

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

Prof. 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; Prof. Dr. Lutz Eidam,

LL.M., Univ. Bielefeld; Dr. Antje du

Bois-Pedain, MJur (Oxon), Univ.

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, 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., Frankfurt a.M.; Prof. Dr.

Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifs-

wald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Ham-

burg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers,

Univ. Basel

Publikationen

Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M., Univ. Hannover – **Innerfamiliäre Garantenpflichten unter Erwachsenen** Anm. zu BGH HRRS 2017 Nr. 1220 S. 15

Wiss. Mit. Lucas Tomiak, Univ. Bonn – **Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern** Anm. zu BGH HRRS 2017 Nr. 1089 S. 18

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

BVerfG **Volle Überprüfung der Auslieferungshaft auch in der EU**

BVerfG **Kein Aufschub der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe**

BGHSt **Untreue durch kommunale Finanzgeschäfte**

BGHSt **Fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln**

BGHR **Betrug und Missbrauch von Wegstreckenzählern**

BGH **Reichweite der Anstiftung**

BGH **Anfrage- und Vorlageverfahren als rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung**

BGH **Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken**

Die Ausgabe umfasst 91 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

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

Prof. 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; Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; 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., Frankfurt a.M.; 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

19. Jahrgang, Januar 2018, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

3. BVerfG 2 BvR 2655/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2017 (OLG Köln)

Auslieferungshaft (keine unionsrechtliche Determiniertheit der Auslieferungshaft aufgrund eines Europäischen Haftbefehls; Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsgrundrecht und Interesse an einem funktionierenden zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehr; Begründungstiefe von Haftentscheidungen; Fluchtgefahr; keine Herleitung allein aus der Straferwartung oder aus rechtlichem Vorbringen; Verhältnismäßigkeit; Erfordernis einer expliziten Abwägung im Einzelfall; Außer-vollzugsetzung des Haftbefehls als milderes Mittel).
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 15 Abs. 1 Nr. 1 IRG; § 25 IRG

1. Das Auslieferungsverfahren auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls ist unionsrechtlich determiniert, so dass sich die verfassungsrechtliche Prüfung grundsätzlich auf die Wahrung der Verfassungsidentität beschränkt. Dies gilt jedoch nicht für die Frage der Auslieferungshaft, die der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl ausdrücklich dem nationalen Recht unterstellt.

2. Bei der Anordnung der Auslieferungshaft ist – ebenso wie bei der Untersuchungshaft – das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Verfolgten und den Bedürfnissen einer funktionierenden Strafrechtspflege sowie zusätzlich dem Interesse an einem funktionierenden zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehr zu beachten.

3. Haftfortdauerentscheidungen unterliegen von Verfassungs wegen einer erhöhten Begründungstiefe und erfordern regelmäßig schlüssige und nachvollziehbare Ausführungen zum Fortbestehen der rechtlichen Voraussetzungen der Haft, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Verfolgten und den hierzu in Widerstreit stehenden Interessen sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit – einschließlich der Möglichkeit einer Außervollzugsetzung des Haftbefehls als milderem Mittel.

4. Allein eine hohe Straferwartung im ersuchenden Staat vermag auch bei der Auslieferungshaft eine Fluchtgefahr nicht zu belegen, sondern kann lediglich Ausgangspunkt der vorzunehmenden intensiven Einzelfallprüfung sein. Ebensowenig darf aus dem Vortrag des anwaltlichen Beistandes, die Haftbedingungen im Zielstaat genügen den menschenrechtlichen Mindestanforderungen nicht, der Schluss gezogen werden, der Verfolgte werde sich dem Auslieferungsverfahren entziehen.

5. Ein Beschluss, mit dem das Oberlandesgericht die Fortdauer der Auslieferungshaft anordnet, genügt im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn es an einer expliziten Abwägungsentscheidung fehlt, die die Besonderheiten des Einzelfalls – wie etwa die Art, den Umfang, die Stetigkeit und die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im ersuchten Staat sowie seine sozialen, familiären, persönlichen und beruflichen Bindungen – berücksichtigt.

4. BVerfG 2 BvR 2772/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (OLG Celle / LG Lüneburg)

Aufschub der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe (Gebot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs; Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Menschenwürde; Erfordernis einer realisierbaren Chance, die Freiheit wiederzuerlangen; Spannungsverhältnis zwischen staatlichem Strafanspruch und Interesse des Verurteilten an seiner Gesunderhaltung; Abwägungsentscheidung; Gebot der bestmöglichen richterlichen Sachaufklärung; hohes Gewicht des staatlichen Strafanspruchs bei Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord in einer Vielzahl von Fällen aufgrund des Dienstes an der Rampe im Konzentrationslager Auschwitz; keine Haftverschonung allein aufgrund des hohen Lebensalters des Verurteilten; Möglichkeit der medizinischen Behandlung und Fürsorge in der Vollzugsanstalt).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 455 StPO

1. Rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen sind grundsätzlich auch zu vollstrecken; dies gebieten die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und die Gleichbehandlung aller im Strafverfahren rechtskräftig Verurteilten.

2. Das Gebot, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen, findet seine Grenzen im Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Durchführung der Strafvollstreckung ist jedenfalls unverhält-

nismäßig, wenn angesichts des Gesundheitszustands des Verurteilten ernsthaft zu befürchten ist, dass er sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen wird.

3. Der staatliche Strafanspruch wird außerdem begrenzt von der Menschenwürde des Verurteilten. Diese erfordert auch bei einem mit besonders schwerer Tatschuld beladenen Verurteilten eine realisierbare Chance, seine Freiheit wiederzuerlangen. Hiermit ist es unvereinbar, wenn die Aussicht auf Freiheit auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest reduziert wird.

4. § 455 StPO trägt dem Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Strafanspruch und dem Interesse des Verurteilten an der Erhaltung seiner Gesundheit und Lebenstüchtigkeit angemessene Rechnung. Bei der Auslegung der Norm sind Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten. Die Entscheidung muss außerdem auf einer zureichenden Sachaufklärung beruhen.

5. Bei einem im Jahre 1921 geborenen Verurteilten, gegen den aufgrund seines Dienstes an der Rampe im Konzentrationslager Auschwitz wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 rechtlich zusammentreffenden Fällen eine Freiheitsstrafe von vier Jahren verhängt worden ist, ist nicht davon auszugehen, dass sein Interesse an einer Haftverschonung allein aufgrund seines hohen Lebensalters das hohe Gewicht des staatlichen Strafanspruchs überwiegt.

6. Das Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist nicht verletzt, wenn dieser zwar unter altersbedingten Krankheiten leidet und der ärztlichen Fürsorge bedarf, wenn das Gericht jedoch unter Heranziehung medizinischer Sachverständigengutachten – die auf der Grundlage eines Wohnungsbesuchs und der den Verurteilten betreffenden vollständigen aktuellen Arztbriefe erstattet worden sind – zu dem Ergebnis gelangt, dass den gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch medizinische Vorkehrungen der Vollzugsanstalt ausreichend Rechnung getragen werden kann.

1. BVerfG 2 BvL 12/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (KG)

Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm des Außenwirtschaftsgesetzes in der Fassung vom 4. November 2010 (Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen; konkrete Normenkontrolle; Darlegungsanforderungen an eine Richtervorlage; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage; fehlende Feststellungen und Beweiswürdigung zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen; erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland; Kenntnis eines Angeklagten von Verwendungszweck und Bestimmungsland von Ausfuhrgütern).

Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 81a Satz 1 BVerfGG; § 33 Abs. 1 AWG a.F.; § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG a.F.; § 5d Abs. 1 AWW a.F.; § 70 Abs. 1 Nr. 2 AWW a.F.

1. Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nur zulässig, wenn das Fachgericht nachvollziehbar darlegt, dass es bei seiner anstehenden Entscheidung auf die Gültigkeit der Norm ankommt und aus welchen Gründen es von der Unvereinbarkeit der Norm mit der Verfassung überzeugt ist.

2. Zur Begründung der Entscheidungserheblichkeit muss das Gericht darlegen, dass und aus welchen Gründen es im Falle der Gültigkeit der für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsvorschrift zu einem anderen Ergebnis käme als im Falle der Ungültigkeit.

3. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage ist nicht hinreichend dargetan, wenn sich das Strafgericht in seiner Beweiswürdigung zu der im Einzelfall die Strafbarkeit – nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG a.F. – erst begründenden Feststellung nicht näher verhält, die Taten der Angeklagten seien geeignet, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden.

4. Den Darlegungsanforderungen ist auch dann nicht genügt, wenn in den Feststellungen nicht ausgeführt ist, inwieweit ein wegen einer Straftat nach den § 34 Abs. 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 33 Abs. 1 AWG a.F., §§ 5d

Abs. 1, 70 Abs. 1 Nr. 2 AWW a.F. Angeklagter vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle über das Bestimmungsland sowie darüber unterrichtet worden ist, dass die zur Ausführung bestimmten Güter für die Errichtung, den Betrieb oder zum Einbau in eine Anlage für kerntechnische Zwecke bestimmt sind oder sein können.

2. BVerfG 2 BvR 2640/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (OLG München / LG Augsburg)

Erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (elektronische Aufenthaltsüberwachung; „elektronische Fußfessel“; Folgenabwägung; Überwiegen der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB

Geht von einem wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern Verurteilten nach Einschätzung der Strafvollstreckungskammer die Gefahr weiterer erheblicher Straftaten aus, so überwiegt das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit die mit dem Tragen einer „elektronischen Fußfessel“ verbundenen Einschränkungen der Lebensführung, so dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten des Betroffenen nicht in Betracht kommt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

24. BGH 1 StR 146/17 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Mosbach)

Anstiftung (Veranlassung zu einer konkret-individualisierten Tat: vorherige Bereitschaft des Angestifteten, allgemein derartige Taten zu begehen, omnimodo facturus; hier: Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln durch Bestellung in einem Online-Shop).

§ 26 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Der Annahme von Anstiftung steht es nicht entgegen, 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 hatte (vgl. BGHSt 45, 373, 374); denn hier fehlt es noch an einer konkret-individualisierten Tat, zu der der Haupttäter erst noch durch Hervorrufen des Tatentschlusses veranlasst werden muss (vgl. BGH NStZ 1994, 29, 30).

2. Selbst wenn also ein Betäubungsmittelhändler seine grundsätzliche Bereitschaft bekundet hatte, Betäubungsmittel ins Ausland liefern zu wollen, liegt kein Fall eines bereits zur Tat entschlossenen Haupttäters vor

(sog. omnimodo facturus), da es insoweit noch an einem bestimmten, auf eine konkrete Tat bezogenen Tatentschluss fehlt (vgl. hierzu BGH NStZ-RR 2013, 281).

3. Auch derjenige, der im Internet, z.B. über einen „Online-Shop“, aus dem Ausland heraus die Lieferung von Betäubungsmitteln in das Inland andient, kann daher noch angestiftet werden. Die Internetpräsentationen eines im Ausland ansässigen Drogenhändlers sind lediglich Aufforderungen zur Abgabe eines Angebots, eine sog. invitatio ad offerendum.

40. BGH 2 StR 161/17 – Beschluss vom 13. September 2017 (LG Hanau)

Mittäterschaft (Täterschaft bei keiner unmittelbaren Beteiligung an Tathandlung: psychische Unterstützung am Tatort).

§ 25 Abs. 2 StGB

Die psychische Unterstützung eines Tatgenossen zur Begründung von Mittäterschaft setzt voraus, dass die Tatbegehung objektiv gefördert oder erleichtert wird und dass dies dem unterstützenden Tatgenossen bewusst ist

(vgl. BGH NStZ 2014, 351, 352). Zum Beleg einer psychischen Unterstützung bedarf es genauer Feststellungen, insbesondere zur objektiv fördernden Funktion der Handlung sowie zu der entsprechenden Willensrichtung des Tatgenossen (vgl. BGH NStZ 2014, 351, 352).

64. BGH 4 StR 545/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Paderborn)

Rücktritt (Freiwilligkeit bei Entdeckung durch Dritte).
§ 24 Abs. 1 StGB

Die Tatentdeckung durch Dritte und die Furcht des Angeklagten, am Tatort festgehalten zu werden, steht der Annahme eines freiwilligen Rücktritts entgegen.

5. BGH 3 StR 158/17 – Urteil vom 19. Oktober 2017 (LG Oldenburg)

Kein sachlich-rechtlich beachtlicher Erörterungsmangel bei der Beweiswürdigung zum Eventualvorsatz (zusammenhängendes, nur einige Minuten dauerndes Tatgeschehen; Vorerfahrungen aufgrund vorausgegangener – vom Opfer überlebter – Misshandlungen); zur erforderlichen Grad der Kenntnis des konkreten Kausalverlaufs (Irrtum; keine vorsatzrelevante wesentliche Abweichung).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

Der Tötungsvorsatz setzt keine Kenntnis von Einzelheiten der todesursächlichen physischen Prozesse voraus. Bei einem kräftigen Schlag oder Stoß gegen die linke Halsseite in dem grundsätzlichen Bewusstsein, dass das Opfer an den Folgen versterben kann, kann sich der Vorsatz daher auch auf den Tod aufgrund eines – durch den

Schlag ausgelöst – Hirninfarkts drei Tage nach der Tathandlung erstrecken.

35. BGH 1 StR 395/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG München II)

(Verminderte) Schuldfähigkeit (Pädophilie als schwere andere seelische Abartigkeit: erforderliche Feststellungen im Urteil).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 2671 Abs. 1, Abs. 5 StPO

1. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein abweichendes Sexualverhalten nicht ohne Weiteres einer schweren Persönlichkeitsstörung gleichgesetzt und dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit i.S.v. §§ 20, 21 StGB zugeordnet werden. Eine festgestellte Pädophilie kann aber im Einzelfall eine schwere andere seelische Abartigkeit und eine hierdurch erheblich beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit begründen, wenn Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz der devianten Handlungen, Ausbau des Raffinements und gedankliche Einengung des Täters auf diese Praktik auszeichnen.

2. Ob die sexuelle Devianz in Form einer Pädophilie einen solchen Ausprägungsgrad erreicht, der dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit zugeordnet werden kann, ist aufgrund einer Gesamtschau der Täterpersönlichkeit und seiner Taten zu beurteilen. Dabei kommt es darauf an, ob die sexuellen Neigungen die Persönlichkeit des Täters so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufzubringen vermag).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

43. BGH 4 StR 142/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Hannover)

BGHR; Betrug (Manipulation eines Kfz-Wegstreckenzählers: Verhältnis zum Missbrauch von Wegstreckenzählern, Gesetzeskonkurrenz).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 22b StVG

Kommt es in der Folge der strafbaren Manipulation eines Kfz-Wegstreckenzählers zu einem Betrug, besteht zwischen § 263 StGB und § 22b StVG regelmäßig Gesetzeskonkurrenz. (BGH)

16. BGH 5 StR 338/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Hamburg)

Voraussetzungen der Heimtücke (Arglosigkeit; Wehrlosigkeit; Kausalzusammenhang; vorausgehende verbale Auseinandersetzung; Umdrehen des Opfers; erhalten gebliebene Arglosigkeit; Indiz; latente Angst; Arglosigkeit im Tatzeitpunkt; verbales Einwirken als Verteidigungsmöglichkeit); niedrige Beweggründe.

§ 211 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung bei Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist danach, dass der Mörder das sich keines erheblichen Angriffs versehende, mithin arglose Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren.

2. Kommt es zu einer verbalen Auseinandersetzung mit Todesdrohungen zwischen dem Täter und dem späteren Opfer, an deren Ende das Opfer dem Täter jedoch den Rücken zuwendet, ist die damit verbundene Preisgabe von Verteidigungsmöglichkeiten regelmäßig ein gewichtiges Indiz für eine erhalten gebliebene Arglosigkeit.

3. Eine auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers steht

der Annahme von Arglosigkeit nicht grundsätzlich entgegen, da es darauf ankommt, ob es gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet hat.

4. An dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Arg- und Wehrlosigkeit fehlt es, wenn die Wehrlosigkeit eine Folge der unterlegenen Verteidigungsmittel des Opfers ist. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass insbesondere bei einander nahestehenden Personen auch die Möglichkeit zur verbalen Einwirkung ein Mittel zur Verhinderung des Angriffs sein kann. Daher ist ggf. zu berücksichtigen, ob sich Täter und Opfer von Angesicht zu Angesicht gegenüberstehen oder ob das Opfer hinterwärts erschossen wird.

39. BGH 2 StR 154/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Aachen)

Raub (fremde Sache: Fremdheit von an einem Geldautomaten ausgegebenen Geldscheinen; Wegnahme: Bruch fremden Gewahrsams, kein Gewahrsamsbruch bei Ausgabe von Geldscheinen am Geldautomaten).

§ 249 Abs. 1 StGB

1. Adressat des mit dem Ausgabevorgang eines Geldautomaten verbundenen Einigungsangebots ist nach den vertraglichen Beziehungen zwischen Kontoinhaber und Geldinstitut und der Interessenlage der Kontoinhaber, nicht aber ein unberechtigter Benutzer des Geldautomaten. Dies gilt auch dann, wenn eine technisch ordnungsgemäße Bedienung des Automaten vorangegangen ist.

2. Wegnahme ist der „Bruch“ fremden und die Begründung neuen Gewahrsams (vgl. BGHSt 35, 152, 158). Ein Bruch des fremden Gewahrsams liegt aber nur vor, wenn der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Inhabers aufgehoben wird. Wird ein Geldautomat technisch ordnungsgemäß bedient, erfolgt die tatsächliche Ausgabe des Geldes mit dem Willen des Geldinstituts. Dessen Gewahrsam wird nicht gebrochen. Insoweit ist der tatsächliche Vorgang der Gewahrsamspreisgabe auch von dem rechtsgeschäftlichen Angebot an den Kontoinhaber auf Übereignung zu unterscheiden (vgl. BGHSt 35, 152, 161).

17. BGH 5 StR 352/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Chemnitz)

Betrug (Täuschungsvorsatz; fehlende Feststellungen zur Vorstellung des Angeklagten im Zeitpunkt einer möglichen Täuschungshandlung; Betrug durch Unterlassen; Vermögensschaden bei zweckwidriger Verwendung von Darlehen).

§ 263 StGB

Bei der abredewidrigen Verwendung eines zweckgebunden gewährten Darlehens kommt es für die Feststellung eines Vermögensschadens grundsätzlich darauf an, inwiefern die – ggf. bilanziell zu bewertende – tatsächliche Verwendung der ausgereichten Beträge von der vereinbarten abweicht. Plant der Täter von Anfang an die zweckwidrige Verwendung des Gesamtbetrages, kann darin bereits ein Schaden begründet sein, sofern dies zur Wertlosigkeit des Rückzahlungsanspruchs führt.

63. BGH 4 StR 488/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Gießen)

Gefährliche Körperverletzung (Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Eine Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung setzt voraus, dass die Körperverletzung durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel eingetreten ist. Wird ein Kraftfahrzeug als Werkzeug eingesetzt, muss die körperliche Misshandlung also bereits durch den Anstoß selbst ausgelöst worden sein. Erst infolge eines anschließenden Sturzes oder einer Ausweichbewegung erlittene Verletzungen sind dagegen nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Fahrzeug und Körper zurückzuführen.

75. BGH 1 StR 625/16 – Beschluss vom 24. August 2017 (LG Stade)

Betrug (Prozessbetrug im Insolvenzeröffnungsverfahren; Konkurrenzen: Rechtsgut, Verhältnis zum Bankrott); Bankrott (Schuldner-eigenschaft als besonderes persönliches Merkmal; Konkurrenzen: Rechtsgut, Verhältnis zum Betrug); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Feststellung der geschuldeten Beiträge; Beendigungszeitpunkt); Steuerhinterziehung (Vollendungsfeststellung; Umsatzsteuer).

§ 28 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 266a Abs. 1 StGB; § 283 Abs. 1 und 2 StGB; § 52 StGB; § 370 AO; § 168 AO

1. Tateinheit liegt vor, wenn die tatbestandlichen, mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzenden Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind.

2. Der Tatbestand des Bankrotts wird nicht durch den Tatbestand des Betrugs verdrängt oder umgekehrt. Das wäre nach der Rechtsprechung des BGH nur dann der Fall, wenn der Unrechtsgehalt einer Handlung durch einen von mehreren, dem Wortlaut nach anwendbaren Straftatbeständen erschöpfend erfasst wird.

3. Maßgebend für die Beurteilung sind die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts muss eine – wenn nicht notwendige, so doch regelmäßige – Erscheinungsform des anderen Tatbestandes sein. Während der Tatbestand des Bankrotts die vollständige Erfassung des pfändbaren Schuldnervermögens im Interesse der Gläubiger schützt, bezweckt der Tatbestand des Betrugs ausschließlich den Vermögensschutz der einzelnen Vermögensinhaber.

4. Bei der gemäß § 283 Abs. 1 und 2 StGB für die täterschaftliche Begehung erforderlichen Pflichtenstellung als Schuldner handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB.

5. Die Betrugshandlung kann im Prozessverkehr jeder Art begangen werden, also auch im Eröffnungsverfahren nach den §§ 11 ff. InsO, da der Insolvenzschuldner gegenüber dem Insolvenzgericht zu wahrheitsgemäßen Auskünften und Angaben verpflichtet ist.

6. Dem Tatgericht obliegt es nach ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung des Tatbestandes des Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen. Die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge werden auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung berechnet. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden. Die Grundsätze, die in der Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt wurden, gelten insoweit entsprechend.

7. Das Vergehen des Vorenthaltes von Arbeitnehmeranteilen der Beiträge zur Sozialversicherung ist erst beendet, wenn die Beitragspflicht erloschen ist, sei es durch Beitragsentrichtung, sei es durch Wegfall des Beitragsschuldners.

78. BGH 2 StR 350/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Verhältnis der Brandstiftungsdelikte).
§ 22 StGB; § 306a Abs. 1 StGB; § 306b Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 306c StGB

1. Die Tatbestände der versuchten Brandstiftung mit Todesfolge und der (vollendeten) schweren Brandstiftung stehen zueinander im Verhältnis der Tateinheit.

2. Die versuchte besonders schwere Brandstiftung tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die versuchte Brandstiftung mit Todesfolge zurück, weil der Unrechtsgehalt der Handlung insoweit schon erschöpfend vom Straftatbestand des § 306c StGB erfasst ist.

36. BGH 1 StR 436/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Mannheim)

Minderschwerer Fall des Totschlags (auf der Stelle zur Tat Hingerissen-Sein: erforderlicher Zusammenhang zur vorherigen Provokation); tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Auseinandersetzung mit Angaben des Angeklagten).

§ 212 StGB; § 213 1. Alt StGB; § 261 StPO

Dafür ob der Täter „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ im Sinne des § 213 1. Alt StGB wurde ist nicht entscheidend, ob sich die Tat als „Spontantat“ darstellt. Vielmehr kommt es darauf an, ob der durch eine schwere Provokation, die in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls auch in Ohrfeigen liegen kann (vgl. BGH StraFo 2016, 167), hervorgerufene Zorn noch angehalten und als nicht durch rationale Abwägung unterbrochene Gefühlsaufwallung fortgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 200). Entscheidend ist, ob ein motivationspsychologischer Zusammenhang zwischen der Misshandlung oder Beleidigung durch das Opfer und der Körperverletzungshandlung des Täters besteht (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 80). Das kann auch noch nach mehreren Stunden der Fall sein (vgl. BGH NStZ 1984, 216).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

80. BGH 2 StR 387/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht der Maßregel).
§ 64 Satz 2 StGB

Bei außerordentlich ungünstigen Umständen, die gegen einen mehr als nur kurzfristigen Behandlungserfolg sprechen, ist alleine die vom Angeklagten gegenüber einem Sachverständigen bekundete Therapiebereitschaft nicht geeignet, eine konkrete Erfolgsaussicht der angeordneten Maßregel im Sinne des § 64 Satz 2 StGB zu begründen.

12. BGH 3 StR 410/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Trier)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schuldunfähigkeit; Beruhen der Anlasstat; unzutreffende Vorstellungen von der Wirk-

lichkeit; Auswirkungen auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit; umfassende Darstellung der für die Gefährlichkeitsprognose wesentlichen Gesichtspunkte); selbständiges Einziehungsverfahren.

§ 63 StGB; § 76a StGB; § 435 StPO

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund einer nicht nur vorübergehenden psychischen Störung im Sinne eines der in § 20 StGB genannten Eingangsmerkmale schuldunfähig (§ 20 StGB) oder vermindert schuldfähig (§ 21 StGB) war und die Tatbegehung hierauf beruht. In diesem Zusammenhang ist darzulegen, wie sich die festgestellte, einem Merkmal der §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlassta-

ten auf den entsprechenden Zustand zurückzuführen sind.

2. Unzutreffende Vorstellungen von der Wirklichkeit aufgrund von kognitiven Einschränkungen führen nicht für sich genommen schon zur Annahme aufgehobener Einsichtsfähigkeit. Vielmehr ist in solchen Fällen nachvollziehbar zu begründen, warum der Angeklagte zweifelsfrei nicht in der Lage gewesen sein sollte, das Unrecht seiner Tat zu erkennen.

20. BGH 5 StR 446/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Leipzig)

Rechtsfehlerhafte Gefährlichkeitsprognose beim Unterlassen der Anordnung der Sicherungsverwahrung (typische Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern; Haltungsänderungen; Alterungsprozesse; Maßgeblichkeit des Verurteilungszeitpunkts).

§ 66 StGB

Die bloß theoretische Möglichkeit der späteren altersbedingten Verringerung der Gefährlichkeit ist im Rahmen der Prüfung des § 66 Abs. 1 StGB regelmäßig nicht zu berücksichtigen, sondern allenfalls im Verfahren nach § 67c Abs. 1 S. 1 StGB zu prüfen. Für die Gefährlichkeitsprognose kommt es auf den Zeitpunkt der Verurteilung an (§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB). Hinsichtlich der Anordnung der Sicherungsverwahrung steht dem Tatgericht auch kein Ermessen zu, in dessen Rahmen eine zu erwartende Haltungsänderung oder Alterungsprozesse berücksichtigt werden könnten.

19. BGH 5 StR 439/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Potsdam)

Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Straftat von erheblicher Bedeutung; mittlere Kriminalität; empfindliche Störung des Rechtsfriedens; erhebliche Beeinträchtigung des Gefühls der Rechtssicherheit der Bevölkerung; Gewalt- und Aggressionsdelikte; Erforderlichkeit erheblicher körperlicher oder seelischer Schäden).

§ 63 StGB; § 223 StGB

1. Eine Straftat von erheblicher Bedeutung i.S.d. § 63 StGB liegt vor, wenn sie mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Straftaten, die wie die vorsätzliche Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden, gehören regelmäßig zum Bereich der mittleren Kriminalität. Lediglich Straftaten, die höchstens mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, sind nicht mehr ohne Weiteres diesem Bereich zuzurechnen.

2. Nach der Neufassung von § 63 S. 1 StGB muss auch bei drohenden Körperverletzungen im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob diese zu einer „erheblichen“ Schädigung oder Gefährdung führen und deshalb den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu

beeinträchtigen. Dabei verbietet sich jede schematische Betrachtung. Erforderlich ist eine Gesamtabwägung, in die neben der Schwere einer drohenden Tat insbesondere auch die Häufigkeit und die Rückfallfrequenz einzustellen sind.

86. BGH 2 StR 498/16 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Gießen)

Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB

Für die Strafzumessung und deren rechtliche Überprüfung ist grundsätzlich die Kenntnis vom Werdegang und den Lebensverhältnissen des Angeklagten wesentlich. Nur so kann das Revisionsgericht überprüfen, ob die Zumessung einer verhängten Freiheitsstrafe auf der gebotenen wertenden Gesamtschau des Tatgeschehens sowie des Täters und der für seine Persönlichkeit, sein Vorleben und sein Nachtatverhalten aussagekräftigen Umstände beruht.

15. BGH 5 StR 335/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Lübeck)

Betrug (Zusammenarbeit mehrerer Beteiligten im Rahmen einer Taterie; Aufbau und Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebs“; uneigentliches Organisationsdelikt; einheitliche Tat; Ermittlung des verbleibenden Schadens für jede Einzeltat bei der Strafzumessung; verschuldete Auswirkungen der Tat).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB

Bei Zusammenarbeit mehrerer Beteiligten im Rahmen einer Taterie (hier: Betrugstaten) bestimmt sich die Zahl der rechtlich selbständigen Handlungen im Sinne von § 53 Abs. 1 StGB für jeden Täter grundsätzlich nach der Anzahl seiner eigenen Handlungen zur Verwirklichung der Einzeldelikte. Wirkt ein Täter an einzelnen Taten selbst nicht unmittelbar mit einem individuellen Tatbeitrag mit, sondern erschöpft sich seine Mitwirkung daran im Aufbau und in der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebs“, sind diese Tathandlungen als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (st. Rspr., vgl. zuletzt etwa BGH HRRS 2015 Nr. 13 m.w.N.).

65. BGH 1 StR 136/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Verbot der Verschlechterung bzw. Schlechterstellung).

§ 55 StGB; § 331 Abs. 1 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

1. Bei Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht ist in der neuen Verhandlung die Gesamtstrafe nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der ersten tatrichterlichen Verhandlung vorzunehmen.

2. Die aus den neuen Einzelstrafen zu bildende Gesamtstrafe darf jedoch nicht höher bemessen werden, als jene

Einzelstrafe des ersten Urteils, weswegen gegebenenfalls eine Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe um die weitere Strafe für den ursprünglich mit einer Einheitsstrafe geahndeten Lebenssachverhalt zu unterbleiben hat.

13. BGH 3 StR 423/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Verden)

Strafrahmenwahl beim Wohnungseinbruchsdiebstahl (Verhältnis von minder schwerem Fall und gesetzlich vertyptem Milderungsgrund; Versuch verminderte Schuldfähigkeit; doppelte Strafrahmenverschiebung); rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.
§ 49 StGB; § 55 StGB; § 244 StGB

1. Sieht das Gesetz den Sonderstrafrahmen eines minder schweren Falls vor und ist zugleich ein vertypter Milderungsgrund gegeben, so ist vorrangig der minder schwere Fall zu prüfen. Im Rahmen der dabei gebotenen Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände kann auch der vertypte Milderungsgrund – zu festgestellten sonstigen Milderungsgründen hinzutretend oder auch für sich – einen minder schweren Fall begründen.
2. Erst wenn der Tatrichter die Anwendung des milderen Sonderstrafrahmens auch unter Berücksichtigung des vertypten Milderungsgrundes nicht für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (al-

lein) wegen dieses Milderungsgrundes herabgesetzten Regelstrafrahmen zugrunde legen. Ist der nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafrahmen für den Angeklagten günstiger als derjenige des minder schweren Falls, ist dies in die Gesamtwürdigung miteinzubeziehen.

88. BGH 4 StR 427/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Trier)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Gesamtwürdigung bei Fehlen einer Katalogtat).
§ 69 Abs. 2 StGB

1. Soll einem Täter wegen einer anderen Straftat, die nicht in dem Katalog des § 69 Abs. 2 StGB enthalten ist, die Fahrerlaubnis entzogen werden, muss der Tatrichter eine Gesamtwürdigung der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit vornehmen, mit der die fehlende Eignung belegt wird, wobei der Umfang der Darlegung vom Einzelfall abhängt.
2. Zwar belegt das Führen eines Kraftfahrzeugs unter dem deutlichen und zumindest mitunfallursächlichen Einfluss von Amphetaminen in aller Regel eine erhebliche charakterliche Unzuverlässigkeit, die auch die Ungeeignetheit des Täters zum Führen eines Kraftfahrzeugs nahe legt. Dies rechtfertigt jedoch ein Absehen von jeglicher Begründung nicht.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

56. BGH 2 StR 495/12 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Meiningen)

Wahlfeststellung (Berücksichtigung des Grundsatzes „in dubio pro reo“; Anwendung auf gewerbsmäßig begangenen Diebstahl und gewerbsmäßige Hehlerei; Anwendbarkeit bei Vorliegen eines Regelbeispiels; Ermittlung des mildesten Gesetzes); Hehlerei (Postpendenzfeststellung); Prozessuales Beschleunigungsgebot (Kompensation nach dem Vollstreckungsmodell; Umfang der Kompensation).
§ 242 Abs. 1 StGB; 243 Abs. 1 Satz 2 StGB; 259 Abs. 1 StGB; 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; 132 GVG

1. Die zu einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung führende Verletzung des Beschleunigungsgebotes gebietet eine Kompensation nach dem Vollstreckungsmodell. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK fordert eine Erledigung des Strafverfahrens in angemessener Zeit; wird das hieraus folgende Beschleunigungsgebot verletzt, ist eine Kompensation angezeigt. Aber nicht jede im Strafprozess vorkommende Verzögerung führt zu einer derartigen Verletzung des Beschleunigungsgebotes. Dies gilt auch für besondere Verfahrensvorgänge, die das Gesetz vorsieht, wie das Verfahren zum Divergenzausgleich gemäß § 132 GVG. Zur Annahme einer Kompensationsbedürftigkeit

im Einzelfall bei der Prüfung der ungleichartigen Wahlfeststellung.

2. Der Umfang der zur Kompensation erforderlichen Vollstreckungsanrechnung ist nicht mit dem Umfang der Verfahrensverzögerung gleichzusetzen, sondern sie hat nach den Umständen des Einzelfalles grundsätzlich einen eher geringen Bruchteil der verhängten (Gesamt-) Strafe zu betragen.
3. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst anzuwenden hat, wenn es nach abgeschlossener Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweise nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Er fordert nicht, dass auch dann zwingend von der einem Angeklagten günstigsten Fallgestaltung auszugehen ist, wenn hierfür keine konkreten Anhaltspunkte bestehen.
4. Eine Postpendenzfeststellung ist nur möglich, wenn feststeht, dass der Angeklagte faktisch alle Tatbestandsmerkmale der Hehlerei erfüllt, also auch, dass er das Hehlgut von einem anderen als dem Täter der Vortat erlangt hat, und nur offenbleibt, ob er selbst an der Vor-

tat beteiligt war. Ist aber eine Begehung der Vortat durch die Angeklagten als Allein- oder Mittäter, gegebenenfalls neben Dritten, nicht auszuschließen, kommt eine Postpendenzfeststellung nicht in Betracht.

5. Die Annahme, dass Diebstahl und Hehlerei rechts-ethisch und psychologisch vergleichbar sind und deshalb Gegenstand einer gesetzessalternativen Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage sein können, ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt. Danach ist auch eine Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßig begangenen Diebstahl und gewerbsmäßiger Hehlerei zulässig.

6. Das zusätzliche Vorliegen einer Verhaltensweise, welche die Voraussetzungen eines Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB erfüllt, dem bei der Hehlerei kein rechtsethisch und psychologisch vergleichbares Merkmal gegenübersteht, steht einer gesetzessalternativen Verurteilung mit Blick auf die vergleichbaren Grundkonstellationen nicht im Wege.

7. Der Teilfreispruch erstreckt sich auch auf die jeweils nicht begründete Alternative der Anklagevorwürfe. Wenn verschiedene Taten im prozessualen Sinn zum Gegenstand zweier Anklagen gemacht werden, wovon nur eine begründet, aber die jeweils andere unbegründet ist, wird nämlich auch zur Klarstellung der Reichweite des Strafklageverbrauchs ein Teilfreispruch hinsichtlich des überschießenden Teils erforderlich.

8. Bei der Ermittlung des mildesten Gesetzes in der Wahlfeststellungssituation ist kein abstrakter Strafrahmenvergleich vorzunehmen. Vielmehr hat der Tatrichter auf der Grundlage der Sachverhaltsalternativen jeweils zu erörtern, welche Strafe er für angemessen gehalten hätte, wenn zweifelsfrei die eine oder die andere Handlung nachgewiesen wäre, um hiernach die niedrigere der hypothetisch in Frage kommenden Strafen zu verhängen.

87. BGH 4 StR 142/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Hannover)

Übersehene Einlassung des Beschuldigten und Revisionsbegründung (Beweiswürdigung; Inhalt der Sacheinlassung des Angeklagten keine einen Verfahrensmangel begründende Tatsache).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Der Inhalt der Einlassung des Angeklagten in der Hauptverhandlung gehört nicht zu den den Verfahrensmangel begründenden Tatsachen im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und muss deshalb in der Revisionsrechtfertigung auch nicht vorgetragen werden. Den Inhalt der Sacheinlassung des Angeklagten in der Hauptverhandlung festzustellen – in welcher Form auch immer diese erfolgt ist – ist Sache des Tatrichters, der dafür bestimmte Ort sind die Urteilsgründe.

77. BGH 2 StR 320/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Aachen)

Postpendenzfeststellung und Wahlfeststellung (Diebstahl und Hehlerei).

§ 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 242 StGB; § 259 StGB; § 261 StPO

1. Steht ein Sachverhalt fest, der die Verurteilung wegen einer auf den Diebstahl folgenden „Nachtat“ in jedem Fall rechtfertigt, während lediglich ungewiss ist, ob der Angeklagte (auch) an den jeweiligen Vortaten beteiligt war, geht eine Verurteilung auf eindeutiger Grundlage im Wege der Postpendenz unter Anwendung des Zweifelsatzes einer gesetzessalternativen Wahlfeststellung vor.

2. Auf die Postpendenzfeststellung finden die Grundsätze der Wahlfeststellung Anwendung, bei der die Strafe dem Gesetz entnommen werden muss, das die – aufgrund konkreter Betrachtung zu ermittelnde – mildeste Strafe zulässt.

31. BGH 1 StR 300/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Heilbronn)

Verwerfung eines Befangenheitsantrags als unzulässig (Recht auf gesetzlichen Richter: gebotene restriktive Auslegung, Beteiligung des abgelehnten Richters allein an formalen Fragen).

§ 26a StPO

1. Die einer Vereinfachung des Ablehnungsverfahrens dienende Vorschrift des § 26a StPO gestattet nur ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag entscheidet, wenn keine Entscheidung in der Sache getroffen wird und die Beteiligung des abgelehnten Richters lediglich auf eine echte Formalentscheidung oder die Verhinderung des Missbrauchs des Ablehnungsrechts beschränkt bleibt (vgl. BVerfG NJW 2005, 3410). Die Anwendung des § 26a StPO darf daher nicht dazu führen, dass der abgelehnte Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit zum „Richter in eigener Sache“ wird.

2. In Fällen, in denen die Frage der Unzulässigkeit nicht klar und eindeutig zu beantworten ist, liegt es daher nahe, das Regelverfahren nach § 27 StPO zu wählen, um jeden Anschein einer solchen Entscheidung in eigener Sache zu vermeiden; denn auf Fälle „offensichtlicher Unbegründetheit“ des Ablehnungsgesuchs darf das vereinfachte Ablehnungsverfahren wegen des sonst vorliegenden Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ausgedehnt werden. Nur bei einer solch strengen Beachtung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26a StPO gerät diese Ausnahmeregelung mit der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in Konflikt (vgl. BVerfG NJW 2005, 3410).

3. Dass die abgelehnten Richter zum Beleg der Prozessverschleppungsabsicht das eigene Verhalten im Rahmen des Prozessgeschehens bei der Entscheidung nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO darstellen müssen, macht sie indes noch nicht zu Richtern in eigener Sache (vgl. BGH wistra 2009, 446). Hingegen darf der abgelehnte Richter über diese formale Prüfung hinaus nicht an einer näheren inhaltlichen Untersuchung der Ablehnungsgründe auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer offensichtlichen Unbegründetheit mitwirken und sich auf diese Weise zum Richter in eigener Sache machen. Dabei muss die Auslegung des Ablehnungsgesuchs darauf ausgerichtet sein, es seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen, um nicht im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten (vgl. BVerfG NJW 2005, 3410).

21. BGH 5 StR 454/17 – Beschluss vom 30. November 2017 (LG Lübeck)

Verbot der Einführung der früheren Aussage eines Zeugnisverweigerungsberechtigten durch Vernehmung einer bei der früheren Befragung anwesenden Person (Verwertungsverbot).

§ 252 StPO

§ 252 StPO verbietet über seinen Wortlaut hinaus auch die Vernehmung von Personen, die bei der früheren Vernehmung eines Zeugnisverweigerungsberechtigten – der sich nunmehr auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft – zugegen waren (hier: Verwandte des Vernommenen).

68. BGH 1 StR 186/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Essen)

Erste Vernehmung (Behandlung eines Zeugen als Beschuldigten; Beurteilungsspielraum).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 399 Abs. 1 AO; § 404 AO

Die Strafverfolgungsbehörden haben einen Zeugen erst dann als Beschuldigten zu behandeln, wenn sich der Verdacht gegen ihn so verdichtet hat, dass der Zeuge ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt. Die Grenzen des den Strafverfolgungsbehörden eingeräumten Beurteilungsspielraums sind erst dann überschritten, wenn trotz starken Tatverdachts nicht von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird und auf diese Weise die Beschuldigtenrechte umgangen werden.

83. BGH 2 StR 410/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Kassel)

Zurücknahme und Verzicht (Prozessuale Handlungsfähigkeit; Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit nach Eingang bei Gericht; Unzulässigkeit weiterer Revisionen).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die prozessuale Handlungsfähigkeit setzt bei Abgabe einer Rechtsmittelrücknahmeerklärung voraus, dass der Beschuldigte die Tragweite seiner Erklärung erkennt. Der Beschuldigte muss sich in einem Zustand geistiger Freiheit und Klarheit befinden, in dem er seine Interessen vernünftig abwägen und wahrnehmen kann. Eine etwaige Geschäfts- oder Schuldunfähigkeit des Beschuldigten schließt seine prozessuale Handlungsfähigkeit nicht zwingend aus. Die Annahme einer Unwirksamkeit der Rücknahmeerklärung kommt erst in Betracht, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Abgabe der Erklärung nicht in der Lage war, Bedeutung und Tragweite der Rechtsmittelrücknahme zu erfassen. Zweifel an der prozessualen Handlungsfähigkeit gehen hierbei zu Lasten des Beschuldigten.

2. Eine wirksame Rücknahmeerklärung ist nach ihrem Eingang bei Gericht unwiderruflich und unanfechtbar geworden.

3. Eine von dem Beschuldigten (hilfsweise) erneut eingelegte Revision ist unzulässig, da eine wirksame Rücknahmeerklärung regelmäßig den Verzicht auf die Wiederholung des Rechtsmittels enthält.

14. BGH 5 StR 276/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Neuruppin)

Beweiswürdigung beim Tötungseventualvorsatz (objektiv lebensgefährliche Handlung; Wissenselement; Willenselement; psychische Verfassung; Widerspruchsfreiheit; Bestrafungsmotiv); Inbrandsetzen eines Gebäudes (Fortbrennen; für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentliche Teile; Ermöglichung des Fortbrennens).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB; § 261 StPO

1. Eine sachlich-rechtlich fehlerfreie Beweiswürdigung zum Tötungseventualvorsatz bei objektiv erkennbar lebensgefährlichen Handlungen – hier Anzünden eines bewohnten Hauses – erfordert die widerspruchsfreie Auseinandersetzung mit dem Wissenselement einerseits und dem Willenselement andererseits. Der Verweis auf die „psychische Situation eines voll schuldfähigen Angeklagten ist insoweit ohne weitere Ausführungen nicht geeignet, bei an sich bejahem Wissenselement die Verneinung des Willenselements zu begründen.

2. Ein Gebäude ist in Brand gesetzt i.S.d. §§ 306, 306a StGB, wenn es so vom Feuer erfasst ist, dass es selbständig ohne Fortwirken des Zündstoffs weiterbrennt, wobei es erforderlich ist, aber auch ausreichend ist, dass sich der Brand auf Teile des Gebäudes ausbreiten kann, die für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind. Es genügt daher nicht, wenn solche Gebäudeteile lediglich teilweise verbrannt oder angekohlt werden, ohne dass dadurch ein Fortbrennen aus eigener Kraft ermöglicht wird.

42. BGH 2 StR 542/16 – Urteil vom 8. November 2017 (LG Rostock)

Berichtigung der Urteilsformel nach Abschluss der mündlichen Urteilsverkündung (Voraussetzungen).

§ 268 StPO

1. Eine Berichtigung der Urteilsformel nach Abschluss der mündlichen Urteilsverkündung kommt nur bei einem offensichtlichen Verkündungsversehen in Betracht (vgl. BGHSt 25, 333, 336). Bei dieser Prüfung ist ein strenger Maßstab anzulegen, um zu verhindern, dass mit einer solchen Berichtigung eine unzulässige inhaltliche Abänderung des Urteils verbunden ist (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 119, 120).

2. Ein der Berichtigung zugängliches offensichtliches Verkündungsversehen kann nur angenommen werden, wenn sich der Fehler ohne Weiteres aus solchen Tatsachen ergibt, die für alle Verfahrensbeteiligten – auch ohne Berichtigung – klar zu Tage liegen und der auch nur entfernte Verdacht einer späteren inhaltlichen Änderung des verkündeten Urteils ausgeschlossen ist. Es muss darüber hinaus eindeutig und zweifelsfrei erkennbar sein, was das Gericht tatsächlich gewollt und entschieden hat. Hinsichtlich der Frage einer möglichen Berichtigung der mündlich verkündeten Urteilsformel kann insoweit auch die mündliche Urteilsbegründung Berücksichtigung finden. In Ansehung der überragenden Bedeutung der Urteilsformel, die – anders als die schriftlichen Urteilsgründe – bei Verkündung schriftlich vorliegen muss, ist

bei einer Berichtigung der Urteilsformel Zurückhaltung geboten (vgl. BGHSt 3, 245, 247).

58. BGH 2 ARs 495/17 (2 AR 305/17) – Beschluss vom 13. Dezember 2017

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (Sicherungsverfahren und Strafverfahren).

§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

Der Umstand, dass es sich bei einem anhängigen Verfahren um ein reines Sicherungsverfahren, bei einem anderen geführten Verfahren jedoch um ein Strafverfahren handelt, steht der Verfahrensverbindung nicht entgegen.

22. BGH 5 StR 520/17 – Beschluss vom 27. November 2017 (LG Hamburg)

Anforderungen an die Begründung der Einschätzung einer Zeugenaussage als nur teilweise glaubhaft (Ur-

teilsgründe; Einbeziehung aller relevanten Umstände; außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe).

§ 261 StPO

Zwar existiert kein Erfahrungssatz des Inhalts, dass einem Zeugen nur entweder insgesamt geglaubt oder insgesamt nicht geglaubt werden darf. Jedoch müssen die Urteilsgründe dann erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat; wird dem Zeugen hinsichtlich weiterer Taten nicht gefolgt oder handelt es sich gar um bewusst falsche Angaben, so muss das Tatgericht zudem jedenfalls regelmäßig außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe nennen, die es ihm ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

29. BGH 1 StR 296/16 – Urteil vom 21. Februar 2017 (LG Regensburg)

BGHSt; Untreue (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht: Pflichtverletzung kommunaler Beamter bei Finanzgeschäften, entsprechender Vorsatz; Vermögensnachteil); Begriff der prozessualen Tat (kein einheitlicher Sachverhalt bei Beweis einer selbstständigen Handlung durch eine andere).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 264 StPO

1. Zur Bedeutung des kommunalrechtlichen Spekulationsverbots für die Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB bei dem Umgang mit haushaltsrechtlichen Bindungen unterliegendem Vermögen. (BGHSt)

2. Verstöße gegen haushaltsrechtliche Vorgaben und Prinzipien können eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB darstellen (vgl. BGHSt 40, 287). Der Maßstab der Sorgfaltspflicht, den ein kommunaler Entscheidungsträger bei Abschluss eines Finanzgeschäfts zu beachten hat, ist dabei wie folgt zu bestimmen: (Bearbeiter)

3. Ein Finanzgeschäft einer Kommune muss einen sachlichen und zeitlichen Bezug (sachliche und zeitliche Konnexität) mit einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag – dem Grundgeschäft – dergestalt haben, dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch das Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert oder optimiert wird. Der verantwortliche Entscheidungsträger der Kommune handelt beim Abschluss eines solchen Geschäfts dann pflichtwidrig, wenn es entweder überhaupt keinen Bezug zum Grundgeschäft hat oder nicht geeignet ist, genau dessen Risiken abzusichern oder wenn es nach Höhe und Dauer (Betrags- und Laufzeitkongruenz) dem Grundge-

schäft – in der Regel ein Darlehen – nicht entspricht. Dies ist für jedes Finanzgeschäft einzeln zu prüfen. Die Zinsbelastungen mehrerer Kreditverträge können zusammengefasst werden; nach dem Grundsatz der Konnexität muss aber auch dann ein nachweisbarer, sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen den zu Grunde liegenden Krediten und dem Derivat bestehen. Der erforderliche sachliche Bezug hängt von der konkreten Beschaffenheit der Risiken des Grundgeschäfts ab. Geschäfte, die bestehende finanzielle Risiken nicht abdecken oder zumindest minimieren, dienen nicht der Zinsicherung oder Zinsoptimierung. (Bearbeiter)

4. Zinsbezogene Finanzgeschäfte für erst künftig geplante, noch nicht abgeschlossene Kreditgeschäfte kommen nicht in Betracht. (Bearbeiter)

5. Wird mit dem Geschäft bezweckt, die sich aus dem Grundgeschäft ergebenden finanziellen (Zinsänderungs-)Risiken abzusichern bzw. zu optimieren, muss sich die Laufzeit des Finanzgeschäfts an der des Grundgeschäfts orientieren. Einer Laufzeit des Finanzgeschäfts, die über die Restlaufzeit des abzusichernden Kredits hinausgeht, fehlt insoweit die erforderliche Zweckbindung kommunalrechtlicher Haushaltswirtschaft. (Bearbeiter)

6. Trotz bestehender Konnexität ist ein Finanzgeschäft dann spekulativ und sein Abschluss als pflichtwidrig einzustufen, wenn das Risiko des Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt, also keine günstige Relation zwischen angestrebtem Zweck und dafür eingesetzten Mitteln besteht und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und -erfüllung nicht unerheblich gefährdet wird. Dies kann bei hochspekulativen Wertpapieren der Fall sein. (Bearbeiter)

7. Ein Finanzgeschäft darf auch dann nicht abgeschlossen werden, wenn die Abwägungsentscheidung infolge von Informationsdefiziten oder Mängeln bei der Sachverhaltserfassung nicht richtig erfolgen konnte. Die Gemeinden müssen sich vor Abschluss eines Geschäfts eine ausreichende Informationsgrundlage verschaffen – u.U. durch eine Nachfrage bei den Aufsichtsbehörden – und eine sorgfältige Risikoanalyse vornehmen. Verlässt sich der Entscheidungsträger allein auf die Angaben der ihn beratenden Bank, die ein Eigeninteresse an ihren Analysen und dem Verkauf ihrer Produkte hat, kann dies schon – zumindest objektiv – eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht indizieren. (Bearbeiter)

8. Die Entscheidung für das Finanzgeschäft darf nicht auf Erwägungen beruhen, die der kommunalrechtlichen Haushaltswirtschaft fremd sind. Sachfremd ist der Abschluss von Finanzgeschäften zur Gewinnerzielung. (Bearbeiter)

9. Haben die zur Aufsicht berufenen Stellen konkrete Anweisungen zu Art und Höhe des Geschäfts, Mindestkonditionen, Geschäftspartner etc. erteilt, dürfen diese nicht zu Gunsten einer Chance auf höhere Kostenreduzierung missachtet werden. (Bearbeiter)

10. Ein Indiz für die Pflichtwidrigkeit einer Entscheidung ist das Umgehen der zur Aufsicht berufenen Stellen. (Bearbeiter)

11. Der Täter der Untreue muss hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit nicht nur die zugrundeliegenden Tatsachen kennen, sondern diese auch in seiner Laiensphäre nachvollzogen haben. (Bearbeiter)

12. Für die Frage, ob der Angeklagte im Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit gehandelt hat, hat ganz entscheidenden indiziellen Charakter, ob und in welcher Weise die Aufsichtsbehörden informiert und sich zu den Investitionen gestellt haben. In diesem Zusammenhang ist neben den aufsichtsbehördlichen Richtlinien auch die Entscheidungspraxis der Gerichte zu beachten, weil sie das Bewusstsein des Angeklagten hinsichtlich der (möglichen) Pflichtwidrigkeit geprägt haben können. Umgekehrt kann es für das Vorliegen des Vorsatzelements sprechen, wenn er sich in Zweifelsfragen gar nicht an die Aufsichtsbehörden gewandt oder deren Maßgaben ignoriert hat. Für die Feststellung der subjektiven Pflichtwidrigkeit spielen deshalb auch die Erlasse der Innenverwaltung eine wesentliche Rolle. (Bearbeiter)

13. Eine einheitliche Tat im Sinne des § 264 StPO wird bei sachlichrechtlich mehreren selbstständigen Handlungen nicht schon dadurch geschaffen, dass eine Handlung zum Beweis der Täterschaft bei einer anderen dient oder dass sie aus sonstigen Gründen, etwa zum besseren Verständnis, in der Anklage miterwähnt wird (vgl. BGHSt 23, 141, 146). (Bearbeiter)

66. BGH 1 StR 64/17 – Beschluss vom 20. September 2017 (LG Heilbronn)

BGHSt; fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Fahrlässigkeitsmaßstab: einzelfallabhängige Sorgfaltspflichten; Möglichkeit des eigennützigem Gü-

terumsatzes bei fahrlässigem Handeltreiben); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vorsatz: erforderliche Kenntnis der Betäubungsmittelleigenschaft; kein materieller Betäubungsmittelbegriff, Prinzip der Positivliste); Urteilsgründe (für die Strafzumessung darzulegende Umstände).

§ 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 4 BtMG; Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 15 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Fahrlässig i.S.v. § 29 Abs. 4 BtMG treibt derjenige mit Betäubungsmitteln Handel, der bei fehlendem Vorsatz hinsichtlich der Betäubungsmittelleigenschaft eines Stoffs oder einer Zubereitung eine auf solche Objekte bezogene, eigennützige und auf Umsatz gerichtete Tätigkeit entfaltet, obwohl er nach den konkreten Umständen des Einzelfalls bei sorgfältigem Verhalten die Betäubungsmittelleigenschaft hätte erkennen können. (BGHSt)

2. Welche darauf bezogenen Sorgfaltspflichten einzuhalten sind, bestimmt sich wesentlich anhand der einzelfallbezogenen Beurteilung der Vorhersehbarkeit des Umstands, mit Betäubungsmitteln i.S.v. § 1 Abs. 1 BtMG tatbestandlich umzugehen. (BGHSt)

3. Der Vorsatz unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (auch mit solchen in nicht geringer Menge) umfasst die Kenntnis davon, dass sich die Tathandlung auf ein Betäubungsmittel im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG bezieht. Dem Betäubungsmittelgesetz liegt das Prinzip der Positivliste zugrunde. Die Aufnahme der Stoffe oder Zubereitungen ist damit konstitutiv für deren Eigenschaft, Betäubungsmittel im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes zu sein. Die Unkenntnis der Betäubungsmittelleigenschaft schließt einen darauf bezogenen Vorsatz aus. (Bearbeiter)

4. Die Straftatbestände des Betäubungsmittelgesetzes weisen als Straftatbestandsmerkmal keinen „materiellen Betäubungsmittelbegriff“ auf, der Stoffe unabhängig von der Aufnahme in die Anlagen I bis III allein aufgrund ihrer Wirkungsweisen zu Betäubungsmitteln erhebt. Die Kenntnis davon, dass ein Stoff nach seiner Wirkungsweise eine Abhängigkeit hervorrufen oder aufgrund seiner betäubenden Wirkung wegen des Ausmaßes einer missbräuchlichen Verwendung unmittelbar oder mittelbar Gefahren begründen kann, begründet wegen des Prinzips der Positivliste auf der Ebene der Voraussetzungen des Tatbestandsvorsatzes diesen nicht. Einem solchen Kenntnisstand kann aber beweiswürdigend indizielle Bedeutung für die Überzeugungsbildung des Tatrichters hinsichtlich des auf das Handeltreiben gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 oder § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG bezogenen Vorsatzes haben. (Bearbeiter)

5. Der Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fest, dass trotz der inhaltlichen Anforderungen an die Tathandlung des Handeltreibens, vor allem an das Element der Eigennützigkeit, fahrlässiges Handeltreiben phänomenologisch möglich und tatbestandlich von § 29 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 BtMG erfasst ist. Eine Fallgestaltung, bei der allein die Eigenschaft des gehandelten Stoffs, im Handlungszeitpunkt Betäubungsmittel im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG zu sein, in Rede steht, zeigt, dass die Eigennützigkeit eines Gü-

terumsatzes auch bei fahrlässigem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln gegeben sein kann. (Bearbeiter)

6. Der Bundesgerichtshof versteht den nicht unmittelbar gesetzlich definierten Begriff der Fahrlässigkeit dahingehend, dass fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat. Ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, bestimmt sich u.a. anhand den vom Täter in der konkreten Lebenssituation zu erbringenden Sorgfaltsanforderungen. (Bearbeiter)

48. BGH 1 StR 72/17 – Urteil vom 19. September 2017 (LG Landshut)

Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport („bestimmungsgemäßer Gebrauch“ bei Dopingpräparaten; Gewerbsmäßigkeit im Arzneimittelgesetz); Mittäterschaft (Maßstab; tatrichterliche Beurteilung; Abgrenzung zur Beihilfe).

§ 5 Abs. 2 AMG; § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG; § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a AMG; § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b AMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

1. Der „bestimmungsgemäße Gebrauch“ richtet sich bei eigens für Dopingzwecke im Sport hergestellten Präparaten nach dem üblichen Gebrauch der Konsumenten, und nicht, soweit Präparate mit zugelassenen Arzneimitteln chemisch artverwandt (oder sogar wirkstoffidentisch) sind, nach der für das artverwandte Erzeugnis maßgeblichen Zwecksetzung. Danach ist der „bestimmungsgemäße Gebrauch“ der Präparate gleichzusetzen mit dem auf diesem Markt vorgesehenen Missbrauch.

2. Mittäter ist nach ständiger Rechtsprechung, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Lässt das angefochtene Urteil erkennen, dass der Tatrichter diesen Maßstab erkannt und den Sachverhalt vollständig gewürdigt hat, kann das gefundene Ergebnis vom Revisionsgericht selbst dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre.

3. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Arzneimittelgesetz ist nicht tatbestandsspezifisch auszulegen. Es gelten mithin die allgemeinen Grundsätze. Danach bringt gewerbsmäßig Arzneimittel in Verkehr, wer dies in der Absicht macht, sich daraus durch wiederholte Tatbegehung auf unbestimmte Zeit eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.

4. Die Einnahmen müssen nicht die Haupteinnahmequelle des Täters sein. Bloße Nebeneinkünfte reichen aus, wenn sie von einigem Umfang und einigem Gewicht sind. Die Gewerbsmäßigkeit setzt nicht voraus, dass Bargeld angestrebt wird. Es genügen auch geldwerte Vermögensvorteile oder die Einsparung von Aufwendungen.

5. Die Frage, wie hoch die erstrebten bzw. erzielten Gewinne sein müssen, um von einer fortlaufenden Einnahme-

quelle von einigem Umfang oder einigem Gewicht ausgehen zu können, unterliegt der tatrichterlichen Beweiswürdigung im Einzelfall. Dabei ist unerheblich, ob der Täter bereits einen Gewinn erzielt bzw. ein Honorar erlangt hat. Es kommt auf die Gewinnerwartung des Täters an, also in welchem Umfang er Gewinne erzielen wollte.

28. BGH 1 StR 279/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG München I)

Beginn der Verjährung bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer (Beginn mit Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung bei Selbstveranlagung); Unterbrechung der Verjährung (hinreichende Bestimmbarkeit des Beschuldigten als Adressanten der Unterbrechungshandlung).

§ 78a StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 1 UStG; § 155 AO; § 167 Abs. 1 Satz 1 AO; § 78c StGB

1. Bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer tritt Beendigung zu dem Zeitpunkt ein, zu dem der Täter die durch die Tat erlangten Vorteile gesichert hat. Das ist bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Angabe einer unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung zwar an sich erst mit der Festsetzung der Steuer durch einen entsprechenden Steuerbescheid der Fall. Wegen des Systems der Selbstveranlagung bei der Umsatzsteuer (§ 167 Abs. 1 Satz 1 AO) erfolgt eine Festsetzung per Steuerbescheid (§ 155 AO) aber lediglich dann, wenn die Festsetzung zu einer abweichenden Steuer führt, was vorliegend nicht der Fall war. Die Vorteile werden daher wegen der Selbstveranlagung bereits mit der Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung gesichert.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowohl zum Straf- als auch zum Ordnungswidrigkeitenrecht können richterliche Handlungen die Verjährungsfrist lediglich gegen bestimmte Personen nicht aber gegen noch unbekannte Täter unterbrechen. Zwar braucht sich die Unterbrechungshandlung nicht gegen den Täter unter seinem richtigen Namen zu richten. Allerdings müssen Merkmale bekannt sein, die den Täter sicher individuell bestimmen. Dabei ist es wegen der Bedeutung der Verjährung und der Rechtssicherheit erforderlich, dass der Täter aufgrund bei den Akten befindlicher Unterlagen bestimmt werden kann (vgl. BGHSt 24, 321,323). Er muss als Tatverdächtiger im Zeitpunkt der fraglichen Unterbrechungshandlung in den Akten genannt sein (vgl. BGH NStZ 2008, 158 f.).

41. BGH 2 StR 238/16 – Urteil vom 13. September 2017 (LG Hanau)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (keine Rechtfertigung des Umgangs mit Betäubungsmitteln zum Zweck der Eigenbehandlung: abschließende gesetzliche Regelung, keine Rechtfertigung bei größeren Mengen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 34 StGB

1. Der unerlaubte Umgang mit Betäubungsmitteln zum Zweck der Eigenbehandlung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig nicht im Sinne des § 34 StGB erforderlich, wenn die Lösung der Konfliktlage zwischen dem Erhaltungsgut und dem Eingriffsgut in-

nerhalb des Rechtsregimes des Betäubungsmittelrechts gefunden werden kann, weil die Möglichkeit einer Erlaubnis des Einsatzes zur Selbstmedikation gemäß § 3 Abs. 2 BtMG besteht. Dabei kommt es darauf, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis konkret vorlagen und zu welchem Ergebnis das Genehmigungsverfahren geführt hätte, nicht an. Denn das Betäubungsmittelgesetz nimmt eine abschließende Bewertung für den zulässigen Umgang mit Betäubungsmitteln vor, die den Zugriff auf § 34 StGB im Grundsatz ausschließt, auch wenn ein ansonsten unerlaubter Umgang mit erfassten Stoffen zu therapeutischen Zwecken erfolgt (vgl. BGH NJW 2016, 2818 Rn. 13 f.).

2. Der Besitz von Marihuana kann nach § 34 StGB überhaupt nur in dem Umfang gerechtfertigt sein, der für den Konsum zur Linderung der Gesundheitsbeeinträchtigungen erforderlich ist. Da Sinn und Zweck der Strafandrohung für den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln im Vergleich zum straflosen Konsum gerade darin bestehen, dass die Vorratshaltung die abstrakte Gefahr der Weitergabe an Dritte in sich birgt (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 49, 50), scheidet eine Rechtfertigung jedenfalls aus, wenn der Angeklagte im Besitz größerer Mengen Marihuana war, die den täglichen Eigenbedarf um ein vielfaches überschreiten.

25. BGH 1 StR 195/17 – Urteil vom 7. November 2017 (LG Tübingen)

Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (allgemeine Bereitschaft des Minderjährigen zum Handeltreiben).

§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG

Wird ein Minderjähriger erst durch die Übergabe des Rauschgifts mit der Anweisung, dieses zu bestimmten Bedingungen an einen bestimmten Ort zu transportieren, zu der konkreten Tat des unerlaubten Förderns des Handeltreibens veranlasst, „benutzt“ der Täter in einem solchen Fall einen Minderjährigen zum Betäubungsmittelverkehr auch dann, wenn dieser hierzu von vornherein (allgemein) bereit war und die Bereitschaft dem Täter gegenüber auch aufgezeigt hat (vgl. BGH NStZ 2001, 41, 42).

72. BGH 1 StR 515/17 – Beschluss vom 7. November 2017 (LG Weiden in der Oberpfalz)

Minder schwerer Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafrahmenwahl).

§ 30 Abs. 1 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG

1. Der durch den schwereren Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 1 BtMG im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängte Tatbestand des § 30 Abs. 1 BtMG entfaltet Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe.

2. Für die Bestimmung der Höchststrafe ist nach ständiger Rechtsprechung die Bestimmung des § 30a Abs. 3 BtMG maßgeblich.

62. BGH 4 StR 438/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Halle)

Konkurrenzen (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; versuchte schwere räuberische Erpressung).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 255 StGB

Sämtliche Handlungen, die der Verkäufer von Betäubungsmitteln zur Beibringung des Kaufpreises vornimmt, sind noch als Teil des Handeltreibens mit dem verkauften Betäubungsmittel anzusehen.

9. BGH 3 StR 310/17 – Beschluss vom 19. Oktober 2017 (LG Lüneburg)

Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht oder Erwachsenenstrafrecht bei mehreren gleichzeitig abgeurteilten Straftaten (Anwendung auch auf Heranwachsende; Dauerdelikte; Bewertungseinheit; Sachrüge; keine Entscheidung des Revisionsgerichts); Beruhen des Urteils auf einem fehlenden rechtlichen Hinweis (nicht ausschließbare Abgabe eines Geständnisses für den Fall der Hinweiserteilung); Verfall.

§ 32 JGG; § 105 JGG; § 265 StPO; § 337 StPO; § 73 StGB

1. Gemäß § 32 JGG gilt für mehrere Straftaten, die gleichzeitig abgeurteilt werden und auf die teils Jugendstrafrecht und teils allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre, einheitlich das Jugendstrafrecht, wenn das Schwergewicht bei den Straftaten liegt, die nach Jugendstrafrecht zu beurteilen wären; ist dies nicht der Fall, so ist einheitlich das allgemeine Strafrecht anzuwenden. Diese Regelungen gelten gemäß § 105 Abs. 1 JGG auch im Verfahren gegen Heranwachsende und über ihren Wortlaut hinaus entsprechend bei Dauerdelikten sowie (sonstigen) Formen der Beurteilung mehrerer Tatbestandsverwirklichungen als eine Tat wie bei der Bewertungseinheit, da ihr Grundgedanke auf diese Fallgestaltungen gleichfalls zutrifft.

2. Ist die gebotene Überprüfung unterblieben, ob der Angeklagte nach Jugend- oder nach Erwachsenenstrafrecht abzuurteilen ist, so stellt dies einen auf die Sachrüge hin zu beachtenden Mangel dar. Die Entscheidung, bei welchen Teilen einer Tat deren Schwergewicht liegt, betrifft im Wesentlichen eine Tatfrage und kann daher vom Revisionsgericht nur in eingeschränktem Umfang überprüft werden. Werden entsprechende Erwägungen deshalb nicht angestellt, weil der Tatrichter übersehen hat, dass die Anwendbarkeit des Jugendgerichtsgesetzes überhaupt im Raum steht, können daher nicht eigene Erwägungen des Revisionsgerichts an deren Stelle treten.

Innerfamiliäre Garantenpflichten unter Erwachsenen

Anmerkung zu BGH HRRS 2017 Nr. 1220

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M., Hannover

I. Einleitung

Zwar stellt die Eltern-Kind-Beziehung das Paradebeispiel für eine Quelle von Schutzpflichten im Sinne des § 13 StGB dar.¹ Die Bestimmung der Reichweite und Intensität dieser Pflichten bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten. Es ist strittig, in welchem Umfang Garantenpflichten zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern bestehen.² Der maßgebliche Grund für diese Unsicherheit scheint die Verkoppelung der Thematik mit der Frage der Abgrenzung von sittlichen und rechtlichen Pflichten zu sein. Unter dem Blickwinkel eines säkularen Strafrechts werden Pflichten aus „enger persönlicher Verbundenheit“ als Relikte des Moralitätsdenkens wahrgenommen.³ Das Garantenverhältnis wird dann abgelehnt, wenn es an einer Hausgemeinschaft von Eltern und ihren volljährigen Kindern fehlt.⁴ Das Gegenstück zu dieser relativ weitgehenden Einschränkung der gegenseitigen Garantenpflichten zwischen Eltern und erwachsenen Kindern stellt die Annahme einer Hilfspflicht unabhängig von einer Hausgemeinschaft unter Berufung auf den etwas schallenden und moralethisch aufgeladenen Begriff der „Blutsbande“⁵ dar. Wie man aber schon an diesem Argument merken kann, ist die Reichweite der Schutzpflichten in der Eltern-Kind-Beziehung nicht die Kernfrage der Thematik, sondern ein Folgeproblem des grundlegenden Streits um die Begründung einer allgemeinen gegenseitigen Schutzpflicht von Eltern und Kindern.⁶ Schon an dieser Stelle gehen die Meinungen auseinander.⁷ Die Frage, ob die Werte des § 1618a BGB einzubeziehen sind⁸ oder ob die Beistandspflicht des § 1618a lediglich ein „bloßer Programmsatz“ ohne straf-

rechtliche Relevanz ist,⁹ steht hier im Mittelpunkt der Diskussion.

Mit einem Sachverhalt, der Anlass gab, über diese Fragen nachzudenken, ist der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in dem hier zu besprechenden Beschluss vom 2. August 2017 – 4 StR 169/17 – in Berührung gekommen.¹⁰ Der BGH hat in einer Weise Stellung genommen, die nach hier vertretener Auffassung wichtige Anknüpfungspunkte erkennen lässt, aber durchaus nicht vollständig befriedigt.

II. Zum Sachverhalt¹¹

Der an Epilepsie erkrankte Angeklagte, der aufgrund von leichten hirnanorganischen Defiziten geistig eingeschränkt war, wohnte im selben Mehrfamilienhaus mit seinen Eltern. Die Mutter, die seit mehreren Jahren an psychosomatischen Erkrankungen und wahnhaften Störungen litt, war stark untergewichtig und pflegebedürftig. Nach Vereinbarung der Eltern sollte der Angeklagte wegen seiner Epilepsieerkrankung von den familiären Problemen ferngehalten werden, so dass der Vater allein für die Pflege der Mutter zuständig war. Als sich der körperliche Zustand der Mutter noch mehr verschlechterte und sie nicht mehr zu selbständiger Nahrungsaufnahme und Körperpflege in der Lage war, versorgte der Vater aufgrund einer Demenzerkrankung, anders als früher, seine Frau in den letzten vier Wochen vor ihrem Tod weder mit hinreichender Nahrung noch ausreichender Flüssigkeit. Er sorgte auch nicht für ärztliche Hilfe. Der Gesundheitszustand der Mutter wurde immer schlechter, sodass es zu einer bakteriellen Lungenentzündung kam, die auch den Tod der Mutter verursachte. In den letzten vier Wochen vor ihrem Tod besuchte der Angeklagte zwei- bis dreimal in der Woche seine Mutter und unterhielt sich mit ihr in ihrem Zimmer, das allerdings nach ihrem Wunsch immer dunkel gehalten wurde. Auch an dem Abend vor ihrem Tod besuchte er sie. Trotz des Geruchs von Fäkalien und Liegegeschwüren unterließ er es, einen Arzt zu benachrichtigen. Nach den Feststellungen des Landgerichts war

¹ Vgl. *Jakobs*, AT Strafrecht, 2. Aufl. (1991), 29. Abschn., Rn. 59; *NK-StGB/Gaede*, 5. Aufl. (2017), § 13, Rn. 55.

² Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 18, Rn. 47.

³ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 357 f.

⁴ *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 32, Rn. 43.

⁵ BGHSt 19, 167, 169.

⁶ Zur Begründung einer allgemeinen gegenseitigen Schutzpflicht *Gaede* (Fn. 1), § 13, Rn. 61.

⁷ Dazu *Gaede* (Fn. 1), § 13, Rn. 61.

⁸ Eine Leitlinienfunktion für die Bestimmung von Garantenpflichten im Sinne von § 13 StGB kommt dem § 1618a BGB nach der Rechtsprechung zu, s. BGH 13.10.2016, HRRS 2017, Nr. 11; ähnlich *Böhm*, Garantenpflichten aus familiären Beziehungen, 2006, S. 207; *Kühl* (Fn. 2), § 18, Rn. 55; *Frister*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2015), 22. Kapitel, Rn. 42.

⁹ *Jakobs* (Fn. 1), 29. Abschn., Rn. 62.; zust. *Roxin* (Fn. 4), § 32, Rn. 42; *Bülte* GA 2013, 389, 398; *Gaede* (Fn. 1), § 13, Rn. 61.

¹⁰ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220.

¹¹ Vgl. BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 3-11.

dem Angeklagten bewusst, dass seine Mutter versterben könnte und er nahm diese Folge billigend in Kauf.

III. Zum Inhalt der Entscheidung

Der 4. Strafsenat beanstandet Darstellungsmängel im Hinblick auf die subjektive Tatseite sowie Lücken der Beweiswürdigung im Urteil des Landgerichts.¹² Soweit es den objektiven Tatbestand betrifft, wird das Bestehen einer Garantenpflicht des Sohnes gegenüber seiner pflegebedürftigen Mutter allerdings bejaht.¹³ Für die Begründung bezieht der Senat sich nicht auf das sittlich eingefärbte Argument der „durch Blutsbande verbundenen Familie“, wie es die ältere Rechtsprechung tat,¹⁴ sondern auf die Wertungen des § 1618a BGB.¹⁵ Damit schließt sich der Senat der jüngeren Rechtsprechung an,¹⁶ wonach der Regelung des bürgerlichen Rechts eine Leitbildfunktion zukommt.¹⁷

Dem ist zuzustimmen. Die Reduzierung des § 1618a BGB auf einen „bloßen Programmsatz“, der allein unterhaltsrechtliche Konsequenzen hat,¹⁸ ist wohl darauf zurückzuführen, dass in diese Norm eine moralische Pflicht hineingelesen wird, die allein der Blutsverwandtschaft und der Abstammung wegen entstehe.¹⁹ Eine solche moralische Pflicht soll dann nicht als Wertmaßstab für das Strafrecht herangezogen werden. Hierzu ist allerdings Folgendes anzumerken: Abgesehen davon, dass es zu bezweifeln ist, ob eine Abgrenzung von sittlichen und strafrechtlichen Pflichten überhaupt möglich ist — strafrechtliche Säkularisierungserfolge sind eher auf eine Änderung der moralethischen Einstellungen gegenüber gesellschaftlichen Praktiken zurückzuführen, als auf eine echte Abkoppelung von Recht und Moral → ist eine Verbindung des § 1618a BGB mit „Moralitätsdenken“²⁰ nicht zwingend. Vielmehr kommt in der Einstandspflicht des § 1618a BGB der Gedanke des gegenseitigen *Vertrauens* zum Ausdruck, der sich auf die gemeinsame Erfahrung der psychischen und emotionalen Realität der Eltern-Kind-Beziehung bezieht und nicht auf sittliche Erwägungen. Damit ist nicht die emotionale Wirklichkeit einer individuellen familiären Beziehung gemeint, sondern das im Hinblick auf die Institution der Familie generalisierte Vertrauen.²¹ Das Institutionsvertrauen,²² wie es in § 1618a BGB zum Ausdruck kommt, begründet besonde-

re normative Erwartungen und Pflichten, denen allerdings konkrete Anhaltspunkte für fehlendes Vertrauen im Einzelfall, so etwa im Fall von Zerwürfnissen, entgegen stehen können.

Den Gedanken des Vertrauens lässt allerdings der 4. Strafsenat außer Acht und bemüht sich um eine Konkretisierung des Wertmaßstabs des § 1618a BGB allein anhand der Umstände des Einzelfalls.²³ Eine maßgebliche Bedeutung kommt nach Auffassung des Senats dem Kriterium des Zusammenlebens der betroffenen Personen hinzu.²⁴ Das Gericht nimmt eine Garantenstellung des Angeklagten gegenüber seiner Mutter an, da ihr Verhältnis „über die rein formale familiäre Beziehung hinaus sowohl von besonderer räumlicher als auch persönlicher Nähe geprägt“ war.²⁵ Als konkrete Anzeichen dafür nennt das Gericht das Zusammenleben im selben Wohnhaus und die regelmäßigen Besuche.²⁶ Anzeichen einer Zerrüttung der Beziehung gab es nicht.²⁷ Das könnte der Vermutung Vorschub leisten, dass der Senat implizit negativ auf die Frage antwortet, ob eine Garantenpflicht allein aus der familiären Beziehung — ohne faktische Familiengemeinschaft — entstehen kann, eine Frage, die der 3. Strafsenat in seinem Beschluss vom 13. Oktober 2016, auf den sich der 4. Strafsenat in seinem Beschluss ausdrücklich bezieht, offen gelassen hatte.²⁸ Die häusliche Gemeinschaft spielt für die Begründung der Garantenpflicht des Sohnes gegenüber der Mutter eine tragende Rolle.

Rückt aber der Gedanke des besonderen Vertrauens ins Zentrum der Problematik, dann leuchtet das Erfordernis einer notwendigen Verkoppelung mit dem Kriterium der häuslichen Gemeinschaft kaum mehr ein. Gegenseitige Verhaltenserwartungen, die vor allem den Schutz von akuten Lebensgefahren betreffen, bestehen, wie auch der Senat durchaus nahelegt,²⁹ weiter, unabhängig davon, ob der Sohn oder die Tochter im selben Wohnhaus wohnt oder nicht.³⁰ Das Vertrauen, dass man von seinem Kind oder von seinen Eltern Hilfe bei akuter Lebensgefahr bekommt, wird nicht nach Kilometern gemessen. Die „vertraute Beziehung zwischen Eltern und Kindern“³¹ kann weder in räumlicher noch zeitlicher Hinsicht eingeschränkt werden.³² Das Kriterium der Hausgemeinschaft kann zwar im Fall von Ehe- oder eheähnlichen Partnerschaften eine wichtige Indizwirkung für Vertrauen zwischen zwei Personen mit bisher voneinander unabhängigen Biografien entfalten, erweist sich allerdings als wenig hilfreich bei der Eltern-Kind-Beziehung, deren Gestaltung in der Regel — anders als bei der Ehe — durch das

¹² BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 12.

¹³ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 13.

¹⁴ BGHSt 19, 167, 169.

¹⁵ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 14.

¹⁶ BGH 13.30.2016, HRRS 2017, Nr.11; s. dazu *Gaede* (Fn. 1), § 13, Rn. 61.

¹⁷ BGH 13.30.2016, HRRS 2017, Nr.11, Rz. 3.

¹⁸ *Jakobs* (Fn. 1), 29. Abschn., Rn. 62; zust. *Roxin* (Fn. 4), § 32, Rn. 42; *Bülte* GA 2013, 389, 398; *Gaede* (Fn. 1), § 13, Rn. 61.

¹⁹ *Jakobs* (Fn. 1), 29. Abschn., Rn. 62.

²⁰ *Schünemann* (Fn. 3), S. 357.

²¹ Vgl. *Beckemper* ZIS 5/2011, 318 f., die sich mit dem Phänomen des Vertrauens im Wirtschaftsbereich befasst. Das im Hinblick auf Institutionen generalisierte Vertrauen lässt sich womöglich in Begriffen der Moral rekonstruieren, ist aber nicht intrinsisch moralisch, sondern eine soziologische Tatsache.

²² Ausführlich dazu unter systemtheoretischen Aspekten *Beckemper* ZIS 5/2011, 321 f.

²³ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 14.

²⁴ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 14.

²⁵ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 16.

²⁶ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 16.

²⁷ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 16.

²⁸ BGH 3 StR 248/16, HRRS 2017, Nr. 11, Rn. 3; BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 15.

²⁹ Vgl. BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 15.

³⁰ *Kühl* (Fn. 2), § 18, Rn. 55; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 47. Aufl. (2017), § 19, Rn. 1008; *Rengier*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2017), § 50, Rn. 14; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen von Garantenpflichten, 1986, S. 156.

³¹ *Perdomo-Torres*, Garantenpflichten aus Vertraulichkeit, 2006, S. 208.

³² *Perdomo-Torres* (Fn. 31), S. 209.

Ausziehen des volljährigen und zur Selbständigkeit erzo- genen Kindes aus dem Elternhaus gekennzeichnet wird. Die Aussagekraft einer Hausgemeinschaft in Bezug auf die „Vertrautheit“³³ der Beziehung ist in diesem Fall eher schwach.

Von größerer Bedeutung als die Hausgemeinschaft ist die Lebensgemeinschaft, die mit der praktizierten Wohnge- meinschaft nicht gleichgesetzt werden darf.³⁴ Die „ele- mentare Verbundenheit“ von Kindern und Eltern³⁵ be- gründet ein weites Verständnis von Lebensgemeinschaft, das auch unregelmäßige Interaktionen erfasst und nicht vom faktischen Zusammenleben abhängt.³⁶ Auch bei Eheleuten ist in Anbetracht der Gestaltung der Ehe in der heutigen Gesellschaft schwer zu bestreiten, dass eine Lebensgemeinschaft weiter besteht, wenn die Ehepartner aus beruflichen und sozioökonomischen Gründen an unterschiedlichen Orten wohnen.³⁷ Die unter einem Dach lebende Großfamilie ist ein aussterbendes Famili- enmodell und kann nicht mehr maßgeblich für die Be- stimmung von Einstandspflichten sein.³⁸ Ein weites Ver- ständnis von Lebensgemeinschaft, die von der Wohnge- meinschaft zu unterscheiden ist, ist auf die soziale Realit- ät moderner Gesellschaften hin sensibilisiert und hilft zu angemessenen Ergebnissen bei der Konkretisierung von Garantenpflichten innerhalb einer Familie.³⁹

Eine Lebensgemeinschaft ist dann abzulehnen, wenn das gegenseitige Vertrauen im Einzelfall aufgrund von schwerwiegenden Enttäuschungen und daraus resultie- render Zerrüttung und emotionaler Distanzierung nicht mehr vorhanden ist.⁴⁰ Dies verkannte die frühere Recht- sprechung, die zwar zwischen Lebensgemeinschaft und Hausgemeinschaft unterschied und nur die erste für maßgeblich hielt, die Lebensgemeinschaft jedoch allein durch die Blutsverwandschaft definierte.⁴¹ Anders als eine Lebensgemeinschaft, deren normative Fülle das gegenseitige Vertrauen ausmacht, lässt eine auf die reine Blutsverwandschaft gestützte Lebensgemeinschaft kei- nen Raum für eine Einzelfallbetrachtung. Selbst bei schweren Zerwürfnissen wäre dann eine Garantenstel- lung anzunehmen.⁴² Vor diesem Hintergrund ist zu be- grüßen, dass der 4. Senat bei der Begründung der Ein- standspflicht nicht auf die „Blutsbande“ abstellt und die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung im Einzelfall berücksichtigt. Wenig befriedigend ist aber, dass der Begriff der Lebensgemeinschaft durch das konkrete ar- gumentative Arrangement zu stark mit dem Begriff der Hausgemeinschaft in Verbindung gebracht wird.

Auch der Hinweis auf die Selbstständigkeit der volljähri- gen Kinder, die ihr eigenes Leben führen und nicht der Aufsicht ihrer Eltern unterstehen, so dass letztere wiede- rum auch nicht der Aufsicht ihrer Kinder unterliegen,⁴³ — ein Argument, das auf die Autonomie und die Selbstver- antwortung aufbaut⁴⁴ —leuchtet zwar in Bezug auf inner- familiäre Überwachungsgarantenstellungen ein, nicht jedoch, wenn es um Gefahren für das Leben und die Gesundheit geht.⁴⁵ Eine pauschale Berufung auf den Autonomiegedanken birgt die Gefahr einer gesellschaftli- chen Schwächung elementarer Solidaritätswerte. So we- nig wünschenswert es ist, dass das Strafrecht die auto- nome Lebensgestaltung nicht respektiert, so wenig kann man sich ein Autonomiedenken wünschen, das auf Kos- ten der zwischenmenschlichen Solidarität überakzentu- ert wird.⁴⁶ „Unterformen der allgemeinen Solidarität“ sind auch die Beistandspflichten zwischen Eltern und Kindern.⁴⁷

Anlass, an die heikle Beziehung von Autonomie und Solidarität zu denken, gibt der Beschluss des 4. Straf- senats auch wegen eines weiteren Punktes. Außer der Frage der Hausgemeinschaft sollen nach Auffassung des Gerichts bei der Spezifizierung der strafrechtlichen Ein- standspflicht auch autonome Entscheidungen der be- troffenen Personen mitberücksichtigt werden.⁴⁸ Außer- dem soll das neue Tatgericht nach Auffassung des Senats die Geschehnisse „auch im Hinblick auf die Grundsätze zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung [...] würdi- gen.“⁴⁹ Eine Beachtung des Grundsatzes der Eigenverant- wortlichkeit ist grundsätzlich bei der Bestimmung von gegenseitigen Pflichten angezeigt. Insoweit vertritt das Gericht zu Recht, dass mögliche Rollenverteilungen in- nerhalb einer Familie, die auf autonome Entscheidungen der Betroffenen zurückzuführen sind, zwar zu keiner Befreiung, allerdings zu einer Sekundarisierung der Pflichten einzelner Personen führen können.⁵⁰ Gleich- wohl sollte eine Überakzentuierung des Autonomiebe- griffs vermieden werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass man bei Fällen wie auch dem vorliegenden —die Mutter litt seit Jahren an mehreren psychischen Problemen — zurückhaltend und vorsichtig mit einer Bejahung von autonomen und vollverantwortlichen Selbstgefährdungen oder Selbstverletzungen sein sollte. Die Neigung zur Selbstaufgabe ist eher das Ergebnis von Verzweiflung und Depression im Gefühl von Ausweglosigkeit als das Er-

³³ *Perdomo-Torres* (Fn. 31), S. 182 ff.

³⁴ Eine solche Trennung von Lebensgemeinschaft und Haus- gemeinschaft macht, wie Bülte zutreffend anmerkt, die frühere Rechtsprechung, *Bülte* GA 2013, 389, 395; BGHSt 19, 167.

³⁵ *Kühl* (Fn. 2), § 18, Rn. 55.

³⁶ Vgl. *Kühl* (Fn. 2), § 18, Rn. 55; *Brammsen* (Fn. 30), S. 156; BGHSt 19, 167.

³⁷ Vgl. *Perdomo-Torres* (Fn. 31), S. 209.

³⁸ *Bülte* GA 2013, 389, 397.

³⁹ Auch ein Einbeziehen von Geschwisterverhältnissen ließe sich nach diesen Maßstäben gut vertreten.

⁴⁰ Vgl. *Rengier* (Fn. 30), § 50, Rn. 14.

⁴¹ *Bülte* GA 2013, 389, 395; BGHSt 19, 167.

⁴² *Bülte* GA 2013, 389, 395.

⁴³ *Roxin* (Fn. 4), § 32, Rn. 42.

⁴⁴ Vgl. *Perdomo-Torres* (Fn. 31), S. 208.

⁴⁵ Vgl. *Perdomo-Torres* (Fn. 31), S. 210; *Brammsen* (Fn. 30), S. 156.

⁴⁶ Vgl. *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 267 sowie *Stefanopoulou*, Verant- wortlichkeit und Schuldzumessung in Mitwirkungsfällen, 2018, S. 45 ff.

⁴⁷ *Böhm* (Fn. 8), S. 207.

⁴⁸ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 14.

⁴⁹ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 25.

⁵⁰ BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 17 f. Die Sekundarisierung der Verantwortlichkeit ist nicht ohne Re- levanz für die Frage des Vorsatzes. Dem sekundären Garan- ten soll bewusst sein, dass es notwendig ist, an die Stelle des primären Garanten einzuspringen, so auch zu Recht der 4. Strafsenat, BGH 4 StR 169/17, HRRS 2017 Nr. 1220, Rz. 21. Zur Abstufung der Garantenpflichten auf der Grundlage von Rollenverteilung unter Bezug auf BGH 4 StR 169/17 *Schiemann* NJW 2017, 3609.

gebnis einer „wohlüberlegten“ Entscheidung.⁵¹ Eine Überbetonung des Autonomiebegriffs birgt die Gefahr, dass Menschen, die auf Hilfe angewiesen sind, schutzlos gestellt werden.⁵²

IV. Fazit

Festzuhalten ist, dass sich der 4. Strafsenat durch die stellenweise uneindeutige Argumentationsweise solchen Stimmen in der Literatur anzuschließen scheint, die bei

⁵¹ Dölling, in: FS für Maiwald, 2010, S. 119 (128); vgl. Feldmann GA 2012, 498, 500 f.; dies., Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid, 2009, S. 177 ff., 194 ff.; s. auch Engländer, in: FS für Schünemann, 2014, S. 583 (588 f.), der einen strafrechtlichen Übereilungsschutz bejaht, auch wenn er übereilte Entscheidungen nicht mit nicht-autonomen Entscheidungen gleichsetzt.

⁵² Feldmann GA 2012, 498, 500.

der Begründung einer gegenseitigen Garantenpflicht zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern dem Kriterium der häuslichen Familiengemeinschaft eine tragende Bedeutung zukommen lassen. Damit erscheint die fehlende Einstandspflicht in diesen Fällen als Regel und die Garantenpflicht als Ausnahme.⁵³ Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis steht aber in einem Widerspruch zu der sozialen Praxis des Ausziehens und Wegziehens von volljährigen Kindern, die im Verhältnis zur Fortsetzung des Zusammenlebens von Eltern und Kindern im erwachsenen Alter vor allem heute eher die Regel als die Ausnahme darstellt und auf die Vertrauensbeziehungen innerhalb der Familie keinen Einfluss nimmt. Die durch ein gegenseitiges Vertrauen gekennzeichnete Lebensgemeinschaft besteht auch ohne Hausgemeinschaft weiter.

⁵³ Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis vertritt auch Perdomo-Torres (Fn. 31), S. 211.

Aufsätze und Anmerkungen

Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern

Anmerkung zu BGH GSSt 2/17 = HRRS 2017 Nr. 1089

Von Lucas Tomiak, Universität Bonn*

I. Einführung

Beschlüsse des Großen Senats für Strafsachen sind selten, und noch seltener entscheidet er Fragen zur Strafzumessung. Der vorliegende Beschluss ist erst die zweite Befassung des Großen Senats mit der Strafzumessung im aktuellen Jahrtausend.¹ Die Entscheidung ist also von großer Bedeutung- und ähnlich wie eine weitere wichtige Entscheidung des Großen Senats, BGHSt 34, 345, nicht geeignet, zu einer vorhersehbaren und regelorientierten Strafzumessung beizutragen. Gerade die Tatsache, dass vor allem die grundsätzlichen Ausführungen des Großen Senats auf absehbare Zeit für die gerichtliche Strafzumessungspraxis von hoher Bedeutung sein werden, fordert zum Widerspruch gegen den vorliegenden Beschluss heraus.

* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ingeborg Puppe sowie am Kriminologischen Seminar der Universität Bonn bei Dr. Scarlett Jansen.

¹ Auch die Entscheidung BGHSt 52, 124 = HRRS 2008 Nr. 154 betraf die Frage eines langen Zeitraums zwischen Tat und Urteil, dort allerdings in der Konstellation der rechtsstaatswidrigen Verzögerung.

II. Die Entscheidung des Großen Senats

Der Angeklagte nahm über einen Zeitraum von vier Jahren (1990-1994) in mindestens 35 Fällen sexuelle Handlungen an seiner damals fünf bis neun Jahre alten Tochter vor oder ließ solche von ihr an sich vornehmen. Er spielte seine Handlungen einerseits vor ihr herunter und beteuerte, die Vornahme der sexuellen Handlungen gehöre sich so, wirkte aber andererseits auf sie ein, niemandem von diesen zu erzählen, da ihm sonst eine Gefängnisstrafe drohe.² Das Urteil des LG Bad Kreuznach, das den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 3 Monaten verurteilte, erging im April 2015.

Der Fall gelangte zum 3. Strafsenat des BGH, der zunächst ein Anfrageverfahren gem. § 132 Abs. 3 GVG durchführte und den Fall dann dem Großen Senat vorlegte. In der Vergangenheit hatten der 1. und der 3. Senat entschieden, dass ein langer Zeitablauf zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung u.a. aufgrund der Wertung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB in Fällen des sexu-

² GSSt 2/17, Rn. 3.

ellen Missbrauchs von Kindern nicht im gleichen Maße strafmildernde Bedeutung habe wie bei anderen Delikten.³ Hieran beabsichtigte der 3. Senat nicht mehr festzuhalten, da die Wertungen des Verjährungsrechts nicht auf die Strafzumessung übertragen werden könnten.⁴ Der 2. Senat stimmte dem mit knapper Begründung zu.⁵ Der 1. Senat hingegen blieb bei seiner bisherigen Rechtsprechung.⁶ Er betonte die Einzelfallabhängigkeit der Bewertung des Zeitablaufs, hielt die Wertung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 dort aber für einen berücksichtigungsfähigen Faktor.

Der Große Senat stimmt der Rechtsansicht des 3. Senats zu. Zwar seien generalisierende Wertungen mit dem Wesen von Strafzumessung und Zeitablauf nicht vereinbar.⁷ Die Regelungen zur Verjährung hätten aber keine Auswirkungen auf die Strafzumessung, sodass dem Zeitablauf iRd § 176 kein geringeres (strafmilderndes) Gewicht zuzumessen sei als bei anderen Delikten.⁸ Das ändere jedoch nichts an der Möglichkeit, die Wertungen der Verjährungsregeln im Rahmen sonstiger Strafzumessungsgründe zu berücksichtigen, was allerdings nur „nach Maßgabe aller relevanten Einzelfallumstände“ möglich sei.⁹

Die Lösung des Großen Senats besteht demnach aus zwei Thesen: dem Zeitablauf komme grundsätzlich deliktsunabhängig eine strafmildernde Wirkung zu; diese könne aber durch gegenläufige Erwägungen reduziert werden. Für diese Erwägungen nennt er zwei mögliche, in § 46 Abs. 2 *expressis verbis* aufgezählte Anknüpfungspunkte. Zum einen sei eine Einflussnahme auf das Opfer dahingehend, die Tat nicht zu offenbaren, „zumindest regelmäßig“ ein strafscharfendes Nachtatverhalten, zum anderen könne die „Dauer der psychischen Belastung, denen (sic) das Opfer durch eine familiäre Drucksituation ausgesetzt ist“, länger sein, was eine verschuldete Folge der Tat darstelle.¹⁰

Bei einer ersten Betrachtung scheint es also, als sei die Differenz letztlich marginal und als drehe sich der Streit nur um die richtige Lozierung des Problems Zeitablauf. Allerdings trägt dieser Eindruck: die vom BGH genannten Aspekte behandeln nicht die Frage der Strafzumessungsrelevanz des Zeitablaufs, sondern davon zu lösende, zusätzliche Strafzumessungsfaktoren. Sie können daher die eigenständige Behandlung des erstgenannten Problems nicht ersetzen, sondern stellen sich unabhängig von ihm. Das wird deutlich, wenn man sich einen Fall denkt, in dem der Täter weder nach der Tat Einfluss auf das Opfer genommen hat, noch eine besondere psychische Drucksituation entstanden ist, das Opfer die Tat aber dennoch gerade aus den Gründen, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 angehalten haben, erst Jahre später anzeigt. Gerade dann stellt sich die Frage nach der Relevanz des bloßen Zeitablaufs.

Die Ausführungen des BGH zum Zeitablauf bleiben etwas unklar. Denn einerseits betont der Große Senat unermüdlich, dieser *könne* die Strafzumessung beeinflussen, das müsse aber stets orientiert am Einzelfall festgestellt werden.¹¹ Exemplarisch: „Mit den dargelegten, die Strafzumessung allgemein prägenden Grundsätzen und dem Wesen des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil als Strafzumessungsgesichtspunkt im Sinne des § 46 Abs. 2 StGB sind generalisierende, die konkreten Einzelfallumstände außer Acht lassende Wertungen nicht vereinbar (...) Vielmehr ist aus strafzumessungsdogmatischer Sicht die Bedeutung des hier relevanten Kriteriums zum einen weder absolut, noch begründet es eine Regelwirkung.“¹² Andererseits geht der BGH davon aus, dem Zeitablauf als solchem komme grundsätzlich eine strafmildernde Wirkung zu: das Strafbedürfnis nehme bei langem Zeitablauf „allgemein“ ab¹³, es handle sich bei ihm um einen „anerkannten Strafmilderungsgrund“¹⁴ und das Nachtatverhalten könne „die strafmildernde Wirkung des Zeitablaufs“ reduzieren.¹⁵

Das ist wohl so zu verstehen, dass der Große Senat zwar davon ausgeht, dass dem langen Abstand zwischen Tat und Urteil als solchem eine strafmildernde Wirkung zukommt. Da aber andere Faktoren (möglicherweise abnehmende spezialpräventive Bedürfnisse, das Nachtatverhalten) sein Gewicht beeinflussen können, seien generelle Aussagen über seine Strafzumessungsrelevanz nicht möglich, sondern nur im Einzelfall zu treffen. Insbesondere sei nicht davon auszugehen, dass sich allgemeine Regeln dahingehend aufstellen ließen, die grundsätzlich strafmildernde Wirkung für bestimmte Deliktgruppen abzuschwächen.¹⁶

III. Die strafmildernde Wirkung des Zeitablaufs und § 176 StGB

Die strafmildernde Wirkung des Zeitablaufs wird vom Großen Senat nicht eingehend begründet. Bei dem Zeitablauf, den der Senat zurecht von den besonderen Fallgruppen der langen Verfahrensdauer und der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung abgrenzt,¹⁷ handle es sich um einen nicht ausdrücklich genannten Strafzumessungsfaktor nach § 46 Abs. 2 StGB, dessen strafzumessungstheoretische Verankerung zwar variere, der aber allgemein anerkannt sei. Er mindere den „Sühneanspruch, weil das Strafbedürfnis allgemein abnimmt“, und könne zwar nicht die Tatschuld mindern, aber „Tat und Täter unter den Aspekten von Schuld und Spezialprävention in einem günstigeren Licht erscheinen lassen, als es bei schneller Ahndung der Fall gewesen wäre. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Tat durch den Zeitablauf als einmalige Verfehlung des Täters erwiesen, er sich inzwischen jahrelang einwandfrei geführt und der Verletzte die Folgen der Tat überwunden hat“.¹⁸

³ BGH NJW 2000, 748, 749 (3. Senat); NStZ 2006, 393 (1. Senat) = HRRS 2006 Nr. 311.

⁴ BGH NStZ 2016, 277 f. = HRRS 2016 Nr. 189.

⁵ BGH NStZ-RR 2016, 307 (Ls.) = HRRS 2016 Nr. 823.

⁶ BGH NStZ-RR 2016, 336 = HRRS 2016 Nr. 950.

⁷ GSSt 2/17, Rn. 24 ff.

⁸ GSSt 2/17, Rn. 32 ff.

⁹ GSSt 2/17, Rn. 46 ff.

¹⁰ GSSt 2/17, Rn. 48.

¹¹ GSSt 2/17, Rn. 25, 26, 30, 31.

¹² GSSt 2/17, Rn. 31.

¹³ GSSt 2/17, Rn. 30.

¹⁴ GSSt 2/17, Rn. 43.

¹⁵ GSSt 2/17, Rn. 48.

¹⁶ GSSt 2/17, Rn. 37, 43, 46, 49.

¹⁷ GSSt 2/17, Rn. 26 ff.

¹⁸ GSSt 2/17, Rn. 30.

Von der Aufgabe, diese Erwägungen im Hinblick gerade auf den hier einschlägigen § 176 StGB zu überprüfen, befreit der BGH sich zunächst mit einem Nebensatz: „dem strafrechtlichen Sanktionensystem [ist] auch eine Differenzierung der Bedeutung nach Deliktgruppen fremd“.¹⁹ An späterer Stelle heißt es: „Es erschließt sich nicht, aus welchem Grunde dann gleichwohl dem Zeitablauf zwischen Tat und Urteil ein geringeres Gewicht beizumessen sein soll, nur weil es sich bei der Tat um ein bestimmtes Delikt handelt.“²⁰ Zumindest für einige Strafzumessungsfaktoren soll also offenbar gelten, dass ihre Strafzumessungsrelevanz unabhängig von dem verwirklichten Delikt ist. Für alle kann das schon deshalb nicht gelten, weil sie nicht bei allen Delikten vorkommen können: eine Trunkenheit im Verkehr (§ 316) aus rassistischen Motiven (vgl. § 46 Abs. 2 S. 2 1. Gruppe) ist kaum denkbar.²¹ Dass einige Faktoren bei einzelnen Delikten einen höheren Rang haben als bei anderen, kann man sich zudem am Totschlag verdeutlichen: alle Taten, die diesem Tatbestand unterfallen, haben ein relativ ähnliches Erfolgsunrecht, trotzdem enthält schon der Regelstrafrahmen eine Spanne von 5-15 Jahren. Hier muss das maßgeblich durch die Vorsatzform geprägte Handlungsunrecht eine wesentlich größere Rolle spielen als bei Delikten, deren Erfolgsunrecht sehr variabel ist, man denke an die Vermögensdelikte.²² Aber auch aus straftheoretischer Sicht ist diese Ansicht nicht richtig. Der Grund, warum eine Tat unter Strafandrohung gestellt und bestraft wird, lässt sich nicht für alle Delikte einheitlich bestimmen.²³ Damit lässt sich auch nicht notwendig eine einheitliche Aussage über die Relevanz der Strafzumessungsfaktoren treffen; vielmehr sind die allgemeinen Regeln deliktsspezifisch zu konkretisieren.²⁴ Für eine solche Konkretisierung muss zunächst der Grund für die Strafmilderung bei Zeitablauf näher untersucht werden, um beurteilen zu können, ob die sie tragenden Erwägungen gerade bei § 176 ihren Platz haben.

1. Übertragbarkeit von Argumentationslinien aus dem Verjährungsrecht

In Rechtsprechung wie Literatur wurde und wird verbreitet eine Parallele zu den Vorschriften über die strafrechtliche Verfolgungsverjährung (§§ 78 ff.) gezogen und speziell die Wertung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB, nach dem die Verjährung bei einigen Delikten bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres ruht, als Grund dafür angeführt, bei § 176 die strafmildernde Wirkung des Zeitablaufs schwächer zu gewichten als bei anderen Delikten.²⁵

Auch von der Rechtsprechung wurde dieses Argument ausdrücklich für ihren nunmehr früheren Standpunkt, der Zeitablauf habe bei § 176 nicht die gleiche Wirkung wie bei anderen Delikten, herangezogen, und zwar sowohl vom 3. Senat, auf den die Anfrage zurückgeht,²⁶ als auch vom 1. Senat, von dessen Rechtsprechung abgewichen werden sollte²⁷.

Der Große Senat lehnt diese Parallele, wie schon zuvor der 3.²⁸ und der 2. Senat²⁹, ab. Die Verjährung sei von der Strafzumessung gänzlich zu trennen, da sie die Verfolgbarkeit der Tat regele, „deren Strafbarkeit bzw. deren Unrecht und die Schuld des Täters“ aber unberührt lasse. Sie diene dem Rechtsfrieden und sei gegen eine Untätigkeit der Behörden gerichtet.³⁰ Die ihr zugrunde liegenden Wertungen seien „Ausdruck generalisierender Betrachtungen. Eine Aussage über das Strafbedürfnis im Einzelfall treffen die Verjährungsvorschriften nicht. (...) Umgekehrt beeinflussen die für die Strafzumessung maßgebenden Aspekte den Eintritt der Verfolgungsverjährung nicht. Der Zweck der verjährungsrechtlichen Regelungen besteht nicht darin, einer Verminderung des Gewichts von Strafzumessungsgründen Rechnung zu tragen.“³¹

Zuzustimmen ist diesen Ausführungen insoweit, dass undifferenzierte Übertragungen der Verjährungsregelungen auf die Strafzumessung abzulehnen sind. Die Verjährung ist eine komplexe Institution, die von prozessualen wie materiellen Erwägungen getragen wird.³² Nicht alle dieser Erwägungen können auf den Strafzumessungsvorgang übertragen werden.³³ Als Grund für die Verjäh-

(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 323; Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 176 Rn. 29; Wolter, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. (2017), § 176 Rn. 16; ders., in: S/S/W (Fn. 24), § 176 Rn. 11; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 36. Edition (2017), § 176 Rn. 50; Bezjak, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB (2015), S. 226 f.; Schiemann NStZ 2016, 336 f.; wohl auch Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, § 46 Rn. 57a; dagegen Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 176 Rn. 72; ders. NJW 2017, 3541, 3542; Eschelbach, in: S/S/W (Fn. 24), § 46 Rn. 169 f.; Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl. (2017), § 46 Rn. 61; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 747; kritisch auch Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 614; Asholt, Verjährung im Strafrecht (2016), S. 695 f.

²⁶ BGH NJW 2000, 748, 749; anders nun in NStZ 2016, 277 f. = HRRS 2016 Nr. 189.

²⁷ BGH NStZ 2006, 393 = HRRS 2006 Nr. 311; NStZ-RR 2016, 336, 337 ff. = HRRS 2016 Nr. 950.

²⁸ BGH NStZ 2016, 277 f. = HRRS 2016 Nr. 189.

²⁹ BGH HRRS 2016 Nr. 823, Rn. 9 f.

³⁰ GSSt 2/17, Rn. 34.

³¹ GSSt 2/17, Rn. 35; zust. Renzikowski NJW 2017, 3541 f.

³² Mitsch, in: MüKo-StGB (Fn. 25), § 78 Rn. 3 f.; Wolter, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl. (2016), Vor § 78 Rn. 6, 13; Rosenau, in: S/S/W (Fn. 24), § 78 Rn. 4; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. (2014), § 78 Rn. 1; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), S. 912 f.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 10/22, jeweils mwN zu den Gegenauffassungen.

³³ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht (2015), S. 157.

¹⁹ GSSt 2/17, Rn. 31.

²⁰ GSSt 2/17, Rn. 43; ähnlich in Rn. 46, 49.

²¹ Ähnliches Beispiel bei Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung (2017), S. 589.

²² Vgl. Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 384.

²³ Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. (2017), S. 26 f.; 36 f.

²⁴ Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (1979), S. 102 f. inkl. Fn. 14; Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung (Fn. 21), S. 171 f.; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 3; insb. für den Zeitablauf auch BGH NStZ-RR 2016, 336, 338 = HRRS 2016 Nr. 950.

²⁵ Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 6, 12. Aufl. (2009), § 176 Rn. 55; Miebach/Maier, in: Joecks/Miebach

rungsregelung wird etwa der Untergang von Beweismitteln und damit einhergehend der erschwerte Tatnachweis genannt.³⁴ Dies mag eine Teilrechtfertigung der Verjährung darstellen; für die Strafzumessung, in deren (gedanklichem) Vorfeld das Ob der Strafbarkeit bereits positiv festgestellt wurde, bleibt dieser Gesichtspunkt dagegen ohne Belang.³⁵

Dass aber auch materielle Gründe die Verjährung beeinflussen, führt der Große Senat implizit und entgegen seiner Beteuerungen selbst aus, wenn er davon spricht, dass die Verjährungsfrist in der Rechtsprechung in der Vergangenheit herangezogen wurde, um „das Gewicht des Tatumrechts näher zu verdeutlichen.“³⁶ Die Bindung der Verjährungsfrist an den Höchststrahmen der Strafe wie auch die Unverjährbarkeit des Mordes (§ 78 Abs. 2) sind Belege dafür, dass die Verjährung an das Ausmaß der Schwere der Tat anknüpft, die von rein prozessualen Ansätzen nicht erklärt werden können.³⁷ Auch die Verjährung trägt also einer durch den Zeitablauf bedingten Verminderung von Strafwürdigkeit und/oder -bedürfnis Rechnung, und diese Wertungen können auch für die Strafzumessung herangezogen werden.

2. Die Besserung des Täters

Der Zeitablauf könnte zu einer Abnahme spezialpräventiver Bedürfnisse führen. Schon § 46 Abs. 1 S. 2 schreibt die Beachtung der Wirkungen, die die Strafe für den Täter hat, vor, und ordnet damit den Einfluss spezialpräventiver Erwägungen auf die Strafzumessung an. Die besondere Relevanz dieses Gesichtspunkts bei einem langem Zeitraum zwischen Tat und Urteil rührt daher, dass die Grundlage, auf der die Legalbewährung des

Täters beurteilt werden kann, breiter ist.³⁸ So verweist denn auch der Große Senat mehrmals auf spezialpräventive Bedürfnisse: der Zeitablauf könne Täter und Tat in einem günstigeren Licht erscheinen lassen, „insbesondere, wenn sich die Tat durch den Zeitablauf als einmalige Verfehlung des Täters erwiesen, er sich inzwischen jahrelang einwandfrei geführt (...) hat.“³⁹ Auch für diesen Gedanken gilt aber jedenfalls, was bereits für Nachtatverhalten und verschuldete Auswirkungen festgestellt wurde: er ist insoweit unabhängig vom Zeitablauf als solchem, als er nicht bei jeder Tat vorliegen muss.⁴⁰ Neben einer Besserung ist auch möglich, dass der Täter in der Folgezeit weitere Taten begangen hat, durch die verbreiterte Beurteilungsbasis nach spezialpräventiven Gesichtspunkten also eher eine Strafschärfung als -milderung angemessen wäre.

3. Minderung von Strafwürdigkeit und Strafbedürfnis (Unrecht, Generalprävention)

Vom Großen Senat abgelehnt wird eine tatschuldmindernde Wirkung des Zeitablaufs, der aber die Tat unter dem Aspekt u.a. der Schuld „in einem günstigeren Licht erscheinen lassen“ könne; das allgemeine Strafbedürfnis nehme ab,⁴¹ insbesondere wenn der Verletzte die Folgen der Tat überwunden habe, was zu einer Minderung des Sühneanspruchs führe.⁴² Deuten lässt sich das wohl so, dass mit Tatschuld die Bewertung der Tat losgelöst von der Zeit gemeint ist: hätte der Täter die ceteris paribus gleiche Tat heute begangen, würde das nichts an der Tatschuld in diesem Sinne ändern. Die wirklich gesche-

³⁴ Wolter, in: SK-StGB (Fn. 32), Vor § 78 Rn. 13; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, 5. Aufl. (2017), Bd. 1, Vor § 78 Rn. 6; Rosenau, in: S/S/W (Fn. 24), § 78 Rn. 5; Jakobs, AT (Fn. 32), 10/22; dagegen etwa Mitsch, in: MüKo-StGB (Fn. 25), § 78 Rn. 2.

³⁵ Der Gedanke ist auch nicht auf den erschwerten Beweis strafzumessungsrelevanter Umstände übertragbar; für die Strafzumessung relevant sind eben grundsätzlich nur die noch beweisbaren Umstände. Eine darüberhinausgehende obligatorische Strafmilderung lässt sich so nicht rechtfertigen.

³⁶ GSSt 2/17, Rn. 36 mit Bezug etwa auf die Entscheidung BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 6, in der eine Zeitspanne der doppelten Verjährungsfrist als wesentlicher Strafmilderungsgrund bezeichnet wird, sowie besonders deutlich BVerfG NStZ 2006, 680, 682 = HRRS 2006 Nr. 621, nach der der Gesetzgeber mit § 78 Abs. 2 klarstelle, „dass er bei diesem Delikt selbst lange, zwischen Tatbegehung und Verurteilung liegende Zeiträume nicht als schuldmindernd bewertet wissen will und diese Zeitspannen auch das staatliche Interesse an der Strafverfolgung nicht beeinträchtigen.“ Dass der Große Senat diese klare Passage als „unklar“ bezeichnet, liegt wohl vor allem daran, dass sie nicht zu seiner These passt, die Rechtsprechung habe keine innere Verbindung zwischen Verjährung und Strafzumessung anerkannt.

³⁷ BGH NStZ-RR 2016, 336, 338 = HRRS 2016 Nr. 950; Asholt, Verjährung (Fn. 25), S. 99; Wolter, in: SK-StGB (Fn. 32), Vor § 78 Rn. 13; Rosenau, in: S/S/W (Fn. 24), § 78 Rn. 5; Jescheck/Weigend, AT (Fn. 32), S. 912.

³⁸ Plankemann, Überlange Verfahrensdauer im Strafverfahren (2015), S. 126; Stahl, Strafzumessungstatsachen (Fn. 33), S. 159; Theune, in: LK, Bd. 2, 12. Aufl. (2006), § 46 Rn. 240; Horn/Wolters, in: SK-StGB (Fn. 32), § 46 Rn. 173; Streng, Sanktionen (Fn. 25), Rn. 613.

³⁹ GSSt 2/17, Rn. 30; wortgleich bei Theune, in: LK (Fn. 38), § 46 Rn. 240; ähnlich Renzikowski NJW 2017, 3541, 3542; von Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB (Fn. 25), § 46 Rn. 58; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 181 f.; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung (Fn. 25), Rn. 746; Jescheck/Weigend, AT (Fn. 32), S. 898 mit Fn. 71. Bemerkenswert ist auch die Passage in Rn. 44 des Beschlusses, in der es heißt, das Strafbedürfnis könne unter spezialpräventiven Gesichtspunkten möglicherweise völlig entfallen. Die Möglichkeit einer präventiv begründeten Schuldunterschreitung ist stark umstritten und wurde in der früheren Rechtsprechung abgelehnt, BGHSt 24, 132, 134. Vgl. zur Diskussion Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), 3/54.

⁴⁰ Kritisch schon Asholt, Verjährung (Fn. 25), S. 116 ff.; Murrmann, in: Festschrift für Frisch (2013), S. 1131, 1149 f.; Schiemann NStZ 2016, 336, 337.

⁴¹ Auf ein vermindertes Strafbedürfnis rekurren auch Bruns, Strafzumessung (Fn. 39), S. 181; Miebach/Maier, in: MüKo-StGB (Fn. 25), § 46 Rn. 319; Stree/Kinzig, in: Schönlke/Schröder (Fn. 25), § 46 Rn. 57a; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung (Fn. 25), Rn. 746; ähnlich Frisch, in: BGH-Festgabe, Bd. IV (2000), S. 269, 299 f.

⁴² GSSt 2/17, Rn. 30; auch Plankemann, Verfahrensdauer (Fn. 38), S. 126.

hene Tat aber hat in der Zeit stattgefunden, und der Zeitablauf verändert ihre Bewertung.⁴³

Das Erfolgsunrecht ist keine statische Größe.⁴⁴ Dies zeigt sich etwa an Spätfolgen, beispielsweise dem Eintritt des Todes erst Jahre nach einer Körperverletzung, auf der er gleichwohl basiert.⁴⁵ Parallel dazu ist auch eine Verringerung des Erfolgsunrechts möglich, etwa dadurch, dass eine zunächst herbeigeführte Vermögensschädigung samt Einbuße an Lebensqualität für das Opfer im Zeitpunkt der Verurteilung ausgeglichen ist. Neben derartigen kontingenten Ereignissen ist aber auch von einem allmählichen allgemeinen Abnehmen des Erfolgsunrechts auszugehen, das daher rührt, dass der Erfolg nicht mehr als aktueller, sondern als vergangener angesehen wird. Es geht dabei nicht um eine bloße faktische Reversibilität der Folgen oder um einen rein psychologischen Vergessensprozess, es schwindet vielmehr die Bedeutung der Tat, die als in Teilen verarbeitet behandelt wird. Taten „verblassen“ mit der Zeit, werden als Teil der (Lebens-)Geschichte, nicht als aktuelles Unrecht wahrgenommen.⁴⁶

Das gilt aber nicht für alle Delikte gleichermaßen. Schwere Delikte sind regelmäßig durch einen besonders intensiven Eingriff in ein hochrangiges Individualrechtsgut gekennzeichnet. Ein besonders intensiver Eingriff wiederum bleibt besonders stark präsent, er wird auch im Nachhinein weniger als „Alltagsverfehlung“ gesehen. Besonders bei gravierendem Unrecht entsteht nämlich gegenläufig zum Prozess des In-die-Ferne-Rückens durch Zeitablauf neues Unrecht, und zwar eben durch die fehlende Klärung. Dass schweres Unrecht nicht bestraft wird, verletzt die Gerechtigkeit neben dem ursprünglichen Delikt ein weiteres Mal. Das gilt naturgemäß vor allem für Taten mit individuellem Opfer, bei denen das Recht des Opfers auf angemessene Feststellung des ihm geschehenen Unrechts zu beachten ist. Durch diese Persistenz vermindert sich das Erfolgsunrecht bei schweren Delikten nicht in derselben Weise wie bei leichteren.⁴⁷ Ein Beleg dafür ist die Unverjährbarkeit des Mordes samt seiner absolut angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe,

§ 78 Abs. 2 StGB.⁴⁸ Eine verminderte Auswirkung des Zeitablaufs auf das Erfolgsunrecht ist also vor allem bei schweren Delikten gegen Individualrechte zu konstatieren.

Die Sexualdelikte gehören zu diesen Straftaten.⁴⁹ Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, das nach richtiger Ansicht durch § 176 geschützt wird,⁵⁰ ist besonders eng mit der Identität der Person verbunden. Es ist daher nicht vergleichbar etwa mit dem Eigentumsrecht: ein Angriff auf das Eigentum verletzt das Recht einer Person auf eine Sache, der Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung verletzt auf manigfaltige Weise die Person selbst in einer ihrer intimsten körperlichen Sphären und einer ihrer höchstpersönlichsten Facetten.⁵¹ Dieser Eingriff ist in faktischer wie in normativer Hinsicht derart schwer, dass von einem Abnehmen des Unrechts in gleichem Maße wie etwa bei einer Trunkenheitsfahrt ohne Opfer nicht die Rede sein kann.

Auch die funktionalen Erwägungen, die die Strafe teilrechtfertigen, können durch den Zeitablauf gemindert werden. Es reicht zwar nicht, danach zu fragen, „ob die intellektuelle Erschütterung des Normbruchs aktuell noch in den Köpfen der Menschen präsent ist“, da nur dann ein generalpräventives Bedürfnis zur Wiedergutmachung bestehe.⁵² Denn das Vertrauen der Gesellschaft in die Normstabilität wird, gerade bei schweren Delikten, stärker im Zeitpunkt der Entdeckung der Tat als im Zeitpunkt ihrer Begehung, die ja noch nicht einmal bekannt werden muss, erschüttert werden.⁵³ Das spricht auch gegen die These, eine späte Strafe diene nicht mehr dem Rechtsfrieden, da die Gesellschaft durch sie in ihrem „Glauben an die heilende Wirkung der Zeit irritiert“⁵⁴

⁴³ Asholt drückt das für die Verjährung folgendermaßen aus: „Es geht (...) nicht um das Abnehmen des abstrakten Unrechts, sondern um das Erlöschen des konkreten Einzelrechts, um die Veränderung der Unrechtsrelevanz“, Verjährung (Fn. 25), S. 269.

⁴⁴ Zipf, Die Strafmaßrevision (1969), S. 202; Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Bd. 1 (2002), 7/6, 10.

⁴⁵ Zur Diskussion Puppe, AT (Fn. 44), § 7.

⁴⁶ Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe (1976), S. 188 f.; Jakobs, AT (Fn. 32), 10/22; Börgers JR 2004, 139, 142; Wolters, in: SK-StGB (Fn. 25), § 176 Rn. 16; ders., in: S/S/W (Fn. 24), § 176 Rn. 11; vgl. auch Asholt, Verjährung (Fn. 25), S. 271 ff., nach dem das konkrete Unrecht durch den Zeitablauf zwar nicht seine Bewertung als abstraktes Unrecht, wohl aber seine strafrechtliche Relevanz als aktuelles Faktum verliert. Gegen eine Beeinflussung des Strafmaßes durch den Zeitablauf Hörnle, Strafzumessung (Fn. 22), S. 351 f.; kritisch auch Hauer, Geständnis und Absprache (2007), S. 120.

⁴⁷ Hörnle, in: Festschrift für Beulke (2015), S. 115, 118 f. Ohne eine solche Differenzierung aber Zipf, Strafmaßrevision (Fn. 44), S. 201 f.; Bruns, Strafzumessung (Fn. 39), S. 181.

⁴⁸ Hoffmann-Holland ZIS 2006, 539, 540, mit dem wichtigen Hinweis, dass diese Wertung einzig den reinen Zeitablauf betrifft, nicht hingegen zusätzliche Milderungsgründe wie eine besonders lange Verfahrensdauer o.ä.; Miebach/Maier, in: MüKo-StGB (Fn. 25), § 46 Rn. 322. Gegen diese Wertung zu Unrecht Vormbaum, in: Festschrift für Bemann (1997), S. 481, 497 ff.; zwar mag auch das Erfolgsunrecht eines Mordes einmal schwächer werden, in der Dauer eines Menschenlebens verblasst es aber nicht ganz.

⁴⁹ Hörnle, Beulke-FS (Fn. 47), S. 115, 124; vgl. auch Schiemann NSTz 2016, 336.

⁵⁰ Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 25), § 176 Rn. 1, 3; Hörnle, in: LK (Fn. 25), § 176 Rn. 3; vgl. auch Wolters, in: S/S/W (Fn. 24), § 176 Rn. 2; ders., in: SK-StGB (Fn. 25), § 176 Rn. 3; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch (2013), § 176 Rn. 4. Anders allerdings die hM (Schutz der ungestörten geschlechtlichen Entwicklung), vgl. nur Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten (2012), Rn. 438; Eisele, in: Schönte/Schröder (Fn. 25), § 176 Rn. 1a, jeweils mwN.

⁵¹ Gardner/Shute, in: Gardner, Offences and Defences (2007), S. 1, 12 ff.; Hörnle, ZStW 127 (2015), 851, 862 ff. Entgegen Renzikowski NJW 2017, 3541, 3542, ist es in erster Linie dieser normative Aspekt eines bleibenden Klarstellungsbedürfnisses, durch den sich das Unrecht bei bestimmten schweren Delikten langsamer vermindert; ein „Erfahrungssatz, dass alle Opfer einer Sexualstraftat ausnahmslos für ihr ganzes weiteres Leben gezeichnet sind“, ist hierfür nicht nötig.

⁵² So aber Stahl, Strafzumessungstatsachen (Fn. 33), S. 159; ähnlich Streng, in: NK-StGB (Fn. 34), § 46 Rn. 88.

⁵³ Vgl. Hörnle, Beulke-FS (Fn. 47), S. 115, 121.

⁵⁴ Hillenkamp JR 1975, 133, 134.

würde. Als Beispiel mögen die Mordserie des NSU oder die Aufdeckung der Missbrauchsfälle am Canisius-Kolleg oder an der Odenwald-Schule dienen.

Plausibel ist auch hier vielmehr die „Vergeschichtlichung“ der Tat. Die in einer früheren Zeit begangene Tat kann mehr als historische denn als aktuelle Infragestellung der Norm angesehen werden, die möglicherweise nicht mehr die aktuelle Verfassung der Gesellschaft betrifft.⁵⁵ Dazu tritt ein Prozess der Identitätsveränderung des Täters. Eine Person macht im Laufe ihres Lebens zwangsläufig eine Entwicklung durch, in der sich ihre Ansichten, ihre Denkweise und ihre Handlungen verändern.⁵⁶ Dieser Veränderungsprozess ändert zwar nicht die Zurechenbarkeit der Tat zum Täter, da dieser auch für seine vergangenen Taten einstehen muss. Auch dieser Gesichtspunkt führt aber dazu, dass das Bedürfnis nach Widerspruch auf den Normbruch weniger akut ist.

Beide Erwägungen gelten jedoch wiederum in deutlich höherem Maße für weniger gewichtiges Unrecht.⁵⁷ Je geringer das bleibende Erfolgsunrecht ist, desto eher können schwindende Strafbedürfnisse das – konstante⁵⁸ – Handlungsunrecht relativieren. Wie schon beschrieben ist bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung aber von einem hohen Erfolgsunrecht auszugehen.⁵⁹

Darüber hinaus kann es zudem gegenläufige Strafbedürfnisse geben, die die vorstehenden Erwägungen ausgleichen. Hier nun kann die Wertung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 ihren Platz finden. Die Verjährung ruht bei den dort genannten Taten unter anderem deshalb bis zum 30. Lebensjahr, weil die Opfer regelmäßig erst spät die Kraft finden, die Delikte anzuzeigen.⁶⁰ Diese Regelmäßigkeit führte bei einer mildernden Wirkung des Zeitablaufs in der Strafzumessung dazu, dass potentielle Täter sich auf eine regelmäßig mildere Strafdrohung einrichten können. Misst man dem Strafmaß aber irgendeine präventive Steuerungswirkung zu, würde diese in derartigen Fällen generell geschwächt. Aus Gründen der Abschreckung potentieller Täter sollte der bloße Zeitablauf jedenfalls in Fällen des § 176, in denen die Wertung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 tangiert ist, also nicht strafmildernd wirken.⁶¹ Das

ist zulässig, weil sich bei einer Straftat nach § 176 das Erfolgsunrecht regelmäßig nicht mindern wird, die Abschreckungserwägung also nicht benutzt wird, um eine über die verwirklichte Schuld hinausgehende Strafschärfung durchzusetzen. Zudem wird an dem Täter nicht ein mehr oder weniger zufälliges Exempel statuiert, da die Strafschärfung als recht konkrete Regel für alle Fälle dieser Art formuliert werden kann und der Täter nicht bloß aufgrund des Medienechos oder einer Deliktshäufung härter bestraft wird.⁶² Zuletzt streitet auch eine Vorgabe des Europarats für dieses Ergebnis, der für den sexuellen Kindesmissbrauch eine wirksame, angemessene und abschreckende Strafdrohung fordert.⁶³

Zusammenfassend sprechend also gute Gründe dafür, allgemein von einer strafmindernden Wirkung des Zeitablaufs auszugehen, in Fällen des § 176, insbesondere wenn die Wertung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 berührt ist, haben sie aber jedenfalls ein deutlich geringeres Gewicht als bei der Verwirklichung anderer Tatbestände.

III. Zur Notwendigkeit von Regeln in der Strafzumessung

Doch neben der Sachfrage erlangt der Beschluss vor allem Bedeutung aufgrund seiner Ausführungen zu den „die Strafzumessung allgemein prägenden Grundsätzen“⁶⁴. Einige dieser vom Großen Senat angeführten Grundsätze sind unverfänglich, etwa die Aussage, die Strafzumessung sei „zugleich tatrichterlicher Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter vom Gesetzgeber formulierten Strafzumessungskriterien und Leitlinien“, die eine „einzelfallorientierte Abwägung der strafzumessungsrelevanten Umstände“ erfordere⁶⁵. Aufgrund ihrer Problematik deutlich hervorzuheben sind allerdings die Bemerkungen zur angeblichen Unvereinbarkeit generalisierender Regeln mit der Strafzumessung. „Eine „Mathematisierung“ oder ein sonstiger Schematismus“ seien der Bemessung der Strafe fremd,⁶⁶ „generalisierende, die konkreten Einzelfallumstände außer Acht lassende Wertungen“ mit ihr nicht vereinbar⁶⁷; eine Bewertung könne „nur auf der Grundlage der im konkreten Fall getroffenen Feststellungen nach Maßgabe aller relevanten Einzelfallumstände“ vorgenommen werden⁶⁸. Diese Aussagen sind nicht neu, sie finden sich etwa ähnlich schon in einer Entscheidung des Großen Senats zum „normativen Normalfall“⁶⁹, und besonders deutlich in einem Antwortbeschluss des 3. Senats: „Es ist weder rechtlich geboten

nicht wegen einer zu erwartenden Verjährung im Zeitpunkt einer Strafanzeige in Sicherheit wähen.“

⁵⁵ Jakobs, AT (Fn. 32), 10/22; Börgers JR 2004, 139, 142 f.; gegen ein empirisches Verständnis des Strafbedürfnisses in diesem Zusammenhang schon Bloy, Dogmatische Bedeutung (Fn. 46), S. 187; vgl. auch Vormbaum, in: Bemmman-FS (Fn. 48), S. 481, 498 f., der die These freilich dahingehend überspitzt, diese Veränderung der Gesellschaft führe dazu, das Recht dürfe über die früheren Zustände nicht mehr urteilen. Ein derartiger Relativismus wird dem gravierenden Unrechtscharakter schwerer Delikte aber nicht gerecht.

⁵⁶ Vormbaum, in: Bemmman-FS (Fn. 48), S. 481, 498; Jakobs, AT (Fn. 32), 10/22.

⁵⁷ Bloy, Dogmatische Bedeutung (Fn. 46), S. 189.

⁵⁸ Zipf, Strafmaßrevision (Fn. 47), 1969, S. 202.

⁵⁹ Gegen ein Nachlassen des Strafbedürfnisses bei Sexualdelikten auch Asholt, Verjährung (Fn. 25), S. 147.

⁶⁰ BT-Drs. 18/2601, S. 14; BT-Drs. 17/6261, S. 23 f.; BT-Drs. 12/2975, S. 4; vgl. auch oben Fn. 25.

⁶¹ Vgl. zu einer ähnlichen Erwägung im Rahmen der Verjährung des sexuellen Missbrauchs den Gesetzentwurf der Gruppe Bündnis 90/Die Grünen vom 17.11.1992, BT-Drs. 12/3825: „Die Möglichkeit der Strafverfolgung in diesen Fällen muß insbesondere auch aus generalpräventiven Gründen eröffnet werden, damit potentielle Täter sich

⁶² Andenaes University of Chicago Law Review 37 (1969), 649, 656 ff.

⁶³ Art. 27 Abs. 1 des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) vom 25. Oktober 2007.

⁶⁴ GSSt 2/17, Rn. 31.

⁶⁵ GSSt 2/17, Rn. 24.

⁶⁶ GSSt 2/17, Rn. 24.

⁶⁷ GSSt 2/17, Rn. 31.

⁶⁸ GSSt 2/17, Rn. 49; zust. Renzikowski NJW 2017, 3541, 3542.

⁶⁹ BGHSt 34, 345.

noch sachgerecht, die Strafzumessung – jenseits der gesetzlichen Vorgaben – bis ins Einzelne richterrechtlich ‚durchzunormieren‘.⁷⁰

Dagegen ist einiges vorzubringen. Zunächst ist die vom Großen Senat aufgestellte Dichotomie zwischen einer Einzelfallbewertung und der Aufstellung von Regeln überzogen. Es ist schon aufgrund des Schuldprinzips eine Selbstverständlichkeit, dass die konkrete Tat in all ihren relevanten Umständen gewürdigt werden muss. Dass eine Regelerorientierung eine solche Würdigung unmöglich macht, ist aber ein Zerrbild. Auch die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB stellen Regeln auf-plakativ: eine Sachbeschädigung begeht, wer rechtswidrig (und vorsätzlich) eine fremde Sache beschädigt oder zerstört (§ 303), nicht, wer nach einer Einzelfallbetrachtung der Sachbeschädigung für schuldig befunden wird. Auch bei einer Bewertung nach Regeln wird die konkrete Tat bewertet, allerdings werden die Maßstäbe, nach denen dies geschieht, deutlich gemacht.⁷¹ Die Generalisierung und Abstrahierung betrifft nicht in erster Linie die Individualität von Tat und Täter, schon weil deren Bewertung aufgrund der Komplexität der Entscheidung nach einer Vielzahl von Umständen und Regeln vorgenommen wird. Sie bindet aber den Rechtsanwender, dessen freies Ermessen nach weitgehend individuellen Wertmaßstäben durch die Aufstellung von Regeln gelenkt wird.⁷² Zudem können und sollten Strafzumessungsregeln als primafacie Regeln verstanden werden, die zwar grundsätzlich eine bestimmte Rechtsfolge an bestimmte Tatsachen knüpfen, aber Klauseln enthalten, die die Regel für besondere Umstände öffnen und so ausnahmsweise eine andere Bewertung ermöglichen.⁷³

Diese Lenkung ist gleich in mehrfacher Hinsicht sinnvoll. Zum einen trägt sie zu einer höheren Gleichheit der Strafen bei.⁷⁴ Das ist schon aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung sinnvoll: erkennt man an, dass Schuld nicht ontologisch existiert und vom Richter erkannt werden muss, sondern dass Unrecht wie Schuld in der Strafzumessung nach bestimmten Regeln konstruiert werden,⁷⁵ ist nicht mehr verständlich, wieso die Regeln, nach denen diese Konstruktion vorgenommen wird, nicht verallgemeinerungsfähig sein sollen und es wird deutlich, warum es unter Gleichheitsaspekten problematisch ist, Täter A nach der einen, Täter B nach einer anderen Regeln zu behandeln.

Zum anderen verhindert die Lenkung des Ermessens Willkür. Durch die Offenlegung der von ihm angewandten Rechtsregeln macht sich der Rechtsanwender zwar in höherem Maße angreifbar, da seine Erwägungen nun

diskutiert werden können. Gerade hier liegt aber ein Vorteil: zum einen wird die Verarbeitung sachfremder Erwägungen im Strafzumessungsvorgang erschwert,⁷⁶ zum anderen wird er rationalisiert, was seine Legitimation stärkt. Ohne Regelanwendung gerät das Urteil schnell in den Verdacht, bloßer Machtspruch zu sein, und nicht das Ergebnis einer begründeten Rechtsfindung.⁷⁷

Von der Aufstellung gewisser Regeln ist es zudem ein weiter Schritt zu einer „Mathematisierung“ oder einem „Schematismus“. Aufgrund der angesprochenen Komplexität der Strafzumessungsentscheidung und der Vielfalt der ihr zugrunde liegenden Deliktsverwirklichungen ist es nicht möglich, das Strafmaß oder nur die Regeln für dessen Zustandekommen im Vorhinein exakt zu bestimmen.⁷⁸ Das bedeutet aber nicht, dass die Aufstellung von Regeln ohne Gewinn wäre. Das wird von den bestehenden Regeln verdeutlicht: neben solchen, die wie in der vorliegenden Entscheidung die Zulässigkeit der Verwertung eines Faktors als Strafschärfung oder –milderung behandeln, existieren auch solche, die an ein bestimmtes Merkmal den Eintritt einer bestimmten Strafe koppeln, etwa die, dass die Steuerhinterziehung ab einer Höhe von 1.000.000 € regelmäßig mit nicht aussetzungsfähiger Freiheitsstrafe zu ahnden ist,⁷⁹ oder dass die Verteidigung der Rechtsordnung die Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung verbietet (§ 56 Abs. 3), wenn durch ein wildes Autorennen ein Mensch fahrlässig getötet wird⁸⁰. Diese Regeln führen weder zu einer strengen Formalisierung ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände, noch sind sie derart weich, dass sie in der Praxis ohne Bedeutung wären. Das Ziel ihrer Aufstellung ist nicht mehr und nicht weniger als ein Rationalitätsgewinn und eine Strukturierung der Strafzumessung.⁸¹

Aber selbst wenn man die Prämisse des Großen Senats, der Gerechtigkeit könne vor allem durch eine Betrachtung des Einzelfalles Genüge getan werden, akzeptierte, käme man nicht zu handhabbaren Ergebnissen. Denn der Einzelfall ist nichts weiter als das Tatsachenmaterial, das unter Regeln zu subsumieren ist. Er selbst enthält keine Regeln oder Bewertungsmaßstäbe.⁸²

⁷⁰ BGH NStZ-RR 2017, 237, 238 = HRRS 2017 Nr. 733.

⁷¹ Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung (1971), S. 106 f.; Puppe NStZ 2012, 409, 412; Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung (Fn. 21), S. 151 ff.

⁷² Vgl. Tomiak HRRS 2017, 225, 231; Eschelbach, in: S/S/W (Fn. 24), § 46 Rn. 10.

⁷³ Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung (Fn. 21), S. 184 ff.; vgl. schon Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 24), S. 108.

⁷⁴ Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung (Fn. 21), S. 154 ff.; Frisch, Strafzumessung (Fn. 71), S. 108; Gaede, Der Steuerbetrug (2016), S. 833; Petzsche, Sentencing News 8/2016, 5, 6; Eschelbach, in: S/S/W (Fn. 24), § 46 Rn. 3.

⁷⁵ Neumann, in: Festschrift für Spindel (1992), S. 435, 438 ff.

⁷⁶ Verrel, in: Festschrift für Wolter (2013), S. 799, 809 f.; Gaede, Steuerbetrug (Fn. 74), S. 833; Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung (Fn. 21), S. 157 f.

⁷⁷ Puppe NStZ 2012, 409, 409, 413; dies., Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. (2014), S. 114 f.; Verrel, Wolter-FS (Fn. 76), S. 799, 810.

⁷⁸ Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 24), S. 106 f.; Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung (Fn. 21), S. 153.

⁷⁹ BGHSt 53, 71, 86 ff. = HRRS 2009 Nr. 127.

⁸⁰ Vorsichtig in diese Richtung BGH NJW 2017, 3011, 3013 = HRRS 2017 Nr. 768.

⁸¹ Frisch, Strafzumessung (Fn. 71), S. 108; Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 24), S. 106; auch Kuhlen, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003), S. 61, 85, der dieses Ziel über „spezifizierte fallgebundene Ähnlichkeitsregeln“ erreichen will; zu diesen ebd., S. 77 ff.

⁸² Frisch GA 1989, 338, 344; Horn, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (1989), S. 573, 594; Neumann StV 1991, 256, 259; Fischer, in: Festschrift für Hamm (2008), S. 63, 71; Niemöller GA 2012, 337, 341; Puppe, in: Festschrift für Neumann (2017), S. 323, 324 f.

Eine Vielzahl von durchgreifenden Einwänden streitet also dagegen, die „umfassende Würdigung der Einzelfallumstände“ als Leitmodell der Strafzumessung zu erklären. Die Vorbildwirkung der Entscheidung des Großen Senats für die Praxis wird hoch sein; umso wichtiger ist es, ihr in diesem Punkt in aller Entschiedenheit zu widersprechen.

IV. Ergebnis

Der Beschluss des Großen Senats überzeugt weder im Ergebnis noch in seinen Ausführungen zur Strafzumessung im Allgemeinen. Er ist ersichtlich von einer Ableh-

nung der Generalisierung von Strafzumessungserwägungen getragen. Nur eine solche Generalisierung aber kann zu einer vorhersehbaren und gerechten Strafmaßentscheidung führen. Über die Lösung einer schwierigen Rechtsfrage, auch der vorliegenden, kann man immer streiten. Voraussetzung für eine solche Diskussion ist aber gerade die Offenlegung der Argumentation. Eine solche leistet der Große Senat hier leider nur bei der Verwerfung der bisherigen Rechtsregel. Der Maßstab für zukünftige Entscheidungen hingegen soll die Würdigung der Einzelfallumstände sein, was ohne die Bindung an Regeln auf eine intuitive Befragung des Rechtsgefühls hinausläuft.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Jürgen Wolter (Hrsg.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VII: §§ 333-373a, bearbeitet von Wolfgang Frisch, Wolfgang Wohlers und Helmut Frister, XXXVI und 863 Seiten, Carl Heymanns Verlag, 229,00 € (nur Gesamtbezug), 5. Auflage, Köln 2018.1

Die Vorschriften der Strafprozessordnung enthalten für die Beteiligten des Revisionsverfahrens wenig konkrete handlungsleitende Vorgaben. Unter welchen Voraussetzungen etwa eine Verfahrensrüge ordnungsgemäß erhoben ist (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO), ein Urteil auf einem Gesetzesverstoß beruht (§ 337 Abs. 1 StPO) oder aber die tatrichterliche Beweisführung (§ 261 StPO) mit der Revision angegriffen werden kann, lässt sich den gesetzlichen Vorschriften nicht einmal ansatzweise entnehmen. Revisionsrecht ist richterrechtlich und kasuistisch, teil-

weise geradezu textbausteinartig,² geprägt. Nur schlaglichtartig ein Blick auf einige Fragestellungen, die der aktuellen BGH-Rechtsprechung entnommen sind und belegen, wie schnell der Rechtsanwender revisionsrechtlich ins Schwimmen geraten kann:

- Kann ein Urteil auf einem Verstoß gegen § 265 Abs. 1 StPO beruhen, weil der Beschwerdeführer behauptet, er hätte ein Geständnis abgelegt, wäre er darauf hingewiesen worden, dass statt der angeklagten Straftat gem. § 30 Abs. 2 Nr. 2 BtMG „nur“ eine Verurteilung gem. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in Frage kam?³
- Kann ein Angeklagter mit der Sachrüge Erfolg haben, weil der Tatrichter dessen entlastendes Vor-

¹ Zur „Benutzerfreundlichkeit“ des Buches gelten die Ausführungen aus der Rezension des Bandes VI entsprechend (Ventzke HRRS 2017, 319 ff.). Die Kommentierung befindet sich auf dem Stand von Mai 2017 (S. VII).

² Z.B. zur Aktenwidrigkeit BGH 5 StR 75/17 – Beschl. v. 09.08.2017, S. 2 f., oder für das Beweisantragsrecht: BGH 4 StR 488/16 v. 12.10.2017, S. 2.

³ Bejaht von BGH 3 StR 310/17 – Beschl. v. 19.10.2017, Rn. 8.

bringen allein wegen seiner Unwiderleglichkeit den Feststellungen zugrunde gelegt hat?⁴

- Kommt es bei der Bestimmung des Umfangs des Sachvortrages gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO für die Inbegriffsrüge (§ 261 StPO), einer der Angeklagten habe sich entgegen den Feststellungen des Urteils in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen hat, darauf an, ob dieser Angeklagte selbst oder ein Mitangeklagter diese Rüge erhebt?⁵
- Muss sich ein Beschwerdeführer, der mit einer Verfahrensrüge geltend macht, die Strafkammer habe entgegen dem Eröffnungsbeschluss in reduzierter Besetzung verhandelt (§ 76 Abs. 2 GVG), mit der Möglichkeit einer Änderung der ursprünglichen Besetzungsänderung auseinandersetzen?⁶
- Ist ein Beschwerdeführer gehalten, detailliert – etwa durch Vorlage des gesamten Schriftwechsels – den Kontext verlesener Urkunden mitzuteilen, deren Würdigung er im Urteil mit einer Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) vermisst?⁷
- Wie präzise hat ein Beschwerdeführer die Angriffsrichtung einer oder mehrere Rügen zu bezeichnen, mit denen er sich der Sache nach gegen die Verwertung von nach dem G-10-Gesetz gewonnene Erkenntnisse wendet?⁸
- Oder ganz profan: Wie ist es zu beurteilen, dass der Generalbundesanwalt einen Verwerfungsantrag (§ 349 Abs. 2 und 3 StPO) nur den beiden Pflichtverteidigern, nicht aber dem Wahlverteidiger gestellt hat?⁹

Diese Beispiele mögen genügen. Sie illustrieren ausreichend die Notwendigkeit, zur Beantwortung derartiger Fragestellungen auf Kommentierungen des Revisionsrechts zurückgreifen zu können, die den revisionsrechtlichen Rechtsanwender nicht in Stich lassen, also Praxisnähe mit revisionsdogmatischer Tiefe verbinden. Die von *Wolfgang Frisch* und *Wolfgang Wohlers* nunmehr in 5. Auflage vorgelegte Kommentierung der §§ 333 – 358 StPO¹⁰ erfüllt einmal mehr diese Erwartungen in herausragender Weise. Das kann im Rahmen einer Rezension nur annäherungsweise nachgezeichnet werden, indem – orientiert an den einleitend angerissenen, für die revisionsrechtliche Praxis bedeutsamen Problemstellungen – Schlaglich-

⁴ So in einem Einzelfall *BGH* 1 StR 436/17 – Beschl. v. 19.09.2017, Rn. 14 f.

⁵ Bejaht vom 4. Strafsenat des *BGH* in zwei Beschlüssen vom 27.09.2017 (4 StR 142/17, Rn. 5 bzw. Rn. 3 ff.).

⁶ Vgl. (kasuistisch verneinend) *BGH* 1 StR 596/16 HRRS 2017 Nr. 905, Rn. 15.

⁷ Bejaht von *BGH* 3 StR 148/17 HRRS 2017 Nr. 957, Rn. 8 ff.

⁸ Vgl. *BGH* 3 StR 498/16 HRRS 2017 Nr. 728, Rn. 7 ff.

⁹ Beiläufig billigend *BGH* 5 StR 615/16 HRRS 2017 Nr. 325, Rn. 2.

¹⁰ Dass ich mich mit den revisionsrechtlichen Kommentierungen beschäftige, beruht weder auf einer Geringschätzung der Bedeutung des Wiederaufnahmerechts noch dessen instruktiver Kommentierung von *Frister*, sondern ist allein einer (zugegebenermaßen am eigenen professionellen Interesse orientierten) Schwerpunktsetzung geschuldet.

ter auf die Kommentierung geworfen werden, die aber hinreichend verdeutlichen, mit welchem großem intellektuellen Gewinn man sie zu Rate zieht.

1. *Frisch* wendet sich in einem Vorspann nicht nur der Geschichte des Revisionsverfahrens – z.B. dem Niedergang der Verfahrensrüge (vor § 333, Rn. 11, 11a) – und etwaigen Reformbemühungen (aaO Rn. 21 ff.) zu, sondern setzt sich mit der von ihm mit Recht als durchaus praktisch relevant angesehenen (aaO Rn. 15) Frage nach dem Zweck des Revisionsverfahrens auseinander. Überzeugend wendet er sich gegen Ansätze, die den Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit aus dem Revisionsverfahren vertreiben (aaO Rn. 16 f.) oder aber die Entwicklungen hin zur sog. erweiterten Revision rückgängig machen wollen (aaO Rn. 18 ff.). Letzteres mag selbstverständlich erscheinen, bedarf aber heutzutage offenbar der ausdrücklichen Betonung mit Blick auf abwegige kriminalpolitische Bestrebungen aus Kreisen der Strafjustiz – etwa des sog. Strafkammertages –, die u.a. auf die Eliminierung der allgemeinen Sachrüge zielen.¹¹

2. Angesichts der – nach meiner Beobachtung – regional durchaus unterschiedlichen Nutzung des Rechtsmittels der Springrevision und der immer noch anzutreffenden Überlegung von Verteidigern, man könne durch ein Hin- und Herwechseln zwischen den Rechtsmitteln bzw. die unbestimmte Anfechtung des Urteils der Strafjustiz ein Schnäppchen schlagen, kommt den hierauf bezogenen detaillierten Ausführungen *Frischs* (§ 335, Rn. 6 ff.) erhebliche praktische Relevanz zu, insbesondere soweit er auch die beschränkten Möglichkeiten der Wiedereinsetzung (aaO Rn. 16 f.) und die von § 335 Abs. 3 StPO geregelte Konkurrenz verschiedener Rechtsmittel abhandelt (aaO Rn. 18 ff.).

3. Die Kommentierung der Vorschrift des § 337 Abs. 1 StPO ist regelmäßig der Ort, an dem neben der Problematik des Beruhenszusammenhangs die Grundfragen revisionsgerichtlicher Kontrolldichte abgehandelt werden.¹²

a) *Frisch* (§ 337, Rn. 2) beharrt darauf, dass der Begriff der Gesetzesverletzung den „Schlüsselbegriff der Revision“ bildet und legt dies und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die revisionsrechtliche Überprüfbarkeit tatrichterlicher Entscheidungen detailliert dar (aaO Rn. 3 ff.). Nüchtern konstatiert er die sich hieraus ergebenden Restriktionen hinsichtlich der Angreifbarkeit tatsächlicher Feststellungen (aaO Rn. 7), differenziert zwischen Gesetzesverletzung und Rechtsfrage (aaO Rn. 11 ff.) und betont in diesem Zusammenhang auch den Stellenwert, der der Darstellungsrüge zukommt, mit der Erwägungen eines Tatrichters begegnet werden kann, die nicht die Überprüfung gestatten, ob er von einem zutreffenden Gesetzesverständnis ausgegangen ist (aaO Rn. 13 – 15). Konsequenterweise verwirft er die sog. Leistungstheorie bzw. einen sich als teleologisch begreifenden

¹¹ Vgl. dazu *Gercke/Jahn/Pollähne* <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kritik-reformvorschlaege-stpo-2-strafkammertag-jumiko> (Abruf: 11.12.2017).

¹² Diese die Seiten 63 – 238 umfassende Kommentierung wird – wie die des § 338 StPO – durch ein die detaillierte Gliederung flankierendes Stichwortverzeichnis erschlossen.

Ansatz zur Bestimmung des revisionsrechtlichen Zugriffsbereichs (aaO Rn. 19 ff.). Unter der Überschrift „Formen der Revision und Arten der Revisionsgründe“ wendet er sich zuerst (aaO Rn. 22 ff.) der manchmal durchaus heiklen und mit Blick auf § 344 Abs. 2 StPO enorm praxisrelevanten Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrüge zu und spricht hierbei die Problematik aus den Urteilsgründen selbst erkennbarer Verfahrensmängel an (aaO Rn. 24 a.E.), ein Fragenkreis, dem er sich später vertiefend zuwendet (aaO Rn. 62 ff.). Anschließend nimmt er die Unterscheidung von absoluten und relativen Revisionsgründen in den Blick (aaO Rn. 25 f.). Die Frage der Relativierung absoluter Revisionsgründe wird zu Beginn der Kommentierung des § 338 StPO (Rn. 3) vertieft, wobei *Frisch* eine gewisse Sympathie für den Ansatz der Rechtsprechung erkennen läßt, in Fällen des denkbaren Ausschlusses des Beruhens einen absoluten Revisionsgrund nicht durchgreifen zu lassen (aaO Rn. 3 a.E.). Zurück zur Kommentierung des § 337 StPO: *Frisch* (§ 337, Rn. 27 i.V.m. Rn. 39 ff.) wendet sich bei der Auslegung des Begriffs der Gesetzesverletzung der Frage zu, ob und in welchem Umfang Soll- und Ordnungsvorschriften als einschränkende revisionsrechtliche Kategorien anzuerkennen sind, und plädiert für eine differenzierende Sichtweise (aaO Rn. 44; vgl. auch zur Frage der Beschwer einschließlich der Rechtskreistheorie aaO Rn. 92 ff.).

b) Von besonderer praktischer Relevanz sind – wie bereits angedeutet – die Ausführungen zur Abgrenzung verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Vorschriften. (aaO Rn. 61 ff.). Das gilt insbesondere für Bemühungen der Rechtsprechung die Zuordnung zu einer dieser beiden Kategorien – wie etwa beim Verstoß gegen das Verzögerungsverbot (aaO Rn. 66a) geschehen – zu ändern. *Frisch* nimmt auch die speziellen Probleme des Verständigungsgesetzes in den Blick (aaO Rn. 66b) und wendet sich der unter diesem Blickwinkel nicht unproblematischen Zuordnung der beweiswürdigen Wertung des Aussageverhaltens etwa von zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen zu (aaO Rn. 67).

c) Er (aaO Rn. 70 ff.) untersucht ausführlich die Beweiskraft bei der Prüfung verfahrensrechtlicher Beanstandungen und relativiert die Annahme der Rechtsprechung, eine erfolgreiche Verfahrensrüge setze immer den vollständigen Nachweis des Vorliegens ihrer tatsächlichen Voraussetzungen voraus (aaO Rn. 75 f.), die ernsthafte und nicht ausräumbare Möglichkeit eines Verfahrensverstößes müsse vielmehr ausreichen (aaO Rn. 76).

d) Unter der Überschrift „Unzulässigkeit der Wiederholung (Rekonstruktion) der tatrichterlichen Beweisaufnahme“ widmet sich *Frisch* (aaO Rn. 77 ff.) einer der zentralen Fragen des Revisionsrechts: Greift das Argument der Rechtsprechung, es widerstreite der Ordnung des Revisionsverfahrens, könnte in ihm der inhaltliche Gang der tatrichterlichen Beweisaufnahme rekonstruiert werden?¹³ Diese Problematik wird bei Rügen der Verletzung der §§ 244 Abs. 2, 261 StPO virulent (aaO Rn. 78).

¹³ Hierzu verweist er wiederholt auf die von ihm betreute Dissertation *Bartels* (Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014), die die bisher gedankenreichste Untersuchung zu diesem Thema vorgelegt hat.

Frisch wendet sich gegen eine Verabsolutierung des Rekonstruktionsverbots und hält es deshalb für nicht anständig, vom Revisionsgericht zu verlangen, von ihm ohne weiteres erkennbare, für die Prüfung der Berechtigung einer Verfahrensbeanstandung wesentliche Beweisergebnisse unberücksichtigt zu lassen, da sich dies mit dem Grund des Rekonstruktionsverbots, der strukturellen Beweisnot des Revisionsgerichts bei der Nachzeichnung des inhaltlichen Ganges der Beweisaufnahme vor dem Tatrichter (a.a.O. Rn. 79), nicht begründen lasse und deshalb auf eine mit dem Zweck der Revision unvereinbare Bindung der Revisionsgerichte hinauslaufe (aaO Rn. 80). Das buchstabiert *Frisch* detailliert anhand der einschlägigen Fallgruppen – unter Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten bei Videoaufzeichnungen (aaO Rn. 82a) – durch (aaO Rn. 81 – 86; vgl. auch aaO Rn. 103 ff.) und erklärt der sog. Alternativrüge eine Absage (aaO Rn. 86). Tiefschürfend setzt er sich mit der auch aus seiner Sicht (aaO Rn. 117) nicht endgültig geklärten Frage auseinander, ob revisionsgerichtliche Selbstbeschränkungen durch Zubilligung von tatrichterlichen Beurteilungsspielräumen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe akzeptabel sind (aaO Rn. 109 ff.).¹⁴

e) Im Anschluss präsentiert *Frisch* umfassend die Revisibilität *einerseits* der tatrichterlichen Beweisführung (aaO Rn. 118 ff.) unter Einbeziehung typischer Tatrichtern unterlaufender Mängel (aaO Rn. 121 ff.) sowie *andererseits* der Rechtsfolgenentscheidung (aaO Rn. 147 ff.). Wie nicht zuletzt wegen seiner einschlägigen Dissertation¹⁵ zu erwarten, werden die strafzumessungsrechtlichen Fragen umfassend, ja handbuchähnlich abgehandelt. Diese Ausführungen stellen eine wahre Fundgrube für jeden dar, der sich im Rahmen einer revisionsrechtlichen Fallbearbeitung mit Fragen der Revisibilität der Strafzumessung zu befassen hat.

f) Ein weiterer Höhepunkt dieser Kommentierung schließt sich mit der Klärung des Begriffs des Beruhens¹⁶ an, der der Rechtsprechung die Möglichkeit vermittelt, letztlich einzelfall- und ergebnisorientiert über den Erfolg einer Revision befinden zu können. *Frisch* entwickelt das Grundverständnis dieses revisionsrechtlichen Mechanismus (aaO Rn. 186 ff.) und handelt die bei der Prüfung von Verfahrensrügen (aaO Rn. 190 ff.) und sachlich-rechtlichen Beanstandungen (aaO Rn. 199 ff.) deshalb zu beachtenden Gesichtspunkte umfassend ab. Im Ausgangspunkt (aaO Rn. 186 f., 190) ist demnach – hier bezogen auf Verfahrensrügen – danach zu fragen, „ob das Urteil möglicherweise fehlerhaft ist, weil es bei Einhaltung der verletzen Verfahrensvorschrift möglicherweise anders ausgefallen wäre“ (aaO Rn. 190). Das legt er im Einzelnen dar und wendet sich ausführlich der aktuellen Problematik der Beruhensprüfung bei Verstößen gegen die Vorschriften des Verständigungsgesetzes¹⁷ zu (aaO Rn. 197a – e). Den Streit zwischen *BGH* und *BVerfG*

¹⁴ Vgl. für ein praktisches Beispiel instruktiv *Bartel*, FS *Frisch*, 2013, S. 1255 ff.

¹⁵ Diese Arbeit (Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971) ist offenbar antiquarisch nicht mehr verfügbar und bedarf deshalb dringend eines Nachdrucks.

¹⁶ Vgl. bereits *Frisch*, FS *Rudolphi*, 2004, S. 609 ff.

¹⁷ Vgl. auch den Beitrag von *Frisch*, GS *Weßlau*, 2016, S. 127 ff.

zeichnet er minutiös nach und formuliert die Kritik an der (letztlich auch durch den Gesetzgeber verursachten) Rechtsprechung des *BVerfG* mit Recht dahingehend, dass es „das System der Revisionsgründe durcheinanderbringt, indem es Verfahrensfehler, die das Gesetz nicht als absolut anerkennt, durch eine Veränderung des herkömmlich (aus guten Gründen) anders konzipierten Beruhensbegriffs zu quasi absoluten Revisionsgründen macht“ (aaO Rn. 197e). Die Auflistung der offenen Fragen schließt *Frisch* mit der Feststellung, die Rechtsprechung werde nicht immer dem Grundsatz gerecht, den Beruhenszusammenhang dann zu bejahen, wenn nicht völlig klar sei, dass eine gegenteilige Einschätzung auf „Verfahrenswiederholungen in Fällen wirklich irrelevanter Gesetzesverletzungen“ hinauslaufe (aaO Rn. 198).

g) Erschöpfend wird die Problematik des Verlustes, des Verzichts und der Verwirkung von Verfahrensrügen (aaO Rn. 205 ff.) abgehandelt. Der gelegentlich anzutreffenden Euphorie über ein durch § 238 Abs. 2 StPO vermitteltes Präklusionsregimes¹⁸ erliegt *Frisch* (aaO Rn. 216 f.) – auch mit Bezug auf die sog. Widerspruchslösung (aaO Rn. 218 f.) – nicht. Abschließend wird ausführlich und mit guten Gründen zurückhaltend die Möglichkeit einer Verwirkung von Verfahrensrügen angesprochen (aaO Rn. 220 ff.).

h) Ob und inwieweit zum Beruhen i.S.d. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO Vortragspflichten des Beschwerdeführers bestehen oder derartiger Vortrag verfahrenstaktisch sinnvoll ist, erörtert *Frisch* im Rahmen seiner Erläuterung dieser Vorschrift (§ 344, Rn. 67 ff.) und würdigt hierbei die z.B. im Kontext des Verständigungsgesetzes zu verzeichnenden Bemühungen der Rechtsprechung, insoweit Darstellungsanforderungen zu etablieren (aaO Rn. 67a).

4. Umfassend greift *Frisch* auf den Seiten 238 – 376 sämtliche mit der Anwendung des § 338 StPO verbundenen Fragen auf. Nur exemplarisch soll auf die umfassenden Ausführungen zu Verfahrensfehlern verwiesen werden, die den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) betreffen. Die auch in letzter Zeit hierzu gehäuft ergangenen revisionsgerichtlichen Entscheidungen werden von ihm berücksichtigt.¹⁹ Dabei wird zu § 338 Nr. 1 StPO (§ 338, Rn. 9 ff.) die Kasuistik besonders ausführlich aufgefächert, während dies bei § 338 Nr. 3 StPO (aaO Rn. 74 ff.) nicht der Fall ist. Abschließend wird jeweils auf die Rügenanforderungen hingewiesen (aaO Rn. 67 ff., 81). Instrukтив sind auch die Erläuterungen zu dem in der Praxis (Stichwort „Verhinderungsvermerk“) nicht vollständig durchdrungenen Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO (aaO Rn. 146 ff.). Hinsichtlich des eigenartigen Revisionsgrundes des § 338 Nr. 8 StPO folgt *Frisch* im Wesentlichen der eher restriktiven Sicht der Rechtsprechung (aaO Rn. 152 ff.).

5. Die weiteren Kommentierungen *Frischs* befassen sich mit dem Ablauf des Revisionsverfahrens. Das betrifft etwa die bei der Revisionseinlegung zu beachtenden Formen und Fristen sowie die Reparaturmöglichkeiten bei Nichtbeachtung dieser Vorgaben (§§ 341 f.) StPO.

Wem in der revisionspraktischen Tätigkeit derartige Fragen unterkommen, wird von *Frisch* umfassend bedient wie auch hinsichtlich der Parallelprobleme bei der Verletzung der Frist- und Formerfordernisse der Revisionsbegründung (§§ 345 f. StPO).

6. Einer weiteren Zentralnorm des Revisionsverfahrens wendet sich *Frisch* auf den Seiten 416 – 470 zu: § 344 SPO, der Vorschrift über die inhaltlichen Anforderungen, denen eine Revisionsbegründung zu genügen hat. Einleitend widmet sich *Frisch* dem Begriff der Revisionsanträge (§ 344, Rn. 3 ff.) und legt im Anschluss die Grundsätze für die Beschränkbarkeit der Revision (aaO Rn. 8 ff.) dar. Hinsichtlich der Sachrüge hält *Frisch* es nur in Extremfällen für denkbar, dass sie näher ausführende Erwägungen zu deren (nachträglicher) Unzulässigkeit führen können (aaO Rn. 78), wie es gelegentlich in der Rechtsprechung (etwa des *OLG Hamm*) immer noch großzügiger angenommen wird. Herzstück der Kommentierung ist die Auslegung des § 344 Abs. 2 S. 2 SPO (aaO Rn. 44 ff.). *Frisch* folgt dabei im Ausgangspunkt seiner Kommentierung durchaus der Rechtsprechung, und zwar einschließlich der von ihr etablierten Notwendigkeit, die Angriffsrichtung einer Verfahrensrüge erkennen zu lassen (aaO Rn. 44 ff.). Er legt im Einzelnen mit Blick auf die verschiedenen Dimensionen einer Verfahrensrüge die hieraus folgenden Anforderungen an den Rügevortrag dar (aaO Rn. 48 ff.). Abschließend unterwirft *Frisch* diese Rechtsprechung – etwa bezogen auf die Mitteilung sog. Negativtatsachen – einer durchaus kritischen Betrachtung und moniert den auch auf das Fehlen eines überzeugenden Konzepts (aaO Rn. 62) zurückgehenden Zufallscharakter mancher revisionsgerichtlicher Abgrenzung (aaO Rn. 61 ff.).

7. *Wohlers* kommentiert im Anschluss mit den §§ 349 ff. StPO die Vorschriften über den Gang des Revisionsverfahrens nach Abgabe von Revisionsbegründung und Revisionsgegengerklärung (§ 347 StPO).²⁰ Damit obliegt ihm auch die Erläuterung des Beschlussverwerfungsverfahrens (§ 349 Abs. 2 und 3 StPO), dem die Mehrzahl der Angeklagtenrevisionen zugeführt wird. Dessen Kernproblem sieht *Wohlers* mit Recht darin, „dass sich der Gesetzgeber zu keiner Zeit Rechenschaft über die Funktion abgegeben hat, die eine mündliche Verhandlung im Revisionsverfahren sinnvollerweise haben kann“, so dass der „Rechtsanwender (...) vor dem Problem steht, entweder an einer wortlautgetreuen Auslegung festzuhalten, die zu wenig sinnvollen Ergebnissen führt, oder aber die Norm berichtend auszulegen“ (§ 349, Rn. 13). Skeptisch zeigt sich *Wohlers* auch gegenüber dem im *BGH* bei der Beschlussberatung praktizierten sog. Vier-Augen-Prinzip, sieht aber „das eigentliche Gebrechen des Beschlussverwerfungsverfahrens“ nicht in dieser seltsamen Praxis, die dazu führt, dass nur zwei von fünf Revisionsrichtern das angefochtene Urteil selbst gelesen haben, über dessen Rechtsfehlerfreiheit sie zu befinden haben, sondern in dem „Umstand, dass die Verwerfung begründungslos erfolgt“ (aaO Rn. 13). Vor diesem rechtsgeschichtlich unterfütterten (aaO Rn. 11 ff.) Verständnis

¹⁸ Vgl. aber zu aktuellen Entwicklungen *Ventzke* NStZ 2017, 721 (m.w.N.).

¹⁹ Vgl. dazu *Ventzke* NStZ 2017, 595 f.

²⁰ Er greift dabei wiederholt auf die vorzügliche Monographie von *Keck* (Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision, 2016) zurück.

des § 349 Abs. 2 und 3 StPO wendet sich *Wohlers* deren Auslegung zu.

a) Er erteilt der vereinzelt Praxis des bestellten Verwerfungsantrages eine deutliche Absage (aaO Rn. 17) und hält deshalb auch revisionsgerichtliche Anregungen, einen Aufhebungs- oder Terminantrag zurückzunehmen und stattdessen einen Verwerfungsantrag zu stellen, für unzulässig.

b) „Offensichtlich unbegründet“ ist für *Wohlers* eine Revision nur dann nicht, wenn „von der Durchführung einer Revisionshauptverhandlung ein ‚Erkenntnisgewinn‘ zu erwarten ist, wobei diese Einschätzung notwendigerweise dem Revisionsgericht überlassen bleiben muss und sich einer gesetzgeberischen Konkretisierung entzieht“ (aaO Rn. 21). Den Stimmen in der Literatur, die unter verschiedenem Blickwinkel das Hohe Lied der Revisionshauptverhandlung singen,²¹ hält er zutreffend entgegen, dass das „Verfahren nach Absatz 3 ein funktionales Äquivalent für die Hauptverhandlung darstellt“, so dass es einer „Hauptverhandlung nur in den Fällen (bedarf), in denen das Verfahren nach Absatz 3 seine Funktion nicht angemessen erfüllen kann“ (aaO Rn. 23). Die entsprechenden Fallgruppen – etwa mit Blick auf die erweiterte Revision – werden skizziert (aaO Rn. 24 f.).

c) Der Verwerfungsantrag ist denjenigen Verteidigern zuzustellen, die sich am Revisionsverfahren beteiligt haben (aaO Rn. 29). *Wohlers* weist darauf hin, dass die Frist zur Erwidern auf den Verwerfungsantrag nicht verlängerbar ist, so dass zwar eine nach Fristablauf eingehende Erwidern des Beschwerdeführers auf den Verwerfungsantrag vom Revisionsgericht zu berücksichtigen ist, es aber nicht zuwarten muss, bis eine angekündigte (verspätete) Stellungnahme tatsächlich bei ihm eingetroffen ist (aaO Rn. 31 ff.). Dem Grunde nach billigt *Wohlers* (aaO Rn. 33) die ärgerliche Unsitte mancher Revisionsgerichte, vorfristig zu entscheiden, wenn sie – auf welcher Erkenntnisgrundlage auch immer – meinen, weiterer Sachvortrag sei nicht zu erwarten.²² Das ist – schon mit Blick auf die dem Beschwerdeführer eröffnete Möglichkeit einer weiteren Verteidigermandatierung oder die Chance, aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen zu berücksichtigen – kaum hinzunehmen, zumal schon mit Blick auf die ohnehin knapp bemessene gesetzliche Frist (aaO Rn. 31) ein praktisches Bedürfnis nicht erkennbar ist, als Revisionsgericht in dieser Weise kurzen Prozess machen zu können.

d) Erneut²³ plädiert *Wohlers* mit guten Gründen dafür, in einer Begründung der revisionsgerichtlichen Entscheidung gem. § 349 Abs. 2 StPO „eine aus rechtsstaatlichen Gründen zwingende Notwendigkeit“ (aaO Rn. 36 f.) zu sehen. Will das Revisionsgericht von den tragenden Erwägungen des Verwerfungsantrages abweichen, hat es unabhängig von der Begründungspflicht dem Angeklag-

ten wirksam rechtliches Gehör zu gewähren (aaO Rn. 39); zu Einzelheiten dieser einfachgesetzlich nicht vorgesehenen Verfahrensweise schweigt sich *Wohlers* leider aus. Kombinierte Verfahrensweisen gem. § 349 Abs. 2 und 4 bzw. § 349 Abs. 2 und 5 StPO hält er (aaO Rn. 57 f.) – entgegen weit verbreiteter, aber nicht überzeugender Kritik – dem Grunde nach mit Recht für unbedenklich.

8. Dezidiert vertritt er (§ 350, Rn. 16 ff.) die auch konventionsrechtlich fundierte Auffassung, die Mitwirkung eines Verteidigers sei in der Revisionshauptverhandlung stets als notwendig anzusehen (aaO Rn. 20). Dass dies nicht bei allen Revisionsgerichten selbstverständlich ist, erscheint in der Tat mehr als befremdlich, auch wenn es Fälle geben mag (z.B. eine ersichtlich begründete staatsanwaltschaftliche Revision, der revisionsrechtlich lege artis nichts entgegenzuhalten ist), in denen auch aus Sicht des Angeklagten die Präsenz des Verteidigers kaum geeignet ist, seine Verteidigungsposition irgendwie zu verbessern.

9. Der restriktiven Auffassung der Rechtsprechung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung bzw. Nachbesserung von Verfahrensrügen zu gewähren, vermag *Wohlers* mit bedenkenswerten Gründen (§ 352, Rn. 12 ff.) nicht zu folgen.

10. Aus eher unerfindlichen, wohl prozessökonomisch inspirierten (§ 353, Rn. 17) Gründen gehen Revisionsgerichte bei einer Urteilsaufhebung recht oft davon aus, den Beteiligten des neuerlichen Rechtsganges werde das Prozedieren erleichtert, wenn von § 353 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht wird. Welche Probleme damit verbunden sind, lässt sich anhand der Kommentierung dieser Vorschrift (aaO Rn. 16 ff., 24 ff.) ohne weiteres errahnen. Ausführlich handelt *Wohlers* die Entscheidungsmöglichkeiten gem. § 354 StPO ab. Dabei verdient die Kommentierung des Vorgehens gem. Abs. 1a besondere Hervorhebung, dessen Untiefen er auslotet (§ 354, Rn. 54 ff.) und ihn zu der in der Praxis²⁴ nicht immer beachteten Forderung führen, dass „das Revisionsgericht den Verfahrensbeteiligten stets rechtliches Gehör zu gewähren hat“ und deshalb dem Angeklagten und der Verteidigung konkret mitzuteilen hat, „dass und aus welchen Gründen das Revisionsgericht der Auffassung ist, nach Absatz 1a verfahren zu kön-

²¹ So z.B. wohl *Pohlreich*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 2016, S. 221 ff.

²² Bei Fertigung dieser Rezension erreicht mich z.B. aus Leipzig ein Verwerfungsbeschluss vom 27.11.2017, dem Tag des Ablaufs der Erwidernfrist gem. § 349 Abs. 3 S. 2 StPO.

²³ Vgl. z.B. bereits *Wohlers* HRRS 2015, 271 ff.

²⁴ Z.B. *BGH* 4 StR 144/14 HRRS 2014 Nr. 662, Rn. 2: Ob eine Rechtsfolge als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO angesehen werden kann, hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände zu beurteilen. Dies ist vorliegend auch möglich, weil alle für eine Strafzumessung erforderlichen Feststellungen vom Landgericht getroffen worden sind und es daher keiner weiteren Feststellungen mehr bedarf. Eines Hinweises auf die Vorgehensweise gemäß § 354 Abs. 1a StPO bedurfte es nicht, da wegen des mit Gründen versehenen Antrags des Generalbundesanwalts vom 7. April 2014, auf den der Senat seine Entscheidung auch insofern stützt, angenommen werden kann, dass der Angeklagte Kenntnis von einer im Raum stehenden Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts erlangt hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2007 – 2 BvR 1447/07, Rn. 96, BVerfGE 118, 212, 236).“

nen“ (aaO Rn. 57). Mit Recht tritt *Wohlers* einer Rechtsprechungstendenz entgegen, die es unter dem Blickwinkel des § 24 Abs. 2 StPO für eher unbedenklich hält, einem Angeklagten zuzumuten, im zweiten Rechtsgang mit einem Richter konfrontiert zu werden, „der ihn bereits einmal verurteilt hat und dessen Entscheidung dann als rechtsfehlerhaft aufgehoben werden musste“ (aaO Rn. 83).

11. Angesichts des Stellenwertes, der dem Grundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG aus Sicht von *Wohlers* bei der Gestaltung des Revisionsverfahrens zukommt, verwundert es nicht, dass er § 356a StPO einer detaillierten Kommentierung zugeführt hat. Entsprechend dem von ihm entwickelten Verständnis des Beschlussverwerfungsverfahrens hält er (§ 354a, Rn. 7) den Weg über die Anhörungsrüge auch dann für eröffnet, wenn das Revisionsgericht der von ihm gegen die herrschende Auffassung entwickelten Begründungspflicht nicht nachkommt. Instrukтив ist weiter die „die Vorgaben der EMRK berücksichtigende konventionskonforme Neuinterpretation“ des § 357 StPO (§ 357, Rn. 7), die dazu führt, dass eine Erstreckung der Entscheidung des Revisionsgerichts auf einen Nichtrevidenten, die zu einem zweiten Rechtsgang vor dem Tatrichter führt, nur mit dessen vorab

einzuholender Zustimmung möglich ist (aaO Rn. 11), um so dessen „Status (...) als Rechtssubjekt“ (aaO Rn. 8) zu wahren.

12. Blickt man auf die eingangs aufgelisteten Fragestellungen zurück, wird deutlich, dass sich der mit derartigen Themen konfrontierte Rechtsanwender bei der Suche nach einer kunstgerechten Lösung bedenkenlos der Kommentierung von *Frisch* und *Wohlers* anvertrauen kann und dies auch tun sollte. Dass z.B. bezogen auf den ersten (die §§ 265 Abs. 1, 337 Abs. 1 StPO betreffenden) Fall gleichwohl Fragen offen bleiben, liegt nicht an Defiziten der Kommentierung, sondern an dem in ihr wiederholt in Erinnerung gebrachten Umstand, dass auch und gerade bei der Anwendung der revisionsverfahrensrechtlichen Kernnormen – wie z.B. § 337 Abs. 1 StPO – revisionsdogmatisch wie -praktisch weiter Fragen ungeklärt sind. Dass der Kommentar diesen Zustand nicht verkleistert und zudem dann, wenn er durchaus innovative Ansätze vertritt, gleichwohl zu einer realistischen Sichtweise auf die Gegebenheiten des Revisionsverfahrens anhält, macht auch seinen Wert aus.

Rechtsanwalt **Klaus-Ulrich Ventzke**, Hamburg

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.

1. BVerfG 2 BvL 12/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (KG)

Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm des Außenwirtschaftsgesetzes in der Fassung vom 4. November 2010 (Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen; konkrete Normenkontrolle; Darlegungsanforderungen an eine Richtervorlage; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage; fehlende Feststellungen und Beweiswürdigung zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen; erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland; Kenntnis eines Angeklagten von Verwendungszweck und Bestimmungsland von Ausfuhrgegenständen). Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 81a Satz 1 BVerfGG; § 33 Abs. 1 AWG a.F.; § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG a.F.; § 5d Abs. 1 AWV a.F.; § 70 Abs. 1 Nr. 2 AWV a.F.

2. BVerfG 2 BvR 2640/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (OLG München / LG Augsburg)

Erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (elektronische Aufenthaltsüberwachung; „elektronische Fußfessel“; Folgenabwägung; Überwiegen der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB

3. BVerfG 2 BvR 2655/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2017 (OLG Köln)

Auslieferungshaft (keine unionsrechtliche Determiniertheit der Auslieferungshaft aufgrund eines Europäischen Haftbefehls; Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsgrundrecht und Interesse an einem funktionierenden zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehr; Begründungstiefe von Haftentscheidungen; Fluchtgefahr; keine Herleitung allein aus der Straferwartung oder aus rechtllichem Vorbringen; Verhältnismäßigkeit; Erfordernis einer expliziten Abwägung im Einzelfall; Außervollzugsetzung des Haftbefehls als milderer Mittel).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 15 Abs. 1 Nr. 1 IRG; § 25 IRG

4. BVerfG 2 BvR 2772/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (OLG Celle / LG Lüneburg)

Aufschub der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe (Gebot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs; Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Menschenwürde; Erfordernis einer realisierbaren Chance, die Freiheit wiederzuerlangen; Spannungsverhältnis zwischen staatlichem Strafanspruch und Interesse des Verurteilten an seiner Gesunderhaltung; Abwägungsentscheidung; Gebot der bestmöglichen richterlichen Sachaufklärung; hohes Gewicht des staatlichen Strafanspruchs bei Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord in einer Vielzahl von Fällen aufgrund des Dienstes an der Rampe im Konzentrationslager Auschwitz; keine Haftverschonung allein aufgrund des hohen Lebensalters des Verurteilten; Möglichkeit der medizinischen Behandlung und Fürsorge in der Vollzugsanstalt).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 455 StPO

5. BGH 3 StR 158/17 – Urteil vom 19. Oktober 2017 (LG Oldenburg)

Kein sachlich-rechtlich beachtlicher Erörterungsmangel bei der Beweiswürdigung zum Eventualvorsatz (zusammenhängendes, nur einige Minuten dauerndes Tatgeschehen; Vorerfahrungen aufgrund vorausgegangener – vom Opfer überlebter – Misshandlungen); zur erforderlichen Grad der Kenntnis des konkreten Kausalverlaufs (Irrtum; keine vorsatzrelevante wesentliche Abweichung).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

6. BGH 3 StR 231/17 – Beschluss vom 11. Juli 2017 (LG Oldenburg)

Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Bemessung einer billigen Entschädigung in Geld.

§ 253 Abs. 2 BGB

1. Nach der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofs (BGH HRRS 2017 Nr. 126) können bei der Bemessung einer billigen Entschädigung in Geld nach § 253 Abs. 2 BGB alle Umstände des Falles berücksichtigt und dabei die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Geboten sind Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen und Ausführungen zu deren Einfluss auf die Bemessung der billigen Entschädigung danach nur, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse dem Einzelfall ein besonderes Gepräge gebe.

2. Aus der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate lässt sich kein zur Annahme eines Rechtsfehlers führendes Verbot ableiten, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten zu berücksichtigen, selbst wenn sie dem Fall noch kein besonderes Gepräge geben (anders BGH HRRS 2017 Nr. 696 [2. Senat]). Das Gesetz sieht in § 253 Abs. 2 BGB bei dem Ausgleich immaterieller Schäden gerade keine starre Regelung, sondern eine billige Entschädigung vor, ohne dem Tatrichter hinsichtlich der zu berücksichtigenden oder berücksichtigungsfähigen Umstände Vorgaben zu machen.

7. BGH 3 StR 288/17 – Urteil vom 21. September 2017 (LG Düsseldorf)

Beschränkung der Revision entgegen dem ausdrücklichen Revisionsantrag (Inhalt der Begründungsschrift; Auslegung; nach dem Gesamtvorbringen erstrebtes Ziel); schwerer Bandendiebstahl; Zulässigkeit der Strafmilderung bei beobachtetem Diebstahl.

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 46 StGB; § 344 StPO

8. BGH 3 StR 293/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG Düsseldorf)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung; fehlende Entscheidung über den Maßstab einer im Ausland erlittenen Freiheitsstrafe (Nachholung durch Revisionsgericht); Prüfung eines minder schweren Falles beim schweren Bandendiebstahl (Gesamtbewertung aller strafzumessungsrelevanten Umstände).

§ 51 Abs. 4 S. 2 StGB; § 244a StGB; § 261 StPO; § 354 StPO

9. BGH 3 StR 310/17 – Beschluss vom 19. Oktober 2017 (LG Lüneburg)

Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht oder Erwachsenenstrafrecht bei mehreren gleichzeitig abgeurteilten Straftaten (Anwendung auch auf Heranwachsende; Dauerdelikte; Bewertungseinheit; Sachrüge; keine Entscheidung des Revisionsgerichts); Beruhen des Urteils auf einem fehlenden rechtlichen Hinweis (nicht ausschließbare Abgabe eines Geständnisses für den Fall der Hinweiserteilung); Verfall.

§ 32 JGG; § 105 JGG; § 265 StPO; § 337 StPO; § 73 StGB

10. BGH 3 StR 330/17 – Beschluss vom 19. Oktober 2017 (LG Mönchengladbach)

Schuldpruchänderung; Prozesshindernis der bereits eingetretenen Rechtskraft.; Strafzumessung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht in den Verkehr gelangte Betäubungsmittel).

§ 206a StPO; § 267 StPO; § 29 BtMG; § 46 StGB

11. BGH 3 StR 392/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG Osnabrück)

Höchstfrist der Unterbringung bei daneben angeordneter Freiheitsstrafe; Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen dem Hang des Täters zu erheblichen Straftaten und dessen Gefährlichkeit für die Allgemeinheit bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 64 StGB; § 266 StGB; § 67 StGB; § 67d StGB

12. BGH 3 StR 410/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Trier)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schuldunfähigkeit; Beruhen der Anlasstat; unzutreffende Vorstellungen von der Wirklichkeit; Auswirkungen auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit; umfassende Darstellung der für die Gefährlichkeitsprognose wesentlichen Gesichtspunkte); selbständiges Einziehungsverfahren.

§ 63 StGB; § 76a StGB; § 435 StPO

13. BGH 3 StR 423/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Verden)

Strafrahmenwahl beim Wohnungseinbruchsdiebstahl (Verhältnis von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypem Milderungsgrund; Versuch verminderte Schuldfähigkeit; doppelte Strafrahmenverschiebung); rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.
§ 49 StGB; § 55 StGB; § 244 StGB

14. BGH 5 StR 276/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Neuruppin)

Beweiswürdigung beim Tötungsentsatz (objektiv lebensgefährliche Handlung; Wissensmoment; Willenselement; psychische Verfassung; Widerspruchsfreiheit; Bestrafungsmotiv); Inbrandsetzen eines Gebäudes (Fortbrennen; für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentliche Teile; Ermöglichung des Fortbrennens).
§ 15 StGB; § 212 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB; § 261 StPO

15. BGH 5 StR 335/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Lübeck)

Betrug (Zusammenarbeit mehrerer Beteiligten im Rahmen einer Tatserie; Aufbau und Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebs“; uneigentliches Organisationsdelikt; einheitliche Tat; Ermittlung des verbleibenden Schadens für jede Einzeltat bei der Strafzumessung; verschuldete Auswirkungen der Tat).
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB

16. BGH 5 StR 338/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Hamburg)

Voraussetzungen der Heimtücke (Arglosigkeit; Wehrlosigkeit; Kausalzusammenhang; vorausgehende verbale Auseinandersetzung; Umdrehen des Opfers; erhalten gebliebene Arglosigkeit; Indiz; latente Angst; Arglosigkeit im Tatzeitpunkt; verbales Einwirken als Verteidigungsmöglichkeit); niedrige Beweggründe.
§ 211 StGB

17. BGH 5 StR 352/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Chemnitz)

Betrug (Täuschungsvorsatz; fehlende Feststellungen zur Vorstellung des Angeklagten im Zeitpunkt einer möglichen Täuschungshandlung; Betrug durch Unterlassen; Vermögensschaden bei zweckwidriger Verwendung von Darlehen).
§ 263 StGB

18. BGH 5 StR 438/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Neuruppin)

Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Bemessung einer billigen Entschädigung in Geld; Ausgleich von auf Bewährungsauflagen erbrachten Leistung.
§ 253 Abs. 2 BGB; § 56b StGB; § 56f StGB; § 58 StGB

1. Nach der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofs (BGH HRRS 2017 Nr. 126) können bei der Bemessung einer billigen Entschädigung in Geld nach § 253 Abs. 2 BGB alle Umstände des Falles berücksichtigt und dabei die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Geboten sind Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen und Ausführungen zu deren Einfluss auf die Bemessung der billigen Entschädigung danach nur, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse dem Einzelfall ein besonderes Gepräge gebe.

2. Aus der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate lässt sich kein zur Annahme eines Rechtsfehlers führendes Verbot ableiten, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten zu berücksichtigen, selbst wenn sie dem Fall noch kein besonderes Gepräge geben (ebenso BGH, Beschl. v. 11. Juli 2017 – 3 StR 231/17; BGH HRRS 2017 Nr. 1226 [4. Senat]; anders BGH HRRS 2017 Nr. 696 [2. Senat]). Eine solche Schlussfolgerung liefe geradezu dem Ergebnis der Auslegung des § 253 Abs. 2 BGB zuwider, wonach das Tatgericht bei der Bemessung der billigen Entschädigung alle Umstände des Einzelfalls soll berücksichtigen dürfen.

3. Nach § 58 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 56f Abs. 3 S. 2 StGB sind Leistungen, die auf Bewährungsauflagen nach § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 4 StGB erbracht worden sind, nicht bei der Bemessung der Gesamtstrafe zu berücksichtigen, sondern durch eine die Vollstreckung verkürzende Anrechnung auf die gebildete Gesamtfreiheitsstrafe auszugleichen.

19. BGH 5 StR 439/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Potsdam)

19. BGH 5 StR 439/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Potsdam)

Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Straftat von erheblicher Bedeutung; mittlere Kriminalität; empfindliche Störung des Rechtsfriedens; erhebliche Beeinträchtigung des Gefühls der Rechtssicherheit der Bevölkerung; Gewalt- und Aggressionsdelikte; Erforderlichkeit erheblicher körperlicher oder seelischer Schäden).
§ 63 StGB; § 223 StGB

20. BGH 5 StR 446/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Leipzig)

Rechtsfehlerhafte Gefährlichkeitsprognose beim Unterlassen der Anordnung der Sicherungsverwahrung (typische Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern; Haltungsänderungen; Alterungsprozesse; Maßgeblichkeit des Verurteilungszeitpunkts).
§ 66 StGB

21. BGH 5 StR 454/17 – Beschluss vom 30. November 2017 (LG Lübeck)

Verbot der Einführung der früheren Aussage eines Zeugnissverweigerungsberechtigten durch Vernehmung einer bei der früheren Befragung anwesenden Person (Verwertungsverbot).
§ 252 StPO

22. BGH 5 StR 520/17 – Beschluss vom 27. November 2017 (LG Hamburg)

Anforderungen an die Begründung der Einschätzung einer Zeugenaussage als nur teilweise glaubhaft (Urteilsgründe; Einbeziehung aller relevanten Umstände; außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe).
§ 261 StPO

23. BGH 1 StR 140/17 – Beschluss vom 10. Mai 2017 (LG Deggendorf)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Widersprüche; Erörterungsmängel).
§ 261 StPO

24. BGH 1 StR 146/17 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Mosbach)

Anstiftung (Veranlassung zu einer konkret-individualisierten Tat: vorherige Bereitschaft des Angestifteten, allgemein derartige Taten zu begehen, omnimodo facturatus; hier: Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln durch Bestellung in einem Online-Shop).
§ 26 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

25. BGH 1 StR 195/17 – Urteil vom 7. November 2017 (LG Tübingen)

Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zum unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln (allgemeine Bereitschaft des Minderjährigen zum Handelreiben).
§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG

26. BGH 1 StR 204/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Frankfurt (Oder))

Doppelverwertungsverbot (keine strafschärfende Berücksichtigung im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängter Delikte, wenn schulderhöhende Umstände bereits zum Tatbestand des vorrangigen Delikts gehören).
§ 46 Abs. 3 StGB

27. BGH 1 StR 226/17 – Urteil vom 24. Oktober 2017 (LG Traunstein)

Begrenzte Revisibilität der Strafzumessung.
§ 46 StGB

28. BGH 1 StR 279/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG München I)

Beginn der Verjährung bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer (Beginn mit Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung bei Selbstveranlagung); Unterbrechung der Verjährung (hinreichende Bestimmbarkeit des Beschuldigten als Adressanten der Unterbrechungshandlung).
§ 78a StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 1 UStG; § 155 AO; § 167 Abs. 1 Satz 1 AO; § 78c StGB

29. BGH 1 StR 296/16 – Urteil vom 21. Februar 2017 (LG Regensburg)

BGHSt; Untreue (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht: Pflichtverletzung kommunaler Beamter bei Finanzgeschäften, entsprechender Vorsatz; Vermögensnachteil); Begriff der prozessualen Tat (kein einheitlicher Sachverhalt bei Beweis einer selbstständigen Handlung durch eine andere).
§ 266 Abs. 1 StGB; § 264 StPO

30. BGH 1 StR 299/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Würzburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schuldunfähigkeit im Moment der Tat aufgrund des Zusammenwirkens einer länger andauernden geistig-seelischen Störung und dem Konsum von Alkohol, erforderliche Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

31. BGH 1 StR 300/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Heilbronn)

Verwerfung eines Befangenheitsantrags als unzulässig (Recht auf gesetzlichen Richter: gebotene restriktive Auslegung, Beteiligung des abgelehnten Richters allein an formalen Fragen).
§ 26a StPO

32. BGH 1 StR 305/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG München I)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil: keine Wiedergabe der Beweisaufnahme, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

33. BGH 1 StR 348/17 – Beschluss vom 20. September 2017 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat).
§ 64 StGB

34. BGH 1 StR 350/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Doppelverwertungsverbot (keine strafschärfende Berücksichtigung der Gefährdung Dritter durch Betäubungsmitteldelikte); nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer vorherigen Verurteilung, auch wenn diese bereits erledigt ist); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).
§ 46 Abs. 3 StGB; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 54 StGB; § 55 StGB; § 64 StGB

35. BGH 1 StR 395/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG München II)

(Verminderte) Schuldfähigkeit (Pädophilie als schwere andere seelische Abartigkeit: erforderliche Feststellungen im Urteil).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 1, Abs. 5 StPO

36. BGH 1 StR 436/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Mannheim)

Minderschwerer Fall des Totschlags (auf der Stelle zur Tat Hingerissen-Sein: erforderlicher Zusammenhang zur vorherigen Provokation); tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Auseinandersetzung mit Angaben des Angeklagten).
§ 212 StGB; § 213 1. Alt StGB; § 261 StPO

37. BGH 1 StR 554/16 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG München I)

Selbstleseverfahren (Rüge eines nicht ausreichenden Zeitraums zum Lesen der Urkunden: Darstellungsanforderungen).
§ 249 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

38. BGH 2 StR 102/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG Aachen)

Tateinheit (erforderliche gesonderte Betrachtung für jeden einzelnen Beteiligten).
§ 52 Abs. 1 StGB

39. BGH 2 StR 154/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Aachen)

Raub (fremde Sache: Fremdheit von an einem Geldautomaten ausgegebenen Geldscheinen; Wegnahme: Bruch fremden Gewahrsams, kein Gewahrsamsbruch bei Ausgabe von Geldscheinen am Geldautomaten).

§ 249 Abs. 1 StGB

40. BGH 2 StR 161/17 – Beschluss vom 13. September 2017 (LG Hanau)

Mittäterschaft (Täterschaft bei keiner unmittelbaren Beteiligung an Tathandlung; psychische Unterstützung am Tatort).

§ 25 Abs. 2 StGB

41. BGH 2 StR 238/16 – Urteil vom 13. September 2017 (LG Hanau)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (keine Rechtfertigung des Umgangs mit Betäubungsmitteln zum Zweck der Eigenbehandlung; abschließende gesetzliche Regelung, keine Rechtfertigung bei größeren Mengen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 34 StGB

42. BGH 2 StR 542/16 – Urteil vom 8. November 2017 (LG Rostock)

Berichtigung der Urteilsformel nach Abschluss der mündlichen Urteilsverkündung (Voraussetzungen).

§ 268 StPO

43. BGH 4 StR 142/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Hannover)

BGHR; Betrug (Manipulation eines Kfz-Wegstreckenzählers: Verhältnis zum Missbrauch von Wegstreckenzählern, Gesetzeskonkurrenz).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 22b StVG

44. BGH 4 StR 208/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Offenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

45. BGH 4 StR 208/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Offenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

46. BGH 4 StR 306/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Dortmund)

Einbeziehungsbeschluss (Voraussetzung der vorherigen Verlesung der Nachtragsanklage).

§ 266 Abs. 1 StPO

47. BGH 1 StR 293/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Mannheim)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

48. BGH 1 StR 72/17 – Urteil vom 19. September 2017 (LG Landshut)

Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport („bestimmungsgemäßer Gebrauch“ bei Dopingpräparaten; Gewerbsmäßigkeit im Arzneimittelgesetz); Mittäterschaft (Maßstab; tatrichterliche Beurteilung; Abgrenzung zur Beihilfe).

§ 5 Abs. 2 AMG; § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG; § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a AMG; § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b AMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

49. BGH 1 StR 84/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

50. BGH 1 StR 450/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Ulm)

Bestellung eines Pflichtverteidigers (Zuständigkeit für den Antrag).

§ 141 StPO

51. BGH 1 StR 485/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Mannheim)

Zurückweisung der Anhöhrungsgrüße als unbegründet.

§ 356a Satz 1 StPO

52. BGH 1 StR 501/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG München II)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

53. BGH 2 StR 283/17 – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

54. BGH 2 StR 452/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Gießen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

55. BGH 2 StR 464/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

56. BGH 2 StR 495/12 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Meiningen)

Wahlfeststellung (Berücksichtigung des Grundsatzes „in dubio pro reo“; Anwendung auf gewerbsmäßig begangenen Diebstahl und gewerbsmäßige Hehlerei; Anwendbarkeit bei Vorliegen eines Regelbeispiels; Ermittlung des mildesten Gesetzes); Hehlerei (Postpendenzfeststellung); Prozessuales Beschleunigungsgebot (Kompensation nach dem Vollstreckungsmodell; Umfang der Kompensation).

§ 242 Abs. 1 StGB; 243 Abs. 1 Satz 2 StGB; 259 Abs. 1 StGB; 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; 132 GVG

57. BGH 2 StR 573/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2017

Berichtigung des Senatsbeschlusses.

58. BGH 2 ARs 495/17 (2 AR 305/17) – Beschluss vom 13. Dezember 2017

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (Sicherungsverfahren und Strafverfahren).

§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

59. BGH 4 StR 244/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Siegen)

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

60. BGH 4 StR 304/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Essen)

Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen.
§ 349 Abs. 4 StPO

61. BGH 4 StR 395/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Münster)

Konkurrenzen (Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Einstellung im Hinblick auf eine umstrittene Rechtslage zur Verklammerung).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 52 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

62. BGH 4 StR 438/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Halle)

Konkurrenzen (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; versuchte schwere räuberische Erpressung).
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 255 StGB

63. BGH 4 StR 488/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Gießen)

Gefährliche Körperverletzung (Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug).
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

64. BGH 4 StR 545/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Paderborn)

Rücktritt (Freiwilligkeit bei Entdeckung durch Dritte).
§ 24 Abs. 1 StGB

65. BGH 1 StR 136/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Nachträgliche Bildung der Gesamtrafe (Verbot der Verschlechterung bzw. Schlechterstellung).
§ 55 StGB; § 331 Abs. 1 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

66. BGH 1 StR 64/17 – Beschluss vom 20. September 2017 (LG Heilbronn)

BGHSt; fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Fahrlässigkeitsmaßstab: einzelfallabhängige Sorgfaltspflichten; Möglichkeit des eigennützigen Güterumsatzes bei fahrlässigem Handeltreiben); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vorsatz: erforderliche Kenntnis der Betäubungsmittelleigenschaft; kein materieller Betäubungsmittelbegriff, Prinzip der Positivliste); Urteilsgründe (für die Strafzumessung darzulegende Umstände).
§ 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 4 BtMG; Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 15 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

67. BGH 1 StR 168/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Verwerfung der Revision als unzulässig.
§ 349 Abs. 1 StPO

68. BGH 1 StR 186/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Essen)

Erste Vernehmung (Behandlung eines Zeugen als Beschuldigten; Beurteilungsspielraum).
§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 399 Abs. 1 AO; § 404 AO

69. BGH 1 StR 241/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG München II)

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

70. BGH 1 StR 442/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Essen)

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

71. BGH 1 StR 453/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG München I)

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

72. BGH 1 StR 515/17 – Beschluss vom 7. November 2017 (LG Weiden in der Oberpfalz)

Minder schwerer Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafrahmenwahl).
§ 30 Abs. 1 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG

73. BGH 1 StR 517/17 – Beschluss vom 7. November 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

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

74. BGH 1 StR 519/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG München I)

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

75. BGH 1 StR 625/16 – Beschluss vom 24. August 2017 (LG Stade)

Betrug (Prozessbetrug im Insolvenzeröffnungsverfahren; Konkurrenzen: Rechtsgut, Verhältnis zum Bankrott); Bankrott (Schuldnerseigenschaft als besonderes persönliches Merkmal; Konkurrenzen: Rechtsgut, Verhältnis zum Betrug); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Feststellung der geschuldeten Beiträge; Beendigungszeitpunkt); Steuerhinterziehung (Vollendungsfeststellung; Umsatzsteuer).
§ 28 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 266a Abs. 1 StGB; § 283 Abs. 1 und 2 StGB; § 52 StGB; § 370 AO; § 168 AO

76. BGH 2 StR 58/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Gießen)

Vermögensarrest im Insolvenzverfahren (Einziehung des Wertes von Taterträgen; Beachtung der Härtefallregelung).
§ 73c Satz 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

77. BGH 2 StR 320/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Aachen)

Postpendenzfeststellung und Wahlfeststellung (Diebstahl und Hehlerei).
§ 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 242 StGB; § 259 StGB; § 261 StPO

78. BGH 2 StR 350/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Verhältnis der Brandstiftungsdelikte).
§ 22 StGB; § 306a Abs. 1 StGB; § 306b Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 306c StGB

79. BGH 2 StR 355/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Bonn)

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

80. BGH 2 StR 387/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht der Maßregel).
§ 64 Satz 2 StGB

81. BGH 2 StR 404/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Kassel)

Strafrahmenwahl (Zusammentreffen eines minder schweren Falles und eines ein gesetzlichen Milderungsgrundes).
§ 49 Abs. 1 StGB

82. BGH 2 StR 408/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Darmstadt)

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

83. BGH 2 StR 410/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Kassel)

Zurücknahme und Verzicht (Prozessuale Handlungsfähigkeit; Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit nach Eingang bei Gericht; Unzulässigkeit weiterer Revisionen).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

84. BGH 2 StR 434/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Aachen)

Vorwegvollzug (Erfordernis einer präzisen Prognose durch den Tatrichter).
§ 67 Abs. 2 StGB

Der vorweg zu vollziehende Teil der Strafe ist zwingend so zu bemessen, dass nach seiner Vollstreckung und einer anschließenden Unterbringung eine Halbstrafenentlassung möglich ist; ein Beurteilungsspielraum steht dem Tatrichter insoweit nicht zu. Es genügt nicht, dass der Tatrichter hinsichtlich der voraussichtlich notwendigen Dauer des Maßregelvollzugs nur eine Mindest- und Höchstdauer prognostiziert; vielmehr ist eine präzise Prognose darüber erforderlich, wie lange genau die Unterbringung voraussichtlich sein wird, weil nur auf der Grundlage einer solchen Prognose die Dauer des Vorwegvollzugs bestimmt werden kann.

85. BGH 2 StR 451/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Gießen)

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

86. BGH 2 StR 498/16 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Gießen)

Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).
§ 46 StGB

87. BGH 4 StR 142/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Hannover)

Übersehene Einlassung des Beschuldigten und Revisionsbegründung (Beweiswürdigung; Inhalt der Sacheinlassung des Angeklagten keine einen Verfahrensmangel begründende Tatsache).
§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

88. BGH 4 StR 427/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Trier)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Gesamtwürdigung bei Fehlen einer Katalogtat).
§ 69 Abs. 2 StGB

1. Soll einem Täter wegen einer anderen Straftat, die nicht in dem Katalog des § 69 Abs. 2 StGB enthalten ist, die Fahrerlaubnis entzogen werden, muss der Tatrichter eine Gesamtwürdigung der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit vornehmen, mit der die fehlende Eignung belegt wird, wobei der Umfang der Darlegung vom Einzelfall abhängt.

2. Zwar belegt das Führen eines Kraftfahrzeugs unter dem deutlichen und zumindest mitunfallursächlichen Einfluss von Amphetaminen in aller Regel eine erhebliche charakterliche Unzuverlässigkeit, die auch die Ungeeignetheit des Täters zum Führen eines Kraftfahrzeugs nahe legt. Dies rechtfertigt jedoch ein Absehen von jeglicher Begründung nicht.

89. BGH 4 StR 430/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Paderborn)

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

90. BGH 4 StR 482/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Halle)

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

91. BGH 4 StR 503/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Frankenthal)

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