wenn diese „Strafbarkeits- bzw. Ahndungslücke“ nur für einen Tag bestand, hat diese unter Beachtung des § 2 Abs. 3 StGB weitreichende rechtliche Folgen. Denn gerade in solchen Fällen wie dem vorliegenden, in denen das maßgebliche Gesetz nach der Tat geändert wird, ist einer Entscheidung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht das jeweils mildeste Gesetz zugrunde zu legen (§ 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG). Ist zu einem Zeitpunkt zwischen Tat und letzter Entscheidung die Strafandrohung gänzlich entfallen, so ist dies das mildeste Gesetz. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch dann, wenn die „Strafbarkeits- bzw. Ahndungslücke“ – wie hier – auf einem gesetzgeberischen Versehen beruht.³²

³² Vgl. BGH, NStZ 1992, 535.

Aufsätze und Anmerkungen

Surfen im Internet doch Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO?

Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2016, 2 BvR 1454/13 (BVerfG HRRS 2016 Nr. 860)

Von Dr. Mayeul Hiéramente, Rechtsanwalt, Wessing & Partner, Düsseldorf

I. Der Sachverhalt

Der Hintergrund des zugrundeliegenden Falles ist schnell erläutert: Im Rahmen von Ermittlungen wegen eines vorsätzlichen Tötungsdeliktes gerieten die Verwandten der Getöteten – im Ergebnis zu Unrecht – in den Fokus der Ermittlungsbehörden. Mit Beschluss vom 15. Oktober 2010 ordnete das Amtsgericht Ellwangen neben weiteren geheimen Ermittlungsmaßnahmen die Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO an. Die Überwachung erstreckte sich mit Zustimmung des Amtsgerichts auch auf die Überwachung der Webseitenutzung („Surfen“ im Internet) und wurde rund neun Monate aufrechterhalten. Dabei wurden nach Auskunft der Staatsanwaltschaft 129.000 Aufrufe von HTML-Seiten registriert und gespeichert. Das Landgericht Ellwangen hat die Rechtmäßigkeit der Überwachung des Surfverhaltens mit Beschluss vom 28. Mai 2013 bestätigt

und festgestellt, es handele sich auch bei der Internetnutzung durch Aufrufen von Webseiten um Telekommunikation im Sinne des § 100a Abs. 1 StPO. Die Verfassungsbeschwerde der Betroffenen wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 6. Juli 2016 gemäß § 93b i.V.m. § 93a BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen. Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die mangelnden Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde wie folgt begründet.

II. Die Entscheidung des 2. Senats vom 6. Juli 2016

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts befasst sich mit einer aktuellen Thematik, die insbesondere in den letzten Jahren in der Literatur kontrovers diskutiert wurde. Im Kern geht es um die Frage, ob die Ermittlungsbehörden unter den Voraussetzungen des § 100a

StPO jegliche Form der Datennutzung (hier: der Abruf von HTML-Seiten) über den Telefon- und Internetanschluss überwachen dürfen oder ob es angesichts der besonderen Eingriffsintensität einer derartigen Internetüberwachung einer gesonderten Rechtsgrundlage (mit höheren Eingriffsvoraussetzungen) bedarf. Dahinter steht die rechtspraktische und rechtspolitische Frage, ob die Regelungen der Strafprozessordnung mit den rasanten und keinesfalls nur graduellen Entwicklungen der modernen Technologie und den Konsequenzen einer Ökonomisierung der Datenerhebung durch Google, Facebook und Co. mitzuhalten vermögen. Die grundsätzliche Frage lautet: Unter welchen Bedingungen darf der Staat auf die enormen Datenmassen zugreifen, die bei der Nutzung von Smartphones, Tablets und Laptops tagtäglich generiert werden? Reicht dafür eine einfache richterliche Anordnung nach § 100a StPO aus? Eine umfassende Antwort haben die Karlsruher Richter vermieden.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich der konkreten Problematik angenähert, ohne eine einfachrechtliche Interpretation des Terms „Telekommunikation“ im Sinne des § 100a StPO vorzunehmen und ohne die zugrundeliegende strafprozessuale Frage abschließend zu entscheiden. Auch wenn eine gewisse Tendenz für eine extensive Interpretation der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsbefugnisse zu erkennen ist, zieht sich der 2. Senat des Gerichts auf die grundlegende Feststellung zurück, dass die Entscheidung des Landgerichts Ellwangen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Zweifel zu ziehen sei. Das Bundesverfassungsgericht hebt – was in strafrechtlichen Fallkonstellationen keinesfalls stets der Fall ist – den eingeschränkten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab hervor und betont:

„Ein etwaiger Fehler der Fachgerichte muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn ein Fehler sichtbar wird, der auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruht, oder wenn eine fehlerhafte Rechtsanwendung nicht mehr verständlich ist [...]. Nach diesem Maßstab ist die angegriffene Entscheidung des Landgerichts Ellwangen von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.“ (Rn. 24)

Zunächst stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass sich das Landgericht Ellwangen bei der Interpretation des Merkmals „Telekommunikation“ im Einklang mit in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten¹ befindet (Rn. 25 f., 28) und eine extensive Interpretation auch beim Bundesgerichtshof Anerkennung gefunden habe (Rn. 29). Anschließend nimmt das Bundesverfassungsgericht den Wortlaut des § 100a StPO in den Blick. Der dort verwendete Term „Telekommunikation“ finde auch in den Kompetenzregelungen des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG und Art. 80 Abs. 2 GG Verwendung. Eine verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung folge daraus jedoch nicht (Rn. 30 f.). Zudem betonen die Karlsruher Richter, dass sich die Auslegung des Begriffs der „Telekommunikation“ im Rahmen des § 100a StPO auch am grund-

rechtlichen Schutz des Art. 10 GG orientieren müsse (Rn. 32). Das Grundrecht sei insgesamt „entwicklungs offen“ (Rn. 34) und diene der Ermöglichung einer vertraulichen Nutzung von Kommunikationsmedien:

„Mit der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikationsanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen [...]“ (Rn. 36)²

Da auch bei der Nutzung des Internets eine derartig, technikbedingtes Gefährdungspotential bestehe, so das Bundesverfassungsgericht weiter, erstrecke sich der Schutzbereich des Art. 10 GG auch auf das „Surfen“ bzw. Abrufen von Web-Seiten.³ Der Bedeutungsinhalt des Grundrechts stehe der Interpretation des Landgerichts Ellwangen mithin nicht entgegen (Rn. 38). Mit diesen Feststellungen schließt das Bundesverfassungsgericht die Prüfung ab, ob aus verfassungsterminologischen Gründen eine einschränkende Auslegung des Begriffs Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO geboten ist.

Das Bundesverfassungsgericht greift die Frage der Vereinbarkeit des § 100a StPO mit dem Grundgesetz jedoch in den Randnummer 42 ff. im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erneut auf. Es bekräftigt zunächst, dass das abgestufte Regelungskonzept des Gesetzgebers für die strafprozessuale Datenerhebung und die im Gesetz festgeschriebene, auf den konkreten Tatvorwurf maßgeschneiderte Verhältnismäßigkeitsprüfung (Rn. 44), grundsätzlich verfassungskonform sind. Zudem verweist das Gericht auf die Regelung des § 100a Abs. 4 StPO, die den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung schützen solle (Rn. 45 f.). Diese, aus vorherigen Entscheidungen bekannten Ausführungen liefern den Grundstein für die Feststellung, dass auch bei Einbeziehung der Überwachung des Surfverhaltens in den Anwendungsbereich des § 100a StPO die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs grundsätzlich gewahrt sei. Dazu trifft der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts drei zentrale Aussagen:

Erstens, sieht es in der Überwachung des Surfverhaltens ein „quantitatives“ Mehr zur klassischen Telekommunikationsüberwachung. Die dabei bestehende Gefahr einer Kenntnisnahme von höchstpersönlichen Informationen sei, anders als die Überwachung des Rückzugsbereichs der Wohnung, nicht „typusprägend“ (Rn. 47). Das Bundesverfassungsgericht verweist, zweitens, darauf, dass die Löschungspflicht bei Erkenntnissen aus dem höchstpersönlichen Bereich, „der Erstellung eines umfassenden ‚Kommunikationsprofils‘ vorbeugen kann“ (Rn. 48). Drittens, sei die Ausgestaltung der Telekommunikationsüberwachung im konkreten Fall zu überprüfen und eine Beschränkung auf die klassische Telekommunikation in

² Vgl. auch die allgemeinen Ausführungen in Rn. 40 des Beschlusses.

³ Zum Verhältnis zwischen Art. 10 GG und § 100a StPO vgl. auch Günther, in: MüKo, StPO (2014), § 100a Rn. 33 ff. m.w.N.

¹ Zum aktuellen Meinungsstand in der Literatur siehe Hieramente/Fenina StraFo 2015, 365, 370, Fn. 56. Siehe ferner Günther, in: MüKo, StPO (2014), § 100a Rn. 26 ff.

Erwägung zu ziehen (Rn. 49). Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sei eine Überwachung des Surfverhaltens über § 100a StPO daher im Grundsatz nicht zu beanstanden. Im konkreten Fall sei die Anordnung des Amtsgerichts Ellwangen verfassungsrechtlich nicht in Zweifel zu ziehen.

III. Anmerkungen

Zur Einordnung der Entscheidung: Die Schwiegermutter des Beschwerdeführers wurde entführt und anschließend tot in einem Waldstück aufgefunden. Die Strafprozessordnung eröffnet den Ermittlern bei Sachverhaltsaufklärungen zu §§ 211, 212 StGB stets das gesamte Repertoire der strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse. Kaum einer würde daher bezweifeln, dass zur Überführung eines Mörders auch besonders eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen zulässig sind und selbst eine mehrmonatige Überwachung des Surfverhaltens als verhältnismäßig angesehen werden kann. Doch genau darin liegt die Krux. Hard cases make bad law. Es mag müßig sein, darüber zu spekulieren, wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hätte, wenn Hintergrund der Entscheidung „nur“ Ermittlungen im Bereich der gewerbsmäßigen Urkundenfälschung oder ein Fall des Raubes (z.B. „Abziehen“) gewesen wären; Straftaten bei denen der Gesetzgeber anders als bei Mord und Totschlag eine andere Abstufung der Ermittlungsbefugnisse vorgenommen hat und z.B. eine akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO stets für unzulässig erachtet. Der Blick auf eben diese Delikte muss zum Zwecke der Selbstkontrolle indes Ausgangspunkt jedweder Betrachtung sein, verstellt der Fokus auf die schwerwiegendsten Delikte doch den Blick auf die gesetzlich normierte Ausdifferenzierung der Ermittlungsbefugnisse in den §§ 100a ff. StPO. Betrachtet man das Regelungssystem der strafprozessualen Überwachungsmaßnahme, sprechen gute Gründe dafür, auch für die Überwachung des Surfverhaltens eine eigenständige Ermittlungsgrundlage zu verlangen und den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verhältnismäßigkeit der extensiven Auslegung des § 100a StPO mit Skepsis zu begegnen. Dazu im Einzelnen:

1. Der Wortlaut des § 100a StPO

Dem Bundesverfassungsgericht ist beizupflichten, dass das Grundgesetz keine etymologischen Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 100a StPO und des Merkmals „Telekommunikation“ liefert. Es ist sowohl mit den Zuständigkeitsregelungen des Grundgesetzes als auch mit Art. 10 GG vereinbar, den Begriff der „Telekommunikation“ in einem technischen und nicht nur einem sozialen Sinn zu interpretieren. Für den Rechtsanwender ist jedoch entscheidend, dass das Grundgesetz vice versa auch nicht gegen eine einschränkende Auslegung des strafprozessualen Begriffs streitet. Die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht – zur Verdeutlichung des hohen Schutzniveaus – als Prüfungsmaßstab für die Verfassungsmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme das in Art. 10 GG normierte Fernmeldegeheimnis heranzieht, ist für die Bestimmung des Begriffs der „Telekommunikation“ in

§ 100a StPO nicht maßgeblich. Aus der grundgesetzlichen Schutzbedürftigkeit folgt nicht die Notwendigkeit der extensiven Interpretation der Eingriffsmaßnahme.⁴ Das Bundesverfassungsgericht enthält sich daher insoweit zu Recht jeder Aussage. Die Wortlautinterpretation ist nicht verfassungsrechtlich vorgeprägt. Die Bedenken gegenüber einer Ausweitung des § 100a StPO auf eine umfassende Datenerhebung via Mobilfunk- oder Internetanschluss sind dementsprechend nicht sprachlicher Natur.

2. Quantitatives oder Qualitatives Mehr?

Die Quintessenz der Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts ist der Hinweis auf das (nur) „quantitative“ Mehr der Datenerhebung bei der Überwachung des Surfverhaltens und die damit einhergehende Negierung eines verfassungsrechtlichen Erfordernisses einer eigenständigen Rechtsgrundlage. Sieht man die Erhebung von Telefon- oder Internetdaten außerhalb des sozial-kommunikativen Kontextes als ein rein „quantitatives“ Mehr an, so ist der bundesverfassungsgerichtliche Verweis auf die Notwendigkeit gerichtlicher Kontrolle und die dadurch ermöglichte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall konsequent. Auch im Bereich der „klassischen“ Telekommunikation kann der Rechtsanwender (Staatsanwaltschaft, Amtsgericht) den Umfang der Überwachung (z.B. Festnetz, Handy, Emails, Facebook-Kommunikation) in quantitativer Hinsicht steuern und situationsangemessen anpassen.

Die Annahme des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts, der Unterschied zwischen der Nutzung eines Telefon- oder Internetanschlusses zum Zwecke der „klassischen“ Kommunikation (Telefonate, Voice-over-IP, Emails, Chats, Facebook-Nachrichten, etc.) und der Internetnutzung zum Zwecke des Surfens bzw. Aufrufens von Webseiten sei nur gradueller, quantitativer Natur, ist indes im höchsten Maße bedenklich.

a) Praktische Bedeutung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts setzt sich konkret mit der Frage auseinander, ob Polizei und Staatsanwaltschaft über § 100a StPO den Abruf von HTML-Seiten (z.B. die Nutzung gängiger Internetbrowser) mitverfolgen und auswerten können. Die in der strafprozessualen Literatur diskutierte Unterscheidung zwischen sozial-kommunikativer Anschlussnutzung und einem technikorientierten Verständnis der „Telekommunikation“ betrifft indes auch weitere Sachverhaltskonstellationen. Verfolgte man bei der Interpretation des § 100a StPO einen technischen Ansatz, würde dies die Einbeziehung des gesamten Datenaustauschs über den überwachten Anschluss zur Folge haben. Erfasst wären neben der Browsernutzung z.B. auch die Nutzung von Geolokalisierungsdiensten, internetbasierte Speichersysteme (Cloud) oder die mannigfaltigen Nutzungsdaten von Applikationen (Apps), die zum größten Teil die Internetverbindung verwenden, um auf die jeweiligen Benutzerdaten zurück-

⁴ Siehe dazu bereits *Hiéramente/Fenina* StraFo 2015, 365, 371.

zugreifen.⁵ Mit der zunehmenden Digitalisierung und Vernetzung finden Speicherung und Datenverarbeitung oft nicht mehr lokal auf dem Endgerät statt sondern werden in einer ständigen Interaktion zwischen Endgerät und Servern outgesourct. Die Masse der auf diese Weise, bewusst oder unbewusst, ausgetauschten Daten könnte daher über § 100a StPO den Ermittlungsbehörden zugänglich gemacht werden. Diese Implikationen sind zwingend zu berücksichtigen, bevor die Tür zu einer extensiven Interpretation des Begriffs „Telekommunikation“ geöffnet wird.

b) Die qualitativen Unterschiede zur „klassischen“ Telekommunikation

Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts stuft die Nutzung des Internets zum Zwecke des „Surfens“ – implizit – als qualitativ gleichwertig ein. Dabei erkennen die Karlsruher Richter durchaus an, dass die Überwachung des Surfverhaltens logisch von der „klassischen“ Kommunikation trennbar ist und daher zur Wahrung der Verhältnismäßigkeitsabwägung durch das zuständige Gericht von der Überwachungsanordnung ausgenommen werden kann und oftmals sogar sollte (Rn. 49). Der Senat sieht es trotz dieser Unterschiede nicht für erforderlich an, eine gesetzliche Ausdifferenzierung zu fordern. Dabei sprechen gewichtige Gründe dafür, die Erhebung von Daten, die nicht sozial-kommunikativer Natur sind, als eigenständigen, typusprägenden Grundrechtseingriff anzusehen.

Die Überwachung des Surfverhaltens – und ebenso die allgemeine „Internetüberwachung“ – ist von der „klassischen“ Telekommunikation wesensverschieden. Der Betroffene offenbart im Rahmen eines Telefonats, einer Email oder im Chat bewusst und freiwillig Wissen gegenüber einem Dritten. Er begibt sich damit freiwillig, wenn auch graduell des Schutzes der Privatsphäre. Die Nutzung des Internets zum Zwecke der reinen Informationsgewinnung („Googlen“, „Surfen“, Nutzung von Navigationssystemen, etc.) beziehungsweise Unterhaltung (Fernsehen, Spiele, Apps) erfordert hingegen keine Interaktion mit Dritten und ist seiner Natur nach, wenn auch nicht immer dem Inhalt nach, privater. Sie ist dem Selbstgespräch und Tagebucheintrag näher als der sozialen Interaktion mit Freunden und Bekannten.⁶

Die Maßnahme unterscheidet sich auch in der Zielrichtung der Behörden. Während das Abhören des Telefons und der E-mailkommunikation primär dem Einblick in den Meinungs- und Wissensaustausch zwischen Be-

schuldigten dient,⁷ dient eine Internetüberwachung regelmäßig der Ermittlung der persönlichen Hintergründe und Vorlieben des Beschuldigten. Die Nutzung des Internet zu nicht sozial-kommunikativen Zwecken stellt mithin ein, von Art. 10 GG geschütztes, menschliches Verhalten eigener Art dar. Dieses lässt sich zwar nicht unmittelbar dem Schutzbereich eines der im Grundgesetz genannten Grundrechte zuordnen. Das hohe Schutzbedürfnis resultiert vielmehr aus dem Gefährdungspotential der Nutzung des von Dritten zur Verfügung gestellten Mediums „Internet“, der Notwendigkeit des Schutzes des Persönlichkeitsrechts des auf Privatheit bedachten Nutzers sowie, beim automatisierten Datenaustausch zwischen Computer und Cloud, aus dem Erfordernis der Wahrung der Integrität eines über das Internet verbundenen, quasi als Einheit operierenden informationstechnischen Systems.⁸ Trotz der vielfältigen grundrechtlichen Facetten stellt die nicht-kommunikative Telefon- oder Internetnutzung eine logisch abgrenzbare und verfassungsrechtlich besonders schützenswerte Persönlichkeitsentfaltung dar; sie ist typusprägend.

3. Kernbereichsschutz oder Schutz vor Profiling?

Das „Surfen“ im Internet sowie weitere Formen der nicht sozial-kommunikativen Datennutzung über den Telefon- oder Internetanschluss unterscheiden sich nicht nur ihrer Natur nach von der „klassischen“ Telekommunikation. Bei der (regelmäßig komplementären) Internetüberwachung werden massenhaft Daten generiert, die bei einer längeren Überwachung die Erstellung eines umfassenden Persönlichkeitsprofils erlaubt. Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts führt insoweit aus:

„Denn der Masse der aufgerufenen Web-Seiten und eingegeben Suchbegriffen steht fragmentarischer Inhalt des einzelnen Abrufs beziehungsweise der einzelnen Informationsrecherche gegenüber. Es werden lediglich Einzelakte einer häufig nur sehr kurzen beziehungsweise wie gerade beim „Surfen“ lediglich oberflächlichen Kommunikation zur Kenntnis genommen.“ (Rn. 47).

Diese faktische Einschätzung der Karlsruher Richter erscheint angesichts der Nutzungsgewohnheiten der modernen Gesellschaft – vor allem bei jungen Erwachsenen – in dieser Pauschalität jedoch fraglich. Dies gilt insbesondere, wenn man die für die Verfassungsgerichtsentscheidung nicht maßgebliche, gesamte Datennutzung über den Telefon- und Internetanschluss in den Blick nimmt, die bei einer technischen Interpretation durch eine Überwachungsanordnung nach § 100a StPO erfasst wäre. Zur Veranschaulichung: Nach der ARD/ZDF-Onlinestudie 2015 verbringen die Nutzer mobiler Endgeräte, wie z.B. Smartphones, im Durchschnitt täglich 158 Minuten im Internet. Davon wird (nur) rund ein Drittel zum Zwecke der Kommunikation genutzt.⁹ Davon nicht

⁵ Die Thematik möglicher Verschlüsselungen sowie Schwierigkeiten der Datenrekonstruktion sollen hier ausgeklammert werden.

⁶ Eine rechtliche Gleichsetzung mit Selbstgespräch oder Tagebucheintrag ist wegen der oft fehlenden Bezügen zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht per se geboten. Es bestehen im Rahmen der Abwägung indes Überschneidungen, weil seitens des Internetnutzenden keine Kenntnisnahme durch Dritte erwartet wird. Zu den verschiedenen Vorschlägen hinsichtlich der notwendigen Abwägungsvorgaben siehe *Wolter/Greco*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 31a m.w.N.; *Meinicke* DSRITB 2013, 967, 971 ff.

⁷ Dazu ausführlich *Hiéramente/Fenina* StraFo 2015, 365, 369 f.

⁸ Insbesondere wegen der umfassenden Externalisierung der Datenverarbeitung über die überwachte Datenschnittstelle sind die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur (präventiven) Online-Durchsuchung instruktiv, vgl. BVerfG NJW 2006, 822.

⁹ Abrufbar unter: <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/>.

erfasst ist der automatisierte Datenaustausch zwischen Endgerät und Providern, der vielen Nutzern nicht einmal bewusst wird. Hinzukommt: Die inhaltliche Bandbreite der Nutzung ist vielfältig und keinesfalls stets „oberflächlich“. Sie beinhaltet Gesundheit, Politik, Religion ebenso wie einfache Unterhaltung. Da die Internetnutzung – anders als die „klassische“ Kommunikation – fast sämtliche Bereiche des sozialen Lebens betrifft, eignet sich die Überwachung des Internets besonders zur Erstellung umfassender Persönlichkeitsprofile.¹⁰ Selbst aus für sich genommen fragmentarischen Informationen kann ein Mosaik konstruiert werden, dass Aufschluss über Gewohnheiten und Vorlieben aus allen Lebenslagen zu geben vermag.

Gerade wegen der (vermeintlich) geringen Aussagekraft einzelner Informationen greifen die Löschungspflichten des § 100a Abs. 4 StPO nur im Ausnahmefall.¹¹ Ein umfassendes Persönlichkeitsprofil kann auch erstellt werden, ohne dass die jeweils dafür verwendeten Einzeldaten dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen. Hinzukommt, dass die in § 100a Abs. 4 StPO postulierte Löschungspflicht den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nur abmildert und nicht verhindert. In der Wahrnehmung der kernbereichsrelevanten Daten liegt ein eigenständiger Grundrechtseingriff. Derartige Grundrechtsbeeinträchtigungen sind bei der Überwachung der, aus der Sicht des Betroffenen anonymen Internetnutzung deutlich wahrscheinlicher (z.B. Selbstdiagnose von Krankheiten¹², Pornographie¹³). Die drohenden Grundrechtsbeeinträchtigungen im Rahmen der Internetüberwachung sind mithin regelmäßig schwerwiegender und über die Löschungspflicht des § 100a Abs. 4 StPO nur teilweise abgemildert.

4. Grundrechtsschutz durch Verfahren?

Das Bundesverfassungsgericht verdient besonderes Lob für die Aufforderung an die Fachgerichte, im Rahmen der Einzelfallabwägung eine Abstufung der Eingriffstiefe vorzunehmen und den Umfang eines § 100a-Beschlusses genau festzulegen. Die Erfahrungen aus der Praxis lehren indes, dass Staatsanwaltschaften und Amtsgerichte die technische Umsetzung von Ermittlungsmaßnahmen im Allgemeinen nur unzureichend vorgeben und damit Unklarheit über die konkrete Ausgestaltung schaffen. Dies erschwert den Rechtsschutz des Betroffenen und führt nicht selten zu Verzögerungen durch gerichtliche Nachprüfungsverfahren (Anträge auf gerichtliche Entschei-

dung gem. § 98 Abs. 2 S. 2 analog, Beschwerden)¹⁴ im Ermittlungsverfahren. Die Fülle an Jurisprudenz des Bundesverfassungsgerichts zu strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zeigt zudem ebenfalls, dass der fachgerichtliche Rechtsschutz, u.a. bedingt durch mangelnde Ressourcen für die deutsche Justiz, keine Gewähr für einen effektiven Grundrechtsschutz durch Verfahren bietet. Die stetig wachsende Zahl der Telekommunikationsüberwachungsanordnungen und die Praxis des Richtervorbehalts lassen eine Einhegung der Überwachung durch die beteiligten Gerichte nur bedingt erwarten.¹⁵

IV. Conclusio

Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die sich durch das Verfahren des Landgerichts Ellwangen bietende Chance nicht genutzt, Praktikern und Legislative die Notwendigkeit einer Gesetzesnovellierung deutlich vor Augen zu führen. Zustimmung verdienen die Richter zu der Feststellung, dass die Verfassung aus terminologischer Sicht keine Interpretation des Begriffs „Telekommunikation“ im Sinne des § 100a StPO vorschreibt. Ebenso verdient der Aufruf an die Fachgerichte zur Ausdifferenzierung von Überwachungsanordnungen Zuspruch. Es ist zu hoffen, dass diese Mahnung der Karlsruher Richter in der Praxis Gehör findet. Bedauerlich ist indes, dass der Senat die von ihm konstatierte Unterschiedlichkeit von Kommunikation im sozialen Sinne und der Internetnutzung zum Zwecke des „Surfens“ nicht mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur Schaffung einer eigenständigen Eingriffsgrundlage verbunden hat. Die Überwachung der Internetnutzung ist ein Grundrechtseingriff eigener Art und erfordert insbesondere aufgrund der gesteigerten Eingriffsintensität eine eigenständige strafprozessuale Grundlage.¹⁶ Nur mittels Normierung restriktiver Anwendungsvoraussetzungen kann gewährleistet werden, dass umfassende Überwachungsanordnungen – die mit der Entstehungsidee des § 100a StPO und dem vergleichsweise umfassenden Straftatenkatalog des Abs. 2 nicht in Einklang zu bringen sind¹⁷ – auch unter dem Zeit- und Kostendruck der Praxis nur in Ausnahmefällen erfolgen. Rechtsprechung und Gesetzgeber sind dringend aufgefordert, der extensiven Interpretation des § 100a StPO effektive Grenzen zu setzen.

¹⁰ Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.

¹¹ Zu den Anforderungen an die Löschungspflicht vgl. Günther, in: MüKo, StPO (2014), § 100a Rn. 110 ff.

¹² Vgl. zur praktischen Relevanz den Bericht der Ärzte Zeitung Online v. 13. Juni 2016, abrufbar unter: http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/special-arzt-patient/article/913353/umfrage-zeigt-dr-google-setzt-aerzte-druck.html.

¹³ Zur Bedeutung der Internetpornografie im deutschen Alltag vgl. den Bericht des Stern, Deutsche lieben Porno-Seiten, v. 31. Juli 2014, abrufbar unter: <http://www.stern.de/digital/online/internetnutzung-deutsche-lieben-porno-seiten-3365814.html>.

¹⁴ Zum Rechtsschutz gegen Telekommunikationsüberwachung siehe Meyer-Mews StraFo 2016, 133, 140 f.

¹⁵ Dazu ausführlich Gercke StraFo 2014, 94; Meyer-Mews StraFo 2016, 133, 136.

¹⁶ Ebenso die wohl hM, vgl. u.a. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 56. Aufl. (2016), § 100a Rn. 7d; Wolter/Greco, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 31a; Albrecht/Braun HRRS 2013, 500, 502; Meinicke DSRITB 2013, 967, 970 f.; Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5; Albrecht, jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4; Sieber, Straftaten und Strafverfolgung im Internet (2012), C 107; Bosbach, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. (2015), S. 358. Kritisch insbesondere Bär, in: KMR-StPO, 70. EL (2012), § 100a Rn. 11a.

¹⁷ Siehe auch Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 56. Aufl. (2016), § 100a Rn. 7d; Albrecht/Braun HRRS 2013, 500, 506.

Mittelbar-täterschaftliche Falschverdächtigung durch ein objektiv tatbestandslos handelndes doloses Gehilfenwerkzeug?

Anmerkung zu OLG Stuttgart NStZ 2016, 155*

Von RiLG Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe

I. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag untersucht ein Urteil des 2. Strafsenats des OLG Stuttgart vom 23. Juli 2015¹, das ein gutes Beispiel dafür bietet, auf welche Weise eine strafbarkeitsbegründende Zurechnungsfigur sich verselbständigen und in der richterlichen Praxis auf Fälle übergreifen kann, für deren Lösung die Zurechnungsfigur nicht gedacht ist. Im Fall des OLG Stuttgart geht es um die in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB geregelte Zurechnungsfigur der mittelbaren Täterschaft.

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Angeklagte A überschritt als Pkw-Fahrer in F. die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h um 26 km/h. Durch eine mit einer Messvorrichtung gekoppelte Kamera einer Verkehrsüberwachungsanlage wurde ein entsprechendes Beweisfoto aufgenommen. Da es sich bei dem Pkw um ein Firmenfahrzeug handelte, übersandte die Stadt F. als zuständige Bußgeldbehörde alsbald einen Zeugenfragebogen an die Firma, die den A als regelmäßigen Fahrer des Fahrzeugs benannte. Daraufhin übersandte die Bußgeldbehörde auch dem A ein Anhörungsschreiben. Spätestens am 30.11.2012 beschlossen A und der Mitangeklagte R, ein Arbeitskollege des A, die Bußgeldbehörde gezielt in die Irre zu führen. Sie vereinbarten, dass R sich zunächst gegenüber der Bußgeldbehörde als Fahrer bezeichnen und sodann das nachfolgende, ihn betreffende Bußgeldverfahren so lange hinauszögern sollte, bis A wegen des Eintritts der Verfolgungsverjährung (§ 26 Abs. 3 StVG) nicht mehr belangt werden

könnte. Dann sollte R offenlegen, dass er den Verkehrsverstoß doch nicht begangen habe, worauf auch das gegen ihn gerichtete Bußgeldverfahren ohne Ahndung beendet werden müsse.

Entsprechend der Verabredung mit A trug R auf dem ihm von A übergebenen Zeugenfragebogen seine Personalien und seine Wohnanschrift ein, erklärte, dass er das Fahrzeug gefahren habe, versicherte, dass seine Angaben der Wahrheit entsprächen, und übersandte den Zeugenfragebogen am 30.11.2012 ohne seine Unterschrift per Fax an die Bußgeldbehörde. Inhaltsgleiche Angaben mit seiner Unterschrift machte er auf dem ihm von A übergebenen Anhörungsschreiben und übersandte es am 7.12.2012 per Fax an die Bußgeldbehörde. Da die Bußgeldbehörde nun den R für den Täter des Verkehrsverstoßes hielt, erging am 14.12.2012 gegen ihn ein Bußgeldbescheid über eine Geldbuße von 100 Euro nebst drei Punkten im Verkehrszentralregister. Gegen diesen Bescheid ließ R durch seinen Verteidiger rechtzeitig Einspruch einlegen.

Am 17.6.2013 ging die Bußgeldsache beim zuständigen Amtsgericht ein. Nachdem bezüglich der Tat des A Verfolgungsverjährung eingetreten war, teilte der Verteidiger des R dem AG am 26.6.2013 mit, dass „bei einem jetzt anhand der sich bei der Akte befindlichen Lichtbilder vorgenommenen Lichtbildabgleich“ festgestellt worden sei, dass R doch nicht der Fahrer gewesen sei. Am 16.7.2013 stellte das AG deshalb das Verfahren gegen R auf dessen Antrag hin gem. § 47 Abs. 2 OWiG ein. Das Bußgeldverfahren gegen A wurde wegen des Eintritts der Verfolgungsverjährung nicht wieder aufgenommen.

Am 24. März 2014 verurteilte das Amtsgericht Nürtingen den Angeklagten A wegen falscher Verdächtigung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen sowie den Angeklagte R wegen Beihilfe hierzu zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen. Durch Urteil vom 5. November 2014 verwarf das Landgericht Stuttgart die Berufung des Angeklagten A, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richtete, ermäßigte aber im Rechtsfolgenausspruch die Geldstrafe auf 40 Tagessätze. Den Angeklagten R sprach das Landgericht auf die von ihm eingelegte Berufung hin aus Rechts-

* Der Beitrag, der Joachim Renzikowski mit herzlichen Geburtstagsglückwünschen zum 05.04.2016 gewidmet ist, wurde nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt ausschließlich die private Rechtsauffassung des Verfassers wider.

¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2015 – 2 Ss 94/15, NStZ 2016, 155 = BeckRS 2015, 15501 m. Anm. Hecker JuS 2016, 82; Niehaus DAR 2015, 708; Deutscher ZAP Fach 22 R, 927, 929; ders. StRR 2015, 474; Krenberger zfs 2016, 47, 50; Kunkel jurisPR-StrafR 20/2015 Anm. 4.

gründen frei. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des A, der mit der Sachrüge die Aufhebung des Urteils des Landgerichts erstrebt und einen Freispruch beantragt hatte, blieb ohne Erfolg, während die Revision der Staatsanwaltschaft zu einer Aufhebung des Freispruchs des R und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Kammer des *Landgerichts* führte.

2. Die rechtliche Problematik

In dem vom *OLG Stuttgart* entschiedenen Fall konnte der Angeklagte R nicht als Täter des § 164 Abs. 2 StGB bestraft werden, weil er nicht über einen anderen, sondern ausschließlich über sich selbst eine bewusst unwahre Tatsachenbehauptung gegenüber der Ordnungswidrigkeitenbehörde abgegeben hatte, indem er sich selbst des Fahrens mit überhöhter Geschwindigkeit bezichtigte. § 164 Abs. 2 StGB setzt nach seinem eindeutigen und insoweit nicht interpretationsoffenen Wortlaut eine Behauptung in Bezug auf eine andere Person voraus; erforderlich ist die Verdächtigung eines anderen. Eine „falsche Selbstverdächtigung“ ist nicht nach § 164 StGB, unter Umständen aber nach § 145d StGB tatbestandsmäßig. Im Verurteilungssinne besteht die Malaise mit der strafrechtlichen Erfassung des Geschehens nun darin, dass eine Beteiligtenlüge zwar auch dann von § 145d StGB erfasst wird, wenn sich die Bezichtigung gegen den Äußernden selbst richtet,² diese Selbstbezichtigung inhaltlich aber die Qualität einer Straftat aufweisen muss. Der Angeklagte R hatte jedoch keine Straftat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB behauptet, sondern lediglich eine unstreitig nicht von § 145d StGB erfasste Ordnungswidrigkeit. Da § 145d StGB kein Pendant zu der auch Ordnungswidrigkeitenlügen erfassenden Vorschrift des § 164 Abs. 2 StGB aufweist, das Vortäuschen einer Ordnungswidrigkeit also weder unter § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB noch unter § 145d Abs. 2 Nr. 1 fällt, hätte der Angeklagte R mangels Erfüllung eines Straftatbestandes an sich straffrei ausgehen müssen. Gleiches hätte für den Angeklagten A als präsumtivem Anstifter gegolten, weil sich das Verhalten des R nicht als teilnahmefähige strafatbestandsmäßige Tat i.S.d. § 26 StGB darstellt. Auch für Mittäterschaft würde es – bei unterstellter Annahme hinreichend gewichtiger Beteiligung des A – an einer gemeinschaftlichen *Straftat*-begehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB fehlen.

Die damit eigentlich zu ziehende Konsequenz – nämlich Straffreiheit beider Angeklagter – mochte das *OLG Stuttgart* nicht hinnehmen und bemühte einen verblüffenden Kunstgriff, zu dem bereits das *AG Nürtingen* erstinstanzlich und das *Landgericht Stuttgart* als Berufungsgericht gegriffen hatten: Indem das *OLG Stuttgart* das Verhalten des „Vordermanns“ R, das in dessen Person zunächst nur ein eigenhändiges, gegen R selbst gerichtetes und damit nicht tatbestandsmäßiges Verdächtigen darstellte, dem „Hintermann“ A mittelbar-täterschaftlich (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) zurechnete, sah es sich in der Lage, dieses zugerechnete Verhalten in der Person des Zurechnungsadressaten A einer eigenständigen Bewertung zu unter-

ziehen. Ergebnis dieses Bewertungsvorgangs war für das *OLG* eine von dem Hintermann A durch den Vordermann R – und zugleich gegen diesen! – geäußerte Verdächtigung, mithin eine durch R als Werkzeug gegen sich selbst geäußerte Fremdbezichtigung des Hintermanns A, die eine mittelbar-täterschaftliche Fremdbezichtigung nach §§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB darstelle. An dieser Tat habe R als Hilfe teilgenommen, indem er die dem mittelbaren Täter zuzurechnende Tathandlung vornahm. Diese Konstruktion verdient – wie zu zeigen sein wird – keinen Beifall, und zwar sowohl hinsichtlich der Beihilfestrafbarkeit des Vordermanns R als auch bezüglich der (mittelbar-)täterschaftlichen Strafbarkeit des Hintermanns A. Die durchgreifenden Bedenken beruhen auf Gründen, die sich sowohl isoliert gegen die Annahme von Beihilfe zur Falschverdächtigung des R richten (sogleich II.) als auch gegen die Annahme der Möglichkeit einer mittelbar-täterschaftlichen Handlungszurechnung von R zu A (sodann unten III.).

II. Wider die Beihilfestrafbarkeit des Vordermanns: Die Selbstverdächtigung des Angeklagten R als „Hilfeleistung“ i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB

Ganz unabhängig von der hernach unter III. zu erörternden Frage, wie man zur „Hochstufung“ des anstiftungsähnlichen Verhaltens des Angeklagten A zur mittelbaren Täterschaft steht, kann dem *OLG Stuttgart* zunächst nicht in der Auffassung³ gefolgt werden, der Angeklagte R habe sich wegen Beihilfe zur Falschverdächtigung strafbar gemacht, indem er die „Verkehrsordnungswidrigkeit im Zeugenfragebogen und im Anhörungsschreiben auf sich genommen und seine schriftlichen Äußerungen per Fax an die Bußgeldbehörde gesandt“ hat. Die folgenden Ausführungen, die sich gegen die Beihilfestrafbarkeit des Angeklagten R richten, stehen unter der vom *OLG* angenommenen – und, wie sich zeigen wird, ebenfalls unhaltbaren – Prämisse, dass sich eine täterschaftliche Begehung des § 164 Abs. 2 StGB durch den Angeklagten A konstruieren lässt, die sodann eine für den Angeklagten R beihilfefähige vorsätzliche rechtswidrige Haupttat darstellt; die Bedenken gegen eine Beihilfestrafbarkeit des R sind aber von dieser Prämisse unabhängig und betreffen die Anwendbarkeit des § 27 StGB.

1. Die Bedeutung der Rechtsgutbestimmung für die Beihilfestrafbarkeit des R

Auf den ersten Blick mutet es etwas merkwürdig an, dass R einer Beihilfe zu einer Falschverdächtigung schuldig sein soll, die sich – untechnisch gesprochen – gegen ihn (R) selbst richtete. Bekanntlich soll nach ganz überwiegender Ansicht für die Annahme einer vollendeten Teilnahme zur vollendeten Tat erforderlich sein, dass der präsumtive Teilnehmer mit seiner Teilnahmehandlung ein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut mittelbar über den Haupttäter anreift⁴ (Teilnahme als akzessorischer

² *OLG Zweibrücken* VRS 71, 434; *OLG Zweibrücken* NSz 1991, 530; *Lenckner/Bosch* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 164 Rn. 22 f.; *Ruß* in LK-StGB, 12. Aufl. 2009, § 145d Rn. 9; *Valerius* in BeckOK-StGB, 30. Ed. 2016, § 164 Rn. 11 f., § 145d Rn. 3, 10.

³ Vgl. *OLG Stuttgart* NSz 2016, 155, 157.

⁴ Vgl. etwa *Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 22/8; *Kudlich/Pragal* JuS 2004, 791; *Roxin* FS Stree/Wessels,

Rechtsgutsangriff). An einem eigenen tauglichen Rechts-
gutsangriff des präsumtiven Gehilfen R würde es also
dann fehlen und eine Beihilfe strafbarkeit deshalb aus-
scheiden, wenn man mit Teilen der Literatur zu § 164
StGB als Rechtsgut der Norm allein den Individualaspekt
des Schutzes des wahrheitswidrig Bezichtigten vor un-
gerechtfertigter Ermittlungstätigkeit der irreführten Be-
hörden im Auge hat.⁵ Denn dann würde sich die prä-
sumtive Beihilfehandlung des R nicht gegen ein auch ihm
gegenüber Schutz genießendes Rechtsgut richten, son-
dern es sich bei der Rechtsgutsverletzung um den Aus-
druck einer von der Rechtsordnung gerade eingeräumten
Verfüugungsmacht handeln, die als mittelbare eigene
Rechtsgutsverletzung ebenso tatbestands- und straflos
sein müsste wie sie es als unmittelbare wäre.⁶

Auch wenn der *Senat* seine Erwägungen zum Rechtsgut
des § 164 StGB zunächst an etwas eigenartiger Stelle
loziert – nämlich bei dem mittelbare Täterschaft begrün-
denden Defizit des Vordermanns R⁷ – und sie sodann
unter dem Gesichtspunkt der notwendigen Teilnahme
knapp noch einmal aufgreift⁸, so muss man seinem
Standpunkt, dass R sich mit der wissentlich fälschlichen
Selbstbezichtigung auch gegen ein ihm gegenüber ge-
schütztes Rechtsgut gewandt hat, jedenfalls dann zu-
stimmen, wenn man mit der bisherigen Rechtsprechung
des BGH zu den von der Verhaltensnorm des § 164 StGB
geschützten Rechtsgütern ein dualistisches – nämlich
alternativ auf den Schutz staatlicher Ermittlungstätigkeit
vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme und Irreführung
der mit der Verfolgung befassten Behörden oder/und
dem Interesse des wahrheitswidrig Bezichtigten vor un-
gerechtfertigter Ermittlungstätigkeit der irreführten
Behörden abstellendes – Konzept vertritt.⁹ Gleiches gilt,
wenn man der Verhaltensnorm des § 164 Abs. 2 StGB
allein den Schutz effektiver und nicht unlauter beein-
flussster staatlicher Ermittlungstätigkeit im Bereich der
Ordnungswidrigkeitenverfolgung subintelligiert.¹⁰ Bei-

denfalls würde sich der mittelbar-akzessorische Rechts-
gutsangriff des präsumtiven Gehilfen R nicht ausschließ-
lich gegen das der Verfügungsmacht des R unterliegen-
den und damit disponible Rechtsgut des Schutzes vor
ungerechtfertigter Ermittlungstätigkeit durch die irrefü-
hrten Behörden richten, sondern (zumindest auch)
gegen die staatliche Ermittlungstätigkeit.

Die Debatte um das von § 164 StGB geschützte Rechts-
gut, die Aspekte der Beihilfeerfolgstauglichkeit betrifft,
kann hier nicht aufgearbeitet werden; für den Zweck
dieser Urteilsbesprechung muss es mit dem Hinweis sein
Bewenden haben, dass jedenfalls auf der Basis der bishe-
rigen Rechtsprechung, in deren Tradition sich die Ent-
scheidung des OLG stellt, die Annahme einer Beihilfe des
R nicht schon daran scheitert, dass dieser sich selbst
bezichtigt hat. Denn durch seine bewusst unwahre
Selbstbezichtigung hat R das ihm gegenüber Schutz
genießende überindividuelle und nicht disponible
Rechtsgut der unbeeinflussten staatlichen Ermittlungstä-
tigkeit angegriffen. Dieser Rechtsgutsangriff lässt sich –
wie im Folgenden gezeigt wird – allerdings nicht als
Gehilfenhandlung i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB begreifen.

2. Unüberwindbare Wortlautbedenken gegen die Annahme einer Beihilfe *handlung*

a) Unterschiedliche Wortlautanforderungen des § 164 Abs. 2 StGB und des § 27 Abs. 1 StGB

Die unüberwindbaren Bedenken gegen die Annahme
einer Beihilfehandlung des Angeklagten R nähren sich aus
dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 StGB und gründen damit
letztlich im verfassungsrechtlichen Verbot wortlautüber-
schreitender Auslegung (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB),
das auch für die Vorschriften des Allgemeinen Teils Gül-
tigkeit beansprucht.¹¹ § 27 Abs. 1 StGB nennt als norm-
widriges Verhalten des Gehilfen – als „Gehilfenhandlung“
– das „Hilfeleisten“. Im Fall des OLG Stuttgart hat der
Vordermann R keine lediglich unterstützende Hilfelei-
stungshandlung vorgenommen, sondern die Tathandlung
des Verdächtigen selbst und eigenhändig ausgeführt,
mochte sie auch in seiner Person nicht tatbestandsmäßig
sein; in der Person des Hintermanns A als des Zurech-
nungsempfängers stellt sich die Bezichtigung des Vor-
dermanns R ja als die Tathandlung des § 164 Abs. 2 StGB
– nämlich als das Aufstellen von Behauptungen tatsächli-
cher Art – dar. Ohne eine Verfehlung des Tatbestands-
sinns des § 27 Abs. 1 StGB ist es ausgeschlossen, ein
solches zuzurechnendes Verhalten des Vordermanns, das
bereits die eigentliche Tathandlung darstellt, als ein blo-
ßes unterstützendes „Hilfeleisten“ zu begreifen. Ob man
die Tathandlung eines anderen im Wege des „Hilfelei-

1993, S. 365 ff.; Dehne-Niemann ZJS 2008, 351, 362 f.; Jescheck/Weigend Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 64 I 2.

⁵ Zu einem solchen individualschützend-monistischen
Rechtsverständnis *Ha. Schneider* Grund und Grenzen
des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991,
315 ff.; *Vormbaum* in NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 164 Rn. 10;
ders. Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S.
449 ff., 458; *Hirsch* Gedächtnisschrift für Horst Schröder,
1978, S. 307 ff.; *ders.* ZStW 89 (1977), 940 f.

⁶ Zu dieser Konsequenz des Charakters der Teilnahme als
eines akzessorischen Rechtsgutsangriffs vgl. etwa *Park* JuS
1999, 887 (890); *Roxin* in LK-StGB, 11. Aufl. 1992, Vor
§ 26 Rn. 2, 33; *Kudlich/Pragal* JuS 2004, 791 (793); *Dehne-
Niemann* ZJS 2008, 351, 363.

⁷ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156 f.

⁸ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 157.

⁹ BGHSt 5, 66, 68; 9, 240, 242 ff.; 18, 333; BGH StraFo 2013,
79 = HRRS 2013 Nr. 66 Rn. 4; BGH NJW 1965, 1889; zu-
letzt BGH NJW 2015, 1705 = HRRS 2015 Nr. 358 Rn. 33
m. Bspr. *Dehne-Niemann* NStZ 2015, 677 u. *Krell* HRRS
2015, 483; ferner OLG Düsseldorf NJW 1962, 1263; OLG
Karlsruhe Die Justiz 1966, 158, 159; Schröder NJW 1965,
1888 ff.; *Fischer* StGB, 62. Aufl. 2014, § 164 Rn. 2; *Jesberger*
in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014,
§ 164 Rn. 3 f.; *Otto* Jura 1985, 443; *Ruß* in LK-StGB, 12.
Aufl. 2009, § 164 Rn. 1 ff.

¹⁰ Vgl. *Langer* Die falsche Verdächtigung, 1973, S. 39 ff.;
Deutscher Grundfragen der falschen Straftatverdächtigung

(§ 164 Abs. 1 StGB), 1995, S. 31 f.; *Rudolphi/Rogall* in SK-
StGB, § 164 Rn. 1.

¹¹ So zutr. die Rspr., vgl. *BVerfGE* 95, 96, 132 ff.; BGHSt. GS
39, 221, 231 f.; BGHSt. GS 40, 167, 168; BGHSt. 42, 235,
241; zust. *Dannecker* FS Otto, 2007, S. 25, 34 ff.; *Jes-
check/Weigend* Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996,
§ 15 III 2 c; *Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Straf-
recht, 1977, S. 233 ff.; speziell für die Täterschafts- und
Teilnahmevorschriften auch *Roxin* Strafrecht Allgemeiner
Teil, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 41; *Dannecker* in LK-StGB, 12.
Aufl. 2007, § 1 Rn. 172.

tens“ unterstützt oder die eigentliche Tathandlung selbst und eigenhändig vornimmt, ist aus Sicht des Gesetzes – in § 27 StGB einerseits und § 25 Abs. 1 StGB andererseits – ein fundamentaler Unterschied. Hätte der Vordermann R seine Behauptung in fremdbelastender Weise geäußert, wäre darin unbedenklich ein tatbestandsmäßig-täterschaftliches Verdächtigen zu sehen. Dann kann die Selbstbezeichnung nicht als Hilfeleistung – die sich ja nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 StGB ihrerseits auf eine Verdächtigungshandlung eines anderen beziehen müsste – subsumiert werden.

b) Normtheoretischer Hintergrund der Differenzierung zwischen eigenhändiger Vornahme der Tathandlung und unterstützender fremdbezogener Hilfeleistung

Diese Differenzierung zwischen täterschaftlicher Begehung einer Tat und der bloßen Teilnahme an einer fremden Tat, die im Wortlaut des auf die täterschaftliche Begehung zugeschnittenen § 164 Abs. 2 StGB einerseits und des § 27 Abs. 1 StGB andererseits zum Ausdruck kommt, hat einen tieferen normtheoretischen Sinn: Täter und Teilnehmer einer Straftat verstoßen gegen unterschiedlich strukturierte Verhaltensnormen. Wo der Täter ein rechtlich geschütztes Interesse unmittelbar angreift und verletzt, indem er eine in den Strafvorschriften des Besonderen Teils des StGB als normwidrig bewertete Handlung tätigt (oder eine solche zugerechnet erhält), dort nimmt der Gehilfe eine solche Handlung gerade nicht vor, sondern leistet lediglich Hilfe bei der Tathandlung eines anderen. Damit stellt die Hilfeleistung des Gehilfen einen akzessorischen, d.h. über den Haupttäter verlaufenden Rechtsgutsangriff dar und bedeutet für sich genommen lediglich eine Gefährdung des geschützten Rechtsguts¹². Gerade daran, dass die Beihilfe eine hilfeleistungsfähige Haupttat voraussetzt und schon aus diesem logischen Grund nicht in dieser gleichsam als minus enthalten sein kann, ist zu ersehen, dass sich Täterschaft und Beihilfe nicht nur in der Intensität des Rechtsgutsangriffs unterscheiden, sondern auch qualitativ insofern, als die täterschaftliche Vornahme der Tathandlung im Verhältnis zur bloßen Beihilfe nicht etwa ein Mehr (maius), sondern eine *andere* Handlung (aliud) ist. Dass die unmittelbar rechtsgutsrelevante Handlung von dem Vordermann R vorgenommen wurde, hat das OLG selbst hervorgehoben,¹³ dabei aber die rechtliche Tragweite dieser Tatsache verkannt, die darin liegt, dass eine unmittelbar rechtsgutbeeinträchtigende Tathandlung nicht als

über einen anderen verlaufende rechtsgutsgefährdende Hilfeleistung begriffen werden kann.

Das hier im Raum stehende Problem, dass eine Handlung, die qua Zurechnung über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB in der Person des Hintermanns eine tatbestandliche Verdächtigungshandlung darstellen, für den Vordermann aber zu einem bloßen Hilfeleisten „heruntergestuft“ werden soll, erinnert entfernt an einen Teilaspekt der Thematik des Irrtums über die eigene Tatrolle. Dort wird mitunter bei nur objektivem Vorliegen der Täterschaftsvoraussetzungen in der Täterschaft „erst recht“ eine Teilnahme erblickt und damit die Teilnahme zu einer minderen Form der Täterschaft degradiert, um die objektive Lage mit der sich hierauf beziehenden irrigen Tätervorstellung in Einklang zu bringen.¹⁴ Doch bietet dort wie auch hier ein solches Reduktions- bzw. Degradierungsverfahren erstens wegen der Unterschiedlichkeit der gesetzlichen Umschreibung täterschaftlichen (§ 164 Abs. 2 StGB: „Behauptungen aufstellt“) und gehilfschaftlichen (§ 27 Abs. 1 StGB: „Hilfe geleistet“) Verhaltens sowie zweitens wegen der akzessorischen, d.h. zwingend auf das Vorliegen einer Haupttat bezogenen Struktur der Teilnahme keinen Ausweg aus dieser – im Strafbarkeits- und Verurteilungssinne – misslichen Beteiligungslage. Den Beteiligungsvorschriften liegt in §§ 25-27 StGB ein restriktives Tatprinzip zugrunde, das es verbietet, die eigenhändig-unmittelbare und damit grundsätzlich täterschaftliche Handlungsvornahme des R, der eine als Verdächtigungshandlung zu bewertende Handlung vorgenommen hat, im Wege des Größenschlusses zur Beihilfe herabzustufen. Als eine lediglich akzessorisch über einen Haupttäter verlaufende bloße Gefährdungshandlung im Sinne eines Hilfeleistens (§ 27 Abs. 1 StGB) lässt sich das Verdächtigungsverhalten des R nicht einzuordnen; im Gegenteil hat R selbst das von § 164 Abs. 2 StGB alternativ geschützte Rechtsgut der effektiven und nicht unlauter beeinflussten staatlichen Ermittlungstätigkeit selbst und unmittelbar angegriffen – dies allerdings nicht in tatbestandsrelevanter Weise.

3. Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten: Weil das unmittelbar-eigenhändige Verdächtigen durch R – mag es auch ihm selbst gegolten haben – nicht als Beihilfehandlung i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB begriffen werden kann, hätte das OLG Stuttgart den Angeklagten R freisprechen müssen – und zwar gänzlich unabhängig von der sogleich zu erörternden Problematik, ob und ggf. auf welche Weise sich ein mittelbar-täterschaftliches Verdächtigen des Hintermannes A konstruieren lässt und ob damit überhaupt eine teilnahmefähige Haupttat vorliegt.

¹² Zur normtheoretischen Selbständigkeit der vom Teilnehmer übertretenen Verhaltensnorm vgl. eingehend *Renzikowski* Restriktiver Tatbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 48 f., 127 ff.; auch *Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 22/7; *Küper* GA 1974, 326 f.; *ders.* ZStW 105 (1993), 472; *Samson* Festschrift für Peters, 1974, S. 134 gestehen zu, dass ein Teilnehmer die in den Straftatbeständen des Besonderen Teils umschriebenen Verhaltensnormen nicht (selbst) verletzt.

¹³ Vgl. OLG Stuttgart NSz 2016, 155, 156 (in Kontext der mittelbar-täterschaftlichen Zurechnung): „Im vorliegenden Fall wurden die unmittelbaren Tathandlungen vom Angeklagten R vorgenommen, der auf dem Zeugenfragebogen und dem Anhörungsschreiben der Bußgeldbehörde ein unwahres Geständnis ablegte und seine Erklärungen (...) an die Bußgeldbehörde sandte.“

¹⁴ *Baumann/Weber/Mitsch* Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 30 Rn. 26 ff.; *Baumann* JZ 1958, 233 f.; dagegen zu Recht *Bloy* ZStW 117 (2005), 3, 10; *Hoyer* in SK-StGB, § 25 Rn. 139; *Schünemann* in LK-StGB, § 25 Rn. 143; *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 25 Rn. 160; *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski* Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 108 f.

III. Mittelbar-täterschaftliche Falschverdächtigung des Hintermanns A durch den Vordermann R?

Durchgreifende Bedenken bestehen – unabhängig von den soeben erörterten, allein den Mitangeklagten R und dessen Beihilfestrafbarkeit betreffenden Erwägungen – auch gegen die Annahme des *OLG Stuttgart*, dem Hintermann A sei die Handlung des Vordermannes R im Wege der mittelbaren Täterschaft als eigene Falschverdächtigung durch einen anderen (§§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) zuzurechnen (dazu unten 2. bis 6.). Selbst wenn aber die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft vorlägen, ist in Abrede zu stellen, dass der mit ihr einhergehende Vorgang der Handlungszurechnung die Kraft hat, aus einer Selbstbezeichnung des Vordermanns R eine Fremdbezeichnung des Hintermanns A zu machen (sogleich 1.).

1. Die begrenzte Zurechnungswirkung der mittelbaren Täterschaft – das Zurechnungsergebnis

Schon beim ersten Zusehen erscheint merkwürdig, dass eine Selbstbezeichnung des Vordermannes R für den Hintermann A eine qua mittelbar-täterschaftlich bewirkter Zurechnung eine Fremdbezeichnung darstellen soll, also eine Verdächtigung eines „anderen“. Indem der Senat aus der Selbstbezeichnung des Vordermanns R qua mittelbar-täterschaftlicher Handlungszurechnung eine gegen R und damit gegen einen anderen i.S.d. § 164 Abs. 2 StGB gerichtete Fremdbezeichnung des Hintermanns A gemacht hat, hat er die Wirkungsmacht der mittelbaren Täterschaft überschätzt. Selbst bei unterstellter Möglichkeit der Handlungszurechnung kann eine Selbstbezeichnung („Ich war es“) nicht in eine Fremdbezeichnung („Dieser da war es“) verwandelt werden und damit eine inhaltliche Veränderung erfahren. Zuzurechnen ist die Äußerung des Handelnden R zum Zurechnungsdestinatär A so, wie sie abgegeben wurde. Am Ende der Zurechnung der Handlung des Vordermanns R zum Hintermann A stünde damit allenfalls eine wahrheitsgemäße Selbstbezeichnung des Hintermanns („Ich [A] war es“), nicht aber eine Fremdbezeichnung des Vordermanns R („Dieser da [R] war es“). Die Wirkung der mittelbaren Täterschaft beschränkt sich darauf, dem Hintermann eine Äußerung zuzurechnen, nicht aber den Inhalt einer zugerechneten Äußerung zu modifizieren.

Diese Bedenken – die (erst) das mit der Zurechnung erzielte Ergebnis, nicht (schon) die im Anschluss zu behandelnde Möglichkeit der Zurechnung selbst betreffen –, lassen sich nicht mit dem Verweis darauf aus der Welt räumen, dass eine perspektivische Bewertung des zugerechneten Verhaltens in der Natur der mittelbaren Täterschaft liegt. So sehr dies für sich genommen zutrifft, so wenig lässt sich damit für die Erzielung des vom *OLG Stuttgart* propagierten Ergebnisses gewinnen. Für die mittelbare Täterschaft ist zwar die Zurechnung einer bloßen äußerlichen Handlung charakteristisch, deren rechtliche Bewertung sich durchaus ausschließlich nach der Person des mittelbaren Täters als des Zurechnungsadressaten richtet; hierin unterscheidet sich die mittelbare

Täterschaft grundlegend von der unrechtsakzessorischen Teilnahme, bei der die Handlung nicht lediglich als solche zugerechnet, sondern als rechtliche Entität behandelt wird.¹⁵ Zu unterscheiden ist jedoch die Bewertung des zugerechneten Verhaltens, die aus der Perspektive des Hintermanns zu erfolgen hat, von dem Inhalt des zugerechneten Verhaltens. Nur Ersteres richtet sich nach der Person des präsumtiven mittelbaren Täters; das beste Beispiel hierfür bietet die Fallgruppe der mittelbaren Tatbegehung durch ein rechtmäßig handelndes Werkzeug, bei der es allein darauf ankommt, dass die dem Hintermann zugerechnete Handlung eine für diesen strafrechtswidrige Tat darstellt. Mitnichten aber hat die damit beschriebene Relativität der Verhaltensbewertung die Kraft, die zugerechnete Handlung ihrem Inhalt nach zu verändern; denn andernfalls würde dem Hintermann eine fiktiv-irreale Handlung zugerechnet, und eine nicht existente Handlung bietet in einem Tatstrafrecht keinen Anknüpfungspunkt für eine Verurteilung.

Es hat sich gezeigt, dass schon das vom *OLG Stuttgart* erwünschte Zurechnungsergebnis mittels einer auf § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gestützten Handlungszurechnung nicht zu erzielen ist. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen demgegenüber die vorgelagerte und noch grundsätzlichere Frage, ob eine Zurechnung überhaupt möglich ist und damit die Frage nach dem Vorliegen einer Zurechnungsgrundlage.

2. Die Zurechnungsstruktur der mittelbaren Täterschaft: Täterschaftsbegründung durch Zurechnung

Das *OLG* geht, indem es ausführt, dem Angeklagten A seien „diese Tathandlungen (scil. des R) ... nach den Grundsätzen über die mittelbare Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB zuzurechnen“,¹⁶ immerhin im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass die mittelbar-täterschaftliche Begehung einer Tat auf dem Prinzip der Zurechnung einer – eigentlich – fremden Handlung beruht, die aber qua Zurechnung als eigene Handlung des Hintermanns anzusehen ist.¹⁷ Indem das *OLG* im weite-

¹⁵ Vgl. Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 3 m. Fn. 5.

¹⁶ *OLG Stuttgart* NStZ 2016, 155, 156.

¹⁷ Demgegenüber behandeln *Jakobs* GA 1997, 560 f.; *Schild* *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, S. 24, 28; *Schmidhäuser* *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 2. Aufl. 1975, 14/36; *Herzberg* ZStW 99 (1987), 50 f.; *Frister* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2009, 25/8; *Puppe* GA 2013, 526 f.; *Wolf* FS Schroeder, 2007, S. 427 f. die mittelbare Täterschaft der Sache nach systemwidrig als einen Unterfall der unmittelbaren Täterschaft, indem sie auf das Handeln des Hintermannes die Regeln der objektiven Zurechnung anwenden wollen und damit das Handeln des Vordermannes als bloßen Kausalfaktor behandeln. Dagegen eingehend und gegen den damit notwendig einhergehenden Verzicht auf die Handlungszurechnung und die Anwendung eines extensiven Tatbegriffs zutreffend Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II, 8. Aufl. 2014, § 47 Rn. 24 ff., 29 ff., § 48 Rn. 2 f.; *Renzikowski* *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 70 ff.; *Hoyer* in SK-StGB § 25 Rn. 40. – Die Frage, ob die mittelbare Tatbegehung auf dem Prinzip der Zurechnung oder der Kausalität beruht, stellt sich ins-

ren Verlauf der Begründung Gesichtspunkte nennt, die für eine solche Zurechnung sprechen sollen, scheint es – freilich ohne dies klar zum Ausdruck zu bringen – im Grundsatz weiterhin zutreffend davon auszugehen, dass die Zurechnung fremden Handelns einer Rechtfertigung bedarf. Der Grund für dieses Rechtfertigungsbedürfnisses liegt in dem den §§ 25-27 StGB zugrundeliegende restriktiven Tatbegriff und dem damit einhergehenden Regressverbot, nachdem eine täterschaftliche Verantwortlichkeit für eine fremde Handlung (jedenfalls im Vorsatzbereich) ausscheidet, sofern nicht einer der in § 25 StGB genannten Zurechnungsgründe (mittelbare und Mittäterschaft) einschlägig ist. Grob gesprochen und unbesehen aller Differenzen im Detail besteht der Grund für das jedenfalls im Vorsatzbereich weithin anerkannte Regressverbot in der sich zunehmend durchsetzenden Erkenntnis, dass sich menschliches Handeln nicht verursachen lässt und es deshalb nicht wie ein bloßer Kausalfaktor behandelt werden kann. Weil wir keine Kausalgesetze dafür haben – und wegen des Postulats der Willensfreiheit auch aus übergeordneten prinzipiellen Gründen keine solchen Gründe angeben können –, auf welche Weise Menschen ihre zum Handeln führenden Entschlüsse fassen, wird der Kausalverlauf bzw. die Zurechnung durch das eigenverantwortliche Handeln eines anderen Menschen im Grundsatz unterbrochen. Von diesem Grundsatz kann nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn dem Hintermann das Handeln des Vordermanns zugerechnet werden kann, wofür es freilich eines Zurechnungsgrundes bedarf.

Als gemäß § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zurechnungsrechtfertigenden Gesichtspunkt nennt das OLG das „Verantwortungsprinzip“ (sogleich 3.), stellt ferner auf „die Tatherrschaft im Sinne der Herrschaft über das Ob und Wie der Tatbestandsverwirklichung“ ab und weist auf eine „Ähnlichkeit zur mittelbaren Täterschaft bei Sonderdelikten (...) beim Einsatz eines qualifikationslosen dolosen Werkzeugs durch den Hintermann“ hin (dazu 4.). Keiner dieser Aspekte vermag, um es vorwegzunehmen, eine mittelbar-täterschaftliche Zurechnung der (selbstverdächtigenden) Handlung des Vordermanns R zum Hintermann A dogmatisch zu rechtfertigen. Dass das OLG Stuttgart sich damit auf dem Boden eines streng subjektiven Tatverständnisses bewegt, zeigt eine vom Senat selbst eigenartigerweise nicht gezogene Parallele zu einer Entscheidung des Reichsgerichts (dazu 5.).

3. Der Rekurs des OLG auf das Verantwortungsprinzip und das objektiv tatbestandslos handelnde Werkzeug

Das OLG hat sich für die Annahme mittelbarer Täterschaft in einem ersten Schritt auf das „Verantwortungsprinzip“ bezogen und ausgeführt, es komme „darauf an, ob der Hintermann die Tatherrschaft im Sinne der Herrschaft über das Ob und Wie der Tatbestandsverwirklichung, unter Umständen auch nur den Willen zur Tatherrschaft, sowie ein eigenes Tatinteresse hatte“. Tatherr-

besondere beim Versuch; für die hier zugrunde gelegte Zurechnungslösung auch dort konsequent Kadel GA 1983, 307 ff.; Krack ZStW 110 (11998), 628; Kühl JuS 1983, 180; Küper JZ 1983, 361.

schaft des Hintermanns könne „auch im Fall eines objektiv tatbestandslos handelnden Tatmittlers wie hier gegeben sein.“¹⁸ An diesen Ausführungen fällt zunächst auf, dass das OLG zwar den Begriff „Verantwortungsprinzip“ in den Raum stellt, aber nicht erläutert, was es darunter versteht und unter welchen Voraussetzungen fehlende „Verantwortung“ beim Vordermann mittelbartäterschaftliche Verantwortung des Hintermanns begründen soll bzw. unter welchen Voraussetzungen der Hintermann für das Handeln des Vordermanns qua Zurechnung „Verantwortung“ tragen soll. Zu der definitions- und begründungslosen Verwendung des Begriffs „Verantwortungsprinzip“ passt es denn auch, dass sich ihm im vorliegend entschiedenen Sachverhalt keine mittelbar-täterschaftliche Zurechnung begründen lässt.

Grob gesprochen und ungeachtet unüberschaubar vieler Streitigkeiten im Detail lebt das in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB nur ganz unscharf mit Begehung der Tat „durch einen anderen“ umrissene Prinzip der mittelbaren Täterschaft davon, dass der Hintermann als präsumtiver mittelbarer Täter den Vordermann, den präsumtiven Tatmittler, als „menschliches Werkzeug“ einsetzt und er sich deshalb qua Zurechnung des Handelns des Vordermanns behandeln lassen muss, als hätte er die zuzurechnende Handlung selbst vorgenommen. Damit von einem solchen Einsatz des Vordermanns als „menschlichem Werkzeug“ die Rede sein kann, muss der Vordermann einerseits sich in einem Defekt befinden, der eine strukturelle Unterlegenheit gegenüber dem Hintermann mit sich bringt, und andererseits sich diesen Defekt auch zunutze machen, den Vordermann also gleichsam „beherrschen“. Der Aspekt des Verantwortungsprinzips – so man dieses Prinzip denn für zurechnungstragend halten möchte – bezieht sich dabei auf den „Defekt“ des Vordermanns, der verantwortungsausschließend (oder zumindest -reduzierend) wirkt. Diesen Defekt erblickt das OLG offenbar darin, dass das Handeln des Vordermanns R den Tatbestand des § 164 Abs. 2 StGB und auch keinen sonstigen Straftatbestand des Besonderen Teils erfüllt: Für die mittelbar-täterschaftliche Zurechnung spreche „zunächst das sog. Verantwortungsprinzip, denn der Angeklagte R ist nicht als Täter nach § 164 Abs. 2 StGB verantwortlich, weil er nicht einen anderen, sondern sich selbst bei der Behörde angezeigt hat.“¹⁹

Der schlagworthaften Nennung des „Verantwortungsprinzips“ hat das OLG zwei Sätze später die Äußerung zur Seite gestellt, es könne „(d)ie Tatherrschaft des Hintermanns ... auch im Fall eines objektiv tatbestandslos handelnden Tatmittlers wie hier gegeben sein.“ Auch diese Bezugnahme auf das objektiv tatbestandslos handelnde Werkzeug erweckt im Zusammenspiel mit dem vorstehenden Zitat den Eindruck, als erblicke das OLG den zurechnungsbegründenden Defekt des Vordermanns R darin, dass dieser den objektiven Tatbestand des § 164 Abs. 2 StGB nicht erfüllt hat. Tatsächlich wird verbreitet, wenn auch mit erheblichen Differenzen im Detail, bei einem Werkzeug, das den objektiven Tatbestand nicht erfüllt, weil es die Tat gleichsam gegen sich selbst begeht, die Möglichkeit einer mittelbar-täterschaftlichen Verantwortung eines hinter dieser Selbstschädigung stehenden

¹⁸ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156.

¹⁹ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156.

Hintermanns angenommen. Indes kann – entgegen der missverständlichen Bezeichnung als „mittelbare Täterschaft bei tatbestandslos handelnden Werkzeugen“ – mittelbare Täterschaft nicht oder jedenfalls *nicht allein* darauf gestützt werden, dass der Vordermann den objektiven Tatbestand nicht erfüllt. Im Wesentlichen besteht nämlich seit der Sirius-Entscheidung des BGH²⁰, in der der BGH die Grenze zwischen einer straflosen Teilnahme an einer objektiv tatbestandslosen Selbsttötung und einer mittelbar-täterschaftlich bewirkten (Fremd-)Tötung des Opfers gezogen hat – ungeachtet aller Detaildifferenzen Konsens darin, dass es für die Annahme mittelbarer Täterschaft darauf ankommt, ob das sich selbst schädigende Werkzeug – hier der sich selbst bezichtigende Vordermann R – *zusätzlich* in einem zurechnungsbegründenden (Irrtums- oder Nötigungsherrschaft vermittelnden) Defekt handelt. Dass die Tatbestandslosigkeit der Selbstbeziehung des Vordermannes R noch keinen solchen die mittelbar-täterschaftliche Handlungszurechnung zum Hintermann A rechtfertigenden Defekt darstellt, zeigt sich daran, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen in den Selbstschädigungsfällen ein zurechnungsbegründender Defekt vorliegt, nach ganz überwiegender Ansicht unter Heranziehung derselben Kriterien beantwortet werden soll, bei deren Vorliegen eine mittelbar-täterschaftliche Fremdschädigung (scil. eines Dritten) gegeben ist.²¹ Mit einem zurechnungsbegründenden Defekt in diesem Sinne hat es nichts zu tun, dass das Handeln des Werkzeugs vom Gesetz als tatbestandslos bewertet wird (dazu näher unter 4.), andernfalls jede Förderung oder Herbeiführung einer fremden (tatbestandslosen) Handlung, insbesondere einer Selbstschädigung als mittelbar-täterschaftliche Fremdschädigung strafbar sein müsste, wodurch ein Teilnahmeverhalten systemwidrig stets zur Täterschaft aufrücken und der Grundsatz der limitierten Teilnahmeakzessorietät aufgelöst würde. Allein daraus, dass die nach § 164 Abs. 2 StGB nicht tatbestandsmäßige Selbstbeziehung des R nicht unter ein Strafgesetz subsumiert werden kann, ergibt sich also noch nicht, dass das Verhalten des Hintermannes A – das für sich genommen ein nachgerade typisches „Bestimmen“ i.S.d. § 26 StGB darstellt – zur mittelbaren Täterschaft „hochgestuft“ werden kann.

4. Der Tatherrschaftsgedanke und die Parallele zur Rechtsfigur des qualifikationslos-dolosen Werkzeugs bei Sonderdelikten

a) Zum Tatherrschaftsverständnis des Senats

aa) Der Gedanke der Tatherrschaft, auf den sich das OLG bereits im Zusammenhang mit der Nennung des Verantwortungsprinzips bezogen hatte, tritt in der weiteren

²⁰ BGHSt. 32, 38, 41 f. m. Anm. Roxin NStZ 1984, 70; Sippel NStZ 1984, 357; Schmidhäuser JZ 1984, 195; Bspr. Neumann JuS 1985, 677; Kubiciel JA 2007, 729; abl. zur Subsumtion des BGH und gegen einen Defekt der Geschädigten in der Sirius-Entscheidung Merkel JZ 1999, 502, 505.

²¹ Vgl. zu diesen Kriterien eingehend Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 87 ff.

Begründung der mittelbar-täterschaftlichen Handlungszurechnung noch in einem anderen Zusammenhang auf: Für den Senat kommt es „(e)ntscheidend ... darauf an, ob der Hintermann die Tatherrschaft im Sinne der Herrschaft über das Ob und Wie der Tatbestandsverwirklichung, unter Umständen auch nur den Willen zur Tatherrschaft, sowie ein eigenes Tatinteresse hatte“²². Bereits an dieser Stelle der Begründung fällt auf, dass das OLG auffälliger Weise mit dem Willen zur Tatherrschaft sowie vor allem mit dem eigenen Tatinteresse des A Täterschaftskriterien der den Tatherrschaftsgedanken an sich desavouierenden sog. subjektiven Tätertheorie genannt und diese Täterschaftskriterien dem Tatherrschaftsprinzip zur Seite gestellt hat, ohne zu sagen, wie sich diese unterschiedlichen Kriterien zueinander verhalten. Stellt man diese Bedenken aber vorläufig zur Seite (zu ihnen unten 5.), so interessiert vor allem, auf welche Weise das OLG – über den für sich genommen nicht tragfähigen rechtlichen Umstand hinaus, dass R keinen Straftatbestand erfüllte – die Steuerungsherrschaft des Hintermanns A über den Vordermann R begründet hat. Der Senat führt hierzu aus:²³

„Der Angeklagte A ist im vorliegenden Fall mittelbarer Täter, weil er im Wege einer wertenden Zuschreibung Tatherrschaft und Wille zur Tatherrschaft hatte und die Tat allein in seinem Interesse begangen wurde. Er nahm auf die Tatbegehung dadurch Einfluss, dass er dem Angeklagten R die an ihn gelangten Schreiben der Bußgeldbehörde mit den Daten zur Ordnungswidrigkeit übergab, nachdem er den Tatplan mit ihm vereinbart hatte. Obwohl R die Schriftstücke alleine ausfüllte und an die Bußgeldbehörde übersandte, hielt der Angeklagte A die Herrschaft über den Geschehensablauf gleichwohl weiter auch selbst in der Hand, weil er sich zu jedem Zeitpunkt an die Bußgeldbehörde wenden und den wahren Sachverhalt offenbaren konnte. Da die Tat allein seinem Interesse diene, den Rechtsfolgen der von ihm begangenen Verkehrsordnungswidrigkeit zu entgehen, beherrschte er auch das Handeln des Angeklagten R. Denn die Annahme, dass R ihm bei einer Aufgabe des Tatvorhabens Widerstand entgegengesetzt hätte, liegt mangels irgendeines eigenen Interesses von R an der Tatbegehung fern.“

bb) Für den Moment soll außer Betracht bleiben, dass das OLG auf den Willen des A zur Tatherrschaft und sein Interesse am Gelingen der Tat abgestellt und damit – zumindest auch – tatherrschaftsneutrale Kriterien berücksichtigt hat; vorläufig soll nur behandelt werden, dass der Senat dem Hintermann A Tatherrschaft über die Verdächtigungshandlung des Vordermanns R beigemessen hat. Indessen kann ein Beherrschungsverhältnis zwischen dem Hintermann A und dem Vordermann R, das sich als tatherrschaftlichen charakterisieren ließe, entgegen der Ansicht des OLG weder mit den Mitwirkungshandlungen des A begründet werden noch damit, dass A jederzeit gegenüber der Bußgeldbehörde den wahren Sachverhalt hätte offenbaren können. Dass dieser „auf die Tatbegehung dadurch Einfluss (nahm), dass er dem Angeklagten R die an ihn gelangten Schreiben der Bußgeldbehörde mit den Daten zur Ordnungswidrigkeit übergab, nachdem er den Tatplan mit ihm vereinbart

²² OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156.

²³ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156.

hatte“, stellt nach allgemeinen Regeln nicht mehr dar als eine typische Hilfeleistung i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB und damit eine bloße Beihilfehandlung, die aber keine Herrschaft über die konkrete Verwendung der übergebenen Materialien vermittelt. Auch die Möglichkeit, das Geschehen durch Offenbarung gegenüber der Bußgeldbehörde zu stoppen, begründet keine Tatherrschaft des Hintermanns A, denn eine solche Interventionsmöglichkeit haben Gehilfen und Anstifter regelmäßig auch; damit ist nur die negative Seite als eine von mehreren Aspekten des Tatherrschaftsprinzips bezeichnet²⁴, nicht aber der mittelbar-täterschaftliche Handlungsherrschaft erst vermittelnde positive Aspekt der steuernden Einwirkung auf den Tatmittler. Die Möglichkeit, das Gelingen der Tat zu verhindern, ist regelmäßig jeder Tatbeteiligung immanent und kann deshalb nichts zur Abgrenzung von (mittelbarer) Täterschaft und (haupttatloser und damit strafloser) Beteiligung des Hintermanns A beitragen.²⁵ Überhaupt zeigt die verräterische Verwendung des der Mittäterschaftsdogmatik entstammenden Begriffs „Tatplan“ in der Begründung des OLG, dass auch dieses von einem deliktischen Übergewicht des Hintermanns A, das diesem Wissens- oder Willensherrschaft zuweisen würde, nicht ernsthaft ausgeht.

Dieser verräterischen Formulierung entspricht es, dass von einem defektinduzierten „In-der-Hand-Halten“ des Vordermanns R durch den Hintermann A nicht die Rede sein kann; der Vordermann R hatte die Situation völlig erfasst und tätigte die Verdächtigungshandlung auf sich allein gestellt. Dass sein Verhalten unter keinen Straftatbestand des Besonderen Teils fällt, ist – wie die Anstiftungsähnlichkeit des Verhaltens des A zeigt – kein Grund, dem Hintermann Herrschaft über ihr Handeln zu attestieren;²⁶ im Gegenteil besteht zwischen dem Hintermann A und dem Vordermann R ein „rein juristisch-dogmatischer Rangunterschied“, der für sich genommen „keine messbare Tatmacht begründet“²⁷, die es rechtfertigen könnte, das freiverantwortliche Handeln des Vordermannes gleichsam zu „überspringen“ und unter Außerachtlassung des Regressverbotes dem Handeln des Hintermanns (mittelbar-)täterschaftliche Qualität beizumessen. Ob jemand ein taugliches Tatobjekt bezichtigt oder ein Geschehen über einen Tatmittler beherrscht, sind fundamental unterschiedliche Themen; ersteres ist eine Frage der rechtlichen Bewertung eines Verhaltens, letzteres ein Problem der Handlungs- oder Antriebssteuerung, und damit eine Frage der (subjektiven) Zurechnung, auf die allein sich ein defektbegründetes Herrschaftsverhältnis beziehen kann. Würde man demgegenüber mit dem OLG Stuttgart jedes „Deliktsminus“ des Vordermanns – in casu die fehlende Tatbestandsmäßigkeit

der Selbstbezichtigung – für Steuerungsherrschaft ausreichen lassen, so würde die mittelbare Täterschaft zu einer Art „Ausfallhaftung“ für fehlende Strafbarkeit des Vordermanns²⁸ degradiert und damit praeter legem eine zur Täterschaft erhobene dritte Teilnahmeform etabliert. Bewertungsmängel wie die fehlende Straftatbestandsmäßigkeit des Vordermanns R können deshalb nicht steuerungs herrschaftsbegründend wirken.

Deshalb wäre die mit der mittelbaren Täterschaft verbundene Ausnahme vom Regressverbot nur mit einem Zurechnungsmangel des Vordermanns zu begründen, und an einem solchen fehlt es in der Person des R: Wo der Vordermann alle Tatumstände kennt und auch sonst kein freiheitseinschränkendes Defizit vorliegt, dort lässt sich über ihn keine Wissens- oder Willensherrschaft begründen, ganz gleich ob von seiner Verdächtigungshandlung ein taugliches Tatobjekt betroffen ist. Im Ergebnis kann ein herrschaftsbegründender Defekt der oben geforderten Qualität in Bezug auf R somit nicht darin gesehen werden, dass dieser selbst keinen anderen, sondern allein sich selbst wahrheitswidrig verdächtigte.

b) Verfehlt Parallel zur Rechtsfigur des qualifikationslos-dolosen Werkzeugs

Nachdem ein an der faktischen Steuerung orientiertes Verständnis des Tatherrschaftsgedanken eine mittelbartäterschaftliche Zurechnung der Verdächtigungshandlung des R zu A nicht leisten kann, hätte es nahegelegen, den Hintermann A als bloßen „Quasi-Anstifter“ zu einer nicht tatbestandslosen Handlung des Vordermanns R freizusprechen. In gleicher Weise wäre dann mit R zu verfahren gewesen, weil dessen Beihilfestrafbarkeit (auch, s.o. II.) dadurch zusammenbricht, dass eine straf tatbestandsmäßige und damit beihilfefähige (mittelbartäterschaftliche) Haupttat des A nicht zu konstruieren ist. Das OLG ist anders verfahren und hat in einem weiteren Begründungsschritt auf eine (vermeintliche) Parallele des vorliegenden Falls zur mittelbaren Tatbegehung durch ein qualifikationslos-doloses Werkzeug verwiesen, indem es zur Begründung einer hervorgehobenen Stellung des Hintermannes auf eine „wertende Betrachtung“ abgestellt und zur Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft durch ein qualifikationslos-doloses Werkzeug ausgeführt hat:

„Auch dort verwirklicht der unmittelbar Handelnde den objektiven Tatbestand nicht, weil ihm eine persönliche Eigenschaft fehlt, die der Straftatbestand voraussetzt. Der Hintermann, der über diese Eigenschaft verfügt und den Tatmittler zur Tat veranlasst hat, ist dann als mittelbarer Täter verantwortlich.“²⁹

Diese Bezugnahme, die eigenartig unverbunden neben den sonstigen Begründungsschritten steht, zeigt, dass dem OLG bei der Annahme einer faktisch-tatherrschaftlichen Steuerung des Vordermannes R durch den präsumtiven mittelbaren Täter A nicht ganz wohl zumute gewesen sein dürfte, andernfalls es einer – wenn auch nur eher beiläufig daherkommenden – Ergänzung

²⁴ Zu diesen (negativen und positiven) Aspekten der Tatherrschaft am Beispiel der Mittäterschaft Küper JZ 1979, 775, 786. – Neben der Sache liegt deshalb die Überlegung von Kunkel jurisPR-StrafR 20/2015 Anm. 4, der mittelbare Unterlassungstäterschaft des Hintermanns R in Betracht zieht.

²⁵ Vgl. – jeweils ebenfalls zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme – Roxin Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2005, S. 312; Herzberg Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 67; Küper JZ 1979, 775, 786.

²⁶ Vgl. Renzikowski Restriktiver Tatbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 92 m.w.N.

²⁷ Urban Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004, S. 97 m. Fn. 341 u.w.N.

²⁸ Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 10.

²⁹ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156.

unter Bezugnahme auf das qualifikationslos-dolose Werkzeug nicht bedurft hätte, dessen Tatmittlerauglichkeit anerkanntermaßen nicht auf einer faktisch-realen Steuerung beruht, sondern – je nach Standpunkt³⁰ – auf einem normativen oder an sozialen Gegebenheiten orientierten Tatherrschaftsverständnis, dessen Vertreter die Zurechnungsfigur des in der Rechtsprechung bislang nur vereinzelt verwendeten³¹ und niemals argumentativ unterlegten qualifikationslos-dolosen Werkzeugs³² heranziehen, um bei Sonderdelikten die Spaltung von Sonder-eigenschaft des Hintermanns und Tathandlungsvonahme des Vordermanns zu überbrücken (wobei der Extraneus als Gehilfe des Intransus zu bestrafen sein soll). Die eine mittelbar-täterschaftliche Zurechnung rechtfertigende Überlegenheit des Sonderpflichtigen beim Einsatz eines nicht sonderpflichtigen Dritten resultiert bei dieser Sicht daraus, dass nur der sonderpflichtige Intransus es kraft seiner Sondereigenschaft in der Hand habe, das Geschehen zu einem deliktischen zu machen.³³ Dass dieser Begründung hinkt, weil sie zirkulär ist, liegt auf der Hand – ob dem Geschehen überhaupt strafrechtliche Relevanz qua „normativer“ bzw. „sozialer“ Tatherrschaft zukommt, steht gerade in Frage. Mit der (seinerseits begründungslosen) Annahme der deliktische Qualität

des Zusammenspiels von Sonderpflichtigem und Drittem wird vorausgesetzt, was erst zu begründen wäre.³⁴

Aber auf die demnach zweifelhafte Zurechenbarkeit des Handelns eines qualifikationslos-dolosen Werkzeugs kommt es für den vorliegenden Fall nicht einmal an. Die vom Senat gezogene Parallele zur Zurechnungsfigur des qualifikationslos-dolosen Werkzeugs – deren Tragfähigkeit übrigens entgegen der Behauptung des OLG keineswegs unstreitig ist³⁵ – liegt nämlich schon deshalb neben der Sache, weil im Fall des OLG Stuttgart der Hintermann A gerade keine tatbestandlich hervorgehobene Stellung hatte, die für die ansonsten ausschließlich im Bereich der Sonderdelikte diskutierte mittelbare Täterschaft des Intransus für maßgeblich erachtet und dessen – „sozial“ oder „normativ“ verstandene – Tatherrschaft begründen soll. Die falsche Verdächtigung ist ein Gemeindelikt und gerade kein Sonderdelikt. Die einzige Eigenschaft, über die der Hintermann A im Unterschied zu Vordermann R verfügte, war der Umstand, dass R im Verhältnis zu A ein „anderer“ i.S.d. § 164 Abs. 2 StGB war. Dabei handelte es sich aber um eine Eigenschaft, die A im Tatzeitpunkt mit ungefähr sechs Milliarden Menschen teilte und die damit kaum und auch bei der vom Senat für maßgeblich erachteten „wertenden Betrachtung“ nicht als sondereigen-schaftsähnlich gelten kann. Die Eigenschaft des Hintermanns A, nicht der Vordermann R zu sein, ist deshalb entgegen der Annahme des Senats³⁶ gerade keine besondere „persönliche Eigenschaft (...)“, die der Straftatbestand voraussetzt.“ Bereits daran ist zu ersehen, dass – unabhängig davon, was man von der Rechtsfigur des qualifikationslosen Werkzeugs halten mag – das OLG verfehlt auf das Fehlen einer Eigenschaft beim Vordermann abgestellt hat, anstatt die Stellung des Hintermanns näher in den Blick zu nehmen. Der für die angebliche Parallele zur mittelbar-täterschaftlichen Tatbegehung durch ein qualifikationslos-doloses Werkzeug herangezogene Aspekt des Fehlens einer bestimmten Eigenschaft beim Vordermann hängt demgemäß im Fall des OLG Stuttgart in der Luft.

Dass der Sachverhalt des OLG Stuttgart mit den Konstellationen der mittelbaren Tatbegehung durch ein qualifikationslos-doloses Werkzeug nicht verglichen werden kann, zeigt auch ein Seitenblick auf die zur Begründung dieser Rechtsfigur zunehmend vertretene Pflichtdeliktslehre: Diese verzichtet offen darauf, die mittelbare Täterschaft des intran-sonderpflichtigen Hintermanns mit einer Normativierung des Tatherrschaftsgedankens zu begründen und stellt darauf ab, dass der Hintermann schon kraft einer der Norm vorgelagerten und nur ihm auferlegten besonderen Pflicht („Sonderpflicht“) zur

³⁰ Zur Unterschiedlichkeit in der Begründung sozialer und normativer Tatherrschaft bei *Welzel* einerseits und *Gallas* andererseits vgl. knapp *Murmann* in *Lebendiges und Totes* in der Verbrechenslehre Hans Welzels, S. 119, 124.

³¹ So – begründungslos – *RGSt.* 28, 109 f. (zu § 348 Abs. 2 StGB a.F.); vgl. ferner – obiter dictu – *BGHSt.* 40, 218, 236 = *NStZ* 1994, 537, wo diese Rechtsfigur offenbar vorausgesetzt wird. Aus der älteren Literatur zu dieser Rechtsfigur im Anschluss an *RGSt.* 28, 109 etwa *Mezger* *Strafrecht – Ein Lehrbuch*, 3. Aufl. 1959, S. 432 m. Fn. 18; v. *Liszt/Schmidt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl. 1932, S. 331; *Eb. Schmidt* *Frank-FG*, 1930, Band II, S. 106, 126; *Jescheck* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., 1969, S. 508 f.; *Kohlrausch/Lange* *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 40. Aufl. 1950, Vor § 47 Vorb. I. B. 2. e); *Schönke/Schröder*, *StGB*, 15. Aufl. 1974, Vor § 47 Rn. 26; abl. *Spendel* *FS Lange*, 1976, S. 147, 152 ff.

³² Monographisch *Lotz* *Das „absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug“: Ein Fall der mittelbaren Täterschaft? Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur*, 2009, passim mit eingehender Darstellung des Meinungsstandes und der Entwicklung dieser Zurechnungsfigur.

³³ So oder ähnlich etwa *Gallas* *Materialien zur Strafrechtsreform I*, 1954, Gutachten, S. 135 f.; *Welzel* *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 104; *Jescheck/Weigend* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 7.; S. 670; *Bockelmann/Volk* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 1987, S. 180; *Cramer* in *FS Bockelmann*, 1979, S. 389 (398); *Herzberg* *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, in: *Amelung* (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 33 (39 ff., 42 f.); *Roeder* *ZStW* 69, 1957, 225 f. (m. Fn. 12), 240, 256 f.; *Kühl* *Strafrecht Allgemeiner Teil* 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 56b; *Lackner/Kühl* *StGB*, 28. Aufl. 2014, § 288 Rn. 7 u. § 25 Rn. 4; als „an sich widersprüchliche methodologische Notlösung“ anerkennend auch *Köhler* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 511; *Rengier*, *Strafrecht AT*, 5. Aufl. 2013, § 43 Rn. 21; ders. *Strafrecht BT I*, 15. Aufl. 2013, § 27 Rn. 3 ff.; *Wietz* in *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *StGB*, 2013, § 288 Rn. 10.

³⁴ Statt vieler *Roxin* *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl. 2006, S. 255; ferner zuletzt *Dehne-Niemann* *NZWiSt* 2015, 366, 369.

³⁵ Gegen die Zurechnungsfigur des qualifikationsdolosen Werkzeugs sprechen sich (mit Unterschieden im Detail) aus *Spendel* *FS Lange*, 1976, S. 147, 152 ff.; *Geppert* *Jura* 1987, 427, 430 f.; *Otto* *Jura* 1987, 246, 256; *Beckemper* in *Beck-OK-StGB* § 288 Rn. 15; *Dehne-Niemann* *NZWiSt* 2015, 366, 369 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich* *Strafrecht BT* 2 Rn. 292; *Wessels/Hillenkamp* *BT* 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 480; *Wohlers/Gaede* in *NK-StGB*, 4. Aufl. § 288 Rn. 4 f.; *Mitsch* *Strafrecht BT* 2/2, § 5 Rn. 91, 105 ff., 108; ders. *JuS* 2004, 323, 325; *Koch* *JuS* 2008, 496, 499.

³⁶ *OLG Stuttgart NStZ* 2016, 155, 156.

Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens und damit mittelbarer Täter werde.³⁷ Hinreichend für die Zuordnung als täterschaftlich ist für die Pflichtdeliktslehre somit die Stellung des Täters als eines tatbestandlich-sonderpflichtigen Subjekts; indem die Sondereigenschaft an die Stelle der Tatherrschaft tritt, wird auf letzteres Kriterium für die Sonderdelikte der Sache nach verzichtet.³⁸ Bei § 164 StGB handelt es sich aber unstreitig um ein Allgemeindelikt, das prinzipiell von Jedermann begangen werden kann und bezüglich dessen die Täterschaft gerade nicht vom Bruch einer der Verhaltensnorm vorgelagerten außerstrafrechtlichen Sonderpflicht abhängt.³⁹ Einer besonderen Pflichtenbindung unterlag A auch als Beschuldigter des Ordnungswidrigkeitenverfahrens gerade nicht. Zwar ist es richtig, dass sich aus der Beschuldigtenstellung kein Recht ergibt, andere aktiv einer Straftat zu bezichtigen; jedoch trifft auch die Pflicht, entsprechende Bezichtigungen zu unterlassen, *jeden* Rechtsunterworfenen und damit den Hintermann A nicht spezifisch in seiner Eigenschaft als Beschuldigten des Ordnungswidrigkeitenverfahrens. Für das Allgemeindelikt des § 164 StGB entbehrt der Verweis des OLG auf die Parallele zum qualifikationslos-dolosen Werkzeug und der damit sachlich einhergehende Verzicht auf die Anwendung der – in casu nicht vorliegenden – Voraussetzungen der Tatherrschaft jeder dogmatischen Rechtfertigung.

c) Zwischenergebnis

Sachlich läuft die Konstruktion des OLG Stuttgart unter der Hand auf eine als verbrämte Verabschiedung jeglichen Tatherrschaftsdenkens hinaus. Tatsächlich ist es mit dem Gedanken des „In-der-Hand-Haltens des tatbestandlichen Geschehensablaufs“ unvereinbar, den Hintermann A als Täter einer Tat zu behandeln, die er aufgrund seines daraus Interesses an der Freihaltung von staatlichen Maßnahmen allein täterschaftlich verwirklicht haben soll. Eine normative Begründung der Tatherrschaft des A, wie sie dem OLG „im Wege einer wertenden Zuschreibung“ vorschwebt,⁴⁰ fällt, wie sogleich (5.) näher zu erläutern ist, aus kriminalpolitischen Erwägungen in die extrem subjektive Tätertheorie zurück,⁴¹ nach der sich die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme allein nach dem Interesse am Gelingen der Tat richtete.⁴² Bei der Vorgehensweise des *Senats* handelt es sich, rundher-

aus gesagt, um eine „reine Zweckkonstruktion“ zum Zwecke der Schließung perhorreszierter und kriminalpolitisch unerwünschter Strafbarkeitslücken.⁴³ Die mittelbare Täterschaft wird bei einem solchen Verständnis funktionswidrig als „Lückenfüller“ benützt, um ein kriminalpolitisch unerwünschtes Ergebnis, nämlich die Nichtanwendbarkeit des § 164 Abs. 2 StGB, zu verhindern.

5. Rückfall in ein interessenorientiertes extrem subjektives Täterschaftsverständnis – die Parallele zur Vorläuferentscheidung RGSt. 41, 61

Nachdem sich gezeigt hat, dass weder mit einem traditionell an der faktischen Beherrschung eines menschlichen Werkzeugs orientierten Tatherrschaftsverständnis noch mit einer normativierenden Parallele zum qualifikationslos-dolosen Werkzeug die Zurechnung der Handlung des R zum Hintermann A geleistet werden kann, kommt der Berufung des OLG auf die subjektiven Kriterien des „Willen(s) zur Tatherrschaft“ sowie des „eigene(n) Tatinteresse(s)“ des Hintermanns A eine gesteigerte Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang erstaunt es, dass der *Senat* zur Begründung seines Ergebnisses nicht auf eine – soweit ersichtlich, thematisch einzig vergleichbare – Vorläuferentscheidung des RG aus dem Jahre 1908⁴⁴ rekurriert hat, in der eine Tatbegehung des Hintermanns „durch einen anderen“ i.S.d. heutigen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gerade deshalb angenommen wurde, weil der Vordermann im Verhältnis zu sich selbst kein „anderer“ war.

In dem Sachverhalt, der dem Urteil des V. *Strafsenats* des RG zugrundelag, das eine Revision gegen die Verurteilung wegen Ehrschutzdelikte betraf, hatte der Angeklagte dem geschädigten Landrat ein Schreiben zugesandt, das gegen diesen gerichtete ehrschädigende Tatsachenbehauptungen enthielt. Der Landrat legte, wie es den gesetzlichen Vorgaben entsprach und wie es der Angeklagte vorhersah, das Schreiben einer Steuerveranlagungskommission vor. Das *Landgericht Trier* als Vorinstanz hatte in der Zusendung des Schreibens eine Beleidigung (§ 185 StGB) gesehen und ferner wegen einer von dem Angeklagten durch den Geschädigten begangenen Üblen Nachrede (§ 186 StGB) verurteilt. Das RG fand diesen Schuldspruch rechtsfehlerfrei und hielt dafür, dass von den in dem Schreiben enthaltenen ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen die Mitglieder der Steuerveranlagungskommission – Dritte i.S.d. § 186 StGB – erst durch den Geschädigten selbst Kenntnis erhielten, stehe der Annahme einer üblen Nachrede nicht entgegen. Da der

³⁷ Roxin *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl. 2006, S. 360 ff., 385 f.; für mittelbare Täterschaft kraft Pflichtdelikts auch Vogel *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, S. 288.

³⁸ Hecker *JuS* 2016, 82, 84.

³⁹ Hecker *JuS* 2016, 82, 84.

⁴⁰ OLG Stuttgart NStZ 2016, 155, 156.

⁴¹ Vgl. Renzikowski *Restriktiver Tatbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 91 f. (zum absichtslos-dolosen Werkzeugs); Dehne-Niemann *NZWiSt* 2015, 366, 370 f. (zum qualifikationslos-dolosen Werkzeug). Vgl. ferner BGHSt. 9, 217 (zu § 81a GmbHG a.F.), wo die Rechtsfigur des qualifikationslos-dolosen Werkzeugs der Sache nach mit einer Synthese aus subjektiver Interessentheorie und Pflichtdeliktsgedanken begründet wird; dazu Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 2003, § 25 Rn. 280.

⁴² Vgl. RGSt. 31, 80; 42, 151; 44, 69; 57, 274; 74, 84 (Badewannenfall); RG HRR 1937, 131; BGHSt. 18, 87 (Fall Staschynskij).

⁴³ Das wird zur „normativen Tatherrschaft“ (Zurechnung mittels eines qualifikationslos- bzw. absichtslos-dolosen Werkzeugs) mitunter unumwunden eingeräumt, vgl. etwa Gallas *Täterschaft und Teilnahme*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, Band 1, 1954, S. 121, 135 f., der zugesteht, es handele sich bei den normativ begründeten Tatherrschaftsfiguren um Konstruktionen, die der Mittäterschaft oder der Anstiftung näher stünden als der mittelbaren Täterschaft. Dies hat dann umso mehr zu gelten, wenn – wie im Fall des OLG Stuttgart – der Anwendungsbereich dieser „Ausnahmefiguren“ schon gar nicht eröffnet ist.

⁴⁴ RGSt. 41, 61.

Geschädigte nicht Täter oder Teilnehmer des § 186 StGB sein könnte und weil es zum Pflichtenkreis des Geschädigten als des Vorsitzenden der Steuerveranlagungskommission, habe der Angeklagte als Absender des Schreibens die Tat begangen, wobei ohne Belang und praktische Bedeutung sei, ob die Begehungsform der Tat als – seinerzeit nicht gesetzlich geregelte, aber als Rechtsfigur weithin anerkannte – mittelbare Täterschaft anzusehen sei.⁴⁵ Jedenfalls könne „auch (...) von mittelbarer Täterschaft gesprochen werden, insofern bei vorhandenem äußeren Tatbestande Täterwille nur auf Seiten des als Beleidiger in Betracht kommenden gegeben sein kann, während auf Seiten des anderen schon objektiv die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass sich die den äußeren Tatbestand vollendende Handlung in seiner Person als strafbare Mitwirkung darstellt, auf seiner Seite also jedenfalls aus diesem Grunde ein Täterwille fehlt.“⁴⁶

Die seinerzeitige Entscheidung des RG weist mit der heutigen des OLG Stuttgart in einem wichtigen Punkt eine bedeutsame Gemeinsamkeit auf: Wie in der Entscheidung des OLG Stuttgart ging es auch im Urteil des RG darum, dass mit dem Vordermann – dort dem Landrat – eine Person die Tathandlung vornahm, bezüglich derer die Handlung den objektiven Tatbestand – dort des § 186 StGB – aus Rechtsgründen nicht erfüllte, weil sich die ehrenrührige Tatsachenbehauptung gegen diese Person – den Landrat – selbst richtete und nicht gegen eine andere; für den handelnden Landrat richtete sich die ehrenrührige Tatsachenbehauptung damit nicht gegen ein taugliches Tatobjekt, wohl aber war er aus der Perspektive des Angeklagten als des präsumtiven mittelbaren Täters des § 186 StGB ein taugliches Tatobjekt. Mit den Worten des RG:

„Es bedarf ferner keiner Ausführungen, dass die Mitglieder der Veranlagungskommission im Verhältnis zum Angeklagten als Beleidiger und im Verhältnis zum Landrat als Beleidigtem Dritte sind und dass sich daher die gegen den Landrat gerichteten Behauptungen – ihnen gegenüber aufgestellt – als Behauptungen in Beziehung auf einen anderen, eben den Landrat, darstellen.“⁴⁷

Aber mit dieser strukturellen Übereinstimmung im Sachverhalt enden die Gemeinsamkeiten bereits, denn die Begründungen weisen erhebliche Abweichungen auf. An der Entscheidung des RG fällt im entscheidenden Punkt auf, dass das vom OLG Stuttgart für jedenfalls mitentscheidend gehaltene Kriterium, dass der Vordermann R keinen Straftatbestand erfüllt und deshalb aus objektiven Gründen ein Defizit aufweise, vom RG nicht oder jedenfalls nicht explizit als maßgeblich angesehen wird. Das RG akzentuierte demgegenüber mit dem Fehlen des Täterwillens bei dem Landrat, den es als tatbestandslos handelndes Werkzeug ansah, ein subjektives Kriterium und begründete dieses Fehlen gerade mit der Tatbestandslosigkeit von dessen Handeln.⁴⁸ Umgekehrt

war, so wird man den V. Strafsenat des RG zu verstehen haben, der Täterwillen des angeklagten Hintermanns daraus zu folgern, dass in dessen Person die rechtlichen Voraussetzungen des § 186 StGB vorliegen: Es bildete „der Umstand, dass eine Handlung lediglich in der Person eines anderen als des Handelnden einen strafbaren Tatbestand begründen würde, an sich kein rechtliches Hindernis für den Handelnden, die Handlung vorzunehmen. (...) Für den Tatbestand des § 186 StGB konnte es (...) nur noch darauf ankommen, ob die Mitteilung zugleich im Willen des Angeklagten lag und insofern von seinem Vorsatze umfasst war.“⁴⁹ Während das OLG Stuttgart heute die Tatbestandslosigkeit des Handelns des Vordermanns R über die Tatherrschaft als Zurechnungskriterium einführt, begründete für das RG die Tatbestandslosigkeit beim Vordermann den Täterwillen des Hintermanns. Auch wenn man den abweichenden Ansatz des OLG Stuttgart als Ergebnis einer Hinwendung der Rechtsprechung zum Tatherrschaftsgedanken ansehen möchte, so fällt dennoch auf, das OLG mit der Tatbestandslosigkeit der Selbstbeichtigung des Vordermanns R in der Sache denselben Gesichtspunkt wie das RG für maßgebend erachtet und mit ihm die (mittelbar-)täterschaftliche Zurechnung begründet hat.

So wenig man dem in der Entscheidung des RG zutage tretenden extrem subjektiven und längst überwunden geglaubten Tat- und Täterschaftsverständnis folgen möchte, so sehr enthüllt die verbal verdeckte inhaltliche Parallelität der Entscheidungen, worum es auch dem OLG Stuttgart in der Sache geht: Da die bußgeldvereitelnde Handlung des Vordermanns R im primären Interesse des Hintermanns A lag, war diesem die Handlung des Vordermanns zuzurechnen. Anders als das RG sah sich das OLG Stuttgart aber genötigt, als Zugeständnis an den heutigen Stand der Dogmatik der mittelbaren Täterschaft eine – wie gesehen, nicht tragfähige – Parallele zu den Rechtsfiguren des qualifikationslos- bzw. absichtslosen Werkzeugs zu ziehen. Warum sich das OLG nicht darüber hinaus ausdrücklich auf die thematisch einzig einschlägige Vorläuferentscheidung des RG, sondern nur auf eine zum absichtslos-dolosen Werkzeug ergangene Entscheidung⁵⁰ bezogen hat,⁵¹ bleibt das Geheimnis des Senats; womöglich wollte man sich nicht allzu sehr mit einem extrem subjektiven Täterschaftsverständnis exponieren. Die Parallele zur reichsgerichtlichen Vorläuferentscheidung zeigt jedenfalls, dass hinter dem Urteil des OLG ein mit Ausführungen zum Tatherrschaftsgedanken verbrämtes, längst überwunden geglaubtes extrem subjektives Tat- und Täterverständnis steht, das dogmengeschichtlich einen „roll back“ in einen normtheoretisch unhaltbaren Standpunkt bedeutet.

6. Mittelbar-täterschaftliche Falschverdächtigung durch Erteilung eines

äußeren Tatbestand vollendende Handlung in seiner Person als strafbare Mitwirkung darstellt, auf seiner Seite also jedenfalls aus diesem Grunde ein Täterwille fehlt.“

⁴⁹ RGSt. 41, 61, 63 f. (Rechtschreibung angepasst).

⁵⁰ RGSt. 39, 37.

⁵¹ OLG Stuttgart Urteil vom 23.07.2015 – 2 Ss 94/15, BeckRS 2015, 15501 Rn. 13 – in NStZ 2016, 155 nicht abgedruckt (im Kontext der Beihilfefähigkeit des Vordermanns R).

⁴⁵ RGSt. 41, 61, 63 ff.

⁴⁶ RGSt. 41, 61, 65 (Rechtschreibung und Interpunktion angepasst).

⁴⁷ RGSt. 41, 61, 64.

⁴⁸ RGSt. 41, 61, 65: „... während auf Seiten des anderen (scil. des Vordermann/Landrats, J.D.-N.) schon objektiv die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass sich die den

Auftrags und „Rettung“ der Entscheidung durch Rückkehr zur Lehre vom mandatum?

Nachdem sich die Zurechnung der Verdächtigungshandlung des Vordermanns R zum Hintermann A nicht auf das Tatherrschaftsprinzip stützen lässt und das vom OLG Stuttgart in der Sache angewandte extrem subjektive Tat- und Täterschaftsverständnis mit der dem restriktiven Tatbegriff der §§ 25 ff. StGB nicht zu vereinbaren ist, hängt die Richtigkeit der Entscheidung, was das Ergebnis zum Bestehen einer Zurechnungsgrundlage betrifft, davon ab, ob sich die in Frage stehende Handlungszurechnung auf einen anderen Gedanken als den der Tatherrschaft stützen lässt.

a) Die Wiederbelebung der Lehre von der Täterschaftszurechnung kraft Mandats durch Volker Haas

Einen solchen Gedanken, der in der Sache auf eine dogmatische Fundierung des subjektiv-täterschaftliche Interessenkriteriums hinausläuft, hat Volker Haas – freilich sehr allgemein und ohne irgendeinen Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall – geäußert, indem er die gemeinrechtliche Lehre vom mandatum wiederbelebt hat. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Auftraggeber einer Tat nach dem Grundsatz „Nam quis per alium facit, per se ipsum facere censetur“ behandelt wird, als hätte er die fragliche Tat selbst und eigenhändig vorgenommen.⁵² Insoweit mit Recht verweist Haas darauf, dass das Handeln für einen anderen ein allgemeines Zurechnungsprinzip darstellt, das „auch außerhalb des Strafrechts unter anderem im Bereich der Rechtsgeschäftslehre, im Bereicherungsrecht zur Definition von Leistungsbeziehungen oder auch im Delikts- beziehungsweise Gesellschaftsrecht bei der Zurechnung von Realakten der Organe gegenüber juristischer Personen Anwendung“ findet.⁵³ Für die mittelbare Täterschaft sei der Auftrag, d.h. das Tätigwerden des Vordermanns aufgrund einer vertragsähnlichen Abrede mit dem Hintermann, der Grund der Verhaltenszurechnung. Das Verhalten des Vordermannes stelle sich als Beihilfehandlung dar.

b) Kritik der Mandatszurechnung

Haas' Vorschlag hat für sich, dass sämtliche Formen der mittelbaren Täterschaft – neben den Problemfällen des qualifikationslos- bzw. absichtslos-dolosen Werkzeugs insbesondere auch der des organisatorischen Machtapparats – auf einen einzigen Zurechnungsnenner zurückgeführt werden können, nämlich auf den Willen desjenigen, der die Begehung der Tat veranlasst hat; hieran zeigt sich die Nähe des Haasschen Vorschlags zum subjektiv-interessenorientierten Täterverständnis der Rechtsprechung. Aber mit der lex lata der §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 26 StGB ist dieses Konzept nicht zu vereinbaren. Die Beauftragung eines anderen stellt den Prototyp eines Bestimmungsverhaltens und damit einer Anstiftung (§ 26 StGB) dar und kann deshalb nicht zugleich als mittelbar-

täterschaftlich eingestuft werden. Wenn nämlich jedes Tätigwerden aufgrund eines Mandats der mittelbartäterschaftlichen Zurechnung unterliefe, blieben als Anwendungsfälle für das Bestimmen i.S.d. § 26 StGB allenfalls die Erteilung eines Ratschlags und das Arrangieren einer tatanreizenden Situation übrig. Solche vergleichsweise tatternen Verhaltensweisen der Anstiftung zuzuschlagen ist erstens mit der tätergleichen Bestrafung des Anstifters und zweitens mit dem Wortlaut des § 26 StGB, der mit der Vokabel „Bestimmen“ auf eine gewisse Bindung des Vordermanns an den Willen des Hintermanns abstellt, nicht zu vereinbaren. Vielmehr lässt sich die tätergleiche Bestrafung der Anstiftung nur damit rechtfertigen, dass gerade das Mandat den Prototypen der Anstiftung darstellt. Haas' Vorschlag führt demgegenüber dazu, dass der – je nach Standpunkt – einzige oder jedenfalls der Hauptanwendungsfall der Anstiftung systemwidrig der mittelbaren Täterschaft zugeordnet wird und es damit zu Verwerfungen im System der Beteiligungsformen kommt, mit denen § 26 StGB (weitgehend) obsolet würde. Zudem würden – worauf bislang kaum hingewiesen wurde⁵⁴ – auch die Grenzen des § 14 StGB unterlaufen, der eine Verantwortlichkeit des Handelns für einen anderen explizit auf die dort niedergelegten – hier nicht einschlägigen – Fallgruppen beschränkt. Hat der Gesetzgeber in § 14 StGB die Fallgruppen der (täterschaftlichen) Zurechnung qua Mandats niedergelegt, so ist es dem Rechtsanwender verwehrt, auch außerhalb dieser klar definierten Bereichs das Handeln für einen anderen als Zurechnungsgrund zu etablieren und damit eine Entgrenzung der Zurechnung qua Handelns für einen anderen zu bewirken. Denn damit würde die Vorschrift des § 14 StGB mitsamt den dort aufgeführten Grenzen der Zurechnung des Handelns für einen anderen obsolet.

IV. Weitere Einwände und Fazit

1. Einwände aus der Systematik der §§ 164, 145d, 258 Abs. 1 StGB

Aber selbst man im Grundsatz hinzunehmen bereit ist, dass das Handeln des mandatierten Vordermanns R den Hintermann A unabhängig vom Vorliegen der in § 14 StGB festgelegten Voraussetzungen treffen und der Vordermann R durch eben dieses Handeln Beihilfe geleistet haben soll, kann die damit einhergehende – gemessen am „normalen“ Tatbild – „Rollenvertauschung“ von Täter und Teilnehmer aus systematischen Gründen jedenfalls speziell für den vorliegenden Fall nicht gelten; u.a. wegen dieser Eigentümlichkeit man darf denn auch bezweifeln, dass Haas sein Konzept der Mandatszurechnung auf den vorliegenden Sonderfall anwenden würde.⁵⁵

a) Ein erster Einwand betrifft erneut den Vordermann R und dessen Strafbarkeit. Dem Normzusammenhang der

⁵² Eingehend Haas Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 85 ff. mit dogmengeschichtlichem Überblick.

⁵³ Haas Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 86.

⁵⁴ Vgl. aber knapp Dehne-Niemann NZWiSt 2015, 366, 372 m. Fn. 46, wo bereits auf eine drohende Verwischung der Grenzen des § 14 StGB aufmerksam gemacht wird.

⁵⁵ Gegenüber dem Verf. hat Haas mündlich Bedenken gegen das Ergebnis des OLG Stuttgart v.a. wegen der die im Text unter III. 1. erörterte Auswechslung des Inhalts der zuzurechnenden Handlung geäußert.

§§ 164, 145d StGB lässt sich die gesetzgeberische Wertentscheidung entnehmen, dass Verdächtigungs- bzw. Vortäuschungshandlungen nur unter den dort niedergelegten Voraussetzungen strafatbestandsmäßig sein sollen, Verdächtigungshandlungen also nur dann, wenn sie sich gegen einen *anderen* richten, und Vortäuschungshandlungen nur dann, wenn sie das Vortäuschen einer *Straftat* betreffen. Zudem wird, wie sich § 258 Abs. 1 StGB entnehmen lässt, die Vereitelung einer hoheitlichen Sanktion nur dann als strafwürdig angesehen, wenn es sich bei der Sanktion um eine *Strafe* und nicht nur um eine Geldbuße etc. handelt.⁵⁶ Zu dieser Wertentscheidung des Gesetzgebers steht es in Widerspruch, eine Verdächtigungshandlung, mit der der Vordermann nur sich selbst und lediglich einer Ordnungswidrigkeit bezichtigt, unabhängig von der Beteiligungsform überhaupt zu bestrafen – und sei es auch nicht als Täter, sondern nur als Gehilfen. Bei der Selbstbezichtigung des R handelt es sich um ein dem Anwendungsbereich der §§ 145d, 258 StGB insoweit abschließend unterworfenen Verhalten; sind deren Voraussetzungen nicht erfüllt, so verbietet sich ein wertentscheidungswidriger Rückgriff auf den auch die Ordnungswidrigkeitenvortäuschung erfassenden § 164 Abs. 2 StGB auch im Teilnahmebereich. Entgegen der Ansicht des *OLG Stuttgart* ist es also mitnichten „ohne Bedeutung, dass Fälle der vorliegenden Art regelmäßig der Vorschrift des § 145 d Abs. 2 Nr. 1 StGB unterfallen, die im vorliegenden Fall aber nicht erfüllt ist, weil der Tatmittler keine rechtswidrige Tat im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sondern eine Ordnungswidrigkeit vorgetäuscht hat.“⁵⁷ Dass dem Regelungskomplex der §§ 164 Abs. 2, 145d, 258 Abs. 1 StGB ein austariertes System strafbaren Bezichtigungs- und Vereitelungsverhaltens zugrundeliegt, das durch ein Ausweichen in den Beihilfebereich eingegeben würde, hat der *Senat* im Bemühen um die Konstruktion der kriminalpolitisch gewünschten Bestrafung beider präsumtiver Beteiligter ersichtlich nicht bedacht.

b) Es mag naheliegen, diesem systematischen Einwand, der ja direkt nur den Vordermann als präsumtiven Gehilfen betrifft und auf der gesetzgeberischen Austarierung des Normenkomplexes der §§ 145d, 164, 258 Abs. 1 StGB gründet, dadurch Rechnung zu tragen, dass man das Handeln des Vordermanns – entsprechend den oben II. geäußerten Bedenken – als nicht gehilfenschaftlich bewertet und es damit als straflos ansieht, zugleich aber die Lehre von der Mandatzurechnung auf ihr eigentliches Anliegen – die strafrechtliche Erfassung des Hintermanns – beschränkt, indem man nur diesen, und zwar als mittelbaren Täter bestraft. Dass dies möglich ist, muss – ebenfalls u.a. der Binnensystematik der §§ 164 Abs. 2, 145d Abs. 2 Nr. 1, 258 Abs. 1 StGB wegen – jedoch bezweifelt werden. Denn indem das Gesetz das Handeln des Vordermanns außerhalb des strafatbestandsmäßigen Bereichs platziert, wenn der Vordermann im Bemühen um die Vereitelung einer bloßen Ordnungswidrigkeitensanktion sich selbst einer bloßen Ordnungswidrigkeit bezichtigt, hat es zum Ausdruck ge-

bracht, dass der hierin liegende – gleichsam quasitäter-schaftlich–*unmittelbare* – Angriff des Vordermanns auf das Rechtsgut effektiver und nicht unlauter beeinflusster staatlicher Ermittlungstätigkeit kein strafrechtliches Sanktionsbedürfnis auslöst. Dann kann – a maiore ad minus – ein weniger intensiver, nämlich nur mittelbarer und insbesondere nach allgemeinen Regeln lediglich als anstiftungsähnlich anzusehender Rechtsgutsangriff des Hintermanns erst recht kein Bedürfnis nach einer staatlichen Reaktion mit den Mitteln des Strafrechts auslösen.

2. Auftretende Strafrahenungereimtheiten als Wertungswidersprüche

Selbst wenn man die soeben aufgezeigten strukturellen Ungereimtheiten hinnehmen möchte und in ihnen keinen zureichenden Grund für eine Straflosigkeit beider Beteiligter oder jedenfalls des Vordermanns R sieht, so treten nach der Lösung des *OLG Stuttgart* – ganz gleich wie man sie begründen möchte – auf Strafzumessungsebene weitere Wertungswidersprüche auf, die sich nur durch Straflosigkeit beider präsumtiver Beteiligter beseitigen lassen. Dazu muss man sich vergegenwärtigen, dass die Falschverdächtigungsbeihilfe gemäß §§ 164 Abs. 2, 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB bei – wie in casu – wahrheitswidriger Behauptung lediglich einer Ordnungswidrigkeit einen Strafrahen von bis zu dreidreiviertel Jahren Freiheitsstrafe aufweist, demgegenüber die wahrheitswidrige Behauptung einer Straftat ein Höchstmaß von nur drei Jahren Freiheitsstrafe. Dass bei geringerem Unrechtsgehalt der Verdächtigungshandlung eine höhere Strafrahenobergrenze bestehen soll und umgekehrt, lässt sich schwerlich begründen. Mit Blick auf den Hintermann A kommt die Ungereimtheit hinzu, dass dieser aus dem Strafrahen der §§ 145d, 26 mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren zu belegen wäre, würde es sich bei der Handlung des Vordermannes um die wahrheitswidrige Selbstbezichtigung einer Straftat handeln, hingegen – wenn man dem *OLG Stuttgart* folgt – mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren aus §§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB für die Lancierung einer bewusst wahrheitswidrigen Selbstbezichtigung mit einer bloßen Ordnungswidrigkeit. In der Bewirkung wesentlich geringeren Unrechts (einer bloßen Ordnungswidrigkeitenbezichtigung) auf Strafrahenenebene eine schwerer ins Gewicht fallende Tat zu sehen, stellt ebenfalls einen nicht erklärbaren Wertungswiderspruch dar. Macht man sich klar, dass die Prinzipien der inneren Ordnung und Einheit des Rechts, mit denen Wertungswidersprüche konfliktieren, nicht nur Voraussetzung des Wissenschaftscharakters des Rechts sind, sondern zu den fundamentalen rechtsethischen Forderungen gehören, die ihren Geltungsgrund in der Rechtsidee selbst haben,⁵⁸ so hätte das *OLG* die aufgezeigten Wertungswidersprüche als systematische Auslegungskriterien⁵⁹ berücksichtigen und auch und jedenfalls um ihrer Vermeidung willen beide Angeklagte freisprechen bzw. den entsprechenden Freispruch des *Landgerichts* aufrechterhalten müssen.

⁵⁶ Vgl. Hecker JuS 2016, 82, 84 (der aber § 164 StGB nicht thematisiert).

⁵⁷ So aber – gegen den Einwand der Revisionsverteidigung – in anderem Zusammenhang *OLG Stuttgart* NSZ 2016, 155, 157.

⁵⁸ Eingehend Renzikowski GA 1992, 159, 171 m.w.N.

⁵⁹ Vgl. Renzikowski GA 1992, 159, 170, 172.

3. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen haben ergeben, dass entgegen der Ansicht des *OLG Stuttgart* weder das Verhalten des Hintermanns noch das des Vordermanns strafrechtlich zu erfassen ist: Zunächst gibt es keine – auf der Grundlage des dem Beteiligungssystem der §§ 25-27 StGB zugrundeliegenden restriktiven Tatbegriffs aber erforderliche – Grundlage dafür, dem Hintermann A das Handeln des Vordermanns R zuzurechnen; insbesondere nicht tragfähig ist die vom *OLG* gezogene Parallele zur Figur des qualifikationslos-dolosen Werkzeugs. Liegt damit keine strafatbestandsmäßige Haupttat vor, so kann der Vordermann schon aus diesem Grund nicht als Gehilfe teilgenommen haben. Unabhängig davon scheidet Beihilfe des Vordermanns R auch deshalb aus, weil sich unter der Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) die Vornahme der Tathandlung nicht als unterstützendes „Hilfeleisten“ i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB begreifen lässt. Aber wenn man sich diesen Einsichten der Dogmatik widersetzt und ein kriminalpolitisches Bedürfnis für die strafrechtliche Erfassung der ordnungswidrigkeitenbezogenen Selbstbeteiligungslüge betont,⁶⁰ liegt ein solches Desiderat außerhalb der allein

⁶⁰ Vgl. – allg. und mit krit. Tendenz – *Schmidhäuser* Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 1. Aufl. 1970, 14/67, der die

maßgeblichen Strafwürdigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers, der im Gesamtregelungskomplex der §§ 145d, 164, 258 StGB allein die unmittelbar rechtsgutgefährliche drittbezogene Ordnungswidrigkeitenlüge als Auslöser eines Sanktionsbedürfnisses mit den Mitteln des Strafrechts erachtet hat. Auch deshalb ist es dem Rechtsanwender versagt, im Wege der „Rollenvertauschung“ von Täter und Teilnehmer den anstiftungsähnlichen mittelbaren, nämlich über den Vordermann R verlaufenden Rechtsgutsangriff des Hintermanns A zur Täterschaft hochzustufen. Die Kreation einer solchen Zurechnungsfigur des „Täters hinter dem Teilnehmer“ verstößt also nicht nur generell gegen das restriktive Tatverständnis der §§ 25-27 StGB, sondern auch im Besonderen gegen die den §§ 145d, 164, 258 StGB zugrundeliegenden Wertungen. Die Entscheidung des *OLG* erweist sich damit als falsch; der *Senat* hätte die Verurteilung des Angeklagten A durch das *Landgericht* aufheben und A freisprechen sowie hinsichtlich des Angeklagten R das freisprechende Urteil des *Landgerichts* unter Verwerfung der Revision aufrechterhalten müssen.

kriminalpolitische Vermutung äußert, in der Strafbarkeit des Vordermannes liege der eigentliche Grund für die herrschende Annahme mittelbar-täterschaftlicher (und damit teilnahmefähiger) Tatbegehung durch den Hintermann.

Aufsätze und Anmerkungen

Restriktive Auslegung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB beim Beisichführen „schein-untauglicher Sachen“

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20. August 2015 – 3 StR 259/15 = HRRS 2015 Nr. 1019

Von Dr. Tamina Preuß, Würzburg

I. Einleitung

Nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB begeht der Täter eines Raubes einen schweren Raub, wenn er sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Dies trifft beispielsweise auf das Mitführen einer Pistolenattrappe¹ oder einer ungeladenen oder defekten Waffe,² die dem Opfer vorgehalten werden soll, zu. Der Kreis der Gegenstände, die den Grundtatbestand des Raubes qualifizie-

ren, scheint nach dem Wortlaut dieser Strafnorm aber uferlos zu sein – umfasst wären etwa eine umgedrehte Tabakspfeife, mit der die Konturen eines Pistolenlaufs vorgetäuscht werden,³ ein zusammengerolltes Taschentuch in der Jacke, das den Eindruck einer geladenen Schusswaffe erwecken soll,⁴ sowie ein als Sprengsatz ausgegebener Maggiwürfel.⁵ Dies wird angesichts des gegenüber dem Grundtatbestand nicht erheblich gesteigerten Unrechtsgehalts allgemein als verfehlt empfunden. Der BGH hat u.a. in seiner allseits bekannten „La-

¹ BGH NJW 1998, 2914.

² BGH NJW 1998, 3130, 3131.

³ LG Hamburg NJW 1948, 698; *Küper* JuS 1976, 645, 647.

⁴ BGH NStZ 1992, 129.

⁵ *Hillenkamp* JuS 1990 454, 457.

bello“-Entscheidung des vierten Strafsenats⁶ aus dem Jahre 1996 Gegenstände, die nach dem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich und deshalb nicht geeignet sind, auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken, aus dem Qualifikationstatbestand ausgenommen. *Thomas Fischer* verwendet für diese Gegenstände in seinem Kommentar treffend den Begriff „schein-untaugliche Sachen“.⁷ Die restriktive Auslegung des BGH wurde in der Literatur größtenteils als zwar kriminalpolitisch wünschenswert, aber strafrechtsdogmatisch misslungen bewertet.⁸ Da Raubzüge mit derartigen offensichtlich ungefährlichen Gegenständen keine Seltenheit sind, beschäftigen sie die Gerichte bis in die Gegenwart häufig.⁹ Hinzu kommt, dass die Diebstahlsqualifikation und die Qualifikation der sexuellen Nötigung in (§§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB) identisch formuliert sind und die Raubqualifikationen über den Rechtsfolgenverweis auch auf die räuberische Erpressung Anwendung finden. In der hier zu besprechenden Entscheidung hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, ob ein Kofferrolley, den der Angeklagte nach spontanem Entschluss am Tatort als „Kofferbombe“ ausgab, den Qualifikationstatbestand erfüllt. Die Entscheidung veranlasst dazu, zu untersuchen, ob die restriktive Auslegung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB konsequent auf den zu beurteilenden Sachverhalt angewandt wird und einmal mehr zu hinterfragen, ob die Restriktionsbemühungen überhaupt sachgerecht sind. Hierzu wird zunächst auf die Grundlagen zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB eingegangen und ein kurzer Überblick über die Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung gegeben, ehe die Entscheidung untersucht und kritisch Stellung bezogen wird.

II. Grundlagen zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB stellt nach der Konzeption des Gesetzgebers einen Auffangtatbestand¹⁰ dar, der nach h.M. auch sog. Scheinwaffen umfasst.¹¹ Dies sind Gegenstände, die zwar objektiv ungefährlich sind, aber den Eindruck scharfer Waffen erwecken sollen,¹² wie z.B. Spielzeugpistolen und Schusswaffenattrappen. Die Einbeziehung von Scheinwaffen ergibt sich aus dem Wortlaut des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB, der – anders als Abs. 1 lit. a – gerade keine Gefährlichkeit voraussetzt, und der Gesetzesbegründung.¹³ Der BGH führt zur Begründung ferner an, dass die fehlende objektive Gefährlichkeit durch das subjektive Element der Gebrauchabsicht kompensiert werde¹⁴ und dass der Täter einen gegenüber § 249 StGB gesteigerten verbrecherischen Willen

zeige.¹⁵ Im Vergleich zu einfachen Raubfällen sei ein besonders intensiver Einschüchterungseffekt gegeben, denn für das Opfer scheine die Gefahr wesentlich größer und unmittelbarer als bei Drohung mit der Anwendung bloßer Körperkräfte.¹⁶ Für das Opfer sei es motivatorisch gleichgültig, ob es einem tatsächlich bewaffneten Angreifer gegenübersteht oder der Täter es dazu bringt, ihn für einen solchen zu halten. In beiden Fällen bestehe gleichermaßen erhöhte Schutzbedürftigkeit.¹⁷

Nach der Rechtsprechung sind sogar Scheinwaffen, die das Opfer als solche erkennt, umfasst, da eine Drohung nicht voraussetze, dass das Übel realisierbar ist, solange der Täter nur will, dass sie vom Opfer ernst genommen wird, und da die Gebrauchsabsicht nicht durch die zufällige und aus Täterperspektive höchst unerwünschte Kenntnis des Opfers entfalle.¹⁸

Nicht umfasst sind mangels Gegenständlichkeit verbale Äußerungen¹⁹ und Körperteile, mit denen der Besitz einer Waffe vorgetäuscht wird.²⁰ Schwierigkeiten bereiten gewisse „Sonderfälle“ von Scheinwaffen – es geht hierbei um Fälle, bei denen der Gegenstand einer echten Schusswaffe einerseits nicht ähnlich sieht, andererseits aber – anders als bei einem unter dem Mantel verborgenen Zeigefinger – ein typischerweise verborgener Gegenstand eingesetzt wird.²¹

Im Rahmen des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB genügt bloßes Beisichführen, welches zu bejahen ist, wenn sich der Gegenstand zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung²² im Zugriffsbereich des Täters befindet, wobei Ergreifen am Tatort genügt.²³ In der Praxis geht es gleichwohl regelmäßig um Konstellationen, in denen mit dem Gegenstand gedroht wurde.²⁴ Das Verwenden der Scheinwaffe ist in § 250 StGB nicht gesondert normiert, kann aber strafschärfend berücksichtigt werden, da es über das tatbestandlich vorausgesetzte Verhalten hinausgeht.²⁵ Subjektiv setzt die Qualifikation Verwendungsabsicht, d.h. den zielgerichteten Willen zur Überwindung von Widerstand gegen die Wegnahme,²⁶ voraus.²⁷ Es genügt, wenn der Täter den Gegenstand „im

⁶ BGH NJW 1996, 2663.

⁷ *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 250 Rn. 10a.

⁸ Statt vieler *Graul JR* 1992, 297, 298.

⁹ Vgl. jüngst *AG Kassel BeckRS* 2016, 02483 zu einer leeren, so von innen gegen die Manteltasche gewölbten Bierflasche, dass die Wölbung wie der Lauf einer Faustfeuerwaffe wirkte.

¹⁰ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

¹¹ A.A. *Eser JZ* 1981, 761, 769; *Kleszczewski GA* 2000, 255; *Saal JA* 1997, 859, 865.

¹² *Sander*, in: *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2012), § 250 Rn. 44.

¹³ BT-Drs. 13/9064, S. 18; *BGH NJW* 1998, 3130, 3130.

¹⁴ *BGH NJW* 1998, 3130, 3130.

¹⁵ BGH NJW 1976, 248, 248.

¹⁶ BGH NStZ 1981, 436.

¹⁷ BGH NJW 1976, 248, 248.

¹⁸ BGH NStZ 2011, 278 = HRRS 2010 Nr. 855; *BGH NJW* 1990, 2570. A.A. *Hauf GA* 1994, 319, 324 f., 328; *Müther MDR* 1993, 931, 933; *Saal JA* 1997, 859, 862.

¹⁹ *Grasnack JZ* 1993, 268, 269; *Mitsch JuS* 1999, 640, 641.

²⁰ BGH StV 1985, 456; *Geppert JURA* 1999, 599, 604; *ders. JURA* 1992, 496, 499 ff.

²¹ *Geppert JURA* 1992, 496, 500.

²² A.A. nur bis zur Vollendung z.B. *Habetha NJW* 2010, 3133 m.w.N.

²³ BGH NStZ-RR 2013, 244, 244 = HRRS 2013 Nr. 550. Vgl. auch *BGH NJW* 1965, 1235, 1236; *BGH NJW* 1959, 2222 jeweils zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.

²⁴ *Vogel*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. (2010), § 250 Rn. 14.

²⁵ *BGH NJW* 1998, 3130, 3131.

²⁶ *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 250 Rn. 17/18, 244 Rn. 18.

²⁷ Ausreichend sein soll der Wille zur Verwendung zur Sicherung der Flucht, *BGH NJW* 1968, 2344, 2345 zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. A.A. *Eser/Bosch a.a.O.* (Fn. 26), § 244 Rn. 20, da die Flucht nur der Verhinderung der Strafverfolgung, nicht der Durchführung des Diebstahls, diene.

Bedarfsfall“ einsetzen will.²⁸ Wird der Gegenstand verwendet, besteht an der entsprechenden Absicht in aller Regel kein Zweifel.²⁹

III. Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung

Bis zum sechsten Strafrechtsreformgesetz, das 1998 in Kraft trat, bezogen sich die Entscheidungen auf § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.³⁰ § 250 Abs. 1 StGB a.F. unterschied, anders als die derzeitige Fassung, nur zwischen dem Beisichführen von Schusswaffen (Nr. 1) und sonstigen Waffen, Werkzeugen oder Mitteln, wobei im zweiten Fall Gebrauchsabsicht verlangt wurde (Nr. 2). Der Mindeststrafrahmen, der heute bei drei Jahren Freiheitsstrafe liegt, betrug damals fünf Jahre.

1. BGHSt 38, 116 (Plastikrohr)

Ihren Anfang genommen hat die restriktive Auslegung mit der sog. „Plastikrohr“-Entscheidung,³¹ der folgender Sachverhalt zu Grunde liegt:

Der Angeklagte legte beim Überfall einer Sparkassenfiliale einen Zettel vor, auf dem stand: „Überfall, bin bewaffnet“. Dabei hielt er ein kurzes, gebogenes Plastikrohr von ca. 3 cm Durchmesser so unter seiner Jacke, dass diese sich ausbeulte und so der von ihm gewollte Eindruck entstand, es handle sich um eine Schusswaffe. Die Kassiererinnen nahmen die Drohung ernst und händigten ihm die geforderten Geldbeträge aus.

Der BGH hat den Qualifikationstatbestand verneint. Zwar unterfielen § 250 StGB in der damaligen Fassung auch Scheinwaffen, objektive Merkmale dürften aber bei der Auslegung nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Vorausgesetzt werde, dass sich der Gegenstand „seiner Art nach“ dazu eignet, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, er könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb für es gefährlich sein. Für die Eignung, diesen Eindruck herbeizuführen, werde in einer Mehrzahl der Fälle das äußere Erscheinungsbild, wie es mit den Augen wahrnehmbar ist, entscheidend sein. Es könne aber auch auf die Wahrnehmbarkeit durch andere Sinnesorgane abgestellt werden, etwa indem der Täter einen metallischen Gegenstand, der sich wie der Lauf einer Schusswaffe anfühlen soll, in das Genick des Opfers setzt. Der Gegenstand ist dieser Auffassung folgend „seiner Art nach“ nicht dazu geeignet, wenn erst ein erklärender Hinweis des Täters die Vorstellung des Opfers auszulösen vermag, ein Gegenstand könne aufgrund seiner Verwendung zur Gewaltanwendung gefährlich sein. Vorliegend sei das „etwas Ausbeulen“ in der Jacke für sich alleine nicht geeignet, als Bedrohung mit einer Waffe verstanden zu werden, erst in Verbindung mit dem

Zettel. Hätte der Angeklagte sich darauf beschränkt, das Mitführen einer Waffe zu behaupten, wäre die Anwendung des § 250 StGB zweifelsfrei nicht in Betracht gekommen; dass er hier seine Behauptung durch die Wölbung unter der Jacke unterstrichen hat, vermag der Entscheidung zufolge den Bewertungsunterschied nicht zu begründen. Den Grund für das Erfordernis einschränkender Auslegung sieht der BGH in dem durch den hohen Mindeststrafrahmen zum Ausdruck kommenden gegenüber § 249 StGB erheblich erhöhten Unrechtsgehalt und darin, dass Gegenstände, die nicht schon durch ihre äußere Erscheinung den Eindruck einer echten Waffe hervorrufen, aber eine drohende Äußerung zu unterstreichen vermögen, in einer unübersehbaren, die Tatbestandskonturen auflösenden Vielfalt vorkommen.

2. BGH NJW 1996, 2663 („Labello“)

Fortgesetzt und modifiziert wurde die restriktive Auslegung mit der „Labello“-Entscheidung³² zu folgendem festgestellten Sachverhalt:

Die Angeklagte begab sich in der Absicht, einen Überfall zu verüben, in ein Geschäftslokal. Als ihr die dort tätige Verkäuferin den Rücken zuwandte, holte die Angeklagte aus ihrer Handtasche einen Lippenpflegestift („Labello“), trat hinter die Verkäuferin und drückte ihr eine Ecke des Stiftes in den Rücken. Sie beabsichtigte, bei der Geschädigten die Vorstellung hervorzurufen, mit einer Waffe bedroht zu werden. Unter dem Eindruck des ihr weiterhin in den Rücken gehaltenen „Labellos“, den die Geschädigte für die Spitze eines Messers oder eines ähnlich gefährlichen Gegenstandes hielt, händigte diese der Angeklagten auf deren Forderung hin Bargeld in Höhe von 280 DM aus.

Auch hier wurde die Qualifikation verneint. Der BGH führte aus, Gegenstände, die nach dem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich und deshalb nicht geeignet sind, auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken, seien nicht umfasst. Einen solchen Gegenstand könne der Täter schon „seiner Art nach“ nur unter Täuschung über dessen wahre Eigenschaft bei der Tat einsetzen. Hierbei stehe die Täuschung so sehr im Vordergrund, dass die Qualifizierung als Werkzeug oder Mittel i.S.d. § 250 StGB verfehlt wäre. Während es im „Plastikrohrfall“ noch auf die sinnliche Wahrnehmung – auch taktil und akustisch, nicht nur visuell – des Opfers ankam, stellt diese Entscheidung nur noch auf die Sicht eines objektiven Beobachters ab.³³

Durch das sechste Strafrechtsreformgesetz erhielt § 250 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB seine heutige Fassung.³⁴ Die restriktive Auslegung bei „offensichtlich ungefährlichen“ Gegenständen wurde, wie in der Gesetzesbegründung vorgesehen,³⁵ beibehalten.

²⁸ BGH NStZ 1999, 188; BGH NJW 1999, 69, 70. Nicht ausreichend ist aber, wenn der Täter über das „Ob“ des Einsatzes erst später entscheiden will (bloße Tatgeneignung), Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 2. Aufl. (2014), § 244 Rn. 27.

²⁹ Vgl. BGH NStZ-RR 2005, 373 = HRRS 2005 Nr. 755.

³⁰ BGBl. I 1975, S. 63.

³¹ BGHSt 38, 116.

³² BGH NJW 1996, 2663.

³³ Lesch StV 1999, 93, 93 f.

³⁴ BGBl. I 1998, S. 164.

³⁵ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

3. BGH HRRS 2007 Nr. 206 (Metallgegenstand)

Die restriktive Auslegung hat zur Folge, dass, falls sich die Beschaffenheit des Gegenstandes nicht feststellen lässt, zu Gunsten des Angeklagten von einem offensichtlich objektiv ungefährlichen Gegenstand ausgegangen werden muss, wie der folgende – vereinfacht dargestellte – Sachverhalt zeigt:³⁶

Der Angeklagte schlug in einer Spielhalle mit Internetcafé die Spielhallenaufsicht K zu Boden und zog K sein T-Shirt so vor das Gesicht, dass er nichts mehr sehen konnte. Er hielt K einen metallischen Gegenstand mit der Drohung an den Kopf, man werde „ihm das Licht ausknipsen“. Anschließend entwendete der Angeklagte 900 Euro aus der Kasse des Internetcafés.

Der Qualifikationstatbestand wurde hinsichtlich des metallischen Gegenstands verneint.³⁷ Der BGH sprach sich dagegen aus, seine Rechtsprechung aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten zu ändern, da die Beurteilung des äußeren Erscheinungsbildes aus Sicht eines objektiven Betrachters die Tatrichter nicht vor größere Schwierigkeiten stellen werde. Da es an Feststellungen zu dem Gegenstand fehlt, sei zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass es sich um einen Gegenstand handele, der bei objektiver Betrachtung nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich sei, etwa um ein dünnes Metallrohr.³⁸ Sofern in der „Plastikrohr“-Entscheidung davon ausgegangen werde, dass ein Metallrohr geeignet sei, den Qualifikationstatbestand zu erfüllen, komme dieser nicht tragenden Erwägung keine Bindungswirkung zu.

4. BGH HRRS 2010 Nr. 855 (Sporttasche mit Mobiltelefon)

Angenommen wurde der Qualifikationstatbestand für die Kombination aus Sporttasche und Mobiltelefon:³⁹

Der Angeklagte betrat eine Tankstelle, stellte eine verschlossene Sporttasche auf die Verkaufstheke, nahm demonstrativ das Mobiltelefon in die Hand und erklärte dem Verkäufer, in der Tasche befinde sich eine Bombe, die er zünden werde, wenn ihm nicht das Geld aus der Kasse ausgehändigt werde. Da der Verkäufer nicht wie gewünscht reagierte, sondern die Drohung nicht ernst nahm, brach der Angeklagte den Versuch ergebnislos ab. In einer anderen Tankstelle hatte der Angeklagte auf diese Weise Erfolg.

Der BGH argumentierte, es sei kein Sonderfall, bei dem die objektive Ungefährlichkeit schon nach dessen äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liege,

³⁶ BGH NStZ 2007, 332 = HRRS 2007 Nr. 206.

³⁷ Dagegen wurde die Qualifikation für das daneben zur Fesselung verwendete Paketklebeband bejaht, kritisch hierzu *Bosch JA* 2007, 468, 470.

³⁸ Ebenso BGH NStZ 2009, 95 = HRRS 2008 Nr. 947 zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB; BGH NStZ-RR 2008, 311 = HRRS 2008 Nr. 781; OLG Köln BeckRS 2010, 26147.

³⁹ BGH NStZ 2011, 278 = HRRS 2010 Nr. 855.

gegeben. Vielmehr sei die Gefährlichkeit für einen objektiven Beobachter gerade überhaupt nicht einzuschätzen.⁴⁰

5. BGH NStZ 2011, 703 (Wasserpistole)

Nach dem einer weiteren BGH-Entscheidung⁴¹ zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt diene eine Wasserpistole als „Waffenersatz“:

Der Angeklagte verbarg eine grellbunte Spielzeugpistole, die auch in ihrer Form einer echten Waffe nicht ähnelte, in seiner Jackentasche. Nach Betreten einer Sparkasse begab er sich zu dem Filialleiter und erklärte ihm, dass es sich um einen Banküberfall handele und er so schnell wie möglich so viel Geld wie möglich haben wolle. Zugleich deutete er an, mit einer Schusswaffe bewaffnet zu sein, indem er seine Hand in die Jackentasche steckte und mit der darin befindlichen Wasserpistole eine zielende Bewegung machte. Der Filialleiter, der den verborgenen Gegenstand nicht sehen konnte, aber befürchtete, dass es sich um eine echte Waffe handelte, ging mit ihm zum Kassenraum. Dort befanden sich zwei weitere Bankangestellte, die in dem Angeklagten den Täter wiedererkannten, der sie bei einem Überfall im Vorjahr mit einer echt aussehenden Pistole bedroht hatte. Sie sahen, dass er mit einem verborgenen Gegenstand drohte, und gingen davon aus, dass er eine echte Schusswaffe mit sich führe. Daraufhin erhielt der Angeklagte Bargeld i.H.v. 2.490 Euro ausgehändigt.

Der BGH nahm hier die Wasserpistole aus dem Qualifikationstatbestand aus, da sie nach dem äußeren Erscheinungsbild deutlich als Spielzeug zu klassifizieren sei. Die weiteren Umstände – dass der Bedrohungseffekt nur aus der verdeckten Verwendung resultierte und dass die Geschädigten aus einem zuvor durch den Angeklagten mit einer vermeintlich echten Pistole durchgeführten Überfall schlussfolgerten, dass er erneut mit einer echten Waffe drohe – müssten außen vor bleiben, denn sie hätten für den objektiven Betrachter keine Bedeutung.⁴²

IV. Koffertrolley als „schein-untaugliche Sache“, BGH HRRS 2015 Nr. 1019

Beim Einsatz eines Koffertrolleys als vermeintliche Kofferbombe ist der dritte Strafsenat des BGH nicht von einem offensichtlich ungefährlichen Gegenstand ausgegangen:⁴³

Der Angeklagte begab sich unter Mitführung eines Koffertrolleys, der sein Reisegepäck enthielt, in die C-Bank, trat auf den Kassenschalter zu und forderte von den Bankangestellten durch Vorlage eines Zettels die Auszahlung von 2.000 bis 3.000 Euro. Da die Angestellten sich zunächst weigerten, sagte der Angeklagte „Keine Polizei, kein Alarm, ich habe eine Kofferbombe, zahlen Sie aus!“, um damit die Herausgabe des geforderten Geldbetrages

⁴⁰ Kritisch *Hecker JuS* 2011, 757, 759; *Pfuhl JZS* 2010, 415, 417 f.

⁴¹ BGH NStZ 2011, 703.

⁴² Insofern zustimmend *Jahn JuS* 2012, 84, 85.

⁴³ BGH NStZ 2016, 215 = HRRS 2015, Nr. 1019.

zu erreichen. Die Anwendung dieser Drohung zur Durchsetzung seiner Forderung hatte er erst in diesem Moment spontan beschlossen. Der Zeuge I zahlte dem Angeklagten den gewünschten Geldbetrag aus, wobei er nicht davon überzeugt war, dass es sich bei dem Koffertrolley um eine Bombe handle. Er hatte aber die Sorge, dass der Angeklagte eine Spritze oder ein Messer bei sich habe und zur Durchsetzung seiner Forderung einsetzen könnte.

Zunächst sei ausreichend, dass der Täter die Gebrauchsabsicht erst während der Tat fasse. Die einschränkende Auslegung finde keine Anwendung, da nach dem äußeren Erscheinungsbild nicht erkennbar war, ob der Koffer eine Bombe enthielt. Die Fehlvorstellung des Zeugen I stelle eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf, welche für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung sei, dar.

Dieser Entscheidung wurde seitens der Literatur größtenteils mit Kritik begegnet. Angesichts der Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG) sei es bereits problematisch, die Qualifikation zu bejahen, wenn sich der Täter spontan dazu entschließt, einen mitgeführten Gegenstand einzusetzen, zumal der Täter den Gegenstand in diesem Falle nicht zum Einsatz mit sich führe, sondern ihn einsetze, weil er ihn mit sich führe.⁴⁴ Nach dem Wortlaut des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB ist der ursprüngliche Zweck der Mitnahme aber irrelevant. Verlangt wird nur, dass während der Tat zu irgendeinem Zeitpunkt des Beisichführens Gebrauchsabsicht besteht. Der Begriff des Beisichführens enthält keine Einschränkung im Sinne eines „von vornherein“.⁴⁵ Hinzu kommt, dass die gesteigerte Gefährlichkeit bei spontan beschlossenen Einsatz ebenso besteht wie bei von Beginn an geplantem Einsatz.⁴⁶ Eine abweichende Beurteilung würde zu der sinnwidrigen Folge führen, dass derjenige, der den Gegenstand zufällig dabei hat und gebraucht, die Qualifikation nicht erfüllt, wohl aber derjenige, der den Gegenstand nur zu diesem Zweck dabei hat, ohne ihn zu benutzen.⁴⁷

Weiter zeigt die Entscheidung aber, dass die Abgrenzung, danach ob die Bedrohungswirkung aus dem äußeren Erscheinungsbild des Gegenstands oder einer Täuschung resultiert, nicht durchführbar ist, denn bei allen Scheinwaffen ist die Ungefährlichkeit äußerlich gerade nicht erkennbar und entsteht die Bedrohungswirkung erst durch eine weitere Täuschungshandlung des Täters.⁴⁸

Der Heranziehung der Rechtsfigur über die Abweichung vom Kausalverlauf – ein von der Rechtsprechung i.R.d. Vorsatzes herangezogenes Kriterium,⁴⁹ zumal der Kausalverlauf als ungeschriebenes objektives Tatbestandsmerkmal vom Vorsatz umfasst sein muss⁵⁰ – hätte es nicht bedurft, da ein vorgestellter Kausalverlauf, von dem

abgewichen wird, nicht erkennbar ist. *Christian Jäger* stellt die Erwägung an, hierin ein neues, zusätzliches Abgrenzungskriterium zu sehen. Möglicherweise könne man zur teleologischen Reduktion verlangen, dass der Täter durch den Gegenstand beim Opfer gerade eine gesteigerte Drohwirkung erreichen will – die Rechtsfigur über unwesentliche Abweichungen vom Kausalverlauf könnte dann herangezogen werden, wenn mit der beabsichtigten Drohung artungleiche Drohwirkungen entstanden sind.⁵¹ Hiermit wäre, da der Täter typischerweise durch den Gegenstand zumindest eine gering gesteigerte Drohwirkung erreichen will und im Übrigen vielfach eine nur unwesentliche Abweichung von seinem Vorstellungsbild anzunehmen wäre, keine nennenswerte Einschränkung verbunden. Ferner lässt sich bereits die Heranziehung der Rechtsfigur durch den BGH nicht damit vereinbaren, dass nach ständiger Rechtsprechung⁵² in objektiver Hinsicht die Ernstnahme der Drohung durch das Opfer gerade nicht vorausgesetzt wird.

V. Fazit und Stellungnahme

Den Einwänden gegenüber der aktuellen Entscheidung und der seit mehr als zwei Jahrzehnten geäußerten Kritik⁵³ an der restriktiven Auslegung ist beizupflichten. Die Annahme, dass die Gefährlichkeit des Koffertrolleys von außen betrachtet nicht einschätzbar ist, ist zwar korrekt – selbst ein Bombensachverständiger würde den Koffer nicht ohne nähere Prüfung öffnen – jedoch trifft dies bei Außensicht auf alle Scheinwaffen zu. Ohne Begründung geblieben ist, wieso der BGH nur auf das äußere Erscheinungsbild und damit nur auf die Sinneswahrnehmung durch die Augen abstellt. Soweit dies mit der überragenden Bedeutung des Gesichtssinnes für die Erfassung der Umwelt begründet wird,⁵⁴ kann dies nicht überzeugen.⁵⁵ Wenn die Tatumstände die sinnliche Erkennbarkeit des Gegenstands ausschließen, etwa bei völliger Dunkelheit, könnte danach kein offensichtlich ungefährlicher Gegenstand gegeben sein,⁵⁶ es sei denn, man würde hier auf den objektiven Beobachter abstellen, für den die schlechten Lichtverhältnisse ebenso wenig ein Hindernis sind, wie die den Gegenstand verbergende Jacke. Der Einschüchterungseffekt beim Opfer – nach der Rechtsprechung einer der Gründe für die Einbeziehung von Scheinwaffen – kann auch durch andere Sinneswahrnehmungen erreicht werden.⁵⁷ Weiter lässt sich das Erscheinungsbild des Gegenstands nie alleine nach dem äußeren Erscheinungsbild isoliert von der Situation beurteilen. Der soziale Kontext spielt immer eine gewichtige Rolle – man denke an die Spielzeugpistole in der Hand eines Kindes beim Spielen verglichen mit derselben Pistole in der Hand einer maskierten Person in der Schalterhalle

⁴⁴ *Jäger* JA 2016, 71, 72.

⁴⁵ *Hillenkamp* JuS 1990, 454, 457.

⁴⁶ *Schumann* JR 2016, 339, 341.

⁴⁷ BGH NJW 1989, 2549, 2550 zu § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.

⁴⁸ *Jäger* JA 2016, 71, 72.

⁴⁹ BGH NJW 2003, 150, 153; BGH NJW 1991, 3161, 3161; BGH NJW 1990, 2560, 2566.

⁵⁰ *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2016), § 15 Rn. 11.

⁵¹ *Jäger* JA 2016, 71, 72 f.

⁵² BGH NStZ 2011, 278 = HRRS 2010 Nr. 855; BGH NJW 1990, 2570.

⁵³ Vgl. nur *Geppert* JURA 1999, 599, 604; *Grasnick* JZ 1993, 268, 269; *Graul* JR 1992, 297, 298; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 244 Rn. 29; *Küper*, in: Festschrift für Hanack (1999), S. 584; *Saal* JA 1997, 859, 863.

⁵⁴ *Kudlich* JR 1998, 357, 359.

⁵⁵ Vgl. *Eser/Bosch* a.a.O. (Fn. 26), § 250 Rn. 15.

⁵⁶ *Mitsch* NStZ 1992, 434, 435.

⁵⁷ *Eser/Bosch* a.a.O. (Fn. 26), § 250 Rn. 15.

einer Bank.⁵⁸ Der BGH stellt auf einen objektiven Betrachter ab, der den Gegenstand im Gegensatz zum Opfer äußerlich optisch wahrnimmt; geht der Bedrohungseffekt allerdings von einem Behältnis an sich aus, wie einer Reisetasche, ist dieser Betrachter darauf beschränkt, das Behältnis von außen zu sehen. Es bleibt vollkommen offen, wieso der Betrachter in die Manteltasche, aber nicht in die Reisetasche schauen kann. Die Einschüchterungswirkung kann nicht davon abhängen, ob dem Opfer die Sache gefährlich vorkommt, weil es ihre Beschaffenheit aus der gegenwärtigen Perspektive nicht erkennen kann oder weil die Sache durch ein Behältnis verborgen ist.⁵⁹ Es ist das Wesen einer Scheinwaffe, nicht der Ausnahmefall, dass die Drohwirkung auf einer Täuschung basiert.⁶⁰ Auch der Stellenwert, den die Täuschung im Einzelfall neben der Bedrohung durch den Gegenstand an sich einnimmt,⁶¹ ist ein zu vages Kriterium, als dass er zur Abgrenzung dienlich sein könnte.⁶² Man könnte erwägen, statt auf die Sicht eines objektiven Betrachters, auf die Sicht eines besonnenen Durchschnittsmenschen in der Rolle des Opfers abzustellen. Auch dies führt aber nicht weiter, da in derartigen Extremsituationen wohl kaum ein „Durchschnittsmensch“ die Echtheit der Waffe so ernsthaft in Frage stellen würde, dass dies für seine Einschüchterung und sein Handeln Konsequenzen hätte.

⁵⁸ *Grasnick* JZ 1993, 268, 269; *Lesch* StV JA 1999, 30, 36.

⁵⁹ *Kindhäuser* a.a.O. (Fn. 53), § 244 Rn. 29.

⁶⁰ *Fischer* a.a.O. (Fn. 7), § 250 Rn. 11c; *Lesch* StV 1999, 93, 94.

⁶¹ *So Kudlich* JR 2007, 381, 382; *ders.* a.a.O. (Fn. 28), § 244 Rn. 25.

⁶² *Hohmann* NStZ 1997, 184, 185.

Auch die Annahme eines minder schweren Falls nach § 250 Abs. 3 StGB, um einen Unrechtsgleichklang zwischen Grundtatbestand und Qualifikation zu vermeiden – so die Tendenz der Rechtsprechung vor Herabsetzung des Mindeststrafrahmens⁶³ –, ist keine gangbare Lösung, da Strafzumessungsregeln nicht dazu dienen, einen zu weit gefassten Tatbestand zu korrigieren und da eine Gesamtbetrachtung erforderlich ist, im Rahmen derer alleine die Ungefährlichkeit des eingesetzten Mittels nicht ausreicht,⁶⁴ um einen minder schweren Fall anzunehmen.⁶⁵

Nach alledem ist eine sinnvolle einschränkende Auslegung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB nicht möglich, eine uneingeschränkte Anwendung aber ebenfalls aufgrund des Bestimmtheits- und Schuldgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 1 Abs. 1 GG) nicht ernsthaft in Erwägung zu ziehen. In der Konsequenz ist nur ein Tätigwerden des Gesetzgebers durch Streichung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB sachgerecht, wobei dieses Ergebnis nicht pauschal auf die gleichlautende Diebstahlsqualifikation zu übertragen ist, da der Grundtatbestand des Diebstahls, anders als der des Raubes, kein Drohungselement enthält.⁶⁶

⁶³ BT-Drs. 13/8587, S. 44; BGH NJW 1989, 2549 zu § 250 Abs. 2 StGB a.F.

⁶⁴ BGH NStZ-RR 2001, 215, 216.

⁶⁵ Vgl. *Hillenkamp* JuS 1990, 454, 458 zu § 250 Abs. 2 StGB a.F.

⁶⁶ Allerdings stellen sich hinsichtlich der Bestimmtheit der Qualifikation die gleichen Fragen wie bei § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB.

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.

858. BVerfG 2 BvR 661/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juli 2016 (BGH / LG Erfurt)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Verurteilung eines Richters am Amtsgericht wegen Rechtsbeugung (richterliche Unabhängigkeit als grundrechtsähnliches Individualrecht; Verfassungsmäßigkeit des Amtsverlustes bei rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilung; Bindung des Richters an Gerichtsentscheidungen nur aufgrund gesetzlicher Anordnung; konstitutionelle Uneinheitlichkeit der Rechtspflege; Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht; einschränkende Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes; unvertretbare Rechtsanwendung bei sachfremden Motiven); angemessene zeitliche Rahmenbedingungen als Voraussetzung verantwortungsvoller richterlicher Tätigkeit (richterliches Beurteilungswesen als Anreiz für möglichst rasche Verfahrenserledigung auch unter Inkaufnahme inhaltlicher Defizite; unzureichende personelle Ausstattung der Strafjustiz der Länder).
Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 33 Abs. 5 GG; Art. 97 GG; § 90 BVerfGG; § 339 StGB

859. BVerfG 2 BvR 890/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. September 2016 (KG)

Auslieferung an das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Anwendungsvorrang des Unionsrechts; Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs; grundsätzliches Vertrauen gegenüber Mitgliedsstaaten der Europäischen Union im Hinblick auf Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz; Erschütterung des Vertrauens im Einzelfall; Prüfungspflicht der Gerichte; Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren; nemo tenetur se ipsum accusare; Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Schweigen des Beschuldigten als belastendes Indiz; Schutz der Menschenwürdegarantie nur für den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit; Auslieferungsverbot nur bei drohender Kernbereichsverletzung).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 35 Criminal Justice and Public Order Act [GB]; § 38 Abs. 3 Criminal Justice and Public Order Act [GB]

860. BVerfG 2 BvR 1454/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juli 2016 (LG Ellwangen)

Überwachung der Internetnutzung im Ermittlungsverfahren (Begriff der Telekommunikation in Grundgesetz und Strafprozessordnung; Verfassungsmäßigkeit einer weiten Auslegung; Berücksichtigung des Gewährleistungsgehalts des Telekommunikationsgeheimnisses; Nachrangigkeit des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme; längerfristige Überwachung des gesamten Internetverkehrs eines Beschuldigten; Eingriffstiefe und Rechtfertigung; Verhältnismäßigkeit im Einzelfall).
Art. 10 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG; Art. 80 Abs. 2 GG; Art. 87f GG; § 100a StPO; § 101 Abs. 7 StPO; § 3 Nr. 22 TKG; § 3 Nr. 23 TKG

861. BVerfG 2 BvR 1468/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Juli 2016 (OLG Karlsruhe)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (georgischer Staatsangehöriger; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates; enge Auslegung des § 10 Abs. 2 IRG; Willkürmaßstab).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK; § 10 Abs. 2 IRG; § 73 Satz 1 IRG; § 250 Abs. 1 StGB

862. BVerfG 2 BvR 2474/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Trier / AG Trier)

Durchsuchung einer Wohnung aufgrund eines anonymen Hinweises (Wohnungsgrundrecht; Anfangsverdacht; besonders sorgfältige Prüfung der Durchsuchungsvoraussetzungen bei Angaben anonymen Hinweisgeber; Pflicht der Ermittlungsbehörden zur Aktenvollständigkeit; fehlende Mitteilung an den Ermittlungsrichter über einen polizeilichen Fahndungsaufruf in der Presse).
Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 102 StPO; § 105 StPO; § 168b Abs. 1 StPO; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

863. BVerfG 2 BvR 2748/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Tübingen / AG Reutlingen)

Wohnungsdurchsuchung zur Aufklärung einer Verkehrsordnungswidrigkeit (Wohnungsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; besondere Bedeutung im Ordnungswidrigkeitenverfahren; Fahrtenbuchauflage kein milderes Mittel gegenüber der Durchsuchung; grundsätzliche Zulässigkeit der Durchsuchung auch bei Ordnungswidrigkeiten; keine schematische Untergrenze mit Blick auf die Bußgeldhöhe; Abwägung im Einzelfall; Vorrang eines anthropologischen Sachverständigengutachtens bei qualitativ gutem Beweisfoto; kein abstrakter Vorrang der Durchsuchung wegen „regelmäßig kurzer Verjährungsfristen“ im Ordnungswidrigkeitenrecht).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 33 OWiG; § 46 Abs. 1 OWiG; § 24 StVG; § 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO; § 31a StVZO

864. BVerfG 2 BvR 2040/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juli 2016 (OLG Celle)

Zulässigkeit eines Klageerzwingungsantrags (Ermittlungsverfahren wegen tödlicher Schüsse eines Polizeibeamten; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Darlegungsanforderungen an einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Mitteilung des wesentlichen Inhalts der maßgeblichen Beweismittel; Wiedergabe auch entlastender Umstände).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 212 StGB

865. BGH 3 StR 105/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Koblenz)

Nicht tragfähige Beweiswürdigung zur Drohung bei der Verurteilung wegen Erpressung; kein Vermögensschaden bei gutgläubigem Eigentumserwerb (kein Abhandenkommen bei auf Täuschung oder Nötigung beruhendem Einverständnis mit dem Sachverlust).

§ 253 StGB; § 263 StGB; § 261 StPO; § 932 BGB; § 935 BGB

866. BGH 3 StR 109/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Osnabrück)

BGHR; Amtsanmaßung (ausdrücklicher oder konkludenter Hinweis auf allgemein gehaltene Kennzeichnung als Funktionsträger; kein Erfordernis des Zugehörigkeitshinweises zu einer bestimmten Dienststelle); Betrug durch Erschleichen der PIN bei gleichzeitiger Offenlegung des Besitzes der Bankkarte (Abgrenzung zum Computerbetrug).

§ 132 StGB; § 263 StGB; § 263a StGB

867. BGH 3 StR 17/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet (Verwerfung der Revision im Beschlussverfahren; kein Erfordernis eines rechtlichen Hinweises des Revisionsgerichts auf seine Rechtsauffassung; rechtliches Gehör).

§ 265 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

868. BGH 3 StR 17/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016

Beschlussberichtigung.

§ 260 StPO

869. BGH 3 StR 46/16 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Bad Kreuznach)

Aussichtslosigkeit der beantragten Beweiserhebung als Voraussetzung einer Ablehnung wegen Prozessverschleppungsabsicht.

§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 6 StPO

870. BGH 3 StR 72/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Oldenburg)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Ausziehen eines Kindes als sexuelle Handlung „an“ dessen Körper; Bestimmung zur Vornahme einer sexuellen Handlung); Herstellen kinderpornographischer Schriften (Erfordernis einer Verwendungsabsicht nach altem Recht; für den Angeklagten günstigere Gesetzesfassung).

§ 176 StGB; § 184b StGB; § 2 Abs. 3 StGB

871. BGH 3 StR 85/16 – Beschluss vom 2. Juni 2016 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafte Überzeugungsbildung hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussage des Belastungszeugen (Gesamtwürdigung einzelner gegen den Wahrheitsgehalt einer Aussage sprechender Umstände).

§ 261 StPO

872. BGH 3 StR 86/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Stuttgart)

Kriminelle Vereinigung (einschränkende Auslegung; Schutzzweck der Norm; Verhältnismäßigkeit; Straftaten von einigem Gewicht; Sachbeschädigungen; Prägung des Erscheinungsbildes der Vereinigung); Beweiswürdigung.

§ 129 StGB; § 261 StGB

873. BGH 3 StR 119/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Bad Kreuznach)

Eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts trotz neu hinzutretender Strafzumessungstatsachen.

§ 354 Abs. 1a StPO

874. BGH 3 StR 120/16 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Duisburg)

Versuchter Heimtückemord durch Einsatz einer Schusswaffe (Arglosigkeit; offen feindseliges Auftreten; kurze Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff; Wegfall der Wehrlosigkeit aufgrund von Flucht des Opfers; Einsatz einer eigenen Waffe zu Verteidigungszwecken).

§ 211 StGB

875. BGH 3 StR 124/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Verneinung des „doppelten Gehilfenvorsatzes“ (psychische Hilfeleistung; Rückschluss auf den Vorsatz aus äußeren Umständen; Widerspruch zu den Feststellungen); Bewertung einer Äußerung als Bedrohung (Auslegung; Begleitumstände der Tatsituation; Inaussichtstellen eines Verbrechens; objektiver Eindruck der Ernstlichkeit; Überprüfung durch das Revisionsgericht); keine sukzessive Mittäterschaft nach Beendigung der gefährlichen Körperverletzung.

§ 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 224 StGB; § 241 StGB

876. BGH 3 StR 125/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Lüneburg)

Darstellung der früheren Taten bei der Bildung einer Einheitsjugendstrafe.
§ 31 Abs. 2 Satz 1 JGG

877. BGH 3 StR 125/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Lüneburg)

Gegenstandslosigkeit der nach bereits erfolgter Sachentscheidung eingegangenen Revisionsrücknahme.
§ 302 StPO

878. BGH 3 StR 129/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Verden)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei der räuberischen Erpressung (entbehrliche Mitwirkung am Kerngeschehen; Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung; Tatausführung; Gewicht des Tatbeitrags; Tatherrschaft; Interesse am Taterfolg; Auswahl und Auskundschaftung der Tatobjekte; Anmieten des Fluchfahrzeugs).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

879. BGH 3 StR 143/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

880. BGH 3 StR 150/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Mönchengladbach)

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

881. BGH 3 StR 153/16 – Urteil vom 28. Juli 2016 (LG Oldenburg)

Fehlerhafte Protokollierung zu verständigungsbezogenen Gesprächen vor Beginn der Hauptverhandlung (Auslösen der Mitteilungspflicht; Umstände einer Verständigung als Gesprächsgegenstand; prozessuales Verhalten in Konnex zum Verfahrensergebnis; unverbindliche Erörterungen; Hinweis auf strafmildernde Wirkung des Geständnisses); keine Erstreckung der Protokollierungspflicht auf informelle Verständigungen außerhalb der Hauptverhandlung; Angriffsrichtung der Rüge.
§ 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 S. 1 StPO; § 257c StPO; 273 Abs. 1a StPO; § 344 Abs. 2 StPO

882. BGH 3 StR 157/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Duisburg)

Besonders schwerer Raub (im Zeitpunkt der Begründung des Wegnahmevorsatzes bereits abgeschlossene Verwendung einer Waffe zum Zwecke der Drohung).
§ 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

883. BGH 3 StR 158/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (OLG Frankfurt a. M.)

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

884. BGH 3 StR 162/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Krefeld)

Nachholung einer nicht festgesetzten Einzelfreiheitsstrafe (kein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot); Anrechnung von im Ausland erlittener Haft.
§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 51 StGB

885. BGH 3 StR 165/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Wuppertal)

Voraussetzungen der Mittäterschaft bei gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung (kein Erfordernis eigenhändiger Mitwirkung an Körperverletzungshandlung; abwesender Tatbeteiligter; allgemeine Regeln zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Mitwirkung am Kerngeschehen; Tatherrschaft; eigenes Interesse an der Tat).
§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

886. BGH 3 StR 166/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Hannover)

Fehlende Festsetzung von Einzelstrafen in einzelnen Fällen bei Bildung einer Gesamtstrafe.
§ 54 StGB; § 260 StPO

887. BGH 3 StR 182/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (keine Angaben zu Zeitpunkt und Vollstreckungsstand einer einbezogenen Verurteilung).
§ 55 StGB

888. BGH 3 StR 196/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Trier)

Erfolgreiche Verfahrensrüge bei fehlendem rechtlichen Hinweis (beabsichtigte Verurteilung wegen Allein- anstatt Mittäterschaft; Beruhen bereits bei nicht auszuschließender Möglichkeit einer anderen Verteidigung; besonders schwerer Raub (Feststellungen zum Vorhandensein einer konkreten Todesgefahr; Vorsatz).
§ 265 StPO; § 25 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) StGB

889. BGH 3 StR 211/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellungen zum Vorliegen einer nicht nur vorübergehenden psychischen Störung als Ursache der Anlasstat); Aufhebung des Freispruchs bei allein vom Angeklagten eingelegter Revision; Voraussetzungen einer Verurteilung nach dem GewSchG.
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 358 StPO; § 4 GewSchG; § 1 GewSchG

890. BGH 3 StR 221/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Mönchengladbach)

Voraussetzungen der Täterschaft bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln (im Inland bleibender Beteiligter; Grad des Eigeninteresses an der Tat, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft oder Wille dazu; bloße Bereitschaft zur Entgegennahme); erforderliche konkrete Aussicht auf einen Therapieerfolg als Voraussetzung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 29 BtMG; § 64 StGB

891. BGH 3 StR 231/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Düsseldorf)

Ablehnung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat bei gezielter Enthemmung durch Rauschmittelkonsum zur Tatbegehung; Mitursächlichkeit des Hangs für die Tatbegehung; maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt).

§ 64 StGB

892. BGH 3 StR 243/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafte Unterlassung der Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen des Hangs; chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit; intensive Neigung zum übermäßigen Konsum; Beeinträchtigung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Grenze der physischen Abhängigkeit).

§ 64 StGB

893. BGH 3 StR 250/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Stade)

Teileinstellung.

§ 154 Abs. 2 StPO

894. BGH 3 StR 264/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Lüneburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

895. BGH 3 StR 287/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Osnabrück)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hangs; indizielle Bedeutung der Beeinträchtigung von Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Gefährlichkeit des Täters; Schutzzweck der Maßregel).

§ 64 StGB

896. BGH 3 StR 449/15 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG München II)

Volksverhetzung durch öffentliches Leugnen des Holocausts (Begriff des Leugnens; wahre Tatsachen; Inabredestellen; Bezweifeln; wissenschaftlich umstrittene Tatsachen; Auslegung; revisionsgerichtliche Überprüfung; Holocaust als geschichtlich erwiesene Tatsache; Meinungsfreiheit; Teile der inländischen Bevölkerung); Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Begehung eines abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikts im Ausland (Erfolgsort; Umschlagen der abstrakten in eine konkrete Gefahr; Außenweltveränderung; Vorlagepflicht); Missbrauch von Berufsbezeichnungen (Bezeichnung als Rechtsanwalt bei erloschener Zulassung; Hinweis in Fußnote).

§ 130 Abs. 3 StGB; § 3 StGB; § 7 StGB; § 9 StGB; Art. 5 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 10 EMRK; Art. 17 EMRK; § 132 GVG

897. BGH 3 StR 466/15 – Beschluss vom 9. August 2016 (OLG Düsseldorf)

Konkurrenzverhältnis zwischen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung und schwerer staatsgefährdender Gewalttat (Tateinheit; Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs; keine Deckungsgleichheit bzgl. Anwendungsbereich und Strafgrund).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 89a StGB

898. BGH 5 StR 118/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Chemnitz)

Unzureichende Feststellungen zum möglichen Rücktritt vom Tötungsversuch.

§ 24 StGB

899. BGH 5 StR 141/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

900. BGH 5 StR 182/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Potsdam)

BGHSt; Verhältnis von Geldwäsche und Verurteilung wegen der Vortatbegehung auf wahldeutiger Grundlage (Anwendbarkeit der allgemeinen Konkurrenzregel; persönlicher Strafaufhebungsgrund); Verfassungsmäßigkeit der unechten Wahlfeststellung.

§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

901. BGH 5 StR 223/16 (alt: 5 StR 222/15) – Beschluss vom 16. August 2016

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a Satz 1 StPO

902. BGH 5 StR 231/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Potsdam)

Sachlichrechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellation (Fehlen einer hinreichend detaillierten Darstellung der belastenden Aussage; keine Mitteilung der wesentlichen Anknüpfungstatsachen eines Glaubhaftigkeitsgutachtens).

§ 261 StPO

903. BGH 5 StR 246/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

904. BGH 5 StR 254/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (fehlende Feststellungen zur sicher zumindest erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit; Widerspruch der Annahme einer Unfähigkeit zu rationalem Handeln zum auch von List geprägten Tatbild).

§ 63 StGB

905. BGH 5 StR 264/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

906. BGH 5 StR 270/16 – Beschluss vom 7. Juli 2016 (LG Berlin)

Belastende Verwertung von durch vorläufige gerichtliche Verfahrenseinstellung ausgeschiedenen Taten (Berücksichtigung in der Strafzumessung; Erforderlichkeit eines rechtlichen Hinweises; Vertrauenstatbestand; faires Verfahren; rechtliches Gehör); Wertersatzverfall.

§ 154 StPO; § 265 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB.

907. BGH 5 StR 276/16 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Berlin)

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

908. BGH 5 StR 277/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Kiel)

Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erhebliche rechtswidrige Taten).
§ 63 StGB

909. BGH 5 StR 279/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Cottbus)

Verbreitungsabsicht bei der Herstellung (kinder-)pornographischer Schriften nach alter Gesetzesfassung.
§ 184b StGB

910. BGH 5 StR 283/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Braunschweig)

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

911. BGH 5 StR 284/16 (alt: 5 StR 569/14) – Beschluss vom 22. Juli 2016 (LG Flensburg)

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

912. BGH 5 StR 289/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung bei ausgeschlossener Kausalität zwischen Verfahrensverstoß und Urteil.
§ 338 Nr. 8 StPO

913. BGH 5 StR 289/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

914. BGH 5 StR 294/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Lübeck)

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

915. BGH 5 StR 309/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Berlin)

Keine selbstständige Einziehung eines Gegenstandes im Sicherungsverfahren.
§ 74 StGB; § 413 StPO; § 440 Abs. 1 StPO

916. BGH 5 StR 313/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Hamburg)

Keine Verurteilung wegen in der Hauptverhandlung vorläufig eingestellter und nicht förmlich wiederaufgenommener Tat.
§ 154 StPO

917. BGH 5 StR 324/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Neuruppin)

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

918. BGH 5 StR 359/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Saarbrücken)

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

919. BGH 5 StR 502/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Hamburg)

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

920. BGH 5 AR (Vs) 44/16 – Beschluss vom 2. August 2016

Verwerfung der Rechtsbeschwerde gegen nicht anfechtbaren Beschluss des OLG als unzulässig.
§ 29 EGGVG

921. BGH 5 AR (Vs) 45/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016

Verwerfung der Rechtsbeschwerde gegen nicht anfechtbaren Beschluss als unzulässig.
§ 29 EGGVG

922. BGH AK 41/16 – Beschluss vom 28. Juli 2016

Haftprüfungsverfahren (Prüfungsgegenstand; kein Vollzug des Haftbefehls bei Überhaft; keine Berücksichtigung des nicht ordnungsgemäß verkündeten erweiterten Haftbefehls im Haftfortdauerbeschluss); Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Unschuldsumutung; Verhältnismäßigkeit von Anordnung und Dauer der Untersuchungshaft; Abwägung zwischen Freiheitsanspruch und Strafverfolgungsinteresse.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

923. BGH AK 43/16 – Beschluss vom 11. August 2016

Dringender Tatverdacht wegen eines Kriegsverbrechens gegen humanitäre Operationen (geschützter Personenkreis; Voraussetzungen eines Angriffs; funktionaler Zusammenhang zwischen Angriff und bewaffnetem Konflikt); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr.

§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VStGB; § 112 StPO; § 121 StPO

924. BGH AK 44/16 – Beschluss vom 29. August 2016

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland („PKK“).

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

925. BGH StB 12/16 – Beschluss vom 11. August 2016 (KG Berlin)

Anforderungen an den Tatverdacht bei der Telekommunikationsüberwachung (Verdachtsgrad; Katalogtat; tatsächengestützte Annahme; kriminalistische Erfahrung; Konkretisierung und Verdichtung; Ermittlungs- und Erkenntnisstand; Beurteilungsspielraum der anordnenden Stelle; Beweiswert von Textvergleichen; „Personenraster“ für Mitglieder einer bestimmten Gruppe; terroristische oder kriminelle Vereinigung).

§ 100a StPO; § 129 StGB; § 129a StGB

926. BGH StB 24/16 – Beschluss vom 29. August 2016

BGHR; keine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Nebenbeteiligung des Verfallsinteressierten durch das OLG (selbständiges Verfallsverfahren; Anordnung des Verfalls; kein nachhaltiger Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen); Kostenlast im Beschwerdeverfahren. § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 5 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 473 Abs. 1 StPO; § 440 StPO; § 441 StPO

927. BGH StB 25/16 – Beschluss vom 11. August 2016 (OLG Stuttgart)

Verwerfung der Haftbeschwerde als unbegründet (keine Notwendigkeit der näheren Darlegung des dringenden Tatverdachts bei Haftfortdauerbeschluss nach verurteilendem Erkenntnis; Fluchtgefahr; Schwerekriminalität). § 112 StPO; § 268b StPO

928. BGH StB 27/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (OLG Frankfurt a. M.)

BGHR; schwerwiegende entwürdigende oder erniedrigende Behandlung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person (Erstreckung des Schutzbereichs auf Verstorbene); dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an einer terroristischen Organisation im Ausland („IS“); Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr. § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO

929. BGH 1 StR 130/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Bielefeld)

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

930. BGH 1 StR 136/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG München I)

Verständigung (staatsanwaltliche Zusagen zur Einstellung in anderen Verfahren: Verbot von Gesamtlösungen, fehlende Bindungswirkung, Zulässigkeit der unverbindlichen Ankündigung einer Einstellung); Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Mitteilung aller Verständigungsgespräche, regelmäßiges Beruhen auf einem Verstoß). § 257c Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 154 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

931. BGH 1 StR 165/16 – Beschluss vom 8. August 2016 (LG Hof)

Unbegründete Anhörungsrüge. § 356a StPO

932. BGH 1 StR 200/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Ansbach)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konsumtion des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge). § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG.

933. BGH 1 StR 20/16 – Urteil vom 16. Juni 2016 (LG Kaiserslautern)

Betrug (Vermögensschaden: keine grundsätzliche Beschränkung der Zurechnung von Vermögensschaden zum Täter, insb. Vermögenswerte, die nicht Gegenstand der Täuschung waren, Selbstschädigungsbewusstsein, Anwendung auf gegenseitige Verträge, wirtschaftliche Be-

trachtungsweise; Stoffgleichheit); Urkundenfälschung (Gebrauchen einer unechten Urkunde durch Faxen computertechnisch veränderter Dokumente: Urkundenqualität der veränderten Dokumente); Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (keine Mitteilungspflicht für Gespräche im Ermittlungsverfahren).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 4 StPO, § 160b StPO; § 202a StPO, § 212 StPO; § 257c StPO

934. BGH 1 StR 226/16 – Beschluss vom 10. August 2016 (LG Stuttgart)

Absehen von der Anordnung des Verfalls, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist (Ermessensentscheidung des Tatrichters; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit auf Ermessensfehler). § 73 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

935. BGH 1 StR 63/16 – Beschluss vom 11. August 2016 (LG Hof)

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

936. BGH 1 StR 91/16 – Beschluss vom 22. August 2016 (LG Traunstein)

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

937. BGH 1 StR 233/16 – Beschluss vom 10. August 2016 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Bestimmung des Steuerschuldumfanges: subsidiäre Möglichkeit der Schätzung). § 370 Abs. 1 AO

938. BGH 1 StR 241/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG München I)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Versuchsbeginn: Erreichen der Hoheitsgrenze bzw. Kontrollstelle). § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

939. BGH 1 StR 279/16 – Beschluss vom 13. Juli 2016 (LG München I)

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

940. BGH 1 StR 283/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Heidelberg)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. § 44 StPO

941. BGH 1 StR 290/16 – Beschluss vom 25. August 2016 (LG Mannheim)

Bankrott (Feststellung der Zahlungsunfähigkeit). § 283 Abs. 1 StGB

942. BGH 1 StR 292/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Weiden)

Absehen von der Anordnung des Verfalls, da das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist (Voraussetzungen). § 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

943. BGH 1 StR 301/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG München II)

Rechtsmittelverzicht (Wirksamkeit: Voraussetzungen der prozessualen Handlungsfähigkeit, unbeachtliche Täuschung durch den Verteidiger).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

944. BGH 1 StR 315/15 – Beschluss vom 18. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilung; Verlauf und Inhalt; Protokollierung der Mitteilung; regelmäßiges Beruhen auf einem Verstoß).
§ 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO; § 337 StPO

945. BGH 1 StR 315/15 – Beschluss vom 18. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafzumessung bei mehreren Angeklagten.
§ 46 Abs. 1 StGB

946. BGH 1 StR 315/15 – Beschluss vom 18. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

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

947. BGH 1 StR 336/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Hof)

Bewaffnete unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Vorliegen eines minderschweren Falls).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BtMG

948. BGH 1 StR 380/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG Aschaffenburg)

Rücknahme der Revision (Anforderungen an den Geisteszustand des Revisionsführers).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

949. BGH 1 StR 607/15 – Urteil vom 26. Juli 2016 (LG Traunstein)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung aller Tatumstände, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

950. BGH 1 ARs 5/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (BGH)

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

951. BGH 2 StR 59/16 – Urteil vom 20. Juli 2016 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).
§ 261 StPO

952. BGH 2 StR 92/15 – Urteil vom 30. März 2016 (LG Köln)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: umfassende Glaubhaftigkeitsprüfung, Darstellung im Urteil).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

953. BGH 2 StR 116/16 – Beschluss vom 13. Juli 2016 (LG Bonn)

Aufklärungsrüge (keine Abhängigkeit des Erfolgs vom Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten).
§ 244 Abs. 2 StPO

954. BGH 2 StR 154/16 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Bonn)

Diebstahl (Wegnahme: Abgrenzung zum Betrug bei täuschungsbedingter Gewahrsamslockerung; Willensrichtung des Getäuschten, relevanter Zeitpunkt bei mehraktigem Geschehen).
§ 242 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

955. BGH 2 StR 161/16 – Urteil vom 27. Juli 2016 (LG Erfurt)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (begrenzte Revisibilität des Freispruchs).
§ 261 StPO

956. BGH 2 StR 195/16 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Limburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose)
§ 63 StGB

957. BGH 2 StR 227/16 – Beschluss vom 11. August 2016 (LG Gera)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Annahme eines minderschweren Falls: Doppelverwertungsverbot).
§ 176a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

958. BGH 2 StR 344/14 – Urteil vom 24. März 2016 (LG Köln)

Betrug (Täuschung; unbeachtliche Erkennbarkeit der Täuschung; Vermögensschaden: Gesamtsaldierung, Geldwert von Forderungen, Ausfallrisiko; Drittbereicherungsabsicht); Strafzumessung (Berücksichtigung einer überdurchschnittlichen Verfahrensdauer neben dem zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil und eines Vollstreckungsabschlags wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung, Darstellung im Urteil); Besetzung des Gerichts (unterjährige Änderung des Geschäftsverteilungsplans: berücksichtigungsfähige Umstände, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 263 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG

959. BGH 2 StR 355/15 – Urteil vom 1. Juni 2016 (LG Kassel)

Tateinheit (Voraussetzungen); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens; Tateinheit).
§ 52 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

960. BGH 2 StR 451/15 – Urteil vom 27. Juli 2016 (LG Limburg)

Geldwäsche (Begriff des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat; Surrogate; Begriff des Verschleierns: keine Heimlichkeit erforderlich; Gefährdung des Auffindens des Gegenstandes: konkretes Gefährdungsdelikt).
§ 261 Abs. 1 StGB

961. BGH 2 StR 476/15 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Gießen)

Verschlechterungsverbot (höhere Festsetzung einer Einzelstrafe bei Verbindung mit einer anderen Tat zur Tateinheit).

§ 358 Abs. 2 StPO; § 54 StGB; § 52 StGB

962. BGH 2 StR 486/15 – Beschluss vom 13. Juli 2016 (LG Erfurt)

Würdigungsfehler bei der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

963. BGH 2 StR 514/15 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Rostock)

Übernahmebeschluss (Form)

§ 225a Abs. 1, Abs. 3 StPO

964. BGH 2 StR 585/15 – Beschluss vom 25. August 2016 (LG Aachen)

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erforderlichen erzieherischen Einwirkung; Darstellung im Urteil).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

965. BGH 2 StR 586/15 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Wiesbaden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit wegen Bewertungseinheit: Vermischung mehrerer zum Zweck der Weiterveräußerung erworbener Rauschgiftmengen).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

966. BGH 2 ARs 183/16 (2 AR 97/16) – Beschluss vom 10. August 2016

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Beschlüsse des OLG im Klageerzwingungsverfahren

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 172 Abs. 2, Abs. 4 StPO

967. BGH 2 ARs 205/16 (2 AR 126/16) – Beschluss vom 2. August 2016

Bestimmung des zuständigen Gerichts.

§ 13a StPO

968. BGH 2 ARs 211/16 (2 AR 103/16) – Beschluss vom 23. August 2016

Unzulässiges Ablehnungsgesuch.

§ 26a Abs. 1 StPO

969. BGH 2 ARs 297/16 (2 AR 163/16) – Beschluss vom 4. August 2016

Verbindung von Strafsachen.

§ 2 StPO

970. BGH 2 ARs 443/15 (2 AR 21/16) – Beschluss vom 12. Juli 2016

Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

971. BGH 4 StR 1/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Gießen)

Entziehung der Fahrerlaubnis (erforderliche Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (verkehrsfremder Inneneingriff durch Bereiten eines Hindernisses: Voraussetzungen; konkrete Gefahr für Leib oder Leben).

§ 69 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB

972. BGH 4 StR 142/16 – Urteil vom 4. August 2016 (LG Stuttgart)

Verhängung von Jugendstrafe wegen besonderer Schwere der Schuld (Maßgeblichkeit des subjektiven Unrechts; Bemessung der Jugendstrafe).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG; § 46 StGB

973. BGH 4 StR 156/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

974. BGH 4 StR 163/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Halle)

BGHR; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse bei der Verordnung von Heilmitteln: Begriff der Vermögensbetreuungspflicht, Hauptpflicht, sozialrechtliches Wirtschaftlichkeitsgebot; Vermögensschaden bei Verordnung von Heilmitteln: Gefährdungsschaden bereits durch das Ausstellen der Verordnung; Unmittelbarkeitserfordernis).

§ 266 Abs. 1 StGB

975. BGH 4 StR 24/15 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

976. BGH 4 StR 72/15 – Beschluss vom 30. August 2016

Gewährung einer Pauschgebühr.

§ 51 Abs. 1, Abs. 2 RVG

977. BGH 4 StR 195/16 – Urteil vom 4. August 2016 (LG Magdeburg)

Schwerer Raub (Beisichführen eines Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden: Fesselungs- und Knebelungswerkzeuge).

§ § 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB

978. BGH 4 StR 195/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Magdeburg)

Drittwirkung von Verwertungsverboten (Vorenthalten des anwaltlichen Beistands gegenüber einem Mitangeklagten).

Art. 6 Abs. 3 c) EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

979. BGH 4 StR 197/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Essen)

Nachstellen (Begriff der Beharrlichkeit: subjektives Element der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit, erforderliche Gesamtbetrachtung, Bedeutung besonders intensiver Eingriffe in die Recht des Opfers).

§ 238 Abs. 1 StGB

980. BGH 4 StR 207/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Bochum)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtbetrachtung).

§ 64 StGB

981. BGH 4 StR 230/16 – Beschluss vom 4. August 2016 (LG Bochum)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: symptomatischer Zusammenhang zwischen psychischer Erkrankung und Tat); wirksamer Eröffnungsbeschluss (Voraussetzungen; Rechtsfolge der Unwirksamkeit: Verfahrenshindernis).
§ 63 StGB; § 203 StPO

982. BGH 4 StR 237/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Detmold)

Anhörungsrüge (Begründung: Mitteilung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung von der Gehörsverletzung).
§ 356a Satz 3 StPO

983. BGH 4 StR 251/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Hagen)

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

984. BGH 4 StR 286/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Essen)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

985. BGH 4 StR 290/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Halle)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

986. BGH 4 StR 304/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Dortmund)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: Berücksichtigung des teilweisen Gebrauchs aus Eigenbedarf, Schätzung der Mengen).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

987. BGH 4 StR 305/16 – Beschluss vom 3. August 2016 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (kein Beruhen des Urteils auf fälschlicher Anwendung der alten Rechtslage).
§ 63 StGB

988. BGH 4 StR 317/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Zwickau)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen und fremder Sachen durch Fahruntüchtigkeit bei Polizeiflucht).
§ 315c Abs. 1 StGB

989. BGH 4 StR 321/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Paderborn)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Fristbeginn: Kenntnisnahme des Angeklagten).
§ 44 StPO; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

990. BGH 4 StR 331/16 – Beschluss vom 16. August 2016 (LG Konstanz)

Wohnungseinbruchsdiebstahl (Tateinheit bei Einbruch in mehreren Wohnungen in einem Wohnblock).
§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 52 StGB

991. BGH 4 StR 341/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Arnsberg)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung bei mehreren Vorverurteilungen).
§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

992. BGH 4 StR 362/15 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Detmold)

BGHR; Betrug (Täuschung: Adressat von Geboten im Zwangsvollstreckungsverfahren: keine Erklärung gegenüber Mitbietern; Irrtum: sachgedankliches Mitbewusstsein, normative Bestimmung der Vorstellung, keine Vorstellung des die Zwangsversteigerung leitenden Rechtspflegers über die Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit eines Bieters; Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, wirtschaftliche Betrachtungsweise, Schaden durch Hingabe eines Darlehens).
§ 263 Abs. 1 StGB; § 66 Abs. 2 ZVG; § 71 Abs. 1 ZVG

993. BGH 4 StR 523/15 – Urteil vom 4. August 2016 (LG Dortmund)

Betrug (Täuschung durch Unterlassen: ausnahmsweise Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss bei besonderen auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Verbindungen, Gesellschaftsverträge).
§ 263 Abs. 1 StGB