

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; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Leipzig); 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. Christian Fahl, Greifswald – **Beihilfe zum staatlich organisierten Massenmord** Anm. zu BGH HRRS 2016 Nr. 1123 S. 167

Ass. iur. Carolin Castorf, Berlin – **Die Anforderungen an die Beschränkung des Zugangs zu einem Verteidiger im Ermittlungsverfahren nach der EMRK** Zugl. Anmerkung zu EGMR HRRS 2017 Nr. 272 S. 169

RiLG Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe – **Ausschluss der Erfolgszurechnung durch eine hypothetisch rechtfertigende richterliche Gewahrsamsanordnung?** Bespr. zu BGH HRRS 2014 Nr. 1026 S. 174

RA Onur U. Özata, Berlin – **Gruppenvertretung als zulässiges Mittel gegen die Hypertrophie in der Nebenklage?** S. 197

Entscheidungen

EGMR **Beschränkter Zugang zum Verteidiger bei Terrorgefahr (Ibrahim ua. v. UK)**

BVerfG **Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch Einstellungsentscheidung**

BGHSt **Entbehrlicher Widerspruch bei grober Verkennung des Richtervorbehalts**

BGHSt **Minderheitenrechte im Untersuchungsausschuss (Fall Snowden)**

BGH **Divergenzvorlage zum schuldhaften Sich-Berauschen**

BGH **Divergenzvorlage zur Tateinheit im BtM-Strafrecht**

BGH **Nötigung und Anbringung von Parkkrallen**

BGH **Kein Widerruf der Verständigung durch die StA**

Die Ausgabe umfasst 137 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFÜHRUNG

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; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Leipzig); 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

18. Jahrgang, April 2017, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

272. EGMR Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09 – Urteil der Großen Kammer vom 13. September 2016 (Ibrahim und andere v. Großbritannien)

Aufschub des Rechts auf Verteidigerbeistand (Recht auf ein faires Verfahren; zwingende Gründe für die Beschränkung; Gesamtfairness des Verfahrens); Sondervotum Mahoney; Sondervotum Sajó und Laffranque; Sondervotum Hajiyev, Yudkivska, Lemmens, Mahoney, Silvis und O'Leary.

Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

1. Das Recht auf Verteidigerbeistand ist eines der fundamentalen Bestandteile eines jeden fairen Strafverfahrens. Seine Missachtung kann für eine Konventionsverletzung für sich genommen genügen. Dies ist aber nicht stets der

Fall. Es kommt auch diesbezüglich regelmäßig auf eine Betrachtung der Fairness des gesamten Verfahrens an.

2. Ob die Beschränkung des Zugangs zu einem Verteidiger mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbar ist, ist in zwei Schritten zu prüfen. Zunächst muss das Gericht darüber entscheiden, ob zwingende Gründe für die Beschränkung bestehen. In einem zweiten Schritt muss das Gericht den Einfluss der Beschränkung auf die Gesamtfairness des Verfahrens abschätzen und entscheiden, ob das Verfahren insgesamt fair war. Fehlt ein zwingender Grund, macht dies die Verwertung von Aussagen, die während der Beschränkung vom Beschuldigten erlangt worden sind, nicht stets gemäß Art. 6 EMRK unzulässig. Allerdings ist in diesen Fällen eine sehr strikte Prüfung der Gesamtfairness notwendig. Der verantwortliche Ver-

tragsstaat muss hier überzeugend darlegen, weshalb das konkrete Verfahren ausnahmsweise noch fair gewesen sein sollte.

3. Ein zwingender Grund kann vorliegen, wenn überzeugend dargelegt wird, dass eine Beschränkung des Zugangs zu einem Verteidiger dringend erforderlich ist, um schwere nachteilige Folgen der Straftat für Leben, Freiheit oder physische Integrität zu vermeiden. In dem Fall sind die Behörden verpflichtet, die Rechte von potentiellen oder tatsächlichen Opfern aus den Art. 2, 3 und 5 I EMRK zu schützen. Die unspezifische Behauptung der Behörden, dass durch Verteidigerbeistand ungewollt sensible Informationen an die Öffentlichkeit kämen und andere Verdächtige gewarnt würden, stellt für sich genommen hingegen keinen zwingenden Grund dar. Ebenso ist auch in einer Lage, in der schwere nachteilige Folgen der Straftat für Leben, Freiheit oder physische Integrität zu vermeiden sind, unzulässig, eine als Beschuldigte angesehene Person fernab der gesetzlichen Regelungen als Zeugen zu vernehmen, ohne sie über ihr Schweigerecht und das grundsätzliche Recht auf Verteidigerbeistand zu belehren.

4. Bei der Untersuchung, ob die Verwertung der während der Befragung getätigten Aussagen das Strafverfahren als Ganzes unfair gemacht haben, muss insbesondere das Gewicht der Nachteile für die Rechte des Angeklagten berücksichtigt werden. Zu einem Einzelfall, in dem die Verwertung durch den EGMR auf der Basis zwingender Gründe (Terrorismusabwehr) trotz einer problematischen Belehrung auch im Licht der übrigen Beweise als zulässig erachtet wurde.

276. BVerfG 2 BvR 2282/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. März 2017 (StA Rostock)

Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch die Begründung einer Einstellungsmitteilung (Ermittlungsverfahren gegen einen Jugendlichen; Absehen von der Verfolgung; Unzulässigkeit einer Schuldfeststellung oder Schuldzuweisung; Zulässigkeit der Beschreibung und Bewertung einer Verdachtslage; Formulierung der Entscheidungsgründe).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 45 Abs. 1 JGG; § 153 StPO

1. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitende Unschuldsvermutung schließt es nicht aus, in einer das Strafverfahren ohne förmlichen Schuldspruch beendenden Entscheidung einen verbleibenden Tatverdacht festzustellen und zu bewerten. An diesen dürfen auch Rechtsfolgen ohne Strafcharakter geknüpft werden.

2. Aus der Begründung solcher Entscheidungen muss allerdings deutlich hervorgehen, dass es sich nicht um eine Schuldfeststellung oder -zuweisung handelt, sondern nur um die Beschreibung und Bewertung einer Verdachtslage.

3. Die Begründung der Mitteilung über ein Absehen von der Verfolgung gemäß § 45 Abs. 1 JGG verstößt gegen die Unschuldsvermutung, wenn sie die Formulierung enthält, der Beschuldigte habe „sich durch sein Verhalten einer Straftat schuldig gemacht“, und damit nicht mehr

nur als gebotene Beschreibung einer Verdachtslage ausgelegt werden kann.

273. BVerfG 1 BvR 1259/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Berlin / AG Tiergarten)

Akteneinsicht für die Nebenklägerin (Recht des Angeklagten auf informationelle Selbstbestimmung; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Rechtsschutzinteresse grundsätzlich nur bei gegenwärtiger Beschwer, Wiederholungsgefahr oder fortwirkender Beeinträchtigung; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse auch bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen und tief greifendem Grundrechtseingriff; Eingriffsschwere bei Akteneinsicht als Frage des Einzelfalls; Würdigung des konkreten Akteninhalts; Pflicht zur Anhörung des Beschuldigten vor Akteneinsicht für Dritte; Vertiefung des Grundrechtseingriffs bei unterbliebener Anhörung; Versagung der Akteneinsicht bei Gefährdung des Untersuchungszwecks in „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 406e StPO; § 174 StGB

1. Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, ein Rechtsschutzinteresse nur solange anzunehmen, wie in dem gerichtlichen Verfahren eine gegenwärtige Beschwer ausgeräumt, einer Wiederholungsgefahr begegnet oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff beseitigt werden kann.

2. Darüber hinaus verpflichtet Art. 19 Abs. 4 GG die Gerichte allerdings, in Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe vom Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses auch dann auszugehen, in denen sich die direkte Belastung durch den Eingriff typischerweise auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann.

3. Die Gewährung von Akteneinsicht für den Bevollmächtigten der Nebenklägerin in einem Strafverfahren kann im Einzelfall einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht des Angeklagten auf informationelle Selbstbestimmung beziehungsweise sein allgemeines Persönlichkeitsrecht darstellen.

4. Insoweit ist der konkret betroffene Akteninhalt zu würdigen, wobei für eine besondere Eingriffsschwere sprechen kann, dass dort Einlassungen des wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen Angeklagten enthalten sind, die nicht nur die in Rede stehenden Taten, sondern auch Einzelheiten seiner Beziehung zur Kindesmutter betreffen.

5. Der Grundrechtseingriff wird außerdem dadurch vertieft, dass der Nebenklägerin im Verlauf des Verfahrens mehrfach ohne die – grundsätzlich gebotene – vorherige Anhörung des Beschuldigten Akteneinsicht gewährt worden ist, so dass dieser keine Gelegenheit hatte, seine Einwendungen gegen die Akteneinsicht geltend zu machen.

274. BVerfG 1 BvR 2454/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. Januar

2017 (OLG München / LG Kempten (Allgäu) / AG Sonthofen)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; Entbehrlichkeit einer Abwägung bei Schmähkritik; enge Auslegung der Schmähkritik; kein Schutz unwahrer Tatsachenbehauptungen; Strafbarkeit einer diffamierenden Verdachtsäußerung durch einen Beschuldigten gegenüber einem Polizeibeamten).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 187 StGB

1. Kritisiert ein Beschuldigter schriftlich das Verhalten der Polizei bei einer gegen ihn gerichteten Wohnungsdurchsuchung und äußert er dabei den Verdacht, ein Polizeibeamter habe die Gelegenheit genutzt, um bei ihm unerlaubte Substanzen zu deponieren, so handelt es sich bei der Äußerung weder um eine Schmähkritik, die ohne Abwägung zwischen dem Gewicht der Persönlichkeitsbeeinträchtigung und dem Grundrecht der Meinungsfreiheit generell strafbar wäre, noch um eine vom Schutz der Meinungsfreiheit nicht erfasste reine Tatsachenbehauptung.

2. Allerdings hat mit Blick auf die genannte Verdachtsäußerung die Meinungsfreiheit im Rahmen der gebotenen Abwägung hinter den Belangen der persönlichen Ehre zurückzutreten, weil der konkrete Vorwurf eines strafbaren Verhaltens den Polizeibeamten schwer diffamiert.

275. BVerfG 2 BvR 225/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Januar 2017 (OLG Brandenburg)

Klageerzwingungsverfahren (Zulässigkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung; Darlegungsanforderungen; Angabe von Tatsachen; aus sich selbst heraus verständliche Sachverhaltsschilderung; Formwidrigkeit eines größtenteils aus eingescannten Dokumenten bestehenden Antrags; Willkürverbot).

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

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

2. Die Darlegungsanforderungen werden nicht überspannt, wenn das Oberlandesgericht einen Klageerzwingungsantrag als nicht den Formerfordernissen genügend bewertet, der ganz überwiegend aus eingescannten Dokumenten zusammengefügt ist und in den übrigen Teilen keine substantiellen Ausführungen enthält, die die Prüfung einer Strafbarkeit erlauben würden.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH**I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil****358. BGH 4 StR 635/16 – Beschluss vom 1. Februar 2017 (LG Bochum)**

Notwehr (Begriff des gegenwärtigen Angriffs: Voraussetzungen, objektive Bestimmung nach den Absichten des Angreifers; Erlaubnistatbestandsirrtum).

§ 32 Abs. 2 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

Ein gegenwärtiger Angriff im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB ist auch ein Verhalten, das zwar noch kein Recht verletzt, aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann und deshalb ein Hinausschieben der Abwehrhandlung unter den gegebenen Umständen entweder deren Erfolg gefährden oder den Verteidiger zusätzlicher nicht mehr hinnehmbarer Risiken aussetzen würde (st. Rspr). Dabei kommt es auf die objektive Sachlage an. Entscheidend sind daher nicht die Befürchtungen des Angegriffenen, sondern die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer Rechtsgutsverletzung (vgl. NStZ-RR 2002, 203, 204).

365. BGH 1 StR 588/16 – Beschluss vom 25. Januar 2017 (LG München I)

Notwehr (Gegenwärtigkeit des Angriffs); Putativnotwehrexzess.

§ 32 Abs. 2 StGB; § 33 StGB

1. Hat ein Angreifer bereits eine Verletzungshandlung begangen, so ist der Angriff so lange gegenwärtig i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB, wie eine Wiederholung und damit ein erneutes Umschlagen in eine Verletzung unmittelbar zu befürchten ist. Dabei kommt es auf die objektive Sachlage an. Entscheidend sind daher nicht die Befürchtungen des Angegriffenen, sondern die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer (neuerlichen oder unverändert fortdauernden) Rechtsgutsverletzung.

2. Auf einen Putativnotwehrexzess findet § 33 StGB keine Anwendung.

360. BGH 1 StR 231/16 – Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Weiden)

Unerlaubte bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anstiftung: Bezugspunkt, Einzelfallabwägung, omnimodo facturus; Mittäterschaft: Voraussetzungen); Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung der gegen Mittäter verhängten Strafen); Verfall (obligatorische Anordnung); Härtefall (revisionsrichterliche Überprüfung von Ermessensfehlern); Revisionsbegründung (Berücksichtigung trotz widersprüchlichen Verhaltens der Staatsanwaltschaft).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB; § 46 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB; § 344 StPO

1. Eine Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begeht, wer einen anderen durch Einwirkung auf dessen Entscheidungsbildung dazu veranlasst, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge in das Bundesgebiet zu verbringen und dabei zumindest in dem Bewusstsein handelt, dass sein Verhalten diese von ihm gebilligten Wirkungen haben kann. Die Willensbeeinflussung muss dabei nicht die einzige Ursache für das Verhalten des anderen sein; bloße Mitursächlichkeit reicht aus. Bezugsgegenstand der Anstiftung ist eine konkret-individualisierte Tat. Welche zur Tatindividualisierung tauglichen Merkmale jeweils erforderlich sind, entzieht sich dabei einer abstrakt-generellen Bestimmung und kann nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls entschieden werden.

2. Ein zu einer konkreten Tat fest Entschlossener kann nicht mehr zu ihr bestimmt werden (Fall des sog. omnimodo facturus), denn in diesem Fall fehlt es an der erforderlichen Kausalität der Anstiftungshandlung. Bis zum Tatentschluss bleibt allerdings ein Bestimmen zu einer konkreten Tat selbst dann noch möglich, wenn der Haupttäter bereits allgemein zu derartigen Taten bereit war und diese Bereitschaft auch aufgezeigt hat oder sogar selbst die Initiative zu den Taten ergriffen hat.

3. Die Tatsache, dass einzelne Einfuhren immer erst dann stattfinden, wenn der Angeklagte eine konkrete Menge Betäubungsmittel bestellt und mit den Lieferanten einen genauen Übergabezeitpunkt und Übergabeort vereinbart, steht der Annahme eines festen Tatentschlusses der anderen Bandenmitglieder zur Einfuhr nicht entgegen, wenn diese zu einer Belieferung des Angeklagten schon vorher fest entschlossen, die damit verbundene Einfuhr der Betäubungsmittel und die Liefermodalitäten im Einzelnen vereinbart, An- und Verkaufspreise für die von ihnen zur Einfuhr bestimmten Betäubungsmittel festgesetzt und der Transportweg bereits ausgewählt sind.

4. Eine Mittäterschaft des Auftraggebers an Einfuhren von Betäubungsmitteln scheidet aus, wenn er weder auf den Transportweg noch auf andere Modalitäten der Einfuhr Einfluss hat, weil er dann hinsichtlich des grenzüberschreitenden Transportvorgangs keinerlei Tatherrschaft hat. Die bloße Bereitschaft zur Entgegennahme der eingeführten Betäubungsmittel reicht für die Annahme von Mittäterschaft nicht aus.

5. Das Tatgericht muss in jedem Einzelfall die angemessene Strafe unter Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände aus der Sache selbst finden. Revisionen, die auf vergleichende Strafzumessung gerichtet sind, werden daher grundsätzlich als unbegründet angesehen. Allerdings muss das Tatgericht innerhalb seines Urteils den Grundsatz beachten, dass gegen Mittäter verhängte Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen müssen.

6. Die Anordnung des Verfalls (des Wertersatzes) ist obligatorisch, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen. Es stellt daher einen Erörterungsmangel dar, wenn sich das Tatgericht in den Urteilsgründen nicht mit der Frage einer Verfallsanordnung befasst, obwohl Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen gegeben sein könnten.

7. Die Anwendung des § 73c StGB ist zwar Sache des Tatgerichts; Auslegung und Anwendung (bzw. Nichtanwendung) der Vorschrift unterliegen aber – wie jede Gesetzesanwendung – der Überprüfung auf Rechtsfehler hin durch das Revisionsgericht. Dementsprechend prüft das Revisionsgericht lediglich, ob das Tatgericht das ihm eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Dazu gehört, dass es von rechtlich zutreffenden Maßstäben für die Merkmale der Ermessensvorschrift ausgegangen ist. Zudem bedarf es ausreichender Feststellungen zu denjenigen rechtlichen Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB, die dem Tatgericht die Ausübung seines Ermessens erst ermöglichen. Fehlt es daran, liegt darin ein Rechtsfehler (Ermessensdefizit).

8. Nach § 73c Abs. 1 StGB kann die Anordnung des Verfalls gänzlich unterbleiben oder auch auf einen Teil des Erlangten beschränkt werden.

9. Auch wenn der Sitzungsstaatsanwalt in seinem Schlussvortrag ausdrücklich ausführt, ein Antrag zum Verfall des Wertersatzes werde nicht gestellt, und damit ausdrücklich ein Prozessergebnis erstrebt, das die Staatsanwaltschaft mit ihrer späteren Revision beanstandet, ist eine solche Beanstandung nicht rechtsmissbräuchlich.

348. BGH 4 StR 196/16 – Urteil vom 2. März 2017 (LG Detmold)

Mittäterschaft (erforderliche Gesamtbetrachtung: eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (Darstellung der Strafzumessungsgründe im Urteil).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Beim Feststellen von Mittäterschaft ist dem Tatrichter vor allem in Grenzfällen ein Beurteilungsspielraum eröffnet, der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann. Enthalten die Urteilsgründe eine hinreichende Darlegung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, ist die tatrichterliche Wertung vom Revisionsgericht auch dann hinzunehmen, wenn im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre.

2. Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Daraus, dass ein für die Straf-

zumessung bedeutsamer Umstand nicht angeführt worden ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, der Tatrichter habe ihn überhaupt nicht gesehen oder nicht. Was als wesentlicher Strafzumessungsgrund anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls vom Tatrichter zu entscheiden (st. Rspr.).

351. BGH 4 StR 406/16 – Beschluss vom 2. März 2017 (LG Bochum)

Verhältnis von Beihilfe und späterer täterschaftlichen Beteiligung an derselben Tat (einheitliche täterschaftliche Tat; sukzessive Mittäterschaft).

§ 25 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

Hinter einer Tatbeteiligung nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft tritt die frühere Beihilfe zurück.

366. BGH 1 StR 604/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Ravensburg)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont bei Tötungsdelikten: beendeter und unbeendeter Versuch); Hang (psychische Abhängigkeit; symptomatischer Zusammenhang).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

1. Die Frage, ob von einem beendeten oder unbeendeten Versuch auszugehen ist, bedarf insbesondere dann eingehender Erörterung, wenn das angegriffene Tatopfer nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt. So liegt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa in dem

Fall, dass das Opfer noch in der Lage ist, sich vom Tatort wegzubewegen. Ein solcher Umstand kann geeignet sein, die Vorstellung des Täters zu erschüttern, alles zur Erreichung des gewollten Erfolgs getan zu haben.

2. Für einen Hang im Sinne des § 64 StGB ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint.

3. Insoweit kann dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum bereits die Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betreffenden erheblich beeinträchtigt ist, zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hanges zukommen. Wenngleich solche Beeinträchtigungen in der Regel mit übermäßigem Rauschmittelkonsum einhergehen werden, schließt deren Fehlen jedoch nicht notwendigerweise die Annahme eines Hanges aus.

4. Ein symptomatischer Zusammenhang liegt vor, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwarten ist, mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Dieser Zusammenhang liegt bei Delikten, die begangen werden, um Rauschmittel selbst oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen, nahe.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

361. BGH 1 StR 253/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG München I)

Verfahrensrüge (Anforderungen); Erpressung (Voraussetzungen; keine unrechtmäßige Bereicherung bei tatsächlichem oder irrtümlich angenommenem fälligen, einredefreien Anspruch); Nötigung (Voraussetzungen; Parkkralle oder Ankündigung der Abschleppung als Nötigungsmittel; Verwerflichkeit des Handelns); Verbotssirrtum (Unvermeidbarkeit: rechtlicher Maßstab, Vertrauen in rechtliche Beratung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 253 Abs. 1 StGB; § 240 Abs. 1 und 2 StGB; § 17 StGB

1. Eine Strafbarkeit nach § 253 StGB setzt voraus, dass die Bereicherung nach der materiellen Rechtslage zu Unrecht angestrebt wird. Daran fehlt es, wenn der Täter auf den Vermögensvorteil einen fälligen einredefreien Anspruch besitzt oder irrtümlich davon ausgeht, ein entsprechender Anspruch bestehe.

2. Eine Erpressung kann aber begangen, wer bewusst die Begleichung unberechtigter Forderungen durch das Anbringen einer Parkkralle erzwingt.

3. Rechtswidrig ist eine Nötigung nur dann, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist (§ 240 Abs. 2 StGB). Dies ist der Fall, wenn die Verquickung von Mittel und Zweck mit den Grundsätzen eines geordneten Zusammenlebens unvereinbar ist, sie also „sozial unerträglich“ ist.

4. Dabei ist die Androhung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, zur Durchsetzung einer ihm tatsächlich oder jedenfalls nach seiner Meinung zustehenden Forderung eine zulässige gesetzliche Maßnahme wie ein Zurückbehaltungsrecht ausüben zu wollen, grundsätzlich sozialadäquat. Allein ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründet in diesen

Fällen zwar den Vorwurf zivilrechtswidrigen, nicht aber zugleich auch verwerflichen Verhaltens, wobei jedoch auch in den Blick zu nehmen ist, dass die Rechtsordnung grundsätzlich kein „privates Faustrecht“ dulden kann.

5. Der Angeklagte setzt Nötigungsmittel ein, wenn er an unberechtigt geparkten Fahrzeugen entweder Parkkrallen anbringt oder sie abschleppen lässt und den Fahrzeugführern anschließend erklärt, er werde die Parkkralle nur abnehmen, den Abschleppvorgang nur stoppen oder den Standort des abgeschleppten Kfz nur verraten, wenn ihm der verlangte Geldbetrag gezahlt werde. Darin liegt jeweils zumindest die Androhung eines empfindlichen Übels.

6. Die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums setzt voraus, dass der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft selbst aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet. Hinzu kommt, dass der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen darf. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher sind zum Beispiel sein Bildungsstand, seine Erfahrung und seine berufliche Stellung zu berücksichtigen.

7. Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag somit nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Wendet sich dieser an einen auf dem betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt, so hat er damit zwar vielfach das zunächst Gebotene getan. Jedoch ist weiter erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft nach den für ihn erkennbaren Umständen vertrauen darf. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unerlaubtheit des Tuns für ihn bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist oder er nicht mehr als eine Hoffnung haben kann, das ihm bekannte Strafgesetz greife hier noch nicht ein. Daher darf der Täter sich auf die Auffassung eines Rechtsanwalts etwa nicht allein deswegen verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist. Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte „Gefälligkeitsgutachten“ scheiden als Grundlage unvermeidbarer Verbotsirrtümer aus. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.

8. Ein Freispruch anstelle einer Einstellung des Verfahrens hat beim Vorliegen eines Verfahrenshindernisses nur zu erfolgen, wenn eine valide Freispruchslage vorliegt. Umgekehrt ist die Einstellung auszusprechen, wenn die Straftat sogar rechtsfehlerfrei festgestellt wird.

9. Die Verfahrensrüge, ein von der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gestellter Beweisanspruch auf Verlesung eines in einem Zivilverfahren erstatteten Sachverständigengutachtens sei zu Unrecht wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit zurückgewiesen worden, genügt nicht § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, wenn die Revision nicht vorträgt, ob die Verfahrensbeteiligten der beantragten Verlesung des Gutachtens nach § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO zugestimmt haben oder nicht. Hängt die Zulässigkeit der begehrten Beweiserhebung von zusätzlichen, außerhalb des Beweisanspruchs liegenden Tatsachen ab, muss die Revision hierzu grundsätzlich vortragen.

357. BGH 4 StR 597/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Halle)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Fahruntüchtigkeit bei Rauschmittelkonsum: Blutwirkstoffbefund alleine nicht ausreichend, Berücksichtigung der Fahrweise bei Fluchtfahrt); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verhältnis zu Straftaten, die während einer Beförderungsfahrt begangen werden: Tateinheit); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 315c Abs. 1 Nr. 1 a) StGB; § 316 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

1. Anders als bei Alkohol kann der Nachweis einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 1a), § 316 StGB nicht allein durch einen bestimmten Blutwirkstoffbefund geführt werden. Es bedarf daher neben dem Blutwirkstoffbefund noch weiterer aussagekräftiger Beweisanzeichen, die im konkreten Einzelfall belegen, dass die Gesamtleistungsfähigkeit des betreffenden Kraftfahrzeugführers soweit herabgesetzt war, dass er nicht mehr fähig gewesen ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, auch bei Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern.

2. Grundsätzlich kann hierbei auch aus der Fahrweise auf eine relative Fahruntüchtigkeit geschlossen werden. Befand sich der Täter auf der Flucht vor der Polizei, muss dies in die Beurteilung des Indizwertes seines Fahrverhaltens einbezogen werden. Dabei ist der Tatrichter nicht gehindert, auch bei einem Täter, der sich seiner Festnahme durch die Polizei entziehen will, in einer deutlich unsicheren, waghalsigen und fehlerhaften Fahrweise ein Beweisanzeichen für eine rauschmittelbedingte Fahruntüchtigkeit zu sehen (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 173).

3. § 315c Abs. 1 StGB setzt voraus, dass einer fremden Sache von bedeutendem Wert auch ein bedeutender Schaden gedroht hat. Es sind daher stets zwei Prüfschritte erforderlich, zu denen im Strafurteil entsprechende Feststellungen zu treffen sind: Zunächst ist zu fragen, ob es sich bei der gefährdeten Sache um eine solche von bedeutendem Wert handelt, was etwa bei älteren oder bereits vorbeschädigten Fahrzeugen fraglich sein kann. Handelt es sich um eine Sache von bedeuten-

dem Wert, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ihr auch ein bedeutender Schaden gedroht hat, wobei ein tatsächlich entstandener Schaden geringer sein kann als der maßgebliche Gefährdungsschaden. Der Wert der Sache ist hierbei nach dem Verkehrswert und die Höhe des (drohenden) Schadens nach der am Marktwert zu messenden Wertminderung zu berechnen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 289).

4. Begeht ein Täter, der Rauschgift zu Handelszwecken in einem Pkw befördert (Einfuhrfahrt, Transportfahrt vom Lieferanten zum Depot, Fahrt zu Abnehmern etc.), durch das Führen des Transportfahrzeuges weitere Gesetzesverstöße, so stehen diese zu dem in der Beförderung liegenden Betäubungsmittelhandel im Verhältnis der Tateinheit nach § 52 StGB (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 320, 321).

289. BGH 3 StR 430/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Bad Kreuznach)

Beihilfe zum Betrug durch Anfertigung von Scheinrechnungen bei tatsächlichem Angebot zur Aufnahme in ein nichtexistierendes privates Onlineregister; Bestimmtheit der Haupttatvorstellung beim Gehilfenvorsatz; Gewerbsmäßigkeit als besonderes persönliches Merkmal.

§ 27 StGB; § 28 StGB; § 263 StGB

1. Beim Betrug durch den Versand von als Rechnungen getarnten Schreiben, die in Wahrheit ein Angebot zur Aufnahme in ein nichtexistierendes privates Onlineregister enthalten, sind nähere Feststellungen zum Vorstellungsbild der eine Zahlung veranlassenden Adressaten in der Regel entbehrlich. Denn sofern unklar bleibt, ob die Anweisenden im Einzelfall vom Bestehen eines Anspruchs ausgingen oder nicht, wäre jedenfalls ohne Weiteres davon auszugehen, dass auch diejenigen, die den wahren Inhalt des Schreibens erkannt hatten, den geforderten Betrag nur zahlten, weil sie irrtümlich annahmen, dass das private Online-Register tatsächlich existiere.

2. Der Vorsatz eines Teilnehmers – sei er Anstifter oder Gehilfe – muss sich auf die Ausführung einer zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Tat richten. Dem Bestimmtheitserfordernis des Teilnehmersvorsatzes liegt letztlich die Annahme zugrunde, dass nur derjenige Teilnehmer ernstlich mit der Begehung der Haupttat rechnet, der bereits wesentliche Einzelheiten des Tatplans kennt. Für den Vorsatz des Teilnehmers sind diejenigen Tatumstände als wesentlich anzusehen, deren Kenntnis die Begehung der Haupttat hinreichend wahrscheinlich werden lässt.

3. Die unterschiedlichen Teilnahmestrukturen, die verschiedene Nähe zur Tat und die differenzierten Strafdrohungen gebieten es, an den Gehilfenvorsatz andere Maßstäbe anzulegen als an den Vorsatz des Anstifters. Während der Anstifter eine bestimmte Tat, insbesondere einen bestimmten Taterfolg vor Augen hat, erbringt der Gehilfe einen von der Haupttat losgelösten Beitrag. Er strebt diese nicht notwendigerweise an, weiß aber oder hält es für möglich und nimmt jedenfalls billigend in Kauf, dass sich sein Handeln als unterstützender Bestandteil einer Straftat manifestieren kann. Beihilfe kann

deshalb schon begehen, wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels geförderte Haupttat verübt wird (vgl. zu allem BGHSt 42, 135, 137 f.).

368. BGH 1 StR 632/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Ulm)

Versuch der Anstiftung zur Falschaussage (Konkurrenzen); Strafvereitelung (Konkurrenzen; Versuch).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; 53 Abs. 1 StGB; § 159 StGB; § 258 Abs. 1 und 4 StGB

1. Erfolgen ein wahrheitswidriger Vortrag eines Verteidigers im Haftprüfungstermin im Strafverfahren gegen seinen Mandanten und Einwirkungen auf Zeugen aufgrund eines einheitlichen Verteidigungskonzeptes, stellt dies bei deliktsbezogener Betrachtung nach den Grenzen der tatbestandlichen Handlungseinheit nur einen einheitlichen Versuch der Strafvereitelung dar, sofern eine rechtlich bedeutsame Zäsur innerhalb des Tatzeitraums nicht eingetreten ist.

2. Die Bewertung eines solchen Verhaltens als einheitlicher Versuch der Strafvereitelung führt zur Annahme von Tateinheit auch bezüglich etwaiger im Zuge dieses Handelns begangener Anstiftungen zur uneidlichen Falschaussage bzw. dem Versuch der Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage durch Verklammerung.

364. BGH 1 StR 569/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Mosbach)

Schwere Körperverletzung (Verlust des Sehvermögens als schwere Folge; Schwellenwert).

§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der Verlust des Sehvermögens im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jedenfalls bei einer dauerhaften Reduzierung der Sehfähigkeit auf einem Auge auf 2 % erfüllt.

297. BGH 3 ARs 16/16 – Beschluss vom 15. November 2016

Anfrageverfahren; Herausgabe von Betäubungsmitteln als Vermögensverlust (wirtschaftlicher Vermögensbegriff; tatsächlicher Wert; zivilrechtlicher Besitzschutz; Wertungswidersprüche; Einheit der Rechtsordnung).

§ 253 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 132 GVG

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – an der der Senat festzuhalten beabsichtigt (gegen BGH HRRS 2016 Nr. 814 [2. Senat]; vgl. aber auch vom selben Senat mit anderer Sitzgruppe BGH HRRS 2016 Nr. 1152) – ist der Schutzbereich der Vermögensdelikte dann eröffnet, wenn der Verlust der Sache oder des Rechts, die der Täter durch seine Tat zu erlangen strebt, bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Verringerung des Vermögens des Tatopfers führt. Ohne Bedeutung ist demgegenüber in aller Regel, ob die Sache oder das Recht aus einem unsittlichen oder gesetzwidrigen Geschäft oder aus einer strafbaren Handlung herrührt oder etwa für strafbare Zwecke eingesetzt werden soll; die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen.

2. Auch der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln ist demnach ein dem Schutz der Vermögensdelikte unterfallenden wirtschaftlichen Wert beurteilt. Dass Betäubungsmittel auf dem legalen Markt keinen Wert besitzen, ist bei wirtschaftlicher Betrachtung für sich ohne Belang; denn diese knüpft nicht an die Klagbarkeit einer Sache oder eines Rechts an, sondern allein an tatsächliche Verhältnisse.

290. BGH 3 StR 435/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (KG)

Billigung von Straftaten durch nachträgliches Gutheißen von Tötungen Gefangener durch Mitglieder des „IS“ (Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Verherrlichung von Auslandstaten; „Internationalisierung“ eines zunächst nichtinternationalen bewaffneten Konflikts in Syrien; Journalist als „in der Gewalt der gegnerischen Partei“ befindliche Person; humanitäres Völkerrecht).

§ 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 140 Nr. 2 StGB; § 8 VStGB

1. Die Verherrlichung von Auslandstaten kann in gleicher Weise wie die von Inlandstaten auch in Deutschland die allgemeine Bereitschaft zur Begehung ähnlicher Delikte fördern und das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Sicherheit erschüttern. Für die Strafbarkeit wegen Billigung von Straftaten ist daher diese kriminogene Inlandswirkung einer Auslandstat erforderlich, aber auch ausreichend. Eine Strafbarkeit scheidet demgegenüber aus, wenn auf Grund rechtlicher oder tatsächlicher Besonderheiten im Ausland eine solche Wirkung ausgeschlossen erscheint.

2. Der Wortlaut des § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB stellt unter anderem darauf ab, dass sich die Person, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnimmt, „in der Gewalt der gegnerischen Partei“ befindet. Ob diese Legaldefinition für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt sämtliche in der Gewalt einer Konfliktpartei befindliche Zivilpersonen erfasst, soweit sie ihr – im Sinne einer allein negativen Abgrenzung – nicht angehören, oder ob etwa einer solchen Deutung der die äußerste Grenze jeder Auslegung bestimmende Wortsinn der Vorschrift („der gegnerischen Partei“) entgegensteht, kann der Senat hier offenlassen.

3. Unter einem internationalen bewaffneten Konflikt i.S.d. § 8 Abs. 6 Nr. 1 VStGB ist ein Krieg oder eine sonstige mit Waffengewalt ausgetragene Auseinandersetzung zwischen zwei oder mehreren Staaten zu verstehen. Der nichtinternationale bewaffnete Konflikt hingegen erfasst solche Auseinandersetzungen, bei denen Streitkräfte innerhalb eines Staates gegen organisierte bewaffnete Gruppen oder solche Gruppen untereinander kämpfen, sofern die Kampfhandlungen von einer gewissen Dauer und Intensität sind.

408. BGH 4 StR 629/16 – Beschluss vom 15. Februar 2017 (LG Freiburg)

Urkundenfälschung (Nutzung gestohlener amtlicher Kennzeichen im öffentlichen Straßenverkehr; Ausnahme bei Überführungskennzeichen).

§ 267 Abs. 1 StGB

1. Hat der Täter schon beim Anbringen der gestohlenen amtlichen Kennzeichen den Vorsatz, das Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, stellen der – gegebenenfalls mehrfache – Gebrauch der unechten zusammengesetzten Urkunde sowie ihre Herstellung eine tatbestandliche Handlungseinheit und damit nur eine Urkundenfälschung dar.

2. Das jeweils tateinheitliche Zusammentreffen weiterer, auf der Fahrt begangener Delikte mit der einheitlichen Urkundenfälschung hat zur Folge, dass sämtliche Gesetzesverstöße zu einer Tat im materiell-rechtlichen Sinne verklammert werden.

3. Wird an einem Fahrzeug lediglich ein Überführungskennzeichen („rotes Nummernschild“) angebracht, stellt selbst bei einer – nach § 16 Abs. 5 Satz 2 FZV nicht vorgeschriebenen – festen Verbindung mit einem solchen Kennzeichen das Fahrzeug keine (zusammengesetzte) Urkunde dar.

353. BGH 4 StR 470/16 – Beschluss vom 9. November 2016 (LG Essen)

Computerbetrug; Kreditkartenmissbrauch.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 266b StGB

1. Wer von dem berechtigten Inhaber einer Kreditkarte die Daten der Karte erhält und unter ihrer Verwendung absprachewidrige Verfügungen tätigt, indem er bei der Bezahlung seiner Rechnung bewusst wahrheitswidrig erklärt, der Karteninhaber habe ihm die Ermächtigung zum Einsatz der Kreditkarte erteilt, begeht keinen Computerbetrug (st. Rspr.).

2. Die Voraussetzungen eines Kreditkartenmissbrauchs im Sinne von § 266b StGB sind in dieser Fallkonstellation ebenfalls nicht erfüllt (vgl. BGH NStZ 1992, 278).

354. BGH 4 StR 87/16 – Beschluss vom 24. November 2016 (LG Bielefeld)

Betrug (Mitursächlichkeit der Täuschung für den Irrtum; Umgang mit massenhaft vorliegenden Sachverhalten); Tateinheit (uneigentliches Organisationsdelikt: Darstellung im Urteil).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Der Annahme eines vollendeten Betruges steht die Mitursächlichkeit der Täuschung für den Irrtum selbst dann nicht entgegen, wenn daneben noch ein anderer Beweggrund bestand, der für sich allein zu demselben Entschluss geführt hätte (vgl. BGHSt 13, 13, 14 f.).

2. Nach den Grundsätzen des sog. uneigentlichen Organisationsdelikts können einzelne Beiträge eines Mittäters, mittelbaren Täters oder Gehilfen, die der Errichtung, Aufrechterhaltung und dem Ablauf eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebs dienen, zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden, indem die aus der Unternehmensstruktur heraus begangenen Tat handlungen in der Person des betreffenden Tatbeteiligten zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden (st. Rspr.). Dies gilt nament-

lich für wiederkehrende gleichartige Einzelbetrugstaten im Rahmen einer betrieblichen Organisation (vgl. BGHSt 49, 177, 184).

3. Auch bei Straftaten, die unter Schaffung und Ausnutzung einer Unternehmensstruktur „organisiert“ begangen werden, sind aber im Urteil hinreichend konkrete Feststellungen zu den Einzelakten dergestalt zu treffen, dass das Revisionsgericht auch in die Lage versetzt wird zu beurteilen, ob der Tatrichter von einem zutreffenden Schuldumfang ausgegangen ist.

294. BGH 3 StR 453/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Trier)

Strafantragserfordernis beim Haus- und Familiendiebstahl (Anwendbarkeit bei Regelbeispiel und Qualifikationen; kein automatischer Übergang bei Tod des Antragsberechtigten; Antragsrecht des Eigentümers); Beendigung des Diebstahls; Keine Zweitzueignung bei Unterschlagung.

§ 77 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; § 244 StGB; § 246 StGB

1. § 247 StGB gilt nach seinem eindeutigen Wortlaut – anders als § 248a StGB – nicht nur für den Grundtatbestand des Diebstahls nach § 242 StGB, sondern für alle seine – auch in §§ 243, 244, 244a StGB normierten – Begehungsweisen, gleich ob gesetzlich als besonders schwere Fälle oder als Qualifikationstatbestände ausgestaltet. Auf die Form der Beteiligung desjenigen, dessen Angehöriger der Verletzte ist, kommt es dabei nicht an.

2. § 77 Abs. 2 StGB, wonach ein Übergang des Antragsrechts beim Tod des Verletzten stattfindet, ist nur anwendbar „in den Fällen, die das Gesetz bestimmt“; sie gilt daher nicht für das Strafantragserfordernis nach § 247 StGB, der einen derartigen Übergang – anders als etwa § 194 Abs. 1 Satz 5 oder § 230 Abs. 1 Satz 2 StGB – nicht vorsieht.

3. Ein Diebstahl ist beendet, wenn – in weiterer Verwirklichung der Zueignungsabsicht des Täters – der Gewahrsam an der Beute gefestigt und gesichert ist. Wann der Zeitpunkt erreicht ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebende Kriterien sind, ob sich der Täter noch im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Bestohlenen befindet oder noch direkte Eingriffsmöglichkeiten von diesem oder einem dritten Beobachter – gegebenenfalls in der Form der Nacheile – vorhanden sind.

338. BGH 1 StR 532/16 – Beschluss vom 27. Januar 2017 (LG Mosbach)

Geiselnahme (Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und beabsichtigter Nötigung: Eintritt des Nötigungserfolgs während der Dauer der Zwangslage);

Schuldunfähigkeit (relevanter Zeitpunkt alleine der Tatbegehung).

§ 239b Abs. 1 StGB; § 20 StGB

1. Für eine Geiselnahme nach § 239b StGB muss zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang in der Weise bestehen, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Zwangslage nötigen will und die abgenötigte Handlung während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (vgl. BGH StV 2015, 765).

2. Maßgebend für die Beurteilung der Schuldunfähigkeit ist die Begehung der Tat (§ 20 StGB), bei aktivem Tun mithin die Zeit, zu welcher der Täter gehandelt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 275). Danach ist auf die jeweilige Tathandlung abzustellen und nicht auf den gesamten Zeitraum, in dem der Angeklagte mehrere Delikte begeht. Dem Geisteszustand des Angeklagten in den Zeiträumen zwischen den Taten kommt daher keine maßgebliche Bedeutung zu.

283. BGH 3 StR 354/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (LG Aurich)

Körperverletzung (Anforderungen an das Vorliegen einer körperlichen Misshandlung bei einem Schlag gegen den Hals oder den Oberkörper; üble unangemessene Behandlung; nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens).

§ 223 StGB

Nicht jeder vorsätzliche Schlag oder Stoß, der das Opfer trifft, stellt eine tatbestandliche Körperverletzungshandlung dar. Der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist – in der Variante der körperlichen Misshandlung – erst erfüllt, wenn die Schwelle zu einer üblen und unangemessenen Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt, überschritten wird. Ein Schlag gegen den Hals oder die Brust, aufgrund dessen das Opfer einen Augenblick lang nur schwer Luft bekommt, erfüllt diese Anforderungen nicht ohne Weiteres.

393. BGH 4 StR 401/16 – Beschluss vom 1. Februar 2017 (LG Coburg)

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (Konkurrenzen).

§ 43 Abs. 1 StGB; § 142 StGB

Zwar werden Verkehrsverstöße, die der Täter im Verlaufe einer einzigen, ununterbrochenen Fluchtfahrt begeht, nach ständiger Rechtsprechung tateinheitlich verübt. Ein (weiteres) tatmehrheitliches Entfernen vom Unfallort kann gegeben sein, wenn sich der Angeklagte nach Beendigung der Fluchtfahrt zu Fuß vom Unfallort entfernt hat.

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

284. BGH 3 StR 63/15 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Osnabrück)

Divergenzvorlage; schuldhaftes Sich-Berauschen als alleiniger Grund für die Versagung der Strafmilderung bei erheblicher Verminderung der Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung; Ermessensausübung; Gesamtwürdigung der schuldrelevanten Umstände; Einzelfallbetrachtung; Vorhersehbarkeit des rauschbedingt erhöhten Straftatrisikos; gesetzgeberische Wertung).

§ 21 StGB; § 323a StGB; § 122 OWiG; § 7 WStG; § 132 GVG

1. Der Senat vertritt unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung die Auffassung, dass der Tatrichter sein Ermessen bei der Entscheidung über die Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich nicht rechtsfehlerhaft ausübt, wenn er im Rahmen einer Gesamtwürdigung der schuldrelevanten Umstände die Versagung der Strafmilderung allein auf den Umstand stützt, dass die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf von diesem verschuldeter Trunkenheit beruht, auch wenn eine hierdurch bedingte, vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten auf Grund der persönlichen oder der situativen Verhältnisse des Einzelfalls nicht festgestellt ist (vgl. bereits BGH HRRS 2015 Nr. 1117).

2. Eine alkoholische Berauschung erhöht generell das Risiko strafbaren Verhaltens, insbesondere im Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte. Dieser Erfahrungssatz ist allgemeinkundig. Zwar trifft es zu, dass es trotz verbreiteten hohen Alkoholkonsums nur in einem sehr geringen Teil der Fälle erheblicher Alkoholisierung zu einer rechtswidrigen Tat kommt. Eine zuverlässige Prognose darüber, wie sich ein Mensch im Alkoholrausch verhalten wird, lässt sich jedoch nicht stellen; die Wirkungen starken Alkoholgenusses lassen sich niemals sicher vorausberechnen.

3. Dass es sich bei dem selbstverantwortlichen Sich-Betrinken um ein tatschuldrelevantes Merkmal handelt, entspricht den Regelungen der §§ 323a StGB, 122 OWiG und des § 7 WStG zugrundeliegenden Wertungen. Die Vorschriften lassen Rückschlüsse auf die vom Gesetzgeber vorgenommene Beurteilung zu, dass es sich bei dem schuldhaft herbeigeführten Rausch nicht um eine sozialadäquate, wertneutrale Erscheinung handelt, sondern dass ihm als offenkundigem Gefahrenherd ein Unwert anhaftet, der geeignet ist, das Ob und das Wie strafrechtlicher Sanktionen zu bestimmen

4. Nach dem Willen des Gesetzgebers stellt somit die verschuldete Herbeiführung der alkoholbedingten erheblich verminderten Schuldfähigkeit einen Umstand dar,

der im Rahmen der tatrichterlichen Ermessensentscheidung über die Strafmilderung zu würdigen ist. Dass es dabei auf Fragen der – konkret festzustellenden – Vorhersehbarkeit der in diesem Zustand begangenen Tat ankommen soll, ist nirgends ersichtlich, ebenso wenig, dass trotz vorwerfbarer Alkoholisierung ohne Hinzutreten weiterer Umstände ein Milderungszwang bestehen soll.

5. Über die fakultative Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB entscheidet der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auf Grund einer Gesamtwürdigung der schuldrelevanten Umstände. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, einer wertenden Betrachtung zu unterziehen und gegeneinander abzuwägen. Welchen Umständen der Tatrichter bestimmendes Gewicht beimisst, ist im Wesentlichen seiner Beurteilung überlassen.

6. Die Frage, ob der Umstand der verschuldeten Trunkenheit geeignet ist, im konkreten Fall die hierdurch verringerte Tatschuld so weit aufzuwiegen, dass das Absehen von der Strafrahmenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist, betrifft Wertungen, die vom Revisionsgericht allein auf Rechtsfehler überprüft werden können. Hat der Tatrichter die dafür wesentlichen tatsächlichen Grundlagen hinreichend ermittelt und berücksichtigt, so kann das Revisionsgericht nur beanstanden, dass er gesetzlich vorgegebene Wertungsmaßstäbe missachtet oder eine gerechtem Schuldausgleich nicht mehr entsprechende Strafe verhängt hat.

313. BGH 5 StR 545/16 – Urteil vom 22. Februar 2017 (LG Berlin)

Erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit bei Beschaffungsdelikten eines betäubungsmittelabhängigen Täters (Angst vor Entzugserscheinungen; eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfung der tatrichterlichen Entscheidung); Widerspruch zwischen Revisionsantrag und Inhalt der Revisionsbegründung.

§ 21 StGB; § 344 StPO; Nr. 156 Abs. 2 RiStBV

1. Bei Beschaffungsdelikten eines rauschgiftabhängigen Täters kann dessen Steuerungsfähigkeit unter Umständen auch dann erheblich vermindert sein, wenn er aus Angst vor nahe bevorstehenden Entzugserscheinungen handelt, die er schon als äußerst unangenehm erlitten hat. Dieser zunächst in Bezug auf Heroinabhängigkeit entwickelte Grundsatz ist trotz unterschiedlicher Entzugsfolgen auch bei einer Kokainabhängigkeit für ausnahmsweise anwendbar gehalten worden, bei der körperliche Entzugssymptome in der Regel geringer ausgeprägt sind.

2. Für die Beurteilung, ob Angst vor Entzugserscheinungen zu einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit bei einem betäubungsmittelabhängigen Täter geführt hat, ist insbesondere auf die konkrete Erscheinungsform der Sucht abzustellen. Auch deren Verlauf und die suchtbedingte Einengung des Denk- und Vorstellungsvermögens sind in die Gesamtwürdigung des Zustands einzubeziehen. Ob bei Betäubungsmittelabhängigkeit aufgetretene Entzugserscheinungen oder Angst vor Entzugserscheinungen zu einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit geführt haben, ist eine Frage, die das Tatgericht zu entscheiden hat; hierbei steht ihm ein nur eingeschränkt revisionsgerichtlich überprüfbarer Spielraum zu.

291. BGH 3 StR 440/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (LG Kleve)

Tatbegriff im Rahmen der Anrechnung von im Ausland erlittener Haft; konstitutive Wirkung der Anrechnungsentscheidung.
§ 51 StGB

Gemäß § 51 Abs. 3 Satz 1 StGB wird auf eine inländische Strafe eine im Ausland vollstreckte Straftat nicht nur dann angerechnet, wenn das ausländische und das inländische Urteil dieselbe Tat im Sinne des prozessualen Tatbegriffs gemäß § 264 StPO betreffen. Nach der ratio legis des § 51 Abs. 3 Satz 1 StPO ist der Täter vielmehr allgemein so zu stellen, als habe der gesamte Freiheitsentzug im Inland stattgefunden. Die somit ausreichende funktionale Verfahrenseinheit liegt etwa dann vor, wenn die der ausländischen Strafvollstreckung zugrunde liegende Tat Gegenstand eines im inländischen Ermittlungsverfahren erlassenen Haftbefehls gewesen und das Verfahren insoweit später gemäß § 154 StPO eingestellt worden ist.

287. BGH 3 StR 417/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Düsseldorf)

Unzureichende Auseinandersetzung mit einer möglichen Provokation im Rahmen der Prüfung eines minder schweren Falles der gefährlichen Körperverletzung.
§ 213 StGB; § 224 StGB

Die Tatprovokation ist auch bei Körperverletzungsdelikten als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen; sie kann zur Annahme eines minder schweren Falles führen, muss dies aber nicht. Da selbst die Tötung eines Menschen und damit die Herbeiführung des denkbar schwersten Erfolges bei vorangegangener Provokation in milderem Licht zu betrachten ist, genügt der bloße Hinweis auf etwaige Verletzungsfolgen nicht den Anforderungen an die Begründung der Strafraumwahl, die auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung aller für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände zu erfolgen hat.

385. BGH 2 StR 569/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Rostock)

Strafzumessung (Berücksichtigung ausländischer Vorstrafen).
§ 46 StGB

Bei der Strafzumessung nach § 46 StGB können rechtskräftige ausländische Vorstrafen nur berücksichtigt wer-

den, wenn die Tat auch nach deutschem Recht strafbar wäre. Die bloße Tatbezeichnung als „Gefährdung von Leib und Leben“ erlaubt mangels näherer Feststellungen zu dem abgeurteilten Tatgeschehen nicht die Prüfung, ob die Tat auch nach deutschem Recht strafbar wäre.

333. BGH 1 StR 351/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Regensburg)

Adhäsionsverfahren (Bemessung von Schmerzensgeld bei Mittätern); Tötungsvorsatz (Gesamtbetrachtung); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot), Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Tat und Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 404 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 252 BGB; § 830 BGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB

1. Die Beurteilung des im Adhäsionsverfahren zuzusprechenden Schmerzensgeld richtet sich insoweit nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Eine wechselseitige Zurechnung der einzelnen Tatbeiträge reicht dabei nicht weiter als der gemeinsame Vorsatz und scheidet aus, soweit einer der Mittäter im Exzess Handlungen begeht, die vom gemeinsamen Tatplan und dem Vorsatz der anderen nicht gedeckt sind.

2. Zwar kann dem sich der eigentlichen Tatbegehung anschließenden Verhalten indizielles Gewicht für die Frage nach einem Tötungsvorsatz zukommen. Jedoch spricht ein Unterlassen weiterer Angriffe – auch unter Berücksichtigung sich nähernder Personen – allein nicht gegen die Billigung des Todes des Opfers (vgl. BGHSt 57, 183, 192).

3. Hat das Opfer dem Täter durch Provokation Anlass zur Tat gegeben, ist dies ein Umstand, der die Tat in einem milderem Licht erscheinen lassen könnte. Mit der Erwägung, der Angeklagte sei vom Opfer nicht provoziert worden, wird daher zu Lasten des Angeklagten unzulässig das Fehlen eines Milderungsgrunds in die Strafzumessung eingestellt (vgl. BGH NSTz 2015, 517).

4. Eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in der Form der Tatbegehung „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ setzt bereits voraus, dass mindestens zwei Beteiligte am Tatort bewusst zusammenwirken. Das Zusammenwirken mehrerer als solcher darf daher nicht strafscharfend berücksichtigt werden. Dies verstößt gegen § 46 Abs. 3 StGB. Zulässig wäre es freilich, die erhöhte Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation infolge einer Beteiligung von mehr als zwei Personen strafehöhend heranzuziehen.

337. BGH 1 StR 492/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Schweinfurt)

Strafzumessung (Verschlechterungsverbot bei Aufhebung einer Gesamtstrafe; keine Strafobergrenze aus dem Alter des Angeklagten); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 353 Abs. 1 StPO; § 52 StGB

1. An der Erhöhung der Einzelstrafen ist der neue Tatrichter bei Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das

Revisionsgericht durch das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) nicht gehindert. Zu beachten ist lediglich, dass die Summe der bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der neuen Einzelstrafen nicht überschritten wird und die neu zu bildende Gesamtstrafe nicht höher ist als die bisherige (st. Rspr.).

2. Einen Rechtssatz des Inhalts, dass jeder Straftäter schon nach dem Maß der verhängten Strafe die Gewissheit haben muss, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden, gibt es nicht. Insbesondere kann sich aus dem Lebensalter eines Angeklagten, etwa unter Berücksichtigung statistischer Erkenntnisse zur Lebenserwartung, keine Strafobergrenze ergeben (vgl. BGH NStZ 2006, 500 f.).

367. BGH 1 StR 629/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG München II)

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).
§ 62 StGB

1. Der Anordnung der Unterbringung eines Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus steht nicht entgegen, dass bereits einige Jahre zuvor die Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus unter Aussetzung von deren Vollstreckung zur Bewährung angeordnet worden und zum Urteilszeitpunkt ein Verfahren über den Widerruf der Aussetzung zur Bewährung anhängig war.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Frage, ob gegen einen Angeklagten oder Beschuldigten, gegen den bereits zuvor die Unterbringung angeordnet worden ist, eine erneute Unterbringungsanordnung getroffen werden kann, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in besonderer Weise Rechnung zu tragen.

3. Die Verhältnismäßigkeit ist jedenfalls dann gewahrt, wenn das neue Urteil erhebliche Auswirkungen auf Dauer und Ausgestaltung des Maßregelvollzugs haben kann und das Erkenntnisverfahren in besserer Weise als das Vollstreckungsverfahren dazu geeignet ist, die neue Symptomatik sowie die sich darin widerspiegelnde Gefährlichkeit des Angeklagten bzw. Beschuldigten für alle an der Maßregelvollstreckung Beteiligten verbindlich festzustellen und damit Änderungen in der Ausgestaltung des Vollzugs oder die Anordnung von dessen Fortdauer zu legitimieren.

336. BGH 1 StR 415/16 – Urteil vom 9. Februar 2017 (LG Landshut)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Vortatverhalten; Verhältnis von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypeten Strafmilderungsgründen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 46 StGB; § 50 StGB

Im Rahmen der Strafzumessung kann auch ein Vortatverhalten berücksichtigt werden, wenn ein schuldrelevanter Zusammenhang mit der Tat besteht (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 170, 171).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

374. BGH 2 StR 46/15 – Urteil vom 6. Oktober 2016 (LG Köln)

BGHSt; Verfahrensrüge (Zulässigkeit: befristeter Widerspruch des Angeklagten nicht vorausgesetzt); Verfahren bei der Durchsuchung (Richtervorbehalt; Anordnung durch Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug); Beweisverwertungsverbote (Hypothese eines rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs bei Verkennung des Richtervorbehalts).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 257 Abs. 1 StPO, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge, mit der ein Beweisverwertungsverbot wegen Fehlern bei einer Durchsuchung zur Sicherstellung von Sachbeweisen geltend gemacht wird, setzt keinen auf den Zeitpunkt des § 257 Abs. 1 StPO befristeten Widerspruch des verteidigten Angeklagten gegen die Verwertung voraus. Es bedarf auch keiner vorgreiflichen Anrufung des Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO. (BGHSt)

2. Ist beim Ermittlungsrichter ein Durchsuchungsbeschluss beantragt, ist auch dann, wenn dieser sich außer-

stande sieht, die Anordnung ohne Vorlage der Akte zu erlassen, für eine staatsanwaltschaftliche Prüfung des Vorliegens von Gefahr im Verzug regelmäßig kein Raum mehr, es sei denn, es liegen neue Umstände vor, die sich nicht aus dem vorangegangenen Prozess der Prüfung und Entscheidung über den ursprünglichen Antrag auf Durchsuchung ergeben. (BGHSt)

3. Der Hypothese eines möglichen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kommt bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts im Rahmen der Abwägungsentscheidung über ein Beweisverwertungsverbot keine Bedeutung zu. (BGHSt)

4. Gefahr im Verzug ist gegeben, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährdet hätte. Ob ein angemessener Zeitraum zur Verfügung steht, innerhalb dessen eine Entscheidung des zuständigen Richters erwartet werden kann, oder ob bereits eine zeitliche Verzögerung wegen des Versuchs der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde und daher eine nicht-richterliche Durchsuchungsanordnung ergehen darf, haben die Ermittlungsbehörden zunächst selbst zu prüfen. Dabei

darf Gefahr im Verzug nicht vorschnell angenommen werden, damit die bei Wohnungsdurchsuchungen auch aus Art. 13 Abs. 2 GG fließende Regelzuständigkeit des Richters nicht unterlaufen wird. Aus diesem Grund reichen auf reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen nicht aus, Gefahr im Verzug zu begründen. (Bearbeiter)

5. Hat der ermittelnde Staatsanwalt den Eilrichter erreicht und bei ihm den Erlass einer Durchsuchungsanordnung beantragt, gibt er zu erkennen, dass zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen einer staatsanwaltschaftlichen Eilanordnung nicht gegeben sind. Mit der Befassung des Eilrichters aber endet grundsätzlich die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden; es ist nunmehr Sache des Ermittlungsrichters, über den beantragten Eingriff zu entscheiden. (Bearbeiter)

6. Auch soweit während des durch den Richter in Anspruch genommenen Entscheidungszeitraums nach dessen Befassung die Gefahr eines Beweismittelverlusts eintritt, etwa weil dieser auf ein mündlich gestelltes Durchsuchungsbegehren hin die Vorlage schriftlicher Antragsunterlagen oder einer Ermittlungsakte fordert, Nachermittlungen anordnet oder schlicht bis zum Eintritt der Gefahr eines Beweismittelverlusts noch nicht entschieden hat, lebt die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden nicht wieder auf. Dies gilt unabhängig davon, aus welchen Gründen die richterliche Entscheidung über den Durchsuchungsantrag unterbleibt. (Bearbeiter)

7. Gibt es eine verbindliche und abschließende richterliche Entscheidung, ohne Aktenvorlage die beantragte Maßnahme abzulehnen, ist diese von der Staatsanwaltschaft zu respektieren und verbietet den Rückgriff auf einen „hypothetischen“ anderen Ermittlungsrichter, der dem Antrag stattgegeben hätte. (Bearbeiter)

298. BGH 3 ARs 20/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (Ermittlungsrichterin des Bundesgerichtshofs)

BGHSt; Minderheitenrechte im parlamentarischen Untersuchungsausschuss (Rechtsschutz bei nicht vollzogenem Beweisbeschluss; Antrag auf Schaffung der Voraussetzungen für die Vernehmung eines Zeugen; „Edward Snowden“; Zulässigkeit; Statthaftigkeit; Antragsbefugnis; Quorum; qualifizierte Minderheit; Spannungsverhältnis zwischen Minderheitenrechten und Mehrheitsprinzip; verfassungsrechtliche Vorgaben; Grundsatz der Spiegelbildlichkeit bei der Zusammensetzung von Ausschüssen).

Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG; § 17 Abs. 2 und Abs. 4 PUAG; § 244 StPO

1. Der Minderheit eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses kommen im Verfahren nach § 17 Abs. 2 und 4 PUAG nur dann eigene Rechte zu, wenn sie entsprechend Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG mindestens ein Viertel der Mitglieder des Bundestags repräsentiert. (BGHSt)

2. Die Vorschriften des § 17 Abs. 2 und 4 PUAG sind ungeachtet ihrer sprachlichen Fassungen dahin zu ver-

stehen, dass der Ausschussminderheit im Verfahren nach § 17 Abs. 2 und 4 PUAG nur dann eigene Rechte zukommen, wenn sie entsprechend Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG mindestens ein Viertel der Mitglieder des Bundestags repräsentiert. Dieses Ergebnis folgt aus Sinn und Zweck der Regelung, wie sie sich unter Beachtung des den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Willens des Gesetzgebers ergeben, sowie der Systematik des Untersuchungsausschussgesetzes und den für das Recht des Untersuchungsausschusses bestehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben. (Bearbeiter)

3. Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG statuiert ein austariertes System, das die Interessen der parlamentarischen Minderheit und das in der parlamentarischen Demokratie geltende Mehrheitsprinzip (Art. 42 Abs. 2 GG) – das auch im Verfahren vor dem Untersuchungsausschuss die gesetzliche Regel darstellt und in § 9 Abs. 4 Satz 1 PUAG seinen einfachrechtlichen Niederschlag gefunden hat – zum Ausgleich bringt. (Bearbeiter)

4. Nach dem sog. „Grundsatz der Spiegelbildlichkeit“ muss grundsätzlich jeder vom Bundestag gebildete Ausschuss ein verkleinertes Abbild des Plenums sein und dessen Zusammensetzung in seiner politischen Gewichtung widerspiegeln. Dies folgt aus der von Art. 38 Abs. 1 GG gewährleisteten Freiheit und Gleichheit des Mandats sowie der Repräsentationsfunktion des Bundestags. Wird die Repräsentation des Volkes in Ausschüsse verlagert, weil dort die Entscheidungen des Parlaments tendenziell vorbestimmt oder gar für das Parlament getroffen werden, müssen diese Gremien auch in ihrer politischen Prägung dem Plenum entsprechen. (Bearbeiter)

5. Das Untersuchungsausschussgesetz ist im Kern verfassungsinterpretatorisch und damit ein lediglich deklaratorisches Gesetz. Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG wirkt daher konzeptionell in dessen Regelungsregime hinein. Jedenfalls im hier einschlägigen Regelungsbereich von § 17 Abs. 2 und 4 PUAG handelt es sich um die unmittelbare Umsetzung der aus Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG folgenden Vorgaben für die Beweiserhebung. Das Untersuchungsausschussgesetz kann deshalb bereits aufgrund seines Rechtscharakters in dem hier bedeutsamen Bereich der Beweisaufnahme keine über Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG hinausgehenden Minderheitenrechte festsetzen. (Bearbeiter)

6. Das Rechtsschutzverfahren nach § 17 Abs. 4 PUAG ist nicht nur eröffnet, wenn der Erlass eines Beweisbeschlusses abgelehnt wird, sondern auch dann, wenn ein bereits gefasster Beweisbeschluss nicht vollzogen wird. (Bearbeiter)

282. BGH 3 StR 331/16 – Urteil vom 1. Dezember 2016 (LG Aurich)

Verständigung (keine Rechtswirkung durch „Widerruf“ der Staatsanwaltschaft nach mit ihrer Zustimmung zustande gekommener Verständigung; Bindungswirkung; Tatgericht; veränderte Beurteilungsgrundlage; Prozessverhalten des Angeklagten; Unvertretbarkeit der Strafrahmenezusage; regelmäßige Unverwertbarkeit des Geständnisses nach Aufhebung und Zurückverweisung); Betäubungsmitteldelikte (teils zum Weiterverkauf,

teils zum Eigenkonsum bestimmte Betäubungsmittelmenge; Konkurrenzen; nicht geringe Menge; Bewertungseinheit; Erwerb durch Schenkung); sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweismittelwürdigung.

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 29 BtMG; § 29a BtMG

1. Nach Zustandekommen einer Verständigung durch Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft zu dem Vorschlag des Gerichts (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO) kann die Staatsanwaltschaft diese nachträglich nicht wieder einseitig zu Fall bringen, auch dann nicht, wenn sie die Voraussetzungen von § 257c Abs. 4 Satz 1 oder 2 StPO als gegeben ansieht. Die durch eine zustande gekommene Verständigung für das Gericht eingetretene Bindungswirkung (§ 257c Abs. 4 StPO) entfällt nicht durch den „Widerruf“ der Staatsanwaltschaft, vielmehr bedarf es dazu einer Entscheidung durch das Tatgericht, wenn und soweit es die Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 Satz 1 oder 2 StPO bejaht.

2. Ein Entfallen der Bindungswirkung der Verfahrensabsprache setzt zudem weiter voraus, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage bzw. wegen des Abweichens des Angeklagten von dem erwarteten Prozessverhalten zu der Überzeugung gelangt, dass die in Aussicht gestellte Strafober- oder Strafuntergrenze (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO) nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Eine Lösung von der Verständigung kann deshalb nur gerechtfertigt sein, wenn das später gezeigte tatsächliche Prozessverhalten des Angeklagten aus der Sicht des Gerichts der Strafrahmenszusage die Grundlage entzieht.

3. Bei der Prüfung dieser Frage kommt dem Tatgericht – wie auch sonst bei Wertungsakten im Bereich der Strafzumessung – ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn der zugesagte Strafrahmen nicht mehr mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen ist, etwa weil die Strafrahmenszusage sich unter Berücksichtigung des tatsächlichen Prozessverhaltens des Angeklagten so weit von dem Gedanken eines gerechten Schuldausgleichs entfernt, dass sie als unververtretbar erschiene.

4. Nach Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache ist das neue Tatgericht an die Verständigung und die darin genannten Strafrahmen nicht gebunden; die Bindungswirkung des § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO gilt nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nur für das (Tat-)Gericht, das die Verständigung vereinbart hat.

5. Nicht abschließend geklärt ist bislang allerdings die Frage, ob in diesen Fällen die im ersten Rechtsgang mit Blick auf die Verständigung abgegebenen Geständnisse verwertet werden dürfen, etwa durch Vernehmung der Tatrichter, die die Verständigung getroffen hatten. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass zumindest in Fällen, in denen das neue Tatgericht über die vom ersten Tatgericht zugesagte Strafrahmengrenze hinausgehen will, jedenfalls grundsätzlich ein Verwertungsverbot anzunehmen ist.

278. BGH 3 StR 216/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Aurich)

Beruhens des Strafausspruchs auf der unvollständigen Mitteilung verständigungsbezogener Gespräche außer-

halb der Hauptverhandlung (Konnex zwischen prozessuaalem Verhalten und Straferwartung; mitzuteilender Gesprächsinhalt; Standpunkte der Gesprächsteilnehmer und Resonanz bei den Beteiligten; keine Normativierung des Beruhensbegriffs bei zulässigem Inhalt der nicht vollständig mitgeteilten Gespräche; Öffentlichkeit; Verständigung über unbenannten minder schweren Fall); rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Nach § 243 Abs. 4 StPO ist über Erörterungen zu berichten, die außerhalb einer laufenden Hauptverhandlung stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist. Davon ist auszugehen, sobald bei den Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Das 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.

2. Die Mitteilungspflicht umfasst nicht nur die Tatsache, dass es solche Erörterungen gegeben hat, sondern erstreckt sich auch auf deren wesentlichen Inhalt. Dementsprechend ist darzulegen, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde, welche Standpunkte die einzelnen Gesprächsteilnehmer vertraten und auf welche Resonanz dies bei den anderen am Gespräch Beteiligten jeweils stieß. Das gilt auch dann, wenn eine Verständigung im Sinne des § 257c Abs. 3 StPO letztlich nicht zustande kam.

3. Zu den Voraussetzungen einer Verständigung über eine Strafrahmensverschiebung aufgrund eines besonders oder eines minder schweren Falles.

a) Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Verständigung über die Vornahme oder das Unterlassen einer Strafrahmensverschiebung wegen des Vorliegens eines besonders schweren oder eines minder schweren Falles wie eine unzulässige Verständigung über den Schuldspruch einzustufen ist, ist nach Auffassung des Senats mit allgemeinen strafrechtsdogmatischen Grundsätzen kaum in Einklang zu bringen.

b) Allenfalls kann diese Sichtweise dann Gewicht erlangen, wenn es tatsächlich um die Anwendung eines Sonderstrafrahmens bezüglich einer Tat geht, die die tatbestandlich ausgekleideten Merkmale des Regelbeispiels eines besonders schweren (etwa § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB) oder die gesetzlich benannten Merkmale eines minder schweren Falles (etwa § 213 Alt. 1 StGB) erfüllt.

c) Bei den unbenannten minder schweren Fällen, deren Annahme oder Ablehnung nicht an gesetzlich umschriebene Ausformungen der Tatbegehung oder Tätermotivation anknüpft, sondern allein eine tatrichterliche Gesamtwürdigung aller strafzumessungsrelevanten Gesichtspunkte voraussetzt (hier: § 250 Abs. 3 StGB), fehlt es hingegen an jedem argumentativen Anknüpfungspunkt dafür, diese Gesamtwürdigung der Frage des

Schuldpruchs gleichzustellen und damit über § 257c Abs. 2 Sätze 1 und 3 StPO dem Bereich zulässiger Verständigungsgespräche zu entziehen.

4. Ein normativ begründetes Beruhen des Urteils auf einer unvollständigen Mitteilung von verständigungsbezogenen Gesprächen (BVerfG HRRS 2015 Nr. 174 und Nr. 176; dazu BGH HRRS 2015 Nr. 1125) scheidet jedenfalls dann aus, wenn feststeht, dass ein etwaiger unzulässiger Inhalt der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche in der Hauptverhandlung mitgeteilt wurde, so dass der nicht mitgeteilte Teil des Gesprächs ausschließlich der Verständigung nicht entzogene Inhalte umfasste.

330. BGH StB 2/17 – Beschluss vom 9. Februar 2017

Unbeachtlichkeit fremdsprachiger Schreiben (Deutsch als Gerichtssprache; Einschränkung bei für das Verfahren wesentlichen Dokumenten; nichtverteidigter Beschuldigter); dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Beurteilung des Verdachtsgrades durch das Beschwerdegericht); keine Erforderlichkeit voller Überzeugung hinsichtlich der dir Fluchtgefahr begründenden Tatsachen; Verhältnismäßigkeit der Haftfortdauer; Beschleunigungsgebot.

§ 184 GVG; § 187 GVG; Art. 6 EMRK; § 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

1. Nach § 184 S. 1 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Nach bislang ständiger Rechtsprechung sind fremdsprachige Schreiben grundsätzlich unbeachtlich, auch wenn der Verfasser die deutsche Sprache nicht hinreichend beherrscht. Die vom Europäischen Gerichtshof vorgenommene Einschränkung, wonach es für die Frage, ob ein fremdsprachig abgefasstes Schreiben von Amts wegen zu übersetzen und zu beachten ist darauf ankommt, ob es sich um ein für das Verfahren wesentliches Dokument handelt (EuGH HRRS 2016 Nr. 397), betrifft nur den nichtverteidigten Beschuldigten.

2. Die Annahme der Fluchtgefahr setzt kein sicheres Wissen um die sie begründenden Tatsachen voraus. Sie müssen nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen; vielmehr genügt derselbe Grad der Wahrscheinlichkeit wie bei der Annahme des dringenden Tatverdachts.

339. BGH 1 StR 570/16 – Beschluss vom 25. Januar 2017 (LG München I)

Vorhalte- und Verwertungsverbot für aus dem Bundeszentralregister getilgte Vorstrafen (Anwendbarkeit auf die Anordnung von Maßregeln); Berufsverbot (Voraussetzungen: Gesamtwürdigung der Tat und des Täters); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Doppelverwertungsverbot).

§ § 51 Abs. 1 BZRG; § 70 StGB; § 174c StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Dieses Vorhalte- und Verwertungsverbot des § 51 Abs. 1 BZRG gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für die Strafzumessung; danach darf eine getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe nicht zum Nachteil

des Angeklagten, insbesondere nicht strafscharfend berücksichtigt werden (st. Rspr). Das Vorhalte- und Verwertungsverbot tilgungsreifer Bestrafungen und der zugrundeliegenden Taten gilt aber grundsätzlich auch für die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, sofern nicht eine der in § 52 BZRG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist (vgl. BGHSt 57, 300, 302 ff.), und damit auch für das hier maßgebliche Berufsverbot gemäß § 70 StGB.

2. Das Berufsverbot ist ein schwerwiegender Eingriff, mit dem die Allgemeinheit oder auch nur ein bestimmter Personenkreis vor weiterer Gefährdung geschützt werden sollen. Es darf daher nur verhängt werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter auch in Zukunft den Beruf, dessen Ausübung ihm verboten werden soll, zur Verübung erheblicher Straftaten missbrauchen wird (vgl. BGH StV 2013, 699 mwN). Voraussetzung hierfür ist, dass eine – auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung abgestellte – Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten den Richter zu der Überzeugung führt, dass die Gefahr, das heißt die Wahrscheinlichkeit künftiger ähnlicher erheblicher Rechtsverletzungen durch den Täter besteht (vgl. BGHSt 28, 84, 85 f).

3. Zwar dient § 174c StGB in erster Linie dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung in Situationen, in denen dieses Rechtsgut aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit der durch Krankheit oder Behinderung belasteten Rechtsgutsträger und der Eigenart von Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnissen typischer Weise besonders gefährdet ist (vgl. BGH NJW 2016, 2965 mwN). Der Tatbestand schützt aber auch „das hohe Berufsethos der Heilberufe und das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Gesundheitswesen“ (BT-Drucks. 13/2203, S. 5), so dass dieses dem gesetzlichen Tatbestand zu Grunde liegende Merkmal bei der Strafzumessung nicht nochmals zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt werden durfte.

286. BGH 3 StR 415/16 – Urteil vom 9. Februar 2017 (LG Krefeld)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung zum Tötungseventualvorsatz (billigendes Inkaufnehmen; tatrichterliche Würdigung; Gewalthandlungen; unterschiedliche Feststellungen trotz gleichbleibender Tatsachengrundlage; unterlassene Rettungsmaßnahmen); unverzügliche Vorführung des Festgenommenen (Nachholung der richterlichen Entscheidung ohne Verzögerung; sachlicher Grund; Einlassung; Vorhalt der Angaben von Mitbeschuldigten).

§ 128 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 136a StPO; § 261 StPO; Art. 104 GG

1. Eine sachlich-rechtlich fehlerhafte – und damit trotz des eingeschränkten Prüfungsumfangs revisibel – Beweiswürdigung hinsichtlich des Tötungseventualvorsatzes kann vorliegen, wenn dieser während der Begehung einer Raubtat verneint, dann aber bei identischer Tatsachengrundlage auf der Flucht bejaht wird, ohne dass der darin liegende Widerspruch in den Urteilsgründen aufgelöst wird.

2. Die aus Art. 104 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 GG, § 128 Abs. 1 Satz 1 StPO folgende Pflicht, den Festgenomme-

nen unverzüglich, spätestens am Tage nach der Festnahme einem Richter vorzuführen, bedeutet, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss. Ein derartiger sachlicher Grund ist jedenfalls in der Regel u.a. dann anzunehmen, wenn der Beschuldigte sich nach seiner Festnahme durch die Polizei bei dieser nach ordnungsgemäßer Belehrung zu seiner Person und zur Sache einlässt.

3. Es begründet auch regelmäßig keinen Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 GG, § 128 Abs. 1 Satz 1 StPO, wenn dem einlassungsbereiten Festgenommenen vor der Vorführung beim Richter Angaben von Mitbeschuldigten vorgehalten werden.

394. BGH 4 StR 406/16 – Beschluss vom 2. März 2017 (LG Bochum)

Inbegriffsrüge (Nachweis eines Verstoßes; Rückschlüsse aus fehlender Erwähnung eines Beweisergebnisses).
§ 261 StPO

1. Eine Inbegriffsrüge bleibt ohne Erfolg, wenn der geltend gemachte Verstoß gegen § 261 StPO mit den Mitteln des Revisionsverfahrens nicht nachweisbar ist.

2. Aus dem Umstand, dass ein bestimmtes Beweisergebnis in den schriftlichen Urteilsgründen keine Erwähnung findet, kann nur dann auf die unterbliebene Berücksichtigung dieses Ergebnisses bei der tatrichterlichen Überzeugungsbildung geschlossen werden, wenn der Umstand nach der zum Zeitpunkt der Urteilsfindung gegebenen Beweislage erörterungsbedürftig gewesen wäre.

345. BGH 2 StR 509/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Aachen)

Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Sachverständigen wegen eigener Sachkunde des Gerichts (Darlegungsanforderungen).
§ 244 Abs. 4 Satz 1, Abs. 6 StPO

1. Eine Darlegung der eigenen Sachkunde des Gerichts ist nach § 244 Abs. 6 StPO zunächst im Ablehnungsbeschluss vorzunehmen gewesen, um der Verteidigung eine Reaktion hierauf noch in der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Nach der Rechtsprechung genügt gegebenenfalls auch eine Darlegung der Sachkunde des Gerichts in den Urteilsgründen (vgl. BGHSt 12, 18, 20). Die Anforderungen, die an die Darlegung der eigenen Sachkunde im Urteil zu stellen sind, richten sich nach der Schwierigkeit der konkret zu beurteilenden Beweisfrage, die Art und Umfang des erforderlichen Spezialwissens bestimmt. Erfordert die Materie eine besondere Ausbildung oder kontinuierliche wissenschaftliche oder praktische Erfahrung, sind die Anforderungen an die Darlegungspflicht erhöht.

2. Die Frage, ob mit Mitteln der Bildbearbeitung und Raumvermessung näherer Aufschluss über die Größe der auf Fotos abgebildeten Personen zu gewinnen ist, zählt nicht zu allgemein vorhandenem Wissen, auf das Tatrichter ohne weiteres zurückgreifen können. Es bedarf deshalb besonderer Darlegungen zur eigenen Sachkunde des Gerichts.

347. BGH 2 ARs 196/16 (2 AR 138/16) – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Koblenz; VG Düsseldorf)

Verweisung an ein Gericht eines anderen Gerichtszweiges (ausnahmsweiser Wegfall der Bindungswirkung der Verweisung: Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters; gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit: zuständiges Gericht).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 17a Abs. 2 GVG; § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO

1. Auch bei einer rechtskräftigen Verweisung nach § 17a Absatz 2 Satz 3 GVG sind Ausnahmefälle denkbar, in denen die bindende Wirkung entfällt (vgl. BGH(Z) NJW 2014, 2125 f.) Danach kommt eine Durchbrechung der gesetzlichen Bindungswirkung ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die Verweisung nach objektiven Maßstäben sachlich unter keinem Gesichtspunkt mehr zu rechtfertigen, daher willkürlich und der Rechtsfehler als extremer Verstoß gegen die den Rechtsweg und seine Bestimmung regelnden materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften zu qualifizieren ist (oder wenn der Beschluss jeder Grundlage entbehrt oder dazu führt, dass die Verweisung bei Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Normen sich in einer nicht mehr hinnehmbaren Weise von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat (vgl. BAG NJW 2006, 1371)).

2. Bei negativen Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten verschiedener Gerichtszweige ist § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO entsprechend anwendbar, wenn dies zur Wahrung einer funktionierenden Rechtspflege und der Rechtssicherheit notwendig ist, etwa weil es innerhalb eines Verfahrens zu Zweifeln über die Bindungswirkung von rechtskräftigen Verweisungsbeschlüssen kommt und keines der infrage kommenden Gerichte bereit ist, die Sache zu bearbeiten (vgl. BAG NJW 2016, 3469). Zuständig für die Zuständigkeitsbestimmung ist derjenige oberste Gerichtshof des Bundes, der zuerst darum angegangen wird (vgl. BAG NJW 2016, 3469).

387. BGH 2 ARs 258/16 (2 AR 195/16) – Beschluss vom 14. Dezember 2016

Zurückweisung der Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts, auf Gewährung von Prozesskostenhilfe und auf Beiordnung eines Verteidigers.

§ 13a StPO; § 14 StPO; § 19 StPO

1. Der Senat lässt offen, ob und unter welchen Voraussetzungen neben den an dem Zuständigkeitsstreit beteiligten Gerichten und Staatsanwaltschaften ein Betroffener mit der Behauptung, durch einen Zuständigkeitsstreit in seinen Rechten verletzt zu sein, sich unmittelbar an den Bundesgerichtshof wenden kann. Ein Tätigwerden des Bundesgerichtshofs ist jedenfalls nur dann veranlasst, wenn sich dem Vorbringen des Antragstellers Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass eine schützenswerte Rechtsposition des Antragstellers tangiert sein kann, dass nämlich tatsächlich ein Zuständigkeitsstreit zwischen verschiedenen Gerichten besteht, und der Bundesgerichtshof als gemeinschaftliches oberes Gericht zur Entscheidung berufen sein kann.

2. Der Senat lässt auch offen, ob im Verfahren der Zuständigkeitsbestimmung die Gewährung von Prozesskostenhilfe oder die Beordnung eines Rechtsanwalts oder Pflichtverteidigers überhaupt möglich sind.

322. BGH 5 StR 606/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Dresden)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Darstellung von DNA-Vergleichsuntersuchungen in den Urteilsgründen (unzureichender pauschaler Verweis auf das Gutachten; fehlende Mitteilung von Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters).

§ 261 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

Der pauschale Verweis auf ein molekulargenetisches Gutachten ohne nähere Darstellung der Anknüpfungstatsachen und der Ausführungen des Gutachters genügt in der Regel nicht den von der Rechtsprechung formulierten Anforderungen an die Auseinandersetzung mit entsprechenden Gutachten (näher zu diesen Anforderungen BGH HRRS 2016 Nr. 616).

372. BGH 1 StR 671/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Tübingen)

Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (ausnahmsweise Entbehrlichkeit von Vortrag und Glaubhaftmachung).

§ 45 Abs. 1 StPO

Ist die Einhaltung der Wochenfrist des § 45 Abs. 1 StPO nach Aktenlage offensichtlich, bedarf es ausnahmsweise nicht des Vortrags und der Glaubhaftmachung, wann das der rechtzeitigen Vornahme der versäumten Handlung entgegenstehende Hindernis weggefallen ist und der Angeklagte davon Kenntnis erhalten hat.

407. BGH 4 StR 628/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Münster)

Urteilsgründe (unzulässiger Verweis auf äußere Erkenntnisquellen).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

Das Tatgericht verweist in unzulässiger Weise auf Erkenntnisquellen außerhalb des eigenen Urteils, wenn es Erwägungen, die für die Gesamtstrafenbildung von Bedeutung sind, ihrem wesentlichen Inhalt nach im vorliegenden Urteil nicht wiedergibt. Soweit Umstände für die Zumessung der Gesamtstrafe gemäß § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO bestimmend gewesen sind, müssen sie in den Urteilsgründen mitgeteilt werden; insoweit ist eine Bezugnahme auf den Inhalt eines anderen Urteils unzulässig.

390. BGH 2 ARs 398/16 (2 AR 248/16) – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Mainz)

Antrag auf gerichtliche Entscheidung (grundrechtskonforme Auslegung); Vollzugsplan (Funktion; Selbstbindung der Verwaltung zugunsten des Gefangenen; Vollzugsplanfortschreibung); beteiligte Vollzugsbehörde.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 7 StVollzG; § 109 StVollzG; § 111 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG

1. Maßgebend für die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist der das gerichtliche Verfahren einleitende Antrag. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG sind Anträge nach §§ 109 ff. StVollzG sachdienlich, d.h. in einer Weise auszulegen, die den erkennbaren Interessen des Antragstellers bestmöglich Rücksicht trägt.

2. Der Vollzugsplan (bzw. seine regelmäßig vorzunehmende Fortschreibung) dient der Konkretisierung des Vollzugsziels im Blick auf den einzelnen Gefangenen und bildet einen Orientierungsrahmen zum Behandlungsverlauf, in dem die richtungsweisenden Grundentscheidungen festgelegt werden. Aufgrund dieser Funktion bewirkt er zugunsten des Gefangenen eine Selbstbindung der Verwaltung, die nach einer Verlegung auch für die übernehmende Anstalt gilt.

3. Der Gefangene darf daher bei ihm begünstigende Regelungen eines Vollzugsplans darauf vertrauen, dass sich auch die übernehmende Vollzugsbehörde an diese hält. Soweit Regelungen eines Vollzugsplans den Gefangenen belasten, ist die Vollzugsanstalt, in der sich der Gefangene nach der Verlegung befindet, nicht gehindert, davon zugunsten des Gefangenen abzuweichen. Dies gilt erst recht dann, wenn sich die für die Regelung maßgeblichen Umstände seit der letzten Vollzugsplanfortschreibung geändert haben.

4. Ungeachtet der Möglichkeit, bei einer neuen Vollzugsanstalt die Gewährung einer konkreten Lockerungsmaßnahme zu beantragen, kann ein Gefangener mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung die Verpflichtung der für die Vollzugsplanfortschreibung verantwortlichen früheren Anstalt erstreben, die Regelung zu korrigieren und dadurch die neue Vollzugsanstalt zu seinen Gunsten zu binden.

4. Die Justizvollzugsanstalt, die eine angefochtene Maßnahme angeordnet hat, ist die gem. § 111 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG am gerichtlichen Verfahren beteiligte Vollzugsbehörde. Nur sie ist auch in der Lage, die für die Vollzugsplanfortschreibung maßgeblichen Erwägungen darzulegen. Deren Relevanz folgt daraus, dass für die gerichtliche Entscheidung über einen Verpflichtungsantrag auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme abzustellen ist.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

331. BGH 1 StR 112/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Koblenz)

Beihilfe durch berufstypische Handlungen (Voraussetzungen); erforderlicher Inhalt der Anklageschrift (Umgrenzung des Verfahrensgegenstands bei Steuerhinterziehung).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 200 Abs. 1 Satz StPO; § 370 Abs. 1 AO

1. Auch berufstypische Handlungen, wie etwa Beratungs- oder Unterstützungshandlungen von Rechtsanwälten, können eine strafbare Beihilfe darstellen. Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral; denn nahezu jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden (vgl. BGHSt 46, 107). Es ist jedoch anerkannt, dass nicht jede Handlung, die sich im Ergebnis tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden kann. Vielmehr bedarf es in Fällen, die sog. neutrale Handlungen betreffen, einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall. Hierbei sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen „neutralen“ Handlungen folgende Grundsätze zu beachten.

2. Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen.

3. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (vgl. BGHSt 46, 107, 112 ff.).

4. Liegt einem Angeklagten Steuerhinterziehung zur Last, sind im Anklagesatz das relevante Verhalten und der Taterfolg i.S.v. § 370 AO anzuführen; einer Berechnungsdarstellung der Steuerverkürzung bedarf es dort hingegen nicht (vgl. BGH wistra 2009, 465).

332. BGH 1 StR 185/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Landshut)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge bei teilweise Schwarzlohnzahlung; sozialrechtlicher Begriff des Arbeitgebers); Steuerhinterziehung

(Verjährung bei besonders schweren Fällen: Ruhen der Verjährung durch Eröffnung des Hauptverfahrens).

§ 266a StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 376 AO; § 78b Abs. 4 StGB

1. Zur Beitragsberechnung im Sinne von § 266a Abs. 1 und 2 StGB nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV ist von einem gezahlten Nettoarbeitsentgelt auszugehen, welches auf einen fiktiven Bruttolohn hochgerechnet werden muss. Die Fiktion einer Nettolohnvereinbarung gilt auch, wenn die Schwarzlohnzahlung nur einzelne Lohnanteile erfasst (vgl. BGH wistra 2010, 29). Dabei ist zwar die Hochrechnung der Schwarzlohnsumme auf eine Bruttolohnsumme nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV nur auf den Schwarzlohnanteil zu beziehen. Aber dieser muss für eine auch die Progression beinhaltende zutreffende Beitragsberechnung dem gemeldeten Teil der Lohnsumme hinzugerechnet werden, damit anschließend von dem insgesamt ermittelten Bruttolohn der gemeldete Bruttolohn wieder abgezogen werden kann (vgl. BGH wistra 2010, 148).

2. Eine einschränkende Auslegung des § 78b Abs. 4 StGB dahingehend, dass er gegen seinen Wortlaut wegen der Änderung von § 376 AO auf Fälle der einfachen Steuerhinterziehung keine Anwendung mehr finden soll, hält der Senat nicht für geboten.

280. BGH 3 StR 236/15 – Beschluss vom 15. November 2016 (BGH)

Divergenzvorlage; keine Tateinheit trotz teilweiser Identität der Ausführungshandlungen im Betäubungsmittelstrafrecht (unterschiedliche Betäubungsmittelmengen; Transport des Kaufgeldes; Fahrt zum Lieferanten; Bezahlung auf „Kommission“ erlangter Betäubungsmittel; weiter Tatbegriff beim Handeltreiben; Bewertungseinheit; eigener Unrechts- und Schuldgehalt; Tatmehrheit).

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 132 GVG

1. Aufgrund der Besonderheiten des weiten Tatbegriffs beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln sowie bei angemessener Beachtung von Sinn und Zweck der Konkurrenzvorschriften ist es nach Auffassung des Senats geboten, § 52 Abs. 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass nicht bei jeder teilweisen Identität von auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen bezogenen Ausführungshandlungen – dem Transport des Kaufgeldes für die erste als auch der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge dienende Aufsuchen des Lieferanten oder die Bezahlung einer zuvor auf „Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge bei Gelegenheit der Übernahme einer weiteren – von Tateinheit auszugehen ist.

2. Eine teildentische Ausführungshandlung führt vielmehr nur dann zu einer tateinheitlichen Verbindung zweier an

sich unabhängiger, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehender Handelsgeschäfte, wenn sie für jedes dieser Geschäfte einen nicht unerheblichen eigenen Unrechts- und Schuldgehalt aufweist und dadurch deren Unwert und die jeweilige Schuld des Täters zumindest mitprägt. Dies liegt beim bloßen Aufsuchen des Lieferanten durch einen Drogenhändler nicht vor.

3. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur konkurrenzrechtlichen Beurteilung von tatbestandlichen Handlungseinheiten kann nach Auffassung des Senats nicht argumentiert werden, dass der Wortlaut von § 52 Abs. 1 StGB der Annahme von Tatmehrheit in diesen Fällen entgegenstehe. Denn die Bewertungseinheit des Handelstreibens mit Betäubungsmitteln stellt eine tatbestandliche Handlungseinheit im weiteren Sinne bzw. die Zusammenfassung verschiedener natürlicher Handlungen zu einer Tat im Rechtssinne dar, wobei für die Zusammenfassung nicht tatsächliche Umstände maßgeblich sind, sondern normative Gründe, die sich insbesondere aus der Fassung des gesetzlichen Tatbestands ergeben und die somit auf rechtlichen Wertungen beruhen.

356. BGH 4 StR 580/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Paderborn)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln und Beihilfe dazu (Tateinheit; Konkurrenzverhältnis zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln und zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln: Tateinheit durch Klammerwirkung, Voraussetzungen).

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

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht der gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH NStZ-RR 2016). Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das täterschaftlich begangene unerlaubte Handelstreiben mit Betäubungsmitteln zurück (st. Rspr.), während zwischen Beihilfe zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz Tateinheit besteht (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 58). Besitzt der Täter Betäubungsmittel teils zur gewinnbringenden Weiterveräußerung und teils zu anderen Zwecken, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handelstreiben mit Betäubungsmitteln auf. Für die anderen Zwecken dienende Menge verbleibt es dagegen bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln. Zwischen dem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln

und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 174 f.).

2. Die Annahme von Tateinheit durch Klammerwirkung setzt voraus, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (st. Rspr.). Als Maßstab hierfür dient die Abstufung der einzelnen Delikte nach ihrem Unrechtsgehalt unter Orientierung an den Strafraumen, wobei der Wertevergleich nicht nach einer abstrakt-generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen ist (vgl. BGHSt 33, 4, 6 ff.).

3. Mangels Wertgleichheit hat der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden. Demgegenüber werden an sich selbständige Taten der Beihilfe zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch einen einheitlichen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer materiellrechtlichen Tat verklammert.

373. BGH 2 StR 303/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Meiningen)

Unerlaubtes Handelstreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Einstufung der Gefährlichkeit von Methamphetamin).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Der 2. Strafsenat lässt offen, ob er beabsichtigt, der Rechtsprechung des 1. Strafsenats zur Einstufung der Gefährlichkeit von Methamphetamin zu folgen.

395. BGH 4 StR 436/16 – Beschluss vom 1. März 2017 (LG Magdeburg)

Strafaussetzung (Berücksichtigung des Verhaltens des späteren Angeklagten im Ermittlungsverfahren).

§ 21 Abs. 1 S. 1 und 2 JGG

Dass der spätere Angeklagte die Tat im Ermittlungsverfahren stets geleugnet und keine Unrechtseinsicht erkennen lassen hat, darf die Jugendkammer im Rahmen der Bewährungsentscheidung nicht berücksichtigen.

Beihilfe zum staatlich organisierten Massenmord

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – 3 StR 49/16 = HRRS 2016 Nr. 1123

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Greifswald*

Das Urteil des Bundesgerichtshofs in der Sache *Oskar Gröning* ist zu begrüßen. Der Prozess gegen den in der Presse als „Buchhalter“ oder – entsprechend seiner ursprünglichen Verwendung in verschiedenen Besoldungsstellen – auch „Zahlmeister der SS“ bezeichneten *Oskar Gröning*, wurde möglich durch das *Demjanjuk*-Urteil des LG München II,¹ das jedoch nicht rechtskräftig geworden ist, weil der Angeklagte vor der Entscheidung über seine Revision im Alter von 91 Jahren verstorben ist.

Der vorliegende Beschluss ist damit die erste Stellungnahme des obersten deutschen Strafgerichts seit Jahrzehnten – aber nicht die erste zu den Geschehnissen im Konzentrations- und Vernichtungslager Auschwitz. In den 1960er Jahren hatte der Bundesgerichtshof² schon einmal über eine Revision gegen einige Freisprüche im – für die Bedeutung der Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts gar nicht hoch genug einzuschätzenden und maßgeblich durch den hessischen Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* beförderten – Frankfurter Auschwitz-Prozess³ zu befinden. Der Bundesgerichtshof bestätigte damals die Freisprüche mit der Erwägung, dass nicht jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, für alles, was auf Grund dieses Programms geschah, verantwortlich zu machen sei.

Auf der Grundlage dieser Entscheidung sind in den folgenden Jahrzehnten bis zum *Demjanjuk*-Prozess viele Verfahren gegen SS-Wachmannschaften eingestellt worden, bei denen zwar die Zugehörigkeit zum SS-Wachbataillon, aber keine konkrete Einzeltat, wie z.B. die Erschießung eines Häftlings – eine sog. Exzesstat – nachzuweisen war. Diese Auslegung des Gesetzes war falsch.⁴ Nicht nur stand die Verurteilung wegen der Mitwirkung an der Erschießung einer Handvoll Geflohener im merkwürdigen Widerspruch zu der ungesühnten Mitwirkung

an der Vergasung Zehntausender, die Ansicht war auch kaum in Einklang zu bringen mit den allgemeinen Grundsätzen der Beteiligungsdogmatik. Es bedarf keines konkreten Einzeltatnachweises, um eine Beihilfe zur Ermordung der in den Konzentrationslagern eingepferchten Menschen durch das Geleit zu den Gaskammern, Bewachung, Beaufsichtigung von Arbeitseinsätzen etc.⁵ anzunehmen. Der Bundesgerichtshof gibt damit nun – ohne es zu zitieren – indirekt auch dem LG München II recht, das sich als erstes Gericht von dieser jahrzehntelang praktizierten falschen Rechtsauffassung gelöst hatte.

Wie es zu dieser für die Tausenden von Wachleuten günstigen Entwicklung im Anschluss an das Auschwitz-Urteil kommen konnte, erscheint im Nachhinein kaum noch nachvollziehbar. Mangelnden Verfolgungswillen wird man dem einzelnen Staatsanwalt und der Ludwigsburger Zentralstelle kaum unterstellen können: War es also ein auch dort vorherrschendes Missverständnis der Entscheidung des 2. Senates aus dem Jahre 1969, von der „diese Praxis... in keiner Weise gedeckt“ wurde, wie *Roxin* schreibt,⁶ oder fehlten schlicht die Richter und Staatsanwälte für die Tausende von Verfahren, die sonst nötig gewesen wären, wie *Roxin*⁷ vermutet?

Der Bundesgerichtshof übt sich im „distinguishing“: Dem Angeklagten werde nicht „alles“ zugerechnet, was in Auschwitz geschah; vielmehr gehe es um „die im Rahmen des fest umgrenzten Komplexes der ‚Ungarn-Aktion‘ durchgeführten Mordtaten“. Das geht es freilich immer. Der BGH selbst erwähnt die „Aktion Reinhard“, bei der im Anschluss an die Ermordung des (stellvertretenden) Reichsprotektors (von Böhmen und Mähren) und RSHA-Chefs, *Reinhard Heydrich*, in Prag zwischen Juli 1942 und Oktober 1943 über zwei Millionen Juden und rund 50.000 Roma aus den Distrikten des Generalgouvernements (Warschau, Lublin, Radom, Krakau und Galizien) ermordet wurden. Auch sei der Angeklagte *Oskar Gröning* nicht „irgendwie anlässlich des Vernichtungsprogramms“ tätig geworden, sondern es seien „konkrete Handlungsweisen des Angeklagten mit unmittel-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Greifswald.

¹ LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 KS 115 JS 12496/08 – dazu bereits *Fahl* HRRS 2015, 210; s. auch *Werle/Burghardt*, *Beulke-FS*, 2015, 339; zu demselben Fall auch schon *Fahl* ZJS 2011, 229, 230.

² BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = NJW 1969, 2056.

³ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63.

⁴ So bereits *Fahl* HRRS 2015, 210, 216.

⁵ Vgl. auch schon *Fahl* ZJS 2011, 229, 230.

⁶ *Roxin* JR 2017, 88, 89; s. dazu auch *Werle/Burghardt*, *Beulke-FS*, 2015, 339, 348 ff.

⁷ *Roxin* JR 2017, 88, 89.

telbarem Bezug⁸ zu dem organisierten Tötungsgeschehen... festgestellt“. – Das ist freilich auch stets mehr oder weniger der Fall: Der Bundesgerichtshof stellt u.a. darauf ab, dass der Angeklagte – „uniformiert und mit einer Pistole bewaffnet“ – der Senat sagt: „während der Ausübung seiner ‚Rampendienste‘“ – aber natürlich auch sonst – „Teil der Drohkulisse“ war, „die jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht bereits im Keim ersticken sollte“.⁹ Das waren freilich alle Uniform- und Waffenträger im „Dritten Reich“, von denen es weiß Gott viele gab, nicht nur Wehrmachtangehörige und Polizisten etwa, sondern auch Zivilisten. Der BGH betont: „Überdies oblag es dem Angeklagten während seiner Diensttätigkeit jederzeit, die Deportierten zu überwachen und Widerstand oder Fluchtversuche nötigenfalls mit Waffengewalt zu unterbinden“.¹⁰ Das trifft ebenfalls auf das gesamte Lagerpersonal ungeachtet seiner Funktion zu.

Der BGH nähert sich damit der – freilich damals vom 2. Strafsenat bewusst zurückgewiesenen¹¹ – Position von *Bauer*, der die Ansicht vertrat, dass jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, sich objektiv an den Morden beteiligt habe und für alles Geschehene verantwortlich sei.¹² – „Im Ausgangspunkt zutreffend“ habe das LG darauf hingewiesen, dass der Angeklagte „durch seine allgemeine Dienstausbildung bereits den Führungspersonen in Staat und SS Hilfe leistete“¹³ – in dem Sinne, „dass die Verantwortlichen in Staat und SS jederzeit ein in Auschwitz zu exekutierende Vernichtungsaktion beschließen und anordnen konnten, weil auf die dortige Umsetzung ihrer verbrecherischen Befehle Verlass war“.¹⁴ Das gilt freilich in ähnlicher Weise auch für den Befehl, Polen oder Russland zu überfallen.

Der BGH wird in Zukunft womöglich entscheiden müssen, wie sich ein Sanitäter strafbar gemacht hat, der – während seines einmonatigen Dienstes in Auschwitz-Birkenau – möglicherweise nichts anderes getan hat, als den SS-Wachmannschaften ein Pflaster zu kleben. Würde man ausnahmslos alle, die im NS-Staat Uniform, Waffen oder auch nur Parteiabzeichen trugen, wegen Beihilfe zum Massenmord bestrafen wollen, so würde nicht einmal derjenige straffrei sein, der unter diesem Deckmantel ausschließlich Gutes tat. Nicht einmal Behinderungen des Mordapparates wären dann straffrei.¹⁵ Auch *Roxin* hält hier eine Einschränkung für nötig: Er meint, dass Handlungen nur dann als strafbare Beihilfe beurteilt werden dürfen, wenn sie eine „deliktischen Sinnbezug“ aufweisen,¹⁶ und dass die Bereitstellung einer ärztlichen Behandlung auch keine „psychische Beihilfe“ ist, weil solche „neutralen Handlungen“ keine Zustimmung zu

den im KZ begangenen Verbrechen ausdrücken.¹⁷ Etwas unklar ist allerdings, ob das nur auf die ärztliche Versorgung der Häftlinge gemünzt ist und die ärztliche Versorgung des an der Tötungsmaschinerie beteiligten Personals – nach *Roxin* – nicht doch einen hinreichenden „deliktischen Sinnbezug“ aufwies.¹⁸ Ich habe vorgeschlagen, die Grenze da zu ziehen, wo das fragliche Tun des Gehilfen als „Solidarisierung“ mit der Tat und den Tätern zu verstehen ist. Denn dann verliert es seinen „Alltagscharakter“ und handelt es sich nicht mehr um ein „neutrales“ Verhalten.¹⁹ Nach diesen Grundsätzen kann die Hilfeleistung, die unabhängig von den kriminellen Absichten des Haupttäters einen eigenständigen erlaubten Sinn behält (z.B. ärztliche Versorgung), keine strafbare Beihilfe darstellen.²⁰ Wer einen anderen verarztet oder ihm einen Zahn zieht, der solidarisiert sich nach allgemeiner Auffassung dadurch noch nicht mit dem, was der andere tut. Das schließt es nicht aus, dass auch ein Sanitäter sich im Einzelfall doch strafbar gemacht hat, z.B. bei den sog. Selektionen oder auch als „Desinfektor“.²¹ Dafür bedarf es dann aber eben über die Zugehörigkeit zur Sanitätsstaffel hinaus doch eines sog. Einzeltatnachweises.²²

⁸ *Roxin* JR 2017, 88, 89, sieht darin eine ausdrückliche Bestätigung seines, von ihm für die Strafbarkeit geforderten „deliktischen Sinnbezugs“.

⁹ BGH Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 11.

¹⁰ BGH Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 12.

¹¹ BGH NJW 1969, 2056, 2056 f.

¹² Siehe *Bauer* JZ 1967, 625, 628.

¹³ BGH Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 22.

¹⁴ BGH Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 25.

¹⁵ Vgl. zu diesem argumentum ad absurdum bereits BGH NJW 1969, 2056, 2057.

¹⁶ *Roxin* JR 2017, 88.

¹⁷ *Roxin* JR 2017, 88, 89; anders *Werle/Burghardt*, *Beulke-FS*, 2015, 339, 349, wonach jede noch so unverfängliche Tätigkeit, die sich konstruieren lasse, dort Beihilfe gewesen sei, selbst die Versorgung der Arbeitshäftlinge mit Lebensmitteln.

¹⁸ Bei *Oskar Gröning* fehlt dieser Bezug freilich nicht, da sein „Rampendienst“ zwar nicht, wie der Dienst auf den dort aufgestellten hölzernen Wachtürmen, der Bewachung der Ankommenden, sondern des dort zurückzulassenden Gepäcks diene – nicht weil Diebstähle durch SS-Angehörige an jüdischem Eigentum nicht stillschweigend akzeptiert worden wären, sondern weil das nicht vor den Augen der Häftlinge geschehen sollte –, was nötig war, „um deren für den weiteren Ablauf der Selektion und Vergasung für unerlässlich gehaltene Arglosigkeit nicht zu gefährden“, so ausdr. BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 11; wie *Roxin* JR 2017, 88, 89, richtig schreibt, bezog sich die Buchung und Weiterleitung der erbeuteten Wertgegenstände auch deshalb auf die im KZ verübten Morde, weil es sich um Raubmorde gehandelt hat. Überhaupt kann zwar die Tätigkeit von SS-Wachleuten in gewisser Weise „berufstypisch“ sein (wie die von Wärtern im Justizvollzugsdienst), aber eben nicht (im wahrsten Sinne des Wortes) „neutral“. Oder anders ausgedrückt: deren „Beruf“ war „Mord“. Das führt zur Strafbarkeit und schließt sie nicht aus! Siehe auch *Werle/Burghardt*, *Beulke-FS*, 2015, 339, 345, zur Revision im erstinstanzlich vor dem LG Bonn geführten sog. Kulmhof (Chelmno)-Verfahren, in dem die Angeklagten vorbrachten, sie seien rechtsfehlerhaft als Gehilfen verteilt worden, weil sie lediglich eine Tätigkeit ausgeübt hätten, „dies sich... im Rahmen der damaligen Aufgaben der Schutzpolizei gehalten habe, also ‚wertneutral‘ gewesen sei“.

¹⁹ *Fahl* HRRS 2015, 210, 217 m.w.N. zum „Solidarisierungsgedanken“ auch aus der Rspr.

²⁰ Vgl. zu diesem Gedanken *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *StGB*, Kommentar, 3. Aufl. (2016), § 27 Rn. 6.

²¹ So nannte man die „Sanitäter“, die nach einer Zusatzausbildung im Umgang mit Zyklon B das Vergasungsmittel in die Gaskammern geworfen haben.

²² So bereits *Fahl* HRRS 2015, 210, 217; abw. *Werle/Burghardt*, *Beulke-FS*, 2015, 339, 348 ff.

Warum die Staatsanwaltschaften freilich noch immer davor zurückschrecken, die Wachmannschaften anderer Konzentrationslager anzuklagen, die nicht zu den „Vernichtungs-“ oder „Todeslagern“ im eigentlichen Sinne (Auschwitz II, Belzec, Chelmno, Sobibor, Treblinka) gehörten, ist unverständlich.²³ Tatsächlich war *Hubert Zafke*, der SS-Sanitäter, offenbar von Oktober 1943 bis Januar 1944 im Stammlager (Auschwitz I) eingesetzt. Die Anklage beschränkt sich aber auf einen einzigen Monat, den er in Auschwitz II (Birkenau) Dienst tat. Die Unterscheidung geht erst auf die spätere Wissenschaft zurück. Die Nationalsozialisten selbst haben nicht zwischen Todeslagern und andern Lagern unterschieden. Sie alle waren Teil des Vernichtungssystems (Stichwort: „Vernichtung durch Arbeit“²⁴). Auch in diesen Lagern (Bergen-Belsen, Dachau, Ravensbrück, Theresienstadt uvm.) ist gelitten und gestorben worden.

Hier droht erneut ein später kaum noch gut zu machendes und kaum zu erklärendes Versäumnis der deutschen

²³ Abweichend – im Sinne der Beschränkung der neu gewonnenen Beihilfegrundsätze auf sog. Vernichtungslager – Kurz ZIS 2013, 122, 128; s. auch *Werle/Burghardt*, Beulke-FS, 2015, 339, 351, die lediglich die Besonderheiten der beiden „multifunktionalen“ Vernichtungslager Auschwitz(-Birkenau) und Majdanek hervorheben, aber darüber augenscheinlich auch nicht hinaus gehen wollen.

²⁴ Siehe dazu jetzt auch *Rommel* NStZ 2017, 161, 162, unter Verweis auf die Entscheidung des LG Detmold v. 17.6.2016 im Fall *Hanning*.

Nachkriegsbehörden.²⁵ Denn die Anklage all jener, die als kleines Rad der Vernichtungsmaschinerie zum Gelingen der „Endlösung“ beigetragen haben, wegen Beihilfe zum Mord an den während ihres Lagereinsatzes in dem betreffenden Lager ermordeten Opfern ist dogmatisch konsequent und überfällig.²⁶ Das gilt für diejenigen, die innerhalb des Lagers, z.B. als Rapportführer, Schutzhaftlagerführer oder dergleichen, Dienst taten, ebenso wie für die, die nur außerhalb des Lagers zur Bewachung eingesetzt waren – und dabei Waffen und Uniform trugen – und darüber hinaus für alle, die – Vorsatz immer vorausgesetzt²⁷ – physische oder psychische²⁸ Beihilfe geleistet haben, z.B. durch das Zusammenstellen, Begleiten und Bewachen der Deportationszüge am Ausgangsort. Letztlich gilt das sogar für die bei der mittelständischen Firma Topf & Söhne, welche die Verbrennungsöfen für die Konzentrationslager konstruierte, lieferte und wartete, in Erfurt angestellten Nicht-Waffenträger, für den Hersteller des Rattengifts Zyklon B und für die im *Demjanjuk*-Urteil erwähnten Reichsbahnangehörigen, die die Deportationszüge bereit gestellt oder als Lokführer nach Auschwitz gelenkt haben.

²⁵ Vgl. auch *Grünwald* NJW 2017, 500, 501, zur beschämenden Seite des Beschlusses; s. auch *Safferling* JZ 2017, 258 ff.

²⁶ So bereits *Fahl* HRRS 2015, 210, 217.

²⁷ Wobei freilich nach allgemeinen Regeln *dolus eventualis* ausreicht.

²⁸ Das mag die Deutschen betreffen, die beim Zusammentreiben der jüdischen Bevölkerung die Kolonnen begleiteten und klatschten.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Anforderungen an die Beschränkung des Zugangs zu einem Verteidiger im Ermittlungsverfahren nach der EMRK

Zugl. Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 13. September 2016 – 50541/08 u.a., *Ibrahim u.a.* ./ Vereinigtes Königreich = HRRS 2017 Nr. 272

Von Ass. iur. Carolin Castorf, Berlin*

I. Einleitung

Terroristische Anschläge sind grundsätzlich Situationen des Schreckens in der Bevölkerung und stellen erhebliche

* Die Autorin ist Promotionsstudentin bei Prof. Dr. Karsten Gaede an der Bucerius Law School (Hamburg).

Anforderungen an den betroffenen Staat. Die zuständigen Strafverfolgungsbehörden sollen Verdächtige zeitnah festnehmen und mit den von ihnen erlangten Informationen die Aufklärung zügig vorantreiben, um weitere Anschläge zu verhindern. Insoweit operieren aber gerade die Konventionsstaaten der EMRK in einem Konfliktfeld ihrer Gewährleistungspflichten: Sie sind verpflichtet, ihre Staatsbürger praktisch und effektiv vor solchen Gefahren

zu schützen. Zum anderen sind sie nach Art. 6 Abs. 1, 3 EMRK zu grundlegenden Verfahrensstandards angehalten, die auch für die gelten, die andere Bürger gerade durch Akte des Terrors gefährden.

Die vorliegende Entscheidung des EGMR hat eine solche Konstellation zum Gegenstand. Ausgangspunkt des Falles waren die Terroranschläge in London am 7. Juli 2005. An diesem Tag explodierten vier Sprengsätze in drei Zügen der U-Bahn und einem Bus im Londoner Nahverkehr und töteten 52 Menschen und verletzten viele weitere. Zwei Wochen darauf, am 21. Juli 2005, wurden wiederum mehrere Sprengsätze in Zügen und einem Bus in London gezündet – jedoch ohne dass diese explodierten.¹ Drei der Beschwerdeführer, im Folgenden: A, B und C, wurden im Anschluss festgenommen und im Rahmen sog. „safety interviews“ vernommen. Diese Sicherheitsvernehmungen waren nach englischem Recht, dem *Terrorism Act 2000*, so ausgestaltet, dass die Beschwerdeführer vernommen werden konnten, ohne vorher Kontakt zu einem Rechtsbeistand aufgenommen zu haben oder während der Vernehmung von einem solchen begleitet zu sein. Sie wurden mit der Standardbelehrung des *1994 Act* belehrt,² obwohl dies in ihrem Fall nicht zulässig war. Die drei Beschwerdeführer verneinten während dieser Interviews, an den versuchten Anschlägen beteiligt gewesen zu sein. Später gaben sie im Laufe der Hauptverhandlung ihre Täterschaft zwar zu, behaupteten jedoch, die Bomben seien als Attrappen intendiert gewesen. A und B griffen erfolglos die Einführung ihrer Vernehmungen in der Hauptverhandlung als Beweismittel an.

Der vierte Beschwerdeführer,³ im Folgenden: D, war ursprünglich als Zeuge von der Polizei angesprochen worden und freiwillig zur Vernehmung auf die Polizeiwache erschienen. Während der Vernehmung begann er, sich selbst zu belasten und seine Beteiligung zu gestehen. Die Polizeibeamten unterbrachen die Vernehmung und berieten mit ihren Vorgesetzten, ob sie D nun festnehmen und belehren sollten. Die Vorgesetzten ordneten an, die Vernehmung ohne Belehrung des D über seine Rechte fortzuführen, obgleich ihnen bewusst war, dass sie dazu zu diesem Zeitpunkt nach englischem Recht verpflichtet waren. Erst nachdem sie von D eine schriftliche Stellungnahme erhalten hatten, nahm die Polizei ihn fest und holte die Belehrung nach. In der Hauptverhandlung widersprach D – erfolglos – der Verwertung seiner Stellungnahme. Er schwieg in der Hauptverhandlung. Alle vier Beschwerdeführer wurden zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt. In ihrer Beschwerde an den EGMR rügten sie eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 6 Abs. 1, 3 lit. c) EMRK dadurch, dass ihnen der Zugang zu einem Verteidiger gänzlich verwehrt und die so gewonnenen Erkenntnisse als Beweismittel in der Hauptverhandlung zugelassen wurde. D rügte darüber hinaus die ihm gegenüber unterlassene Belehrung als Beschuldigter.

¹ Vgl. für den nachfolgenden Sachverhalt EGMR, Urteil v. 13.09.2016 – 50541/08 u.a., Ibrahim u.a. ./ GB, Rn. 14 ff.
² „You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence.“
³ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 137 ff.

II. Gründe

Der EGMR hat die Beschwerde zugelassen, im Fall der Beschwerdeführer A, B und C jedoch als unbegründet abgelehnt. In dem Verhalten der Strafverfolgungsbehörden hat er nur im Fall von D eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1, 3 lit. c) EMRK erblicken können. In seiner Begründung geht er dabei auf die bereits in *Salduz*⁴ etablierten Maßstäbe zum Recht auf Verteidigung ein und konkretisiert die Anforderungen, die an eine Beschränkung des Rechts auf Zugang zu einem Verteidiger zu stellen sind.

1. Das Recht auf effektive Verteidigung gem. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK

In seinem Urteil wiederholt der EGMR zunächst den Umfang des Rechts auf Zugang zu einem Verteidiger gem. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK. Dabei betont er die grundlegende Bedeutung der in Art. 6 Abs. 3 EMRK normierten Mindestrechte.⁵ Wann diese Gewährleistungen greifen, wohnt dem Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ in Art. 6 Abs. 3 EMRK inne:⁶ Eine „Anklage“ liegt jedenfalls dann vor, wenn die Situation einer Person durch Strafverfolgungsmaßnahmen der Behörden wegen eines Verdachts gegen ihn maßgeblich beeinflusst wird.⁷ Trotz dieser an sich weiten Auslegung war zeitweise umstritten, ob die Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK auch im Ermittlungsverfahren Anwendung finden.⁸ Bereits in den 90er Jahren begann der EGMR die Geltung der Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK auch auf das Ermittlungsverfahren zu erstrecken.⁹ Diese Rechtsprechungsentwicklung stellte der EGMR in seinem *Salduz*-Urteil noch einmal explizit fest:¹⁰ Die Garantien von Art.

⁴ EGMR, Urteil v. 27.11.2008 – 36391/02, *Salduz* ./ TR, HRRS 2008 Nr. 1145.
⁵ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 251.
⁶ Vgl. zu diesem zeitlichen Moment des Begriffes ebenso *Plekksepp*, Die gleichmäßige Gewährleistung des Rechts auf Verteidigerbeistand – Eine Voraussetzung der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Gerichtsentscheidungen in Europa (2012), S. 63; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 188; abl. dagegen das zust. Votum von Richter Mahoney v. 13.09.2016 – 50541/08 u.a., Ibrahim u.a. ./ GB, Rn. 3 ff., der für eine Vorwirkung der Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK plädiert – dies dürfte jedoch der expliziten Anklagedefinition des Gerichtshofs auch schon in früherer Rechtsprechung entgegenstehen, die *de facto* auch den reinen Verdacht genügen lässt, vgl. dazu grundlegend EGMR, Urteil v. 27.02.1980 – 6903/75, *Deweer* ./ BE, Rn. 42 f., 46.
⁷ St. Rspr., EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 249; *Deweer* ./ BE, a.a.O. Fn. 5, Rn. 46; insoweit entspricht dieser Anklagebegriff dem Beschuldigtenbegriff des deutschen Strafprozessrechts, vgl. so zutr. *Jahn*, JuS 2017, 177, 178.
⁸ Vgl. früher noch offen, EKMR, Entscheidung v. 11.12.1976 – 7641/76, X. u. Y. ./ DE, S. 5.
⁹ S. EGMR, Urteil v. 24.11.1993 – 13972/88, *Imbrioscia* ./ CH, Rn. 36; Urteil v. 08.02.1996 – 18731/91, *John Murray* ./ GB, Rn. 62; vgl. ähnlich ebenso Urteil v. 20.06.2002 – 27715/95 u. 30209/96, *Berlinski* ./ PL, Rn. 75 und Entscheidung v. 12.10.2004 – 16743/03, *Beale* ./ GB, S. 4.
¹⁰ EGMR, *Salduz* ./ TR, a.a.O. Fn. 3, Rn. 41 ff.

6 Abs. 3 EMRK gelten ab dem Zeitpunkt der strafrechtlichen „Anklage“ und erstrecken sich auch auf das Ermittlungsverfahren, wenn der Angeklagte sich in einer besonders verletzlichen Position befindet, aus der Einstellung und dem Verhalten des Angeklagten nachteilige Schlüsse für die Hauptverhandlung gezogen werden können oder insgesamt seine Verteidigungsaussichten maßgeblich durch das Ermittlungsverfahren bestimmt werden.¹¹

2. Einschränkung dieses Rechts

Trotz der immensen Wichtigkeit des Rechts auf Verteidigungszugangs besteht es jedoch nicht absolut. Der EGMR erkennt an, dass aus „*zwingenden Gründen*“ eine Einschränkung von Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK zulässig ist, solange dadurch die Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht unangemessen beeinträchtigt werden.¹² Damit unterwirft er einen Eingriff in Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK einem zweistufigen Test. Diese Anforderungen waren zwar seit *Salduz* bekannt, sind im vorliegenden Urteil in Bezug auf Umfang und Verhältnis zueinander präzisiert worden.

a) Zwingende Gründe

Zunächst müssen von staatlicher Stelle zwingende Gründe vorgetragen werden. Zwingend bedeutete in der bisherigen Rechtsprechung, dass eine solche Beschränkung nur ausnahmsweise, zeitlich vorübergehend und auf einer individuellen Einschätzung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls geschehen darf.¹³ Damit hat der EGMR bisher vor allem die Sachverhaltsebene dieser Voraussetzung betont. Im vorliegenden Urteil hat er diese Sachverhaltsebene um eine rechtliche Betrachtung ergänzt, indem er darauf abstellt, ob es für die Beschränkung eine einfachgesetzliche Grundlage gab und ob die Einschränkung unter Befolgung dieser Grundlage rechtmäßig erfolgte.¹⁴

Laut dem EGMR dürfe diese Voraussetzung nicht Einfallstor für allgemeine Befürchtungen sein, sondern müsse in Anbetracht der Wichtigkeit der Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK streng gehandhabt werden.¹⁵ Damit muss die Einschätzung, ob „*zwingende Gründe*“ vorliegen oder nicht, sich auf konkrete Vorkommnisse und Gefahren stützen. Insofern genügen weder allgemeine Befürchtungen¹⁶ noch der Verdacht von schwerstkrimineller¹⁷ allein. Zutreffend hebt der EGMR hervor, dass gerade in

„*herausfordernden Zeiten*“ die Konventionsstaaten ihr Verpflichtungsgefühl gegenüber Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten unter Beweis stellen müssen; auch in Fällen von organisierter Kriminalität und Terrorismus dürften Verteidigungsrechte nicht verwässert werden.¹⁸

Gleichzeitig solle Art. 6 EMRK aber auch nicht so angewandt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden im Kampf gegen Terrorismus oder andere schwerstkriminelle übergebührlich behindert werden.¹⁹ Drohe also eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder persönliche Freiheit anderer Menschen, dann müsse den Behörden auch möglich sein, ihrer nach der Konvention bestehenden Schutzpflicht nachzukommen.²⁰

b) Keine unangemessene Benachteiligung der Rechte des Angeklagten

Auf einer zweiten Ebene darf die Verteidigung durch diese Zugangsbeschränkung nicht unangemessen beschränkt worden sein; in einer Gesamtbetrachtung des Verfahrens muss dieses also noch fair gewesen sein. Für die Bestimmung der Fairness hat der EGMR im vorliegenden Urteil nun eine elfteilige, nicht abschließende Liste an Faktoren aufgestellt.²¹ Dazu zählen unter anderem die Verletzlichkeit des Angeklagten aufgrund seiner geistigen Verfassung oder seines Alters, die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für die Hauptverhandlung, ob der Angeklagte die Beweismittel in der Hauptverhandlung angreifen konnte, ob das Beweismittel nach den jeweiligen nationalen Vorschriften gesetzlich oder ungesetzlich erlangt wurde und ob das entgegen Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK erlangte Beweismittel ein entscheidendes Beweismittel war.

In *Salduz* war festgehalten worden, dass ein Beschwerdeführer in der Regel in seinen Rechten aus Art. 6 Abs. 3 EMRK verletzt sei, wenn belastende Angaben aus einer Polizeivernehmung ohne Beistand eines Verteidigers in einer Hauptverhandlung gegen ihn verwendet werden.²² Daraus wollten die Beschwerdeführer ableiten, dass ein Verfahren immer als unfair zu gelten habe, wenn keine zwingenden Gründe vorliegen. Einer solchen *bright-line-rule* trat der EGMR jedoch entgegen.²³ Dies habe er auch in *Salduz* so nicht vertreten: Dort habe er trotz des Fehlens zwingender Gründe noch die Gesamtumstände des Verfahrens analysiert und in die Urteilsfindung mit einbezogen.²⁴ Das Fehlen zwingender Gründe wirkt sich jedoch erheblich auf die Fairnessprüfung der zweiten Ebene aus. Denn die Abwägung der einzelnen Fairnessaspekte wird durch ein Fehlen von zwingenden Gründen maßgeblich zugunsten des Angeklagten beeinflusst. Die Beweislast, darzulegen, dass das Verfahren selbst durch

¹¹ Ebd., Rn. 52, 54; wiederholt in EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 253; dies ist jedoch abhängig von den Eigenheiten der jeweiligen Verfahrensordnung und den Umständen des jeweiligen Einzelfalls, so grundlegend in *Imbrioscia* ./ CH, a.a.O. Fn. 8, Rn. 38.

¹² Vgl. EGMR, *Salduz* ./ TR, a.a.O. Fn. 3, Rn. 45.

¹³ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 258; so bereits in *Salduz* ./ TR, a.a.O. Fn. 3, Rn. 44 f.

¹⁴ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 258.

¹⁵ Ebd.; krit. dazu gemeinsam abw. Votum der Richter Sajò u. Laffranque v. 13.09.2016 – 50541/08 u.a., Ibrahim u.a. ./ GB, Rn. 19 a.E., die als zusätzliches Kriterium eine unmittelbar bevorstehende Bedrohung verlangen.

¹⁶ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 259 a.E.

¹⁷ So jedenfalls deutlich in EGMR, *Salduz* ./ TR, a.a.O. Fn. 3, Rn. 44 a.E.

¹⁸ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 252.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Ebd., Rn. 259, mit Verweis darauf, dass solche Ausnahmen vom Recht auf Verteidigungsbeistand auch in den USA und in der Richtlinie der EU zum Recht auf Verteidigungsbeistand anerkannt sind.

²¹ Ebd., Rn. 274.

²² EGMR, *Salduz* ./ TR, a.a.O. Fn. 3, Rn. 45 a.E.

²³ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 260.

²⁴ Ebd.

die Beschränkung nicht unangemessen beeinträchtigt war, geht auf der zweiten Prüfebene auf den Staat über.²⁵

Insoweit präzisiert der EGMR, dass es sich nicht um kumulative Voraussetzungen handelt. Durch die Auswirkungen der ersten Stufe auf die Frage der Beweislast für die Fairness des gesamten Verfahrens auf der zweiten Ebene sind die Voraussetzungen zwar noch alternativ, aber als voneinander abhängig zu betrachten.

c) Anwendung dieser Maßstäbe auf den konkreten Fall

Von diesen Maßstäben ausgehend hat der EGMR zunächst eine Verletzung der Beschwerdeführer A, B und C abgelehnt.²⁶ Es habe ein zwingender Grund vorgelegen, ihr Recht auf Verteidigung zeitweise zu beschränken. Denn die Lage nach den Anschlägen sei unübersichtlich gewesen. Die Polizei habe nicht wissen können, ob zum damaligen Zeitpunkt noch weitere Attentäter die verhinderten Anschläge nachholen wollten. Im Zusammenhang mit den nicht gezündeten Sprengsätzen seien 18 Menschen vorläufig festgenommen worden. Diese seien jeweils isoliert worden, um zu verhindern, dass andere Verdächtige informiert und die Untersuchung durch undichte Stellen gefährdet würde.²⁷ Ein Zugang zu Verteidigern sei in dieser angespannten Lage nicht machbar gewesen. Dadurch seien ihre Verteidigungsrechte auch nicht unangemessen beeinträchtigt worden.²⁸ Sie hätten in der Hauptverhandlung die Möglichkeit gehabt, ihre als Beweismittel eingeführten Vernehmungen in Frage zu stellen, und seien zudem durch eine Vielzahl zusätzlicher Beweismittel überführt worden. Die zunächst falsche Belehrung sei versehentlich erfolgt und stelle lediglich einen zu vernachlässigenden Fehler in einer sonst insgesamt nach englischem Recht rechtmäßig durchgeführten Ermittlung dar.

Anders dagegen fiel die Bewertung dieser Maßstäbe für den Beschwerdeführer D aus: Denn dessen Verteidigungsrechte seien bereits ohne zwingenden Grund beschränkt worden. Durch die – nach englischem Recht rechtswidrig – unterlassene Belehrung habe sich D im Unklaren über seine prozessualen Rechte befunden.²⁹ Dabei käme dem Belehrungserfordernis durch die Strafverfolgungsbehörden erhebliche Bedeutung zu, um den Angeklagten seine Rechtsausübung überhaupt zu ermöglichen.³⁰ Insbesondere wenn kein Verteidiger die Rechtsausübung absichert, sei diese Aufklärungspflicht der Behörden besonders wichtig.³¹ Dem insofern auf zweiter Ebene, der Gesamtfairness, beweisbelasteten Vereinigten Königreich sei der Beweis nicht gelungen, dass das Verfahren insgesamt noch fair gewesen sei.³²

²⁵ Ebd., Rn. 264.

²⁶ Ebd., Rn. 275 ff.

²⁷ Ebd., Rn. 28, 43, 51, 278.

²⁸ Ebd., Rn. 280 ff.

²⁹ Ebd., Rn. 299; krit. zum vermeintlich zu prozessualen Ansatz unter Vernachlässigung des Gesamtbildes, vgl. gemeinsam abw. *Votum der Richter Hajiyev u.a. v. 13.09.2016 – 50541/08 u.a., Ibrahim u.a. ./.* GB, Rn. 11 ff., 18.

³⁰ EGMR, Ibrahim u.a. ./. GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 272.

³¹ Ebd., Rn. 273; ebenso in Urteil v. 18.02.2010 – 39660/02, Aleksandr Zaichenko ./. RU, HRRS 2010 Nr. 228, Rn. 86.

³² EGMR, Ibrahim u.a. ./. GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 302 ff.

3. Bewertung

In diesem Urteil hat der EGMR wichtige Konkretisierungen für die Einschränkung des Rechts auf Verteidigung nachgereicht. Nichtsdestotrotz begegnet gerade die Subsumtion dieser Maßstäbe Bedenken.

a) Maßstabskonkretisierung der zwingenden Gründe und Subsumtion im Fall von A, B und C

Die abstrakte Maßstabsbildung des EGMR an sich verdient Zuspruch. Denn insoweit betont er erneut, die allgemeine Geltung der Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK, unabhängig von der Schwere des geäußerten Verdachts und positioniert sich so gegen ein Sonderstrafverfahren für bestimmte Verdächtige.³³ Bereits zuvor hat der EGMR diese Betrachtung im Hinblick auf die ebenfalls in Art. 6 EMRK garantierte Unschuldsvermutung des Angeklagten gerechtfertigt. Denn die Anwendung eines Sonderstrafverfahrens verlangt eigentlich, denjenigen nicht mehr als unschuldig zu betrachten, sondern als schuldig mit der Folge solcher prozessualen Rechtsfolgen.³⁴ Mit seiner konkreten Einzelfallbetrachtung tritt der EGMR einer derartigen Generalverdachtsherangehensweise grundsätzlich entgegen.

Zudem schafft er ein Einfallstor für die Berücksichtigung der einfachgesetzlich garantierten Verteidigungsrechte des Angeklagten bereits auf der Ebene der „*zwingenden Gründe*“. Dadurch beachtet er auch auf Ebene der Eingriffsrechtfertigung die Konfliktlage zwischen der Gewährleistung von Beschuldigtenrechten und der Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern im Fall terroristischer Angriffe. Diesen Aspekt hätte er ebenso – und vielleicht passender – als Aspekt bei der Überprüfung der Gesamtfairness des Verfahrens auf der zweiten Stufe einbringen können.³⁵ Dass er es auf dieser Ebene macht, dürfte sich vorteilhaft für die Berücksichtigung der Verteidigungsrechte an sich auswirken, weil bei ggf. rechtswidriger Behandlung des Angeklagten im Folgenden der Staat bezüglich der Fairness des Verfahrens beweisbelastet ist.

Kritisch ist dagegen die konkrete Subsumtion des EGMR: Diese verfehlt den eigentlichen Kern des an sich streng angelegten Maßstabs.³⁶ Denn die Frage ist nicht lediglich, ob Leib, Leben oder persönliche Freiheit anderer Menschen gefährdet sind – sondern ob diese Gefährdung – und damit die Auslösung der Schutzpflicht des Staates *durch* den Zugang auf Verteidigung mitbegünstigt oder herbeigeführt wird. Dies konnte der EGMR in seinem

³³ Vgl. EGMR, Urteil v. 09.06.1998 – 25829/94, Teixeira de Castro ./. PT, Rn. 36 (in Fällen organisierter Drogenkriminalität); Urteil v. 17.12.1996 – 19187/91, Saunders ./. GB, Rn. 74 (bei Umfangsverfahren); John Murray ./. GB, a.a.O. Fn. 8, Rn. 62 ff. (bei Terrorismusvorwürfen); zust. Gaede, a.a.O. Fn. 5, S. 707 ff.; ebenso Esser, in: Esser/Günther u.a. (Hrsg.), FS H.-H. Kühne (2013), S. 541 bezgl. eines rechtsstaatlich organisierten Strafverfahrens.

³⁴ S. Gaede, a.a.O. Fn. 5, S. 709.

³⁵ Dazu krit. das abw. *Votum der Richter Hajiyev u.a., Ibrahim u.a. ./.* GB, a.a.O. Fn. 29, Rn. 15.

³⁶ Ebenso das abw. *Votum der Richter Sajò und Laffranque, Ibrahim u.a. ./.* GB, a.a.O. Fn. 15, Rn. 22.

Urteil nicht belegen.³⁷ Allein die Unübersichtlichkeit der Lage und, dass noch andere Verdächtige auf freiem Fuß sein konnten, begründen zwar eine generelle Gefährdung der Bevölkerung. Den Zugang zu einem Verteidiger zu beschränken, erscheint insofern aber nur dann als geeignetes Mittel, wenn man eine Komplizenschaft der Verteidigung unterstellt. Im eigentlich umfangreichen Sachverhalt fehlt es an Anhaltspunkten, die eine derartige Gefährdung oder Komplizenschaft belegen. Stattdessen hat der EGMR unter die allgemeine Befürchtung subsumiert, durch die Beiziehung von Verteidigern könnten Informationen an die Öffentlichkeit oder Mittäter gelangen, die den Untersuchungszweck gefährden könnten. In seiner Subsumtion ist der EGMR nicht ganz deutlich, ob er tatsächlich einen Generalverdacht gegenüber der Verteidigerschaft an sich äußert³⁸ oder ob er lediglich unterlassen hat, in seiner Subsumtion den Maßstab umzusetzen, den er zuvor noch aufgestellt hat. Insofern hätte auch für die Beschwerdeführer A, B und C das Vorliegen „*zwingender Gründe*“ verneint werden müssen.

Jedenfalls für die Beschwerdeführer A und C dürfte deswegen auch in der Gesamtbetrachtung das Verfahren unangemessen beeinträchtigt gewesen sein. Es erscheint fraglich, ob Großbritannien hätte belegen können, dass die Angriffsmöglichkeiten der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung noch die Gesamtfairness des Verfahrens wiederherstellen konnten.³⁹ Für den Beschwerdeführer B dürfte etwas Anderes gelten, weil er der Verwertung des Inhalts der Sicherheitsvernehmungen in der Hauptverhandlung zugestimmt hat.⁴⁰

b) Kein zwingendes Verwertungsverbot bei fehlenden zwingenden Gründen

Insgesamt entspricht die zweistufige Prüfung der Rechtsprechungslinie des EGMR, im Rahmen von Art. 6 EMRK auf die Gesamtfairness des Verfahrens und nicht auf einzelne Verstöße abzustellen.⁴¹ Diese Form der Gesamtbetrachtung begegnet grundsätzlich keinen Bedenken: Die vielgestaltigen Fallkonstellationen des Art. 6 Abs. 3 EMRK würden durch eine rein schematisch anwendbare Regel nicht immer treffend abgebildet.⁴² Gleichwohl birgt eine solche, auf eine Vielzahl von Fakto-

ren gestützte Abwägung die Gefahr nicht vorhersehbarer Judikate.

Im Fall des Beschwerdeführers D ist bedauerlich, dass der EGMR keine „*bright-line-rule*“ bei fehlenden zwingenden Gründen etabliert hat. Die Vernehmung Ds wurde gezielt unter Umgehung seiner Rechte durchgeführt. Obwohl die zuständigen Polizeibeamten erkannt hatten, dass er als Beschuldigter belehrt werden müsste, haben sie es vorsätzlich nicht getan, um mehr Informationen zu gewinnen. Wann soll ein Verwertungsverbot überhaupt existieren, wenn nicht bei einer derart willkürlichen Umgehung der Verteidigungsrechte des Angeklagten? Grundsätzlich betont der EGMR zwar, dass die Verwertbarkeit von Beweisen den nationalen Rechtsordnungen unterliege.⁴³ Davon weicht der EGMR aber gerade ab, wenn es sich um einen Fall erheblichen staatlichen Fehlverhaltens handelt, wie z.B. der aktiven Beeinflussung bei der sog. rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.⁴⁴ Zwar unterscheiden sich die Fälle der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vom vorliegenden Fall dadurch, dass das später angeklagte Verbrechen selbst von den Strafverfolgungsbehörden in aktiver Weise verursacht wurde. Doch der Kerngedanke ist ein ähnlicher: Es geht darum, zu verhindern, dass dem Angeklagten von Beginn an, kein faires Verfahren zuteilwird. Diese Gefahr besteht jedoch auch dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden verhindern, dass einem Angeklagten seine Rechte bekannt werden. Denn der Angeklagte, der sich zu Beginn des Ermittlungsverfahrens in Unkenntnis seiner Rechte selbst belastet, ermöglicht so die Ermittlung weiterer Beweismittel gegen ihn und verspielt so regelmäßig seine Verteidigungschancen im späteren Verfahren.

III. Zusammenfassung

Die insgesamt wünschenswerte Konkretisierung zu den Einschränkungsmöglichkeiten von Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK werden leider im Konkreten nicht so streng gehandhabt, wie es in Anbetracht der Bedeutung dieses Rechts für den Angeklagten sein sollte. Es ist verständlich, dass der EGMR sich gerade im Fall von Terrorismusvorwürfen und Verurteilungen damit zurückhält, übermäßige Hürden für die Strafverfolgung aufzustellen. Jedoch hat er dadurch im konkreten Fall von A, B und C die Verteidigungsrechte einer abstrakten Gefährdungsbeurteilung geopfert.⁴⁵ Ein strengerer Ansatz, der die Strafverfolgungsbehörden auch in Krisensituationen zur genauen Einhaltung der Verteidigungsrechte anhält, wäre wünschenswert gewesen.

³⁷ EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 278.

³⁸ Insofern krit. *Seet*, C.L.J. 74 (2015), 208, 209 f.

³⁹ Vgl. zu den prozessualen Möglichkeiten und der Gesamt abwägung, EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 280 ff.; dazu, dass auch bei Vorliegen zwingender Gründe, die Abwägung eine Verletzung von A, B und C hätte ergeben müssen, vgl. *Seet*, C.L.J. 74 (2015), 208, 210.

⁴⁰ Vgl. für B, EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 64 f., 69 f., 282; dazu, dass das Verfahren grds. fair ist, wenn ein zuvor konventionswidrig erlangtes Geständnis in der Hauptverhandlung freiwillig wiederholt wird: Urteil v. 30.06.2008 – 22978/05, Gäfgen ./ DE, HRRS 2008 Nr. 627, Rn. 107 f.

⁴¹ Vgl. dazu m.w.N. EGMR, Ibrahim u.a. ./ GB, a.a.O. Fn. 1, Rn. 250.

⁴² A.A. *Jahn*, JuS 2017, 177, 178 a.E.

⁴³ Vgl. m.w.N. EGMR, Urteil v. 23.10.2014 – 54648/09, Furcht ./ DE, HRRS 2014 Nr. 1066, Rn. 47.

⁴⁴ So z.B. bei der sog. rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, ebd., Rn. 65; in der dt. Rspr. umgesetzt als absolutes Verfahrenshindernis, vgl. BGH, Urteil v. 10.06.2015 – 2 StR 97/14, HRRS 2015 Nr. 1104, Rn. 40 ff.

⁴⁵ Insgesamt krit. *Seet*, C.L.J. 74 (2015), 208, 211 („*disappointing*“).

Ausschluss der Erfolgszurechnung durch eine hypothetisch rechtfertigende richterliche Gewahrsamsanordnung?

Der Fall Oury Jalloh BGH, Urt. v. 04.09.2014 – 4 StR 473/13 = HRRS 2014 Nr. 1026

Von RiLG Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe

I. Einleitung

In seiner zweiten Entscheidung zum Fall Oury Jalloh hat der 4. Strafsenat des BGH am 04.09.2014 das Urteil des Landgerichts Magdeburg¹ bestätigt, mit dem der Angeklagte wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt worden war. Gegenstand des Verfahrens waren die Geschehnisse um den Tod des Oury Jalloh am 07.01.2005 in Dessau. Der spätere Geschädigte Jalloh wurde an diesem Tag von Beamten des Polizeireviers Dessau festgenommen, nachdem er Passantinnen angepöbelte hatte, und gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSA-SOG zum Gewahrsam in eine dortige Zelle verbracht. Entgegen § 38 Abs. 1 LSA-SOG führte der Angeklagte, der zu diesem Zeitpunkt verantwortlicher Dienstgruppenleiter des Reviers war, keine richterliche Entscheidung über mit Gewahrsam verbundene Freiheitsentziehung herbei. Weil Jalloh bei der Aufnahme in den Gewahrsam Selbstverletzungsversuche unternahm, ordnete der Angeklagte auf ärztliche Empfehlung seine Fixierung an. Gleichwohl gelang es Jalloh, der nicht ständig optisch überwacht worden war, nach den Feststellungen des Landgerichts, die Matratze anzuzünden, auf der er fixiert war. Er verwendete dabei ein Feuerzeug, das bei seiner Durchsichtung übersehen oder von einem Polizeibeamten in der Gewahrsamszelle verloren worden war. Jalloh verstarb in der Folge an einem inhalativen Hitzeschock. Zur Zeit der

Ingewahrsamnahme wies er eine Blutalkoholkonzentration von knapp drei Promille auf.

Das Landgericht Magdeburg beurteilte das Verhalten des Angeklagten, der in seiner Funktion als Dienstgruppenleiter den Gewahrsam Jallohs ohne ständige optische Überwachung vollzogen hatte, als fahrlässige Tötung. Der BGH hat sich dieser rechtlichen Beurteilung sowohl im Hinblick auf die Annahme einer fahrlässigen Tötung als auch hinsichtlich der Ablehnung einer Freiheitsberaubung (mit Todesfolge) angeschlossen. Die Verneinung einer Strafbarkeit nach § 239 Abs. 1, Abs. 4 StGB hat der BGH damit begründet, das Unterlassen der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung über die Freiheitsentziehung sei zwar gesetzwidrig, aber nicht ursächlich für die Freiheitsberaubung gewesen, da davon ausgegangen werden müsse, dass der zuständige Richter bei Befassung mit dem Sachverhalt den Gewahrsam für zulässig erklärt und dessen Fortdauer angeordnet hätte.

Das Urteil des 4. Senats im Fall Oury Jalloh markiert den vorläufigen Endpunkt einer Serie von uneinheitlichen Entscheidungen zur Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischer Kausalverläufe.² Betrafen diese Fälle bisher zumeist die Kausalität eines Unterlassens für den Taterfolg oder den Pflichtwidrigkeitszusammenhang und damit die Tatbestandsebene, so kennzeichnet das Urteil im Fall Oury Jalloh die Besonderheit, dass die Kausalitätsfragen nunmehr auf der Deliktsstufe der Rechtswidrigkeit gestellt werden, weil eine richterliche Gewahrsamsfortdaueranordnung die eine tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung darstellende Ingewahrsamnahme des Jalloh nicht

* Besprechung von BGHSt 59, 292 = NJW 2015, 96 = HRRS 2014 Nr. 1026 m. Bspr. Schiemann NJW 2015, 20; Rostalski JR 2015, 306; Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), 713; Puppe Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 25 ff.; Böse ZIS 2016, 495, 499 f. u. Anm. Jäger JA 2015, 72; Jahn Jus 2015, 180; Satzger JURA (JK) 2015, 882, §§ 239, 13 StGB. – Abschluss des Manuskripts: 18.01.2017.

¹ LG Magdeburg, Urteil vom 13.12.2012 – 21 Ks 141 Js 13260/10 [8/10], BeckRS 2014, 20575. Das erste tatrichterliche Urteil des LG Dessau-Roßlau vom 8.12.2008 (BeckRS 2010, 04699) hatte der BGH (NStZ 2010, 407 = HRRS 2010 Nr. 171) aufgehoben.

² BGHSt 13, 13; 37, 106; 48, 77 m. Anm. Knauer NJW 2003, 3101 u. Bspr. Dreher JuS 2004, 17; BGH NStZ 1986, 217; NJW 2000, 2754 m. Anm. Altenhain NStZ 2001, 189; BGH NStZ 2004, 151 m. Anm. Schatz NStZ 2003, 581 u. Bspr. Puppe NStZ 2004, 554; BGHSt 52, 159 = NJW 2008, 1897 = HRRS 2008 Nr. 429 m. Anm. Kühl NJW 2008, 1899; Lindemann ZJS 2008, 404; Satzger JURA (JK) 11/2008, StGB § 13 I/2; BGH NJW 2010, 1087 = HRRS 2010 Nr. 200 m. Anm. Kühl NJW 2010, 1092; Puppe JR 2010, 355 u. Bspr. Ast ZStW 124 (2012), 612; Stübinger ZIS 2011, 602.

schon tatbestandlich ausgeschlossen, sondern erst gerechtfertigt hätte. Unabhängig von der hier nicht grundsätzlich zu erörternden Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen hypothetische Alternativkausalverläufe sich kausalitäts- oder zurechnungsausschließend auswirken³, kann der Entscheidung des BGH im Fall Jalloh weder im Ergebnis noch in der Begründung, die gleich in mehrfacher Hinsicht zu Widerspruch herausfordert, gefolgt werden. Bedenken bestehen nicht nur gegen die Begründung, mit der der BGH in dem Verhalten des Angeklagten eine Freiheitsberaubung durch Unterlassen erblickt hat (sogleich II.), sondern darüber hinaus auch dagegen, dass der Senat eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge gemäß § 239 Abs. 4 StGB zu Unrecht am Fehlen der „Kausalität des Unterlassens für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“ hat scheitern lassen (nachfolgend III. und IV.).

II. Die Abgrenzung von Handeln und Unterlassen beim Dauerdelikt der Freiheitsberaubung durch den Senat

Aufmerksamkeit verdienen zunächst die recht knapp ausgefallenen Erwägungen des Senats zur Annahme einer Freiheitsberaubung durch Unterlassen. Die Frage, ob das dem Angeklagten vorgeworfene Verhalten als aktives Tun oder als Unterlassen zu werten ist, hat der Senat in Übereinstimmung mit dem Landgericht Magdeburg in letzterem Sinne beantwortet und sich deshalb zu einer ausführlichen Begründung der dem Angeklagten obliegenden Garantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) veranlasst gesehen. Aber jedenfalls auf der Grundlage der in ständiger Rechtsprechung bemühten „Schwerpunktformel“⁴ hätte mehr dafür gesprochen, eine Freiheitsberaubung durch aktives Handeln anzunehmen. Zu der nur im Ergebnis richtigen Annahme eines freiheitsberaubenden Unterlassens kann man demgegenüber nur gelangen, wenn man auf den Charakter der von Rechts wegen vorzunehmenden (aber eben unterlassenen) Handlung – der Freilassung des Jalloh – abstellt, diese als aktives Tun und deren konträre Nichtvornahme demzufolge als Unterlassen bewertet.

1. Gewahrsamsaufrechterhaltung in der Erfolgsphase als passives Unterlassen?

Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde der Angeklagte mit dem Vorgang um die Ingewahrsamnahme des Geschädigten Jalloh erst nach deren Beginn, nämlich nach der Verbringung des Jalloh in das Polizeirevier Dessau und das dortige Arztzimmer befasst; mit der Begründung des polizeilichen Gewahrsams hatte er selbst offenbar nichts zu tun. Daraus hat der Senat die Schlussfolge-

rung gezogen, „der Schwerpunkt des insofern strafrechtlich möglicherweise relevanten Verhaltens des Angekl. (liege) ab diesem Zeitpunkt im Aufrechterhalten des Gewahrsams von Jalloh ohne Einschalten eines Richters, also in einem passiven Verhalten, nicht aber in einem aktiven Tun“.

Diesem Zitat liegt im Ausgangspunkt die unausgesprochene Erwägung zugrunde, dass Untätigkeit in aller Regel keine Begehungs-, sondern lediglich Unterlassungsstrafbarkeit begründen kann. So sehr dem jedenfalls für den Regelfall zuzustimmen ist, so oberflächlich oder zumindest missverständlich ist dieser Standpunkt für eine Straftat nach § 239 Abs. 1 StGB. Bei der Freiheitsberaubung handelt es sich um ein Dauerdelikt, dem eine zeitlich gestreckte Erfolgsphase eigentümlich ist. Fallen in diese Erfolgsphase nach Begründung des freiheitsberaubenden Zustandes aktive Handlungen des Täters, so haben solche Verhaltensweisen notwendigerweise ambivalenten Charakter (der Täter hat bei Begründung des Freiheitsentzugs gehandelt, aber anschließend die Freilassung unterlassen). Deshalb ist der Unterlassungscharakter des tatbestandsmäßigen Freiheitsberaubungsverhaltens mit dem bloßen Verweis auf die Aufrechterhaltung eines ohne Zutun des Angeklagten geschaffenen Zustandes („Aufrechterhalten des Gewahrsams von J“) noch nicht zureichend begründet. Im Grunde verfehlt diese Erwägung den vom LG Magdeburg festgestellten Sachverhalt schon deshalb, weil sich das Verhalten des Angeklagten gerade nicht in einer den bereits begründeten Gewahrsams lediglich aufrechterhaltenden Untätigkeit erschöpfte, sondern der Angeklagte während des fortdauerenden Gewahrsams aktive Handlungen vorgenommen hatte, die auch in Zusammenhang mit der Fortsetzung des Gewahrsams standen (und nicht etwa nur zeitlich koinzidierend während des fortdauernden Gewahrsams stattfanden), weil sie allesamt rechtliche Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des freiheitsentziehenden Zustandes darstellten, nämlich die Verständigung des Arztes zum Zwecke der Prüfung der Gewahrsamsfähigkeit des Jalloh sowie die mehrfachen Eintragungen im Buch über Freiheitsentziehungen. Nimmt man das vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretene Abgrenzungskriterium des „Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit“ ernst, wonach alle Umstände des Einzelfalls in die Bewertung einzubeziehen sind und insbesondere die soziale Rolle des Täters sowie der soziale Handlungssinn seines Verhaltens für die Einordnung als Tun oder Unterlassen bedeutsam sein sollen,⁵ so liegt es zumindest prima facie nicht fern, diese Handlungen im Zusammenspiel mit den dem Angeklagten als Revierleiter zukommenden Steuerungs- und Leitungsbefugnissen schwerpunktbildend im Sinne einer Einordnung als Freiheitsberaubung durch aktives Tun zu berücksichtigen. Dass der Senat dies – begründungslos – nur für den vor der Befassung des Angeklagten mit der Ingewahrsamnahme des Jalloh liegenden Zeitraum angedacht⁶ und sein Ergebnis mit der – nach der Schwerpunktformel von der Kausalitäts- und Garantenpflichtfrage unabhängigen und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen überhaupt nicht betreffenden – Erwägung gegen etwaige Einwände vorsehend-vorsorglich immunisiert hat, „ein aktives

³ Rostalski JR 2015, 306, 309 ff. wendet sich gegen die Verneinung der Unterlassungskausalität durch den BGH, weil die Prüfung eines rechtlich erforderlichen Zusammenhangs ganz grundsätzlich ohne hypothetische Kausalerwägungen auszukommen habe; so auch - ohne Bezug zum Fall Jalloh - Schales Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe, 2014, S. 39, 55 u.ö.

⁴ BGHSt 6, 46, 59; 40, 257, 265; BGH MDR 1982, 624; BGH NSStZ 1999, 607; NSStZ 2003, 657.

⁵ BGHSt 6, 46, 59; BGH NSStZ 1999, 607; NSStZ 2003, 657.

⁶ BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 59.

Tun hätte ebenso wie ein Unterlassen nicht zu einer rechtswidrigen Freiheitsberaubung geführt, da auch in diesem Zeitraum, in dem die Einholung einer richterlichen Entscheidung noch nicht unerlässlich war, ein Gewahrsamsgrund vorlag“, erklärt diese Außerachtlassung sämtlichen aktiven Handelns nicht. Denn mit der hier zunächst interessierenden Abgrenzung von Tun und Unterlassen hat die nachgelagerte Frage des Vorliegens eines Gewahrsamsgrundes und der hypothetisch erlangbaren richterlichen Gewahrsamsanordnung nichts zu tun.

Über die zitierte Textstelle hinaus hat der *Senat* sein Ergebnis nicht begründet, sondern lediglich pauschal auf eine reichsgerichtliche Entscheidung verwiesen.⁷ Aus deren Inhalt lässt sich der Schluss ziehen, dass für den *Senat* das Verhalten des Angeklagten nach der Begründung des Gewahrsams der tragende Gesichtspunkt für die Annahme einer Unterlassung war. Dass – was in der der Konsequenz des vom 4. *Senat* eingenommenen Standpunkts liegt – allein die ohne den Angeklagten erfolgte Begründung des polizeilichen Gewahrsams als aktives Tun zu werten sein und die nachfolgende Aufrechterhaltung den Charakter eines passiven Unterlassens haben soll, läuft aber darauf hinaus, dass allein die erste logisch-juristische Sekunde des Gewahrsams als durch aktives Tun verursachter Freiheitsberaubungserfolg anzusehen wäre, der nachfolgende Dauerzustand hingegen durch passives Unterlassen. Dies ist schon für sich genommen ein eigenartiges Ergebnis, weil damit die dogmatische Figur des Dauerdelikts überflüssig wird.⁸ Die Ungereimtheit wird aber zusätzlich noch dadurch verschärft, dass die Einordnung von freiheitsberaubendem Tun oder Unterlassen dann – gleichsam im Sinne eine vom BGH bislang stets abgelehnten „Energieeinsatz-“, oder „Kausalitätskriteriums“ – allein von der Zufälligkeit der Beteiligung und Kenntnislage des Täters an dem und bei Beginn der Ingewahrsamnahme abhinge.

Damit trägt die den knappen Erwägungen des *Senats* zugrundeliegende einseitige Betonung der fehlenden Mitwirkung des Angeklagten an der Gewahrsamsbegründung die Annahme eines Unterlassens für sich genommen – und auch im Ergebnis – nicht. Kann es angesichts der Ambivalenz des Verhaltens des Angeklagten während der Gewahrsamsfortdauer nicht auf dessen reale Tätigkeiten ankommen, so lässt sich ein Unterlassen deshalb nur mit der – vom *Senat* allerdings nicht gegebenen – Begründung annehmen, dass die Handlung, zu deren Vornahme der Angeklagte rechtlich verpflichtet war, sich als aktives Tun darstellt und deshalb gleichsam spiegelbildlich die Nichtvornahme dieses Tuns als Unterlassen.

2. Unterbliebenen Einholung einer richterlichen Gewahrsamsentscheidung als nach § 239 Abs. 1 StGB relevante Unterlassung?

Damit ist das Potential der nach dem Entscheidungsinhalt denkbaren Argumentation nicht ausgeschöpft. Der *Senat* hat sich nämlich nicht damit begnügt, schwer-

punktmäßig auf das „Aufrechterhalten des Gewahrsams von J“ als „einem passiven Verhalten“ abzustellen; er hat zugleich akzentuiert, dass dieses „ohne Einschalten eines Richters“ erfolgte.⁹ Die Beifügung dieses Zusatzes klingt, als wolle der *Senat* trotz der genannten, für ein aktives Tun sprechenden Umstände in der Aufrechterhaltung des Gewahrsams jedenfalls auch deshalb ein Unterlassen („passives Verhalten“) sehen, weil der Angeklagte keine rechtfertigende richterliche Gewahrsamsanordnung erwirkt hatte, also die Einholung einer solchen Anordnung unterlassen hatte. Sollte der *Senat* damit so zu verstehen sein, dass ein Freiheitsberaubungsunterlassen (auch) deshalb vorliege, weil der Angeklagte keinen Richter mit der Gewahrsamsfortdauer befasst hatte, so könnte ihm darin nicht beigespflichtet werden.

a) Bestimmung des nach § 239 Abs. 1 StGB normwidrigen Täterverhaltens

Man wird dem *Senat* – der zwar im Ausgangspunkt zutreffend auf den Inhalt der von dem Angeklagten verletzten Pflicht abgestellt hat, bei der Bestimmung der insoweit relevanten Pflicht aber normtheoretisch inkorrekt vorgegangen ist – nicht unterstellen können, er habe das Tatverhalten der nach §§ 239 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig-normwidrigen Unterlassungsfreiheitsberaubung darin gesehen, dass der Angeklagte keine richterliche Gewahrsamsanordnung erwirkt hat. Mit dem Verstoß gegen die aus § 239 Abs. 1 StGB fließende Pflicht, den Angeklagten freizulassen, hat die Einholung einer richterlichen Anordnung zunächst nichts zu tun. § 239 Abs. 1 StGB verbietet Freiheitsberaubungen und gebietet nicht die Wahrung des Richtervorbehalts (Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG, § 38 LSA-SOG); die Nichteinholung einer richterlichen Entscheidung als Freiheitsberaubungsverhalten subsumieren zu wollen würde den Tatbestandssinn des § 239 Abs. 1 StGB verfehlen.¹⁰ Die § 239 Abs. 1 StGB vorausliegende Verhaltensnorm hält den Täter ihrem Wortlaut nach nicht zur Herbeiführung einer (ggf. rechtfertigenden) richterlichen Entscheidung an, sondern zur unverzüglichen Beendigung des freiheitsberaubenden Zustandes; einen Straftatbestand, der einen Verstoß gegen die Pflicht zur Einholung einer richterlichen Gewahrsamsbestätigung pönalisiert, kennt das StGB nicht. Vielmehr handelt es sich bei der Einholung der richterlichen Anordnung um einen prozeduralen Rechtsfertigungsgrund, der im Falle des Vorliegens seiner Voraussetzungen die aus § 239 Abs. 1 StGB folgende Freilassungspflicht ausnahmsweise entfallen lässt, eine Pflicht selbst aber weder begründet noch voraussetzt. Den Unterschied zwischen der Erfüllung der aus der Verhaltensnorm des § 239 Abs. 1 StGB fließenden Pflicht einerseits und dem zur Rechtfertigung führenden Verhalten hat der *Senat* an anderer Stelle der Entscheidungs begründung durchaus erkannt, indem er zwischen Pflichterfüllung und Rechtfertigungsherbeiführung differenziert (wenn auch die daraus zu ziehenden Konsequenzen nicht gezogen) hat: „Kommen dabei (...) alternative Handlung-

⁷ RGSt 24, 339, 340.

⁸ Mitsch NZV 2013, 417, 418.

⁹ BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 62 (kursive Hervorhebung vom Verf.); auf diesen Gesichtspunkt weist nunmehr auch Satzger JURA (JK) 2015, 882, §§ 239, 13 StGB hin.

¹⁰ So – freilich erst im Kontext der Prüfung der Unterlassungskausalität – auch Satzger JURA (JK) 2015, 882, §§ 239, 13 StGB.

gen in Betracht, die den Erfolgseintritt entweder durch die Beendigung der Freiheitsentziehung als solcher (zB durch Entlassen des J aus dem Gewahrsam) oder aber durch das Herbeiführen ihrer Rechtmäßigkeit verhindert hätten, besteht bei der Prüfung der hypothetischen Kausalität kein „Vorrang von sich auf die Freiheitsentziehung als solche beziehenden Handlungen gegenüber denjenigen, die (erst) deren Rechtswidrigkeit beseitigen.“¹¹

Damit ist das folgende Zwischenergebnis festzuhalten: *Unterlassen* hat es der Angeklagte lediglich, die Rechtsfertigungsvoraussetzungen herbeizuführen. Dies stellt aber keinen Verstoß gegen die aus §§ 239 Abs. 1, 13 StGB folgende Verhaltensnorm dar und begründet deshalb keine *Unterlassungsfreiheitsberaubung*.

b) Zur normtheoretischen Einordnung der Pflicht zur Einholung einer richterlichen Gewahrsamsentscheidung

Auch wenn der BGH somit in der unterbliebenen Beachtung des Richtervorbehalts („Herbeiführen ihrer Rechtmäßigkeit“) kein tatbestandsmäßiges Verhalten („Beendigung der Freiheitsentziehung als solcher“) gesehen hat, sondern insoweit zutreffend auf die Aufrechterhaltung des Gewahrsams abgestellt hat, so muss dennoch bezweifelt werden, dass es ihm gelungen ist, die aus § 239 Abs. 1 StGB folgende Verhaltensnorm und die von ihm angenommene, aber hinsichtlich ihrer Herkunft und normtheoretischen Einordnung nicht näher begründeten Pflicht zur Erwirkung einer rechtfertigenden richterlichen Gewahrsamsanordnung normtheoretisch einwandfrei auseinanderzuhalten. Andernfalls hätte sich der *Senat* im Kontext seiner Rede vom „passiven Unterlassen“ nicht darauf beziehen dürfen, dass der Gewahrsam „ohne Einschaltung eines Richters“ aufrechterhalten wurde. Indem der *Senat* die aus der Verhaltensnorm des § 239 Abs. 1 StGB fließende Pflicht zur Freilassung und eine von ihm angenommene Pflicht zur Herbeiführung der Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht scharf genug voneinander geschieden hat, dürfte er – so muss mangels näherer Darlegungen in der Urteilsbegründung vermutet werden – zu der Einschätzung gelangt sein, dass eine ambivalente „Pflichtengemengelage“ gegeben sei, in der der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf der unterlassenen Herbeiführung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung liege. Bei aller Vorsicht mit der Exegese höchst-richterlicher Entscheidungen lässt sich der vorstehend zitierten Passage nämlich immerhin mit hinreichender Eindeutigkeit entnehmen, dass nach Ansicht des *Senats* bei der Prüfung der Quasikausalität des Unterlassens für den Erfolg verschiedene Handlungen, mit denen der Täter inhaltlich unterschiedlich Pflichten nachkommen würde, selbstständig nebeneinanderstehen sollen. Die vom BGH gegebene Begründung ist aber aus mehreren Gründen fehlerhaft: Erstens weil ein Erfolg entgegen dem Eindruck der zitierten Textstelle nicht dadurch verhindert werden kann, dass ihn herbeiführende Handlung rechtmäßig ist; dieser Kategorienfehler und seine Implikationen werden noch näher zu behandeln sein (unten III. 3.). Zweitens setzt der Standpunkt des *Senats*, es bestehe „bei der Prüfung der hypothetischen Kausalität

kein ‚Vorrang‘ von sich auf die Freiheitsentziehung als solche beziehenden Handlungen gegenüber denjenigen, die (erst) deren Rechtswidrigkeit beseitigen“, voraus, dass beide Alternativhandlungen (Freilassung des Jalloh und Erwirkung der richterlichen Gewahrsamsanordnung) gleichrangig sind. Diese letztere Annahme ist unrichtig.

Zunächst hat der *Senat* bedauerlicherweise schon nicht mitgeteilt, woraus sich seiner Auffassung nach eine eigenständig strafrechtlich bedeutsame Verpflichtung ergeben soll, die Rechtmäßigkeit durch Einholung einer Gewahrsamsanordnung herbeizuführen, deren Unterlassung sodann Gegenstand einer Kausalitätsprüfung sein könnte. Darüber erfähre man gerne Näheres, zumal eine entsprechende, im Verstoßesfalle strafbewehrte Pflicht an keiner Stelle geschrieben steht, was sub specie Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 GG aber erforderlich wäre (nulla poena sine lege scripta). Ungeachtet des insoweit bestehenden Begründungsdefizits kann man sich auf die Annahme einer solche Verpflichtung einlassen können, wird dabei aber gedanklich die folgende normtheoretische Differenzierung vornehmen müssen: Eine Verpflichtung zur Wahrung des Richtervorbehalts im Sinne eines Gebots zur Einholung einer richterlichen Gewahrsams(fortdauer)anordnung gibt es – wie gesehen – nicht als solche, sondern nur für Situationen, in denen staatlicherseits in die von § 239 Abs. 1 StGB geschützte persönliche Bewegungsfreiheit¹² eingegriffen wird. Man kann deshalb sagen, dass die Verpflichtung zur Einholung einer dann ggf. rechtfertigend wirkenden richterlichen Anordnung unter der Bedingung steht, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 239 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Das Gebot zur Erwirkung einer rechtfertigenden richterlichen Anordnung besteht damit nicht unbedingt, sondern verhält sich zum Verbot, den Geschädigten Jalloh weiter festzuhalten, gleichsam akzessorisch:¹³ Möchte die Person A eine Handlung X rechtmäßig vornehmen (Gewahrsamsaufrechterhaltung), so muss sie die Handlung Y (Einholung einer richterlichen Anordnung) vornehmen. Da das akzessorische Gebot zur Einholung einer richterlichen Anordnung nicht im luftleeren Raum besteht, sondern seinen Sinn ausschließlich aus dem grundsätzlich (d.h. gerade bei Fehlen einer richterlichen Anordnung) bestehenden Verbot der Freiheitsberaubung bezieht, lässt es sich aus dem grundsätzlichen Verbot der Freiheitsberaubung teleologisch ableiten.¹⁴ Das Gebot, die rechtfertigende Wirkung herbeizuführen, ist objektiv bedingt, nämlich allein durch die Tatbestandserfüllung nach § 239 Abs. 1 StGB. Umgekehrt besteht ein solches Bedingungsverhältnis dagegen nicht. Bei dem Gebot, eine richterliche Gewahrsamsanordnung einzuholen, handelt es sich somit um eine gegenüber dem grundsätzlichen Verbot der Freiheitsberaubung ausnahmsbegründende unselbstständige Hilfsregel, die sicherstellen soll, dass dem Täter

¹¹ BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 81. Zur inhaltlichen Unrichtigkeit dieser Aussage vgl. sogleich b) sowie unten im Text III. 3. d).

¹² Zum von § 239 StGB geschützten Rechtsgut Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 239 Rn. 1 m.w.N.

¹³ Vgl. zur hier zugrundegelegten normtheoretischen Einordnung, insb. zur Bedeutung des Begriffs eines „verbotsakzessorischen Gebots“ näher Ast Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 16 f., 23 f., 194.

¹⁴ Dazu, dass es sich nicht um einen formal-logischen, sondern um einen teleologischen Ableitungszusammenhang handelt, sowie zum Begriff der komplementären Norm näher Ast Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 23 f. m. Fn. 40 (u.w.N.) u. S. 33 f.

sein nach § 239 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig-normwidriges Handlungsprojekt erlaubt ist. Diesem Verständnis von Haupt- und Hilfsregel korrespondiert das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit-Normwidrigkeit einerseits und Rechtswidrigkeit andererseits, das sich daran zeigt, dass die in einem konkreten Einzelfall qua Rechtfertigung bestehende Erlaubtheit des Täterhandelns die Allgemeingültigkeit der Verhaltensnorm nicht suspendiert und damit die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens nicht in Frage stellt.¹⁵

Weil die Hauptregel (Freilassung des Jalloh – Rechtsgüterschutz) und die darauf bezogene Hilfsregel (Einholung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung – Rechtfertigung des rechtsgüterschädigenden Verhaltens durch Gewährung eines Eingriffsrechts unter gleichzeitiger Suspendierung des Rechtsgüterschutzes im konkreten Einzelfall) unterschiedliche Funktionen erfüllen, hat die unterlassene Einholung der richterlichen Anordnung mit der Einordnung als Tun oder Unterlassen nicht das Mindeste zu tun. Entscheidend ist allein, ob das hauptregelwidrige Verhalten als Unterlassen oder – wie im Fall Jalloh nach vorzugswürdiger Betrachtung (vgl. oben 1.) – als aktives Tun einzuordnen ist. Dass es für die Einordnung als Tun oder Unterlassen allein auf das hauptregelwidrige Verhalten ankommen kann, lässt sich im Übrigen an einem Seitenblick auf die Fahrlässigkeitsdogmatik ersehen: Nimmt ein Täter eine Handlung vor, ohne die Bedingungen zu erfüllen, an die eine sorgfaltsgemäße Vornahme dieser Handlung geknüpft ist, so liegt der Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs nicht in der Unterlassung der Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten (dies ist der Grund des Vorwurfs), sondern in der als sorgfaltswidrig apostrophierten Handlung selbst als einem positiven Tun¹⁶. Es gibt keinen Grund, weshalb es sich anders verhalten soll, wenn es – wie hier – um Bedingungen der Rechtfertigung des Täterhandelns geht; auch dann ist Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs nicht die Unterlassung der Herbeiführung der Rechtmäßigkeit des Täterhandelns, sondern das eben nicht rechtmäßige Handeln selbst. Deshalb ist für die Frage, ob der Angeklagte die Gewahrsamsfortdauer durch Tun oder durch Unterlassen verursacht hat und sich dementsprechend das freiheitsberaubende Verhalten des Angeklagten als aktives Begehen oder als passives Tun darstellt, die ausschließlich der Rechtfertigung zuzuordnende (bedingte) Pflicht zur Wahrung des Richtervorbehalts und zur Erwirkung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung gänzlich ohne Belang. Mit dieser Einsicht ist zugleich auch der Stab über die Annahme des *Senats* gebrochen¹⁷, „bei der Prüfung der hypothetischen Kausalität (bestehe) kein `Vorrang´ von sich auf die Freiheits-

entziehung als solche beziehenden Handlungen gegenüber denjenigen, die (erst) deren Rechtswidrigkeit beseitigen“, wenn „alternative Handlungen in Betracht (kommen), die den Erfolgseintritt entweder durch die Beendigung der Freiheitsentziehung als solcher (...) oder aber durch das Herbeiführen ihrer Rechtmäßigkeit verhindert hätten“.¹⁸

III. Ausschluss der Strafbarkeit aus § 239 StGB wegen fehlender „Kausalität des Unterlassens für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“?

Ganz unabhängig von der soeben tendenziell gegen den *BGH* beantworteten Frage, ob das Verhalten des Angeklagten als Tun oder als Unterlassen zu werten ist, liegt die eigentliche Bedeutung der Entscheidung in den Ausführungen des *Senats* zu „der Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“. Indem er insoweit eine Ursächlichkeitsbeziehung verneinte, hat der *Senat* den Schuldspruch des *LG Magdeburg*, wonach der Angeklagte sich nicht einer Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 StGB) schuldig gemacht habe, jedenfalls im Ergebnis bestätigt, wenn er auch dessen Begründung kritisiert hat. Die Ansicht des *Landgerichts*, die Straflosigkeit des Angeklagten aus dem Grunddelikt des § 239 Abs. 1 StGB ergebe sich aus einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, weil dieser die Verpflichtung zur Einholung einer richterlichen Gewahrsamsentscheidung nicht gekannt habe, hat der *Senat* als unzutreffend angesehen: „Bei einem erfahrenen Polizeibeamten wie dem Angekl., der mit dem Vollzug von grundrechtsbeschränkenden Gesetzen betraut ist, liegt dies (scil. die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums) hinsichtlich der sich bereits aus dem Gesetz unzweifelhaft ergebenden Voraussetzungen gängiger Befugnisse zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen wie einer Freiheitsentziehung derart fern, dass schon die – allenfalls bei einem hier ersichtlich nicht gegebenen Vorliegen gänzlich außergewöhnlicher Umstände in Betracht kommende – Prüfung der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums nicht geboten war.“¹⁹ Aber der Tatrichter muss, wenn er dem Angeklagten fehlendes Unrechtsbewusstsein attestiert, kraft Gesetzes (nämlich gemäß § 17 S. 1 StGB) zwingend die Vermeidbarkeit dieses Verbotsirrtums prüfen, weil er sonst über Schuld- oder Freispruch nicht entscheiden kann. Die Ausführungen des *Senats* in diesem Punkt dürften daher weniger die Ebene der Rechtsanwendung als vielmehr die Glaubwürdigkeit der Einlassung des Angeklagten zum fehlenden Unrechtsbewusstsein – und damit die an sich revisionsfesten Feststellungen des *Landgerichts* – betreffen. Aber auch wenn man diese zugrundelegt und einen Verbotsirrtum des Angeklagten hinsichtlich seiner Verpflichtung zur Einholung einer

¹⁵ In Frage steht allein, ob das Täterverhalten bei gegebener Rechtfertigung noch als normwidrig zu bezeichnen ist; näher dazu und mit Recht abl. *Renzikowski* Notstand und Notwehr, 1994, S. 144 ff. m.w.N.

¹⁶ Vgl. etwa *BGH* NStZ 2003, 657 f.; *Puppe* JR 2010, 356; *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 24; *Hruschka* Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 418.

¹⁷ Gegen die Gleichrangigkeit der Freilassungspflicht und der (bedingten) Pflicht zu Einholung einer richterlichen Gewahrsamsfortdaueranordnung wegen der normativen Nachrangigkeit der Letzteren nunmehr auch *Zimmermann/Linder* ZStW 128 (2016), 713, 719 ff.

¹⁸ *BGH* HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 81. – Die Bezugnahme des *Senats* auf *Träger/Schluckebier* in LK-StGB, 11. Aufl. 2005, § 239 Rn. 17 trägt das erwünschte Ergebnis nicht, weil es a.a.O., Rn. 20 heißt, eine rechtswidrige Freiheitsberaubung könne trotz Vorliegens der sachlichen Anordnungsvoraussetzungen gegeben sein, wenn das dafür vorgesehene Verfahren gar nicht erst betrieben, sondern umgangen wird.

¹⁹ *BGH* HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 56.

richterlichen Gewahrsamsentscheidung annehmen möchte, so betrifft dieser eine Fehlleistung eines erfahrenen Polizisten bei berufsaltäglichem Handeln im Kernbereich des Strafrechts und war damit schon durch einen flüchtigen Blick ins Gesetz (§ 38 Abs. 1 LSA-SOG) vermeidbar.

Nach Ansicht des *Senats* hat sich die fehlerhafte Behandlung des Verbotsirrtums durch das *Landgericht* aber letztlich nicht ausgewirkt, weil eine richterliche Gewahrsamsfortdaueranordnung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erlangen gewesen wäre, es damit an „der Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“ fehle und der Angeklagte deshalb aus einem anderen als dem vom *Landgericht* angenommen Grund keiner Freiheitsberaubung schuldig sei. Träfe dies zu, so würde es für eine Freiheitsberaubung mit Toderfolge (§ 239 Abs. 4 StGB) bereits am Grunddelikt der einfachen Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) fehlen. Jedoch ist, wie sich zeigen wird, die auf das Fehlen „der Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“ gegründete Verneinung einer Freiheitsberaubung durch den *Senat* dogmatisch unhaltbar. Auf eine alternative Verlaufshypothese, wie sie der *BGH* in der irrealfiktiven richterlichen Anordnung der Gewahrsamsfortdauer erblickt hat, kann es im Rechtfertigungsbereich nicht ankommen.

1. Keine Rechtfertigung der Freiheitsberaubung durch die hypothetische richterliche Anordnung einer Gewahrsamsfortdauer

Zustimmung verdient allerdings zunächst, dass der *Senat* das Verhalten des Angeklagten – sieht man es nun als Tun oder als Unterlassen – rundheraus als *rechtswidrig* eingeordnet und insbesondere der Versuchung widerstanden hat – etwa durch ein Ausweichen auf einen spezifisch strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff – die ohne richterliche Anordnung erfolgte Freiheitsberaubung als rechtmäßig zu bewerten.

a) Hypothesenfestigkeit des Rechtswidrigkeitsurteils

Ein solches Vorgehen, bei dem es auf die Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten des zur Freiheitsentziehung führenden Verfahrens ankommen soll, wäre in der Rechtsprechung zum freiheitsberaubenden Verhalten von Amtsträgern nicht ohne Vorbild²⁰. Indes steht für den vorliegenden Fall der Anwendung eines solchen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs schon entgegen, dass dieser auf die Vorschrift des § 113 StGB zugeschnitten ist und richtigerweise dort seinen alleinigen Anwendungsbereich hat; entgegen der herrschenden²¹ und vom *BGH*²² jüngst wieder bekräftigten Auffassung ist ein Irrtumspri-

vileg staatlicher Hoheitsträger außerhalb dieser Vorschrift richtigerweise nicht anzuerkennen.²³ Zudem – und für den vorliegenden Fall viel entscheidender – hätte auch die Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs dem Angeklagten nicht helfen und die Freiheitsberaubung rechtfertigen können, denn dass die wesentlichen Förmlichkeiten der Ermächtigungsnorm des § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSASOG eingehalten worden sind, lässt sich bei einem Verstoß gegen den verfassungsrechtlich abgesicherten (Artt. 2 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG) und in § 38 LSASOG einfachgesetzlich angeordneten Richter vorbehalt schlechterdings nicht sagen. Insofern lohnt ein Seitenblick ins Strafprozessrecht, dem die Methode des Hinzudenkens eines hypothetischen verfahrensfehlerfreien Verlaufs entstammt.²⁴ Dort wird klar erkannt, dass das freiheitsberaubende Verhalten des Angeklagten sich wegen der unterbliebenen Einholung einer richterlichen Gewahrsamsfortdaueranordnung als nicht gerechtfertigt darstellt. Bei der dort verbreitet praktizierten Methode des Abstellens auf einen hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriff („hypothetical clean path“) ist und bleibt die den Strafverfolgungsbehörden unterlaufene Maßnahme rechtswidrig; diskutiert wird nur über die Frage, ob trotz ihrer Rechtswidrigkeit das aufgrund der Maßnahme erlangte Beweismittel verwertbar ist, weil und wenn das Beweismittel naheliegenderweise auch auf rechtmäßigem Wege hätte erlangt werden können.

Daran ist – ungeachtet der Unübertragbarkeit des Gedankens des hypothetischen Ersatzeingriffs („hypothetical clean path doctrine“) auf die hier streitbefangenen Frage der Beachtlichkeit des gerechtfertigten Alternativverhaltens (unten III. 3.) – zu ersehen, dass es nicht (schon) darum geht, das Verhalten des Angeklagten als rechtmäßig oder rechtswidrig einzuordnen, sondern (erst) um die Frage, wie es sich auswirkt, dass es zwar definitiv rechtswidrig war, aber auch bei hypothetisch rechtmäßigem Vorgehen der Erfolg eingetreten wäre. Einen rechtfertigenden, d.h. die Rechtswidrigkeit des Gewahrsams entfallen lassenden Effekt kann die irreal gebliebene richterliche Gewahrsamsanordnung schon deshalb nicht zeitigen, weil sie de facto nicht vorlag. Rechtfertigt eine richterliche Gewahrsamsanordnung, so kann eine fiktive richterliche Gewahrsamsanordnung auch nur die Rechtfertigung eines fiktiv gebliebenen Sachverhalts bewirken.²⁵ Gerechtfertigt wäre das freiheitsberaubende Verhalten des Angeklagten dann und nur dann gewesen, wenn er die rechtfertigungskonstitutive richterliche Anordnung erwirkt hätte.

Wollte man hingegen real nicht vorliegenden imaginären Rechtfertigungsvoraussetzungen real rechtfertigende Kraft beimessen, so ließe das auf eine tiefgreifende Umgestaltung der Rechtfertigungsdomatik insgesamt hinaus. Rechtfertigungsgründe geben dem Bürger Eingriffsrech-

²⁰ OLG Schleswig NStZ 1985, 74; OLG Hamm, Beschluss vom 20.9.2007 - 3 Ws 230, 231/07 [juris].

²¹ Zum Streitstand vgl. den Überblick bei Kühl Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 70 ff.

²² BGHSt 60, 253, 258 = HRRS 2015 Nr. 764 Rn. 24 ff., 27 ff. m. Anm. Engländer NStZ 2015, 577; Erb JR 2016, 29 u. Bespr. Rönna/Hohn StV 2016, 313.

²³ Otto NStZ 1985, 75.

²⁴ Vgl. BGHSt 31, 304, 306; BGH NStZ 1989, 375, 376; BGHR StPO § 105 Durchsuchung 4; BGH NStZ 2004, 449 = HRRS 2007 Nr. 612 Rn. 3; BGHSt 51, 285 = NStZ 2007, 601 = HRRS 2007 Nr. 463 Rn. 42; BGH NStZ 2012, 104 = HRRS 2011 Nr. 1221 Rn. 12; grundlegend Beulke ZStW 103 (1991), 657.

²⁵ Vgl. die parallele Erwägung bei Haas GA 2015, 147, 150 zur Wirkung der Rechtsfigur der „hypothetischen Einwilligung“ im Arztstrafrecht; ferner Swoboda ZIS 2013, 18, 26.

te, indem sie ihn für einen konkreten Ausnahmefall von der Befolgung einer grundsätzlich geltenden Verhaltensanweisung suspendieren und die Nichtbefolgung für straflos erklären.²⁶ Mit einem Eingriffsrecht des Normunterworfenen korrespondiert auf Seiten des Eingriffsbetroffenen eine Duldungspflicht.²⁷ Diese Duldungspflicht besteht, weil die Rechtsordnung das gerechtfertigte Eingriffsverhalten als rechtmäßig bewertet. Dem Eingriffsbetroffenen muss ein Abwehrrecht versagt werden, weil die Rechtsordnung über die Zuteilung von Rechten und Pflichten zugleich die Freiheitsräume der Bürger zugeschnitten hat und nicht denkbar ist, dass ein Eingriff eines Bürgers in eine prinzipiell geschützte Rechtsposition eines anderen und dessen Abwehrreaktion gleichermaßen rechtmäßig sind. Dass beide Verhaltensweise als rechtmäßig bewertet unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen, ist demnach ausgeschlossen. Weil sich aber die Versagung eines Abwehrrechts gegen ein Eingriffsrecht als staatlicher Grundrechtseingriff (zumindest) in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) darstellt, ist für ein Eingreifen einer diesen Grundrechtseingriff rechtfertigenden Schranke erforderlich, dass die Voraussetzungen dieser Schranke wirklich – und nicht nur fiktiv-irreal resp. hypothetisch – vorliegen. Daher besteht ein rechtfertigendes Eingriffsrecht und eine damit einhergehende Duldungspflicht nur, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind,²⁸ andernfalls hat es bei der Grundregel zu bleiben, dass das eingreifende Verhalten nicht rechtmäßig ist, weil es nicht von einer die allgemeine Handlungsfreiheit (bzw. in casu Jalloh: die Fortbewegungsfreiheit, Art. 2 Abs. 2 GG) einschränkenden Vorschrift gedeckt ist.²⁹ Auf die bloße Mutmaßung, dass der zuständige Richter die Fortdauer des Gewahrsams angeordnet hätte, kann eine Rechtfertigung nach dem in § 38 Abs. 1 S. 2 LSA-SOG zum Ausdruck kommenden Subsidiaritätsgedanken legitimerweise nur gestützt werden, wenn eine richterliche Anordnung nicht rechtzeitig bis zum Fortfall des Gewahrsamsgrundes erlangt werden könnte. Diese Subsidiarität der polizeilichen Selbstentscheidungskompetenz würde unterlaufen, ließe man im Nachhinein Mutmaßungen – und seien sie im Einzelfall noch so plausibel – zu, dass eine richterliche Gewahrsamsentscheidung ergangen wäre.

b) Verfassungsrechtliche Grundlage der Hypothesenfestigkeit des Rechtswidrigkeitsurteils im Fall Jalloh

Dass das bloße Vorliegen der „materiellen“ Gewahrsamsvoraussetzungen bei gleichzeitig fehlender Wahrung des Richtervorbehalts auf die Bewertung des Verhaltens des Angeklagten als rechtswidrig ohne jeden Einfluss ist,

²⁶ Zur Struktur der Rechtfertigung und den normtheoretischen Implikationen vgl. grdl. *Renzikowski* Notstand und Notwehr, 1994, S. 124 ff.

²⁷ Eingehend zum Verhältnis von Rechten und Pflichten *Renzikowski* Notstand und Notwehr, 1994, S. 162 ff.

²⁸ Vgl. *Renzikowski* FS Gerfried Fischer, 2010, 365, 369; *Swoboda* ZIS 2013, 18, 26 (beide zur „hypothetischen Einwilligung“).

²⁹ Vgl. den knappen Verweis auf die mit der Rechtfertigung korrespondierende Duldungspflicht bei *Böse* ZIS 2016, 495, 499 f.

lässt sich an einer auf einer Abwandlung des Originalfalls beruhenden Hilfserwägung exemplifizieren: Angenommen, der Polizeibeamte hätte sich an den zuständigen Amtsrichter gewandt und um Anordnung der Gewahrsamsfortdauer ersucht, der Amtsrichter hätte den Erlass einer solchen Anordnung (ganz gleich ob zu Recht oder zu Unrecht) verweigert, so zöge niemand in Zweifel, dass diese Verweigerung den Angeklagten rechtlich gebunden hätte, und zwar völlig unabhängig davon, ob die Entscheidung, mit der die Anordnung der Gewahrsamsfortdauer verweigert wurde, rechtmäßig war oder nicht. Hätte sich der Polizeibeamte in der Abwandlung des Originalfalls über die aus der Verweigerung resultierende Freilassungsverpflichtung hinweggesetzt, so hätte er kein Gehör mit dem Vorbringen finden können, die Gewahrsamsvoraussetzungen lägen „materiell“ vor und der zuständige Amtsrichter habe falsch entschieden. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass bei der Entscheidung über die Gewahrsamsfortdauer der zuständige Amtsrichter auf der Rechtsfolgenseite des § 37 Abs. 1 LSA-SOG dasselbe Ermessen hat wie die für die Begründung des Gewahrsams zuständige Polizei, weshalb mit einem eigenmächtigen Vorgehen des Polizeibeamten die allein maßgebliche Ermessensentscheidung des Richters³⁰ ausgehebelt und der Richtervorbehalt faktisch ausgehöhlt würde. Der letztlich entscheidende Grund dafür, dass in der Abwandlung wie im Originalfall die Fortdauer des Gewahrsams rechtswidrig war, besteht vielmehr darin, dass wegen der verfassungsrechtlich in Art. 104 Abs. 2 GG abgesicherten Stärkung der Freiheit der Person (Artt. 2 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG)³¹ die Entscheidung über die mit der Gewahrsamsfortdauer einhergehende Freiheitsentziehung *allein* beim Richter liegt und für die Rechtfertigung der in einer Ingewahrsamnahme bzw. der entsprechenden Fortdauer des Gewahrsams stets liegenden tatbestandsmäßigen Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) die Beachtung des Richtervorbehalts konstitutiv ist,³² womit der Berufung auf das Vorliegen (nur) der „materiellen“ Gewahrsamsvoraussetzungen von Grundgesetz wegen der Boden entzogen ist.³³ Im Ergebnis ist und bleibt die Frei-

³⁰ Vgl. *VGH Mannheim* NVwZ-RR 2012, 346: „Die Mitwirkung des Richters geht nach der Funktion des Richtervorbehalts in Art. 104 Abs. 2 GG über die bloße Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung hinaus; der Richter soll nicht allein die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Exekutive über die Freiheitsentziehung prüfen, sondern selbst diese Entscheidung treffen;“ vgl. dazu *Heidelbach* Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014, S. 121.

³¹ Vgl. den Hinweis bei *Heidelbach* Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014, S. 121, dass das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG allein, scil. ohne flankierende gerichtliche Kontrolle (Art. 104 Abs. 2 GG) keinen effektiven Schutz gegen willkürliche Freiheitsentziehungen vermitteln kann.

³² *VGH Mannheim* NVwZ-RR 2012, 346, 347: „Ein Verstoß gegen das Gebot der unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung hat die Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme zur Folge.“ Vgl. auch *BVerfGE* 10, 302, 323; *BVerfGE* 58, 208, 220 f.

³³ Vgl. *Rostalski* JR 2015, 306, 310 f., die die Gewahrsamsaufrechterhaltung mit Recht als „auch materiell rechtswidrig und das entsprechende Verhalten des zuständigen Polizisten (für) verboten“ erachtet; im Grunde handelt es sich aber schon bei der Annahme einer nur „materiell“ rechtmäßigen Gewahrsamsaufrechterhaltung um ein kategoriales Unding. Zur insofern relevanten „dienenden“ Funktion

heitsberaubung durch den Angeklagten schon deshalb eine rechtswidrige, weil dieser entgegen § 38 LSA-SOG den Richtervorbehalt missachtet hatte.

2. Zum Beweismaß bei der Feststellung der Unterlassungskausalität

Im Kontext der hypothetischen Erlangbarkeit der richterlichen Gewahrsamsanordnung aufmerken lässt ferner die vom BGH verwendete Definition der Kausalität des Unterlassens. Nach einem Bekenntnis zur fehlenden Kausierungsfähigkeit des Unterlassens äußert sich der Senat zunächst zur Quasikausalität und zur damit einhergehenden Modifikation der *condicio-sine-qua-non*-Formel und schiebt eine eigenartige Wendung zum anzulegenden Maß der richterlichen Überzeugung nach, wonach sich „die alternative Bewertung, der gleiche Erfolg wäre auch bei Vornahme der gebotenen Handlung eingetreten, auf Grund bestimmter Tatsachen so verdichtet haben (muss), dass die Überzeugung vom Gegenteil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vernünftigerweise ausgeschlossen ist.“ Beim Wort genommen liefe dies darauf hinaus, dass – in Übertragung des Risikoerhöhungsprinzips auf die Unterlassungskausalität („Risikoverringerung“) – die bloße Möglichkeit eines trotz der Vornahme der gebotenen Handlung eintretenden Erfolgs die Bejahung der hypothetischen Kausalität nicht hindern würde; umgekehrt gesprochen wäre die Kausalität des Unterlassens für einen Erfolg schon dann zu bejahen, wenn die gebotene Handlung den Erfolg nur möglicherweise verhindert hätte. Mit den vom Senat angeführten umfangreichen Belegen lässt sich diese Äußerung jedoch gerade nicht begründen, denn zu einer Anwendung des kausalitätsersetzenden Risikoverringerungsgedankens hat sich der BGH bislang nicht verstehen können, und auch die vorliegende Entscheidung enthält der Sache nach keinerlei Anhaltspunkte für eine Änderung der Rechtsprechung, zumal der Senat beinahe im selben Atemzug (und auch an späterer Stelle der Begründung) implizit Erfolgsverhinderungsgewissheit verlangt: Es genüge nicht, „dass das Unterlassen der gebotenen Handlung lediglich das Risiko des Erfolgsintritts erhöht hat“; „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ müsse die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Taterfolg in diesem Sinn feststehen“. Auch wenn diese Formulierung in erkennbarem Widerspruch zur vom Senat angenommenen Kausierungsunfähigkeit des Unterlassens steht, enthält sie doch zugleich eine klare Absage an das Prinzip der Risikoerhöhung (bzw. – beim Unterlassen – der Risikoverringerung).

3. Die Erwägungen des BGH zur Unterlassungskausalität auf die Rechtfertigungsebene

Handelt es sich bei dieser misslungenen Formulierung der Nachweisanforderungen an die Unterlassungskausalität lediglich um einen sachlich unbedeutenden lapsus linguae, so bestehen inhaltlich gegen die vom Senat prak-

tizierte Methode schwerwiegende Bedenken: Nach Ansicht des Senats fehlte „es nach den vom Schwurgericht getroffenen Feststellungen an der Kausalität des Unterlassens des Angekl. für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“. Dass die Anwendung von Kausalitätskriterien wie auch der Umgang des Senats mit dem prozeduralen Rechtfertigungsgrund der richterlichen Gewahrsamsanordnung insgesamt rechtsfehlerhaft ist, sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

a) Zur Einordnung: Übertragung der Grundsätze der objektiven Zurechnung auf die Rechtfertigungsebene – hypothetische Beachtung des Richter-vorbehalts als „gerechtfertigtes Alternativverhalten“

Es fällt auf, dass die Wendung „Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“ begrifflich wenig geglückt ist, weil mit ihr nicht klar zum Ausdruck kommt, worauf es dem Senat ankommt. Zunächst liegt auf der Hand, dass damit nicht die Ursächlichkeitsbeziehung zwischen der unterbliebenen Freilassung des Geschädigten als der tatbestandmäßigen Unterlassung und dessen fortbestehendem Freiheitsentzug als dem Erfolg der Freiheitsberaubung gemeint sein kann; denn hätte der Angeklagte den Geschädigten auf freien Fuß gesetzt, so hätte dies den Erfolg der weiteren Freiheitsberaubung vom Freilassungszeitpunkt an verhindert, weshalb – auch auf der Basis der umstrittenen *condicio-cum-qua-non*-Formel³⁴ – an der (Quasi-)Kausalität zwischen Verhalten und Erfolg keine Zweifel bestehen können.³⁵ Allerdings suggeriert die Verwendung des Adjektivs „rechtswidrig“ im Kontext der Freiheitsberaubung, dass es dem Senat um eine Ursächlichkeitsbeziehung zwischen dem in der Entscheidungsbeurteilung angenommenen Unterlassen des Angeklagten und der Rechtswidrigkeit der fortdauernden Freiheitsentziehung zu gehen scheint. Sollte die Formulierung in diesem Sinne gemeint sein, so wäre dem Senat freilich ein Kategorienfehler unterlaufen: Die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens oder eines Erfolges kann man nicht verursachen, sondern sie ist Folge einer Bewertung durch die Rechtsordnung als rechtswidrig³⁶; „Rechtswidrigkeit“ ist

³⁴ Zur durchgreifenden Kritik an der *condicio sine qua non*-Formel vgl. statt vieler Puppe in NK-StGB, 4. Aufl. 2013, Vorbemerkungen zu §§ 13ff. Rn. 210 ff.; dies. JR 1992, 30, 34.

³⁵ Zur Kausalität nach der allein zutreffenden Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung im Fall Jalloh vgl. Rostalski JR 2015, 306, 310 f. – Zur Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung allgemein grdl. Engisch Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 13 ff., 21 ff.; ferner Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 13ff. Rn. 75 ff.; Freund in MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 13 ff. Rn. 334; Jakobs Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7/12; Jescheck/Weigend Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 28 II 4; Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 15; Schales Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe, 2014, S. 39.

³⁶ Sachlich übereinstimmend nun auch Puppe Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 29: „Die Unterlassung der Einholung der richterlichen Anordnung verursacht den Zwangseingriff nicht, sie bewirkt, dass er nicht gerechtfertigt ist;“ ferner auch Haas GA 2015, 147, 153 (am Beispiel der hypothetischen Einwilligung).

des Richtervorbehalts auch Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), 713, 720 f.

keine kausierungsfähige Entität, sondern als Metabegriff eine Eigenschaft einer solchen Entität. Hätte der Angeklagte eine richterliche Gewahrsamsanordnung eingeholt, so wäre die weitere Freiheitsentziehung eine *rechtmäßige* gewesen (vorausgesetzt, der Angeklagte hätte sich auch im Übrigen rechtmäßig verhalten) und nicht wie im dem vom Senat entschiedenen Sachverhalt eine *rechtswidrige*. Die Rede des Senats von der „Kausalität (...) für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“ ist also schon deshalb schief, weil sich mit der Einholung der richterlichen Gewahrsamsfortdaueranordnung die rechtliche Bewertung des fortdauernden freiheitsentziehenden Zustandes geändert hätte.³⁷

aa) Parallele zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Ungeachtet ihrer Missverständlichkeit kann die Rede von der „Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für eine rechtswidrige Freiheitsberaubung“ inhaltlich somit nicht als Formulierung einer Ursächlichkeitsbeziehung im herkömmlichen Sinne – also zwischen Täterverhalten und Erfolg – verstanden werden, sondern nur als Bezugnahme auf einen normativ zu bestimmenden Zusammenhang zwischen denjenigen Umständen, die zur Bewertung des Täterverhaltens als rechtswidrig führen, und der fortbestehenden Freiheitsberaubung als dem (Dauer-)Erfolg des § 239 Abs. 1 StGB.³⁸ Dass es dem BGH auf die Auswirkungen der die Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens begründenden Umstände auf den Erfolg ankommt, lässt sich daran ersehen, dass der Senat als Grundlage der Prüfung nicht das nach § 239 Abs. 1 StGB hypothetische normgemäße Verhalten – die Freilassung des Geschädigten Jalloh – heranzieht, sondern diesbezüglich auf die hypothetische Rechtfertigung durch Einholung des Richtervorbehalts abstellt und überprüft, ob bei Verständigung des zuständigen Richters dieser die Fortdauer der Ingewahrsamnahme angeordnet hätte. Die Einholung einer gewahrsamsaufrechterhaltenden richterlichen Anordnung hätte, wie oben gezeigt wurde, aber nicht den Normbefehl des § 239 Abs. 1 StGB erfüllt und damit die Tatbestandsmäßigkeit entfallen lassen, sondern lediglich den Normbefehl für den konkreten Einzelfall suspendiert und dadurch das tatbestandsmäßige Verhalten gerechtfertigt. In der Sache geht es dem Senat also nicht um eine Ursächlichkeitsbeziehung zwischen dem Täterverhalten und dem Erfolg, sondern – in auffälliger Ähnlichkeit zum Erfordernis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs³⁹ bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, nach dem der Erfolg spezifisch auf den die Sorgfaltswidrigkeit des Täterhandelns begründenden Umständen beruhen muss – im Sinne eines „Rechtfertigungszusammenhangs“

um die Frage, ob der vom Angeklagten mangels Wahrung des Richtervorbehalts auf rechtswidrige Weise produzierte Freiheitsberaubungs(dauer)erfolg auch auf rechtmäßige Weise hätte verursacht werden können. Dass der Senat gleichwohl vermeint, eine Prüfung des Kausalzusammenhangs zwischen tatbestandsmäßiger Unterlassung und Erfolg vorzunehmen, beruht auf der oben kritisierten gedanklichen Konfundierung des allein normwidrigen Verhaltens – der (fortdauernden) Freiheitsberaubung – mit der Unterlassung der hypothetisch rechtfertigenden Einholung der richterlichen Gewahrsamsanordnung. Entsprechend der unklaren Formulierung ist der Begründung denn auch nicht genau zu entnehmen, auf das Fehlen welches Deliktsmerkmals der Senat denn die Strafflosigkeit des Angeklagten aus § 239 Abs. 1 StGB stützen möchte. Denn dass die fortdauernde Freiheitsentziehung ohne Einholung einer richterlichen Anordnung eine *rechtswidrige* war, hat der Senat nicht in Abrede gestellt; die als Vergleichsverhalten herangezogene Beachtung des Richtervorbehalts stellt nur eine Hypothese dar, die die realiter gegebene Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung nicht zu beseitigen vermag (vgl. oben 1.). Dieses „Hätte auch“ einer hypothetisch gerechtfertigten Freiheitsberaubung lässt sich in herkömmlichen dogmatischen Kategorien nicht ohne Weiteres ausdrücken; die Rede des Senats von der „Kausalität der Unterlassung für den Erfolg“ verdunkelt, dass es dem Senat letztlich um die Übertragung von herkömmlicherweise unter dem Topos „objektive Zurechnung“⁴⁰ rubrifizierenden Maßstäben auf die Rechtfertigungsebene zu tun ist.

bb) Hypothetisch gerechtfertigtes Alternativverhalten – die Rechtsfigur der „hypothetischen Einwilligung“

Anders als auf der Tatbestandsebene zum Verhältnis zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg (sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang), bei dem es nach überwiegender Ansicht auf die Auswirkungen eines sorgfaltsgemäßen Alternativverhaltens ankommen soll, besteht bislang jedoch alles andere als Einigkeit darüber, dass und ggf. in welchem Umfang ein solches „gerechtfertigtes Alternativverhalten“ mit strafbarkeitsausschließender Wirkung anzuerkennen ist. Die Problematik wurde bisher beinahe⁴¹ ausschließlich bei dem hochumstrittenen, aus dem Arzthaftungszivilrecht ins Arztstrafrecht transponierten Institut der sog. hypothetischen Einwilligung erörtert. Dort hat es der BGH mehrfach unter Anwendung des Zweifelsatzes strafbarkeitsausschließend ausreichen lassen, dass sich im Nachhinein nicht klären ließ, ob ein vor einer Operation nicht (hinreichend) oder fehlerhaft

³⁷ Böse ZIS 2016, 495, 499; Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), 713, 718; Jäger JA 2015, 72, 74.

³⁸ Vgl. dazu, dass die zur Bewertung als rechtswidrig führenden Umstände den Erfolg nicht im herkömmlichen Sinne verursachen, sondern eben nur die entsprechende Bewertung tragen, Puppe GA 2003, 764, 770 (Rechtfertigungsgründe verursachen das Unrecht nicht, sondern heben es auf); Zöllner/Mavany ZJS 2009, 694, 701; verfehlt daher BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 81, wonach der Erfolg durch Herbeiführung der Rechtmäßigkeit der Handlung verhindert werden können soll.

³⁹ Vgl. Böse ZIS 2016, 495, 499 unter Verweis auf Brauer Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, S. 155.

⁴⁰ Die Rechtsprechung verortet – ohne dass sich schon daraus sonderliche sachliche Unterschiede im Detail ergäben – Fragen der objektiven Zuordnung unter dem Prüfungspunkt „Kausalität im rechtlichen Sinne“, vgl. BGHSt 11, 1 ff.; 21, 59; 33, 41, 66.

⁴¹ Vgl. aber Dreher Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, S. 56 ff., 129 ff.; Rönnau in LK-StGB, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn 180; ferner Mitsch FS Achenbach, 2011, S. 299 ff., 312 zur hypothetischen behördlichen Genehmigung; Kuhlen Müller-Dietz-FS, 2001, S. 431, 433; Haas GA 2015, 147, 158 f. zur Notwehr; Rönnau StV 2011, 753, 755 f.; Edlbauer/Irrgang JA 2010, 786, 788 ff. zum hypothetischen Einverständnis bei § 266 StGB; weitere prozedurale Rechtfertigungsgründe einbeziehend nunmehr Zimmermann/Linder, ZStW 128 (2016), 713, 730 ff.

aufgeklärter Patient zu der Operation (oder einer Zweitoperation) seine Einwilligung erteilt hätte. Unter den Befürwortern der „hypothetischen Einwilligung“ überwiegt trotz missverständlicher Formulierungen in jüngeren Entscheidungen des BGH („Die Rechtswidrigkeit entfällt ...“)⁴² der Standpunkt, dass diese Figur keine rechtfertigende Wirkung hat, sondern sedes materiae der Ausschluss des Erfolgsunrechts bzw. das Fehlen einer hinreichend sicheren Verbindung von Verhaltens- und Erfolgsunrecht ist,⁴³ weil der Erfolg möglicherweise auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung im Operationsvorfeld eingetreten wäre und sich damit in dubio pro reo nicht als durch die unterbliebene Aufklärung rechtswidrig verursacht darstellt. Allgemein lässt sich die Problematik um die Anerkennungsfähigkeit des „gerechtfertigten Alternativverhaltens“ mit *Kuhlen*, der sich besonders vehement für eine Übertragung der Kriterien des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf die Ebene der Rechtfertigungsgründe auch außerhalb der „hypothetischen Einwilligung“ eingesetzt hat, wie folgt formulieren: Sei eine tatbestandsmäßige Handlung wegen eines Rechtfertigungsmangels objektiv nicht gerechtfertigt, so müsse der Erfolg auf diesem Mangel – d.h. auf den diesen Mangel begründenden Tatsachen – objektiv zurechenbar beruhen, andernfalls das objektive Unrecht der (vollendeten) Tat fehle.⁴⁴ Übertragen auf den Fall Jalloh würde die Anerkennung der Figur des „hypothetischen Richtervorbehalts“ bzw. der „hypothetischen richterlichen Anordnung“ durch den BGH dazu führen, dass dem Angeklagten zwar ein rechtswidriges Freiheitsberaubungsverhalten zu attestieren wäre und auch das Erfolgsunrecht einer vollendeten Freiheitsberaubung vorläge, der Angeklagte sich aber darauf berufen könnte, dass der Erfolg bzw. das Erfolgsunrecht nicht oder jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit gerade auf der Rechtswidrigkeit des freiheitsberaubenden Verhaltens beruht, er also – um es mit dem BGH zu sagen – den Erfolg nicht (sicher) gerade durch das rechtswidrige Freiheitsberaubungsverhalten verursacht hat.⁴⁵

Unabhängig davon, wie man zur Berücksichtigungsfähigkeit von hypothetischen Kausalverläufen und zur Berücksichtigung einer hypothetischen Einwilligung des Geschädigten im Arztstrafrecht steht, kann aber die Übertragung des Gedankens einer hypothetischen Rechtmäßigkeit auf die fehlende Rechtfertigung wegen eines Ver-

stoßes gegen den Richtervorbehalt aus mehreren Gründen nicht überzeugen:

b) Verfassungsrechtliche und kriminalpolitische Bedenken

aa) Die Bedeutung des Richtervorbehalts

Über die im Weiteren zu entfaltenden normtheoretischen Einwände gegen die Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischer Kausalverläufe auf der Rechtfertigungsebene hinaus ergeben sich durchgreifende verfassungsrechtliche sowie folgenorientierte und somit *kriminalpolitische* Bedenken zunächst daraus, dass die vom Senat als Verlaufshypothese geprüfte Sachverhaltsmodifikation einen prozeduralen Rechtfertigungsgrund von grundgesetzlicher Tragweite betrifft. Indem der Senat die Folgen des Verstoßes gegen den grundgesetzlich abgesicherten Richtervorbehalt (Artt. 2 Abs. 2, 104 GG) „hinweghypothetisiert“ hat, ist dessen Schutzfunktion gegen staatliche Übergriffe zur kleinen Münze degradiert worden. Zwar scheint der Senat die eminente Bedeutung des Richtervorbehalts zunächst erkannt zu haben, indem er formuliert, dieser diene

„der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt praktisch wirksam wird. Diese praktische Wirksamkeit wird nur erreicht, wenn in jedem Fall, in dem die Freiheitsentziehung ohne vorherige richterliche Entscheidung ausnahmsweise zulässig ist, diese Entscheidung unverzüglich nachgeholt wird. (...) Dementsprechend setzten alle im vorliegenden Fall als Rechtsgrundlage (...) in Betracht kommenden Normen grundsätzlich eine unverzüglich einzuholende richterliche Entscheidung voraus.“⁴⁶

Mit der vom Senat in höchsten Tönen gepriesenen Funktion des Richtervorbehalts, eine zusätzliche verfahrensmäßige Absicherung – die Gewährung rechtlichen Gehörs sowie die Verschaffung eines persönlichen Eindrucks durch eine unabhängige verfahrensexterne Instanz – und damit „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ zu garantieren, ist aber die Vorgehensweise des Senats nicht zu vereinbaren, eine staatliche Freiheitsentziehung, die auf grundgesetzwidrigen Weg bewirkt wurde, deshalb nicht als rechtswidrig verursacht zuzurechnen, nur weil sie (möglicherweise) auf rechtmäßigem Wege und damit grundgesetzkonform hätte verursacht werden können.⁴⁷ Schon die Mutmaßung, dass ein mit der Frage der Aufrechterhaltung des freiheitsberaubenden Zustandes befasster Richter diese (möglicherweise) angeordnet hätte, ist von Grundgesetzes wegen allenfalls dann legitim, wenn die Befassung des Richters mit dieser Frage nicht statthaft und somit gleichsam „Gefahr im Verzug“ war. § 38 Abs. 1 S. 2 LSA-SOG spricht, wie bereits gezeigt wurde, insoweit eine eindeutige Sprache und trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung, indem dort eine richterliche Entscheidung über den (weiteren) frei-

⁴² Vgl. etwa BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; NStZ-RR 2007, 340, 341 = HRRS 2007 Nr. 727 Rn. 22; NStZ 2012, 205, 206 = HRRS 2011 Nr. 1135 m. Anm. Jäger JA 2012, 70 u. Bspr. *Hüttenrauch* NJ 2013, 39; der Rekurs auf „Ursächlichkeit“ findet sich aber bereits in BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; so nunmehr auch BGH NJW 2013, 1688, 1689 = HRRS 2013 Nr. 500 Rn. 30 (Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs).

⁴³ Vgl. Jäger JA 2012, 70, 72; Swoboda ZIS 2013, 18, 20; Conrad/Koranyi JuS 2013, 979, 982; Beckemper NZWiSt 2013, 232, 233; *Hüttenrauch* NJ 2013, 39, 40; eingehend Gaede Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 16 ff., 20 ff. m. zahlr. w.N.

⁴⁴ *Kuhlen* FS Roxin, 2001, S. 331, 334, 337 ff.; ders. FS Müller-Dietz, 2001, S. 431 f., 439; ders. JR 2004, 227 f.; vgl. auch Dreher Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, passim.

⁴⁵ Keine prinzipiellen Bedenken gegen diese Vorgehensweise hegen demgegenüber anscheinend Jahn JuS 2015, 180, 182; Schiemann NJW 2015, 20, 22 f.

⁴⁶ BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 70 f.

⁴⁷ So auch Böse ZIS 2016, 495, 500, der zudem – entgegen *Wieck-Noordt* in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, 239 Rn. 37 – klarstellt, dass die richterliche Anordnung als Kriterium der formellen Rechtmäßigkeit des Gewahrsams nicht etwa wegen der Gesetzesgebundenheit der richterlichen Entscheidung bedeutungslos ist.

heitsentziehenden Gewahrsam nur dann für entbehrlich erklärt wird, „wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde.“ Die grundgesetzlich vorgegebene und einfachgesetzlich in § 38 LSA-SOG ausgestaltete „Sperrwirkung“ der Anwendungsvoraussetzungen der richterlich angeordneten rechtfertigenden Gewahrsamsentscheidung wird durch die Rechtsfigur des Erfolgsszurechnungsausschlusses mittels eines „hypothetischen Richtervorbehalts“ unterlaufen. Diese Unmethode höhlt die strafrechtliche Absicherung grundlegender und vom Grundgesetz vorgegebener verfahrensmäßiger Garantien aus, ganz abgesehen von der kriminalpolitisch-folgenderorientierten Überlegung⁴⁸, dass die Vorgehensweise des *Senats* Polizeibeamten eine Art strafrechtlichen Generalfreibrief für die ahnungslose Missachtung dieser Garantien ausstellt, weil sich im Nachhinein kaum je völlig sicher ausschließen lassen wird, dass ein Richter, der um die Anordnung (der Fortdauer) einer Freiheitsentziehung ersucht worden wäre, diese Anordnung auch getroffen hätte. Genau solche Unwägbarkeiten soll die bereits beschriebene rechtfertigungskonstitutive Wirkung der Wahrung des Richtervorbehalts durch Einholung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung ausschließen.

bb) Hypothesenfestigkeit prozeduraler Rechtfertigungsgründe im Allgemeinen

Unabhängig davon, wie man zur Figur des „gerechtfertigten Alternativverhaltens“ und der „Rechtfertigungszusammenhangs“ im Allgemeinen steht (dazu aber sogleich unter c)), wird man jedenfalls für den prozeduralen Rechtfertigungsgrund des Gewahrsams nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSA-SOG einen Zurechnungsausschluss auf der Basis einer unreal-fiktiven Alternativverlaufshypothese nicht anerkennen können: Die Frage nach der Rechtfertigung wird im jeweils anstehenden Verfahren durch die von Gesetzes oder gar Grundgesetzes wegen hierfür zuständige Person geklärt. Wie diese Person – in casu der gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 LSA-SOG zuständige Richter des *AG Dessau-Roßlau* – entschieden hätte, ist nicht nur eine im Nachhinein unentscheidbare, sondern auch sinnlose Frage, solange der Richter mit der Gewahrsamsfortdauer nicht befasst wurde, weil diese Frage am Wesen eines prozeduralen Rechtfertigungsgrundes vorbeigeht: Der prozedurale Rechtfertigungsgrund des Gewahrsams nach § 37 Abs. 1 LSA-SOG ist gekennzeichnet durch eine ex-ante-Prüfung seiner Voraussetzungen durch eine nicht am Gewahrsam selbst Beteiligten; man kann insofern von „Mitzuständigkeit des Polizei(verfahrens)rechts“ für die Reichweite einer strafrechtlichen Verhaltensanweisung sprechen.⁴⁹ Diese „Mitzuständigkeit“ eines im Polizei- und Ordnungsrechts strafrechtsextern geregelten Verfahrens hat – neben der oben unter 1. thematisierten Gewährleistung von „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ – den weiteren Vorzug, dass mit ihr ein höheres Maß an Rechtssicherheit für die den Gewahrsam durchführenden

Polizeibeamten einhergeht.⁵⁰ Denn ob die Gewahrsamsvoraussetzungen des § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSA-SOG gegeben sind, hängt vom polizeirechtlichen Begriff der ex ante zu beurteilenden Gefahr ab und damit von einer Prognose, die sich ex post als unzutreffend herausstellen kann. Die richterliche Anordnung der Freiheitsentziehung bietet für die den Freiheitsentzug durchführenden Personen Schutz vor Strafverfolgung qua Rechtfertigung, wenn sich die der Gefahrenbeurteilung zugrundeliegende Prognose im Nachhinein als unzutreffend herausstellt, und dies selbst dann, wenn die richterliche Anordnung aus anderen Gründen nicht rechtmäßig ergangen ist und im Instanzenzug aufgehoben wird.⁵¹ Die Bedeutung der Prozeduralisierung der Gewahrsamsrechtfertigung zeigt sich also erstens daran, dass auch die strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbeurteilung an die polizeirechtliche ex-ante-Perspektive anknüpft, und zweitens an der für die strafrechtliche Rechtfertigung geltenden und bis zur Nichtigkeit reichenden Richtigkeitsvermutung einer richterlichen Entscheidung. Aus dieser spezifisch prozeduralen Wirkung des § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSA-SOG ergibt sich, dass die Frage nach der Zurechnung eines Erfolgs zur Rechtswidrigkeit des Verhaltens – ganz unabhängig von sonstigen dogmatischen Bedenken – sinnlos ist. Die Zurechnung eines Erfolges zu einem Verhalten ist eine stets ex post vorzunehmende Operation, weil nur etwas Geschehenes als Erfolg Zurechnungsgegenstand sein kann. Hingegen knüpft, wie gesehen, § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSA-SOG an eine Gefahrenprognose und damit an eine ex-ante-Perspektive an. Diese unterschiedlichen Perspektiven lassen sich nicht miteinander in Einklang bringen. Wenn – woran aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG) kein Zweifel bestehen kann – die Etablierung eines mit rechtfertigender Wirkung ausgestatteten Verfahrens legitim ist, so muss der den Gewahrsam durchführende Beamte, um gerechtfertigt sein zu können, die Entscheidung des aus gutem Grund ansonsten nicht am Gewahrsam beteiligten Richters einholen; Spekulationen, wie der Richter entschieden hätte, verlassen stets die einzig relevante ex-ante-Perspektive und urteilen zwangsläufig ex post. Der prognostisch-zukunftsorientierte Charakter präventiver staatlicher Freiheitsentziehungen, stempelt eine ex post erfolgende mögliche bessere Erkenntnis – die sich ex ante ohnehin schon aus Gründen der beschränkten menschlichen Erkenntnis kaum je ausschließen lassen wird – zu einer Unkategorie. Aus diesem Grund lässt sich die Vorgehensweise des *Senats* auch nicht mit dem Argument retten, dem Angeklagten eine rechtswidrige Freiheitsberaubung zu attestieren liefe darauf hinaus, einen reinen Verfahrensverstoß und damit rein formelles Unrecht als Strafrecht zu behandeln. In der Auswechslung der prognostischen ex-ante-Perspektive gegen eine hypothetisierende ex-post-Perspektive liegt der wahre Kern des (an sich die Rechtfertigungs- und nicht die Zurech-

⁴⁸ Ähnliche Bedenken klingen an bei *Puppe* Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 28; vgl. ferner aus prozessualer Sicht *Jahn/Dallmeyer* NSTZ 2005, 297, 304.

⁴⁹ In Anlehnung an *Saliger* JuS 1999, 17, 21.

⁵⁰ Vgl. zu diesem allgemeinen Prozeduralisierungsaspekt *Saliger* JuS 1999, 17, 21. Gegen die Möglichkeit von Hypothesenbildung und -berücksichtigung im Bereich der Prozeduralisierung (in anderem Zusammenhang) auch *Vogel* bei *Rönau* StV 2011, 753, 758 m. Fn. 48.

⁵¹ Vgl. zur Rechtfertigung bei trotz vorsätzlicher falscher Anschuldigung rechtmäßig ergangener Anordnung der Untersuchungshaft *BGHSt* 3, 4; *BGHSt* 10, 306, 307.

nungsproblematik betreffenden) Arguments, eine nachträgliche Hypothesenbildung und -prüfung laufe – für den vorliegenden Fall entgegen § 38 Abs. 1 S. 2 LSA-SOG – auf die Zulassung einer nachträglichen richterlichen Genehmigung hinaus, obgleich es doch von Grundgesetzes wegen allein auf das Vorliegen einer Genehmigung im Zeitpunkt der Gewahrsamsbegründung bzw. (in casu Jalloh: -aufrechterhaltung) ankommt.

cc) *Hypothesenfestigkeit des Richtervorbehalts im Besonderen*

Hinzu kommt ein Weiteres, das dem Senat – mutmaßlich im Bestreben, dem Angeklagten den Verbrechenstrafrahmen des § 239 Abs. 4 StGB zu ersparen – offenbar entgangen ist, das er ausweislich der Urteilsbegründung jedenfalls aber für nicht nennenswert erachtet hat: Die Problematik der für die Aufrechterhaltung des Gewahrsams erforderlichen Wahrung des Richtervorbehalts bestand allein wegen des Umstandes, dass es sich bei dem Angeklagten um einen Polizisten und damit einen an (prozedurale) Grundrechte gebundenen Hoheitsträger handelte. Hätte der Angeklagte im Fall Jalloh als Privatmann agiert, wäre es auf die Einholung einer richterlichen Anordnung von vornherein nicht angekommen und die Freiheitsberaubung eo ipso rechtswidrig gewesen. Hierin liegt ein gewichtiger Unterschied des im Fall Jalloh einschlägigen „hypothetischen Richtervorbehalts“ zu der zunächst das Binnenverhältnis unter Privaten betreffenden Figur der hypothetischen Einwilligung: Ist dort zunächst nur ein privatrechtliches Verhältnis betroffen, so spielt der Fall Jalloh von Anfang an im öffentlich-rechtlichen Bereich. Die strafrechtliche Anerkennung und erfolgsgzurechnungsausschließende Wirkung der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht führt – bedenklich genug – „nur“ zu einer Eskamotierung des strafrechtlichen Schutzes des Patientenselbstbestimmungsrechts, wohingegen die hier in Rede stehende Hypothesenberücksichtigung bei Missachtung des Richtervorbehalts die Freiheit der Person im sensibelsten Bereich – nämlich in der klassischen Abwehrfunktion gegen staatliche Zugriffe – ohne strafrechtlich abgesicherten Schutz lässt. Für diesen besonderen Schutz des herausragend bedeutsamen Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG sorgt – auch nach Aufhebung des früher die Freiheitsberaubung im Amt regelnden § 341 StGB a.F. – die auch Polizisten betreffende Strafbewehrung freiheitsentziehenden Verhaltens.

Dass in dem besonders anfälligen Bereich des Schutzes des Bürgers gegenüber dem Handeln von Hoheitsträgern die strafrechtliche Absicherung der auch und gerade gegenüber Polizisten geltenden Verhaltensnorm des § 239 Abs. 1 StGB zurückgenommen und allein davon abhängig sein soll, dass eine von Grundgesetzes wegen vorgeschriebene richterliche Anordnung (zwar nicht eingeholt wurde, aber möglicherweise) hätte erlangt werden können, läuft auf eine praktische Entwertung des Richtervorbehalts hinaus. Es trifft den Bürger schon hart genug, dass er das Risiko der Rechtswidrigkeit einer richterlichen Gewahrsams(fortdauer)anordnung zu tragen hat, weil diese – bis zur Nichtigkeitsgrenze – auch bei Rechtswidrigkeit wirksam (nämlich lediglich im Instanzenzug anfechtbar) ist und die Freiheitsentziehung

rechtfertigt.⁵² Viel spricht daher dafür, dass das auf einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt beruhende Fehlen einer richterlichen Gewahrsamsanordnung – a maiore ad minus – einer nichtigen Anordnung normativ gleichstehen muss, die als nullum keinerlei rechtliche und damit auch weder rechtfertigende noch als Gegenstand einer Verlaufshypothese erfolgsgzurechnungsausschließende Wirkung haben kann.

c) **Normtheoretische Dysfunktionalität des „Rechtfertigungszusammenhangs“**

aa) *Dogmatische Bedeutung des Geschädigtenschutzes*

In *dogmatischer* Hinsicht dürfen die vorstehenden *kriminalpolitischen* Erwägungen zur Rücknahme des strafrechtlichen Schutzes in einem besonders sensiblen Bereich allerdings nicht überbewertet werden. Dem strafrechtlichen Schutz des Opfers – und damit auch seiner faktischen Schutzlosigkeit – kann als Argumentationskriterium keine Bedeutung zukommen, weil Strafe immer erst nach geschehener Tat – repressiv – eingreift und es damit in der Natur jeder strafrechtlichen Sanktionsnorm liegt, dass ihre Wirkung „zu spät kommt“. Strafrechtlicher Schutz kann dem Geschädigten *pro praeterito* durch die Bestrafung des Täters ohnehin nicht mehr vermittelt werden. In Bezug auf Geschädigten hat das Strafrecht versagt. Dass der Schutz des Geschädigten sich entgegen einer verbreiteten Sicht auch nicht durch die Etablierung von „Schutznormen“ oder „Gewährleistungsnormen“ abbilden lässt, wird deutlich, wenn man den Zweck der Verhängung der Sanktion Strafe nicht unmittelbar im Schutz von Rechtsgütern sieht – vor einer geschehenen Rechtsgutsbeeinträchtigung kann die Sanktion Strafe nicht schützen –, sondern im Schutz der durch die Tat angegriffenen Verhaltensnorm; erst die Verhaltensnorm, deren Befolgung die Sanktionsnorm mittels Strafe allein bezweckt, hat den Schutz von Rechtsgütern unmittelbar zum Gegenstand. Strafe trachtet also nicht absolut, sondern nur – *pro futuro* und gleichsam mittelbar über die Vermittlung von Verhaltensnormen – nach Rechtsgüterschutz. Voraussetzung einer strafrechtlichen Sanktion ist somit der Bruch einer Verhaltensnorm durch den Täter. Genau deshalb ist die Existenzberechtigung der Normenkategorie „Schutznorm“, mit der die vorstehenden kriminalpolitischen Erwägungen zur „Schutzlosigkeit“ des in die Fänge eines Polizisten geratenen Geschädigten stillschweigend gespielt haben, im Bereich des Strafrechts angreifbar⁵³: Weil das Strafrecht in der Gestalt von Sanktionsnormen lediglich mittels der Verhängung von Strafe die Beachtung von außerhalb des Strafrechts liegenden, von diesem vorgefundenen und an diese akzessorisch anknüpfenden Verhaltensnormen schützt, kann das Strafrecht selbst keine eigene Schutznorm aufstellen, sondern ist auf die Gewährung außerstrafrechtlicher, vom Strafrecht vorgefundener subjektiver Rechte angewiesen und kann diese auch nur in dem vom Strafrecht bereits vorgefundenen Maße über die Aufstellung von Verhaltensnormen schützen. Strafrechtlichen Verhal-

⁵² Vgl. Schluckebier in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 239 Rn. 8.

⁵³ Dazu näher Renzikowski, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP-Beiheft 104 (2005), S. 115, 123 ff.

tensnormen kommt bei einer solchen Betrachtungsweise keine (eigene, Rechte des Opfers konstituierende) Distributiv- oder Gewährleistungsfunktion zu. Damit hat die Kategorie der strafrechtlichen Schutznorm aber keine eigene normtheoretische Bedeutung, die sich auf Seiten des Geschädigten argumentativ in Stellung bringen ließe: Kann das Strafrecht Rechtsgüter (oder besser: subjektive Rechte) selbst nicht schützen, sondern nur für die Beachtung der diese ihrerseits schützenden Verhaltensnormen sorgen, so verwendet die Rede von der strafrechtlichen Schutzlosigkeit *dogmatisch* einen Unbegriff, der allenfalls kriminalpolitisch mit Blick auf perhorreszierte Folgen von Bedeutung ist. Eine dogmatische Erwägung muss den Blick vom Opfer lösen und auf die Struktur der an den Täter gerichteten Verhaltensnorm lenken.

bb) Die Bewertungsfunktion der Deliktsmerkmale „Rechtswidrigkeit“

Insoweit ist es zunächst mit der bewertenden Funktion des Deliktsmerkmals „Rechtswidrigkeit“ unvereinbar, dass ein tatbestandsmäßig-normwidriges und rechtswidriges Verhalten deshalb strafrechtlich folgenlos bleiben soll, weil der realiter rechtswidrig kausierte Erfolg auch auf rechtmäßigem Wege hätte verursacht werden können. Hinter diesem Befund steht die folgende normtheoretische Erwägung: Bei der Aussage, das Verhalten des Angeklagten sei rechtswidrig gewesen, handelt es sich um eine Bewertung in dem Sinne, er habe mit seinem Verhalten gegen eine bestimmte einem Strafgesetz zugrundeliegende Verhaltensnorm verstoßen. Strafrechtlichen Verhaltensnormen kommt neben einer Bestimmungsfunktion – mit der die Vorstellung einer Verhaltensnorm, die sich an den Einzelnen wendet und ihm sagt, was er tun und lassen soll, verbunden ist – auch eine Bewertungsfunktion zu.⁵⁴ Die Bewertung eines Täterverhaltens erfolgt aus einer – weil aus ihr eine Verhaltensanweisung folgen muss: antizipierten – Retrospektive. Das bedeutet, dass im Zeitpunkt der Tathandlung (bzw. -unterlassung) feststehen muss, ob das Täterverhalten rechtswidrig war oder rechtmäßig (hier: gerechtfertigt). Demzufolge gibt es für die Bewertung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens nur zwei Kategorien, nämlich rechtswidrig und gerechtfertigt. Dieses binäre Bewertungssystem löst die Vorgehensweise des *Senats* auf. Im Fall Oury Jalloh hätte nach der Methode des *BGH* das Verhalten des Angeklagten eigenartigerweise mit der Wendung „rechtswidrig, aber hypothetisch rechtmäßig“ bewertet werden müssen. Auch wenn der *Senat* die hypothetisch gebliebene Beachtung des Richtervorbehalts nicht bei der Verhaltensbewertung als „rechtmäßig“ verortet, sondern bei der Zurechnung des Freiheitsberaubungserfolgs zum Täterverhalten, verfehlt das dem *BGH* offenbar vorschwebende Tertium „rechtswidrig, aber hypothetisch gerechtfertigt“ die Bewertungsfunktion strafrechtlicher Verhaltensnormen,⁵⁵ weil sich die

Bildung einer rechtfertigenden Hypothese und ihre Berücksichtigung als alternative Verlaufshypothese als geradezu dysfunktional erweist, wenn zum Zeitpunkt des Täterhandelns eine Verhaltensnorm dem Täter eine Verhaltensvorgabe machen soll. Auf Rechtswidrigkeitsebene ist damit schon aus diesem Grund der Berücksichtigung von Verlaufshypothesen eine Absage zu erteilen.

cc) Parallele zur Konstellation des „hypothetischen Ersatztäters“

Auf den ersten Blick scheint der Umstand, dass das hypothetische Alternativverhalten nur durch das Handeln eines Dritten – nämlich durch eine mangels Befassung unreal gebliebene Gewahrsamsfortdaueranordnung des zuständigen Amtsrichters – gerechtfertigt ist, Ähnlichkeiten zu der aus der Kausalitätsdogmatik bekannten Konstellation des sog. „hypothetischen Ersatztäters“ zu bergen. Diese Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass – in Anwendung der *condicio-sine-qua-non*-Formel entstammenden Wegdenkmethode – ein den identischen Erfolg bewirkender Dritter gleichsam „bereitgestanden“ hätte, wenn der Täter seinerseits nicht gehandelt hätte. Seit der Massenkarambolageentscheidung des *BGH* besteht jedoch im Wesentlichen Einigkeit darin, dass der Täter sich nicht mit kausalitätshindernder Wirkung auf ein hypothetisches erfolgsursächliches Handeln eines Dritten berufen kann und dass einem sich sorgfaltswidrig verhaltenden Täter ein Erfolg auch dann als sorgfaltswidrig verursacht zugerechnet wird, wenn ein vom Geschädigten personenverschiedener Dritter bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten des Täters den Erfolg verursacht hätte.⁵⁶ Auch wenn die dafür gegebenen Begründungen changieren, so stimmt man im Ergebnis darin überein, dass ein unreal gebliebenes Alternativverhalten eines Dritten als unbeachtliche Reserveursache behandelt wird. Von der Konstellation des „hypothetischen Ersatztäters“ unterscheidet sich der Fall Jalloh dadurch, dass der hypothetisch mitwirkende Amtsrichter nicht den Erfolg herbeigeführt hätte – diesen hätte auch in der Alternativverlaufshypothese der Angeklagte verursacht –, sondern lediglich dafür gesorgt hätte, dass dies auf rechtmäßigem – nämlich gerechtfertigten – Wege geschehen wäre. Weshalb dieser Unterschied im Fall Jalloh die von allgemeinen Grundsätzen abweichende Zulassung einer über ein Dritthandeln verlaufenden Alternativhypothese begründen soll, ist nicht ersichtlich, geschweige denn, dass der *BGH* eine solche Begründung gegeben hätte.

Wer diese Begründung nachholen und darauf abstellen möchte, dass dem Angeklagten ein Unterlassen zur Last fällt und die Prüfung der Quasikausalität ohne die Prü-

rechtmäßige Freiheitsentzug ist ein aliud im Verhältnis zum rechtswidrigen Freiheitsentzug und begründet daher gerade nicht den gleichen (Unrechts-)Erfolg.“

⁵⁴ *BGHSt* 30, 228, 231 f.; dazu *Puppe* JuS 1982, 660; *Kühl* JR 1983, 22; ferner *Jakobs* in Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, 53, 58 m. Fn. 8; *Ranft* NJW 1984, 1425, 1427; *Duttge* in Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 165; *Otto* Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 10 Rn. 26; *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 98; *Maurach/Gössel/Zipf* Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 43 Rn. 125.

⁵⁴ Eingehend *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 234 ff.; *Hruschka/Joerden* ARSP 73 (1987), 93, 97 f. m. Fn. 10, die – mit der hier vorgenommenen Trennung von Bestimmungs- und Bewertungsfunktion sachlich übereinstimmend – zwischen Gestaltungs- und Maßstabfunktion unterscheiden; ferner *Dehne-Niemann*, ZStW 123 (2011), 495, 508.

⁵⁵ Vgl. *Jäger* JA 2015, 72, 74: „Darüber kann keine auch noch so ausgeklügelte und sichere Hypothese hinweghelfen: Der

fung von Hypothesen nicht auskommt, der ist daran zu erinnern, dass es sich bei der hypothetischen Dritthandlung um eine solche eines Richters handelt, der im Rahmen der ihm allein von Grundgesetzes wegen verliehenen Anordnungscompetenz gleichsam als Garant über die verfahrensrechtliche Stellung des Betroffenen und zugleich über dessen Freiheitsrechte (in casu: Artt. 2 Abs. 2, 104 GG) wacht. Insofern bestehen Berührungspunkte mit der Problematik des von *Feuerbach*⁵⁷ ersonnenen „Scharfrichterfalls“ auf, dem *Engischs*⁵⁸ Feldzug gegen die *condicio-sine-qua-non*-Formel zur Bekanntheit verholten hat und auf den ein vergleichender Blick lohnt: Es geht um den Vater eines ermordeten Kindes, der den Henker beiseite stößt, das Fallbeil selbst auslöst und dadurch den zum Tode verurteilten Mörder seines Kindes in genau demselben Moment tötet, in dem es ohne Eingreifen des Vaters der Henker getan hätte. Eine Minderheitsauffassung geht in Übereinstimmung mit *Feuerbach* davon aus, dass der Vater den Tod des Henkers entweder nicht verursacht habe oder der Tod ihm jedenfalls nicht im rechtlichen Sinne zurechenbar sei: So hat *Samson* in Anwendung seines „Intensivierungsprinzips“ argumentiert, weil das Eingreifen des Vaters das Leben des Henkers nicht verkürzt und somit die Bestandschancen des Rechtsguts Leben nicht im Geringsten geschmälert habe, fehle es an einem rechtlich relevanten Erfolg i.S. des § 212 StGB.⁵⁹ Während dieser Standpunkt *Samsons* die Bewertung des Todes als Nichterfolg verfehlt und damit eher erfolgsbezogen argumentiert, wendet sich *Kahrs* gegen die Begründbarkeit eines Tötungsverbots gegenüber dem Vater und damit gegen die *Verhaltensnorm*. Da die Rechtsordnung an der Erhaltung des Rechtsgutsobjekts kein Interesse mehr habe, ja der Tod des Kindsmörders sogar erwünscht sei,⁶⁰ lasse sich die Aufrechterhaltung des Tötungsverbots gegenüber dem Vater nicht legitimieren.

Jedenfalls letzterer Standpunkt, mit dem das Tötungsverbot gegenüber dem Vater zurückgenommen werden soll, lässt sich offensichtlich nicht halten. Lässt man Art. 102 GG beiseite, so sieht die Rechtsordnung die Tötung des Kindsmörders allein im Rahmen einer ordnungsgemäßen Hinrichtung durch den für die Vollstreckung des Todesurteils vorgesehenen Henker vor; allein unter diesen Voraussetzungen besteht ein – staatliches – Eingriffsrecht, auf das sich der Henker bei Begehung seines nach § 212 StGB tatbestandmäßigen Totschlages berufen kann.⁶¹ Davon, dass sich im Scharfrichterfall die im Tö-

tungsverbot liegende Verhaltensnorm nicht legitimieren lasse, kann somit keine Rede sein. Wäre es anders, so müsste, um ein Beispiel *Roxins* aufzugreifen, jedermann straflos einen mit Haftbefehl zur Festnahme Ausgeschriebenen festnehmen können, ohne dass zugleich die Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StPO vorliegen müssten,⁶² wodurch die Binnendifferenzierung der Festnahmerechte nach § 127 Abs. 1, Abs. 2 StPO unterlaufen würde.

Daraus, dass ein Eingriffsrecht des Kindsmörders nur unter den Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Hinrichtung durch den für die Vollstreckung des Todesurteils vorgesehenen Henker besteht, ergibt sich aus der umgekehrten Perspektive des Kindsmörders, dass diesem eine Pflicht zur Duldung der Hinrichtung nur dann auferlegt ist, wenn die dafür geltenden Voraussetzungen tatsächlich – und nicht nur hypothetisch – erfüllt sind, wie *Jakobs* es mit der „krassen“ Aussage auf den Punkt gebracht hat, dem Hinzurichtenden sei „garantiert, dass er vom Zuständigen getötet wird.“⁶³ Daher kann im Scharfrichterfall die Annahme eines tatbestandmäßigen und rechtswidrigen Totschlages des Vaters auch nicht mit dem Argument fehlender Erfolgsverursachung bzw. -zurechnung des Vaters verneint werden. Wollte man demgegenüber bestreiten, dass es sich bei der Tötung des Kindsmörders um einen tatbestandmäßigen Erfolg i.S. des § 212 StGB handelt oder dass der Tod dem Vater des Kindes zugerechnet werden kann, so müsste man, weil solchenfalls kein rechtlich relevanter Eingriff des Vaters in eine Rechtsposition des Kindsmörders und damit kein Angriff i.S. des § 32 StGB vorläge,⁶⁴ diesem die Notwehrbefugnis absprechen – kaum ein akzeptables Ergebnis, vergegenwärtigt man sich, dass die Beschränkung der Amtsrechte auf einen beschränkten Personenkreis und auf ein bestimmtes Verfahren die mit dem Handeln Privater einhergehende „Vogelfreiheit“ des Betroffenen gerade vermeiden möchte.

Überträgt man die Erkenntnisse dieses Exkurses zum Scharfrichterfall auf die Frage nach der zurechnungsaus-schließenden Wirkung der hypothetischen richterlichen Gewahrsamsanordnung, so zeigt sich, dass auch im Unterlassungsbereich der Berücksichtigung von hypotheti-

⁵⁷ v. *Feuerbach* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, S. 32; vgl. dazu *Arthur Kaufmann* FS Eb. Schmidt, 1961, 200, 226 m. Fn. 84; *Sancinetti* ZStW 120 (2008), 661 f.

⁵⁸ *Engisch* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 15 f., 21 ff.

⁵⁹ *Samson* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, 141 ff.

⁶⁰ *Kahrs* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio sine qua non*-Formel im Strafrecht, 1968, S. 8, 79 f.; s. aber auch insoweit *Samson* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, 143.

⁶¹ Vgl. *Rudolphi* in SK-StGB, Stand 1997, vor § 1 Rn. 61, der – wie *Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, 1981, S. 92 m. Fn. 105 – für personenbezogene – Amtsträgern vorbehaltenen – Rechtfertigungsgründen keinen Zurechnungsausschluss qua Hypothesenbildung zulässt,

anders jedoch für personenbezogene Rechtfertigungsgründe – etwa die Notwehr – entscheiden möchte; so nun auch *Rudolphi/Jäger* in SK-StGB, 8. Aufl., 144. Lfg. August 2014, Vor § 1 Rn. 107; generell gegen die Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischen Drittverhaltens *Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, vor § 13 Rn. 98.

⁶² *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 60: „(W)enn der Gesetzgeber eine tatbestandmäßige Handlung allein bestimmten Personen oder Funktionsträgern gestattet, lässt sich diese Beschränkung nur durchsetzen, wenn das Verbot gegenüber anderen ungeschmälert aufrechterhalten wird“; dazu auch *Schales* Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe, 2014, S. 92, 97 f.

⁶³ *Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7/94 (Rechtschreibung angepasst) sowie 21/86 m. Fn. 152.

⁶⁴ Zur objektiven Rechtfertigungslage (im Sinne des Erfolgsunrechts) als Voraussetzung einer Notwehrlage vgl. *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 64; *Frisch* in Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 113, 145; *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 1, 9.

schen Dritthandlungen Grenzen gesetzt sind. Jedenfalls soweit das hypothetische Täterhandeln von der Mitwirkung eines Amtsträgers abhängt, kommt eine „Weghypothetisierung“ der Zurechnungsbeziehung zwischen Täterverhalten und Erfolg schon deshalb nicht in Betracht, weil – gerade wegen der Personen- und Verfahrensgebundenheit der Amtsrechte – eine Duldungspflicht des Betroffenen nur unter der Voraussetzung besteht, dass die Voraussetzungen des Amtsrechtfertigungsgrundes real vorliegen. Im Fall Jalloh erweist sich der reale Verlauf zwischen der Nichtfreilassung des Jalloh durch den Angeklagten und der fortdauernden Freiheitsberaubung also bereits deshalb als „hypothesenfest“, weil das hypothetisch gerechtfertigte Täterhandeln von der Mitwirkung eines Richters abhängig war.

d) Bedenken aus der Funktion des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs gegen die Parallelität von Pflichtwidrigkeits- und „Rechtfertigungszusammenhang“

Dass es bei der Prüfung der Frage, ob der Täter für einen Erfolg verantwortlich ist, auf der Ebene der Rechtfertigung kein Pendant zu der Figur des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs geben kann, lässt sich – auch wenn man die soeben thematisierte Aushöhlung der Bewertungsfunktion von Verhaltensnormen außer Betracht lässt – zudem anhand von dessen Funktion zeigen. Beim Pflichtwidrigkeitszusammenhang geht es um eine Kausalitätsbeziehung zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg in dem Sinne, dass der tatbestandliche Erfolg seinen Grund gerade in denjenigen Umständen des Sachverhalts haben muss, die das Verhalten des Täters als sorgfaltswidrig erscheinen lassen. Im Wesentlichen besteht daher unter den Anhängern der Lehre von der objektiven Zurechnung, als deren Heimstatt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang herkömmlicherweise verstanden wird, heutzutage Einigkeit darüber, dass eine (ex post vorzunehmende) Erfolgszurechnung ausscheidet, wenn derselbe Erfolg auch bei einem sorgfaltsgemäßen Täterverhalten (das üblicher-, aber ungenauerweise als rechtmäßiges Alternativverhalten bezeichnet wird) eingetreten wäre;⁶⁵ denn dann erweist sich die (weil aus ihr eine handlungswirksame Verhaltensanweisung folgen soll: ex ante zu formulierende) Sorgfaltsnorm als zur Erfolgsvermeidung in casu concreto ungeeignet. Letztlich geht es bei der Voraussetzung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs folglich darum, ob die Rechtsordnung dem rechtsunterworfenen Normadressaten mit der zu beachtenden Sorgfaltsnorm eine zur Erfolgsvermeidung konkret taugliche Verhaltensalternative aufzeigen konnte.⁶⁶ War dies nicht der Fall, so besteht die Funktion des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs darin, die Zurechnung des Erfolges auszuschließen, weil der Erfolg dann nicht spezifisch auf dem sorgfaltswidrigen Verhalten beruht, sondern nur gleichsam anlässlich eines solchen Verhaltens eingetreten ist.

⁶⁵ Uneinigkeit besteht (fast) nur über die Lösung des non liquet; vgl. zum Streitstand zwischen der „Risikoerhöhungstheorie“ und der „Vermeidbarkeitstheorie“ die Darstellung des Streitstandes bei Hillenkamp 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, 31. Problem, S. 231 ff.

⁶⁶ Renzikowski FS Gerfried Fischer, 2010, S. 365, 373.

Ganz anders verhält es sich aber bei der im Jalloh-Fall thematischen Kausalität der rechtswidrigkeitsbegründenden Umstände. Bei der Frage nach der hypothetischen Kausalität des gerechtfertigten Alternativverhaltens steht nicht die Suche nach einer Verhaltensalternative in Rede, denn mit der Bewertung eines Verhaltens als rechtswidrig hat die Rechtsordnung in puncto Vermeidung eines als rechtswidrig bewerteten Verhaltens bereits das letzte Wort gesprochen. Ein tatbestandsmäßig-normwidriges und rechtswidriges Verhalten hat der Täter *unbedingt* zu vermeiden, und dazu ist er bei hinreichender Tatumstands- und Verbotskenntnis auch in der Lage. Deshalb muss ihm die Rechtsordnung – anders als beim Fahrlässigkeitsdelikt – kein erfolgsvermeidungstaugliches sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten aufzeigen; im Gegensatz zum Fahrlässigkeitstäter fehlt dem Vorsatztäter keine aktuell befolgbare Verhaltensalternative. Dieser strukturelle Unterschied zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt ist zugleich der Grund dafür – und ein weiteres Argument gegen die Berücksichtigung hypothetisch rechtfertigender Kausalverläufe –, dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim hier in Rede stehenden Vorsatzdelikt dogmatisch funktionslos ist, keine Existenzberechtigung hat,⁶⁷ und sich seine Übertragung auf die Ebene der Verhaltensrechtfertigung im Fall Jalloh verbietet.

Diese Erwägungen zeigen, dass mit der vom BGH im Fall Jalloh praktizierten Beachtlichkeit eines „gerechtfertigten Alternativverhaltens“ der (sowohl im Hinblick auf das Täterverhalten als auch auf den Erfolg) als rechtswidrig bewertete Kausalverlauf anlasslos durch einen zwar gerechtfertigten, aber lediglich gedachten irrealen Kausalverlauf ersetzt und damit unter der Hand in eine gerechtfertigte Freiheitsberaubung verwandelt wird. Zugleich tritt in besonderer Deutlichkeit eine der Schwächen der *condicio-sine-qua-non*-Formel zutage, nämlich dass anstelle des wahren Kausalverlaufs ein hypothetischer geprüft wird und über die Kausalität des wahren Verlaufs allenfalls mittelbar – nämlich im Wege eines Vergleichs des hypothetischen mit dem realen Verlauf – eine Aussage getroffen wird. Nur am Rande sei bemerkt, dass hier zudem die Beliebigkeit der Berücksichtigung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens offenbar wird: Warum es insofern gerade auf die hypothetische Wahrung des Richtervorbehaltes ankommen soll, sagt der BGH nicht – durch die schiere Freilassung des Jalloh und damit die Unterlassung der Aufrechterhaltung der Freiheitsberau-

⁶⁷ Vgl. jüngst Haas GA 2015, 86, 92 ff., 98 ff.; eingehend Hengstenberg Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2010, S. 306 ff.; Kindhäuser GA 1994, 197, 221 f.; Albrecht Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 299 ff., 302; Toepel Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 213 ff.; anders, nämlich für eine Übertragung der „Pflichtwidrigkeitszusammenhangs“ auf das vorsätzliche Erfolgsdelikt etwa Roxin Strafrecht AT Band 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 99; Erb Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgzzurechnung im Strafrecht, 1990, S. 262 ff.; offen Gaede Limitiert akzessorisches Strafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 23 m. Fn. 104 (entgegen dessen Ansicht es auf Risikoerhöhungserwägungen schon aus den Gründen des Textes mangels Fungibilität des „Pflichtwidrigkeitszusammenhangs“ nicht ankommen kann).

bung wäre der Erfolg (nicht als Bewertungssubstrat, sondern als Realereignis) ja ebenfalls vermieden worden. Begründen lässt sich dies entgegen der Annahme des *Senats* nicht damit, dass „bei der Prüfung der hypothetischen Kausalität kein ‚Vorrang‘ von sich auf die Freiheitsentziehung als solche beziehenden Handlungen gegenüber denjenigen, die (erst) deren Rechtswidrigkeit beseitigen“, besteht, wenn „alternative Handlungen in Betracht (kommen), die den Erfolgseintritt entweder durch die Beendigung der Freiheitsentziehung als solcher (...) oder aber durch das Herbeiführen ihrer Rechtmäßigkeit verhindert hätten“. Im Gegenteil offenbaren die Ausführungen des *Senats* das oben (II. 2. b)) aufgezeigte grundlegende Fehlverständnis von der Struktur der Rechtfertigung. Denn die Herbeiführung der Rechtmäßigkeit hätte weder den Erfolg noch die Erfüllung des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB entfallen lassen. Wenn man Hypothesenbildung und -berücksichtigung betreiben möchte, so ist für eine als Kausalität zu verstehende Ursächlichkeitsbeziehung als Anknüpfungspunkt allein das normwidrige Verhalten, nicht aber ein etwa (unterbliebenes) rechtfertigendes Verhalten relevant.

e) Wider die kompensationsgleiche Wirkung der Figur des Rechtfertigungszusammenhangs

Dass auf der Ebene der Rechtswidrigkeit keine Fragen der Erfolgsszurechnung mehr zu erörtern sind, weil diese Prüfungsstufe sich in einer bloßen Bewertung des Täterverhaltens erschöpft, lässt sich jedenfalls für das hier interessierende Vorsatzdelikt ferner an der als Fehlen des sog. subjektiven Rechtfertigungselements bekannten Konstellation ersehen. Dort wird überwiegend davon ausgegangen, dass bei *vollständiger* – und nur bei *vollständiger* – Verwirklichung der objektiven Rechtfertigungslage der objektive Erfolgswert als wesentlicher Baustein strafrechtlichen Unrechts fehlt.⁶⁸ Hinter der (erst) auf Rechtswidrigkeitsebene erfolgenden Verkürzung der tatbestandsmäßig-normwidrigen Vollendung steht der Gedanke, dass objektiv rechtfertigende Umstände dem Täter nur dann vollständig ad meritum – zum Verdienst und damit zur Unrechtsaufhebung – zugerechnet werden können, wenn der Täter von ihnen Kenntnis hat⁶⁹; eine Unrechtsaufhebung des Unrechts kann solchenfalls nur insoweit erfolgen, wie die kompensierende Wirkung des Subjektiven reicht. Bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements bleibt deshalb das Handlungsunrecht bestehen; es entfällt wegen der objektiv vorliegenden Rechtfertigungslage aber das Erfolgswert, weil der

Erfolgseintritt nicht rechtlich missbilligt wird und damit kein Unrecht darstellt.⁷⁰ Eine solche Kompensation des Erfolgswerts ist aber nur dann möglich, wenn die objektiven Unrechtsvoraussetzungen gegeben – und zwar vollständig gegeben – sind. Dieses Erfordernis *vollständiger* Verwirklichung der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen unterläuft die vom BGH nunmehr auf Rechtfertigungsebene praktizierte Zurechnungsdogmatik, indem sie Rechtfertigungsvoraussetzungen durch ihre hypothetische Existenz austauscht,⁷¹ weil der Erfolgswert der Tat auf der Rechtfertigungsebene nur (aber immer auch dann) entfällt, wenn die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen vorliegen; nur dann kann eine Kompensation des Erfolges eintreten, weil nur dann die Funktion der Rechtfertigungsebene – den Erfolgssachverhalt neu zu bewerten – aktiviert wird. Hingegen kann – hier tritt wieder die Bewertungsfunktion des Rechtswidrigkeitssurteils auf den Plan – eine Frage der Erfolgsszurechnung bei der Rechtfertigung keine Rolle spielen, weil – auf den Fall Jalloh bezogen – die rechtliche Konsequenz einer Einholung der richterlichen Gewahrsamsfortdaueranordnung nicht nur im Entfallen des Erfolgswerts bestanden hätte, sondern in der Rechtfertigung der Tat *insgesamt*, also in der Aufhebung der Erfolgs- und des Verhaltensunrechts.⁷² Von der Problematik des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements abgesehen, gilt auf der bewertenden Ebene der Rechtswidrigkeit also: „ganz oder gar nicht“.

Von einem Entfallen bzw. von einem Ausschluss der Zurechnung des Erfolgswerts ließe sich demgegenüber allenfalls sprechen, wenn man entweder die (hypothetische) richterliche Gewahrsamsanordnung als Erfolg ansehen wollte oder die Bewertung des Erfolges als rechtswidrig verursacht als Erfolg verstehen wollte⁷³. Keiner dieser beiden Wege ist indessen gangbar: Ersterer nicht, weil das allein maßgebliche Gesetz die Freiheitsberaubung bzw. deren Aufrechterhaltung als Erfolg bestimmt und deshalb eine Veränderung der Zurechnungsbezugspunkte mit Erfolgsszurechnung im Sinne der zu transponierenden Lehre von der objektiven Zurechnung nichts mehr zu tun hätte, sondern freie Rechtsschöpfung *contra legem* wäre; und Zweiterer nicht, weil die Bewertung eines Zustandes kein in Zurechnungsbeziehung zu einem Verhalten stehender Erfolg sein kann, da die Glieder der Zurechnung unterschiedlichen sprachlogischen Ebenen angehören würden (das Verhalten zur Objekt-, der Erfolg zur Metaebene) und die Bewertung eines Zu-

⁶⁸ Zur ganz überwiegend vertretenen Konsequenz, dass in direkter oder analoger Anwendung der §§ 22, 23 StGB wegen Versuchs zu bestrafen sein soll, vgl. BGHSt. 38, 144, 155; Günther in SK-StGB Vor § 32 Rn. 91; Jescheck/Weigend Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 31 IV. 2.; Schünemann GA 1985, 341, 373 f.; Frisch in Küpper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 113, 138 f.; Nachw. z. Streitstand bei Kühl Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 6 Rn. 14 ff. m. Fn. 1 ff.

⁶⁹ Nur insoweit es also um die Erfüllung der Merkmale von Erlaubnissätzen geht sind also auf der Bewertungsebene der Rechtswidrigkeit noch Fragen der (subjektiven) Zurechnung zu erörtern, weil es insofern noch um die Feststellung von Tatsachen geht; vgl. klärend Renzikowski Notstand und Notwehr, 1992, S. 150 f., 156 f.

⁷⁰ Vgl. näher Puppe FS Stree/Wessels, 1993, S. 183; Kühl Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 6 Rn. 11 f.

⁷¹ Vgl. – durchweg zur Rechtsfigur der „hypothetischen Einwilligung“ – Gaede Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 27 f.; Freund Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 44c; Schlehofer FS Puppe, 2011, S. 953, 962 f.; verfehlt daher Mitsch JZ 2005, 279, 284.

⁷² So auch – zur vergleichbaren Problematik bei der hypothetischen Einwilligung – Mitsch FS Achenbach, 2011, S. 299, 309 f.; Schlehofer FS Puppe, 2011, S. 953, 970; Albrecht Die „hypothetische“ Einwilligung im Strafrecht, 2010, S. 296.

⁷³ Für letzteren Ansatz am Beispiel der hypothetischen Einwilligung Rönnau JZ 2004, 801, 802 Rosenau Maiwald-FS, 2010, S. 683, 694; mit Recht abl. Haas GA 2015, 147, 153 ff. (nicht Ausschluss der objektiven Zurechnung „des Erfolgs in seiner Tatsächlichkeit“, sondern des „Erfolgswert(s) der Tat“.

standes nicht durch ein Verhalten verursacht werden kann. Näher läge es da schon, als zweites Glied der Zurechnung die gesamte Tat (das Verhalten einschließlich des Erfolges) anzusehen; aber damit wäre wiederum ein Gesamtunrechtsausschluss (oder mit Blick auf die Bewertungsfunktion besser: eine Gesamtunrechtsaufhebung) verbunden, den nicht akzeptieren kann, wem es um eine „objektive Zurechnung des Erfolges zur Handlung“⁷⁴ geht.

f) Sonstiges

aa) Keine Nivellierung des Richtervorbehalts durch Alternativverlaufshypothesen im Strafprozessrecht

So traditionsreich die Berücksichtigung alternativer Verlaufshypothesen durch die Rechtsprechung im Bereich prozeduraler Rechtfertigungsgründe ist,⁷⁵ so wenig kann sie nach alledem inhaltlich überzeugen. Im Strafprozessrecht, dem die Bildung von Verlaufshypothesen entstammt („hypothetical clean path“), ist die Problematik der Nivellierung von grundgesetzlich geschützten Verfahrensgarantien denn auch seit langem geläufig. Hier ist ungeachtet im Wesentlichen anerkannt, dass der Berücksichtigung von hypothetischen Alternativkausalverläufen dort eine Grenze zu ziehen und eine Absage zu erteilen ist, wo verfassungsmäßige Rechte des präventiven Rechtsschutzes unberücksichtigt geblieben und dadurch verletzt worden sind.⁷⁶ Um solchen präventiven Rechtsschutz, der auch durch spätere Verlaufshypothesen nicht ersetzt oder beeinflusst werden kann, ist es den strafprozessualen Richtervorhalten zu tun: Sie sollen vornehmlich bei auf Informationsüberlegenheit beruhendem überraschendem staatlichen Handeln der generell bestehenden und nie gänzlich auszuschließenden Gefahr vorbeugen, dass Grundrechtspositionen durch reaktiven und damit verspätet eingreifenden Schutz entwertet werden. Im Rahmen seiner Anordnungs-kompetenz wacht der Ermittlungsrichter gleichsam als Garant⁷⁷ über die verfahrensrechtliche Stellung des Betroffenen⁷⁸ und damit

zugleich darüber, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen rechtswidrigen Informationsvorsprung erhalten.⁷⁹ Für den aus Artt. 2 Abs. 2, 104 GG folgenden Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung bedeutet das, dass er rechtliche Wirkung nur – aber dann auch immer – dort zeitigt, wo er beachtet worden ist.⁸⁰ Im Rechtfertigungssinne wirkt die richterliche Anordnung somit aus verfassungsrechtlichen Gründen konstitutiv, ihre Einholung daher in Gänze rechtfertigend und führt dazu, dass die tatbestandsmäßig-normwidrige Freiheitsberaubung rechtmäßig ist; demgegenüber führt das Fehlen der richterlichen Anordnung dazu, dass die Freiheitsberaubung in ihrer Gänze als rechtswidrig zu bewerten ist und insbesondere nicht lediglich den Ausschluss des Erfolgsunrechts zur Konsequenz hat, und zwar wegen ihrer rechtfertigungskonstitutiven Wirkung ganz gleichgültig, ob eine richterliche Anordnung hätte erlangt werden können oder nicht.

bb) Verfehlt Parallelismus zum strafprozessualen hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriff

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass das dem Topos vom hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriff eigene Hypothesendenken, auf das in der Literatur im Kontext der Oury-Jalloh-Entscheidung vereinzelt Bezug genommen worden ist,⁸¹ schon deshalb nicht ins materielle Strafrecht hineingetragen werden kann, weil diese prozessuale Rechtsfigur zu der hier in Rede stehenden Problematik des „prozedural gerechtfertigten Alternativverhaltens“ inhaltlich nichts beizutragen vermag.⁸² Beide Problemkreise sind funktional völlig unterschiedlich gelagert: Jener ursprünglich dem angloamerikanischen Strafrechtskreis entstammenden Rechtsfigur ist es um eine Auflösung des Konflikts zwischen der strafprozessualen Zielvorgabe der Findung der materiellen Wahrheit einerseits und den prozessualen Schutzrechten des Beschuldigten sowie seinem Interesse an der Wahrung der Verfahrensförmlichkeiten andererseits zu tun. Selbst wenn man den Standpunkt teilt, dass – und sei es nur unter gewissen Umständen – letztere Beschuldigteninteressen zurücktreten müssen, wenn das bemakelte Beweismittel auch ohne die verfahrensfehlerhafte Vorgehensweise der Strafverfolgungsbehörden erlangt worden wäre⁸³, fehlt es an jedem dogmatischen Berührungspunkt

⁷⁴ So Kuhlen FS Müller-Dietz, S. 431, 441.

⁷⁵ Vgl. RGSt 13, 426, 430 f.; LG Hamburg Beschluss vom 20. April 1988 – (38) Qs 3/88 – Leitsatz 4 (juris) = RsDE Nr. 5, 87-91 (1989); vgl. auch BGHSt 13, 197, 199, 202 (wo die Freiheitsberaubung nicht durch einen Hoheitsträger begangen wurde, aber durch eine vormundschaftsrichterliche Anordnung möglicherweise hätte gerechtfertigt sein können; der BGH hingegen verneinte unter Berufung auf fehlende Grundrechtsdrittwirkung zu Unrecht die Widerrechtlichkeit der Freiheitsberaubung, weil diese nicht durch einen Hoheitsträger erfolgte, sondern innerfamiliär); ferner BGH bei Holtz, MDR 1978, 624 (wo allerdings die Widerrechtlichkeit in Abrede gestellt wurde und es auf Zurechnungserwägungen nicht ankam).

⁷⁶ BGHSt 31, 304, 306, 309; Rogall in SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 136a Rn 98, 121; ders. NStZ 1988, 385, 391; Rudolphi in SK-StPO Vor § 94 Rn. 74 ff.; Jäger Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, 233 ff.

⁷⁷ Vgl. auch Richter II StV 1985, 382, 387; Sandermann Waffengleichheit im Strafprozess, 1975, S. 142, nach denen es um eine Einschränkung der staatsanwaltlichen Eingriffsbefugnisse durch Beteiligung des Ermittlungsrichters als einer neutralen Person geht.

⁷⁸ Ganz ähnlich Brüning Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 126 ff.; Müssig GA 1999, 119, 134.

⁷⁹ Amelung/Mittag NStZ 2005, 614, 616; Brüning HRRS 2007, 250, 253.

⁸⁰ Gegen die Anwendung des hypothetical-clean-path-Gedankens bei Verletzung des Richtervorbehalts etwa BGHSt. 51, 285, 296 = HRRS 2007 Nr. 463 Rn. 42; BGH NStZ 1983, 466; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238, 239; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2151; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; AG Braunschweig StV 2001, 393 f.; AG Berlin-Tiergarten StraFo 2007, 73 f.; AG Bremen NStZ 2012, 287, 288; Rogall NStZ 1988, 385, 391; Fezer StV 1989, 290, 294; Beulke ZStW 103 (1991), 657, 672 ff.; Krekeler NStZ 1993, 263, 264; Müssig GA 1999, 119, 134; Ransiek StV 2002, 565, 566; ders. JR 2007, 436, 437; Hüls ZIS 2009, 160, 163, 165; Brüning HRRS 2007, 250, 252 f.; Roxin NStZ 1989, 376, 379; ders. NStZ 2007, 616, 617.

⁸¹ Vgl. – mit freilich krit. Tendenz – Jäger JA 2015, 72, 74.

⁸² Unklar insoweit Jäger JA 2015, 72, 74 der zwar die Parallelität im Hypothesendenken benennt, sich aber mit den unterschiedlichen Funktionen nicht auseinandersetzt.

⁸³ Etwa BGH NStZ 1989, 375, 376 m. abl. Anm. Roxin (a.a.O., 378).

dieses allein und erst die Beweisstation betreffenden Aspekts mit der hier in Rede stehenden rein materiell-rechtlichen, der Beweisebene logisch vorgelagerten Frage nach der Beachtlichkeit eines hypothetisch gerechtfertigten Alternativverhaltens. Zudem würden sich beide Hypothesen, erklärte man sie denn für beachtlich, in unterschiedliche Richtungen auswirken. Im ersteren Fall des hypothetical clean path geht es um die Berücksichtigung einer *täterbelastenden* Verfahrenshypothese in Bezug auf einen in der rechtlichen Bewertung eindeutigen Sachverhalt, bei dem schon klar ist, welche Tatsachen bewiesen werden müssen und nur die Frage nach der Beweiswertbarkeit im Streit ist, bei Letzterem dagegen um die Rechtsfrage nach einer *täterentlastenden* Berücksichtigung einer Alternativverlaufshypothese auf der rechtlichen Bewertungsebene.

4. Zwischenergebnis

Fassen wir den Ertrag der bisherigen Untersuchung zusammen: Nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung kann dem BGH in der Annahme gefolgt werden, dass sich das Verhalten des Angeklagten als freiheitsberaubendes Unterlassen darstellt. Indem der Angeklagte den Jalloh nicht freiließ, hat er dessen fortdauernde Freiheitsberaubung und damit den (Dauer-)Erfolg des § 239 Abs. 2 StGB verursacht. Entgegen der Annahme des *Senats* ist es ohne jede rechtliche Bedeutung, dass der Angeklagte bei Einholung einer richterlichen Anordnung über die Gewahrsamsfortdauer die Freiheitsberaubung gerechtfertigt durchgeführt hätte; insoweit stellt sich die Entscheidung des BGH als rechtsfehlerhaft dar. Richtigerweise hätte der BGH zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass der Angeklagte das Grunddelikt (§ 239 Abs. 1 StGB) der Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 StGB) verwirklicht hat.

IV. Zur Bildung und Prüfung der Alternativhypothese durch den *Senat*

Nicht nur gegen die Zulassung einer hypothetisch rechtfertigenden Verlaufsalternative sind Einwände zu erheben, sondern auch gegen ihre Prüfung durch den *Senat*. Selbst wenn man entgegen den obigen Darlegungen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit im Allgemeinen und im Zusammenhang mit der Missachtung des mit Verfassungsrang versehenen Richtervorbehalts im Besonderen die Berücksichtigung alternativer Verlaufsvarianten für methodisch akzeptabel hält, kann die unklare *Art und Weise*, wie der BGH den hypothetisch rechtfertigenden und damit die Zurechnung des Unrechtserfolgs (vermeintlich) hindernden Alternativsachverhalt bestimmt hat, nicht überzeugen.

1. Die Bestimmung des „gerechtfertigten Alternativverhalten“: Irreal-kontrafaktische oder normative Gewahrsamsentscheidung des zuständigen Richters?

Der *Senat* hat als rechtfertigendes Alternativverhalten auf die Information des für die Entscheidung über die Ge-

wahrsamsfortdauer zuständigen Richters abgestellt, die hypothetische Entscheidung des zuständigen Richters überprüft und dabei den Zweifelssatz für anwendbar befunden: Es entfalle die

„Kausalität, wenn diese Handlung vorgenommen worden wäre und der Richter den Gewahrsam jedenfalls bis einschließlich zum Zeitpunkt des Todes von J mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte“.

Sieht man einmal mehr davon ab, dass es für den Ausschluss des Zurechnungszusammenhangs („Kausalität“ mit den Worten des *Senats*) zwischen Rechtswidrigkeit und Erfolg („Rechtfertigungszusammenhang“) nach den selbstgesetzten Prämissen des *Senats* nicht auf eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ankommen kann, sondern schon die bloße, nicht nur gedankliche Möglichkeit zurechnungsausschließend wirken müsste (vgl. schon oben III. 2.), so lässt sich den Ausführungen des *Senats* an dieser Stelle entnehmen, dass einen Zurechnungsausschluss offenbar eine kontrafaktische Entscheidung eines mit der Sache nie befassten Amtrichters (vgl. § 38 Abs. 2 S. 1 LSA-SOG) herbeiführen soll. Damit käme es nicht auf die im Grundsatz strikt normative (und damit gerade nicht irreal-kontrafaktische) Frage an, wie der zuständige Richter *rechtmäßiger Weise* hätten entscheiden *müssen*. Wesentlich unklarer ist demgegenüber die Formulierung des *Senats*, es bestünden keine

„tragfähige(n) Anhaltspunkte dafür, dass nach einer solchen richterlichen Entscheidung (zumindest) die Fixierung hätte beendet werden müssen oder beendet worden wäre“.

Ginge es dem *Senat* um die Unterstellung und Prüfung eines irreal-hypothetischen Alternativverlaufs nach Befassung des zuständigen Richters, so hätte er allein darauf abstellen dürfen, ob die Fixierung beendet worden wäre; ob sie hätte beendet werden *müssen*, hätte als rein normatives Kriterium bei der Prüfung einer alternativen Verlaufsvarianten, die von vornherein auf die Untersuchung eines irrealen Sachverhalts angelegt ist, außer Betracht zu bleiben. Warum der *Senat* nun aber zwei unterschiedliche Szenarien nebeneinander nennt („beendet werden müssen oder beendet worden wäre), die aufeinander nicht zu vereinbarende Methoden der Alternativverlaufsbildung beruhen (strikt normativ bzw. irreal-kontrafaktisch), bleibt sein Geheimnis.

a) *Vorzugswürdigkeit der Berücksichtigung einer normativ rechtmäßigen Gewahrsamsentscheidung*

Der irreal-kontrafaktische Ausgangspunkt des BGH im Fall Jalloh entspricht der in der Rechtsprechung des BGH des Öfteren⁸⁴ angewandten Methode der Feststellung, wann ein Unterlassen für ein Ereignis kausal ist, wenn Inhalt der gebotenen und realiter unterlassenen Tätigkeit die Einschaltung eines Dritten (in casu des zuständigen Richters) gewesen wäre; an ihr hat der BGH ungeachtet der an ihr geübten Kritik bis dato und auch im Fall Jalloh jedenfalls dem äußeren Anschein und dem Lippenbekenntnis nach festgehalten. Dabei sind die Schwachpunk-

⁸⁴ BGHSt 52, 159 = HRRS 2008 Nr. 429 Rn. 13 f.; BGH NStZ 2011, 31 = HRRS 2010 Nr. 200 Rn. 68 ff.; anders (normative Bestimmung des hypothetischen Drittverhaltens) BGHSt 48, 77.

te dieser Methode bekannt: Auf ein hypothetisches Verhalten eines Dritten abzustellen bedeutet dem Täter den Einwand einzuräumen, ein anderer hätte sich (möglichweise) fehlerhaft verhalten, was mit dem Grundsatz nicht zu vereinbaren ist, dass man sich auf eine – zumal hypothetische – fremde Pflichtverletzung nicht berufen kann.⁸⁵ Noch grundsätzlicher ist gegen die Prüfung der Frage, welche (Ermessens-)Entscheidung der mit der Sache befasste Amtsrichter getroffen hätte, einzuwenden, dass diesbezüglich *stricto sensu* von einem Kausalverlauf nicht die Rede sein kann, weil für die Fassung menschlicher Entschlüsse keine subsumtionsfähigen Kausalgesetze im „Wenn-dann-Schema“ zur Verfügung stehen und sich menschliches Verhalten in einer die Willens- und Entscheidungsfreiheit postulierenden Rechtsordnung nicht verursachen lässt.⁸⁶ Wollte man es – gestützt etwa auf eine allein maßgebliche *ex-ante*-Perspektive⁸⁷ oder alltägliches Erfahren und Empfinden des betroffenen Dritten⁸⁸ – anders sehen und deshalb eine Verursachung der (hypothetischen) Entscheidung des Amtsrichters durch eine (hypothetische) Befassung seitens der Polizei prüfen, so müsste man davon ausgehen, dass die Entscheidung des Amtsrichters als kausierte die einzig mögliche war und mit Notwendigkeit erfolgte.⁸⁹ Dies ist ein inakzeptabler Standpunkt, da sich die Annahme einer definitionsgemäß bindenden Kausierung mit dem Postulat der menschlichen Entscheidungsfreiheit und auf den Fall bezogen mit der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) der Entscheidungsfindung zumal bei einer Ermessensentscheidung – nicht vereinbaren lässt.

Für die Fälle der sog. psychischen Motivationskausalität verdient deshalb zu Recht der Vorschlag den Vorzug, als Alternativverlaufshypothese das dem Dritten normativ gebotene Verhalten zugrunde zu legen, um dem Täter den entlastenden und realiter kaum je völlig auszuschließenden Verweis auf ein nicht einmal stattgefundenes Fehlverhalten des Dritten zu nehmen.⁹⁰ Letztlich ist auf diese Weise – freilich ohne es zu sagen – der Sache nach auch der BGH im Urteil zum Fall Jalloh vorgegangen, indem

der Senat es für sich in Anspruch genommen hat, in der Alternativverlaufshypothese

„eine Recht und Gesetz entsprechende Entscheidung des Richters zugrunde zu legen“ und nur dem Richter gegebene Beurteilungsspielräume in *dubio pro reo* „zugunsten des Angeklagten auszuschöpfen.“⁹¹

Für diese Vorgehensweise spricht – neben den genannten durchgreifenden Mängeln der Gegenposition und der den vorliegenden Fall kennzeichnenden Besonderheit, dass explizite rechtliche Regeln für die Bestimmung des dem Dritten (Amtsrichter) rechtlich gebotenen Verhaltens vorliegen – insbesondere die erkenntnistheoretisch-forensische Einsicht, dass eine irrealer Hypothese schon aus Gründen der beschränkten menschlichen Erkenntnisfähigkeit nicht feststellungsfähig und damit weder verifizierbar noch falsifizierbar ist. Wie sich der für die Entscheidung zuständige Amtsrichter bei entsprechender korrekter Information durch den Angeklagten verhalten und ob er die Gewahrsamsfortdauer angeordnet hätte, kann im Nachhinein nicht einmal der Amtsrichter selbst beantworten, sondern allenfalls mutmaßen; es handelt sich um eine prinzipiell unbeantwortbare und damit forensisch unentscheidbare Frage, die mangels einer Tatsachenbasis auch nicht dem Beweise zugänglich ist. Da es zu ihr keine feststellungsfähigen Tatsachen gibt, kann es zu ihr auch weder Zweifel noch Überzeugung, sondern allenfalls Spekulation geben; die beiden vor dem Hintergrund des § 261 StPO allein bedeutsamen Begriffe des Zweifels und der Überzeugung setzen voraus, dass es für sie eine in einem realen Sachverhalt liegende Tatsachenbasis gibt, auf die sie sich beziehen können. Die auf einen irreal-kontrafaktischen Sachverhalt abzielende Frage, welche Entscheidung der Amtsrichter zur Gewahrsamsfortdauer getroffen hätte, ist im Nachhinein unentscheidbar und deshalb forensisch unbrauchbar.

b) *Methodische Unzulänglichkeiten in der Prüfung der Alternativverkaufshypothese durch den BGH*

Von der Prüfung eines irrealen Alternativkausalverlaufs unterscheidet sich die Unterstellung einer einem Dritten normativ gebotene Handlung in kategorialer Hinsicht grundlegend. Welche Handlung dem zuständigen Richter geboten gewesen wäre, ist nicht Gegenstand der „Feststellung“ von (irrealen) Tatsachen, sondern stellt einen Subsumtionsvorgang dar, der als Antwort auf eine Rechtsfrage nicht zweifelsbefangen sein kann, sondern vom Richter zu beantworten ist. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass auch der BGH gespürt hat, über welch dünnes Eis er mit seinem argumentativen Ausgangspunkt geschlittert ist, ein bloße irrealer Hypothese gebliebener Kausalverlauf sei feststellungsfähig und könne zurechnungsausschließend wirken. Im weiteren Verlauf hat der Senat nämlich als Alternativverlaufshypothese zunächst das dem Dritten normativ gebotene Verhalten zugrunde gelegt und geprüft, wie der zuständige Amtsrichter hätte entscheiden müssen (und nicht, wie er entschieden hätte). Mit der Äußerung, es sei

⁸⁵ Zu diesem Standardargument etwa Puppe *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 33 f.; Jakobs *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 7/24; implizit hat auch der BGH in der Politbüroentscheidung BGHSt 48, 77 das in die alternative Verlaufshypothese einzubeziehende Verhalten normativ bestimmt.

⁸⁶ Vgl. gegen die Verursachungsfähigkeit menschlichen Verhaltens – in unterschiedlichen Zusammenhängen – etwa Renzikowski FS Puppe, 2011, S. 201 ff.; Kahrs *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio sine qua non*-Formel im Strafrecht*, 1968, S. 23 f.; Jäger FS Maiwald, 2010, S. 345, 351 f.; Puppe ZStW 95 (1983), 287, 294. S. zum Problem auch Koriath *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, 508 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu etwa Schales *Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe*, 2014, 46 ff. m.w.N.

⁸⁸ S. etwa Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 30; Bosch Puppe-FS, 2011, S. 373, 382; Schulz FS Lackner, 1987, 39, 45; Verursachungsfähigkeit menschlicher Entschlüsse behandelnd auch Engisch *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, S. 28; ders. FS v. Weber, 1963, S. 247, 269.

⁸⁹ Zur Zwangsläufigkeit des Aufeinanderfolgens von Kausalfaktoren vgl. Puppe ZStW 92 (1980), 863, 866; dies. ZStW 95 (1983), 287, 293 ff.

⁹⁰ Vgl. etwa Puppe JR 1992, 31; so auch noch Bosch JA 2008, 739.

⁹¹ BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 82.

„davon auszugehen, dass der zuständige Richter den Schutzge-
wahrnsam des J gem. § 37 I Nr. 1 LSASOG auch über 12 Uhr
hinaus angeordnet hätte“,

hat der *Senat* zwar einleitend scheinbar auf einen irrealen Sachverhalt abgestellt, wenige Randnummern später jedoch überraschenderweise – und wenig glücklich formulierend – die Aussage nachgeschoben, er sei „– jedenfalls auf Grund der Besonderheiten des Falls – befugt, die Prüfung der ‘Quasi-Kausalität’ selbst vorzunehmen.“ Die „normative Beurteilung der Kausalität des Unterlassens“ beziehe sich „nicht darauf, ob die Gefahr tatsächlich vorlag und der Gewährsam zu ihrer Abwendung unerlässlich war“, sondern beschränke sich „im Wesentlichen auf die Prüfung, welche Entscheidung ein rechtmäßig handelnder Richter hierzu getroffen hätte.“ Dass es nun entgegen der naturalistisch geprägten Ausgangsthese des *Senats*, es gebe einen feststellungsfähigen hypothetischen Alternativsachverhalt, plötzlich nicht mehr darauf ankommen soll, wie der zuständige Richter – ggf. auch fehlerhaft – tatsächlich entschieden hätte, sondern darauf, wie dessen Entscheidung rechtmäßigerweise lauten musste, ist zwar richtig, aber auch mit der Begründung des *Senats* nicht plausibel zu erklären. In dieser heißt es, ihm – dem *Senat* – wie auch dem Schwurgericht habe „angesichts der (...) im (...) angefochtenen Urteil auch umfassend mitgeteilten Feststellungen eine ausreichende und tragfähige Grundlage zur Verfügung“ gestanden. Die revisionsrechtlich relevante Belastbarkeit der Feststellungen für eine eigene Sachentscheidung hat aber mit der Substituierbarkeit eines hypothetisch-irrealen Alternativverlaufs durch eine rein normativ geprägte Verlaufshypothese (rechtmäßige Entscheidung des zuständigen Richters) wenig zu tun; genau genommen setzt eine eigene Sachentscheidungsmöglichkeit auf der Basis zureichender Feststellungen voraus, dass die Strafgerichte befugt sind, die Entscheidung des zuständigen Richters durch eine normative Erwägung im Nachhinein zu ersetzen bzw. nachzuvollziehen (was, um es nochmals zu bemerken, die Methode des *BGH* und des Schwurgerichts in verdächtige Nähe einer im Bereich der Artt. 2 Abs. 2, 104 GG, §§ 37, 38 LSA-SOG nicht statthaften nachträglichen Gewahrsamgenehmigung rückt). Dass der *Senat* eine eigene Sachentscheidung treffen kann, setzt aber nach der Revisionskonzeption der StPO (zumindest und von weiteren Bedenken gegen das Bestehen einer hinreichenden Erkenntnisgrundlage abgesehen) voraus, dass dies dem *Landgericht* ebenfalls möglich war. Gerade ob und ggf. warum dem *Landgericht* diese Möglichkeit offenstand, bedarf jedoch der Klärung, weshalb die Begründung des *BGH* in zirkulärer Weise das Thema probandum voraussetzt.

Mit diesem Befund soll – wenn man argumenti causa die Einbeziehbarkeit rechtfertigender Umstände in die Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs einmal akzeptiert (dagegen oben III. 3.) – nicht die Vorgehensweise des *Senats* als solche kritisiert werden, sondern allein die methodische Verwirrung, mit der die Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufs durch den *Senat* behaftet ist. Wäre der *BGH* im Urteil zum Fall Oury Jalloh dagegen bei seiner Ausgangsthese von der Feststellungsfähigkeit eines hypothetisch-irrealen Alternativkausalverlaufs geblieben, so hätte er gemäß § 354 Abs. 2 StPO das Urteil des Landgerichts aufheben und die Sache zurückver-

weisen müssen; denn die Tatfrage, wie der Amtsrichter entschieden hätte, lässt sich der Begründung des *BGH* nicht entnehmen, sondern nur Aussagen zu der Rechtsfrage, wie er hätte entscheiden müssen. Einen Grund dafür, dass der *Senat* – unter Abweichung von den meisten Vorläuferentscheidungen zur über Drittentscheidungen verlaufenden Alternativhypothesen – mit der dem Amtsrichter (vermeintlich) gebotenen Anordnung der Gewahrsamsfortdauer eine rein normativ geprägte alternative Verlaufshypothese unterstellt hat, ist nicht zu ersehen; sachlich bietet es sich aber bei Alternativkausalverläufen, die – wie vorliegend die amtsrichterliche Entscheidung durch die Anforderungen des § 37 LSA-SOG – durch rechtliche Regeln vorgeben sind, an, auf diese rechtlichen Regeln zu rekurrieren. Wie der Amtsrichter entschieden hätte, wäre er mit der Gewahrsamsfortdauer befasst worden, ist nicht nur prinzipiell unbeantwortbar, sondern völlig offen und im Nachhinein rein spekulativ. Dass es demgegenüber allein auf die dem Amtsrichter gebotene Entscheidung ankommen kann, erhellt schließlich auch daraus, dass der Anlass für die Hypothesenerwägungen des *BGH* gerade darin bestand, dass der *Senat* die Gewahrsamsvoraussetzungen im vorliegenden Fall für gleichsam „materiell“ erfüllt erachtete. Wollte man hingegen unter völliger Lösung von den „materiellen“ Gewahrsamsvoraussetzungen des § 37 LSA-SOG allein darauf abstellen, wie der mit der Gewahrsamsentscheidung befasste Richter – ggf. auch rechtsfehlerhaft – entschieden hätte, so würde von vornherein der Anknüpfungspunkt für die vom *Senat* vorgenommenen hypothetischen Erwägungen fehlen.

c) Die Bedeutung des richterlichen Ermessens

Obwohl die Methode der konkrete Hypothesenbildung für sich genommen insoweit zu begrüßen ist, als der *BGH* sich zur Prüfung einer normativ gebildeten Alternativverlaufshypothese verstanden hat, so ist doch die rechtliche Besonderheit zu bedenken, dass die als tragfähige Ermächtigungsgrundlage angesehene Vorschrift des § 38 LSA-SOG, in der die richterliche Entscheidung über die Gewahrsamsfortdauer geregelt ist, den Amtsrichter auf Rechtsfolgenseite nicht lediglich auf eine bloße Kontrolle der Ermessensausübung durch die Polizei beschränkt, sondern ihn wegen der grundgesetzlichen Absicherung durch die Artt. 2 Abs. 2, 104 GG zu einer eigenen originären Entscheidung mit eigener Ermessensausübungskompetenz verpflichtet.⁹² Damit steht dem Richter bei der Entscheidung über die Gewahrsamsfortdauer gleichsam dasjenige Ermessen zu, das die Polizei bei der Begründung des Gewahrsams auszuüben hat. Da es in der Natur des Ermessens liegt, dass seine Ausübung gerade nicht strikt normativ durch die Anwendung rechtlicher Regeln determiniert ist, kam der *Senat* nicht umhin, bei der Bestimmung der hypothetischen Verlaufsalternative entgegen normativen Ansatz nun doch die auf Feststellung eines unreal-fiktiven Sachverhalts abzielende Frage einzubeziehen, wie der zuständige Amtsrichter sein Ermessen ausgeübt hätte. Auf die Feststellung dieses kontrafaktischen Sachverhalts soll dann der Zweifelssatz

⁹² VGH Mannheim NVwZ-RR 2012, 346; die Bindungsfreiheit gegenüber der polizeilichen Anfrage betonen Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), 713, 726 unter Verweis auf Radtke in BeckOK-GG, 28. Aufl. 2015, Art. 104 Rn. 12.

Anwendung finden: Nur dem Richter gegebene Beurteilungsspielräume seien in dubio pro reo „zugunsten des Angeklagten auszuschöpfen.“⁹³ Aber da für die Ermessensausübung der Amtsrichter gesetzlich ausschließlich zuständig war (Art. 2 Abs. 2, 104, 101 Abs. 1 S. 2 GG, § 38 Abs. 2 S. 1 LSA-SOG) und nicht der BGH, stellt die Annahme des *Senats*, der Amtsrichter hätte die Gewahrsamsfortdauer angeordnet, in doppelter Hinsicht eine revisionsrichterliche Anmaßung dar: Indem der BGH nun – das liegt in der Natur seiner auf das gerechtfertigte Alternativverhalten abstellenden Methode – die Entscheidung des Amtsrichters sozusagen nachholt, setzt er – erstens – notwendig seine eigene Ermessensausübung an die Stelle desjenigen Amtsrichters, der ursprünglich dazu berufen war. Zweitens geht es bei der Etablierung der Rechtsregel, es seien „Beurteilungsspielräume (...) in dubio pro reo zugunsten des Angeklagten auszuschöpfen“, jedenfalls dann nicht mehr um die Feststellung eines kontrafaktischen Sachverhalts, sondern um Rechtsanwendung, wenn sie von einem Revisionsgericht vorgenommen wird. Auch anhand dieser Übergehung des den Geschädigten schützenden amtsrichterlichen Ermessens kann man sehen, dass die Berücksichtigung eines rechtfertigenden Alternativverhalten aus der land- und revisionsgerichtlichen Retrospektive in die Nähe einer sub specie Art. 2 Abs. 2, 104 II GG gerade nicht statthaften nachträglichen Genehmigung gerät.

2. Fehlerhaftigkeit der unterstellten Verlaufshypothese: Unterstellung eines rechtswidrigen Alternativverhaltens durch den Senat

Zu diesen grundsätzlichen, die Bestimmung des hypothetisch rechtfertigenden Alternativkausalverlaufs betreffenden Erwägungen kommt im Fall Jalloh hinzu, dass die Begründung des *Senats* sich nur zu der Möglichkeit der Einholung einer amtsrichterlichen Gewahrsamsanordnung verhält, jedoch den Umstand nicht berücksichtigt hat, dass der Geschädigte im weiteren Verlauf realiter entgegen den Vorgaben der seinerzeit geltenden Polizeigewahrsamsanordnung nicht ständig optisch überwacht wurde. An anderer Stelle, nämlich bei der Begründung einer für § 222 StGB erforderlichen Sorgfaltspflichtverletzung, hat der *Senat* das Erfordernis einer ständigen optischen Überwachung an sich klar erkannt (jedoch bedauerlicherweise daraus für die Erfolgzurechnung nach § 239 Abs. 1 StGB nicht die Konsequenzen gezogen), indem er formuliert hat:

„Die Pflichten eines im Jahr 2005 in De. für den Gewahrsamsvollzug verantwortlichen Polizeibeamten ergeben sich insbesondere aus der Polizeigewahrsamsordnung (in der damals geltenden Fassung v. 27.3.1995, LSAMBL. Nr. 34/1995, 1211; im Folgenden LSAPGO). Diese forderte schon in Nr. 3.1 S. 2, dass der Gewahrsamsvollzug so auszugestalten ist, dass „die Gefahr gesundheitlicher Schäden“ für die verwahrte Person vermieden wird. Hierzu regelte Nr. 5.2 S. 5 und 6 LSAPGO, dass für die Unterbringungszeit ausreichend Personal – insbesondere für den Gewahrsamsdienst (dazu Nr. 7 LSAPGO) – zur Verfügung stehen muss oder – soweit diese Voraussetzung nicht erfüllt ist – die Unterbringung im Wege der Amtshilfe in einer Justizvoll-

zugsanstalt zu erfolgen hat. Zudem bestimmte Nr. 31.3 LSAPGO, dass betrunkene Personen im Abstand von höchstens 30 Minuten zu kontrollieren sind, soweit seitens des untersuchenden Arztes keine besonderen Hinweise ergangen sind. Daran gemessen begegnet es keinen Bedenken, dass das SchwurGer. bei der gebotenen objektiven Betrachtung ex ante einen Sorgfaltsverstoß des Angekl. bejaht hat, weil er nicht für eine ständige auch optische Überwachung des J gesorgt hat. Denn der Angekl. war – wie er wusste – trotz der Einschaltung eines Arztes zur Prüfung der Gewahrsamsfähigkeit des J gem. Nr. 2.1 S. 4 LSAPGO selbst für den ordnungsgemäßen Vollzug der Polizeigewahrsamsordnung verantwortlich. Ihm oblag es daher auch, durch geeignete Maßnahmen der Gefahr eines gesundheitlichen Schadens für J entgegenzuwirken. Eine solche – erforderliche und geeignete – Maßnahme hat das SchwurGer. rechtsfehlerfrei in der ständigen optischen Überwachung des J gesehen. Denn dieser war nicht nur stark alkoholisiert, so dass schon nach Nr. 31.3 LSAPGO eine Kontrolle in „höchstens“ halbstündlichem Abstand zu erfolgen hatte. Vielmehr war er – wie der Angekl. wusste – an allen Gliedmaßen fixiert und daher allenfalls eingeschränkt in der Lage, den auf Grund seines (alkoholisierten) Zustands bestehenden Gesundheitsgefahren zu begegnen. Hinzu kam, dass dem Angekl. auch das zuvor von J gezeigte aggressive, insbesondere sein selbstverletzendes Verhalten bekannt war (unter anderem mit Stößen des Kopfes in Richtung Wand und Tisch, wobei er erst durch das Eingreifen eines Polizeibeamten von „erheblichen Selbstverletzungen“ abgehalten werden konnte). Vor diesem Hintergrund ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das SchwurGer. – auch angesichts der Erfahrungen des Angekl. im „Fall Bi“ – das Unterlassen der Anordnung einer ständigen optischen Überwachung des J durch den Angekl. als eine den Fahrlässigkeitsvorwurf gegen diesen begründende Pflichtverletzung gewertet hat.“

Dass der Geschädigte Jalloh nicht, wie es die Polizeigewahrsamsanordnung verlangte, optisch überwacht wurde, begründet nicht nur, wie der *Senat* zutreffend erkannt hat, als sorgfaltswidriges Verhalten den Vorwurf der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB), sondern stellt – neben der Nichteinholung der gemäß § 38 LSA-SOG erforderlichen richterlichen Gewahrsamsentscheidung, aus der sich das Fehlen der Rechtfertigung ergibt – auch einen zusätzlichen Fehler bei der Durchführung des Gewahrsams dar.⁹⁴ Diesen letzteren Verstoß hat der *Senat* nicht „hinweghypothetisiert“, weil er ihn in den von ihm präsentierten hypothetischen, vermeintlich rechtfertigenden Alternativkausalverlauf nicht einbezogen hat. Damit hat der BGH seiner Alternativverlaufshypothese ein mangels ständiger optischer Überwachung nicht fehlerfrei Alternativverhalten zugrundegelegt. Selbst wenn man dem *Senat* in seiner höchst zweifelhaften Ausgangsthese folgen möchte, dass ein hypothetisches gerechtfertigtes Alternativverhalten die Zurechnung des Erfolgs hindern kann (dagegen oben III. 3.), sind somit die Voraussetzungen dieser Methode mit der konkret als Hypothese unterstellten und geprüften bloßen Verständigung des Amtsrichters und der Aufrechterhaltung des Gewahrsams nach dessen bejahender Entscheidung nicht erfüllt und ist der Ausschluss der Erfolgzurechnung (als nicht rechtswidrig verursacht) nicht tragfähig begründet.

Gegen diesen Befund lässt sich nicht mit *Zimmermann* und *Linder* einwenden, dass nicht jeder Gesetzesverstoß bei der Durchführung die Rechtfertigung des Gewahrsams entfallen lässt,⁹⁵ sondern es darauf ankommt, ob

⁹³ BGH HRRS 2014 Nr. 1026 Rn. 82.

⁹⁴ *Rostalski* JR 2015, 306, 311 f.

⁹⁵ So aber *Zimmermann/Linder* ZStW (2016), 713, 723 f.

der Verstoß für Beurteilung der Maßnahme prägend ist.⁹⁶ Auch wenn man dafür hält, dass der Überwachungsverstoß die Gewahrsamsaufrechterhaltung nicht prägt, weil er dem Schutz nicht der von § 239 Abs. 1 StGB allein erfassten Fortbewegungsfreiheit dient, sondern mit Leben und körperlicher Unversehrtheit anderen Rechtsgütern,⁹⁷ so bedeutet das nicht, dass in der nach Ansicht des BGH zu bildenden Alternativverlaufshypothese eine Maßnahme (optische Überwachung) unberücksichtigt bleiben kann, die bei ordnungsgemäßer Gewahrsamsdurchführung hätte vorgenommen werden müssen und für die Ordnungsgemäßheit des Gewahrsams von Bedeutung sind, mögen sie auch – nach welchen Maßstäben auch immer – keinen prägenden Charakter haben. Insbesondere verfängt nicht der Verweis auf den andersgearteten Rechtsgüterschutzzweck der Pflicht zu ständiger optischer Überwachung, der – so Zimmermann und Linder – bei Verletzung der Pflicht zu einer Strafbarkeit aus § 222 StGB, nicht aber zum Entfallen der Rechtfertigung nach § 239 Abs. 1 StGB führe.⁹⁸ Mit dieser Argumentation wird übersehen, dass es nicht um die Rechtfertigung der real stattgefundenen Gewahrsamsfortdauer geht – diese war voraussetzungsgemäß nicht gerechtfertigt und damit rechtswidrig, andernfalls sich die Frage nach dem Rechtfertigungszusammenhang gar nicht stellen würde –, sondern vielmehr darum, wie eine nach Ansicht des BGH die Erfolgsszurechnung ausschließende Alternativverlaufshypothese beschaffen sein muss. Zu der Parallelfigur zum hier in Rede stehenden „Rechtfertigungszusammenhang“, nämlich dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, ist demgemäß auch im Wesentlichen anerkannt – mag es auch von der Rechtsprechung nicht immer konsequent durchgehalten werden –, dass nur ein einwandfrei sorgfaltsgemäßes und rechtmäßiges Alternativverhalten als Prüfungsmaßstab herangezogen werden darf und rechtswidrige und sorgfaltswidrige Alternativverhaltensweisen außer Betracht zu bleiben haben, gleichgültig, aus welchen Gesichtspunkt sich ihre Sorgfalts- bzw. Rechtswidrigkeit ergibt.⁹⁹

⁹⁶ Vgl. Schluckebier in LK-StGB, 12. Aufl. 2014, § 239 Rn. 25.

⁹⁷ Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), 713, 723 f.

⁹⁸ Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), 713, 724.

⁹⁹ Paradebeispiel ist die an den Grad der Trunkenheit geschwindigkeitsangepasste Trunkenheitsfahrt im Straßenverkehr, die entgegen der Rechtsprechung (BGHSt 24, 31, 34 f. = NJW 1971, 388 m. abl. Anm. Möhl JR 1971, 249; Knauber NJW 1971, 627; Lehmann NJW 1971, 1142; BGH NStZ 2013, 231 = HRRS 2013 Nr. 217 Rn. 9; OLG Celle VRS 36, 276; OLG Koblenz DAR 1974, 25; OLG Zweibrücken VRS 41, 113, 114; OLG Hamm BA 1978, 294; BayObLG NStZ 1997, 388 m. abl. Anm. Puppe NStZ 1997, 389; Schmid BA 31 (1994), 330, 331 f.) nicht als Alternativverhalten bei der Prüfung der §§ 222, 229 StGB herangezogen werden darf, weil es sich dabei um ein rechtswidriges Alternativverhalten handelt, auch wenn der rechtswidrigkeitsbegründende Gesichtspunkt der Trunkenheit (§ 316 StGB) mit dem Rechtsgut der §§ 222, 229 StGB definitionsgemäß nichts zu tun hat; gegen die Rechtsprechung das völlig herrschende Schrifttum vgl. Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 158; Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn 102; Maiwald in Jescheck/Lüttger, Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, 437; Schlüchter JA 1984, 673, 678 f.; Puppe JuS 1982, 660, 662; Jakobs Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7/86 m. Fn. 132; ders. Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 95 m. Fn. 183a; Niewenhuis Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrs-

Um ein solches einwandfrei sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten handelt es sich im Fall Jalloh, wie die Ausführungen des Senats zu § 222 StGB zeigen, aber gerade nicht.

V. Zum grunddeliktsspezifischen Gefahrenzusammenhang unter dem Aspekt des § 239 Abs. 4 StGB

Hatte der Angeklagte nach alledem neben § 222 StGB auch das Grunddelikt nach § 239 Abs. 1 StGB verwirklicht, so spricht alles dafür, dass er des Verbrechens der Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 StGB) schuldig zu sprechen gewesen wäre. Insbesondere fehlt es nicht an der Verwirklichung des tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhangs zwischen der dem Grunddelikt der Freiheitsberaubung anhaftenden spezifischen Gefahr und der Todesfolge. Es ist keine untypische Erscheinung einer Freiheitsentziehung, dass ein der Freiheit beraubtes Opfer – mitunter auch auf höchst unvernünftige Weise – Selbstbefreiungsversuche unternimmt,¹⁰⁰ oder gar Suizid begeht,¹⁰¹ weil der Täter das Opfer durch die Freiheitsberaubung in eine notstandsähnliche Lage bringt, in der es sein natürlicher Freiheitsdrang oder die emotionale Ausnahmesituation zur Eingehung (auch unvernünftig) hoher Lebensrisiken genötigt sieht, um sich zu befreien. Die Erwägungen des Senats, mit dem dieser zu § 222 StGB einen Zurechnungsausschluss qua eigenverantwortlicher Selbstgefährdung verneint hat, beanspruchen auch für § 239 Abs. 4 StGB Gültigkeit.¹⁰² Daher stellt das Entzünden der Matratze durch den Geschädigten Jalloh eine spezifisch durch die Freiheitsberaubung veranlasste Handlung dar.

Bedenken gegen die Realisierung der tatbestandsspezifischen Freiheitsberaubungsgefährlichkeit im Tod des Geschädigten Jalloh hat allerdings Jäger geäußert: Zwar hätte – insoweit besteht Übereinstimmung mit dem hier vertretenen Standpunkt – das Hypothese gebliebene Tun des Polizeibeamten (Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung) den – wenn man die Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung so attribuieren will – „Erfolg“ (rechtswidrige Freiheitsberaubung zum Zeitpunkt des Todes) verhindert, indes sei der rechtmäßige Freiheitsentzug im Verhältnis zum rechtswidrigen Freiheitsentzug ein aliud und begründet daher unter dem Aspekt des § 239 Abs. 1 StGB gerade keinen identischen Erfolgswert. Da aber der Sinn der Einholung einer richterlichen Entscheidung nur in der Rechtfertigung des Freiheitsent-

strafrecht, 1984, S. 179 ff.; Hentschel Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 322 ff.; Schünemann JA 1975, 718; Schlüchter JA 1975, 718; Freund JuS 1990, 213, 214 f.; Otto JK 1995 StGB Vor § 13/6.

¹⁰⁰ H.M., vgl. BGHSt 19, 382, 386; Fischer StGB und Nebengesetze, 62. Aufl. 2015, § 239 Rn. 16; Lackner/Kühl StGB, 28. Aufl. 2014, § 239 Rn. 9; Puppe Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 1, 1. Aufl. 2002, § 12 Rn. 12.

¹⁰¹ BGH LM § 239 Nr. 4.

¹⁰² Vgl. Rostalski JR 2015, 306, 314; Zimmermann/Linder ZStW 128 (2016), die auf die Alkoholisierung des Jalloh und daher fehlende Freiverantwortlichkeit abstellen.

zugs bestehe und nicht in der Verhinderung von Todesfolgen, vor denen die formale richterliche Bestätigung als solche ohnehin nicht schützen könnte, fehle der spezifische Zurechnungszusammenhang zwischen Freiheitsberaubung (durch Unterlassen) und Todesfolge nach § 239 Abs. 4 StGB.¹⁰³

Diesem Standpunkt *Jägers* ist darin zu folgen, dass der Sinn der Erwirkung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung als (hypothetisch gebliebene) Erfüllung einer zur Aufrechterhaltung des Gewahrsams akzessorische „Hilfspflicht“ allein in der Rechtfertigung der tatbestandsmäßig-normwidrigen Freiheitsberaubung besteht; gerade deshalb kommt es für die Kausalität der Freiheitsberaubung und für die Einordnung als aktives Tun ja nur auf die Gewahrsamsaufrechterhaltung und gerade nicht auf die unterbliebene Einhaltung des Richtervorbehalts an (dazu oben II. 2.). *Jägers* Argument trägt aber das von ihm angenommene Ergebnis – den Zurechnungsausschluss hinsichtlich der schweren Folge – nicht. Für den spezifischen Zurechnungszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge kommt es nur auf darauf an, dass die schwere Folge sich als Realisierung der besonderen Gefährlichkeit (des Verhaltens oder des Erfolges) des Grunddelikts darstellt. Ein Sinnzusammenhang muss folglich nur zwischen dem tatbestandsmäßigen Verhalten und dem Erfolg bestehen. Die von *Jäger* in Bezug genommene Einholung der richterlichen Entscheidung ist als bloße Voraussetzung eines prozeduralen Rechtfertigungsgrundes insoweit ohne Funktion, weil ihr nur im Falle des Vorliegens der Rechtfertigungsvoraussetzungen unrechtsaufhebende Wirkung zukommen kann. Dass *Jäger* trotz seiner zutreffenden Ausgangserwägungen dennoch auf einen – wie er selbst erkannt hat¹⁰⁴ – aus prinzipiellen Gründen inexistenten Sinnzusammenhang zwischen der „Pflicht“ zur Einholung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung und dem Erfolg abstellt, mag seinen Grund darin haben, dass *Jäger* das dem Angeklagten zur Last liegende Verhalten als Unterlassen bewertet und – wie stillschweigend auch der *BGH* – die Schlussfolgerung gezogen haben könnte, die Erwirkung

einer richterlichen Gewahrsamsanordnung lasse die ErfolgSZurechnung entfallen, so dass es an der Zurechenbarkeit des fortdauernden Gewahrsams als des Erfolgsunrechts und damit auch an der Zurechenbarkeit der darauf beruhenden Todesfolge fehle. Solchen Erwägungen ist indessen schon mit der – von *Jäger* zum Grunddelikt ja selbst vollzogenen – Einsicht der Boden entzogen, dass sich der Sinne des akzessorischen Gebots zur Einholung einer richterlichen Anordnung in der Rechtfertigung von Erfolg und Verhalten erschöpft und deshalb aus übergeordneten Gründen insoweit gar keine Verfehlung des tatbestandspezifischen Gefahrenzusammenhangs bestehen kann; gefahrträchtig sind nur Freiheitsberaubungen, nicht aber Verstöße gegen den Richtervorbehalt. Wenn das akzessorische Gebot zur Einholung einer richterlichen Gewahrsamsanordnung allein den Sinn hat, die Rechtfertigung eines Handelns zu bewirken, nicht aber schwere (Todes-)Folgen zu verhindern, so ist für den Zurechnungszusammenhang zwischen Verhalten und schwerer Folge die unterbliebene Erfüllung des akzessorischen Gebots irrelevant. Solche Gebote sind in jeder Hinsicht erfolgSZurechnungsindifferent.

VI. Fazit

Die Entscheidung des *BGH* im Fall Jalloh stellt sich nach den vorstehenden Überlegungen als falsch heraus: Indem der Angeklagte den Jalloh nicht freiließ und dieser an den Folgen eines mutmaßlich selbst gelegten Brandes erstickte, hat der Angeklagte sich wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen strafbar gemacht (§§ 239 Abs. 4, 13 StGB). Ob der Angeklagte eine richterliche Anordnung der Gewahrsamsfortdauer hätte erlangen können, ist sowohl für das Grunddelikt der Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) als auch für den grunddeliktsspezifischen Gefahrenzusammenhang (§ 239 Abs. 4 StGB) ohne Belang. Mit Blick auf das ohnehin schon blamable Bild, das Polizei und Justiz im Fall Jalloh geboten haben, bleibt zu hoffen, dass den *BGH* nicht lediglich die Vermeidung des Verbrechensstrafrahmens aus § 239 Abs. 4 StGB zur Etablierung der Rechtsfigur des „Rechtfertigungszusammenhangs“ (und zu seiner Verneinung in casu) bewogen hat. Was den 4. *Senat* sonst zu der dogmatisch allzu kühnen Hypothesenberücksichtigung veranlasst haben könnte, lässt sich dem insgesamt recht undurchdacht wirkenden Urteil nicht entnehmen.

¹⁰³ *Jäger* JA 2015, 72, 74.

¹⁰⁴ *Jäger* JA 2015, 72, 74: „Denn der Sinn der Einholung einer richterlichen Entscheidung besteht nur in der Rechtfertigung des Freiheitsentzugs und nicht in der Verhinderung von Todesfolgen, vor denen die formale richterliche Bestätigung als solche ohnehin nicht schützen könnte“ (kursive Hervorhebung durch den Verfasser).

Gruppenvertretung als zulässiges Mittel gegen die Hypertrophie in der Nebenklage?

Von RA Onur U. Özata, Berlin*

I. Einleitung

Anders als in der Strafverteidigung ist es im Rahmen der Opfervertretung zulässig, als Rechtsanwalt mehrere Nebenkläger im selben Verfahren anwaltlich zu vertreten. Diese für das Strafprozessrecht außergewöhnliche Konstellation rückt zunehmend in den Fokus der richterlichen Beiordnungspraxis, auch vor dem Hintergrund der anhaltenden Diskussion um das Institut der Nebenklage an sich. Von der Öffentlichkeit stark rezipierte Umfangsverfahren mit vielen Prozessbeteiligten befeuern zusätzlich den Ruf nach Einschränkungen einer als ausufernd empfundenen Nebenklage. Die nachfolgende Betrachtung soll den Stand der Diskussion und eine praxisnahe Annäherung an das Thema darstellen.

II. Stand der Nebenklage

Die Nebenklage hat sich im Laufe der letzten drei Jahrzehnte zum wichtigsten Instrument der Opfermitwirkung im Strafprozess entwickelt.¹ Zahlreiche legislative Entwicklungen haben zu einem stetigen Ausbau der Nebenklage geführt und den Nebenkläger zu einer starken Partei mit wirkungsvollen Rechten gemacht.² So verwundert es nicht, dass sich die Beteiligung von Nebenklägern und ihren Anwälten an Landgerichtsverfahren in diesem Zeitraum nahezu verdoppelt habe.³ Die erweiterten Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Strafverfahren durch Opfer und Verletzte von Straftaten haben sich damit auch in der Wirklichkeit deutscher Strafprozesse niedergeschlagen. Zeitgeschichtlich relevante Verfahren, wie das sog. NSU-Verfahren⁴ am OLG München oder die Verfahren gegen ehemalige Dienstha-

bende des Vernichtungslagers Auschwitz⁵, haben auch einer breiten Öffentlichkeit die gestiegene Bedeutung der Nebenklage im deutschen Strafprozess aufgezeigt.

III. Nebenklage in der Kritik

Die skizzierte Fortentwicklung der Nebenklage ist jedoch einem kritischen Diskurs unterworfen. Die Vorwürfe reichen von der pauschalen Feststellung, die Nebenklage sei ein „Fremdkörper“ im Strafprozess⁶ bis zu dem Einwand, ihr seien zu viele Rechte eingeräumt⁷. Begleitet wird diese Kritik durch das Fehlverhalten Einzelner⁸, das in den Lichtkegel der Öffentlichkeit gerückt, den Eindruck verstärkt hat, der Opfervertreter hätte professionelle Fauxpas für sich gepachtet.⁹ Generell ist der Ruf nach einer stärkeren Einhegung der Nebenklage zu konstatieren, sehen die Verfechter der Beschuldigtenrechte und des stets klamm apostrophierten Fiskus in ihr doch ein überbordendes Machwerk geltungsüchtiger Politiker.¹⁰

⁵ Verfahren gegen *Oskar Gröning* vor dem Landgericht Lüneburg, der wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 rechtlich zusammentreffenden Fällen zu 4 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde (Az.: 27 Ks 9/14) und Verfahren gegen *Reinhold Hanning*, welcher vom Landgericht Detmold (Az.: 4 Ks 45 Js 3/13 - 9/15) wegen Beihilfe zum Mord in 170.000 tateinheitlich zusammentreffenden Fällen zu 5 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

⁶ *Barton* StraFo 2011, 161, 161.

⁷ *Schünemann*, in: Festschrift für Hamm (2008), S. 687, 694.

⁸ Vgl. zur nichtexistenten Mandantin im NSU Verfahren *Ramelsberger*, Das NSU-Phantom, sein Anwalt - und ein Verdacht, SZ.de v. 05.10.2015, <http://www.sueddeutsche.de/politik/nsu-prozess-das-phantom-und-sein-anwalt-1.2678303> (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017); zum Fall „Stephanie“ *Friedrichsen*, Mario M., das Mädchen und das Geld, SPIEGEL ONLINE v. 14.12.2006, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/urteil-im-stephanie-prozess-mario-m-das-maedchen-und-das-geld-a-454599.html> (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

⁹ Freilich ist die Welt der Geschmacklosigkeiten und veritablen Berufsverstöße von Juristen in anderen Prozessrollen keineswegs weniger reich an Beispielen, vgl. etwa *Nobis* StraFo 2003, 257 f. oder *Siemens*, Das seltsame Gebaren des Herrn Benecken, SPIEGEL ONLINE v. 05.08.2016, <http://www.spiegel.de/panorama/leute/anwalt-von-gina-lisa-lohfink-das-seltsame-gebaren-des-burkhard-benecken-a-1106093.html> (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

¹⁰ Vgl. *Barton*, Opferschutz und Verteidigung: Die Ambivalenz der Opferzuwendung des Strafrechts, in: Strafverteidiger-

* Der Autor *Özata* ist Nebenklagevertreter im NSU-Verfahren in München.

¹ *Daimagüler*, Der Verletzte im Strafverfahren, 1. Auflage (2016), S. 75 Rn. 174; BeckOK StPO/*Weiner* StPO, 27. Edition (2017), § 395 Rn. 4.

² *Daimagüler* a.a.O. (Fn. 1), S. 1 ff.; *Barton* StraFo 2011, 161, 161.

³ *Barton/Flotho*, Opferanwälte im Strafverfahren, 2010, S. 61.

⁴ Prozess gegen *Beate Zschäpe* u. vier weitere Angeklagte vor dem OLG München (Az.: 6 St 3/12) wegen u.a. Täterschaft u. Teilnahme in zehn Mordfällen, Herbeiführung v. Sprengstoffexplosionen, Raubüberfällen u. Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung.

1. Gruppenvertretung

Ausfluss der nebenklagekritischen Position ist die Forderung nach einer stärkeren Reglementierung der Beistandsbestellung bei Nebenklägern. Insbesondere die Möglichkeit der Gruppenvertretung wird als Mittel zur Eindämmung einer hypertrophen Nebenklage ins Feld geführt.¹¹ Die Befürworter einer restriktiven Beiordnungspraxis von Nebenklagebeiständen erhoffen sich nämlich durch eine Zunahme von Gruppenvertretungen effizientere und fairere Verfahren.¹² Die Gerichte stießen bei Umfangsverfahren an die „Grenzen des prozessual Machbaren“.¹³ Demgegenüber stehen die Erwartungen von Opfern, Rechtsbeistände ihres Vertrauens zu mandantieren. Ein „Gruppendiktat“ werde abgelehnt.¹⁴ Derzeit ist es in Ermangelung einer genuinen Regelung, den erkennenden Gerichten überlassen, dieses Spannungsverhältnis aufzulösen.

a) Rechtslage

Die Regelung des § 146 StPO versagt dem Anwalt die Verteidigung mehrerer derselben Tat Beschuldigter oder mehrerer im selben Verfahren verschiedener Taten Beschuldigter. Eine Mehrfachvertretung bei Nebenklägern wird hingegen als grundsätzlich zulässig angesehen, da sie regelmäßig nicht mit Interessenskonflikten verbunden sei.¹⁵ Dass widerstreitende Interessen im weitesten Sinne aber „fernliegend“ seien,¹⁶ geht indes zu weit. Gerade im NSU-Verfahren ließ sich die mannigfaltige Interessenlage der beteiligten Nebenkläger wie unter einem Brennglas studieren. So verlangt der überwiegende Teil umfassende Aufklärung,¹⁷ ein anderer fordert die Durchführung einer zügigen Beweisaufnahme ohne Verzögerungen.¹⁸ Wiederum Andere nehmen eine kritische Haltung gegenüber der Bundesanwaltschaft ein und erzeugen nolens volens Schnittmengen mit der Verteidigung.¹⁹ Auch in den o.g. Auschwitz-Verfahren waren die

vereinigungen (Hrsg.), 36. Strafverteidigertag, 2013, S. 49, 50.

¹¹ Pues StV 2014, 304, 305; BMJV Expertenkommission zur effektiven u. praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens u. des jugendgerichtlichen Verfahrens (Berlin, Oktober 2015), S. 146 f.

¹² Pues StV 2014, 304, 305; BMJV Expertenkommission a.a.O. (Fn. 11), S. 146 f.

¹³ BMJV Expertenkommission a.a.O. (Fn. 12.), S. 146.

¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.03.2015 - III-1 Ws 40-41/15.

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.08.1999 - 3 Ws 393/99; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Auflage 2016, § 397 Rn. 11.

¹⁶ So das OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.08.1999 - 3 Ws 393/99. Für den 3. Strafsenat bestand im dort zu entscheidenden Fall kein Interessenskonflikt, obgleich die beiden Geschädigten unterschiedliche Interessen (Genugtuung durch Bestrafung/ Genugtuung durch Wiedergutmachungsleistungen) verfolgten.

¹⁷ Daimagüler/Pyka ZRP 2014, 143, 143.

¹⁸ Schmidt, Eine Aussage Zschäpes scheint utopisch, Deutschlandradio Kultur v. 15.12.2014, http://www.deutschlandradiokultur.de/nsu-prozess-eine-aussage-zschaepes-scheint-utopisch.976.de.html?dram:article_id=306308 (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

¹⁹ Krauß, Den Tätern in die Augen sehen, Deutschlandfunk v. 03.09.2013, <http://www.deutschlandfunk.de/den-taetern->

Interessen der Nebenklage divers. In beiden Verfahren lehnte es der Großteil der Nebenkläger im Hinblick auf ihr eigenes und das hohe Alter der Verurteilten und zum Zwecke der baldigen Rechtskraftwirkung entschieden ab, die jeweiligen Urteile vom Bundesgerichtshof überprüfen zu lassen,²⁰ während vereinzelte Nebenkläger Revision einlegten.²¹ Ein Teil der Nebenkläger fand schon in der Tatsache Genugtuung, dass es in der Bundesrepublik Deutschland nach Jahrzehnten der „faktischen Strafvereitelung“ überhaupt zu einem solchen Prozess kommt,²² während ein anderer sich auf die Frage der Abgrenzung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft fokussierte. Überdies gibt es auch innerhalb eines Familienverbands miteinander dermaßen gravierende Konflikte, die die Vertretung durch einen Rechtsanwalt inopportun machen.²³

Auch wenn die benannten Zielkonflikte noch vor einer Mandatierung thematisiert und gegebenenfalls umgangen werden könnten²⁴ und die Möglichkeit bestünde, gewisse prozessuale Handlungen ausdrücklich im Namen bestimmter Nebenkläger wahrzunehmen, um damit den unterschiedlichen Positionen innerhalb der Nebenklagegruppe Rechnung zu tragen,²⁵ sind eventuell später eintretende Interessenkonflikte nicht immer überbrückbar und die individuelle Durchsetzung von Interessen in der Gruppe weiterhin erschwert. Setzt sich der Nebenklagegruppenvertreter sodann im Wege einer Mehrheitsentscheidung innerhalb der Gruppe über das Interesse eines Nebenklägers hinweg, riskiert er möglicherweise sogar die Verwirklichung eines Parteiverrats nach § 356 StGB.²⁶

Ungeachtet der vorgenannten Problematik behandelt die Rechtsprechung die Frage der Gruppenvertretung im Rahmen der Bestellung eines Rechtsanwalts durch den Vorsitzenden nach § 397 a StPO.

b) Bestellung eines Nebenklagebeistands

§ 397a Abs. 1 StPO ermöglicht es dem Nebenkläger unabhängig von seiner rechtlichen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Bestellung eines „Opferanwalts

in-die-augen-sehen.724.de.html?dram:article_id=260178 (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

²⁰ Buhrmester, Im Auschwitz-Prozess droht eine jahrelange Verzögerung, Neue Westfälische v. 26.06.2016, http://www.nw.de/nachrichten/thema/auschwitz_prozess/20836276_Im-Auschwitz-Prozess-droht-eine-jahrelange-Verzoegerung.html (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

²¹ Friedrichsen, SPIEGEL Online v. 18.07.2015 „Eine Verurteilung wegen Mordes ist unmöglich“, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/auschwitz-prozess-revision-ist-unsinn-kommentar-a-1044343.html> (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

²² Plädoyer der Rechtsanwälte Daimagüler/ v. Münchhausen/ Özata v. 14.07.2015 im Verfahren gegen Oskar Gröning vor dem LG Lüneburg, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-07/oskar-groening-prozess-plaedoyer> (zuletzt abgerufen am: 10.02.2017).

²³ OLG Köln, Beschluss v. 18.04.2013 - 2 Ws 207/13.

²⁴ BMJV Expertenkommission a.a.O. (Fn. 11), S. 146 f.

²⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.03.2015 - III-1 Ws 40-41/15, zu Recht ablehnend: BeckOK StPO/Weiner (Fn. 1), § 397 a Rn. 13a.

²⁶ BeckOK StPO/Weiner a.a.O. (Fn. 1), § 397a Rn. 13a.

auf Staatskosten²⁷ zu beantragen. Voraussetzung ist, dass er einer der vier Gruppen des § 395 Abs. 1 StPO unterfällt;²⁸ Abs. 2 der Norm regelt eine Prozesskostenhilfe in besonderen Fällen. Mit der Regelung wird der besonderen Schutzbedürftigkeit gewisser Opfergruppen Rechnung getragen.²⁹

Für die Bestellung eines Rechtsanwalts gilt gem. § 397a Abs. 3 S. 2 StPO die Regelung des § 142 Abs. 1 StPO in entsprechender Weise. Demnach ist der vom Nebenkläger bezeichnete Rechtsanwalt durch den Vorsitzenden zu bestellen, sofern kein wichtiger Grund entgegensteht. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 142 Abs. 1 S. 2 StPO, der sich freilich auf die Bestellung eines Verteidigers bezieht, liegt bspw. vor, wenn dem Verteidiger schweres Fehlverhalten zur Last gelegt wird³⁰, der Verdacht der Begünstigung im Raum steht³¹ oder das Beschleunigungsgebot in Haftsachen beeinträchtigt sein könnte³². Obwohl die Verteidigung durch einen Anwalt des Vertrauens Verfassungsrang besitzt,³³ hat ein Beschuldigter trotzdem keinen Anspruch auf die Beordnung eines bestimmten von ihm ausgewählten Rechtsanwalts.³⁴ Das Auswählermessen des Vorsitzenden kann jedoch in bestimmten Fällen stark eingeschränkt oder sogar auf null reduziert sein.³⁵

c) Gründe für Mehrfachvertretung?

Die höchstrichterlich entschiedenen Fälle, in denen die zwangsweise Mehrfachvertretung angeordnet wurde, haben verschiedene wichtige Gründe angeführt.³⁶ Im Wesentlichen lassen sich die Gründe in drei Kategorien fassen. Zum einen sei durch eine Vielzahl an Nebenklägern und ihren Beiständen die „Waffengleichheit“ zwischen Verteidigung auf der einen Seite und Staatsanwaltschaft und Nebenklage nicht mehr gewährleistet. Des Weiteren könne die Nebenklage das Strafverfahren verzögern und damit die Durchführung einer zügigen Hauptverhandlung erschweren. Zum anderen wird mit den durch die Beteiligung vieler Nebenklagebeistände verbundenen erhöhten Kosten argumentiert, welche in einer Verringerung der Resozialisierungschancen des Verurteilten resultieren könnten. Auch außerhalb der Rechtsprechung finden sich Stimmen, die eine Gruppenvertretung mit denselben Gründen befürworten.³⁷

²⁷ KK-StPO/Senge StPO, 7. Auflage (2013), § 397a Rn. 1.
²⁸ Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 15), § 397a Rn. 3.
²⁹ Daimagüler a.a.O. (Fn. 1), S. 148 Rn. 376; BeckOK StPO/Weiner a.a.O. (Fn. 1), § 397a.
³⁰ KG, Beschluss v. 09.02.2011 - 4 Ws 16/11.
³¹ KK-StPO/Laufhütte a.a.O. (Fn. 27), § 142 Rn. 7.
³² OLG Naumburg, Beschluss v. 13.11.2008 - 1 Ws 638/08 = NStZ-RR 2009, 114 (114).
³³ OLG Frankfurt, Beschluss v. 17.03.2009 - 3 Ws 223/09.
³⁴ KK-StPO/Laufhütte a.a.O. (Fn. 27), § 142 Rn. 7.
³⁵ BeckOK StPO/Wessing a.a.O. (Fn. 1), § 142 Rn. 10.
³⁶ OLG Hamburg, Beschluss v. 17.12.2012 - 2 Ws 175/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.03.2015 - III-1 Ws 40-41/15.
³⁷ Pues StV 2014, 304, 305; BMJV Expertenkommission a.a.O. (Fn.11), S. 146 f.; taz.de, Da geht es hin, das liebe Geld, v. 18.02.2015, <http://www.taz.de/15019805/>.

aa) Schiefelage durch viele Nebenklagevertreter?

Die Befürworter der Gruppenvertretung warnen unter Zuhilfenahme des Grundsatzes der Waffengleichheit vor einer „Schiefelage“ der Hauptverhandlung, die durch ein personelles Gefälle zu Gunsten der Nebenklage zu erwarten sei.³⁸ Es kann aber allein in diesem Umstand eine Verletzung der Waffengleichheit nicht bejaht werden. Das Prinzip der Waffen- und Chancengleichheit wird vom Fairnessprinzip abgeleitet.³⁹ Dabei geht es um die „Ausbalancierung der Rechte unter Berücksichtigung der Verschiedenartigkeit der Prozessrollen“.⁴⁰ In concreto soll die Waffengleichheit der Verteidigung die annähernd gleichen Chancen der Einflussnahme auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens gewährleisten, wie sie der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen.⁴¹ Viele Nebenklagebeistände alleine verkürzen weder die prozessualen Befugnisse der Verteidigung noch deren Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Prozess. So sind schon keine Indizien oder gar Tendenzen einer unververtretbaren Beeinträchtigung der Verteidigung durch eine Zunahme an Opferrechten weder in der Rechtsprechung noch in der empirischen Forschung erkennbar.⁴² Die Verteidigung kann weiterhin unbeschadet der Verfahrensrechte (bspw. das Frage- und Beweisantragsrecht) der Nebenklage agieren und ohne Einschränkungen ihre Prozessaktivitäten entfalten.

Es trifft zwar zu, dass die Beteiligung einer Vielzahl von Nebenklagebeiständen, dazu führen kann, dass der Verteidigung erst deutlich später Gelegenheit gegeben wird, Fragen an die Zeugen zu richten. Hierauf kann der Vorsitzende allerdings im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis reagieren, zumal § 240 StPO keine bindende Reihenfolge des Fragerechts vorsieht.⁴³ Im Übrigen können Fragen, die bereits gestellt und beantwortet sind, regelmäßig zu Recht beanstandet und als unzulässig zurückgewiesen werden.

Ein personelles Gefälle zugunsten der Nebenklage ruft auch die Sorge hervor, dass durch die Kulisse der Anwälte bei der Richterschaft „die unbewusste erhöhte Bereitschaft zur Verurteilung“ geweckt würde.⁴⁴ Zwar mag es bei Verfahren mit Nebenklagebeteiligung eine statistisch signifikante Verringerung von Freisprüchen und eine ebenso feststellbare Erhöhung der verhängten Strafen geben.⁴⁵ Allerdings lässt dieses Studienergebnis⁴⁶ nicht

³⁸ Pues StV 2014, 304, 305; BMJV Expertenkommission a.a.O. (Fn.11), S. 146 f.
³⁹ BVerfGE 38, 105, 111 = NJW 1975, 103; Rüping ZStW 91 (1979), 351, 359.
⁴⁰ Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 15), Einl. Rn. 88.
⁴¹ Vest, in: Festschrift für Trechsel (2002), S. 781, 793; Safferling NStZ 2004, 181, 186. Nach BVerfGE 63, 45 - 73 (Rn. 66) erfordert dieser Grundsatz jedoch nicht, dass verfahrensspezifische Unterschiede in der Rollenverteilung von Staatsanwalt und Verteidiger in jeder Beziehung eines Ausgleichs bedürfen.
⁴² Schöch, in: Festschrift für Rieß (2002), S. 507, 508.
⁴³ BeckOK StPO/Gorf a.a.O. (Fn. 1), § 240 Rn. 6.
⁴⁴ Pues StV 2014, 304,305.
⁴⁵ Barton/Flotho a.a.O. (Fn. 3), S. 87.
⁴⁶ Die Macher der Studie weisen darauf hin, dass es schwierig ist, besondere Schlussfolgerungen aus diesen Ergebnissen abzuleiten und es letztlich offenbleibt, warum in Verfahren

den Rückschluss zu, dass dies aus – wie insinuiert – rein irrationalen Motiven der „beeinflussten“ Richterschaft geschieht. Man kann die Beteiligung des Opfers in diesem Kontext auch als überfälliges Korrektiv des Strafverfahrens bewerten und in dem Verfahrensergebnis eine nachhaltigere Herstellung des Rechtsfriedens erblicken, „der ohne die Berücksichtigung der Opferinteressen nicht erreicht werden kann“⁴⁷. Dazu beitragen mag die Tatsache, dass durch die aktive Beteiligung von Nebenklagevertretern in der Form von Beweisanträgen und Fragen bedeutende Aspekte des Tatgeschehens in das Verfahren eingeführt werden, die im Ergebnis einen wichtigen Beitrag zur richterlichen Aufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO leisten.⁴⁸

bb) Verfahrensverzögerung durch viele Nebenklagebeistände?

Die Besorgnis, dass durch eine Überrepräsentation von Geschädigten Verfahrensverzögerungen eintreten können, die den Grundsatz der Beschleunigung beeinträchtigen, ist ebenfalls nicht berechtigt.

Zwar mag es zutreffen, dass Verfahren mit Nebenklagebeteiligung länger dauern, als Verfahren ohne Nebenklage.⁴⁹ So steige bspw. die durchschnittliche Zahl der Sitzungstage von 2,50 auf 2,94 Tage.⁵⁰ Es ist jedoch schwer nachvollziehbar, dass dies auf das Prozessverhalten der Nebenklagebeistände zurückzuführen sein könnte, zumal sich diese der vorbezeichneten Studie zufolge in der Wahrnehmung förmlicher Aktivitäten eher zurückhalten.⁵¹ Fragen des Verteidigers wurden fast gar nicht und Anordnungen des Vorsitzenden in keinem Fall beanstandet.⁵² Ablehnungen von Richtern und Sachverständigen hat es überhaupt nicht gegeben.⁵³ Auch im gesamten NSU-Verfahren gab es nicht einen einzigen Befangenheitsantrag der Nebenklage. Der Großteil der Nebenklagevertreter im NSU-Verfahren verhält sich insgesamt sehr passiv.⁵⁴ Das gleiche Verhaltensmuster war ebenfalls in den Auschwitz-Verfahren erkennbar. Der Umstand, dass Verfahren mit Nebenklagebeteiligung offenbar länger dauern, lässt auch vor dem Hintergrund dieser Erfahrungen nicht den Schluss zu, dass dieser Effekt durch eine hohe Anzahl von Nebenklagevertretern potenziert wird.

mit Nebenklagebeteiligung die Angeklagten offenbar einem höheren Strafmaß ausgesetzt sind, vgl. *Barton/Flotho* a.a.O. (Fn. 3), S. 132.

⁴⁷ *Däubler-Gmelin* StV 2001, 359, 360.

⁴⁸ *Daimagüler/ Pyka* ZRP 2014, 143, 144.

⁴⁹ *Barton/Flotho* a.a.O. (Fn. 3), S. 238 f.

⁵⁰ *Barton/Flotho* a.a.O. (Fn. 3), S. 238; Gleichzeitig fördere die Beteiligung von Nebenklagebeiständen aber auch das Zustandekommen von Urteilsabsprachen, vgl. *Barton/Flotho*, ebenda.

⁵¹ *Barton/Flotho* a.a.O. (Fn. 3), S. 130, 238 f.

⁵² *Barton/Flotho* a.a.O. (Fn. 3), S. 130.

⁵³ *Barton/Flotho* a.a.O. (Fn. 3), S. 130.

⁵⁴ *Dierbach* freispruch 9/2016, 11, 12.

cc) Minderung der Resozialisierungschancen durch hohe Kosten?

Befürworter der Mehrfachvertretung weisen schließlich auf die Gefahren der Kostenlast für den Verurteilten hin. Durch die Ausgaben für eine Vielzahl von anwaltlich vertretenen Nebenklägern und die hiermit verbundenen Kosten, werde die Resozialisierung des Verurteilten gefährdet.⁵⁵ In der Tat sind die Kosten in Umfangsverfahren mit multiplen Prozessbeteiligten horrend. So betragen die Kosten eines einzelnen Prozesstages im NSU-Verfahren ca. 150.000,- Euro.⁵⁶ Dass die Höhe der Ausgaben durch die Anzahl der Nebenklagevertreter⁵⁷ mitdeterminiert wird, liegt wohl auf der Hand.⁵⁸ Die Regelung des § 465 StPO bürdet regelmäßig dem Verurteilten die Kosten des Verfahrens auf. Die Auferlegung der Kosten des Strafverfahrens ist auch gerechtfertigt, da der Verurteilte durch sein Verhalten Anlass zur Durchführung des Gerichtsverfahrens gegeben hat.⁵⁹ Nach § 472 Abs. 1 S. 1 StPO werden dem Verurteilten sodann auch die notwendigen Auslagen des Nebenklägers auferlegt. Bei genauem Hinsehen entpuppen sich die Warnungen vor einer erschwerten Wiedereingliederung und Bewährung des Verurteilten⁶⁰ jedoch als rein fiskalisch motiviert.

Von der Auferlegung der Kosten kann nämlich dann abgesehen werden, wenn die Kostenlast dermaßen erdrückend ist, dass das dem deutschen Strafrecht innewohnende Desiderat der Resozialisierung gefährdet ist.⁶¹ Bei vermögenslosen Verurteilten kann im Einzelfall die Billigkeitsvorschrift des § 465 Abs. 2 StPO in entsprechender Weise zur Anwendung kommen, mit der Folge, dass die Kosten nicht der Verurteilte trägt, sondern die Staatskasse.⁶² Regelmäßig wird eine Vollstreckung hoher Verfahrenskosten auch an § 10 Abs. 1 KostVfg scheitern, der dem Kostenbeamten bspw. die Möglichkeit einräumt, vom Kostenansatz abzusehen, wenn das dauernde Un-

⁵⁵ OLG Hamburg, Beschluss v. 17.12.2012 - 2 Ws 175/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.03.2015 - III-1 Ws 40-41/15.

⁵⁶ *Bullach*, Ein echter Prozesstag ist wesentlich weniger sensationell, FAZ v. 12.01.2015, S. 26.

⁵⁷ Gem. Nr. 4120 VV RVG kann ein beigeordneter Nebenklagebeistand vor dem Oberlandesgericht, dem Schwurgericht oder der Strafkammer nach den §§ 74a und 74c GVG pro Prozesstag 424,- Euro geltend machen (bei einer Überschreitung der Verfahrensdauer von 5 Stunden entsteht der Anspruch auf weitere 212,- Euro, Nr. 4122 VV RVG). Hinzu kann eine etwaige Vergütung durch die Geltendmachung der sog. Pauschgebühr gem. § 51 RVG kommen. Die Vergütung der Nebenklagebeistände im NSU-Verfahren bemisst sich indes nach dem RVG alter Fassung (bis 31.07.2013) und fällt damit etwas geringer aus (Termingebühr 356,- Euro).

⁵⁸ Die Nebenkläger im NSU-Verfahren werden von etwas mehr als 60 Anwälten vertreten.

⁵⁹ BVerfG, Beschluss v. 19.01.1965 - 2 VBvL 8/62 = NJW 1965, 387.

⁶⁰ Ohnehin lässt die empirische Forschung keine verallgemeinerbaren Rückschlüsse von der Aufbürdung der Kostenlast auf den Resozialisierungserfolg zu, vgl. *Meier*, Die Kostenlast des Verurteilten, 1991, S. 66 f.

⁶¹ OLG Köln, Beschluss v. 10.12.2004, Rn. 14 - Az. 2 Ws 466/04.

⁶² BVerfG v. 27.06.2006 - 2 BvR 1392/02, Rn. 28; OLG Köln, Beschluss v. 10.12.2004, Rn. 14 - Az. 2 Ws 466/04.

vermögen des Kostenschuldners offenkundig ist.⁶³ Die Kosten des Strafverfahrens werden in diesen Fällen von der Allgemeinheit zu tragen sein. Ergo ist der bemühten Sorge um die Resozialisierung des Verurteilten gerade im Zusammenhang mit kostenintensiven Großverfahren der Boden entzogen.⁶⁴

Ein funktionsfähiger Rechtsstaat ist zwangsläufig mit der Beanspruchung hoher finanzieller Ressourcen verbunden.⁶⁵ Die Schonung des Justizhaushalts⁶⁶ darf nicht auf Kosten des Opferschutzes geschehen. Aus diesem Grund ist es wichtig, dass rein fiskalischen Erwägungen bei der Beibringungsfrage eine Absage erteilt wird.

2. Außergerichtlicher Beistand als Lösung?

Von den Befürwortern der Gruppenvertretung wird vorgeschlagen, dem gerichtlichen Nebenklagebeistand mehrerer Nebenkläger einen außergerichtlichen Beistand zur Seite zu stellen, der eine Beratungs- und Informationsfunktion außerhalb der Hauptverhandlung wahrnehmen soll.⁶⁷ Dieser Ansatz stößt jedoch auf Bedenken. Zum einen haben die vorstehenden Überlegungen zur Frage der Gruppenvertretung im Strafprozess gezeigt, dass die angeführten Kritikpunkte entkräftet sind und es einer Korrektur im Hinblick auf die befürchtete Überrepräsentation der Nebenklage nicht bedarf. Zum anderen besteht die Gefahr, dass durch die Beschränkung der Auswahlmöglichkeiten eines Rechtsbeistands durch den Geschädigten, die mühsam entwickelten Opferrechte über Gebühr beschnitten werden. Es ist eine besondere Errungenschaft des deutschen Strafprozessrechts, dass das Opfer von seiner reinen Objektstellung befreit wurde und zu einem Prozesssubjekt erstarkt ist.⁶⁸ Da der Gruppenbeistand nicht immer in der Lage sein wird, die verschiedenen Interessen innerhalb der Nebenklage abzubilden, dürften sich einzelne Nebenkläger zwangsläufig übergangen fühlen und ihre Subjektstellung einbüßen. Dieses Defizit wird auch der rein beratend tätige außer-

gerichtliche Beistand nicht kompensieren können, ist er doch zur simplen Beobachtung des Prozessgeschehens verdammt. Und eine weitere perspektivische Überlegung spricht gegen ein solches Modell: Nicht viele Anwälte dürften vor dem Hintergrund des beträchtlichen Beratungs- und Betreuungsaufwands, einer lange andauernden Prozessdauer und der verhältnismäßig geringen finanziellen Kompensation bereit sein, eine Vielzahl von Nebenklägern als Gruppe in Umfangsverfahren zu vertreten.⁶⁹ Die Diskussion um das Verteidigerhonorar zu Beginn des NSU-Verfahrens hat die existenzielle Gefährdung einer Rechtsanwaltspraxis im Kontext großer Prozesse anschaulich illustriert.⁷⁰ Die vorgesehene Bündelung käme einem Pyrrhussieg gleich, denn sie gelänge nur auf Kosten der Qualität der Nebenklagevertretung. Aber wo bedarf es mehr einer kompetenten und eingeschlossenen Nebenklage, wenn nicht in umfangreichen Kapitalstraf- und Terrorismusverfahren?

IV. Fazit

Im Ergebnis hat die kritische Auseinandersetzung mit den von den Befürwortern der zwangsweisen Mehrfachvertretung angeführten Thesen gezeigt, dass deren Befürchtungen nicht berechtigt sind. Eine behauptete Unwucht des Strafprozesses durch die Beteiligung vieler Nebenkläger und ihrer Beistände ist wohl eher optischer Natur. Weder werden die elementaren verfassungsmäßig verbrieften Rechte des Beschuldigten durch eine zahlenmäßig stärkere Nebenklage strukturell gefährdet, noch gibt die gelebte Prozesswirklichkeit Anlass eine solche Entwicklung zu besorgen. Eine zwangsweise Mehrfachvertretung darf daher auch mit Blick auf die Zielsetzungen des ausgebauten Opferschutzes nur im äußersten Einzelfall⁷¹ und unter besonderer Abwägung des Quasi-Auswahlrechts des Nebenklägers mit den übrigen Belangen der Rechtspflege vorgenommen werden. Die Rechtsprechung muss vor diesem Hintergrund von einer Hinwendung zu einer restriktiven Bestellungspraxis absehen. Dem Gesetzgeber schließlich ist die Einführung einer Regelung bzw. eines Modells (einer „Lex NSU“), welches den Gerichten erleichtert Mehrfachvertretungen zu erzwingen und/oder welches neben einem Gruppenvertreter einen außergerichtlichen Beistand vorsieht, aus Gründen des Opferschutzes nicht zu empfehlen.

⁶³ Meier a.a.O. (Fn. 60), S. 70.

⁶⁴ Es liegt fern, dass den Angeklagten im NSU-Prozess bei Verurteilung die gesamten Kosten des Mammutverfahrens überbürdet werden. Bei Annahme, dass das Verfahren nach 375 Prozesstagen endet (bei Kosten von ca. 150 Tausend Euro pro Tag), ergäbe sich noch ohne die Hinzusetzung von Pauschgebühren eine Summe von 56,25 Mio. Euro.

⁶⁵ Janisch, *Gerechtigkeit kostet Geld*, SZ v. 19.09.2013, S.4.

⁶⁶ Stellt fest, dass die relativ hohen Ausgaben der deutschen Justiz auf den vergleichsweise großen Justizapparat (Richterschaft, Staatsanwälte etc.) zurückzuführen sind: Barton, *Ist das ein sachgerechter Umgang mit Justizressourcen?*, in: *Abschied von der Wahrheitssuche*, 35. Strafverteidigertag (Hrsg.), 2012, S. 37, 55.

⁶⁷ Poes StV 2014, 304, 305; BMJV Expertenkommission (Fn. 11), S. 146, 147.

⁶⁸ Barton StraFO 2011, 161, 161.

⁶⁹ Vgl. BeckOK StPO/ Weiner a.a.O. (Fn. 1), § 397a Rn. 13a, der darauf hinweist, dass das RVG keine Erhöhungsgebühr für die Wahrnehmung von Terminen in der Hauptverhandlung bei einer Mehrfachvertretung vorsieht.

⁷⁰ Ramelsberger, *Preis der Gerechtigkeit*, SZ v. 18. September 2013, S. 5.

⁷¹ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss v. 17.12.2012 -2 Ws 175/12.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

272. EGMR Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09 – Urteil der Großen Kammer vom 13. September 2016 (Ibrahim und andere v. Großbritannien)

Aufschub des Rechts auf Verteidigerbeistand (Recht auf ein faires Verfahren; zwingende Gründe für die Beschränkung; Gesamtfairness des Verfahrens); Sondervotum Mahoney; Sondervotum Sajó und Laffranque; Sondervotum Hajiyev, Yudkivska, Lemmens, Mahoney, Silvis und O’Leary.

Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

273. BVerfG 1 BvR 1259/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Berlin / AG Tiergarten)

Akteneinsicht für die Nebenklägerin (Recht des Angeklagten auf informationelle Selbstbestimmung; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Rechtsschutzinteresse grund-

sätzlich nur bei gegenwärtiger Beschwerde, Wiederholungsgefahr oder fortwirkender Beeinträchtigung; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse auch bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen und tief greifendem Grundrechtseingriff; Eingriffsschwere bei Akteneinsicht als Frage des Einzelfalls; Würdigung des konkreten Akteneinsatzs; Pflicht zur Anhörung des Beschuldigten vor Akteneinsicht für Dritte; Vertiefung des Grundrechtseingriffs bei unterbliebener Anhörung; Versagung der Akteneinsicht bei Gefährdung des Untersuchungszwecks in „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 406e StPO; § 174 StGB

274. BVerfG 1 BvR 2454/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2017 (OLG München / LG Kempten (Allgäu) / AG Sonthofen)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; Entbehrlichkeit einer Abwägung bei Schmähkritik; enge Auslegung der Schmähkritik; kein Schutz unwahrer Tatsachenbehauptungen; Strafbarkeit einer diffamierenden Verdachtsäußerung durch einen Beschuldigten gegenüber einem Polizeibeamten).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 187 StGB

275. BVerfG 2 BvR 225/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Januar 2017 (OLG Brandenburg)

Klageerzwingungsverfahren (Zulässigkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung; Darlegungsanforderungen; Angabe von Tatsachen; aus sich selbst heraus verständliche Sachverhaltsschilderung; Formwidrigkeit eines größtenteils aus eingescannten Dokumenten bestehenden Antrags; Willkürverbot).

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

276. BVerfG 2 BvR 2282/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. März 2017 (StA Rostock)

Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch die Begründung einer Einstellungsmitteilung (Ermittlungsverfahren gegen einen Jugendlichen; Absehen von der Verfolgung; Unzulässigkeit einer Schuldfeststellung oder Schuldzuweisung; Zulässigkeit der Beschreibung und Bewertung einer Verdachtslage; Formulierung der Entscheidungsgründe).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 45 Abs. 1 JGG; § 153 StPO

277. BGH 3 StR 183/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Hannover)

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

278. BGH 3 StR 216/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Aurich)

Beruhens des Strafausspruchs auf der unvollständigen Mitteilung verständigungsbezogener Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Konnex zwischen prozessualen Verhalten und Straferwartung; mitzuteilender Gesprächsinhalt; Standpunkte der Gesprächsteilnehmer und Resonanz bei den Beteiligten; keine Normativierung des Beruhensbegriffs bei zulässigem Inhalt der nicht vollständig mitgeteilten Gespräche; Öffentlichkeit; Verständigung über unbenannten minder schweren Fall); rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.
§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

279. BGH 3 StR 2/17 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Krefeld)

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

280. BGH 3 StR 236/15 – Beschluss vom 15. November 2016 (BGH)

Divergenzvorlage; keine Tateinheit trotz teilweiser Identität der Ausführungshandlungen im Betäubungsmittelstrafrecht (unterschiedliche Betäubungsmittelmengen; Transport des Kaufgeldes; Fahrt zum Lieferanten; Bezahlung auf „Kommission“ erlangter Betäubungsmittel; weiter Tatbegriff beim Handelreiben; Bewertungseinheit; eigener Unrechts- und Schuldgehalt; Tatmehrheit).

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 132 GVG

281. BGH 3 StR 262/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhafte Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung trotz Fehlens der formellen Anordnungsvoraussetzungen (lediglich eine Vorverurteilung bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung).

§ 66 StGB

282. BGH 3 StR 331/16 – Urteil vom 1. Dezember 2016 (LG Aurich)

Verständigung (keine Rechtswirkung durch „Widerruf“ der Staatsanwaltschaft nach mit ihrer Zustimmung zustande gekommener Verständigung; Bindungswirkung; Tatgericht; veränderte Beurteilungsgrundlage; Prozessverhalten des Angeklagten; Unvertretbarkeit der Strafrahmendezusage; regelmäßige Unverwertbarkeit des Geständnisses nach Aufhebung und Zurückverweisung); Betäubungsmitteldelikte (teils zum Weiterverkauf, teils zum Eigenkonsum bestimmte Betäubungsmittelmenge; Konkurrenzen; nicht geringe Menge; Bewertungseinheit; Erwerb durch Schenkung); sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung.

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 29 BtMG; § 29a BtMG

283. BGH 3 StR 354/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (LG Aurich)

Körperverletzung (Anforderungen an das Vorliegen einer körperlichen Misshandlung bei einem Schlag gegen den Hals oder den Oberkörper; üble unangemessene Behandlung; nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens).

§ 223 StGB

284. BGH 3 StR 63/15 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Osnabrück)

Divergenzvorlage; schuldhaftes Sich-Berauschen als alleiniger Grund für die Versagung der Strafmilderung bei erheblicher Verminderung der Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung; Ermessensausübung; Gesamtwürdigung der schuldrelevanten Umstände; Einzelfallbetrachtung; Vorhersehbarkeit des rauschbedingt erhöhten Straftatrisikos; gesetzgeberische Wertung).

§ 21 StGB; § 323a StGB; § 122 OWiG; § 7 WStG; § 132 GVG

285. BGH 3 StR 411/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Kleve)

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

286. BGH 3 StR 415/16 – Urteil vom 9. Februar 2017 (LG Krefeld)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung zum Tötungseventualvorsatz (billigendes Inkaufnehmen; tatrichterliche Würdigung; Gewalthandlungen; unter-

schiedliche Feststellungen trotz gleichbleibender Tatsachengrundlage; unterlassene Rettungsmaßnahmen); unverzügliche Vorführung des Festgenommenen (Nachholung der richterlichen Entscheidung ohne Verzögerung; sachlicher Grund; Einlassung; Vorhalt der Angaben von Mitbeschuldigten).

§ 128 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 136a StPO; § 261 StPO; Art. 104 GG

287. BGH 3 StR 417/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Düsseldorf)

Unzureichende Auseinandersetzung mit einer möglichen Provokation im Rahmen der Prüfung eines minder schweren Falles der gefährlichen Körperverletzung.

§ 213 StGB; § 224 StGB

288. BGH 3 StR 419/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Verden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

289. BGH 3 StR 430/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Bad Kreuznach)

Beihilfe zum Betrug durch Anfertigung von Scheinrechnungen bei tatsächlichem Angebot zur Aufnahme in ein nichtexistierendes privates Onlineregister; Bestimmtheit der Haupttatvorstellung beim Gehilfenvorsatz; Gewerbsmäßigkeit als besonderes persönliches Merkmal.

§ 27 StGB; § 28 StGB; § 263 StGB

290. BGH 3 StR 435/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (KG)

Billigung von Straftaten durch nachträgliches Gutheißen von Tötungen Gefangener durch Mitglieder des „IS“ (Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Verherrlichung von Auslandstaten; „Internationalisierung“ eines zunächst nichtinternationalen bewaffneten Konflikts in Syrien; Journalist als „in der Gewalt der gegnerischen Partei“ befindliche Person; humanitäres Völkerrecht).

§ 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 140 Nr. 2 StGB; § 8 VStGB

291. BGH 3 StR 440/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (LG Kleve)

Tatbegriff im Rahmen der Anrechnung von im Ausland erlittener Haft; konstitutive Wirkung der Anrechnungsentscheidung.

§ 51 StGB

292. BGH 3 StR 442/16 – Urteil vom 12. Januar 2017 (LG Verden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

293. BGH 3 StR 447/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Duisburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Revisionsbegründungsfrist bei irrtümlich vom Gericht gewährter Fristverlängerung.

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 345 StPO

294. BGH 3 StR 453/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Trier)

Strafantragserfordernis beim Haus- und Familiendiebstahl (Anwendbarkeit bei Regelbeispiel und Qualifikatio-

nen; kein automatischer Übergang bei Tod des Antragsberechtigten; Antragsrecht des Eigentümers); Beendigung des Diebstahls; Keine Zweitzueignung bei Unterschlagung.

§ 77 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; § 244 StGB; § 246 StGB

295. BGH 3 StR 483/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG Kleve)

Fehlende Berücksichtigung der Sicherstellung von Betäubungsmitteln als bestimmender Strafzumessungsgrund.

§ 29 BtMG; § 46 StGB

296. BGH 3 StR 551/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Lüneburg)

Unzulässigkeit des nicht binnen Wochenfrist gestellten Wiedereinsetzungsantrags.

§ 45 StPO

297. BGH 3 ARs 16/16 – Beschluss vom 15. November 2016

Anfrageverfahren; Herausgabe von Betäubungsmitteln als Vermögensverlust (wirtschaftlicher Vermögensbegriff; tatsächlicher Wert; zivilrechtlicher Besitzschutz; Wertungswidersprüche; Einheit der Rechtsordnung).

§ 253 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 132 GVG

298. BGH 3 ARs 20/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (Ermittlungsrichterin des Bundesgerichtshofs)

BGHSt; Minderheitenrechte im parlamentarischen Untersuchungsausschuss (Rechtsschutz bei nicht vollzogenem Beweisbeschluss; Antrag auf Schaffung der Voraussetzungen für die Vernehmung eines Zeugen; „Edward Snowden“; Zulässigkeit; Statthaftigkeit; Antragsbefugnis; Quorum; qualifizierte Minderheit; Spannungsverhältnis zwischen Minderheitenrechten und Mehrheitsprinzip; verfassungsrechtliche Vorgaben; Grundsatz der Spiegelbildlichkeit bei der Zusammensetzung von Ausschüssen).

Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG; § 17 Abs. 2 und Abs. 4 PUAG; § 244 StPO

299. BGH 5 AR (Vs) 4/17 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (OLG Karlsruhe)

Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde bei fehlender Zulassung.

§ 29 Abs. 1 EGGVG

300. BGH 5 StR 5/17 – Beschluss vom 9. Februar 2017 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

301. BGH 5 StR 10/17 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

302. BGH 5 StR 38/17 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Chemnitz)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Annahme einer Bewertungseinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (ein und derselbe Güterumsatz; Teilmengen); rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzugs.

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 67 Abs. 2 StGB

303. BGH 5 StR 45/17 – Beschluss vom 9. Februar 2017 (LG Itzehoe)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 44 StPO

304. BGH 5 StR 472/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Saarbrücken)

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

305. BGH 5 StR 48/17 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Bremen)

Verjährung beim sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen; rechtsfehlerhafte Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch von Kindern.
§ 78 StGB; § 174 StGB; § 176 StGB

306. BGH 5 StR 502/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Berlin)

Unzulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung.
§ 45 StPO

307. BGH 5 StR 504/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Hamburg)

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

308. BGH 5 StR 9/17 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Cottbus)

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

309. BGH 5 StR 535/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Göttingen)

Wirksame mündliche Betrauung einer Justizangestellten mit den Aufgaben einer Urkundsbeamtin.
§ 153 Abs. 5 Satz 1 GVG; § 226 Abs. 1 StPO

310. BGH 5 StR 537/16 – Urteil vom 8. März 2017 (LG Braunschweig)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Nichtbeachtung eines wesentlichen prognoserelevanten Umstands bei der negativen Gefahrenprognose); Unwirksamkeit der Rechtsmittelbeschränkung bei untrennbarem Zusammenhang zwischen Aussetzungsentscheidung und Maßregelanspruch.
§ 56 StGB; § 63 StGB

311. BGH 5 StR 541/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Berlin)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Anforderungen an die Würdigung der Aussage eines teilweise lügenden Zeugen).
§ 261 StPO

312. BGH 5 StR 544/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Berlin)

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

313. BGH 5 StR 545/16 – Urteil vom 22. Februar 2017 (LG Berlin)

Erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit bei Beschaffungsdelikten eines betäubungsmittelabhängigen Täters (Angst vor Entzugserscheinungen; eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfung der tatrichterlichen Entscheidung); Widerspruch zwischen Revisionsantrag und Inhalt der Revisionsbegründung.
§ 21 StGB; § 344 StPO; Nr. 156 Abs. 2 RiStBV

314. BGH 5 StR 552/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Berlin)

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

315. BGH 5 StR 564/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Hamburg)

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

316. BGH 5 StR 570/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Saarbrücken)

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

317. BGH 5 StR 586/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Hamburg)

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

318. BGH 5 StR 592/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Hamburg)

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

319. BGH 5 StR 596/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Berlin)

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

320. BGH 5 StR 598/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Neuruppin)

Schwerer Bandendiebstahl (Abgrenzung von Bandentat und im Interesse einzelner Mitglieder begangener Tat); besonders schwerer Fall des Diebstahls (Einsteigen; Gewerbsmäßigkeit).
§ 242 StGB; § 243 StGB; § 244a StGB

321. BGH 5 StR 605/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Bremen)

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

322. BGH 5 StR 606/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Dresden)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Darstellung von DNA-Vergleichsuntersuchungen in den Urteilsgründen (unzureichender pauschaler Verweis auf das Gutachten; fehlende Mitteilung von Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters).
§ 261 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

323. BGH 5 StR 607/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Chemnitz)

Keine analoge Anwendung der Vorschriften über Transparenz- und Mitteilungspflichten bei in öffentlicher Hauptverhandlung geführten Gesprächen.

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

324. BGH 5 StR 609/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Berlin)

Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (nicht erhebliche Anlasstat; Tendenz zur serienmäßigen Tatbegehung; drohender Gesamtschaden; Ausmaß der Störung des Rechtsfriedens).

§ 63 StGB

325. BGH 5 StR 615/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Berlin)

Fehlende Berücksichtigung der Härtefallvorschrift bei Absehen vom Verfall aufgrund entgegenstehender Ansprüche; Keine Wiedereinsetzung bei Versäumung der Frist zur Gegenerklärung im Revisionsverfahren.

§ 73c StGB; § 45 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 3 S. 2 StPO

326. BGH 5 ARs 54/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017

Kein Durchdringen eines unzulässigen Ablehnungsgesuchs bei Verbindung mit dem Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs.

§ 24 StPO; § 33a StPO

327. BGH 5 ARs 57/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (BGH)

Anfrageverfahren zur strafschärfenden Berücksichtigung des direkten Vorsatzes bei Tötungsdelikten.

§ 132 GVG; § 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB

328. BGH AK 1/17 – Beschluss vom 1. Februar 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland („IS“); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

329. BGH StB 4/17 – Beschluss vom 23. Februar 2017

Fortdauer der Untersuchungshaft über fünf Jahre bei dringendem Tatverdacht wegen Beihilfe zum Mord in neun Fällen im „NSU-Verfahren“ (Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Straferwartung).

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 27 StGB; § 211 StGB

330. BGH StB 2/17 – Beschluss vom 9. Februar 2017

Unbeachtlichkeit fremdsprachiger Schreiben (Deutsch als Gerichtssprache; Einschränkung bei für das Verfahren wesentlichen Dokumenten; nichtverteidigter Beschuldiger); dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Beurteilung des Verdachtsgrades durch das Beschwerdegericht); keine Erforderlichkeit voller Überzeugung hinsichtlich der dir

Fluchtgefahr begründenden Tatsachen; Verhältnismäßigkeit der Haftfortdauer; Beschleunigungsgebot.

§ 184 GVG; § 187 GVG; Art. 6 EMRK; § 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

331. BGH 1 StR 112/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Koblenz)

Beihilfe durch berufstypische Handlungen (Voraussetzungen); erforderlicher Inhalt der Anklageschrift (Umgrenzung des Verfahrensgegenstands bei Steuerhinterziehung).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 200 Abs. 1 Satz StPO; § 370 Abs. 1 AO

332. BGH 1 StR 185/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Landshut)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge bei teilweise Schwarzlohnzahlung; sozialrechtlicher Begriff des Arbeitgebers); Steuerhinterziehung (Verjährung bei besonders schweren Fällen: Ruhen der Verjährung durch Eröffnung des Hauptverfahrens).

§ 266a StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 376 AO; § 78b Abs. 4 StGB

333. BGH 1 StR 351/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Regensburg)

Adhäsionsverfahren (Bemessung von Schmerzensgeld bei Mittätern); Tötungsvorsatz (Gesamtbetrachtung); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot), Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Tat und Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 404 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 252 BGB; § 830 BGB; § 112 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB

334. BGH 1 StR 360/16 – Urteil vom 12. Januar 2017 (LG Mosbach)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil: erforderliche Gesamtwürdigung aller Beweise; Revisibilität).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz StPO

335. BGH 1 StR 385/16 – Urteil vom 26. Januar 2017 (LG München I)

Versuchter Totschlag (Schütteln eines Kleinkindes; Vorsatz; Rücktritt); gefährliche Körperverletzung; schwere Körperverletzung; tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Vollständigkeit); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 46 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 224 StGB; § 226 StGB

336. BGH 1 StR 415/16 – Urteil vom 9. Februar 2017 (LG Landshut)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Vortatverhalten; Verhältnis von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypen Strafmilderungsgründen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB; § 50 StGB

337. BGH 1 StR 492/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Schweinfurt)

Strafzumessung (Verschlechterungsverbot bei Aufhebung einer Gesamtstrafe; keine Strafobergrenze aus dem Alter des Angeklagten); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 353 Abs. 1 StPO; § 52 StGB

338. BGH 1 StR 532/16 – Beschluss vom 27. Januar 2017 (LG Mosbach)

Geiselnahme (Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und beabsichtigter Nötigung; Eintritt des Nötigungserfolgs während der Dauer der Zwangslage); Schuldunfähigkeit (relevanter Zeitpunkt alleine der Tatbegehung).

§ 239b Abs. 1 StGB; § 20 StGB

339. BGH 1 StR 570/16 – Beschluss vom 25. Januar 2017 (LG München I)

Vorhalte- und Verwertungsverbot für aus dem Bundeszentralregister getilgte Vorstrafen (Anwendbarkeit auf die Anordnung von Maßregeln); Berufsverbot (Voraussetzungen: Gesamtwürdigung der Tat und des Täters); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Doppelverwertungsverbot).

§ § 51 Abs. 1 BZRG; § 70 StGB; § 174c StGB; § 46 Abs. 3 StGB

340. BGH 1 StR 571/16 – Beschluss vom 22. Dezember 2016 (LG Stuttgart)

Vorsatz (Beweiswürdigung: erforderliche Gesamtbetrachtung).

§ 15 StGB; § 261 StPO

341. BGH 1 StR 637/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Mosbach)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

342. BGH 1 StR 646/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Ansbach)

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

§ 64 StGB

343. BGH 2 StR 199/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG Aachen)

Darstellungsanforderungen an ein freisprechendes Urteil.

§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

344. BGH 2 StR 436/16 – Beschluss vom 18. Januar 2017 (LG Frankfurt a. M.)

Eingeschränkte Schuldfähigkeit (ausnahmsweise erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit durch Drogenabhängigkeit).

§ 21 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die Abhängigkeit von Drogen für sich gesehen keine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (vgl. BGH NStZ 2013, 519). Eine rechtlich erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit ist bei einem

Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise gegeben, etwa wenn langjähriger Betäubungsmittelmissbrauch zu schweren Persönlichkeitsveränderungen geführt hat, der Täter unter starken Entzugserscheinungen leidet und durch sie dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen, oder unter Umständen, wenn er die Tat im Zustand eines akuten Rauschs verübt. In Ausnahmefällen kann auch die Angst vor unmittelbar bevorstehenden Entzugserscheinungen, die der Angeklagte schon einmal als äußerst unangenehm („intensivst“ oder „grausamst“) erlitten hat, zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit führen.

345. BGH 2 StR 509/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Aachen)

Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Sachverständigen wegen eigener Sachkunde des Gerichts (Darlegungsanforderungen).

§ 244 Abs. 4 Satz 1, Abs. 6 StPO

346. BGH 2 ARs 62/17 (2 AR 18/17) – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Stade)

Zuständigkeit für die Erledigterklärung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 67d Abs. 5 StGB; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 14 StPO

347. BGH 2 ARs 196/16 (2 AR 138/16) – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Koblenz; VG Düsseldorf)

Verweisung an ein Gericht eines anderen Gerichtszweiges (ausnahmsweiser Wegfall der Bindungswirkung der Verweisung; Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters; gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit: zuständiges Gericht).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 17a Abs. 2 GVG; § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO

348. BGH 4 StR 196/16 – Urteil vom 2. März 2017 (LG Detmold)

Mittäterschaft (erforderliche Gesamtbetrachtung: eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (Darstellung der Strafzumessungsgründe im Urteil).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

349. BGH 4 StR 334/16 – Urteil vom 19. Januar 2017 (LG Bielefeld)

Strafzumessung (ausnahmsweise Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB

350. BGH 4 StR 397/16 – Urteil vom 2. März 2017 (LG Zweibrücken)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

351. BGH 4 StR 406/16 – Beschluss vom 2. März 2017 (LG Bochum)

Verhältnis von Beihilfe und späterer täterschaftlichen Beteiligung an derselben Tat (einheitliche täterschaftliche Tat; sukzessive Mittäterschaft).

§ 25 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

352. BGH 4 StR 423/16 – Urteil vom 2. Februar 2017 (LG Essen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung aller Beweise; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

353. BGH 4 StR 470/16 – Beschluss vom 9. November 2016 (LG Essen)

Computerbetrug; Kreditkartenmissbrauch.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 266b StGB

354. BGH 4 StR 87/16 – Beschluss vom 24. November 2016 (LG Bielefeld)

Betrug (Mitursächlichkeit der Täuschung für den Irrtum; Umgang mit massenhaft vorliegenden Sachverhalten); Tateinheit (uneigentliches Organisationsdelikt: Darstellung im Urteil).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

355. BGH 4 StR 578/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Dortmund)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft: Voraussetzungen bei fehlendem eigenhändigen Transport); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

356. BGH 4 StR 580/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Paderborn)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln und Beihilfe dazu (Tateinheit; Konkurrenzverhältnis zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln und zum unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln: Tateinheit durch Klammerwirkung, Voraussetzungen).

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

357. BGH 4 StR 597/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Halle)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Fahruntüchtigkeit bei Rauschmittelkonsum: Blutwirkstoffbefund alleine nicht ausreichend, Berücksichtigung der Fahrweise bei Fluchtfahrt); unerlaubtes Handelstreiben mit Betäubungsmitteln (Verhältnis zu Straftaten, die während einer Beförderungsfahrt begangen werden: Tateinheit); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 315c Abs. 1 Nr. 1 a) StGB; § 316 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

358. BGH 4 StR 635/16 – Beschluss vom 1. Februar 2017 (LG Bochum)

Notwehr (Begriff des gegenwärtigen Angriffs: Voraussetzungen, objektive Bestimmung nach den Absichten des Angreifers; Erlaubnistatbestandsirrtum).

§ 32 Abs. 2 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

359. BGH 1 StR 135/15 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG München I)

Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 33a StPO

360. BGH 1 StR 231/16 – Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Weiden)

Unerlaubte bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anstiftung; Bezugspunkt, Einzelfallabwägung, omnimodo facturus; Mittäterschaft: Voraussetzungen); Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung der gegen Mittäter verhängten Strafen); Verfall (obligatorische Anordnung); Härtefall (revisionsrichterliche Überprüfung von Ermessensfehlern); Revisionsbegründung (Berücksichtigung trotz widersprüchlichen Verhaltens der Staatsanwaltschaft).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB; § 46 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB; § 344 StPO

361. BGH 1 StR 253/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG München I)

Verfahrensrüge (Anforderungen); Erpressung (Voraussetzungen; keine unrechtmäßige Bereicherung bei tatsächlichen oder irrtümlich angenommenem fälligen, einreddefreien Anspruch); Nötigung (Voraussetzungen; Parkkralle oder Ankündigung der Abschleppung als Nötigungsmittel; Verwerflichkeit des Handelns); Verbotsirrtum (Unvermeidbarkeit: rechtlicher Maßstab, Vertrauen in rechtliche Beratung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 253 Abs. 1 StGB; § 240 Abs. 1 und 2 StGB; § 17 StGB

362. BGH 1 StR 487/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Ravensburg)

Ausschluss der Öffentlichkeit (Anordnung kraft Gesetzes).

§ 171b Abs. 3 Satz 2 GVG

363. BGH 1 StR 490/16 – Beschluss vom 9. Februar 2017 (LG Nürnberg/Fürth)

Einziehungsanordnung (Bezeichnung der einzuziehenden Gegenstände im Urteilstenor).

§ 74 StGB

364. BGH 1 StR 569/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Mosbach)

Schwere Körperverletzung (Verlust des Sehvermögens als schwere Folge; Schwellenwert).

§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB

365. BGH 1 StR 588/16 – Beschluss vom 25. Januar 2017 (LG München I)

Notwehr (Gegenwärtigkeit des Angriffs); Putativnotwehrexzess.

§ 32 Abs. 2 StGB; § 33 StGB

366. BGH 1 StR 604/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Ravensburg)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont bei Tötungsdelikten: beendeter und unbeendeter Versuch); Hang (psychische Abhängigkeit; symptomatischer Zusammenhang).

§§ 22, 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

367. BGH 1 StR 629/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG München II)

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 62 StGB

368. BGH 1 StR 632/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Ulm)

Versuch der Anstiftung zur Falschaussage (Konkurrenzen); Strafreitelung (Konkurrenzen; Versuch).
 § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; 53 Abs. 1 StGB; § 159 StGB; § 258 Abs. 1 und 4 StGB

369. BGH 1 StR 647/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Passau)

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

370. BGH 1 StR 651/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG München I)

Bildung der Gesamtstrafe (Beachtung des Gesamtstrafübels; Anrechnung ausländischer Vorverurteilung).
 § 54 Abs. 1 StGB

371. BGH 1 StR 664/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Heidelberg)

Besonders schwerer Raub (anderes gefährliches Werkzeug); gefährliche Körperverletzung (anderes gefährliches Werkzeug).
 § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

372. BGH 1 StR 671/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Tübingen)

Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (ausnahmsweise Entbehrlichkeit von Vortrag und Glaubhaftmachung).
 § 45 Abs. 1 StPO

373. BGH 2 StR 303/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Meiningen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Einstufung der Gefährlichkeit von Methamphetamin).
 § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

374. BGH 2 StR 46/15 – Urteil vom 6. Oktober 2016 (LG Köln)

BGHSt; Verfahrensrüge (Zulässigkeit: befristeter Widerspruch des Angeklagten nicht vorausgesetzt); Verfahren bei der Durchsuchung (Richtervorbehalt; Anordnung durch Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug); Beweisverwertungsverbote (Hypothese eines rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs bei Verkennung des Richtervorbehalts).
 Art. 13 Abs. 1 GG; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 257 Abs. 1 StPO, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

375. BGH 2 StR 332/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Gera)

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

376. BGH 2 StR 340/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (BGH)

Unzulässige Anhörungsrüge (Glaubhaftmachung).
 § 356a StPO

377. BGH 2 StR 393/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Neubrandenburg)

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

378. BGH 2 StR 401/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Limburg)

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

379. BGH 2 StR 417/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Kassel)

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

380. BGH 2 StR 431/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (BGH)

Kosten- und Auslagenentscheidung (sofortige Beschwerde: Zuständigkeit).
 § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO

1. Eine Zuständigkeit des Revisionsgerichts für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung nach § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO besteht nur, wenn es zugleich über eine vom Beschwerdeführer eingelegte Revision zu entscheiden hat, weil nur in diesem Fall der erforderliche enge Zusammenhang zwischen beiden Rechtsmitteln besteht.

2. Hat nur der Angeklagte Revision, die Nebenklägerin aber nur Kostenbeschwerde eingelegt, so entscheidet über die Beschwerde das Beschwerdegericht.

381. BGH 2 StR 434/14 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (BGH)

Bewilligung einer Pauschvergütung (Gesonderter Ausweis der Umsatzsteuer; steuerlicher Abzug von Gebührenerstattungen).
 § 51 Abs. 1 Satz 1 und 2 RVG; § 51 Abs. 2 Satz 2 RVG

382. BGH 2 StR 444/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Erfurt)

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

383. BGH 2 StR 496/16 – Beschluss vom 18. Januar 2017

Zurückstellung zur weiteren Beratung.

384. BGH 2 StR 548/16 – Beschluss vom 15. Februar 2017 (LG Aachen)

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

385. BGH 2 StR 569/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Rostock)

Strafzumessung (Berücksichtigung ausländischer Vorstrafen).
 § 46 StGB

386. BGH 2 ARs 234/16 (2 AR 144/16) – Beschluss vom 10. Januar 2017

Zurückweisung des Antrags auf Nachholung rechtlichen Gehörs.
 § 33a StPO

387. BGH 2 ARs 258/16 (2 AR 195/16) – Beschluss vom 14. Dezember 2016

Zurückweisung der Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts, auf Gewährung von Prozesskostenhilfe und auf Beordnung eines Verteidigers.

§ 13a StPO; § 14 StPO; § 19 StPO

388. BGH 2 ARs 278/16 (2 AR 168/16) – Beschluss vom 18. Januar 2017 (BGH)

Verwerfung des Ablehnungsgesuchs als unzulässig.

§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

389. BGH 2 ARs 288/16 (2 AR 209/16) – Beschluss vom 3. Januar 2017

Örtliche Zuständigkeit (Abweichung vom faktischen Aufenthaltsort).

§ 42 Abs. 3 JGG

390. BGH 2 ARs 398/16 (2 AR 248/16) – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Mainz)

Antrag auf gerichtliche Entscheidung (grundrechtskonforme Auslegung); Vollzugsplan (Funktion; Selbstbindung der Verwaltung zugunsten des Gefangenen; Vollzugsplanfortschreibung); beteiligte Vollzugsbehörde.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 7 StVollzG; § 109 StVollzG; § 111 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG

391. BGH 4 StR 346/16 – Beschluss vom 15. Februar 2017 (LG Freiburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

392. BGH 4 StR 388/16 – Beschluss vom 1. Februar 2017 (LG Bochum)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung); Verbot der reformatio in peius.

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

393. BGH 4 StR 401/16 – Beschluss vom 1. Februar 2017 (LG Coburg)

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (Konkurrenzen).

§ 43 Abs. 1 StGB; § 142 StGB

394. BGH 4 StR 406/16 – Beschluss vom 2. März 2017 (LG Bochum)

Inbegriffsrüge (Nachweis eines Verstoßes; Rückschlüsse aus fehlender Erwähnung eines Beweisergebnisses).

§ 261 StPO

395. BGH 4 StR 436/16 – Beschluss vom 1. März 2017 (LG Magdeburg)

Strafaussetzung (Berücksichtigung des Verhaltens des späteren Angeklagten im Ermittlungsverfahren).

§ 21 Abs. 1 S. 1 und 2 JGG

396. BGH 4 StR 519/16 – Beschluss vom 1. Februar 2017 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

397. BGH 4 StR 553/16 – Beschluss vom 2. Februar 2017 (LG Baden-Baden)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Nachholung der Unterbringungsanordnung; Wechselwirkung zwischen Strafe und Maßregel).

§ 64 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO

1. Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, hindert die Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht (§ 358 Abs. 2 Satz 3 StPO).

2. Erscheint die Begehung weiterer hangbedingter erheblicher Straftaten durch einen Angeklagten zumindest wahrscheinlich, ist die Prüfung unerlässlich, ob die gegenständliche Tat auf einen Hang des Angeklagten zurückgeht, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen und ob auch die weiteren Voraussetzungen für eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gegeben sind.

3. Zwischen Strafe und Maßregel nach § 64 StGB besteht grundsätzlich keine Wechselwirkung.

398. BGH 4 StR 86/13 – Beschluss vom 22. März 2017

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 44 StPO

399. BGH 4 StR 560/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

400. BGH 4 StR 565/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Konstanz)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: erhebliche Straftaten; Angriffe auf Polizeibeamte).

§ 63 StGB

1. Wird die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus auf der Grundlage des § 63 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften vom 8. Juli 2016 in Betracht gezogen, ist hinsichtlich der Gefährlichkeitsprognose zu berücksichtigen, dass Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, nicht ohne weiteres dem Bereich der erheblichen Straftaten zuzurechnen sind.

2. Gelangt der Tatrichter zu dem Ergebnis, dass von einem Beschuldigten in Zukunft (auch) Taten zum Nachteil der eingesetzten Polizeibeamten zu erwarten sind, hat er bei deren Gewichtung in den Blick zu nehmen, dass Angriffe gegen Personen, die professionell mit derartigen Konfliktsituationen umgehen, dafür entsprechend geschult sind und in der konkreten Situation über besondere Hilfs- und Schutzmittel verfügen, möglicherweise weniger gefährlich sind.

401. BGH 4 StR 578/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Dortmund)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft: Voraussetzungen).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

1. Zwar erfordert der Tatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln keinen eigenhändigen Transport der Betäubungsmittel über die Grenze, so dass Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB grundsätzlich auch ein Beteiligter sein kann, der das Rauschgift nicht selbst in das Inland verbringt. Voraussetzung dafür ist nach den auch hier geltenden Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts aber ein die Tatbegehung objektiv fördernder Beitrag, der sich als ein Teil der Tätigkeit aller darstellt und der die Handlungen der anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheinen lässt. Hierzu ist eine wertende Gesamtbetrachtung erforderlich.

2. Von besonderer Bedeutung sind dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betroffenen abhängen. Entscheidender Bezugspunkt ist der Einfuhrvorgang selbst. Das bloße Interesse an dessen Gelingen genügt nicht, wenn der Betroffene keine Tatherrschaft oder zumindest Tatherrschaftswillen hat.

402. BGH 4 StR 585/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Detmold)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer Verurteilung; Erledigung gesamtstrafenfähiger Vorstrafen; Verbot der reformatio in peius).

§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

403. BGH 4 StR 590/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Kaiserslautern)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

404. BGH 4 StR 591/16 – Beschluss vom 28. Februar 2017 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

405. BGH 4 StR 606/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

406. BGH 4 StR 610/16 – Beschluss vom 2. Februar 2017 (LG Dessau-Roßlau)

Widersprüchliche Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz.

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

407. BGH 4 StR 628/16 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Münster)

Urteilsgründe (unzulässiger Verweis auf äußere Erkenntnisquellen).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

408. BGH 4 StR 629/16 – Beschluss vom 15. Februar 2017 (LG Freiburg)

Urkundenfälschung (Nutzung gestohlener amtlicher Kennzeichen im öffentlichen Straßenverkehr; Ausnahme bei Überführungskennzeichen).

§ 267 Abs. 1 StGB

1. Hat der Täter schon beim Anbringen der gestohlenen amtlichen Kennzeichen den Vorsatz, das Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, stellen der – gegebenenfalls mehrfache – Gebrauch der unechten zusammengesetzten Urkunde sowie ihre Herstellung eine tatbestandliche Handlungseinheit und damit nur eine Urkundenfälschung dar.

2. Das jeweils tateinheitliche Zusammentreffen weiterer, auf der Fahrt begangener Delikte mit der einheitlichen Urkundenfälschung hat zur Folge, dass sämtliche Gesetzesverstöße zu einer Tat im materiell-rechtlichen Sinne verklammert werden.

3. Wird an einem Fahrzeug lediglich ein Überführungskennzeichen („rotes Nummernschild“) angebracht, stellt selbst bei einer – nach § 16 Abs. 5 Satz 2 FZV nicht vorgeschriebenen – festen Verbindung mit einem solchen Kennzeichen das Fahrzeug keine (zusammengesetzte) Urkunde dar.