

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

PD Dr. Dorothea Magnus, LL.M., Hamburg – **Die endgültige EU-Verordnung zur Euro-
päischen Staatsanwaltschaft – Der große Wurf?** S. 143

Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M., Regensburg – **Vorsatz und Fahrlässigkeit
beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln** (Zugl. Bespr. zu BGH HRRS
2018 Nr. 66) S. 156

Wiss. Mit. Dr. Markus Abraham, Hamburg – **Anstiftung als bloßes Anlassgeben
oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes** (Anm. zu BGH HRRS 2018
Nr. s25) S. 164

Entscheidungen

BVerfG **Grundrechtsmaßstäbe bei der Auslieferung an die Schweiz**

BVerfG **Auf Geschäftsräume beschränkte Durchsuchung**

BGHSt (GS) **Strafraahmenverschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit**

BGHSt **Hemmung der Verjährung durch Prozessurteil**

BGHR **Begriff der lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft**

BGH **Geschäftsherrenhaftung bei BtM-Geschäften im Lokal**

BGH **Lebenslange Freiheitsstrafe trotz Einwilligung des Opfers**

BGH **Zwingender Charakter der Tateinziehung**

Die Ausgabe umfasst 78 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, April 2018, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

296. BVerfG 2 BvR 2990/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. März 2018 (LG München I / AG München)

Durchsuchung von Wohnung und Geschäftsräumen (Wohnungsgrundrecht; Bezeichnung des Durchsuchungsobjekts im Durchsuchungsbeschluss; vorbeugende Kontrolle als Funktion des Richtervorbehalts; keine Erweiterung der räumlichen Sphäre der Durchsuchung im Beschwerdeverfahren; Antrag zum Ermittlungsrichter bei Einwendungen gegen die Art und Weise der Durchsuchung).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 304 Abs. 1 StPO

1. Ein Durchsuchungsbeschluss gestattet nicht auch die Durchsuchung der Wohnräume eines Beschuldigten, wenn als Durchsuchungsobjekte ausdrücklich nur seine Geschäftsräume mit Nebenräumen genannt werden, während die Wohnanschrift lediglich bei den zur Identifizierung des Beschuldigten dienenden Angaben zur Person Erwähnung findet.

2. Die erweiternde Auslegung eines bereits vollzogenen Durchsuchungsbeschlusses durch das Beschwerdegericht, wonach entgegen dem Beschlussinhalt weitere Räumlichkeiten erfasst sein sollen, ist mit der Funktion des Richtervorbehalts des Art. 13 Abs. 2 GG, eine vorbeugende Kontrolle zu gewährleisten, nicht vereinbar.

3. Wendet sich ein Beschuldigter gegen die Durchsuchung von Räumlichkeiten, die nach seiner Auffassung von der Durchsuchungsanordnung nicht umfasst sind, so kann er sein – die Art und Weise der Durchsuchung betreffendes – Rechtsschutzziel nicht mit einer Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss, sondern nur über einen Antrag entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO erreichen.

4. Um den mit einer Durchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen messbar und kontrollierbar zu gestalten, muss der Durchsuchungsbeschluss die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist. Nichts anderes gilt für die räumliche Sphäre, in der die Durchsuchung stattfinden soll.

292. BVerfG 2 BvR 107/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Februar 2018 (OLG München)

Auslieferung an die Schweiz zum Zwecke der Strafvollstreckung (Wahrung des unabdingbaren Maßes an Grundrechtsschutz und des völkerrechtlichen Mindeststandards; Eingliederung der Bundesrepublik in die Staatengemeinschaft; kein völliger Gleichlauf der grundrechtlichen Gewährleistungen; unüberwindbares Auslieferungshindernis nur bei Verletzung der unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze; Bindung deutscher Gerichte an Gewährleistungen der EMRK und Entscheidungen des EGMR; Konfrontationsrecht; Verletzung nicht allein durch fehlende Möglichkeit der Befragung eines Belastungszeugen in der Hauptverhandlung; umfassende Betrachtung des Strafverfahrens; Fragerecht der Verteidigung bei Videovernehmung im Ermittlungsverfahren).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Im Auslieferungsverfahren haben die deutschen Gerichte zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze und das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie den nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren. Letzteres gilt insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind.

2. Angesichts der Eingliederung des vom Grundgesetz verfassten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft sind im Rechtshilfeverkehr Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen grundsätzlich auch dann zu achten, wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen. Ein unüberwindbares Hindernis für eine Auslieferung besteht daher nur bei einer Verletzung der unabdingbaren Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung, wie etwa dann, wenn der Schutz des Wesensgehalts der Menschenwürdegarantie nicht mehr gewährleistet ist.

3. Zur Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention. Sind für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einschlägig, so sind die von diesem berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Würdigung einzubeziehen und es hat eine Auseinandersetzung mit den vom Gerichtshof gefundenen Abwägungsergebnissen stattzufinden.

4. Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK gewährleistet unter anderem das Konfrontationsrecht, also das Recht der Verteidigung, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Dem Angeklagten muss die effektive Möglichkeit verschafft werden, einen Zeugen zu befragen und seine Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit in Frage zu stellen.

5. Eine Verletzung des Konfrontationsrechts folgt noch nicht allein daraus, dass eine Belastungszeugin in der Hauptverhandlung nicht konfrontiert werden konnte. Erforderlich ist vielmehr eine umfassende Betrachtung des gesamten Strafverfahrens, in die auch einzubeziehen ist, warum die Zeugin vor Gericht nicht gehört wurde und ob im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit zur Konfrontation der Zeugin bestand.

6. In einem Strafverfahren wegen eines Sexualdelikts ist es im Grundsatz nicht zu beanstanden, dass eine belastende Zeugenaussage lediglich durch Inaugenscheinnahme der Videoaufnahme einer im Ermittlungsverfahren durchgeführten Vernehmung in die Hauptverhandlung eingeführt wird, solange die Verteidigung bei dieser die Möglichkeit hatte, Fragen zu stellen.

293. BVerfG 2 BvR 108/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. März 2018 (OLG Koblenz)

Auslieferung an Weißrussland zum Zwecke der Strafverfolgung (weißrussischer Staatsangehöriger; Anerkennung subsidiären Schutzes in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als gewichtiges Indiz gegen die Zulässigkeit der Auslieferung; Entkräftung durch völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (ausreichende Begründung; Vorlage entscheidungserheblicher Unterlagen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG; § 8 IRG; § 73 IRG; § 4 AsylG

1. Im Auslieferungsverkehr mit einem Drittstaat bindet der Umstand, dass dem Verfolgten in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union subsidiärer Schutz gewährt worden ist und auch gegenwärtig noch gewährt wird, die deutschen Stellen zwar nicht unmittelbar. Er stellt jedoch ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass dem Beschwerdeführer eine Behandlung drohen könnte, die seine Auslieferung unzulässig machen würde.

2. Allerdings können die Gründe, auf denen die Gewährung subsidiären Schutzes beruht, namentlich die Gefahr der Verhängung der Todesstrafe sowie einer menschenrechtswidrigen Behandlung im ersuchenden Staat – hier: Weißrussland –, im Auslieferungsverfahren durch die

Abgabe völkerrechtlich verbindlicher Zusicherungen entkräftet und ausgeräumt werden.

3. Eine Verfassungsbeschwerde genügt in diesem Fall nur den Begründungsanforderungen, wenn neben den weiteren Auslieferungsunterlagen die vom ersuchenden Staat erteilten Zusicherungen vorgelegt oder in ihrem wesentlichen Inhalt wiedergegeben werden.

294. BVerfG 2 BvR 349/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Februar 2018 (OLG Hamm / LG Bochum)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; steigende Begründungsanforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer); einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose (Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten; Konkretisierung von Art und Wahrscheinlichkeit künftig zu erwartender Delikte; Spezifizierung der Delikte nach dem Straftatbestand; Differenzierung zwischen Raub- und Sexualstraftaten; fehlende Erörterung von Umständen des Einzelfalls; über 27 Jahre dauernde Unterbringung; fehlende Gewaltausübung durch den Unterbrachten); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Maßregelvollzug; tiefgreifender Grundrechtseingriff; Substantiiierungsanforderungen; ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Vorlage von Unterlagen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht auch dann fort, wenn der Betroffene zwischenzeitlich aus dem Maßregelvollzug entlassen worden ist.

2. Zur hinreichenden Substantiierung einer Verfassungsbeschwerde sind die entscheidungserheblichen Dokumente grundsätzlich beizufügen oder in einer die verfassungsgerichtliche Prüfung ermöglichenden Weise wiederzugeben. Der Verweis auf die Anlagen einer früheren von demselben Beschwerdeführer erhobenen Verfassungsbeschwerde genügt regelmäßig nicht. Abweichendes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Beschwerdeführer bereits eine stattgebende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erhalten hat, aus der sich der maßgebliche Inhalt der in Bezug genommenen Unterlagen ergibt, so dass es ein verfassungsprozessrechtlich nicht gebotener Formalismus wäre, eine erneute Vorlage der Dokumente zu verlangen.

3. Die Freiheit der Person darf nur aus besonders gewichtigen Gründen und unter strengen formellen Gewährleistungen eingeschränkt werden. Zu diesen wichtigen Gründen gehören in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen

higen Straftäters, von dem infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind, in einem psychiatrischen Krankenhaus.

4. Bei der Entscheidung über die Fortdauer einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Unterbrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die mögliche Gefährdung der Allgemeinheit zur Dauer des erlittenen Freiheitsentzugs in Beziehung zu setzen.

5. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche Art rechtswidriger Taten von dem Unterbrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit und Rückfallfrequenz) und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Dabei ist die von dem Unterbrachten ausgehende Gefahr hinreichend zu konkretisieren; die Art und der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen.

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

7. Es ist zweifelhaft, ob die von einem Unterbrachten ausgehende Gefahr hinreichend konkretisiert ist, wenn das Gericht lediglich von der Gefahr gewalttätiger Übergriffe ausgeht und dabei ausdrücklich offen lässt, ob Raub- oder Sexualstraftaten drohen, wobei die zu erwartenden Straftatbestände zudem nicht näher spezifiziert werden.

8. Eine Gefahrprognose genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn sie sich nicht hinreichend mit den konkreten Umständen des Einzelfalls auseinandersetzt und – trotz entsprechender Hinweise in vorangegangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – erneut übergeht, dass der seit über 27 Jahren im Maßregelvollzug Unterbrachte die bei den Anlasstaten mitgeführten Werkzeuge lediglich zum Zweck der Drohung eingesetzt, niemanden verletzt, bei Gegenwehr regelmäßig die Flucht ergriffen und auch im Maßregelvollzug keine Gewalt ausgeübt hat (Folgeentscheidung zu den Beschlüssen des BVerfG vom 16. Mai 2013 – 2 BvR 2671/11 – [= HRRS 2013 Nr. 493] und vom 11. Juli 2014 – 2 BvR 2848/12 – [= HRRS 2014 Nr. 989]).

9. Die Gefahr künftiger (schwerwiegender) Sexualstraftaten ist nicht hinreichend dargetan, wenn das eingeholte Sachverständigengutachten zwar zu dem Schluss kommt, bei den der Unterbringung zugrunde liegenden Raubdelikten handele es sich in Wahrheit um „verkappte Sexualstraftaten“, wenn das Gericht jedoch übergeht, dass bei dem Unterbrachten nach dem Gutachten Hemmungen bestehen, vorhandene Vergewaltigungsphantasien umzusetzen und dass sich sein Verhalten gegenüber Frauen im Maßregelvollzug zwischenzeitlich zum Positiven gewandelt hat.

295. BVerfG 2 BvR 651/16 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 13. Februar 2018

Ablehnung des Bundesverfassungsrichters Müller wegen Besorgnis der Befangenheit (Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung; vernünftige Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters; Befangenheit nicht allein wegen politischer Betätigung oder Mitwirkung an einem Gesetzgebungsverfahren, sondern nur bei darüber hinausgehenden Umständen; besonderes politisches Engagement).

Art. 94 Abs. 1 GG; § 18 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG; § 18 Abs. 3 BVerfGG; § 19 BVerfGG; § 217 StGB

1. In einem gegen § 217 StGB gerichteten Verfassungsbeschwerdeverfahren ist der Richter des Bundesverfassungsgerichts Müller wegen Besorgnis der Befangenheit von der Mitwirkung ausgeschlossen.

2. Die Besorgnis der Befangenheit eines Bundesverfassungsrichters setzt voraus, dass bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass zu Zweifeln an seiner Unparteilichkeit besteht. Hierfür genügt es nicht, dass der

Richter zuvor Aufgaben der politischen Gestaltung wahrgenommen und sich in diesem Zusammenhang am Wettstreit unterschiedlicher (partei)politischer Auffassungen beteiligt hat.

3. Zweifel an seiner Objektivität können allerdings begründet sein, wenn sich aufdrängt, dass ein innerer Zusammenhang zwischen seiner – mit Engagement geäußerten – politischen Überzeugung und seiner Rechtsauffassung besteht oder wenn frühere Forderungen des Richters nach einer Rechtsänderung in einer konkreten Beziehung zu einem während seiner Amtszeit beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfahren stehen.

4. Wenngleich die bloße Mitwirkung an einem Gesetzgebungsverfahren hierfür nicht ausreicht, ist die Besorgnis der Befangenheit begründet, wenn der Richter als Ministerpräsident den politischen Anstoß für einen mit der angegriffenen Regelung weitgehend deckungsgleichen Gesetzentwurf gegeben, sich für diesen öffentlich besonders engagiert und ihn mit einer dezidiert verfassungsrechtlich argumentierenden Begründung in den Bundesrat eingebracht hatte.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH**I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil****297. BGH 3 StR 315/17 – Urteil vom 16. November 2017 (LG Verden)**

Anforderungen an die Feststellung des Tötungsentsatzes bei Anstiftung zum Inbrandsetzen eines bewohnten Gebäudes (Wissenselement; Willenselement; Gesamtbetrachtung; Naheliegen des Vorsatzes bei in hohem Maße lebensgefährlichen Handlungen; vorsatzkritisches Vertrauen; Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung).

§ 15 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB; § 306c StGB

1. Begeht der Täter eine das Leben Dritter in hohem Maße gefährdende Tat oder veranlasst er eine solche – hier: Inbrandsetzen eines bewohnten Gebäudes –, so liegt es vorbehaltlich etwaiger in eine Gesamtbetrachtung einzustellender gegenläufiger Umstände des Einzelfalls nahe, dass er den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Tuns erkennt und, da er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, den Todeserfolg auch billigend in Kauf nimmt.

2. Kann das Tatgericht auf der Grundlage der gebotenen Gesamtbewertung aller Umstände Zweifel an der subjektiven Tatseite nicht überwinden, so hat das Revisionsgericht dies zwar regelmäßig hinzunehmen, denn die Be-

weiswürdigung ist vom Gesetz dem Tatgericht übertragen (§ 261 StPO). Das Revisionsgericht hat indes zu prüfen, ob die Beweiswürdigung des Tatgerichts mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht oder an die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten überzogene Anforderungen gestellt werden.

3. Schlafende Personen werden eines Brandes in vielen Fällen nicht mehr rechtzeitig gewahr und können insbesondere durch Rauchgasvergiftungen schon an dem Erkennen der ihnen drohenden Gefahr oder zumindest an erfolgsversprechenden Bemühungen, sich selbst in Sicherheit zu bringen, gehindert werden. Damit muss sich das Tatgericht regelmäßig auseinandersetzen, sofern bei einem Angeklagten, der das Inbrandsetzen eines Hauses veranlasst und dabei für möglich hält, dass sich darin schlafende Personen befinden, ein vorsatzkritisches Vertrauen auf die Rettung der schlafenden Personen bejaht wird. Fehlt eine solche Auseinandersetzung, kann dies einen revisiblen Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung begründen.

339. BGH 1 StR 496/16 – Urteil vom 10. Oktober 2017 (LG Ulm)

Täterschaft (Mittäterschaft: Maßstab, Strafbarkeit wegen Unterlassens in Anwendung des Zweifelssatzes).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 13 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Mittäter, 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. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den von seiner Vorstellung umfassten gesamten Umständen in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.

2. In Fällen, in denen nicht geklärt werden kann, wer von beiden Elternteilen die Misshandlung zum Nachteil des gemeinsamen Kindes vorgenommen hat, kommt in Anwendung des Zweifelssatzes eine Strafbarkeit wegen Unterlassens in Betracht. Dies gilt auch für den nicht leiblichen Elternteil, der eine Stellung als Beschützergarant tatsächlich übernommen hatte.

3. Eine solche Beschützergarantenstellung kann nicht allein auf die Kenntnis von früheren Misshandlungen gestützt werden. Die Handlungspflicht existierte nur, falls die früheren Misshandlungen durch den jeweils anderen Angeklagten begangen worden wären. In diesem Fall hätte der nicht aktiv handelnde Angeklagte bereits im Vorfeld der neuerlichen Gewalttat geeignete Maßnahmen ergreifen müssen, um weitere drohende Übergriffe von dem Kind abzuwenden.

322. BGH 2 StR 171/17 – Urteil vom 7. Februar 2018 (LG Limburg)

Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung von beendeten und unbeendetem Versuch; Rücktritt vom beendeten Versuch, wenn der Erfolg ohne Zutun des Täters ausbleibt: Voraussetzungen bei gefährdeten Menschenleben).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Bleibt der Erfolg ohne Zutun des Täters aus, kommt ein strafbefreiender Rücktritt bei einem beendeten Versuch nur in Betracht, wenn der Täter sich freiwillig und ernsthaft bemüht hat, die Vollendung zu verhindern (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB). Danach ist für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch erforderlich, dass der Täter das Rettungsmittel einsetzt, das er selbst für am besten geeignet hält, um die Tatvollendung zu verhindern (vgl. BGH NStZ 2012, 28, 29). Er muss nach seiner Vorstellung eine neue Kausalkette in Gang setzen, die für die Nichtvollendung zumindest mitursächlich wird (vgl. BGHSt 33, 295, 301).

2. Der Täter muss alles, was in seiner Kraft steht und was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, unternehmen. Stehen Menschenleben auf dem Spiel, sind hohe Anforderungen zu stellen. In diesem Fall muss sich der Täter um die bestmögliche Maß-

nahme für die Erfolgsabwendung bemühen (vgl. BGHSt 33, 295, 301 f.).

309. BGH 5 StR 347/17 – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Braunschweig)

Anwendung des Zweifelssatzes bei der Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch (fehlende Vorstellungen des Angeklagten in Bezug auf den Erfolgseintritt; gedankliche Indifferenz gegenüber dem Erfolgseintritt; eigenständige Feststellung; Rücktrittshorizont).

§ 24 StGB

1. Bei der Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch verbietet es der Grundsatz in dubio pro reo in Fällen, in denen Vorstellungen des Angeklagten in Bezug auf den Erfolgseintritt nicht festgestellt werden können, auf deren Fehlen – und damit auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines beendeten Versuchs – zu schließen.

2. Die zum beendeten Versuch führende gedankliche Indifferenz des Täters gegenüber den von ihm bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Konsequenzen ist eine innere Tatsache, die festgestellt werden muss, wozu es in der Regel einer zusammenfassenden Würdigung aller maßgeblichen objektiven Umstände bedarf.

336. BGH 1 StR 56/17 – Urteil vom 19. Dezember 2017 (LG Koblenz)

Beihilfe (Strafbarkeit berufstypischer Handlungen: objektive und subjektive Anforderungen; zeitlicher Zusammenhang zwischen Hilfeleistung und Haupttat); Steuerhinterziehung (Ermittlungs- und Darlegungsanforderungen an das Tatgericht, keine geringeren Anforderungen bei ausländischen Steuern; Prüfung des Vorliegens eines besonders schweren Falles bei jedem Beteiligten).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 und 3 AO

1. Strafbare Beihilfe ist die vorsätzliche Hilfeleistung zu einer vorsätzlich begangenen Straftat eines anderen. Hilfeleistung in diesem Sinn stellt jede Handlung dar, die die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss. Die Hilfeleistung muss auch nicht zur Ausführung der Tat selbst geleistet werden, es genügt die Unterstützung bei einer vorbereitenden Handlung. Das kann auch durch äußerlich neutrale Handlungen geschehen.

2. Gehilfenvorsatz liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern; Einzelheiten der Haupttat braucht er nicht zu kennen. Ob der Gehilfe den Erfolg der Haupttat wünscht oder ihn lieber vermeiden würde, ist nicht entscheidend. Es reicht, dass die Hilfe an sich geeignet ist, die fremde Haupttat zu fördern oder zu erleichtern, und der Hilfeleistende dies weiß.

3. Auch berufstypische Handlungen können eine strafbare Beihilfe darstellen. Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral; denn nahezu jede Handlung kann in einen strafbaren

Kontext gestellt werden. Es ist jedoch anerkannt, dass nicht jede Handlung, die sich im Ergebnis tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden kann. Vielmehr bedarf es in Fällen, die sog. neutrale Handlungen betreffen, einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall.

4. Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen; es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.

5. Die Tatsache, dass die Beihilfehandlungen des Angeklagten erhebliche Zeit vor den Haupttaten lagen, steht ihrer tatsächlichen Förderung nicht entgegen. Es ist ausreichend, dass ein Gehilfe die Haupttat im Vorbereitungsstadium fördert, solange die Teilnehmershandlung mit dem Willen und dem Bewusstsein geleistet wird, die Haupttat zu fördern.

6. Die Ermittlung und Darlegung der Besteuerungsgrundlagen, die Anwendung steuerrechtlicher Vorschriften auf den festgestellten Sachverhalt und die auf den Besteuerungsgrundlagen aufbauende Berechnungsdarstellung ist Rechtsanwendung, die dem Tatrichter obliegt. Bei der Darlegung der Höhe der hinterzogenen Steuern sind in den Urteilsgründen die Berechnungsgrundlagen und die Berechnungen im Einzelnen wiederzugeben. Es genügt in der Regel nicht, lediglich die Summe der verkürzten Steuern anzugeben. Besonderheiten, die ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht gegeben. Für die Berechnung ausländischer Steuern gelten keine geringeren Anforderungen.

7. Das Urteil muss auch zweifelsfrei erkennen lassen, dass das Tatgericht eine eigenständige Steuerberechnung als ihm obliegende Rechtsanwendung durchgeführt hat. Es ist dabei zwar nicht gehindert, sich Steuerberechnungen von Beamten der Finanzverwaltung oder Sachverständigen anzuschließen. Unzureichend ist es allerdings, lediglich auf Gutachten von Sachverständigen oder auf Steuerbescheide zu verweisen, und Ermittlungsergebnisse oder Aussagen, die Finanzbeamte als Zeugen oder Sachverständige in der Hauptverhandlung zur Behandlung steuerlicher Fragen gemacht haben, lediglich wiederzugeben.

8. Es ist rechtsfehlerhaft, bei der Annahme eines besonders schweren Falls allein an das vom Haupttäter verwirklichte Regelbeispiel der Steuerverkürzung in großem Ausmaß anzuknüpfen; denn bei mehreren Tatbeteiligten ist für jeden von ihnen gesondert zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders schweren Falls erfüllt sind. Das Ergebnis richtet sich – wenn auch unter Berücksichtigung der Tat des oder der anderen Beteiligten – jeweils nach dem Tatbeitrag und der Person des Teilnehmers, dessen Strafe zugemessen werden soll. Für die Bewertung der Tat des Gehilfen und des zugrunde zu legenden Strafrahmens ist somit entscheidend, ob sich die Beihilfe selbst – bei Berücksichtigung des Gewichts der Haupttat – als besonders schwerer Fall darstellt.

298. BGH 3 StR 344/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Duisburg)

Betrug (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe; keine Mittäterschaft bei untergeordneten Unterstützungsmaßnahmen; fehlende Feststellungen zu konkreten Einnahmequellen bei der Annahme von gewerbsmäßigem Handeln; keine Mittäterschaft nach Beendigung der Tat).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 1 / Abs. 3 Nr. 1 StGB

Werden Betrugstaten begangen, indem mittels gefälschter Rechnungen und Überweisungen Gelder auf von den Tätern kontrollierte Zielkonten transferiert werden, handelt es sich regelmäßig um Beihilfe (und nicht um Mittäterschaft), wenn lediglich Passfotos für Passfälschungen zur Verfügung gestellt und gefälschte Kreditkarten bei der Bank unter Leistung einer Unterschrift abgeholt werden.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

319. BGH 1 StR 625/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG München I)

BGHR; sexueller Missbrauch Schutzbefohlener (Vorliegen einer lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft: erforderliche Gesamtbetrachtung, mögliches Vorliegen auch, wenn die Partner lediglich an Wochenenden gemeinsam wohnen); Deutsch als Urteilssprache (kein

Verstoß durch einzelne fremdsprachliche Begriffe im Urteilstext).

§ 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 184 GVG

1. Eine lebenspartnerschaftsähnliche Gemeinschaft i.S.v. § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist eine Lebensgemeinschaft von zwei Personen, die auf Dauer angelegt ist, keine weitere

Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen und damit über die Beziehung einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen. (BGHR)

2. Eine solche kann im Einzelfall auch dann vorliegen, wenn die Partner lediglich an Wochenenden gemeinsam wohnen. (BGHR)

3. Das Vorliegen der genannten Voraussetzungen lässt sich im Rahmen einer Gesamtwürdigung der für und gegen eine derartige Gemeinschaft sprechenden Indizien erkennen. Von indizieller Bedeutung ist insbesondere die Dauer des partnerschaftlichen Zusammenlebens, die Betreuung von Kindern im gemeinsamen Haushalt, von beiden Partnern eingegangene Verpflichtungen oder das Bestehen von Verfügungsbefugnissen über Einkommen und Vermögen des Partners. Auch geschlechtliche Beziehungen sind ein wichtiges Indiz für solche Gemeinschaften, auch wenn das Vorliegen sexuellen Kontakts nicht deren notwendige Voraussetzung ist. (Bearbeiter)

4. Das aus § 184 GVG folgende Gebot, Urteile in deutscher Sprache sowie in verständlicher Form abzufassen, ist auch bei Verwendung einzelner fremdsprachlicher Begriffe nicht verletzt, solange das Urteil wegen der Verwendung fremdsprachlicher Begriffe noch die durch § 267 StPO vorgegebenen Inhalte in einer nachvollziehbaren Weise darstellt (vgl. BGH NStZ 2012, 523, 525 Rn. 32 ff.). (Bearbeiter)

308. BGH 5 StR 267/17 (alt: 5 StR 504/15) – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Dresden)

Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei mit dem Einverständnis des Opfers begangenen Mord (handlungsleitende Tötungsmotivation; Abgrenzung zur Tötung auf Verlangen; Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Rechtsfolgenlösung; außergewöhnliche, gesetzlichen Milderungsgründen vergleichbare Entlastungsfaktoren; regelmäßig keine strafmildernde Wirkung des Einverständnisses beim Mord; absoluter Lebensschutz; Kannibalismus).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 216 StGB

1. Eine Übertragung der Grundsätze der im Kontext des Heimtückemerkmals (§ 211 StGB) entwickelten sog. „Rechtsfolgenlösung“ auf andere Mordmerkmale – hier: Befriedigung des Geschlechtstriebs und Ermöglichungsabsicht – ist weder von Verfassungs wegen noch einfachgesetzlich ohne Weiteres geboten. Dies kommt allenfalls in Betracht, wenn außergewöhnliche, in ihrer Gewichtung gesetzlichen Milderungsgründen vergleichbare Entlastungsfaktoren vorliegen, aufgrund derer die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre.

2. Die Anwendbarkeit von § 216 StGB setzt voraus, dass das Tötungsverlangen des Opfers für den Täter handlungsleitend ist. Daran fehlt es regelmäßig, wo das Einverständnis des Opfers aus der Sicht des Täters zwar Voraussetzung für die Tat ist, bei der Tötung aber letztlich gleichwohl andere Motive im Vordergrund stehen.

3. Die Einwilligung des Opfers erlangt bei der vorsätzlichen Tötung eines Menschen nur unter den engen Voraussetzungen des § 216 StGB Bedeutung dahingehend, dass sie die Tat in einem milderen Licht erscheinen lässt. Denn das menschliche Leben steht in der Werteordnung des Grundgesetzes – ohne zulässige Relativierung – an oberster Stelle der zu schützenden Rechtsgüter, wodurch u.a. die sich aus § 216 StGB ergebene Einwilligungssperre legitimiert wird. Ein Absehen von der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei einer Verurteilung wegen Mordes kommt unter alleiniger Berufung auf die Einwilligung des Opfers daher regelmäßig nicht in Betracht.

364. BGH 4 StR 506/17 – Urteil vom 15. Februar 2018 (LG Arnsberg)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Begriff des Führers eines Kraftfahrzeuges; Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs: objektive und subjektive Anforderungen); Konkurrenzen (Körperverletzung und Raub); besondere gesetzliche Milderungsgründe (keine Berücksichtigung von ausländischen Folgen einer Verurteilung); schwerer Raub (Definition des gefährlichen Werkzeugs).

§ 49 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 316a Abs. 1 StGB; § 53 AufenthG

1. Der Fahrer gilt als Führer eines Kraftfahrzeuges im Sinne des § 316a StGB, solange er sich in dem Fahrzeug aufhält und mit dessen Betrieb oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.

2. Die Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs im Sinne dieses Tatbestandes setzt voraus, dass der tatbestandsmäßige Angriff gegen das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird.

a) In objektiver Hinsicht ist dies der Fall, wenn der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deswegen leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann. Befindet sich das Fahrzeug beim Verüben des Angriffs in Bewegung, liegt diese Voraussetzung regelmäßig vor, weil dem Führer eines sich fortbewegenden Kraftfahrzeugs die Gegenwehr infolge der Beanspruchung durch das Lenken des Fahrzeugs und der damit verbundenen Konzentration auf die Verkehrslage und die Fahrzeugbedienung erschwert ist.

b) Subjektiv ist ausreichend, dass sich der Täter – entsprechend dem Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke nach § 211 Abs. 2 StGB – in tatsächlicher Hinsicht der die Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers einschränkenden besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs bewusst ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass er eine solche Erleichterung seines Angriffs zur ursächlichen Bedingung seines Handelns macht.

3. Bei einem nicht verkehrsbedingten Halt müssen neben der Tatsache, dass der Motor des Kraftfahrzeugs noch läuft, weitere verkehrsspezifische Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass das Tatopfer als Kraftfahr-

zeugführer beim Verüben des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung des Kraftfahrzeugs oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt war, dass es gerade deshalb leichter Opfer des räuberischen Angriffs wurde und der Täter dies für seine Tat ausnutzte. Diese Voraussetzungen liegen insbesondere vor, wenn der Fahrer das Automatikgetriebe auf Dauerbetrieb belässt und mit dem Fuß auf der Bremse bleibt, um das Weiterrollen des Fahrzeugs zu verhindern, oder wenn sich das Fahrzeug nach dem Anhalten mit laufendem Motor während der heftigen Gegenwehr seines angegriffenen Führers plötzlich in Bewegung setzt.

4. Auch wenn die Körperverletzung Mittel der Gewaltanwendung ist, wird sie nicht vom Tatbestand des (schweren) Raubes umfasst, da nicht jede Gewalt im Sinne des Tatbestandes des Raubes zugleich den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt.

5. Ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich keine bestimmenden Strafmilderungsgründe. Dies war bereits zur früheren ausländerrechtlichen Rechtslage auch für die damals vorgesehene zwingende Ausweisung anerkannt und gilt vor dem Hintergrund der nunmehr geltenden Regelung, nach der bei einer Ausweisungsentscheidung generell eine Abwägung zwischen Ausweisungsinteresse und Bleibeinteresse vorzunehmen ist, umso mehr. Eine andere strafzumessungsrechtliche Bewertung ist nur gerechtfertigt, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, welche die Beendigung des Aufenthalts im Inland als besondere Härte erscheinen lassen.

6. Die erhöhte Strafandrohung beim Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des Tatbestandes des schweren Raubes rechtfertigt sich aus der Gefahr der Realisierung der objektiven Gefährlichkeit im Falle einer Eskalation. Der Schuldgehalt wird nicht durch die Herkunft und den originären Bestimmungszweck des eingesetzten Gegenstandes bestimmt, sondern durch dessen objektive Gefährlichkeit.

299. BGH 3 StR 378/17 – Urteil vom 11. Januar 2018 (LG Stade)

Mittelbare Falschbeurkundung; Falschbeurkundung im Amt (Reichweite der spezifischen Beweiskraft öffentlicher Urkunden; öffentlicher Glaube; Maßgeblichkeit allgemeiner Rechtsvorschriften; Anschauungen des Rechtsverkehrs; keine Berücksichtigung von Verwaltungsinterna; Verwaltungsvorschriften).
§ 271 StGB; § 348 StGB

1. Welche Urkunden als öffentliche Urkunden gelten, ist auch für das Strafrecht im Ausgangspunkt in § 415 Abs. 1 ZPO bestimmt. Der strafrechtliche Begriff erfordert jedoch darüber hinaus eine erhöhte Beweiskraft. Die öffentliche Urkunde muss für den Verkehr nach außen bestimmt sein und dem Zweck dienen, volle Beweiswirkung für und gegen jedermann zu erbringen. Nur soweit dieser öffentliche Glaube reicht, können Falschangaben strafbewehrt sein.

2. Die inhaltliche Reichweite der erhöhten Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde ist – unter Beachtung der Anschauung des Rechtsverkehrs – den Vorschriften zu entnehmen, die für die Errichtung und den Zweck der Urkunde maßgeblich sind. Die spezifische Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde kann somit nicht losgelöst von der Rechtsgrundlage allein aus der Verkehrsanschauung ergeben oder ausschließlich mit dem Beurkundungsinhalt, dem Beurkundungsvorgang und den tatsächlichen Prüfungsmöglichkeiten der Behörde begründet werden.

3. Als für die Ermittlung einer spezifischen Beweiswirkung für und gegen jedermann relevante Rechtsvorschriften kommen prinzipiell allgemeinverbindliche Gesetze in einem materiellen Sinne (Gesetze, Verordnungen, Satzungen) in Betracht, nicht dagegen Verwaltungsinterna (hier: E-Mails mit schlichten Hinweisen auf die Einführung bestimmter Beurkundungsverfahren). Verwaltungsvorschriften können ausnahmsweise Berücksichtigung finden, wenn mit ihnen die gesetzliche Grundlage ausgestaltet und präzisiert wird.

329. BGH 4 StR 361/17 – Urteil vom 15. Februar 2018 (LG Halle)

Verdeckungsmord (Verdeckungsabsicht bei Eventualvorsatz); Eventualvorsatz (erforderliche Darstellung im Urteil: umfassende Gesamtschau aller Tatumstände).
§ 211 StGB; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Verdeckungsabsicht und bedingter Tötungsvorsatz schließen einander nicht grundsätzlich aus, sondern können auch zusammen bestehen (vgl. BGHSt 41, 358, 360). Dies kann der Fall sein, wenn die maßgebliche Handlung vom Täter vorgenommen oder eine gebotene Handlung von ihm unterlassen wird, um eine vorangegangene Straftat zu verdecken, dieser Erfolg nach seinem Vorstellungsbild aber auch ohne den Eintritt des für möglich gehaltenen und billigend in Kauf genommenen Todeserfolges bewirkt wird, der bedingt vorsätzlich herbeigeführte Tod des Opfers mithin keine verdeckungs-spezifische Funktion aufweist.

2. So ist Verdeckungsabsicht etwa anzunehmen, wenn der Täter durch Vornahme seiner Verdeckungshandlung vorsätzlich eine Person zu Tode bringt, von der ihm – wie er weiß – überhaupt keine Entdeckung droht (vgl. BGHSt 41, 358, 360). Geht der Täter dagegen davon aus, dass nur der Tod des Opfers zur Vortatverdeckung führt, können Verdeckungsabsicht und lediglich bedingter Tötungsvorsatz nicht nebeneinander angenommen werden. Hiervon wird in der Regel auszugehen sein, wenn das Opfer den Täter kennt und er deshalb befürchtet, durch dessen Angaben überführt zu werden, falls es überlebt (vgl. BGH NJW 1988, 2682).

3. Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit

der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung sowie seine Motivation und die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 79, 80 mwN).

4. Diese individuelle Gesamtschau sämtlicher objektiven und subjektiven, für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände des Einzelfalles ist insbesondere dann erforderlich, wenn der Tatrichter allein oder im Wesentlichen aus äußeren Umständen auf die innere Einstellung eines Angeklagten zur Tat schließen muss (vgl. BGH NJW 2006, 386 f.). Sie ist lückenhaft, wenn der Tatrichter sich mit wesentlichen, den Angeklagten be- oder entlastenden Umständen nicht auseinandersetzt, die für die subjektive Tatseite bedeutsam sind.

327. BGH 2 StR 527/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Darmstadt)

Unterschlagung (Subsidiarität gegenüber Nicht-Zueignungsdelikten: Vergewaltigung, Körperverletzung).

§ 246 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 6 StGB; § 223 Abs. 1 StGB

Dass es sich bei Vergewaltigung und der gefährlichen Körperverletzung nicht um Zueignungsdelikte handelt, steht der Subsidiarität des Unterschlagungsstatbestands nicht entgegen (vgl. BGHSt 47, 243, 244).

341. BGH 2 StR 65/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Frankfurt am Main)

Schwerer Raub (narkotisierende Mittel sind kein gefährliches Werkzeug).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Ein narkotisierendes Mittel ist – selbst wenn es zu einer vorübergehenden Bewusstlosigkeit führt – kein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

313. BGH GSSt 3/17 – Beschluss vom 24. Juli 2017 (LG Osnabrück)

BGHSt; tatrichterliche Ermessensentscheidung über Strafrahmenschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit (Versagung der Strafrahmensmilderung allein aufgrund selbstverschuldeten Sichberauschens; keine vorhersehbare Erhöhung des Risikos zur Begehung von Straftaten erforderlich; abstraktes Risiko des Alkoholmissbrauchs; allgemeiner Erfahrungssatz; Erhöhung des Handlungsunrechts; tatschuldrelevantes Merkmal; Schuld minderungsrund mit anknüpfender Strafzumessungsregel; fakultative Strafrahmensmilderung; Kompensation durch schulderhöhende Umstände; für die Tatschuld relevante Umstände des Einzelfalles; Ermessensausübung; eingeschränkte Überprüfung in der Revision).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Im Rahmen der bei der tatgerichtlichen Ermessensentscheidung über die Strafrahmenschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gebotenen Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände kann eine selbstverschuldete Trunkenheit die Versagung der Strafrahmensmilderung tragen, auch wenn eine vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalles nicht festgestellt ist. (BGHSt)

2. Durch den Alkoholmissbrauch versetzt sich der Sich-Betrinkende in einen Zustand, der durch Enthemmung, Verminderung von Einsichts- und Urteilsvermögen sowie Verschlechterung von Körperbeherrschung und Reakti-

onsfähigkeit gekennzeichnet ist. Davon, dass Alkoholkonsum eine solche enthemmende Wirkung hat, geht auch § 21 StGB aus; andernfalls könnte die akute Alkohollintoxikation nicht als krankhafte seelische Störung zu einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit führen. Vor diesem Hintergrund wird in der Rechtsprechung regelmäßig im Sinne eines allgemeinkundigen Erfahrungssatzes gefolgert, dass eine alkoholische Berausung generell das Risiko strafbaren Verhaltens, insbesondere im Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte erhöht. (Bearbeiter)

3. Das so beschriebene dem Alkoholkonsum selbst innewohnende Risiko zählt zum Allgemeinwissen. Es ist selbst Menschen von geringer Lebenserfahrung in aller Regel bekannt. Der Alkoholkonsum stellt somit für jedermann erkennbar eine abstrakte Gefahr für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter dar, die sich, falls der Sich-Betrinkende eine rechtswidrige Tat begeht, in der konkreten Rechtsgutsgefährdung oder Rechtsgutsverletzung realisiert. Geht jemand dieses allgemeinkundige Risiko einer Alkohollintoxikation vorwerfbar ein, sind bereits allein dadurch das Handlungsunrecht seiner im Zustand der erheblich verminderten Schuldfähigkeit begangenen Tat sowie die Tatschuld signifikant erhöht. (Bearbeiter)

4. Dass es sich bei dem selbstverantwortlichen Sich-Betrinken um ein tatschuldrelevantes Merkmal handelt, entspricht den Regelungen des § 323a StGB und des § 122 OWiG zugrundeliegenden Wertungen. Die Vorschriften lassen Rückschlüsse auf die vom Gesetzgeber vorgenommene Beurteilung zu, dass es sich bei dem

schuldhaft herbeigeführten Rausch nicht um eine sozialadäquate, wertneutrale Erscheinung handelt, sondern dass ihm als offenkundigem Gefahrenherd ein Unwert anhaftet, der geeignet ist, das Ob und das Wie strafrechtlicher Sanktionen zu bestimmen. (Bearbeiter)

5. Bei § 21 StGB handelt es sich um einen Schuldmindeungsgrund, an den eine Strafzumessungsregel anknüpft. Der vermindert schuldfähige Täter ist für seine Tat verantwortlich und wird deshalb für sie bestraft. Mit der Möglichkeit der Strafmilderung trägt § 21 StGB indes der Tatsache Rechnung, dass normabweichende psychologische Zustandsbilder es einem Schuldfähigen erheblich schwerer machen können, sich normgerecht zu verhalten, weswegen die vom Gesetz für den Regelfall vorgesehene Strafe möglicherweise das schuldangemessene Strafmaß übersteigt. (Bearbeiter)

6. Der Schuldgehalt der Tat bestimmt sich allerdings nicht allein nach dem Grad der Schuldfähigkeit des Täters, sondern nach den gesamten für die Tatschuld relevanten Umständen des Einzelfalls. Es ist möglich, dass die Tat trotz verminderter Schuldfähigkeit des Täters ihrem Schuldgehalt nach immer noch schwerer wiegt als der denkbar leichteste Regelfall, der dem Gesetzgeber bei der Bestimmung der Regelstrafdrohung eines Delikts vorgeschwebt hat. Dem trägt die Vorschrift des § 21 StGB Rechnung, indem sie lediglich eine fakultative Strafmilderung vorsieht. Denn die verminderte Schuldfähigkeit verringert die Tatschuld nicht in allen Fällen so stark, dass der weniger gewichtige Schuldgehalt im Normalstrafrahmen nicht zutreffend erfasst werden kann. (Bearbeiter)

7. Über die fakultative Strafrahmenschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB entscheidet das Tatgericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auf Grund einer Gesamtwürdigung der im Einzelfall bedeutsamen Umstände. Dabei folgt aus dem für die Regelung des § 21 StGB wesentlichen Schuldprinzip auch, dass die tatgerichtliche Ermessensentscheidung, ob eine Strafmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen oder zu versagen ist, nach dem Schuldgehalt der Tat, also unter Berücksichtigung aller schuldrelevanten Umstände des Einzelfalls, zu treffen ist. Präventiven Erwägungen kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. (Bearbeiter)

8. Im Rahmen der Ermessensausübung ist im Ausgangspunkt Bedacht darauf zu nehmen, dass auf Grund der erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit der Schuldgehalt der Tat in aller Regel verringert ist. Um dem Prinzip zu genügen, dass die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf, erfordert die Versagung einer Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB schulderhöhende Umstände, die diese Schuldmindeung kompensieren. (Bearbeiter)

9. Die Wertungen des Tatgerichts, insbesondere die Gewichtung der für und gegen eine Strafrahmenschiebung sprechenden Umstände des Einzelfalls, sind in der Revisionsinstanz allein auf Rechtsfehler zu überprüfen. Hat es die für die Beurteilung wesentlichen tatsächlichen Grundlagen hinreichend ermittelt und berücksichtigt, so kann das Revisionsgericht nur beanstanden, dass es ge-

setzlich vorgegebene Wertungsmaßstäbe missachtet oder eine gerechtem Schuldausgleich nicht mehr entsprechende Strafe verhängt hat. (Bearbeiter)

302. BGH 3 StR 515/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Düsseldorf)

Umfang der gesamtschuldnerischen Haftung für Schmerzensgeld bei mittäterschaftlich begangener Körperverletzung (wechselseitige Zurechnung; gemeinsamer Tatplan; Exzess; Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes bei vorsätzlicher Körperverletzung).
§ 224 StGB; § 840 BGB

Der Umfang der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 840 Abs. 1 BGB richtet sich prinzipiell nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Die wechselseitige Zurechnung der einzelnen Tatbeiträge reicht daher nicht weiter als der gemeinsame Vorsatz und scheidet aus, soweit einer der Mittäter im Exzess Handlungen begeht, die vom gemeinsamen Tatplan und dem Vorsatz der anderen nicht gedeckt sind. Auch die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes bei vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

368. BGH 4 StR 648/17 – Beschluss vom 14. Februar 2018 (LG Münster)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Voraussetzungen einer Einziehungsanordnung).
§ 73 Abs. 1 nF StGB

Einziehen ist grundsätzlich jeder Vermögenswert („etwas“, den der Täter oder Teilnehmer „durch“ oder „für“ eine rechtswidrige Tat (= Erwerbstat) „erlangt“ hat. „Durch“ die rechtswidrige Tat sind Vermögenswerte erlangt, die dem Täter oder Teilnehmer aufgrund bzw. unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatbestands zufließen. „Für die Tat“ sind Vorteile erlangt, wenn sie dem Beteiligten als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden („Lohn“), jedoch nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen.

360. BGH 4 StR 351/17 – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (LG Hagen)

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung weiterer noch nicht abgeurteilter Straftaten).
§ 46 Abs. 1 StGB

Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässig, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, dass der Angeklagte noch weitere nicht abgeurteilte Straftaten begangen hat; dies gilt allerdings nur, wenn diese Taten prozessordnungsgemäß und so bestimmt festgestellt sind, dass sie in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt abzuschätzen sind und eine unzulässige strafscharfende Berücksichtigung des bloßen Verdachts der Begehung weiterer Straftaten ausgeschlossen werden kann.

365. BGH 4 StR 529/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Essen)

Grundsätze der Strafzumessung (Gewichtung einer wahrheitswidrigen Notwehrbehauptung als prozessuales Verteidigungsverhalten).
§ 32 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es einem Angeklagten grundsätzlich nicht verwehrt, sich mit der Behauptung zu verteidigen, er habe in Notwehr gehandelt. Soweit damit Anschuldigungen gegen eine andere Person verbunden sind, werden die Grenzen eines zulässigen Verteidigungsverhaltens dadurch nicht überschritten.

2. Eine wahrheitswidrige Notwehrbehauptung kann erst dann straferschwerend gewertet werden, wenn Umstände hinzukommen, nach denen sich dieses Verteidigungsverhalten als Ausdruck einer zu missbilligenden Einstellung darstellt.

304. BGH 3 StR 586/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Wuppertal)

Rechtsfehler bei der Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Doppelverwertungsverbot; in-den-Verkehr-Gelangen der Betäubungsmittel; Art und Gefährlichkeit des Rauschgifts; mittlere Gefährlichkeit von Amphetamin; „weiche“ Drogen).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

1. Es begründet regelmäßig einen Verstoß gegen das in § 46 Abs. 3 StGB geregelte Doppelverwertungsverbot, wenn bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten gewertet wird, dass die gehandelten Betäubungsmittel in den Verkehr gelangt sind. Denn das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln umfasst typischerweise deren Verkauf an andere Personen und damit auch, dass die Betäubungsmittel in den Verkehr geraten.

2. Der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit kommt im Rahmen der Strafzumessung grundsätzlich eine eigenständige Bedeutung zu. Dabei besteht ein für die Strafzumessung maßgebliches Stufenverhältnis von so genannten harten Drogen wie Heroin oder Kokain über Amphetamin, das auf der Gefährlichkeitsskala einen mittleren Platz einnimmt, bis hin zu so genannten wei-

chen Drogen wie Cannabis. Daran gemessen ist es verfehlt, dem Umstand, dass es sich bei Amphetamin nicht um eine weiche Droge handelt, strafscharfendes Gewicht beizumessen.

331. BGH 4 StR 585/17 – Beschluss vom 13. Februar 2018 (LG Konstanz)

Bildung einer Gesamtstrafe (erforderliche Strafzumessungsüberlegungen: Darstellung im Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 54 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Die Gesamtstrafenbildung nach § 54 Abs. 1 StGB ist ein eigenständiger Zumessungsakt, bei dem vor allem das Verhältnis der einzelnen Taten zueinander, ihre größere oder geringere Selbstständigkeit, die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweisen sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen sind. Zu ihrer Begründung braucht der Tatrichter nach § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO nur die bestimmenden Zumessungsgründe im Urteil darzulegen. In einfach gelagerten Fällen bedarf es dabei nur weniger Hinweise; eine Bezugnahme auf bei der Bildung der Einzelstrafen abgehandelte Gesichtspunkte ist grundsätzlich zulässig (st. Rspr.).

2. Da der Summe der Einzelstrafen bei der Bestimmung der Gesamtstrafe zumeist nur ein geringes Gewicht zukommt, ist eine nähere Begründung aber erforderlich, wenn sich die Gesamtstrafe der durch § 54 Abs. 2 Satz 1 StGB bestimmten Obergrenze des Strafrahmens annähert und sich die Gründe hierfür nicht von selbst aus den Feststellungen ergeben (st. Rspr.). Fehlt es in einem solchen Fall an einer näheren Begründung, ist die Besorgnis gerechtfertigt, dass sich der Tatrichter bei der Bemessung der Gesamtstrafe nicht an den hierfür maßgeblichen Kriterien, sondern – rechtsfehlerhaft – an der Summe der Einzelstrafen orientiert hat.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

344. BGH 2 StR 252/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Darmstadt)

BGHSt; Ruhen der Verjährung (Hemmungswirkung eines Prozessurteils; Beschränkung auf das konkrete Verfahren).

§ 78b Abs. 3 StGB

1. Zwar wird der Ablauf der Verjährungsfrist durch ein auf Einstellung des Verfahrens wegen örtlicher Unzuständigkeit lautendes Prozessurteil gehemmt (§ 78b Abs. 3 StGB). Die Wirkung des § 78b Abs. 3 StGB endet jedoch mit Eintritt der Rechtskraft des Prozessurteils und dem dadurch bewirkten Abschluss des Verfahrens (Fort-

führung von BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1983 – 1 StR 821/83, BGHSt 32, 209). (BGHSt)

2. Bei Fortführung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft ist die Verjährungsfrist so zu berechnen, als wäre ihr Ablauf nicht gehemmt gewesen. (BGHSt)

3. Die mit § 78b Abs. 3 StGB bewirkte Ablaufhemmung der Verjährung knüpft nicht an ein verurteilendes Erkenntnis an; sie ist vielmehr jedem, also auch dem auf Freispruch oder auf Einstellung des Verfahrens lautenden Urteil beigelegt. Die Ablaufhemmung des § 78b Abs. 3 StGB wird deshalb nicht nur durch ein Sachurteil, son-

dem auch durch ein Prozessurteil bewirkt. Darüber hinaus ist eine Tat selbst dann Gegenstand „des Verfahrens“ im Sinne des § 78b Abs. 3 StGB, wenn ein Gericht lediglich irrig davon ausgegangen ist, dass die abgeurteilte Tat von der Anklage umfasst wäre. (Bearbeiter)

4. Die verjährungshemmende Wirkung des § 78b Abs. 3 StGB wird auch durch ein Einstellungsurteil ausgelöst, das das Verfahren zwar förmlich beendet, aber die Strafklage nicht verbraucht. Verjährungshemmende Wirkung kommt daher auch dem auf Verfahrenseinstellung wegen fehlender Anklageschrift, fehlendem Eröffnungsbeschluss oder wegen Verjährung lautenden Urteil zu. (Bearbeiter)

5. Die verjährungshemmende Wirkung eines Prozessurteils, das die Strafklage nicht verbraucht, wirkt nach dem durch die Rechtskraft bewirkten Abschluss des gerichtlichen Verfahrens hinaus nicht fort. Die verjährungshemmende Wirkung des § 78b Abs. 3 StGB ist auf „das Verfahren“ bezogen, in dem das erstinstanzliche Urteil ergeht. Endet die Rechtshängigkeit dieses Verfahrens, so endet damit auch die verjährungshemmende Wirkung des erstinstanzlichen Urteils. (Bearbeiter)

6. Die Hemmungswirkung des § 78b Abs. 3 StGB ist auf das konkrete gerichtliche Verfahren beschränkt, in dem das erstinstanzliche Prozessurteil ergeht. Bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens ist der Eintritt der Verfolgungsverjährung gehemmt. Endet dieses Verfahren infolge des Eintritts der Rechtskraft des Prozessurteils und wird das Verfahren fortgesetzt, so endet die Wirkung des § 78b Abs. 3 StGB. Die Verjährungsfrist ist so zu berechnen, als ob die verjährungshemmende Wirkung durch das Prozessurteil nicht eingetreten wäre. (Bearbeiter)

311. BGH 5 StR 600/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Cottbus)

Einziehung von Taterträgen (zwingende Maßnahmen der Vermögensabschöpfung kein tauglicher Gegenstand einer Verständigung; weiterhin kein Strafcharakter der Einziehung von Taterträgen nach Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung; faires Verfahren; Verpflichtung des Gerichts zur Offenlegung der Rechtsfolgenerwartung vor Zustandekommen der Verständigung auch in Bezug auf Bewährungsauflagen).

§ 73 StGB; § 257c StPO; Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

1. Die Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 bis 73c StGB n. F. gehört nicht zu den einer Verständigung zugänglichen Rechtsfolgen gemäß § 257c Abs. 2 StPO. Denn die jeweiligen Entscheidungen stehen nicht im Ermessen des Gerichts, sondern sind zwingend vorgeschrieben. Zwingende Maßnahmen der Vermögensabschöpfung sind als solche jedoch einer Verständigung generell nicht zugänglich.

2. Die umfassende Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hat zwar unter anderem zu einer Änderung des Begriffs der Maßnahme geführt, ihren Rechtscharakter aber unberührt gelassen. Danach besteht kein Anlass, von der bisherigen Sichtweise abzuweichen,

die aus der Rechtsnatur des Instituts als präventive Maßnahme ohne Strafcharakter abgeleitet hat, dass die mit dessen Anwendung verbundene Vermögenseinbuße regelmäßig keinen Strafmilderungsgrund darstellt.

301. BGH 3 StR 460/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Mönchengladbach)

Keine Unverwertbarkeit der unbefugten Aussage eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen (Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts; Verweigerung oder Widerruf der Entbindung von der Schweigepflicht; kein strafprozessualer Anspruch auf Verweigerung einer unbefugten Aussage); Abgrenzung zulässiger Beweisangebote von Beweisermittlungsanträgen (Konnexität; Plausibilität der Beweisbehauptung; kein sicheres Wissen des Antragsstellers erforderlich; für-möglich-Halten aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte); Strafzumessung bei Zusammentreffen von Aufklärungshilfe und minder schwerem Fall.

§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 244 StPO; § 46b StGB; § 176a Abs. 4 StGB; § 203 StGB

1. Steht einem Arzt nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, obliegt es ausschließlich seiner freien Entscheidung, ob er sich nach Abwägung der widerstreitenden Interessen zu einer Zeugenaussage entschließt. Verweigert der Patient die Entbindung von der Schweigepflicht oder widerruft er eine frühere Entbindungserklärung, gibt es selbst dann keinen strafprozessualen Anspruch auf die Verweigerung der Aussage durch den Arzt, wenn sich dieser durch seine Angaben nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar macht. Ob der Berufsgeheimnisträger befugt oder unbefugt aussagt, ist für die Verwertbarkeit der Aussage grundsätzlich unerheblich.

2. Um Beweisanträge – und nicht lediglich um Beweisermittlungsanträge – handelt es sich (hier: mit Blick auf den Zeugenbeweis) regelmäßig schon, wenn Situationen, in denen der potenzielle Zeuge die unter Beweis gestellten Wahrnehmungen hätte machen können, plausibel gemacht werden. Nicht erforderlich ist, dass der Antragsteller sicher weiß, dass das Beweismittel die Beweisbehauptung belegt; vielmehr genügt es, wenn er dies auf Grund von tatsächlichen Anhaltspunkten für möglich hält oder vermutet.

321. BGH 2 StR 76/17 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Darmstadt)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Misstrauen in die Unvoreingenommenheit aufgrund der Verhandlungsführung des abgelehnten Richters; vorläufige Bewertung der Sach- und Rechtslage durch den Richter, Hinweis auf eine erdrückende Beweislage; Entscheidung des Revisionsgerichts über das Ablehnungsgesuch; Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter bei Entscheidung des Tatgerichts über Ablehnungsgesuch: Willkürmaßstab)

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

1. Die Besorgnis der Befangenheit eines Richters ist bei dem Ablehnenden berechtigt, wenn er bei einer verständigen Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber

eine innere Haltung ein, welche die gebotene Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann (vgl. BGHSt 21, 334, 341). Maßstab für die Beurteilung dieser Voraussetzungen ist ein „vernünftiger“ (vgl. BGHSt 43, 16, 18) oder „verständiger“ Angeklagter (vgl. BGHSt 41, 69, 71).

2. Aus der Verhandlungsführung des abgelehnten Richters kann sich im Einzelfall ein berechtigtes Misstrauen in dessen Unvoreingenommenheit ergeben, wenn er den Angeklagten bedrängt, zur Sache auszusagen oder ein Geständnis abzulegen (vgl. BGH NStZ 2007, 711, 712). Nicht zu beanstanden ist es hingegen, wenn der Vorsitzende, gegebenenfalls auch in nachdrücklicher Form, auf das nach dem gegebenen Sachstand zu erwartende Verfahrensergebnis hinweist oder die Bedeutung eines Geständnisses für die Strafzumessung hervorhebt (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 208, 209).

3. Eine vorläufige Bewertung der Sach- und Rechtslage durch einen Richter ist grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. BGH NStZ 2011, 590, 591 mwN). Liegt eine erdrückende Beweislage vor, kann der Richter darauf und auf die verbleibenden Möglichkeiten einer sinnvollen Strafmaßverteidigung hinweisen, ohne seine Pflicht zur Neutralität und Objektivität zu verletzen. Ein Hinweis auf das aktuelle Vorliegen einer erdrückenden Beweislage lässt schließlich nicht besorgen, dass andere Verteidigungsmittel als ein Geständnis nicht mehr berücksichtigt werden würden, wenn sie später vorgebracht würden.

4. Ist keine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Ablehnungsverfahren festzustellen, hat das Revisionsgericht nach Beschwerdegrundsätzen über das Ablehnungsgesuch zu entscheiden (vgl. BGH NStZ 2007, 161, 162).

369. BGH Ermittlungsrichter 5 BGs 47/18 2 BJs 997/17-7 – Beschluss vom 5. März 2018

Hinzuziehung eines Dolmetschers (Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofes).
Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 141 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 187 Abs. 1 Satz 1 GVG

1. Der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs ist für die nach § 187 Abs. 1 Satz 1 GVG zutreffende Entscheidung zuständig.

2. Zwar fehlt für das Ermittlungsverfahren eine diesbezügliche ausdrückliche gesetzliche Regelung. In der Neufassung des § 141 Abs. 4 Satz 2 StPO kommt indes der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, im Stadium des Ermittlungsverfahrens die Zuständigkeit für Entscheidungen das Recht auf Verteidigung betreffend aufseiten des Ermittlungsrichters zu konzentrieren. Jener Intention liefe es zuwider, die ebenfalls den Mindestrechten eines Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 EMRK Rechnung tragende Regelung des § 187 Abs. 1 Satz 1 GVG im Ermittlungsverfahren der Entscheidungsgewalt desjenigen Gerichts zu unterstellen, das für die Eröffnung der Hauptsache zuständig wäre.

367. BGH 4 StR 640/17 – Beschluss vom 28. Februar 2018 (LG Kaiserslautern)

Recht auf ein faires Verfahren (Voraussetzungen einer Tatprovokation).
Art. 6 Abs. 1 EMRK

Eine Tatprovokation liegt nicht schon dann vor, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson den Betroffenen ohne weiter gehende Einwirkung lediglich darauf anspricht, ob dieser Betäubungsmittel beschaffen könne. Auch wenn die Vertrauensperson eine vorhandene Tatbereitschaft aufklärungsorientiert aufgreift und den Betroffenen zu einem Geschäft mit Betäubungsmitteln von höherer Gefährlichkeit als bisher veranlasst, ist nicht schon deshalb eine Tatprovokation zu bejahen, weil ein individueller Verdacht in diesem Sinne bisher nicht manifest geworden ist. Es kommt dann vielmehr darauf an, ob sich der Täter auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung ohne Weiteres einlässt, sich also geneigt zeigt, auch die Tat mit dem höheren Unrechtsgehalt zu begehen.

330. BGH 4 StR 550/17 – Beschluss vom 14. Februar 2018 (LG Essen)

Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft als Zeuge in der Hauptverhandlung (keine weitere Wahrnehmung der Sitzungsververtretung bei unlösbarem Zusammenhang zwischen Zeugenaussage und nachfolgender Mitwirkung: Würdigung der eigenen Zeugenaussage, relativer Revisionsgrund, erforderliche Revisionsvortrag).
§ 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Staatsanwalt, der in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen worden ist, insoweit an der weiteren Wahrnehmung der Aufgaben als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gehindert, als zwischen dem Gegenstand seiner Zeugenaussage und der nachfolgenden Mitwirkung an der Hauptverhandlung ein unlösbarer Zusammenhang besteht (vgl. BGHSt 21, 85, 89 f.).

2. Nimmt der Staatsanwalt im Rahmen der weiteren Sitzungsververtretung eine Würdigung seiner eigenen Zeugenaussage vor oder bezieht sich seine Mitwirkung auf einen Gegenstand, der mit seiner Aussage in einem untrennbaren Zusammenhang steht und einer gesonderten Bewertung nicht zugänglich ist, liegt ein relativer Revisionsgrund nach § 337 StPO vor, der im Falle eines gegebenen Beruhenszusammenhangs zur Aufhebung des Urteils führt (vgl. BGH StV 1983, 53). Soweit sich die Aufgabenwahrnehmung in der Hauptverhandlung inhaltlich von der Erörterung und Bewertung der eigenen Zeugenaussage trennen lässt, ist der Staatsanwalt dagegen von einer weiteren Sitzungsververtretung nicht ausgeschlossen.

3. In Fällen, in denen nach der Zeugenvernehmung der vernommene Staatsanwalt und ein weiterer hinzugezogener Staatsanwalt gemeinsam als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft auftreten, liegt ein Verfahrensfehler nur dann vor, wenn der vernommene Staatsanwalt bei seiner weiteren Aufgabenwahrnehmung die dargestellten Grenzen einer zulässigen Mitwirkung nicht beachtet. Mit der Verfahrensgröße, die eine verfahrensfehlerhafte Wahr-

nehmung der Sitzungsververtretung durch den als Zeugen vernommenen Staatsanwalt geltend macht, muss daher im Rahmen des nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erforderlichen Tatsachenvortrags konkret dargetan werden, dass der Staatsanwalt bei der Aufgabenwahrnehmung in der Hauptverhandlung seine eigenen zeugenschaftlichen Bekundungen gewürdigt oder in sonstiger Weise die Grenzen einer zulässigen Mitwirkung überschritten hat (vgl. BGH NStZ 1984, 182).

323. BGH 2 StR 180/17 – Urteil vom 17. Januar 2018 (LG Darmstadt)

Rechtmäßigkeit von doppeifunktionalen Maßnahmen der Polizei (kein Vorrang der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse; Verwertbarkeit gewonnener Beweismittel); Durchsuchung (Richtervorbehalt: Vorliegen von Gefahr im Verzug); bewaffnetes Beschaffen von Betäubungsmitteln (Voraussetzungen des Sichverschaffens: Erlangen der tatsächlichen Verfügungsgewalt).

§ 161 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 102 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Wenn eine Maßnahme sowohl der Gewinnung von Beweismitteln als auch der Gefahrenabwehr dient, besteht grundsätzlich kein Vorrang strafprozessualer Eingriffsbefugnisse. Polizeibehörden dürfen daher auch während eines bereits laufenden Ermittlungsverfahrens aufgrund präventiver Ermächtigungsgrundlagen zum Zwecke der Gefahrenabwehr tätig werden. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ist dann ausschließlich nach den gefahrenabwehrrechtlichen Voraussetzungen zu beurteilen. Die Verwertbarkeit der dabei gewonnenen Beweismittel im Strafverfahren bestimmt sich nach § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO (vgl. BGH NJW 2017, 3173 Rn. 37 ff.).

2. Gefahr im Verzug liegt dann vor, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde (vgl. BVerfGE 103, 142, 154). Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich hielten (vgl. BGHSt 51, 285, 288 f.).

3. Ein bewaffnetes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt wie der Erwerb voraus, dass der Täter die tatsächliche Verfügungsgewalt mit der Möglichkeit und dem Willen erlangt, über die Sache als eigene zu verfügen.

359. BGH 4 StR 346/17 – Beschluss vom 13. Februar 2018 (LG Bochum)

Teileinstellung bei mehreren Taten (Mitteilung der Gründe für eine Teileinstellung); Revisionsbegründung (Darlegung der für einen behaupteten Erörterungsmangel maßgeblichen Tatsachen).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Beruhen mehrere Tatvorwürfe auf den belastenden Angaben eines Zeugen und stellt das Tatgericht das Verfahren wegen eines Teils dieser Vorwürfe nach § 154 Abs. 2 StPO ein, kann den Gründen für die Teileinstellung des Verfahrens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bedeutung für die Beweiswürdigung zu den verbleibenden

Vorwürfen insbesondere hinsichtlich der Frage der Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Belastungszeugen zukommen.

2. Ist dies nach der konkret gegebenen Beweissituation der Fall, ist der Tatrichter aus Gründen sachlichen Rechts gehalten, die Gründe für die Teileinstellung im Urteil mitzuteilen und sich mit deren Beweisbedeutung auseinanderzusetzen.

3. Ergibt sich die Erörterungsbedürftigkeit der Gründe für die Teileinstellung aus den schriftlichen Urteilsgründen, ist ein insoweit gegebener Erörterungsmangel vom Revisionsgericht auf Sachrüge hin zu beachten. Legen dagegen die Urteilsgründe eine Bedeutung der Einstellungsgründe für die Beweiswürdigung im Übrigen nicht nahe, muss die Revision einen von ihr behaupteten Erörterungsmangel mit der Verfahrensrüge geltend machen.

4. Bei der nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gebotenen Darlegung der für den behaupteten Erörterungsmangel maßgeblichen Tatsachen darf sich die Revision nicht auf die bloße Mitteilung der Teileinstellung beschränken. Sie muss sich vielmehr dazu verhalten, ob und gegebenenfalls welche Gründe für die Einstellung in der Hauptverhandlung erörtert worden sind. Erforderlich ist zumindest der Vortrag, dass für die Einstellung keine Gründe angeführt worden sind, die für die Beweiswürdigung keine Bedeutung haben.

318. BGH 1 StR 564/17 – Beschluss vom 24. Januar 2018 (LG Ravensburg)

Mitteilungspflicht über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Anlass: Verknüpfung von Prozessverhalten und Verfahrensergebnis).

§ 243 Abs. 4 StPO

1. Gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO ist über Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO zu berichten, die außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist. Davon ist auszugehen, sobald bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung nahe liegt (BVerfGE 133, 168, 216 f. Rn. 85). Dementsprechend ist mitteilungspflichtig jedes ausdrückliche oder konkludente Bemühen um eine Verständigung in Gesprächen, die von den Verfahrensbeteiligten insoweit als Vorbereitung einer Verständigung verstanden werden können (vgl. BGH NStZ 2015, 535, 536); im Zweifel wird eine Mitteilung zu erfolgen haben (vgl. BVerfGE 133, 168, 216 f. Rn. 85).

2. Es genügt, dass es eine solche Verknüpfung von prozessualen Verhalten des Angeklagten zum Verfahrensergebnis von einem Gesprächsbeteiligten hergestellt wurde. Die Formulierung einer eigenen Straferwartung des Gerichts ist nicht erforderlich.

317. BGH 1 StR 532/17 – Beschluss vom 11. Januar 2018 (LG München I)

Mitteilungspflicht über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang: Standpunkte der Gesprächsteilnehmer; Beruhen des Urteils auf einer fehlerhaften Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 StPO

1. Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO teilt der Vorsitzende des Gerichts mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben. Die Pflicht zur Mitteilung der mit dem Ziel einer Verständigung über den Verfahrensausgang geführten Gespräche erstreckt sich deshalb auch auf die Darlegung, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde, welche Standpunkte gegebenenfalls vertreten wurden und auf welche Resonanz dies bei den anderen am Gespräch Beteiligten jeweils gestoßen ist

2. Dementsprechend hat der Vorsitzende Verlauf und Inhalt der Gespräche in das Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmen.

315. BGH 1 StR 368/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Kaiserslautern)

Belehrung über die Rechtsfolgen einer Verständigung (erforderlicher Hinweis auf konkret in Betracht kommende Bewährungsaufgaben).

§ 257c StPO; § 56b Abs. 1 Satz 1 StGB

Ein Angeklagter muss vor einer Verständigung gemäß § 257c StPO, deren Gegenstand die Verhängung einer zur Bewährung auszusetzenden Freiheitsstrafe ist, auf konkret in Betracht kommende Bewährungsaufgaben hingewiesen werden, die nach § 56b Abs. 1 Satz 1 StGB der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen und deren Erteilung Voraussetzung für die in Aussicht gestellte Strafaussetzung ist (vgl. BGHSt 59, 172, 174).

334. BGH 1 StR 224/17 – Beschluss vom 19. Februar 2018 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet (mangelnde Begründungspflicht); Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer Revisionsentscheidung.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

1. Einer Begründung bedarf es bei einer einstimmig entschiedenen Verwerfung der Revision nicht. Das Grundgesetz gebietet bei letztinstanzlichen Entscheidungen regelmäßig keine Begründung. Auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention verlangen eine Begründung der Entscheidung des Revisionsgerichts. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Beteiligungsvorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben.

2. Die Anhörungsrüge dient nicht dazu, das Revisionsgericht zu veranlassen, das Revisionsvorbringen nochmals zu überprüfen.

3. Mit dem Vorwurf, der Senat habe in der Sache fehlerhaft entschieden, kann der Beschwerdeführer im Rahmen des § 356a StPO nicht gehört werden.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**312. BGH 5 StR 629/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Berlin)**

Geschäftsherrenhaftung des Ladeninhabers bei in den Verkaufs- und Lagerräumen von einem Dritten abgewickelten Betäubungsmittelgeschäften (Garantenstellung des Betriebsinhabers; Erweiterung der gewöhnlichen Ladentätigkeit auf die illegalen Geschäfte).

§ 13 StGB; § 29 BtMG

Das Tätigen von Betäubungsmittelgeschäften in den Verkaufs- und Lagerräumen eines von einem Dritten betriebenen Ladenlokals kann eine betriebsbezogene Straftat sein, die zu verhindern der Ladeninhaber nach den Grundsätzen der sog. Geschäftsherrenhaftung (vgl. BGH HRRS 2012 Nr. 74) verpflichtet ist, sofern der gewöhnliche Geschäftsbetrieb gleichsam um den illegalen Handel erweitert wird. Ein wichtiges Anzeichen hierfür kann die Einbindung der Stammkundschaft des Ladens in

den Betäubungshandel sein. Zudem kann es eine Rolle spielen, ob die Ausstattung der Räume (abgeklebte Scheiben) sowie die Art und Weise des Geschäftsbetriebes (hohe Frequenz, kurze Aufenthaltszeiten) die Durchführung der Betäubungsmittelgeschäfte erleichtern.

325. BGH 2 StR 308/16 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Darmstadt)

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Beginn der Verjährung; Tatbeendigung erst mit vollständiger Umsetzung der Unrechtsvereinbarung).

§ 299 StGB; § 78a Satz 1 StGB

1. Sind sich der Bestochene und der Bestechende über die bevorzugende Handlung und die hierfür zu erbringende Gegenleistung einig und wird die Unrechtsvereinbarung auch tatsächlich voll umgesetzt, kommt es danach für die Tatbeendigung nach § 299 Abs. 1 und Abs. 2

StGB auf die jeweils letzte Handlung zur beiderseitigen Erfüllung der getroffenen Vereinbarung an. Die Taten sind in diesen Fällen beendet, wenn die im Wettbewerb unlauter bevorzugende Handlung abgeschlossen und der Vorteil vollständig entgegengenommen ist. Eine Tatbeendigung bei § 299 StGB liegt damit erst mit der vollständigen Umsetzung der Unrechtsvereinbarung vor (BGH NJW 2017, 2565, 2566).

2. Gemäß § 78a Satz 1 StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Nach dem vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewendeten materiellen Beendigungsbegriff ist dies erst der Fall, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt, das Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist. Dies bedeutet, dass die Beendigung der Tat nicht allein an die weitere Verwirklichung tatbestandlich umschriebener Merkmale der Straftat nach deren Vollendung anknüpft. Vielmehr zählen zur Tatbeendigung auch solche Umstände, die – etwa weil der Gesetzgeber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes einen Deliktstypus mit vorverlagertem Vollendungszeitpunkt gewählt hat – zwar nicht mehr von der objektiven Tatbestandsbeschreibung erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht der Tat vertiefen, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (vgl. BGHSt 52, 300, 303).

320. BGH 2 StR 46/17 – Urteil vom 6. Dezember 2017 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (erforderliche Eigennützigkeit; Mittäterschaft bei reiner Einkaufsgemeinschaft).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Eigennütziges Handeln im Sinne eines Handeltreibens nach § 29 BtMG setzt ein Erstreben von Vorteilen voraus, die sich vor allem aus dem Umsatzgeschäft ergeben. Nicht in diesem Sinne umsatzbezogen ist ein Vorteil, der dem Täter aus einem anderen Vorgang, namentlich dem Erwerb, erwächst. Eigennützigkeit ist daher nicht gegeben, wenn der Vorteil allein in günstigeren Konditionen liegt, die mehrere Betäubungsmittelhändler in einer bloßen Einkaufsgemeinschaft aufgrund der bestellten Gesamtmenge erhalten. Der insoweit erstrebte Vorteil erschöpft sich in Umständen, die den eigenen Erwerb betreffen und sich auch nur auf den Umfang des durch

das eigene Geschäft beabsichtigten Gewinns auswirken (vgl. BGH StV 2013, 154).

2. Zwar reicht es für die Annahme eigennütziges Handelns auch aus, wenn der Täter sich von seinem Tun irgendeinen persönlichen Vorteil verspricht, der auch lediglich immaterieller Art sein kann (st. Rspr.). Vorteile immaterieller Art begründen Eigennützigkeit aber nur dann, wenn sie nicht nur den Empfänger in irgendeiner Weise besserstellen, sondern auch einen objektiv messbaren Inhalt haben (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 212, 213 mwN).

303. BGH 3 StR 532/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Duisburg)

Anforderungen an die Begründung schädlicher Neigungen bei einem bislang unbestraften Angeklagten (erhebliche Anlage- und Erziehungsmängel; Persönlichkeitsmängel schon vor der Tat; Gefahr weiterer Straftaten); Berücksichtigung von nicht mit der Tatbegehung zusammenhängenden Lebensumständen bei der Legalprognose.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 21 JGG; § 56 StGB

1. Schädliche Neigungen als Voraussetzung für die Verhängung von Jugendstrafe liegen dann vor, wenn bei dem Täter erhebliche Anlage- und Erziehungsmängel zu beobachten sind, die ohne eine längere Gesamterziehung die Gefahr weiterer Straftaten begründen. Sie können in der Regel nur bejaht werden, wenn erhebliche Persönlichkeitsmängel schon vor der Tat – wenn auch gegebenenfalls verdeckt – angelegt waren und im Zeitpunkt des Urteils noch gegeben sind und deshalb weitere Straftaten befürchten lassen. Bei einem nicht vorbestraften Angeklagten genügt hierfür regelmäßig nicht der Hinweis auf eine „ohne Zögern“ erklärte Bereitschaft zur Mitwirkung an Straftaten und zur Einfügung in ein kriminelles Milieu.

2. Inhalt der Prognoseentscheidung im Sinne des § 21 JGG ist –im Grundsatz wie bei § 56 StGB – die Erwartung, dass der Verurteilte künftig keine Straftaten mehr begehen wird. Elemente der Lebensführung, die in keinem erkennbaren Zusammenhang zur Tat stehen – wie etwa die familiäre Einbindung und das Verbleiben in Deutschland – können zwar die Grundlage für eine positive Legalprognose bilden. Ihr Fehlen ist indes für die Begründung einer negativen Prognose regelmäßig nicht ausreichend.

Die endgültige EU-Verordnung zur Europäischen Staatsanwaltschaft – Der große Wurf?

Von PD Dr. Dorothea Magnus, LL.M., Hamburg

I. Einleitung

Das Europäische Parlament hat am 12. Oktober 2017 der Verordnung des Rates zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft zugestimmt.¹ Deutschland und weitere 19 Mitgliedstaaten hatten sich vorher auf die Errichtung dieser supranationalen Behörde geeinigt. Die Aufgabe der Europäischen Staatsanwaltschaft (im Folgenden: EUS-tA) wird es sein, Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu ermitteln, zu verfolgen und anzuklagen. Damit schützt sie ein genuin originäres Rechtsgut der EU: deren Haushalt, der schätzungsweise jedes Jahr 50 Milliarden Euro Verlust erleidet durch Delikte wie etwa Betrug zulasten der EU-Strukturfonds oder grenzüberschreitendem Mehrwertsteuerbetrug großen Ausmaßes. Die Behörde soll ihre Arbeit voraussichtlich im Jahr 2020 aufnehmen. Erklärtes Ziel ist zudem eine engere Zusammenarbeit und ein effektiver Informationsaustausch zwischen europäischen und einzelstaatlichen Behörden, eine stärkere Abschreckung gegenüber Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union und die^[1]Steigerung der Strafverfolgungsquote, so dass es zu mehr Verurteilungen kommt und rechtswidrig erlangte Unionsmittel wieder eingezogen werden können.²^[1]

II. Bisherige Strafverfolgung von Delikten gegen den Unionshaushalt auf EU-Ebene

Bislang konnten nur die nationalen Behörden Betrugsfälle zulasten der EU strafrechtlich untersuchen und verfolgen. Ihre Kompetenzen endeten jedoch an den nationalen Grenzen. Auch zeigte die Vergangenheit, dass die Mitgliedstaaten selbst nur ein geringes Interesse daran hatten, Straftaten zu Lasten des Unionshaushaltes aufzuklären und zu verfolgen, weil, so lässt sich vermuten, die Vorteile dieser Taten nicht selten der nationalen Wirt-

schaft zugutekamen.³ Eine Regelung auf Europäischer Ebene entspricht auch dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV), nach dem die Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht zu erreichen bzw. auf der Unionsebene besser zu ermöglichen sein muss. Ein solcher „Mehrwert“ der Bekämpfung auf EU Ebene lässt sich am ehesten bei Delikten gegen den EU-Haushalt begründen, da die Deliktsverfolgung in diesem Bereich auf nationaler Ebene nachweisbar nicht immer mit großer Konsequenz erfolgt ist.⁴ Bestehende EU-Stellen wie OLAF (Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung), Eurojust (Europäische Stelle für justizielle Zusammenarbeit) und Europol (Europäisches Polizeiamt) sind indes nicht befugt, strafrechtliche Ermittlungen durchzuführen bzw. abzuschließen und verfügen daher nicht über die Mittel, um einzelne Straftaten strafrechtlich untersuchen, verfolgen und anklagen zu können. Eurojust ist nach wie vor nur ein Forum für Kooperation und Koordination, die Behörde kann keine eigenen Ermittlungen durchführen. Ähnlich ist es bei Europol, das zu eigenen Ermittlungen ebenso wenig befugt ist. OLAF wiederum darf zwar selbst ermitteln, aber keine Sanktionen verhängen. Dies ist die Aufgabe der einzelnen Mitgliedstaaten. Da weder die bestehenden EU-Institutionen noch die nationalen Strafverfolgungsbehörden über die Grenzen hinweg Delikte gegen den Unionshaushalt wirksam bekämpfen können, soll diese Lücke in der Strafverfolgung die EUS-tA schließen.⁵ Eine Zusammenarbeit mit diesen anderen EU-Institutionen ist aber ausdrücklich gefordert.⁶

³ Vgl. exemplarisch *EuGH* Rs. 68/88 – Kommission./ Griechenland (»Griechischer Mais«); *Brodowski* StV 2017, 684, 684.

⁴ So wird über die Hälfte der von OLAF übertragenen Verfahren vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens abgewiesen, s. *Europäische Kommission* COM (2013) 851, p. 7.

⁵ *Rat der Europäischen Union* Pressemitteilung vom 8.6.2017, einsehbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/06/08/eppo/> sowie die *Deutsche Bundesregierung* Artikel vom 25.10.2017 zur Europäischen Staatsanwaltschaft, einsehbar unter: **Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.**

⁶ Kritisch zum Verhältnis der Europäischen Staatsanwaltschaft zu Europol und OLAF *Ambos* Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 13 Rn. 26.

¹ *Rat der Europäischen Union* Verordnung (EU) 2017/1939 vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUS-tA); im Folgenden: EU-VO.

² Vgl. *Europäische Kommission* Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, COM (2013) 534 final, p. 5. Zu diesem Verordnungsvorschlag s. *Magnus* GA 2014, 314 ff.; *dies.* ZRP 2015, 181.

III. Strafverfolgung durch die Europäische Staatsanwaltschaft⁷

1. Zwei-Hüte-Modell

Die EUSTa wird als Institution der Union errichtet und besitzt eine eigene Rechtspersönlichkeit (Art. 3 EU-VO). Die Behörde, die in Luxemburg ansässig sein wird, setzt sich aus zwei Ebenen zusammen. Auf zentraler Ebene trägt ein *Europäischer Generalstaatsanwalt*, der zwei Vertreter hat, die Gesamtverantwortung für das Amt, er organisiert die Arbeit der EUSTa, leitet ihre Tätigkeit und trifft Entscheidungen gemäß dieser Verordnung und der Geschäftsordnung der EUSTa. Zudem vertritt er die EUSTa gegenüber den Organen der Union, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und gegenüber Dritten, Art. 11 EU-VO. Er sitzt den *Ständigen Kammern* vor, welche die von den Delegierten Europäischen Staatsanwälten geführten Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen überwachen und leiten. Sie gewährleisten außerdem die Koordination der Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen in grenzübergreifenden Fällen. Gemäß den Bedingungen der EU-VO und ggfs. nach Prüfung des vom betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalt vorgeschlagenen Entscheidungsentwurfs, treffen die Ständigen Kammern Entscheidungen bezüglich der Anklageerhebung, Einstellung eines Verfahrens, der Anwendung eines vereinfachten Strafverfolgungsverfahrens, der Verweisung eines Verfahrens an die nationalen Behörden oder der Wiederaufnahme von Ermittlungen, Art. 10 EU-VO. Zudem können sie den Delegierten Europäischen Staatsanwälten Weisungen erteilen, wie etwa Ermittlungen aufzunehmen etc. Die Ständigen Kammern setzen sich zusammen aus dem Europäischen Generalstaatsanwalt oder einem seiner Vertreter, welcher den Vorsitz führt. Den Vorsitz der Ständigen Kammern führt der Europäische Generalstaatsanwalt oder einer der Stellvertreter des Europäischen Generalstaatsanwalts oder ein gemäß der Geschäftsordnung der EUSTa zum Vorsitzenden benannter Europäischer Staatsanwalt und zwei ständigen Mitglieder, welche die Geschäftsordnung der EUSTa festlegt, Art. 10 Abs. 1 EU-VO.

Von jedem der Mitgliedstaaten wird jeweils ein *Europäischer Staatsanwalt* abgestellt, der – unter Leitung des Europäischen Generalstaatsanwaltes – in Luxemburg seine Arbeit aufnimmt. Die Aufgabe dieser Europäischen Staatsanwälte ist es insbesondere für die Ständige Kammer und im Einklang mit etwaigen von dieser erteilten Weisungen die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen, für die die mit dem Verfahren betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwälte in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zuständig sind, zu beaufsichtigen. Diese Aufsicht von zentraler Ebene soll eine EU-kohärente Ermittlungs- und Strafverfolgungspolitik gewährleisten. Die EUSTa fungieren „als Verbindungsstellen und Informationskanäle zwischen den Ständigen Kammern und

den Delegierten Europäischen Staatsanwälten in ihrem jeweiligen Herkunftsmitgliedstaat. Sie überwachen die Durchführung der Aufgaben der EUSTa in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat in enger Abstimmung mit den Delegierten Europäischen Staatsanwälten“, Art. 12 EU-VO. In Ausnahmefällen kann auch der Europäische Staatsanwalt Ermittlungsmaßnahmen und andere Maßnahmen anordnen oder beantragen, er besitzt alle Befugnisse und Pflichten eines Delegierten Europäischen Staatsanwalts, Art. 28 Abs. 4 EU-VO. Zudem sitzt je ein Europäischer Staatsanwalt pro Mitgliedstaat zusammen mit dem Europäischen Generalstaatsanwalt in dem *Kollegium*. Dieses tritt regelmäßig zusammen und ist für „die allgemeine Aufsicht über die Tätigkeiten der EUSTa zuständig. Es entscheidet über strategische Fragen und über allgemeine Angelegenheiten, die sich aus Einzelfällen ergeben, insbesondere mit Blick darauf, die Kohärenz, Effizienz und Einheitlichkeit bei der Strafverfolgungspolitik der EUSTa in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen, sowie über in dieser Verordnung angegebene andere Fragen“, Art. 9 EU-VO.

Auf dezentraler Ebene gibt es die sog. *Delegierten Europäischen Staatsanwälte*, die im jeweiligen Mitgliedstaat ansässig sind und die eigentlichen Ermittlungen entsprechend den Rechtsvorschriften des jeweiligen Mitgliedstaats durchführen. Pro Mitgliedstaat soll es mindestens zwei oder mehr Delegierte Europäische Staatsanwälte geben, die in Bezug auf Ermittlungen, Strafverfolgungsmaßnahmen und Anklageerhebung die gleichen Befugnisse wie nationale Staatsanwälte haben. Da zwei oder mehr Delegierte EUSTa nicht die gesamte Ermittlungsarbeit leisten können, werden sich diese aller Voraussicht nach der nationalen Staatsanwälte und deren Hilfspersonen, der Polizei, bedienen, um die Ermittlungsarbeit personell bewältigen zu können. Sie sind u.a. für die Anklageerhebung zuständig und haben „insbesondere die Befugnis, vor Gericht zu plädieren, an der Beweisaufnahme teilzunehmen und die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe gemäß dem nationalen Recht einzulegen“, Art. 13 EU-VO. Sie können auch Aufgaben als nationale Staatsanwälte wahrnehmen, soweit sie dadurch nicht daran gehindert sind, ihre Pflichten als Delegierte Europäische Staatsanwälte zu erfüllen. Eine nicht unproblematische Folge davon ist, dass die Delegierten EUSTa dann zwei Vorgesetzten unterstellt sind, die beide weisungsbefugt sind.⁸ Dieses Problem wird so zu lösen sein, dass bei Übernahme eines Falles, der in die Zuständigkeit des EUSTa fällt, der Delegierte EUSTa nur den Weisungen seines EUSTa und der Ständigen Kammer unterworfen ist, und bei allen anderen Fälle, die in die Zuständigkeit der nationalen Staatsanwälte fällt, der Delegierte EUSTa seinem vorgesetzten nationalen Staatsanwalt weisungsabhängig ist. Nur auf diese Weise lassen sich Interessenkonflikte und sich widersprechende Anweisungen vermeiden.

⁷ Auf die Vorschriften der Artt. 43 bis 120 EU-VO über Informationsverarbeitung, Datenschutz, Finanz- und Personal, über die Beziehungen der EUSTa zu ihren Partnern und die Allgemeinen und Schlussvorschriften soll hier aufgrund des geringen Bezugs zu den Modalitäten der Strafverfolgung nicht eingegangen werden.

⁸ So der Einwand von *Grünwald* HRRS 2013, 508 (511), die es für sinnvoller hält, den gesamten Tätigkeitsbereich der Delegierten EUSTa allein auf die EUSTa zu beschränken.

2. Anwendungsvorrang des europäischen Rechts

Mit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 hat die Europäische Staatsanwaltschaft eine explizite primärrechtliche Grundlage – Art. 86 AEUV – bekommen.⁹ Innerhalb des Regelungsbereichs der EU-Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft gilt der *Anwendungsvorrang des EU-Rechts* (Art. 5 Abs. 3 EU-VO), d.h. im Kollisionsfall bleibt die nationale Vorschrift bestehen, darf aber nicht angewendet werden. Das entspricht dem Verhältnis von EU-Recht zu nationalem Recht: In der Normhierarchie steht das gesamte Primär- und Sekundärrecht der EU über dem einfachen Recht und auch über dem Grundgesetz. Indem Deutschland nach Art. 23 GG Souveränitätsrechte an die EU abgetreten hat, tritt das nationale Recht zurück, sofern der Anwendungsbereich des EU-Rechts eröffnet ist. Außerhalb des Regelungsbereichs der EU-Verordnung gelten in Deutschland hingegen die StPO und das StGB. Dies betrifft insbesondere den Verfahrensablauf im Zwischen-, Haupt- und Rechtsmittelverfahren, die Anklage, Verurteilung sowie die Rechtsfolgen.¹⁰

3. Welche Ermittlungsmaßnahmen dürfen die Delegierten EUSTa ergreifen?

Die Delegierten EUSTa sind befugt, die folgenden wesentlichen – hier knapp skizzierten – Ermittlungsmaßnahmen anzuordnen oder zu beantragen. Sie sind ein Mindestbestand an Ermittlungsmaßnahmen für Straftaten, die mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens vier Jahren bedroht sind (Art. 30 EU-VO):

- Durchsuchung von Wohnungen, Gebäuden, Grundstücken, Kleidung, persönlichen Gegenständen oder Computersystemen und entsprechende Sicherungsmaßnahmen,
- Erwirkung der Herausgabe von relevanten (Beweis)gegenständen, weitgehende Herausgabe von gespeicherten Computerdaten, Bankkontodaten und Verkehrsdaten
- Sicherstellung von Tatwerkzeugen oder Erträgen aus Straftaten, Vermögenswerten, deren Einziehung durch das Prozessgericht zu erwarten ist,
- Überwachung der elektronischen Kommunikation des Beschuldigten über alle von ihm genutzten elektronischen Kommunikationsmittel;
- Verfolgung und Ortung von Gegenständen mit technischen Mitteln, einschließlich kontrollierter Warenlieferungen.

Diese Ermittlungsmaßnahmen können unter Bedingungen gestellt oder teilweise beschränkt werden, sofern das nationale Recht bestimmte Beschränkungen enthält, etwa für bestimmte Personen- oder Berufsgruppen, die rechtlich zur Geheimhaltung verpflichtet sind. Eine solche Bedingung kann auch ein *Richtervorbehalt* sein, sofern das nationale Recht einen solchen vorsieht. Dass es hier zu Unterschieden im Schutzniveau kommen kann, die zu Lasten eines einheitlichen, präventiven Rechtsschutzes gehen, wenn ein Mitgliedstaat keinen Richtervorbehalt für diese grundrechtsrelevanten Zwangs- und Ermittlungen enthält, sei nur kurz angemerkt. Zusätzlich zu diesen Maßnahmen können die Delegierten Europäischen Staatsanwälte weitere Maßnahmen ergreifen, die nach dem nationalen Recht in vergleichbaren innerstaatlichen Fällen den nationalen Staatsanwälten zur Verfügung stehen, Art. 30 Abs. 4 EU-Verordnung. Vereinzelt wurde – freilich noch zum Verordnungsvorschlag der Kommission – der Einwand vorgebracht, bei der Anordnung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen könne sich die EUSTa „eines multiplen Verfahrens bedienen, da sie prinzipiell die Möglichkeit hat, auf sämtliche Verfahrenssysteme der Mitgliedstaaten zurückzugreifen und diese zu kombinieren“.¹¹ Die endgültige EU-Verordnung schränkt jedoch diese Möglichkeit massiv ein, indem sie bestimmt, nur der jeweils betraute Delegierte EUSTa führe die Ermittlungen durch und sei dabei an das Recht seines Mitgliedstaates gebunden. Abweichungen hiervon sind nur nach den in Art. 26 Abs. 4 EU-VO streng geregelten Kriterien möglich.¹² Schließlich kann der betraute Delegierte EUSTa auch anordnen oder beantragen, dass der Beschuldigte im Einklang mit dem nationalen Recht festgenommen oder in Untersuchungshaft genommen wird. Hält sich der Beschuldigte in einem anderen Mitgliedstaat als dem auf, in welchem der betraute Delegierte EUSTa angesiedelt ist, so erlässt dieser einen Europäischen Haftbefehl. Für alle Ermittlungsmaßnahmen gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, indem die Maßnahmen zu Informationen oder Beweismitteln führen sollen, „die für die Ermittlungen nützlich sind, und keine weniger eingreifende Maßnahme zur Verfügung steht, mit der sich dasselbe Ziel erreichen ließe“, Art. 30 Abs. 5 EU-VO. Auch bei den Ermittlungsmaßnahmen stellt die Verordnung einen engen Bezug zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten her, richten sich doch „die Verfahren und Modalitäten für die Durchführung dieser Maßnahmen nach dem geltenden nationalen Recht“, Art. 30 Abs. 5 EU-VO.

Inwieweit allerdings Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote zu berücksichtigen sind, regelt die EU-Verordnung nicht explizit. Art. 37 EU-VO besagt insoweit nur, Beweismittel dürften „nicht allein deshalb als unzulässig abgelehnt werden, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mit-

⁹ Zudem hat der Vertrag von Lissabon mit Art. 325 AEUV in seiner geänderten Fassung eine Vorschrift geschaffen, deren Ziel der Schutz der finanziellen Interessen der Union vor Betrügereien und sonstigen rechtswidrigen Handlungen ist. Danach sollen die Maßnahmen zur Betrugsbekämpfung nicht nur auf Mitgliedstaats-, sondern auch auf Unionsebene einen effektiven Schutz bewirken, vgl. *Magiera* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 62. EL 2017, Art. 325 AEUV, Rn. 4.

¹⁰ *Brodowski* StV 2017, 684, 685.

¹¹ *Grünwald* HRRS 2013, 508 (512) mit Verweis auf die Kritik von *Böse* in: Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents: verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept* (2004), S. 151, 155 ff.; *Scheuermann* Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im geltenden und künftigen Europäischen Strafrecht (2009), S. 139 ff.; *Satzger* Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), § 10 Rn. 23 ff.

¹² S.u. III.5. b).

gliedstaats erhoben wurden“. Da eine Regelung in der Verordnung fehlt, müsste nach der Maßgabe des Art. 5 Abs.3 EU-VO mithin das jeweilige nationale Recht heranzuziehen sein. Werden die Beweismittel in einem anderen Mitgliedstaat erhoben und hat das nationale Strafverfahren andere Regeln für die Erhebung oder Beibringung der Beweise, so besagt Erwägungsgrund 80 EU-VO jedoch, die von der EUSTa vorgelegten Beweismittel müssten zugelassen werden. Dahinter steht das *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Zwangsmaßnahmen und Beweisen*, das nicht unproblematisch ist, werden doch die Zwangsmaßnahmen und Beweise ohne weitere Prüfung als rechtmäßig anerkannt.¹³ Die Anordnung der Anerkennung von Beweisen dürfte, so steht zu befürchten, die Einrichtung eines speziellen Beweiszulassungsverfahrens auf nationaler Ebene ebenso verhindern wie die Annahme einer weitreichenden Verwerfungskompetenz des erkennenden Gerichts.¹⁴

Bei *grenzüberschreitenden Fällen* unterstützen und konsultieren sich die Delegierten Europäischen Staatsanwälte, Art. 31 EU-VO. Die Zusammenarbeit sähe beispielweise so aus, dass ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt, der in Deutschland mit dem Fall betraut ist, dessen erforderlichen Ermittlungen aber in Frankreich durchzuführen sind, über die Ermittlungen entscheidet und seinen Delegierten französischen Kollegen anweist, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Für die Begründung und Anordnung dieser Maßnahmen ist das Recht des Mitgliedstaats des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts maßgeblich. Die Ermittlungsmaßnahmen sind bei grenzüberschreitenden Sachverhalten dieselben wie die soeben ausgeführten und in Art. 30 EU-VO niedergelegten. Fordert das Recht des unterstützenden Mitgliedstaats eine richterliche Genehmigung, ist diese einzuholen. Bei ihrer Ablehnung zieht der betraute Delegierte EUSTa die Zuweisung zurück. Verlangt hingegen das Recht des Mitgliedstaats des betrauten Delegierten EUSTa einen Richtervorbehalt, so hat dieser Staatsanwalt sie einzuholen. Die Ermittlungstätigkeit endet nicht an den Grenzen der Mitgliedstaaten, sondern kann sich auch auf außerhalb der Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten begangene Straftaten erstrecken (Erwägungsgrund 64 EU-VO).¹⁵

Das Ermittlungsverfahren schließt dann in folgender Weise ab: Erachtet ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren für abgeschlossen, so

unterbreitet er seinem Aufsicht führenden EUSTa einen Bericht mit einem Beschlussentwurf, Anklage zu erheben, einzustellen oder das vereinfachte Verfahren zu beschreiten, das nach Art. 40 EU-VO insbesondere für weniger schwere Straftaten mit geringerem Schadensausmaß und bei Bereitschaft des Beschuldigten, den Schaden wiedergutzumachen, in Betracht kommt. Der Aufsicht führende EUSTa leitet Bericht und Beschlussentwurf weiter an die Ständige Kammer, die entweder denselben Beschluss wie der Delegierte EUSTa fasst, so dass dieser die Angelegenheit entsprechend weiter betreiben kann oder falls nicht „soweit erforderlich, die Verfahrensakte prüft, einen endgültigen Beschluss fasst und entsprechende Weisungen an den Delegierten EUSTa gibt“, Art. 35 EU-VO. Die Ständige Kammer kann nicht beschließen, das Verfahren einzustellen, wenn in einem Beschlussentwurf vorgeschlagen wird, Anklage zu erheben (Art. 36 Abs. 1 EU-VO). Dasselbe Verfahren gilt, wenn der Delegierte EUSTa eine Einstellung beantragt oder wenn er Rechtsmittel einlegen will, wobei dann ausnahmsweise der Delegierte EUSTa das Rechtsmittel ohne vorherige Absprache mit der Ständigen Kammer einlegen kann, wenn er ansonsten die nationalen Fristen für die Einlegung nicht einhalten kann, Art. 36 Abs.7 EU-VO. Hat mehr als ein Mitgliedstaat Gerichtsbarkeit für den Fall, so beschließt die Ständige Kammer grundsätzlich, in dem Mitgliedstaat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts Anklage zu erheben, kann jedoch ausnahmsweise aus den in Art. 26 Abs.4 EU-VO genannten Gründen davon abweichen.¹⁶

4. Welche Straftaten verfolgt die Europäische Staatsanwaltschaft?

Die Europäische Staatsanwaltschaft hat die Aufgabe, Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu bekämpfen (Art. 86 Abs. 1 Abs. 1 AEUV). In Betracht kommen u.a. Betrug, auch in Form des Abgaben-, Zoll-, Subventions- und Ausschreibungsbetrugs sowie missbräuchliche Subventionsverwendung, Urkundenfälschung, Bestechung, Geldwäsche, Untreue, insbesondere die sog. Haushaltsuntreue sowie weitere Straftaten, soweit sie finanzielle Interessen der Union beeinträchtigen.¹⁷

a) Anwendbarkeit von nationalem Recht?

Art. 22 Abs.1 Verordnung bestimmt die Zuständigkeit der EUSTa für die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, die in der PIF Richtlinie (EU 2017/1371)¹⁸ in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind, ungeachtet dessen, ob dieselbe strafbare Handlung im nationalen Recht als andere Art von Straftat eingestuft werden könnte. Die Straftaten, die grenzüberschreitenden Mehrwertsteuerbetrug betreffen und daher mit dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten

¹³ Freilich gibt es auch hierfür eine Grenze, wenn die Zulassung sich negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde, wie sie in den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind, vgl. Erwägungsgrund 80 EU-VO. Zur Kritik s. *Ambos Internationales Strafrecht* (Fn. 6), § 13 Rn. 24 m.w.N. Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung s. auch *Safferling Internationales Strafrecht*, 2011, § 12 Rn. 40.

¹⁴ S. die berechtigte Kritik von *Esser StV* 2014, 494, 502.

¹⁵ Existiert die zugewiesene Maßnahme nicht in dem unterstützenden Staat, sind weniger einschneidende Maßnahmen verfügbar oder war die Zuweisung unvollständig, fehlerhaft oder nicht fristgerecht, so versuchen der unterstützende Delegierte und der betraute Delegierte Europäische Staatsanwalt Einvernehmen nach Informierung des Aufsicht führenden Europäischen Staatsanwalts zu erzielen, Art. 31 Abs. 5 EU-VO.

¹⁶ S. u. unter III.5 b) die Kriterien, nach denen Anklage in einem anderen Mitgliedstaat erhoben werden kann.

¹⁷ *Vogel/Eisele* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim Das Recht der Europäischen Union* (Fn. 9), Art. 86 AEUV Rn. 23.

¹⁸ *Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union Richtlinie* (EU) 2017/1371 v. 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug.

ten verbunden sind, müssen zudem einen Gesamtschaden von mindestens 10 Mio. EUR umfassen. Durch die PIF-Richtlinie, die mit Mindestanforderungen die nationalen Rechtsordnungen harmonisiert, sollen die in der Richtlinie genannten Verhaltensweisen, im nationalen Recht der Mitgliedstaaten unter Strafe gestellt werden, sofern dies nicht bereits schon geschehen ist. Diese Verhaltensweisen sind zugleich der Anknüpfungspunkt für die sachliche Zuständigkeit der EUSTa. Gegenstand einer Anklage und möglichen Verurteilung sind damit immer die *Straftatbestände des nationalen Strafrechts*. Es lässt sich daher zu Recht von einer „Renationalisierung“ der EUSTa sprechen, die nicht unproblematisch ist in Bezug auf die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten innerhalb der Behörde der EUSTa.¹⁹

b) Täterkreis

Neben *natürlichen Personen* kommen auch *juristische Personen* als potentielle Täter in Betracht. Art. 6 der PIF-Richtlinie, welche die sachliche Zuständigkeit der EUSTa festlegt, enthält eine akzessorische Haftung juristischer Personen, sofern eine einschlägige Straftat zu ihren Gunsten und durch eine Leitungsperson begangen wurde (Art. 6 PIF-Richtlinie). Das ist nicht unproblematisch, sind juristische Personen doch nach deutschem Strafrecht per se nicht strafbar. Mangels individuellem Schuldvorwurf, der nur natürliche Personen treffen kann, scheidet das Verhalten juristischer Personen daher bislang aus dem Strafanwendungsbereich aus. Ob eine Strafbarkeit im Sinne einer Verbandsstrafe etwa von Unternehmen mit Umsetzung der Richtlinie im deutschen Recht eingeführt wird, bleibt abzuwarten. Art. 6 Abs. 2 PIF-RL ordnet an, dass die Mitgliedstaaten „die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass eine juristische Person verantwortlich gemacht werden kann“. Mögliche Sanktionen für juristische Personen wären Geldstrafen oder Geldbußen sowie andere Sanktionen, darunter: „a) Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen oder Hilfen,⁽¹⁾ b) vorübergehender oder dauerhafter Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungsverfahren, c) vorübergehendes oder dauerhaftes Verbot der Ausübung einer Handelstätigkeit, d) Unterstellung unter gerichtliche Aufsicht,⁽²⁾ e) gerichtlich angeordnete Auflösung, f) vorübergehende oder endgültige Schließung von Einrichtungen, die zur Begehung der Straftat genutzt wurden“, Art. 9 PIF-Richtlinie. Da die EUSTa nur für Straftaten zuständig ist, wie sie „in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind“ (Art. 22 Abs.1 EUSTa), kann sie nur bei einer entsprechenden Kriminalisierung des Verhaltens juristischer Personen – mit allen ihren seit dem RG vorgebrachten, und hier nicht zu diskutierenden Einwänden²⁰ – tätig werden.²¹

¹⁹ S. hierzu auch u. III. 5 sowie *Deutscher Richterbund* Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft 2/2017, Nr. 8/17.

²⁰ Zur kontroversen Diskussion über die Einführung der Strafbarkeit von juristischen Personen s. nur *Schünemann* in *Schünemann/Gonzalez* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, S. 265 ff.; *Wattenberg StV* 2000, 95; *Hamm NJW* 1998, 862; *Hetzer wistra* 1999, 361; *Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts*, AT, § 23 VII Rn. 1; *Kühl* in: *Lackner/Kühl StGB*, 29. Aufl. 2018, § 14 Rn. 1a; *Roxin AT*, 4. Aufl. 2006, 8/58 ff.; *RGSt* 16, 221; *RGSt* 47, 91; *BGH v.* 11.7.1952 – 1 StR

c) Örtliche Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der EUSTa erstreckt sich auf strafrechtlich relevantes Verhalten von natürlichen und auch von juristischen Personen, das „ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten begangen wurde“ (Art. 23 a EU-VO = *Territorialitätsprinzip*). Da nicht alle Mitgliedstaaten der EU der verstärkten Zusammenarbeit im Rahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft beigetreten sind, stellt sich die Frage wie die Europäische Staatsanwaltschaft in diesen Ländern tätig werden kann. Hierzu enthält die Verordnung in Art. 23 b, c EU-VO ein modifiziertes *aktives Personalitätsprinzip*. So ist die Europäische Staatsanwaltschaft zuständig für Straftaten, die „von einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats begangen wurden, sofern ein Mitgliedstaat über Gerichtsbarkeit für solche Straftaten verfügt, wenn sie außerhalb seines Hoheitsgebiets begangen wurden, oder außerhalb der in Buchstabe a genannten Hoheitsgebiete von einer Person begangen wurden, die zum Zeitpunkt der Straftat dem Statut oder den Beschäftigungsbedingungen unterlag, sofern ein Mitgliedstaat über Gerichtsbarkeit für solche Straftaten verfügt, wenn sie außerhalb seines Hoheitsgebiets begangen wurden“.

d) Sachliche Zuständigkeit

aa) Zuständigkeit für Straftaten nach der PIF-Richtlinie

Für die Straftaten, welche die EUSTa verfolgen soll, verweist Art. 22 Abs.1 EU-Verordnung auf die sog. PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017, und zwar ist die EUSTa zuständig für die dort genannten Straftaten wie sie „in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind, ungeachtet dessen, ob dieselbe strafbare Handlung im nationalen Recht als andere Art von Straftat eingestuft werden könnte“.²² Art. 3 der PIF-Richtlinie (PIF-RL) führt den Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union wie folgt aus:

- (1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass vorsätzlich begangener Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union eine strafbare Handlung darstellt.
- (2) Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte Folgendes als „Betrug zum Nachteil der finan-

432/52; *BGHSt* 3, 130; *BGH v.* 21.1.1959 – KRB 12/58; *BGHSt* 12, 295; *Stratenwerth* in: *Geppert/Bohner et al.* (Hrsg.), *FS R. Schmitt*, 1992, S. 301; zum Überblick *Joelck* in: *MK, StGB*, 3. Aufl. 2017, vor § 25 Rn. 16 ff.

²¹ Die jüngsten Gesetzgebungsbestrebungen haben die Einführung der Verbandsstrafe bislang jedenfalls abgelehnt. So hat weder die Kommission zur Reform des Sanktionenrechts, die das Bundesministerium der Justiz eingesetzt hatte, in ihrem Abschlussbericht die Einführung einer Verbandsstrafe in das StGB vorgeschlagen noch hat der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts die Verbandsstrafe überhaupt aufgegriffen.

²² Die Richtlinie (EU) 2017/1371 legt Mindestvorschriften für die Definition von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete Straftaten sowie Sanktionen und Verjährungsfristen fest. s. *Deutscher Bundesrat* Unterrichtung durch die Europäische Kommission, Bundesrat Drs. 661/17 vom 04.10.17.

ziellen Interessen der Union“ angesehen werden:

a) in Bezug auf Ausgaben, die nicht im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe stehen, jede Handlung oder Unterlassung betreffend

i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, unrechtmäßig erlangt oder zurückbehalten werden,

ii) das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder

iii) die missbräuchliche Verwendung dieser Mittel oder Vermögenswerte zu anderen Zwecken als denen, für die sie ursprünglich gewährt wurden;

b) in Bezug auf Ausgaben im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe, zumindest wenn sie in der Absicht begangen wird, dem Täter oder einer anderen Person durch Schädigung der finanziellen Interessen der Union einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, jede Handlung oder Unterlassung betreffend

i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, unrechtmäßig erlangt oder zurückbehalten werden,

ii) das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder

iii) die missbräuchliche Verwendung dieser Mittel oder Vermögenswerte zu anderen Zwecken als denen, für die sie ursprünglich gewährt wurden, wodurch die finanziellen Interessen der Union geschädigt werden.

c) in Bezug auf Einnahmen, bei denen es sich nicht um die unter Buchstabe d genannten Einnahmen aus Mehrwertsteuer-Eigenmitteln handelt, jede Handlung oder Unterlassung betreffend

i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel aus dem Haushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, rechtswidrig vermindert werden,

ii) das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder

iii) die missbräuchliche Verwendung eines rechtmäßig erlangten Vorteils mit derselben Folge;

d) in Bezug auf Einnahmen aus Mehrwertsteuer-Eigenmitteln jede im Rahmen eines

grenzüberschreitenden Betrugssystems begangene Handlung oder Unterlassung betreffend

i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Mehrwertsteuer-Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass die Mittel des Unionshaushalts vermindert werden;

ii) das Verschweigen einer mehrwertsteuer-relevanten Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder

iii) die Vorlage richtiger Mehrwertsteuer-Erklärungen zur betrügerischen Verschleierung einer nicht geleisteten Zahlung oder zur unrechtmäßigen Begründung von Ansprüchen auf Erstattung der Mehrwertsteuer.

Außerdem stellt Art. 4 PIF-Richtlinie „andere gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete Straftaten“ unter Strafe wie Geldwäsche (Art. 4 Abs.1 PIF-RL), vorsätzliche Bestechlichkeit und vorsätzliche Bestechung (Art. 4 Abs.2 PIF-RL) und die – untreueähnliche – vorsätzliche missbräuchliche Verwendung von Vermögenswerten entgegen ihrer Zweckrichtung (Art. 4 Abs. 3 PIF-RL). Art. 5 PIF-RL regelt die Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe zu den in der PIF-RL genannten Straftaten sowie den Versuch des Betrugs (Art.3 PIF-RL) und der missbräuchlichen Verwendung (Art. 4 Abs.3 PIF-RL). Bislang ist die PIF-Richtlinie noch nicht in deutsches Recht umgesetzt worden, so dass sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht sagen lässt, welche Straftatbestände im deutschen StGB daraus resultieren werden. Wie die detaillierte Regelung des Art. 3 der PIF-Richtlinie zeigt, ist der Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union nicht schlicht mit dem einfachgesetzlichen § 263 StGB gleichzusetzen.²³ Doch erfassen die bereits bestehenden Normen des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB), der Untreue (§ 266 StGB), der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), der Steuerhinterziehung (§ 370 AO)²⁴ der Geldwäsche (§ 261 StGB), der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB), der Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 332, 334 StGB) sowie des Betrugs (§ 263 StGB) jeweils auch in Verbindung mit § 13 StGB weitgehend das Unrecht, das durch die PIF-Richtlinie bestraft werden soll.²⁵ In schweren Fällen von grenzüberschreitendem

²³ Der Begriff des Nachteils für die finanziellen Interessen der Union (in Art. 86 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV ist wort- und sachgleich mit dem des Art. 325 Abs. 1 und ebenso wie dort auszulegen und erfasst damit die Straftaten wie Geldwäsche, Urkundenfälschung und Bestechlichkeit u.a. über den Betrug hinaus, vgl. Vogel/Eisele in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Fn. 9) Art. 86 AEUV Rn. 22.

²⁴ S. aber für den Bereich für den Bereich direkter Steuern die Einschränkung in Art. 22 Abs. 4 EU-VO.

²⁵ Deutschland hatte bereits 1998 notwendige Veränderungen an § 264 StGB vorgenommen. Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltschaft (BRaK) gewährleisteten insbesondere §§ 263, 266, 298 StGB, § 370 AO den von Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 geforderten strafrechtlichen Schutz; s. BRaK Stellungnahme 36/2017 zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parla-

Mehrwertsteuerbetrug oberhalb einer Schwelle von 10 Mio. € wäre ein entsprechender Absatz in § 261 StGB notwendig sowie der Hinweis, dass die Straftaten die finanziellen Interessen der Union verletzen.²⁶ Für die genannten Delikte ist die EUStA selbst dann zuständig, wenn es sich um rein nationale Fälle ohne grenzüberschreitende Dimension handelt. Die in den Artt. 3 und 4 PIF-RL genannten Straftaten sind als bloße Zielvorgabe an die Mitgliedstaaten zu verstehen, die, sofern die Länder nicht schon entsprechende Vorschriften haben, hinreichend bestimmt in gesetzliche Straftatbestände umgesetzt werden müssen. Nur auf diese bezieht sich dann die sachliche Zuständigkeit der EUStA. Sinnvoll wäre es daher, sofern wie bei § 261 StGB überhaupt Umsetzungsbedarf besteht, den Bezug zum Schutz der finanziellen Interessen der EU hervorzuheben, da die Verordnung allein dieses Rechtsgut schützen will.²⁷

bb) Zuständigkeit für organisierte Kriminalität zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU (Art. 22 Abs. 2 EU-VO)

Die Europäische Staatsanwaltschaft ist über die Straftaten, die in der PIF-Richtlinie aufgeführt sind, ferner zuständig für Straftaten bezüglich der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung im Sinne des in nationales Recht umgesetzten Rahmenbeschlusses 2008/841/JI, wenn der Schwerpunkt der strafbaren Aktivitäten der kriminellen Vereinigung auf der Begehung von Straftaten nach der PIF-Richtlinie liegt. Im deutschen Recht ist dieser Rahmenbeschluss in § 129 Abs.1, Abs.3 StGB umgesetzt.

cc) Zuständigkeit für Straftaten mit Sachzusammenhang

Die Europäische Staatsanwaltschaft ist außerdem für alle anderen Straftaten zuständig, die mit den in der PIF-Richtlinie ausgeführten Straftaten untrennbar verbunden sind, Art. 22 Abs. 3 EU-VO.²⁸ Die Zuständigkeit für diese Straftaten darf nur im Einklang mit Artikel 25 Absatz 3 der EU-Verordnung ausgeübt werden. Somit kann die Europäische Staatsanwaltschaft kraft Sachzusammenhangs auch die Verfolgung anderer Straftaten übernehmen, wenn diese untrennbar mit einem Vermögensdelikt zum Nachteil der EU verbunden sind.²⁹

ments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, S.4.

²⁶ *Europäischer Rat MwStR* 2017, 441; *Vogel/Eisele* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Fn. 9) Art. 86 AEUV Rn. 23.

²⁷ S. hierzu die entsprechende, insbesondere auf § 261 StGB gerichtete Forderung der *BRAK* Stellungnahme Nr. 36/2017 (Fn. 26), S.8.

²⁸ Zur Problematik dieser weiten Zuständigkeit im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzip s. *Ambos Internationales Strafrecht* (Fn. 6), § 13 Rn. 21.

²⁹ Vgl. hierzu *Satzger* *NStZ* 2013, 206 (211), der ein am Rom-Statut orientiertes Komplementaritätsmodell vorschlägt, nach dem die EU die Strafverfolgung immer nur dann übernimmt, „wenn der Mitgliedstaat hierzu nicht willens oder nicht in der Lage ist“.

dd) Keine Zuständigkeit für Straftaten, die nationale, direkte Steuern betreffen

Jedenfalls ist die EUStA nicht zuständig für Straftaten in Bezug auf nationale direkte Steuern, auch nicht für Straftaten, die mit diesen untrennbar verbunden sind. Die Struktur und die Funktionsweise der Steuerverwaltung der Mitgliedstaaten werden von dieser Verordnung nicht berührt.

ee) Abgabe der Zuständigkeit für Straftaten geringeren Ausmaßes

Haben die Straftaten, für welche die EUStA zuständig ist, allerdings einen Schaden von weniger als 100 000 EUR zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union verursacht und ist das Kollegium der Auffassung, „dass im Hinblick auf die Schwere der Straftat oder die Komplexität des Verfahrens im Einzelfall keine Ermittlung oder Strafverfolgung auf Unionsebene erforderlich ist und eine Verweisung im Interesse der Effizienz der Ermittlungen oder der Strafverfolgung besser wäre“, so erlässt es allgemeine Leitlinien, die es den Ständigen Kammern gestatten, ein Verfahren an die zuständigen nationalen Behörden zu verweisen, Art. 34 Abs.3 EU-VO. Eine weitere de-minimis-Klausel enthält Art. 25 Abs.2 EU-VO: „Ist durch eine Straftat, die unter Artikel 22 fällt, ein Schaden von weniger als 10 000 EUR zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union entstanden oder zu erwarten, kann die EUStA ihre Zuständigkeit nur ausüben, wenn der Fall Auswirkungen auf Unionsebene hat, die es erforderlich machen, dass die Ermittlungen von der EUStA geführt werden, oder Beamte oder sonstige Bedienstete der Europäischen Union oder Mitglieder der Organe der Union der Begehung der Straftat verdächtigt werden könnten“. Diese de-minimis-Klausel beschränkt den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Staatsanwaltschaft zu Gunsten der nationalen Strafverfolgung.

5. Verhältnis zur nationalen Staatsanwaltschaft

a) Rekurs auf nationale Verfahrensgrundsätze

Da die sachliche Zuständigkeit der EUStA maßgeblich an nationales Recht gebunden ist, stellt sich die Frage, ob auch die für die Strafverfolgung, Anklage und Verurteilung maßgeblichen Verfahrensgrundsätze des nationalen Rechts Geltung erlangen. Sind für eine Verfolgung durch Delegierte Europäische Staatsanwälte in Deutschland beispielsweise das Legalitätsprinzip nach § 152 Abs.2 StPO und die Opportunitätsvorschriften der §§ 153 ff. StPO³⁰ anwendbar? Richtet sich das Ermittlungsverfahren nach den Grundsätzen des Offizial- und Akkusationsprinzips und gilt der Beschleunigungsgrundsatz? Gelten die Prinzipien des fair-trial, wie sie ihren Ausdruck in Art. 20 III GG und Art. 6 EMRK gefunden haben? Die Bindung an das *Legalitätsprinzip* ist in mehreren Vorschriften der Verordnung erkennbar. So regelt Art. 26 EU-VO, dass bei berechtigter Annahme einer Straftat,

³⁰ Die Einstellungsgründe des Art. 39 EU-VO sehen keine über die de-minimis Klauseln hinausgehenden Opportunitätsgründe vor.

welche in die Zuständigkeit der EUSTa fallen würde, der Delegierte EUSTa in dem Mitgliedstaat ein Ermittlungsverfahren einleitet. Damit erkennt die Verordnung einen Ermittlungs- und Verfolgungszwang an. Die Einhaltung dieser Strafverfolgungspflicht wird überwacht. So enthält die EU-VO im Gegensatz noch zum Verordnungsvorschlag die Möglichkeit der Ständigen Kammer, welcher der Fall zugewiesen wurde, einen Delegierten EUSTa anzuweisen, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, wenn dieser untätig blieb. Auf diesem Weg kontrolliert die Ständige Kammer auf zentraler Ebene die Einhaltung des Legalitätsprinzips. Auch nimmt Erwägungsgrund 66 ausdrücklich Bezug auf das Legalitätsprinzip, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und Straftaten zu Lasten des EU-Haushalts wirksam zu bekämpfen, „sollte die Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeit der EUSTa vom Legalitätsprinzip geleitet sein, nach dem die EUSTa die Vorschriften dieser Verordnung strikt einhält, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeit und ihre Ausübung, die Einleitung von Ermittlungsverfahren, die Beendigung von Ermittlungen, die Verweisung eines Verfahrens, die Einstellung des Verfahrens³¹ und vereinfachte Strafverfolgungsverfahren“. Allerdings sieht die EU-Verordnung nach wie vor keine Sanktionsmöglichkeiten für einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip vor. Weder gibt es Vorschriften für eine Bestrafung wegen Strafvereitelung im Amt oder Verfolgung Unschuldiger noch gibt es eine Art Klageerzwingungsverfahren. Da die Durchsetzung des Legalitätsprinzips für die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft essentiell ist, ist es hier dringlich angeraten, auch den Verfolgungs- und Anklagezwang gesetzlich abzusichern.³² Angesichts der Notwendigkeit, auch Staatsanwälte bei Verletzung ihrer Amtspflichten zu kontrollieren und zu sanktionieren, wären hier Grenzen – etwa nach dem Vorbild des deutschen Rechts – empfehlenswert gewesen.³³

Andere Verfahrensgrundsätze regelt die EU-Verordnung nur vereinzelt. So bestimmt Erwägungsgrund 65 der EU-Verordnung, die EUSTa solle „sich bei ihren Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen von den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, der Unparteilichkeit und der Fairness gegenüber dem Verdächtigen oder Beschuldigten leiten lassen“ und Art. 5 Abs.2 EU-VO bindet die EUSTa bei allen ihren Tätigkeiten an die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der Verhältnismäßigkeit. Art. 37 EU-VO bestimmt, der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung bleibe durch die Verordnung unberührt und Art. 41 EU-VO erklärt die Bindung der EUSTa an die in der Charta (Grundrechtecharta der EU) verankerten Rechten Verdächtiger und Beschuldigter, einschließlich des Rechts auf ein faires Verfahren, der Verteidigungs-

rechte und der Unschuldsvermutung. Zudem haben der Beschuldigte und alle am Verfahren der EUSTa Beteiligte alle Verfahrensrechte, die ihnen das geltende nationale Recht zuerkennt, Art. 41 Abs.3 EU-VO. Da aber die Beschuldigtenstandards in den nationalen Rechtsordnungen immer noch voneinander abweichen, droht eine verfahrensrechtliche Ungleichbehandlung von Beschuldigten, denen – bei gleichem Tatvorwurf – national unterschiedlich ausgeprägte Verfahrensrechte zustehen. Dem Offizial- und Akkusationsprinzip trägt die EU-Verordnung Rechnung, indem die EUSTa durch den Delegierten EUSTa die Anklage erhebt und vor Gericht vertritt. Den Beschleunigungsgrundsatz regelt Art. 5 Abs.5 EU-VO. Opportunitätsgründe spielen bei der Verweisung an nationale Strafverfolgungsbehörden bei der de-minimis-Klausel eine Rolle.³⁴ Im Gegensatz zum Verordnungsvorschlag (Art. 29 VO-Vorschlag) enthält die EU-Verordnung nicht die Möglichkeit einer Einstellung gegen Zahlung eines Geldbetrages nach Wiedergutmachung des Schadens, welcher der Einstellung gegen Auflagen und Weisungen in § 153a StPO vergleichbar wäre. Diese wurde auch sehr kritisiert, da sie zu einer Privilegierung finanziell besser situerter Beschuldigter geführt hätte.³⁵ Sofern die Verordnung sonstige Prozessmaximen nicht regelt, gelten nationales Recht und die dort festgelegten Verfahrensgrundsätze, Art. 5 Abs.3 EU-VO.

b) Verhältnis von nationalem und europäischem Staatsanwalt; Forum Shopping

Die Verordnung räumt den Delegierten EUSTa neben den in ihr enthaltenen Befugnissen im Hinblick auf die Ermittlungen, Strafverfolgungsmaßnahmen und Anklageerhebung die Rechte eines nationalen Staatsanwalts ein (Art. 13 Absatz 1 EU-VO). Zudem fördern und unterstützen die zuständigen nationalen Behörden aktiv die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der EUSTa, Art. 5 Abs. 6 EU-VO, insbesondere für die Durchführung von Zwangsmaßnahmen sollte die EUSTa die nationalen Behörden einschließlich der Polizeibehörden in Anspruch nehmen (Erwägungsgrund 69 EU-VO). Es gilt der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit.³⁶ Der Delegierte Europäische Staatsanwalt kann „die Ermittlungsmaßnahmen und andere Maßnahmen entweder selbst treffen oder die zuständigen Behörden seines Mitgliedstaats dazu anweisen. Diese Behörden stellen im Einklang mit dem nationalen Recht sicher, dass alle Weisungen befolgt werden, und treffen die ihnen zugewiesenen Maßnahmen“, Art. 28 Abs.1 EU-VO. Auch ohne explizite Weisung ergreifen die nationalen Behörden alle erforderlichen Maßnahmen, um wirksame Ermittlungen sicherzustellen.

³¹ Nach Art. 39 EU-VO insbesondere in Fällen des Todes, der fehlenden Straftat, der Gewährung von Straffreiheit oder Immunität, Verjährung, ne bis in idem etc.

³² So bereits schon der *Deutsche Richterbund*, Stellungnahme zur Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft v. 18.7.2013 (KOM [2013] 534 endg.), Nr. 01/14.

³³ Die EU-Verordnung sieht die Entlassung des Europäischen Staatsanwalts nur vor, wenn er keine Gewähr für seine Unabhängigkeit bietet, seine Aufgaben nicht wahrnehmen kann oder sich eines schweren Fehlverhaltens schuldig gemacht hat (Art. 17 EU-VO).

³⁴ S.o. III.4.d) ee).

³⁵ BRAK/DAV Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft Nr. 22/2013 bzw. 48/2013, S. 7 (II.9)

³⁶ Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit sollten auch die zuständigen Stellen der Union, einschließlich Eurojust, Europol und OLAF, die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der EUSTa aktiv unterstützen und mit ihr zusammenarbeiten, Erwägungsgrund 69 EU-VO.

Zum Verhältnis nationaler und europäischer Staatsanwaltschaft bestimmt Erwägungsgrund 58 EU-VO, dass „die Zuständigkeit der EUStA für Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union in der Regel Vorrang vor nationalen Zuständigkeitsansprüchen haben sollte, damit die EUStA für Kohärenz sorgen und die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen auf Unionsebene lenken kann. Hinsichtlich dieser Straftaten sollten die Behörden der Mitgliedstaaten nicht tätig werden, es sei denn, es müssen Eilmaßnahmen getroffen werden, bis die EUStA entschieden hat, ob sie Ermittlungen führt“. Hier wird noch einmal die vorrangige Zuständigkeit der EUStA betont. Die EU-Verordnung regelt auch den Fall, wie zu verfahren ist, wenn bereits die nationale Strafverfolgungsbehörde eines Mitgliedstaats ein Ermittlungsverfahren wegen einer Straftat eingeleitet hat, für die die EUStA sachlich ihre Zuständigkeit ausüben könnte, so unterrichtet diese Behörde die EUStA unverzüglich, damit diese entscheiden kann, ob sie ihr Evokationsrecht (Artikel 27 EU-VO) ausübt. Übt der Delegierte Europäische Staatsanwalt sein Evokationsrecht aus, so zieht er die Sache an sich. Die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats geben ihm dann unverzüglich die Akte ab und führen keine weiteren Ermittlungstätigkeiten in Bezug auf dieselbe Straftat durch. Verzichtet der Delegierte Europäische Staatsanwalt auf die Ausübung seines Evokationsrechts, so hat er die nationale Strafverfolgungsbehörde unverzüglich zu benachrichtigen und auch die Ständige Kammer zu informieren, damit diese eine Entscheidung über eine entsprechende Weisung, zu evozieren, fällen kann.

Die vielfach befürchtete Gefahr eines *Forum shopping*, dass also die EUStA sich aussuchen könne, wo sie Anklage erhebt, ist durch die Verordnung entschärft worden. Art. 26 Abs. 4 EU-VO bestimmt, „dass ein Verfahren in der Regel von einem Delegierten Europäischen Staatsanwalt aus dem Mitgliedstaat eingeleitet und bearbeitet wird, in dem der Schwerpunkt der strafbaren Handlung liegt, oder, falls mehrere miteinander verbundene Straftaten innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der EUStA begangen wurden, aus dem Mitgliedstaat, in dem der Großteil der Straftaten begangen wurde“. Eine Abweichung und Übernahme durch einen Delegierten Europäischen Staatsanwalt eines anderen Mitgliedstaats, der Gerichtsbarkeit für den Fall hat, kann nur angenommen werden, wenn sie gebührend begründet ist, wobei die folgenden Kriterien in der angegebenen Rangfolge gelten „a) gewöhnlicher Aufenthaltsort des Verdächtigen oder Beschuldigten; b) Staatsangehörigkeit des Verdächtigen oder Beschuldigten;³⁷ c) Ort, an dem der Hauptteil des finanziellen Schadens eingetreten ist“ (Art. 26 Abs.4 EU-VO). Nach diesen Maßgaben hat der Delegierte EUStA kein freies Auswahlrecht, wo er Anklage erhebt. Maßgeblich sind die Kriterien der Verordnung. Das ist entscheidend, wären ansonsten einer Missbrauchsgefahr Tor und Tür geöffnet, da die Wahl des Verfahrensstaats weitgehend über das materielle und prozessuale Recht entscheidet, das auf den Fall Anwendung findet.³⁷

³⁷ Vgl. zu den negativen Folgen eines forum shopping für eine effektive Verteidigung Gaede ZStW 115 (2003), 866, 875 mit instruktiven Beispielen.

c) Internes Weisungsrecht innerhalb der Europäischen Staatsanwaltschaft wie im deutschen Recht?

Zur Weisungsgebundenheit der Europäischen Staatsanwaltschaft enthält Art.86 AEUV keine Aussage. Artt. 6, 13 EU-VO füllen diese Kompetenznorm aus und sehen ein *begrenzt*es Weisungsrecht vor. Nach Art. 6 Abs.1 EU-VO ist die Europäische Staatsanwaltschaft unabhängig. Sie darf bei der Erfüllung ihrer Pflichten Weisungen von Personen, Mitgliedstaaten oder Institutionen der Union weder einholen noch entgegennehmen noch sonst bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben beeinflusst werden (Art. 6 Abs.1 EU-VO). Allein der »Europäische Staatsanwalt ist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission für die allgemeinen Tätigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft rechenschaftspflichtig, insbesondere durch Vorlage eines Jahresberichts« (Art. 7 EU-VO). Die Delegierten EUStA, von denen es mindestens zwei pro Mitgliedstaat geben soll, „folgen der Leitung und befolgen die Weisungen der für das Verfahren zuständigen Ständigen Kammer sowie die Weisungen des die Aufsicht führenden Europäischen Staatsanwalts“, Art. 13 Abs.2 EU-VO. Diese Normen entsprechen der Vorstellung der Kommission, nach der die Europäische Staatsanwaltschaft keine autonome Organisation der Union sein soll, sondern dezentral Abgeordnete Europäische Staatsanwälte in jedem Mitgliedstaat eingesetzt werden sollen, für deren Personalstatut das innerstaatliche Recht gilt.³⁸ Die Delegierten EUStA sind »dienst- sowie disziplinarrechtlich dem Europäischen Staatsanwalt unterstellt, dessen Weisungen sie unterworfen sein sollen.«³⁹ Die Verordnung enthält also ein internes Weisungsrecht des EUStA gegenüber den Delegierten EUStA, die in den Mitgliedstaaten die Strafverfolgung übernehmen. Seinerseits ist der EUStA und die Europäische Staatsanwaltschaft insgesamt von Weisungen der EU-Organen und Mitgliedstaaten unabhängig. Der Deutsche Richterbund moniert die Regelungen über die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten als zu unklar. So sei nicht deutlich, wie die Delegierten EUStA ihre Ermittlungen eigenverantwortlich durchführen sollen, andererseits aber von den Weisungen und Anweisungen der Ständigen Kammer und dem EUStA abhängig zu sein.⁴⁰ Auch sei die Aufgabenverteilung innerhalb der Behörde geeignet, die Verantwortungsbereiche der einzelnen Beteiligten zu verschleiern.

Der Kritik ist zuzugeben, dass die EU-Verordnung keine detaillierte Regelung eines Weisungsrechts der EUStA enthält. Eine solche Regelung – etwa nach deutschem Vorbild des § 147 GVG – wäre nützlich, um die beschränkte Weisungsabhängigkeit inhaltlich deutlicher zu machen.⁴¹ Die Regelung in Art. 6 EU-VO bindet die Mitglieder der Europäischen Staatsanwaltschaft an die Interessen der Union, wie sie rechtlich definiert sind („as defined by law“). Eine politische Einflussnahme durch nationale Parlamente ist damit ausgeschlossen. So be-

³⁸ Zur dezentral aufgebauten Einrichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft s. die Ausführungen der Europäischen Kommission, KOM (2013) 534 endg., S. 18.

³⁹ Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Fn. 9), Art.86 AEUV Rn 52.

⁴⁰ Deutscher Richterbund Stellungnahme Nr. 8/17 (Fn. 19), S. 6.

⁴¹ S. hierzu Magnus GA 2014, 314 ff.; dies. ZRP 2015, 181.

stimmt Art. 6 EU-VO ausdrücklich, dass die EUSTa unabhängig sei und bei der Erfüllung ihrer Pflichten „Weisungen von Personen außerhalb der EUSTa, von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union weder einholen noch entgegennehmen dürfen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union achten die Unabhängigkeit der EUSTa und versuchen nicht, sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinflussen“. Ein externes Weisungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten gibt es folglich auf EU-Ebene nicht.

d) Abgabe nationaler Souveränitätsrechte?

Die Möglichkeit der Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft ist auf zum Teil heftigen Widerstand gestoßen. So wird in ihr u. a. ein schwerer Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten gesehen.⁴² Er sei mit der Strafrechtspflege als Kern der nationalen Souveränität nicht vereinbar, wenn die Europäische Staatsanwaltschaft unter dem Schutz europarechtlicher Immunität handeln würde. Auch wird der Vorwurf einer »repressiven und bürgerrechtsunfreundlichen Kriminalpolitik« erhoben, da es als Gegenstück an der Institution eines Europäischen Strafverteidigers fehle.⁴³ Einige Kritiker fordern daher, auf Seiten der Verteidigung einen »Eurodefensor« zu schaffen und gleichzeitig die Beschuldigtenrechte zu stärken.⁴⁴ Dass der EU-Gesetzgeber im Zuge der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft nicht die Notwendigkeit sah, ein Europäisches Pflichtverteidigersystem zu schaffen, ist zu kritisieren. Er schafft damit kein prozessuales Gegenstück zur Staatsanwaltschaft, um die Beschuldigtenrechte zu stärken. Im Sinne der Waffengleichheit wäre ein europäisches Pflichtverteidigersystem sinnvoll.⁴⁵ 13

⁴² Vgl. zu diesen und anderen Einwänden Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Fn. 9), Art.86 AEUV Rn 8.

⁴³ Vgl. nur Schünemann/Nestler/Szwarc/Mitchell in: Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006; Schünemann ZStW 116 (2004), 376, 388 ff.; ders. StraFo 2003, 344; Vogel ZStW 116 (2004), 400, 414. Vgl. auch instruktiv zum Prinzip der Waffengleichheit im Europäischen Rechtsraum Safferling NStZ 2004, 181, 182.

⁴⁴ S. zum Vorschlag eines »Eurodefensors« Schünemann, in: ders. (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, (zu Art. 111–174 a) sowie die Vorschläge der AGIS-Arbeitsgruppe in: Schünemann (Hrsg.), Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 49 ff.; s. auch Esser in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 59 Rn 5 ff.; vgl. auch Satzger NStZ 2013, 206, 212, der zudem die Errichtung eines Europäischen Strafgerichts vorschlägt; ebenso Zeder JSt 2010, 221. An dieser Kritik ändert auch der Umstand nichts, dass die Kommission in der Mitteilung KOM (2013) 532 den »besseren Schutz der von Ermittlungen Betroffenen« zu einem Hauptzweck der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und der Reform von Eurojust erklärt hat, s. ebd. S. 3 Punkt 1.

⁴⁵ Ein solches System würde auch eine sinnvolle Unterstützung etwa bei der Vermittlung von Verteidigern in den Mitgliedstaaten ermöglichen zu der Arbeit von bspw. CCBE (Council of the Bars and Law Societies of the EU) und der ECBA (European Criminal Bar Association), die als Vereinigungen bereits die Kontakte zwischen Verteidigern in den europäischen Mitgliedstaaten herstellen.

Parlamente der Mitgliedstaaten hatten zudem mit der Subsidiaritätsrüge (Art. 5 EUV) den Vorschlag der Kommission im Gesetzgebungsverfahren angegriffen. Es wurde »die Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht, die Zuständigkeitsabgrenzung speziell bei Bagatelldfällen und die Sicherstellung einer effektiven Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Staatsanwaltschaft und den Mitgliedstaaten« in Frage gestellt.⁴⁶ In ihren Stellungnahmen haben die Parlamente die »gerichtliche Überprüfbarkeit der Ermittlungsmaßnahmen bei etwaigem administrativen Fehlverhalten sowie die Integration abgeordneter Europäischer Staatsanwälte in Mitgliedstaaten« gerügt.⁴⁷ Gerügt wurde insbesondere der unzureichende Nachweis der Erforderlichkeit der Maßnahme; die unzureichende Prüfung von Alternativen, insbesondere die mögliche Stärkung der Kompetenzen von OLAF und Eurojust; das Nichtabwarten der PIF-Richtlinie zum Zeitpunkt der Verordnungsvorschlags; das zu starke Zurückdrängen nationaler Kompetenzen bei der Verfolgung der einschlägigen Straftaten; die unklare Zuständigkeitsabgrenzung; der nicht ausreichende Schutz der Rechte der Verfahrensbeteiligten; die Vereinbarkeit mit Grundrechten etc.⁴⁸ Die Kommission hat die Bedenken zu einem großen Teil für unbeachtlich gehalten; da die endgültige EU-Verordnung jedoch in einer Reihe von Punkten von dem Verordnungsvorschlag abweicht, wurden einige der Bedenken im Legislativverfahren gleichwohl berücksichtigt. 8 Mitgliedstaaten der EU sind der verstärkten Zusammenarbeit über die Europäische Staatsanwaltschaft nicht beigetreten und haben die EUSTa abgelehnt. Ob bei Ländern wie Polen und Ungarn, welche der EUSTa nicht beigetreten sind, und die von großen europäischen Transferzahlungen profitieren und in der Vergangenheit über eine Anzahl von Betrugsfällen in ihren Mitgliedstaaten berichtet hatten⁴⁹, die Ablehnung auch mit einem Desinteresse an eigener Korruptionsverfolgung und der Einhaltung rechtsstaatlicher Standards sowie möglicher Profitierung von Subventions- oder Mehrwertsteuerbetrug in Milliardenhöhe zusammenhing, steht unausgesprochen – und unbewiesen – im Raum.⁵⁰

IV. Notwendigkeit einer europäischen Strafverfahrensordnung?

Mit der Errichtung einer Europäische Staatsanwaltschaft geht die Frage einher, ob wir eine einheitliche europäische Strafverfahrensordnung brauchen. Nicht unproblematisch

⁴⁶ Deutscher Bundestag Wissenschaftliche Dienste, Nr. 09/13 v. 20.11.2013.

⁴⁷ Zu weiteren Einwänden wie s. Esser StV 2014, 494, 499.

⁴⁸ Vgl. die Liste der Rügen unter ww@w.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130534.do

⁴⁹ Schnichels EuZW 2017, 625, 626.

⁵⁰ Freilich kommen auch weitere Gründe in Betracht wie die Schwierigkeit, organisierte Tätergruppen bei komplexen, grenzüberschreitenden Taten wirksam zu verfolgen, Erschwerung der Rechtshilfe wegen unterschiedlicher materieller Strafbestimmungen in den Mitgliedstaaten; die Priorität, die der Verfolgung nationaler vor europäischer Straftaten eingeräumt wird sowie die beschränkten sachlichen Ressourcen und Fähigkeiten einiger Mitgliedstaaten, Betrügereien zum Nachteil der Union aufzudecken; vgl. Esser StV 2014, 494, 495 m.w.N.

matisch ist, dass durch die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft ein Europäischer Strafverfolgungsraum geschaffen werden soll, für den es keine (rechtsstaatliche) Grundlage gibt, da die Prozessrechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten noch zu unterschiedlich sind.⁵¹ In der Tat hatte die Kommission bereits 2001 in ihrem Grünbuch die „Schaffung eines vom Recht der Mitgliedstaaten unabhängigen europäischen Strafrechts“ erwogen.⁵² Die Verordnung legt zwar die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung bestimmter Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union fest. Die entsprechenden Strafgesetze finden sich jedoch in den mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen, die bereits in großen Teilen harmonisiert sind bzw. durch die PIF-Richtlinie weiter harmonisiert werden. Darüber hinaus kann das Europäische Parlament und der Rat weitere Harmonisierungsmaßnahmen, insbesondere im Rahmen des Art. 325 Abs. 4 AEUV vornehmen.⁵³ Allerdings hat die EU im Zuge des Lissaboner Vertrags primärrechtlich die Harmonisierung des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts nur durch Richtlinien und nicht Verordnungen vorgesehen. So können nach Art. 82 Abs. 2, 83 AEUV nur Richtlinien Mindeststandards vorgeben, die grundsätzlich der Umsetzung in nationales Recht bedürfen, dabei den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen und keine unmittelbare Wirkung zum Nachteil von Unionsbürgern entfalten (Art. 288 UAbs. 3 AEUV).⁵⁴ Eine unmittelbare Strafrechtssetzung (durch Verordnungen) der EU scheidet daher aus. Letzteres haben die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und der deutsche Anwaltsverein (DAV) gefordert und scharf kritisiert, dass die Kommission bereits in dem EU-Verordnungsvorschlag die Schaffung einer solchen Verfahrensordnung nicht berücksichtigt hat.⁵⁵

Beide Optionen haben Vor- und Nachteile. Für eine Anwendung des nationalen Strafprozessrechts spricht zum einen, dass sich Art. 86 Abs. 3 AEUV auf eine Schaffung solcher Verfahrensvorschriften bezieht, die für die Europäische Staatsanwaltschaft, nicht aber für das Recht der nationalen Gerichtsorganisation und das gerichtliche Hauptverfahren gelten. Auch kann bei einer Anwendung des nationalen Strafprozessrechts das Gericht des betroffenen Mitgliedstaats nach eigenem Recht prozessie-

ren, was Vorteile für die Rechtsanwendung hat. Andererseits wäre bei der Ermittlungstätigkeit und Anklagerhebung in einem solchen Fall das Recht anwendbar, das für die Europäische Staatsanwaltschaft gilt, was zu einem Statutenwechsel führen würde. Eine Herausforderung bei der Anwendung nationalen Rechts wäre zudem, dass die Europäische Staatsanwaltschaft in der Lage sein muss, auch im gerichtlichen Hauptverfahren die nationale Strafprozessordnung anzuwenden, was bei grenzüberschreitenden Sachverhalten schwierig sein kann.⁵⁶ Die Anwendung eines europäischen Strafverfahrensrechts hätte demgegenüber den Vorzug, dass das gesamte Verfahren nach einem einheitlichen Strafprozessrecht beurteilt werden könnte, ein schwieriger Statutenwechsel also nicht erforderlich wäre. Doch bestünde die Gefahr einer „Fragmentierung des Strafprozessrechts auf nationaler Ebene“, wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet wären, die einschlägigen Vermögenstraftaten nach einem anderen als dem eigenen Verfahrensrecht zu verhandeln und abzuurteilen.⁵⁷ Die Schwierigkeit der Schaffung einer eigenen Europäischen Rechtsordnung hat zudem das Ringen um ein europäisches Zivilgesetzbuch eindrücklich gezeigt. Der ursprüngliche Traum von einem umfassenden Europäischen Zivilgesetzbuch, der zum Teil in dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) verwirklicht werden sollte, hat sich schnell zu einem schmalen Regelungsprojekt für den Verbraucherkauf im Internet verkleinert. Die Schaffung einer einheitlichen Europäischen Strafprozessordnung der EU-Mitgliedstaaten, deren nationale Strafprozessordnungen wenig kompatibel sind, sähe sich möglicherweise ähnlichen Umsetzungsschwierigkeiten ausgesetzt. Doch zeigt auch der Blick auf das Zivilprozessrecht, dass im Wege der Brüssel Ia Verordnung einheitliche Standards etwa zur Zuständigkeit und gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen auf europäischer Ebene getroffen werden konnte. Obwohl ein Konsens der Mitgliedstaaten über ein einheitliches Konzept eines europäischen Straf- und Strafverfahrensrechts, das sowohl den nationalen Interessen der Mitgliedstaaten Genüge tut, als auch den unionsrechtlichen Anforderungen entspricht, momentan nicht in Sicht ist, ist gleichwohl auf lange Sicht die Entwicklung einer zumindest rudimentären europäischen Verfahrensordnung erstrebenswert. Auch die Schaffung eines unions-einheitlichen Strafanwendungsrechts ist wünschenswert. Dieses hätte indes die Voraussetzung, dass auch ein einheitliches materielles Unionsstrafrecht existieren müsste.⁵⁸ Sollte in Zukunft ein solches Unionsrecht geschaffen werden, dann wäre auch der Weg für ein echtes

⁵¹ So Grünwald HRRS 2013, 508 (515) mit Verweis auf Esser Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 4; Wolter in: FS für Kohlmann, 2003, S. 693, 715; eingehend bereits Eser ZStW 108 (1992), 86 ff.; Weigend ZStW 104 (1992), 486 ff.; Perron ZStW 112 (2000), 202, 211; zu den kulturellen Hintergründen Hörnle ZStW 117 (2005), 801 ff.

⁵² Europäische Kommission KOM (2001) 715 endg. S. hierzu krit. Hecker Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 39 ff. (42) mwN; befürwortend hingegen etwa Brüner/Spitzer NSTz 2002, 393.

⁵³ Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim Das Recht der Europäischen Union (Fn. 19), Art. 86 AEUV Rn. 49.

⁵⁴ Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim Das Recht der Europäischen Union (Fn. 19), Art. 86 AEUV Rn. 48.

⁵⁵ Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und Deutscher Anwaltsverein (DAV), Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, 4/2015, S. 2.

⁵⁶ Freilich räumt die EU-Verordnung bei grenzüberschreitenden Ermittlungen dem Delegierten EUSTa die Möglichkeit ein, nach dem Recht seines Mitgliedstaates die Zuweisung an den unterstützenden EUSTa vorzunehmen und auch die Anklage nach seinem Recht zu erheben, s.o. III.3.

⁵⁷ Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim Das Recht der Europäischen Union (Fn. 19), Art. 86 AEUV Rn. 43.

⁵⁸ Obgleich im Bereich der Kerngebiete des Kriminalstrafrechts ein weitreichender Konsens auf EU-Ebene besteht, sind für die Souveränität und Identität der europäischen Staaten aber auch gerade die bestehenden Unterschiede von Bedeutung, etwa bei der Behandlung ethisch umstrittener Phänomene wie der Abtreibung, dem Lebensschutz oder dem Inzest, s. Safferling GLJ 2009, 1383, 1384; Landau NSTz 2013, 194, 196.

EU-Strafanwendungsrecht geebet.⁵⁹ Bis zum Erlass einer einheitlichen Verfahrensordnung ist angesichts der Tatsache, dass das eigentliche Strafverfahren vor einem nationalen Gericht geführt wird (Artt. 4, 36 EU-VO) und die Abgeordneten Europäischen Staatsanwälte die gleichen Befugnisse haben wie die einzelstaatlichen Staatsanwälte (Art. 13 Abs.1 EU-VO) nationales Strafverfahrensrecht die Grundlage eines „europäischen“ Strafverfahrens.⁶⁰

V. Erfordernis einer effektiven gerichtlichen Kontrolle

Nach Art. 86 Abs.3 AEUV ist der Unionsgesetzgeber ermächtigt, Vorschriften für die gerichtliche Kontrolle der Handlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft zu erlassen. Dahinter steht das Rechtsstaatsprinzip, das einen effektiven Rechtsschutz in Form von Rechtsbehelfen gegen die Prozesshandlungen der Europäische Staatsanwaltschaft, insbesondere der Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen verlangt.⁶¹ Die gerichtliche Kontrolle dient auch der Überprüfung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Ermittlungsverfahrens. In der EU-Verordnung ist die gerichtliche Kontrolle der Staatsanwaltschaft jedoch statt einem Unionsgericht, einem nationalen Gericht übertragen. Ob nationale Gerichte indes in der Lage sein werden, eine supranationale Institution effektiv zu kontrollieren, ist fraglich. Gerade bei grenzüberschreitenden Ermittlungen dürfte es für ein nationales Gericht nicht leicht sein, alle Zwangs- und Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebungen, die sich auf mehrere Mitgliedstaaten erstrecken können, zu überprüfen. Während die Kommission in ihrem Verordnungsvorschlag⁶² noch als Begründung für die Kontrolle durch nationale Gerichte angeführt hat, dass die „Europäische Staatsanwaltschaft zum Zwecke der gerichtlichen Kontrolle als einzelstaatliche Behörde“ gelte, greift die endgültige EU-Verordnung diese Begründung nicht auf. Zwar nehme laut Art. 42 EU-VO die EUSTa vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr (gem. Art. 86 Abs. 2 AEUV) und ihre Handlungen stünden in engem Zusammenhang mit einer etwaigen Strafverfolgung und entfalteten somit Wirkungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Auch würden in vielen Fällen die Handlungen von nationalen Strafverfolgungsbehörden auf Weisung der EUSTa ausgeführt. Gleichwohl stuft die Verordnung die EUSTa nicht als einzelstaatliche Behörde ein. Im Gegensatz zum Verordnungsvorschlag

enthält die endgültige EU-Verordnung Regelungen, die dem EuGH eine begrenzte Kontrolle einräumen. So entscheidet gem. Art. 42 EU-VO der EuGH im Wege der Vorabentscheidung (Art. 267AEUV) u.a. über die die Gültigkeit einer Verfahrenshandlung der EUSTa, über die Auslegung oder die Gültigkeit der Bestimmungen der EU-Verordnung; die Auslegung der Verordnung in Bezug auf etwaige Zuständigkeitskonflikte zwischen der EUSTa und den zuständigen nationalen Behörden, über die Beschlüsse der EUSTa zur Einstellung eines Verfahrens, sofern diese unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts angefochten werden, über Streitigkeiten über Schadensersatzforderungen oder Schiedsgerichtsregelungen etc. Damit überprüft der EuGH zwar nicht Entscheidungen der EUSTa, die sie in Ausübung ihrer Aufgaben der Ermittlung, Verfolgung oder Anklageerhebung getroffen hat. Allerdings überwacht er die Auslegung und Einhaltung der Verordnung. Somit wird anders als noch im Verordnungsvorschlag (Art. 36 VO-Vorschlag)⁶³ in den genannten Bereichen dem EuGH die gerichtliche Kontrolle über die EUSTa übertragen.⁶⁴ Das ist begrüßenswert, weil die gerichtliche Kontrolle durch den EuGH in diesen Bereichen den Vorzug einer einheitlichen europäischen Handhabung hat. Da es der Kommission jedoch ein Anliegen ist, hinreichend Spielraum für zukünftige Entwicklungen zu lassen⁶⁵, ließe sich auch daran denken, in der Zukunft eine Institution wie ein Europäisches Strafgericht zu schaffen.⁶⁶

Esser weist zu Recht auf ein weiteres Problem hin: Sowohl der EUSTa als auch der Delegierte EUSTa würden „als »Beamte und sonstige Bedienstete der Union« bezüglich der von ihnen in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen« im »Hoheitsgebiet jedes Mitgliedstaats« »von der Gerichtsbarkeit [befreit]«, (Art. 11 Prot. Nr. 7), dürften hingegen ihrerseits die Aufhebung der Immunität Verdächtiger beantragen“ (nach Art. 29 Abs.2 EU-VO).⁶⁷ Das folgt aus dem derzeitigen Art.96 Abs.5 EU-VO, nach dem das Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union auf die EUSTa und ihr Personal Anwendung findet. Wie auf diese Weise „ein effektiver Individualrechtsschutz auf europäischer Ebene als »Ersatz« für den weitgehenden Ausfall einer rechtsstaatlichen Kontrolle der EUSTa auf nationaler Ebene“ erreicht werden könne, ist ungewiss. Die Streichung des Art. 96 Abs. 5 EU-VO wäre hier wohl die einzig sinnvolle Maßnahme, auf diesen Einwand zu reagieren.

VI. Ausblick

Für die europäische Integration ist es ein wichtiges Ziel, dass ein einheitlicher und autonomer europäischer Rechtsraum entsteht. Die EUSTa könnte zum Ursprung

⁵⁹ Wasmeier/Killmann in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 86 AEUV Rn. 39. Vgl. auch bereits den Entwurf zu einer Modell-Verfahrensordnung für die Errichtung der EUSTa, abrufbar unter <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules>.

⁶⁰ S. dazu auch Ambos Internationales Strafrecht (Fn. 6), § 13 Rn. 23.

⁶¹ Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten iSv Art. 6 Abs. 3 EUV, s. Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim Das Recht der Europäischen Union (Fn. 19), Art. 86 AEUV Rn. 59.

⁶² S. bereits die Begründung in Europäische Kommission COM (2013) 534 final, p. 7.

⁶³ Europäische Kommission COM (2013) 534 final, p. 34.

⁶⁴ Vgl. zum Verhältnis von einer gerichtlichen Kontrolle auf nationaler Ebene zum Individualrechtsschutz auf Unions-ebene im Stadium der Ermittlungen vor Anklageerhebung Esser StV 2014, 494, 501.

⁶⁵ S. Europäische Kommission KOM (2003) 128 endg., S. 23.

⁶⁶ Zur Forderung eines eigenen Europäischen Strafgerichtshofs s. Suhr in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Rn. 27; Schönemann in: ders. (Hrsg.) Gesamtkonzept (Fn. 42), S. 49.

⁶⁷ Esser StV 2014, 494, 501.

eines *supranationalen europäischen Strafprozessrechts* werden. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass die Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten sich für die Errichtung einer EUStA entschieden haben. Bislang gab es keine wirksamen Mittel zur Verfolgung von Straftaten zu Lasten des Unionshaushaltes. Dies hat sich mit der Einführung der EUStA geändert. Ländern, die bislang nicht willens oder in der Lage waren, ihnen möglicherweise vorteilhafte Straftaten zu Lasten des Unionshaushaltes zu verfolgen, dürfte es in Zukunft schwerer fallen, solche Taten ungestraft zu lassen. Zwar benennen die Mitgliedstaaten die EUStA und die Delegierten EUStA und können damit beeinflussen, wer und dadurch ggfs. auch wie er ermittelt. Doch müssen die ausgewählten Staatsanwälte „jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten“ (Art. 17 Abs.2 EU-VO) und können abgelehnt und bei Fehlverhalten von zentraler europäischer Ebene entlassen werden. Die so wichtige Unabhängigkeit der EUStA, auch von Weisungen von Personen außerhalb der EUStA, von EU-Mitgliedstaaten und Einrichtungen der Union (Art.7 EU-VO) soll verhindern, dass sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben beeinflusst oder von extern gesteuert werden kann. Ob die Delegierten EUStA von einer Straftat gegen die finanziellen Interessen der EU Kenntnis erlangen, hängt jedoch auch davon ab, ob die nationalen Behörden und alle EU-Stellen, die EUStA umgehend über mögliche Betrugstaten informieren.⁶⁸ Somit entscheidet nicht zuletzt auch die Kooperation der nationalen Stellen der Mitgliedstaaten über eine erfolgreiche Strafverfolgung durch die EUStA. Die Verordnung schafft einen Ausgleich zwischen den Europäischen und nationalen Kompetenzen, wobei der nationale Bezug deutlich erkennbar ist und überwiegt. So regelt die endgültige Verordnung nicht die

⁶⁸ S. die entsprechende Forderung hierzu in Erwägungsgrund 48 EU-VO.

Ermittlungs- und Untersuchungsmaßnahmen einheitlich, sondern gibt nur wesentliche Maßnahmen vor, welche das nationale Recht ergänzen und ermöglichen muss. Auch die gerichtliche Kontrolle soll im Wesentlichen durch die nationalen Gerichte erfolgen. Diese Entscheidung für eine starke Bindung an das nationale Recht und gegen die Schaffung eines unionsweiten Strafverfahrensrechts ist eine Konzession an die Mitgliedstaaten, denen die Strafverfolgung als Teil ihres Gewaltmonopols überlassen bleiben sollte. Die Kommission sieht darin „eine Schonung der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, weil Eingriffe in deren Verfahrensordnungen so weit wie möglich vermieden würden“.⁶⁹ Der EU-Gesetzgeber hat damit den nationalen Verfahrensordnungen und Rechts Traditionen Vorrang eingeräumt und sich gegen möglichst einheitliche Befugnisse und Verfahrensstandards für die Arbeit der Europäischen Staatsanwaltschaft entschieden. Gleichwohl nimmt die zentrale Ebene der EUStA Einfluss auf die nationale Strafverfolgung und überwacht entscheidend die auf nationaler Ebene geleistete Arbeit, um so die originär europäischen Interessen zum Schutz des Unionshaushaltes zu wahren. Diese Verknüpfung europäischer und nationaler Kompetenzen hat beachtliches Potential. Dem EU-Gesetzgeber ist mit der EUStA ein *großer Wurf* gelungen, auch wenn das Kritik im Detail (s.o.) nicht ausschließt. Der Blick in die Zukunft der EUStA ist positiv und es bleibt zu hoffen, dass die Verzahnung nationaler und europäischer Kompetenzen erfolgreich sein und zu einer vermehrten Anklage und Verurteilung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU führen wird.

⁶⁹ Zugleich werde auf diese Weise dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen (Art. 5 IV EUV), s. COM (2013) 534 final, p. 5, 10, 12; *Grünwald* HRRS 2013, 508, 511.

Vorsatz und Fahrlässigkeit beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

Zugleich Besprechung von BGH 1 StR 64/17 – 20. September 2017 = HRRS 2018 Nr. 66

Von Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M.*

I. Einführung

Die Praxis der Gerichte bietet als Lehrmeisterin immer wieder Anlass dazu, abstrakte Begriffe durch ihre Exemplifizierung genauer zu bestimmen. Einen solchen Anlass hat neuerdings der Erste Strafsenat des BGH mit seinem Urteil vom 20.9.2017 gegeben, in dem er sich schwerpunktmäßig mit den grundlegenden Kategorien von Vorsatz und Fahrlässigkeit für den Bereich der Betäubungsmittel nach § 29 BtMG beschäftigt hat. Im Einzelnen wurde zunächst der Vorsatz unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln iSd § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG angesprochen und dabei die Unkenntnis der Betäubungsmittelleigenschaft besonders hervorgehoben. Im Anschluss daran wurde auf die Fahrlässigkeit unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln iSd § 29 Abs. 4 iVm. Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG eingegangen und zwar in zweierlei Hinsicht: Das Gericht hat in einem ersten Schritt die Möglichkeit fahrlässigen Handeltreibens anerkannt und in einem zweiten Schritt die Sorgfaltsanforderungen erörtert.

Die Thesen der vorliegenden Besprechung vorweg:

1. Das „Betäubungsmittel“ ist ein normativ geprägtes Merkmal und zur Bejahung des Vorsatzes muss sich die gesetzgeberische Grundentscheidung „Betäubungsmittelleigenschaft“ (aufgrund der konstitutiven Wirkung der Aufnahme in eine der Anlagen I bis III BtMG) im Verständnishorizont des konkreten (ggf. sogar „Profi“-)Täters widerspiegeln (dazu unter III.1.);

2. Fahrlässiges Handeltreiben ist durchaus möglich und dogmatisch haltbar, wobei das Element der Eigennützigkeit eines Güterumsatzes als spezielles Schuldmerkmal betrachtet werden kann (dazu unter III.2.a.);

3. Der Fahrlässigkeitsmaßstab ist ein anderer (genauer genommen: weniger streng) als der Maßstab der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (dazu unter III.2.b.).

II. Der Weg zur Entscheidung des Ersten Strafsenats

1) Ausgangsfall¹

Der Hauptangeklagte war über eine Webseite im Versandhandel mit selbst hergestellten Kräutermischungen tätig. Die Webseite wurde ihm durch einen Freund übertragen, dem er selber Kräutermischungen lieferte und bei deren Herstellung und Vermarktung half, der allerdings gesundheitsbedingt mit dem Handel aufhören wollte. Die Kräutermischungen waren mit synthetischen Cannabinoiden versetzt, die zur damaligen Zeit nicht dem Betäubungsmittelgesetz unterfielen. Der Hauptangeklagte, der den Handel als Gewerbe anmeldete und sich eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zuteilen ließ, beschaffte sich die erforderlichen synthetischen Cannabinoide stets über das Unternehmen „r.“, das sich für die Lieferungen des Unternehmens DHL bediente und ferner Bestellungen per Nachnahme zuließ. Die Legalität der synthetischen Cannabinoide überprüfte der Hauptangeklagte jede Woche und war insofern bereit, auf deren Gebrauch zu verzichten, falls bestellte Substanzen allen Anzeichen nach in eine Anlage des Betäubungsmittelgesetzes aufgenommen werden würden.

Entgegen seiner Erwartung wurden dem Hauptangeklagten am 14.8.2015 (*Fall 375 der Anklage*) sowie an verschiedenen Tagen im Oktober 2015 (*Fälle 380-383 der Anklage*) Kräutermischungen geliefert, die statt des legalen synthetischen Cannabinoids MDMB-CHMINACA den illegalen und seit längerer Zeit nicht mehr bestellten Wirkstoff AB-CHMINACA enthielten sowie den ebenfalls illegalen und bei „r.“ zu keinem Zeitpunkt je bestellten Wirkstoff 5F-AB-PINACA.

* Habilitationsstipendiatin an der Universität Regensburg im Rahmen des Professorinnenprogramms II des BMBF – z.Z. Forschungsaufenthalt beim Collège de France, Paris.

¹ BGH 1 StR 64/17 Rn. 4 ff. = HRRS 2018 Nr. 66.

Weitere Bestellungen des synthetischen Cannabinoids MDMB-CHMINACA sowie entsprechende Lieferungen veranlasste der Hauptangeklagte zwischen Anfang März 2015 und 22.8.2015 (*Fall 384 der Anklage*). Aufgrund der wöchentlichen Legalitätsüberprüfung ging er dann davon aus, dass nun auch diese Substanz durch die 30. BtMÄndV verboten sei. Die zum damaligen Zeitpunkt noch übrig gebliebenen ca. 3,3 kg Kräutermischung enthielten ebenfalls entgegen seiner Vorstellung die zwei oben genannten illegalen Substanzen. Interesse an einer größeren Menge davon bekundete eine polizeiliche Vertrauensperson, die am 13.11.2015 mit dem Hauptangeklagten in dessen Wohnung den Kauf von 2 kg Kräutermischung zu einem Grammpreis von 1,50 Euro vereinbarte. Der Hauptangeklagte wies ausdrücklich auf die Illegalität der Vereinbarung hin, zumal er irrtümlicherweise von einem Inkrafttreten der 30. BtMÄndV zum 12.11.2015 (statt zum 21.11.2015) ausging. Die Übergabe von 1,6 kg Kräutermischung zu einem Preis von 3.000 Euro fand am 19.11.2015 in Anwesenheit des Mitangeklagten statt. In der Wohnung wurden ferner die vorrätig gehaltene Menge Kräutermischung sowie zahlreiche Waffen und gefährliche Gegenstände gefunden, die vom Hauptangeklagten zur Verletzung von Personen bestimmt waren.

2) Das erstinstanzliche Urteil des LG Heilbronn²

Da weder vorsätzliches noch fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln festgestellt werden konnte, wurde der Hauptangeklagte durch das Landgericht (LG Heilbronn – Urteil vom 15.7.2016) in den Fällen 375 sowie 380 bis 383 der Anklage freigesprochen. Fahrlässiges Handeltreiben nach § 29 Abs. 4 BtMG komme insbesondere deswegen nicht in Betracht, weil jegliche Anhaltspunkte dafür gefehlt hätten, die illegale Substanzen enthaltenden Lieferungen des Lieferanten „r.“ nachzuprüfen. Im Fall 384 der Anklage hat das Landgericht den Hauptangeklagten zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet, wobei beides zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Der Mitangeklagte wurde mangels Nachweises seiner Kenntnis von der Illegalität des fraglichen Verkaufs freigesprochen und das Landgericht hat für den durch die vollzogene Untersuchungshaft erlittenen Schaden eine Entschädigung zu Lasten der Staatskasse zugebilligt.

III. Inhalt und Bewertung der Entscheidung des Ersten Strafsenats

Nach wirksamer Beschränkung bezog sich die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des LG Heilbronn auf die geschilderten Fälle 375 und 380 bis 383 (Freispruch des Hauptangeklagten) sowie auf den Fall 384 (Strafausspruch hinsichtlich des Hauptangeklagten und Freispruch des Mitangeklagten).³ Der Erste Strafsenat des BGH hat das Rechtsmittel verworfen, wobei die Ausführungen zu dem für rechtsfehlerfrei gehaltenen

Freispruch des Hauptangeklagten besonders gründlich waren.⁴ Gerade diese Ausführungen stellen den Schwerpunkt der Entscheidung dar und bieten Anlass, über die Kategorien von Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 29 BtMG nachzudenken. Für die Ziele der Besprechung müssen sonstige zweitrangige materiell- wie prozessrechtliche Fragen außer Acht gelassen werden.

Hinsichtlich des Freispruchs des Hauptangeklagten hat der Senat zunächst die beweismäßigsten Erwägungen zum fehlenden *Vorsatz* bestätigt.⁵ Im Einzelnen habe das LG Heilbronn ein rechtlich nicht zu beanstandendes Verständnis des Vorsatzes iSd § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG erarbeitet. Unter Berücksichtigung der allgemeinen, sich im Umkehrschluss aus § 16 StGB ergebenden Vorsatzerfordernisse umfasse der Vorsatz die Kenntnis davon, dass sich die Tathandlung auf ein Betäubungsmittel iSd § 1 Abs. 1 BtMG bezieht. Dem Gesetz liege nämlich neben dem Enumerationsprinzip das Prinzip der Positivliste zugrunde, weswegen die Aufnahme von Stoffen und Zubereitungen in die Anlagen I bis III BtMG konstitutiv für deren Betäubungsmittelleigenschaft sei. Mangels eines sog. materiellen Betäubungsmittelbegriffs begründe umgekehrt allein die Kenntnis der Wirkungsweise von Substanzen keinen Vorsatz, sie könne aber eine indizielle Bedeutung haben. Die Unkenntnis der Betäubungsmittelleigenschaft wirke somit vorsatzausschließend, und zwar unabhängig von der strafrechtlichen Einordnung des Merkmals „Betäubungsmittel“ als deskriptives oder normatives Tatbestandsmerkmal oder der Bewertung der § 29 und § 29a BtMG als Blankettstraftatbestände.

Im Anschluss daran hat sich der Erste Strafsenat mit der Beweiswürdigung zur fehlenden *Fahrlässigkeit* befasst.⁶ Das LG Heilbronn gehe von einem zutreffenden Verständnis der Fahrlässigkeit iSd § 29 Abs. 4 BtMG aus. Seine Auffassung, dass fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ebenfalls zu verneinen sei, hat der Erste Strafsenat in zwei Schritten begründet: Im ersten Begründungsschritt wird die Möglichkeit fahrlässigen Handeltreibens anerkannt und somit an der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung festgehalten. Fahrlässiges Handeltreiben sei phänomenologisch möglich und das Element der Eigennützigkeit eines Güterumsatzes könne auch beim fahrlässigen Handeltreiben gegeben sein. Fahrlässig handle, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begehe, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten habe vermeiden können und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt habe. Fahrlässig iSd § 29 Abs. 4 BtMG treibe insbesondere 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 entfalte, obwohl er nach den konkreten Umständen des Einzelfalls bei sorgfältigem Verhalten die Betäubungsmittelleigenschaft hätte erkennen können. Auf die zu erbringenden Sorgfaltsanforderungen ist der Erste Strafsenat im anschließenden zweiten

² BGH 1 StR 64/17 Rn. 1-2, 9-10 = HRRS 2018 Nr. 66.

³ BGH 1 StR 64/17 Rn. 11-16 = HRRS 2018 Nr. 66.

⁴ BGH 1 StR 64/17 Rn. 17-34 = HRRS 2018 Nr. 66.

⁵ BGH 1 StR 64/17 Rn. 19-21 = HRRS 2018 Nr. 66.

⁶ BGH 1 StR 64/17 Rn. 26-34 = HRRS 2018 Nr. 66.

Begründungsschritt eingegangen. Welche Sorgfaltsanforderungen einzuhalten seien, bestimme sich wesentlich anhand der Vorhersehbarkeit des Umstands, mit einem Betäubungsmittel iSd § 1 Abs. 1 BtMG tatbestandlich umzugehen. Maßgeblich sei damit für den Fahrlässigkeitsmaßstab grundsätzlich die Erkennbarkeit des Risikos tatbestandlichen Verhaltens unter den jeweils konkreten Umständen des Falles. Der konkrete Sachverhalt ist nach dem Senat derart gestaltet gewesen, dass das Landgericht darin für den Angeklagten zutreffend keinen genügenden Anlass gesehen habe, die durch das Unternehmen „r.“ gelieferten synthetischen Cannabinoide seinerseits labortechnisch untersuchen zu lassen, und auch keinen Grund, an der Zuverlässigkeit des Lieferanten zu zweifeln, lediglich nicht gelistete Stoffe zu vertreiben und zu liefern. Den Hauptangeklagten hätten somit keine weitergehenden Sorgfaltspflichten getroffen, zumal es auch keinen erkennbaren Anlass für die Möglichkeit gegeben habe, mit Betäubungsmitteln in strafatbestandsmäßiger Weise umzugehen. Vielmehr habe der Hauptangeklagte trotz seiner Kenntnis von der Verwendung der durch ihn selbst hergestellten Kräutermischungen darauf vertrauen dürfen, lediglich die von ihm bestellten, in den maßgeblichen Zeiträumen nicht als Betäubungsmittel iSd § 1 Abs. 1 BtMG erfassten Cannabinoiden zu erhalten und zu verwenden. Allein aus der Handelstätigkeit mit synthetischen Cannabinoiden, die keine Betäubungsmittelleigenschaft aufweisen, folge keine umfassende Pflicht zur chemischen Analyse. Andernfalls läge eine unverhältnismäßige Beschränkung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit vor.

1) Näher zum Vorsatz und zum Irrtum über normativ geprägte Merkmale

Da die Irrtumslehre nur die Doluslehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet ist⁷, hat der Erste Strafsenat mit seiner Entscheidung vom 20.9.2017 einen guten Anlass gegeben, den abstrakten Begriff des altbekannten „Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale“ am Beispiel des § 29 Abs. 1 BtMG zu exemplifizieren und seine Behandlung zu erörtern.⁸ Ausgangspunkt der hiesigen Überlegungen ist insbesondere die Aussage des Senats, dass die Unkenntnis der Betäubungsmittelleigenschaft vorsatzausschließend wirkt, und zwar „unabhängig von der strafrechtlichen Einordnung des Merkmals ‘Betäubungsmittel’ als deskriptives oder – näher liegend – als normatives Tatbestandsmerkmal oder der Bewertung der § 29 und § 29a BtMG als Blankettstrafatbestände“⁹.

In diesem Satz kann man die Bestätigung dessen sehen, dass die strafrechtliche Irrtumslehre einheitlich und konsequent anzuwendende Begriffe und Kriterien braucht. Das bedeutet:

⁷ Vgl. Schmidt-Leichner, Unrechtsbewusstsein und Irrtum in ihrer Bedeutung für den Vorsatz im Strafrecht, 1935, S. 13 mwN.

⁸ Eine vorbildliche Exemplifizierung am Beispiel des § 54 KWG hat der VI. Zivilsenat letztes Jahr sogar zweimal geliefert; s. BGH VI ZR 266/16, Urteil vom 16.05.2017 (Anm. Papathanasiou jurisPR-StrafR 22/2017, Anm. 4) und BGH VI ZR 424/16, Urteil vom 27.06.2017 (Anm. Papathanasiou jurisPR-StrafR 25/2017, Anm. 4).

⁹ BGH 1 StR 64/17 Rn. 21 = HRRS 2018 Nr. 66.

Entweder werden die Tatbestandsmerkmale unterschiedlich und strikt klassifiziert (deskriptive, normative, Blankettmerkmale usw.) und sind diese Klassifizierungen dann maßgeblich für die – ebenfalls unterschiedliche – Behandlung von Irrtümern. Oder es wird ein einziger umfassender Begriff als neue Kategorie eingeführt, der dann auch zu einer einheitlichen Irrtumsdogmatik führt. Tertium non datur!

Dass die zweite Alternative der richtige Weg ist, zeigt auch der vorliegende Fall. Es ist nämlich so, dass es dem Schrifttum bis heute nicht gelungen ist, zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen klar zu unterscheiden. Das ist vielleicht auch schwerlich möglich¹⁰ oder sogar nicht einmal notwendig.¹¹ Im Gegensatz zu den deskriptiven Merkmalen, welche das bloße Erkennen der Tatsachen für den Vorsatz ausreichen lassen, verlangen normative Tatbestandsmerkmale nach herrschender Ansicht über die reine Tatsachenkenntnis hinaus das Erfassen des sozialen Bedeutungsgehalts dieser Merkmale im Sinne einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Noch schwieriger fällt die Trennung, wenn man zusätzlich zwischen normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettmerkmalen unterschieden will (beide verweisen zu ihrer Vervollständigung auf etwas anderes). Wie bereits an anderen Stellen dargelegt, ist es entbehrlich, zwischen Blankettvorschriften und normativen Tatbestandsmerkmalen zu unterscheiden, weil diese Unterscheidung keiner verlässlichen Regel folgt, sich somit als willkürlich erweist und im Ergebnis nicht sachgerecht ist. Die Komplexität der Vorsatz- und Irrtumsfragen wird ferner durch die vereinzelt vertretene Rückkehr zur reichsgerichtlichen Irrtumslehre weiterhin unterstrichen, nämlich durch die Verortung aller rechtlichen Fragen auf der Ebene der Schuld.¹²

Es lässt sich somit feststellen, dass die Irrtumsdogmatik durch den vorhandenen Begriffswirrwarr und die jedenfalls nicht konsequente Anwendung der vielen eingeführten Begriffe in große Bedrängnis geraten ist. Es bedarf deswegen eines einzigen umfassenden Begriffs, sodass der Handelnde, aber gleichermaßen auch der einen Angeklagten beurteilende Richter die anzuwendenden Vorsatzerfordernisse von vornherein wissen kann, auch unabhängig davon, ob eine Vorschrift dem sog. Kern- oder Nebenstrafrecht zugeordnet wird (auch diese tradierte Unterscheidung lässt sich nicht konsequent durchführen¹³). Mit anderen Worten: Jeder muss a priori wissen können, was zum Vorsatz gehört. Plakativ

¹⁰ Vgl. T. Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 219 ff. mwN.

¹¹ A.A. Haas, in: Festschrift für Puppe, 2011, S. 93 ff. (insb. S. 104 in fine: „An der Unterscheidung zwischen beiden Begriffstypen ist somit festzuhalten!“).

¹² Ausf. zu den verschiedenen Ansätzen inkl. Kritik Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 37-105 [Überschrift: „Die Palette der Irrtumsdogmatik“]; T. Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 253-268, 358-367, 422-430, der unter anderen Prämissen ebenfalls eine irrumsdogmatische Gleichbehandlung aller Merkmale mit Bezug auf Vorfelddnormen de lege lata (S. 365 ff.) wie de lege ferenda (S. 438 ff.) vertritt.

¹³ Dazu ausf. Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 183 ff.

formuliert: Jeder muss a priori wissen können, wie viel Wissen strafbar macht. Dementsprechend wäre anzuregen, „normativ geprägte Merkmale“ im Allgemeinen zu thematisieren.¹⁴ Die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ist anschließend durch das verfassungsbezogene Kriterium der „Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters“ (abgekürzt: WGVT-Formel) zu ersetzen.

Vorteile der WGVT-Formel sind u.a. folgende¹⁵:

(i) Nach diesem Kriterium wird nicht mehr auf Laien abgestellt (so bisher das Kriterium der Parallelwertung in der Laiensphäre), iS eines Nicht-Juristen, sondern auf den konkreten Normadressaten iS eines in seinem eigenen Lebens- und Verkehrskreis handelnden und nach dessen Maßstäben zu beurteilenden Bürgers. Ein Laie kann insofern ein „Profi“, ein Spezialist bzw. Fachmann sein. *Im Ergebnis steht der Bürger als der konkrete Normadressat im Mittelpunkt der Irrtumslehre.*¹⁶

(ii) Ferner muss nicht von der Laiensphäre, sondern von dem Verständnishorizont des Täters gesprochen werden, zumal der Wortsinn der Strafnorm aus der Sicht des konkreten Normadressaten zu bestimmen ist und überdies individuelle Fähigkeiten bereits bei der Prüfung der Vorsätzlichkeit mit berücksichtigt werden.¹⁷ Denn in den Fällen, in denen der Täter ein Spezialist bzw. ein „Profi“ in seinem Gebiet ist, *stellt bereits die jeweilige Fachsprache den alltagssprachlichen Wortsinn dar, und hierbei ist als „gesellschaftliches Zusammenleben“ der jeweilige besondere Lebens- bzw. Berufskreis des Bürgers zu verstehen.*¹⁸

(iii) Der Täter muss schließlich hinsichtlich „normativ geprägter Merkmale“ über eine reine Tatsachenkenntnis hinaus nicht die fragwürdige und wenig aussagekräftige soziale Bedeutung (wie die Parallelwertung in der Laiensphäre es verlangt) erkannt haben, sondern die gesetzgeberische Grundentscheidung über das materiell rechtswidrige Verhalten. Die gesetzgeberische Grundentscheidung ist nämlich allen Strafvorschriften immanent und stellt somit einen zuverlässigen gemeinsamen Nenner dar, an dem sich der erforderliche Vorsatzgegenstand ausrichten lässt. Dabei geht es um eine Wertentscheidung darüber, ob bestimmte

Verhaltensweisen als ungerecht und unerträglich erscheinen; und zwar unerträglich für ein Zusammenleben, wie es sich die Normadressaten in ihrer Kultur als problemlos vorstellen und wünschen.¹⁹

Irrt sich der Täter über irgendein „normativ geprägtes Merkmal“, verkennt er also objektive Tatsachen bzw. scheitert bei ihm die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung in seinem Verständnishorizont, so liegt gem. § 16 StGB ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor. Der Irrtum über normativ geprägte Merkmale ist also zunächst gemäß § 16 StGB zu bewerten und kann entweder Tat- oder Rechtsirrtum sein.²⁰ Somit steht dem Täter bereits die Anwendung von § 16 StGB in größtmöglichem Umfang zur Verfügung. Denn die herrschende Ambivalenz bezüglich der Qualifikation von Tatbestandsmerkmalen ermöglicht (in der Regel) den Gerichten, je nach Wunsch andere Maßstäbe zu setzen und „die Karte des Verbotsirrtums zu früh auszuspielen“.²¹ Die genannte Großzügigkeit wird jedoch dadurch begrenzt, dass der Verständnishorizont des Täters individuelle Fähigkeiten schon auf der Ebene des subjektiven Tatbestands mitzuberücksichtigen erlaubt.²² Ist die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters vollzogen, dann kommt nur ein Subsumtionsirrtum in Betracht, der nun möglicherweise einen Verbotsirrtum darstellen kann.

Was bedeutet nun das alles praktisch? Mit der sehr zu begrüßenden Aussage des Ersten Strafsenats ist der Irrtum über das Merkmal „Betäubungsmittel“ losgelöst von den unterschiedlichen Klassifizierungen zu behandeln. Im hiesigen Fall wurden entgegen seiner Erwartung dem Hauptangeklagten im August und Oktober 2015 Kräutermischungen geliefert, die statt des legalen synthetischen Cannabinoids MDMB-CHMINACA den illegalen und seit längerer Zeit nicht mehr bestellten Wirkstoff AB-CHMINACA enthielten sowie den ebenfalls illegalen und bei „r.“ zu keinem Zeitpunkt je bestellten Wirkstoff 5F-AB-PINACA. Betrachtet man das Betäubungsmittel als ein „normativ geprägtes Merkmal“ und die „Betäubungsmittelleigenschaft“ als die gesetzgeberische Grundentscheidung (aufgrund der konstitutiven Wirkung der Aufnahme in eine der Anlagen I bis III BtMG), dann wäre zur Bejahung des Vorsatzes die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Hauptangeklagten erforderlich. Der Verständnishorizont des Hauptangeklagten ist nach den Maßstäben seines eigenen Lebens- und Verkehrskreises zu bestimmen (seine Domäne war der gewerbsmäßige Umgang mit selbst hergestellten Kräutermischungen), und

¹⁴ Papathanasiou, in: Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 467 ff.; ausf. dies., Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 20, 36, 70 ff., 105 ff., 117 ff., 279.

¹⁵ Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, passim (zusammengefasst zum Mehrwert des Kriteriums s. insb. S. 282 ff.).

¹⁶ Papathanasiou, in: Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 467 ff.; ausf. dies., Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, passim (insb. S. 117 ff., 226 ff., 278 ff.).

¹⁷ Zur Analyse der strafrechtlichen Irrtumslehre innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schulprinzips Papathanasiou, in: Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 467 ff.; vert. dies., Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, passim (insb. S. 215-216, 226 ff. [Überschrift: „Der Bürger als der konkrete Normadressat der Strafnorm: Zum Verständnishorizont des Täters“], 283).

¹⁸ Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 230.

¹⁹ Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 215-216, 233 ff., 268 ff., 281.

²⁰ Papathanasiou, in: Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 481 [Fn. 76, 79]; ausf. dies., Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 70 ff., 99 ff., 279; T. Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 253 ff.

²¹ Dahm MDR 1959, 508 ff., 509.

²² So etwa im Fall der Entscheidung BGH VI ZR 266/16, Urteil vom 16.05.2017 (Anm. Papathanasiou jurisPR-StrafR 22/2017, Anm. 4).

individuelle Fähigkeiten sind ebenfalls mitzubeherrschenden (Anmeldung des Gewerbes, regelmäßige Legalitätsprüfung, standardisierte Bestellungen bei vertrautem Lieferanten). Der Sachverhalt spricht somit dafür, dass der Hauptangeklagte von der Möglichkeit nicht wusste, dass der Gegenstand seines Handelns ein Betäubungsmittel im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG war. Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung „Betäubungsmittelleigenschaft“ musste demnach scheitern. Der Hauptangeklagte befand sich, so auch das Votum des Ersten Strafsenats, in einem Fahrlässigkeitsdelikt nach § 16 StGB, der den Vorsatz in Bezug auf das normativ geprägte Merkmal „Betäubungsmittel“ ausschließt.

2) Näher zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und zum Fahrlässigkeitsmaßstab

Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB bleibt im Allgemeinen die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt. Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach § 29 Abs. 4 iVm. Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG kommt allerdings in concreto mangels Pflichtwidrigkeit nicht in Betracht. Die maßgeblichen Ausführungen zur fehlenden Fahrlässigkeit bilden das Herzstück der hiesigen Entscheidung, welche daher zusätzlich einen guten Anlass gibt, über die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit beim unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln sowie den abstrakten Begriff des Fahrlässigkeitsmaßstabs nachzudenken.

a) Möglichkeit fahrlässigen Handelns: Die Eigennützigkeit eines Güterumsatzes als spezielles Schuldmerkmal

Bei dem hiesigen Sachverhalt kam es allein auf die Eigenschaft des gehandelten Stoffs an, im Handlungszeitpunkt Betäubungsmittel iSd § 1 Abs. 1 BtMG zu sein. Nach der einschlägigen Aussage des Ersten Strafsenats zeigt gerade dieser Sachverhalt, dass die Eigennützigkeit eines Güterumsatzes auch bei fahrlässigem Handelns mit Betäubungsmitteln gegeben sein kann.²³ Soweit das Gesetz in § 29 Abs. 4 BtMG die Fahrlässigkeit neben dem Vorsatz ebenfalls explizit iSd § 15 StGB unter Strafe stellt, hat das Gericht zu Recht an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten²⁴, die Begründung könnte aber eine andere sein. Im Folgenden werden deswegen einige ergänzenden Gedanken dargelegt, die dann in eine konkrete Alternativlösung münden.

Das in den Tatbestand hineingelesene Merkmal der Eigennützigkeit eines Güterumsatzes wurde durch die Rechtsprechung mit dem Ziel entwickelt, die Reichweite der Vorsatzstrafbarkeit einzuschränken. Man kann sich die Frage stellen: Warum sollte das nicht gleichermaßen für die Fahrlässigkeit gelten bzw. warum sollte das im Rahmen der Fahrlässigkeit als problematisch erscheinen? Die Eigennützigkeit eines Güterumsatzes wird als tatbestandsmäßige Voraussetzung verstanden, mithin als

ein zusätzlich erforderliches subjektives Tatbestandsmerkmal. Es handelt sich somit um eine sog. „überschießende Innentendenz“. Von einer solchen spricht man im Allgemeinen, wenn der subjektive Tatbestand eines Strafgesetzes in konkreten Konstellationen mehr verlangt als eine bloße Abbildung der Merkmale des objektiven Tatbestandes. Als Beispiele werden immer wieder § 242 und § 263 StGB erwähnt. So unterscheidet etwa das Vorliegen von Zueignungsabsicht den Diebstahl von der bloß ausnahmsweise strafbaren Gebrauchsanmaßung nach § 248b StGB sowie von der Sachentziehung (sofern nicht bereits eine Wegnahme fehlt) und von eigenmächtigen Verfügungen zugunsten des Sacheigentümers.²⁵ Dass der Diebstahl nicht bestraft wird, wenn er fahrlässig begangen wurde, ist zwar wohl naheliegend, sagt aber nichts darüber, dass „sonstige subjektive Merkmale“ unvorstellbar oder gar dogmatisch unhaltbar innerhalb eines Fahrlässigkeitsdelikts wären. Dagegen spricht wohl der tradierte systematische Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts. Zu diesem Aufbau ist jedoch das Vorliegen sog. spezieller Schuldmerkmale kompatibel. Man kann sich nun die weitere Frage stellen: Ist es die Zueignungsabsicht, die das Unrecht des Diebstahls ausmacht? Ein rechtsvergleichender Blick könnte die Frage gleich verneinen: Etwa definiert der französische Code Pénal den Diebstahl («vol») in Artikel 311-1 lediglich als „die arglistige Entziehung = Wegnahme der Sache eines anderen“ («la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui»).²⁶ Und spätestens seit zwei Urteilen der *Chambre Criminelle* des *Cour de Cassation* aus dem Jahre 1959 versteht man diese Formulierung auch so, dass der Diebstahl keine zusätzliche innere Tendenz verlangt, die über den Wegnahmevervorsatz hinausginge.²⁷ Die Wegnahme ist somit im französischen Recht dasjenige Charakteristikum, welches das Unrecht des Diebstahls ausmacht. Und es spricht einiges dafür, dass sie dies auch im deutschen Recht sein könnte. Denn der Berechtigte leidet allein darunter, dass er nicht mehr über die Sache verfügen kann, und für diesen Nachteil sind die Absichten des Täters ohne Belang.

Führen wir die Gedanken weiter, stoßen wir auf die nächste Frage: Was unterscheidet den Vorsatz von der Fahrlässigkeit, weswegen etwa die Bereicherungsabsicht nur bei Ersterem nicht aber bei Letzterem nachzuvollziehen wäre? Um das noch klarer zu machen, begeben wir uns auf die zerbrechliche Ebene der Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit:

²⁵ Vgl. BeckOK StGB/Wittig, 37. Edition – Stand: 1.2.2018, § 242 Rn. 28.

²⁶ Aus der deutschen Literatur ausf. dazu T. Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 325-339.

²⁷ Es handelt sich um die Entscheidungen («arrêts») vom 19.2.1959 (abgedruckt in: Rec. Dalloz, 1959; Jur., S. 331) und vom 28.10.1959 (abgedruckt in: Rec. Dalloz, 1960; Jur., S. 314). Bezug darauf nehmend u.a. auch Spielmann, Avocat Général à la Cour de la Justice Benelux, in seinen «Conclusions du Ministère Public dans l’Affaire A 82/4» vom 9.3.1983, S. 4 ff. mit Nachweisen zur ähnlichen Regelung des Diebstahls in Belgien (online verfügbar unter http://www.courbeneluxhof.be/arresten/FR/A/A_82_4_51_7.pdf; zuletzt abgerufen am 10.3.2018). Aus der deutschen Literatur s. T. Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 339 mwN.

²³ BGH 1 StR 64/17 Rn. 21 = HRRS 2018 Nr. 66.

²⁴ Zust. auch Körner/Patzak/Volkmer-Patzak, BtMG 8. Aufl. 2016, § 29 Rn. 174 ff.; krit. MüKoStGB/Kotz/Oğlakcioglu, 6. Band, 3. Aufl. 2017, BtMG § 29, Rn. 1695, jeweils mwN.

Nach hL rechnet der Täter in beiden Fällen mit der Möglichkeit, dass die im Gesetz genannten Umstände gegeben sind und dass sein Verhalten den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges bewirkt. Der Unterschied liegt nur darin, dass der Täter diese Folge beim *dolus eventualis* hinnimmt und sich mit dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung abfindet (kennzeichnende Formulierung hierfür: „na wenn schon“), während er bei bewusst fahrlässigem Handeln auf das Nichtvorliegen des betreffenden Tatumstandes oder sonst auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut (kennzeichnende Formulierung hierfür: „es wird schon gut gehen“).²⁸ Auf ein zusätzlich erforderliches subjektives Merkmal wie die Bereicherungsabsicht sollte es keinen Einfluss haben, ob sich der Täter etwa mit dem Risiko der Vermögensverfügung oder eines Vermögensschadens abfindet oder nur auf deren Ausbleiben vertraut. Ohnehin rekuriert man auf objektive Indizien, um die eine oder andere innere Vorstellung anzunehmen und diese somit tatsächlich festzustellen. Hinzu kommt, dass überschießende Innentendenzen, obwohl subjektive Merkmale, von der hM generell als tatbezogene Merkmale verstanden werden²⁹, was ihre Beschränkung auf Vorsatzdelikte noch kurioser erscheinen lässt. Das Vorliegen des einen subjektiven Merkmals (Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit) schließt insofern das Vorliegen des (selbständigen!) anderen subjektiven Merkmals (überschießende Innentendenz; sonstige subjektive Merkmale) nicht aus. Am Beispiel des Diebstahls verdeutlicht: Dafür, dass ich beim Verlassen einer großen Party die Absicht habe, einen bestimmten Mantel mitzunehmen und wie meinen eigenen zu benutzen (Zueignungsabsicht), ist es belanglos, ob ich mich mit dem Risiko abfinde (Eventualvorsatz bzgl. der Fremdheit der Sache) oder dieses Risiko zwar erkenne, aber darauf vertraue, dass es sich um meinen Mantel handelt (Fahrlässigkeit bzgl. der Fremdheit der Sache). Es ist eine andere Frage, um es noch einmal hervorzuheben, dass der fahrlässige Diebstahl wie auch der fahrlässige Betrug nicht bestraft werden. Dabei geht es um eine kriminalpolitische Frage und um die Strafbedürftigkeit. Nur aufgrund des *Ultimatio-Prinzips* hat sich der Gesetzgeber entschieden, diese Fälle dem BGB zu überlassen.

Insofern ist auch zu begrüßen, dass der Erste Strafsenat in seiner Entscheidung das fahrlässige Handeltreiben mit Betäubungsmitteln für „phänomenologisch möglich“ hält. Der Begriff der Phänomenologie stammt aus den griechischen Worten „phainomenon“ und „logos“ und das Verb „phaino“ bedeutet „scheinen“. Ein Phänomen ist etwas, was zeigt, was einem Menschen unmittelbar erscheint und die Phänomenologie ist nicht das Nachdenken über einen bestimmten Gegenstandsbereich, sondern es geht um die ganze Bandbreite menschlichen Erlebens. Maxime des Vaters der Phänomenologie, Husserl, war der Spruch: „Auf die Sachen selbst zurückgehen“. Auch wenn dieser Begriff wohl nicht in seinem philosophischen

Sinne verwendet wurde, beschreibt er sehr elegant das, was zu sagen ist. Beobachtet man das menschliche Verhalten, in concreto das Verhalten des Hauptangeklagten, sieht man jemanden, der Geld durch den Umgang mit synthetischen Cannabinoiden verdient hat. Und das tat er absichtlich, professionell und mit der „Rückversicherung“ der regelmäßigen Legalitätsprüfung. Wenn bei einer solchen Tätigkeit ein Fehler unterläuft, wie das dann auch tatsächlich passiert ist (durch die Lieferung anderer Wirkstoffe), dann handelt der Betreffende fahrlässig, und diese Fahrlässigkeit ändert nichts an seiner Absicht, durch sein Verhalten Geld zu verdienen. Man stellt somit in der Tat fest, dass das Vorliegen des einen subjektiven Merkmals (Fahrlässigkeit) das Vorliegen des anderen (Eigennützigkeit eines Güterumsatzes als überschießende Innentendenz) nicht ausschließt.

Interessant ist des Weiteren, die Divergenz der Meinungen hinsichtlich der Klassifizierung einiger Merkmale in Betracht zu ziehen. Es besteht nämlich keine Einigkeit darüber, ob gewisse Merkmale als sonstige subjektive Elemente oder als spezielle Schuldmerkmale zu betrachten sind.³⁰ Beispielsweise wird nach § 315c Abs. 3 StGB ein Fahrer bestraft, der aus Fahrlässigkeit „grob verkehrswidrig und rücksichtslos“ handelt. Insbesondere das Merkmal der *Rücksichtslosigkeit* zeigt die gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens, wobei rücksichtslos handelt, „wer sich zwar seiner Pflichten als Verkehrsteilnehmer bewusst ist, sich aber aus eigensüchtigen Gründen, etwa seines ungehinderten Fortkommens wegen, darüber hinwegsetzt, mag er auch darauf vertraut haben, dass es zu einer Beeinträchtigung anderer Personen nicht kommen werde“.³¹ Das Merkmal ist somit „nach h.M. Bestandteil des subjektiven Tatbestands und zugleich ein strafbarkeitsbegründendes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB“.³² Es wird aber zugleich die Auffassung vertreten, dass es sich bei der *Rücksichtslosigkeit* «nach hM um ein besonderes Schuldmerkmal» handelt.³³ Noch auffälliger ist die Divergenz der Meinungen hinsichtlich der sog. täterbezogenen Mordmerkmale und insbesondere derjenigen der 3. Gruppe: Beide dort normierten Absichten lassen sich von der hM als subjektive Merkmale klassifizieren, nach einer anderen Meinung stellen sie spezielle Schuldmerkmale dar und sind deswegen in der Schuld zu prüfen, während sowohl *Ermöglichungsabsicht* als auch *Verdeckungsabsicht* mittlerweile auch bei nur *bedingtem* Tötungsvorsatz denkbar ist.³⁴ Der inkonsistente Umgang mit zentralen termini technici der Strafrechtsdogmatik ist offensichtlich. Es ist nun für die hier interessierende Thematik zu überlegen: Wenn Fahrlässigkeit in Bezug auf ein rücksichtsloses, aus eigensüchtigen Gründen resultierendes Verhalten möglich ist, das entweder die gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens aufzeigt oder für ein beson-

²⁸ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 325, 329-330. So auch die st. Rspr. zum bedingten Vorsatz; repräsentativ ist dabei die hochaktuelle Entscheidung BGH 4 StR 399/17 (Rn. 17) vom 1.3.2018 zum Berliner „Raser-Fall“, der im Schrifttum unterschiedlich rezipiert wurde; s. *Hoven/Kubiciel* NStZ 2017, 439; *Mitsch* DAR 2017, 70; T. *Walter* NJW 2017, 1350.

²⁹ Vgl. BeckOK StGB/Kudlich StGB § 28 Rn. 13.

³⁰ Gegen die dogmatische Kategorie der speziellen Schuldmerkmale wie auch gegen die Unterscheidung zwischen Absichten, Motiven und Beweggründen T. *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 122-128.

³¹ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Hecker, 29. Aufl. 2014, StGB § 315c Rn. 28.

³² *Eisele* JA 2007, 168 ff., 170; MüKoStGB/Pegel, 5. Band, 2. Aufl. 2014, StGB § 315c Rn. 83 jeweils mwN.

³³ BeckOK StGB/Kudlich StGB § 315c Rn. 39.3.

³⁴ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB § 211 Rn. 35.

deres Schuldmerkmal gehalten wird – warum sollte dann ein Verhalten unmöglich sein, das zugleich fahrlässig ist und die Eigennützigkeit eines Güterumsatzes ausdrückt?

Zusammenfassend sind somit vier Punkte festzuhalten: Erstens werden überschießende Innentendenzen, obwohl subjektive Merkmale, von der h.M. generell als tatbezogene Merkmale verstanden werden. Zweitens ist die Unterscheidung zwischen Absichten, Motiven und Beweggründen oft schwer durchzuführen. Drittens werden Absichten (wie bei § 211 StGB) einmal als sonstige subjektive Merkmale und einmal als spezielle Schuldmerkmale klassifiziert. Und viertens ist ein Spiel mit Worten wie „eigennützig“ vs. „eigenständig“ nicht geeignet, um ein Merkmal dogmatisch einzuordnen oder sonstige dogmatische Folgen daran zu knüpfen. Aufgrund dieser vier Feststellungen wäre im Rahmen der hiesigen Thematik anzuregen, das ohnehin durch die Rechtsprechung entwickelte Merkmal der Eigennützigkeit eines Güterumsatzes als *spezielles Schuldmerkmal* zu betrachten. Vorteil dieser Alternativlösung ist, dass spezielle Schuldmerkmale ohne Weiteres gleichermaßen für fahrlässige Delikte anerkannt werden und eine derartige Einordnung der Natur des Fahrlässigkeitsdelikts besser gerecht würde.

Wiederum eine andere Frage ist, inwiefern die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach § 29 Abs. 4 BtMG de lege ferenda noch zu legitimieren wäre. Diesbezüglich kann man zu Recht skeptisch sein. An dieser Stelle hilft wieder ein rechtsvergleichender Blick: Sowohl in Frankreich (Artikel 222-34 bis 222-43-1 Code pénal) als auch in Griechenland (Artikel 20 Gesetz 4139 v. 20.3.2013) gibt es keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit mehr. In der Gesetzesbegründung des aktuellen griechischen Betäubungsmittelgesetzes steht sogar explizit, dass „die Beibehaltung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für durchaus ziellos und irrational gehalten wurde“.³⁵

b) Fahrlässigkeitsmaßstab: Weniger streng als der Maßstab der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

Nach dem Ersten Strafsenat treibt fahrlässig iSd § 29 Abs. 4 BtMG insbesondere 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. Maßgeblich für den Fahrlässigkeitsmaßstab ist dabei die Erkennbarkeit des Risikos tatbestandlichen Verhaltens unter den jeweils konkreten Umständen des Falles.³⁶ Wie streng soll aber dieser Fahrlässigkeitsmaßstab sein? So streng wie bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums? Im Folgenden sollen die verschiedenen Argumente dieser

ebenfalls altbekannten Diskussion von der Suche nach dem Fahrlässigkeitsmaßstab dargelegt werden.

Die Rechtsprechung fasst den *Maßstab der Vermeidbarkeit* zu Recht strenger als den der Fahrlässigkeit. Es gilt dementsprechend, dass im Bereich der Verbotskenntnis die an den Täter zu stellenden Anforderungen strenger sein sollen als jene bei der (Tat-)Fahrlässigkeit.³⁷ Bereits dem Urteil BGHSt 4, 236 zufolge können die „bei den fahrlässigen Delikten für die Beurteilung des Verschuldens entwickelten Grundsätze [...] nicht ohne weiteres für die Beantwortung der Frage verwendet werden, ob ein Verbotsirrtum verschuldet ist“.³⁸ Ähnlich waren die Ausführungen des grundlegenden Urteils *zum* Verbotsirrtum bei Ordnungswidrigkeiten, demzufolge der Verbotsirrtum verschuldet ist, wenn „der Täter bei gehöriger Anspannung seines Gewissens das Unrechtmäßige seines Tuns [hätte] erkennen können [...]“. Dabei sind an den Täter höhere Anforderungen zu stellen als hinsichtlich der Beobachtung der im Verkehr erforderlichen und dem Täter zuzumutenden Sorgfalt bei den Fahrlässigkeitsdelikten.“³⁹

Der Begriff „Vermeidbarkeit“ lässt sich allerdings mit Fahrlässigkeitskriterien assoziieren, weswegen ein Teil des Schrifttums das gegenteilige Ziel verfolgt, die Maßstäbe der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums mit den Maßstäben der Tatfahrlässigkeit gleichzustellen⁴⁰, um so dem Schuldprinzip besser gerecht zu werden. Insofern wird von einer „*Rechtsfahrlässigkeit*“⁴¹ gesprochen und die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums *nach* den allgemeinen Tatfahrlässigkeitsmaßstäben bestimmt.⁴² Es wird insbesondere dahingehend argumentiert, dass der Sorgfaltsmaßstab im Bereich der rechtlichen Einschätzung kein strengerer sein könne als im tatsächlichen Bereich, zumal die Konstitutionsprinzipien für die Rechtsfahrlässigkeit keine anderen als die der Tatfahrlässigkeit seien.⁴³

Es ist jedoch nicht unzulässig, Maßstäbe unterschiedlichen Qualitätsgewichts anzuwenden, wenn es um klar zu trennende Größen geht. Wie hierzu plastisch angemerkt worden ist, kommt der drohenden Rechtsgutsverletzung ein höherer Grad an Gefährlichkeit und Intensität zu, wenn der Wille des Täters auf die Herbeiführung einer tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung gerichtet ist,

³⁷ Zu den folgenden Ausführungen s. Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 130 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

³⁸ BGHSt 4, 236 (242).

³⁹ BGHSt 21, 18 (20).

⁴⁰ Vgl. u. a. MüKoStGB/Duttge, 1. Band, 3. Aufl. 2017, StGB § 15 Rn. 27; ders., Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts, S. 382 ff.; Hassemer, in: Festschrift für Wolff, 1998, S. 101 ff., 109; Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 17, Rn. 7; NK-Neumann, 5. Aufl. 2017, § 17, Rn. 60; Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl. 2006, § 21, Rn. 45; SK-Rudolphi, Ergänzungslieferung 2011, § 17, Rn. 30a; T. Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 410; Zaczek JuS 1990, 889 ff., 893.

⁴¹ Bei dieser „Rechtsfahrlässigkeit“ geht es um etwas Anderes als bei der homonymen vorsatztheoretischen Abwandlung, wenngleich ein Teil der Vertreter der hier erörternden „Rechtsfahrlässigkeit“ dogmatisch der Vorsatztheorie folgen; hierzu Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 136 ff.

⁴² Aus der aktuellen Kommentarliteratur siehe nur MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 23 ff.

⁴³ So Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 4, Rn. 67 mwN.

³⁵ Gesetzesbegründung zum Gesetz 4139 v. 20.3.2013 (online verfügbar unter http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=w_pvTvfUYPC%3D&tabid=132, S. 3; zuletzt abgerufen am 3.3.2018).

³⁶ BGH 1 StR 64/17 Rn. 30 = HRRS 2018 Nr. 66.

als einer unbewusst verursachten Rechtsgutsverletzung.⁴⁴ Außerdem wiegt die geringfügige Schuld eines mit Tatbestandsvorsatz handelnden Täters schwerer als die geringfügige Schuld eines unvorsätzlich, aber fahrlässig handelnden Täters, weswegen es berechtigt ist, „die Schuld eines über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens irrenden Täters weitergehend zu ahnden als die eines über die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens irrenden Täters.“⁴⁵ Ein weiterer maßgeblicher Unterschied liegt darin, dass der Inhalt des Tatentschlusses bei der fahrlässigen Tatbegehung für die Strafbarkeit unerheblich ist, während der Vorwurf schuldhaften Verbotsirrtums sich „auf den Inhalt des Tatentschlusses [bezieht], der auf etwas rechtlich Verbotenes (Rechtswidriges) gerichtet ist“, und letztendlich der Vorwurf einer schuldhaft-rechtswidrigen Entscheidung ist.⁴⁶ Immerhin ist der überwiegend gewichtige Strafraumen-Unterschied zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeits-Tat argumentativ nicht zu übersehen, sondern vielmehr (mit) zu begründen.⁴⁷ Dass die Vermeidbarkeitsmaßstäbe nicht mit jenen der Fahrlässigkeit gleichzusetzen sind, wird schließlich auch aus normlogischer Sicht klar: Ein „Operieren mit Pflichten und Pflichtverletzungen“ im Bereich der Vorwerfbarkeit ist nämlich sachlich unberechtigt, zumal solchen Konstruktionen die einfache Einsicht entgegensteht, „daß die Verletzung der Rechtspflicht a (das Unrecht der – vorsätzlichen – Tatbestandsverwirklichung) nicht deshalb vorwerfbar sein kann, weil eine andere Rechtspflicht b (die ‚Sorgfaltspflicht‘ zur Prüfung und Erkundigung) verletzt ist“⁴⁸; dies führt aber zu „einem regressus ad infinitum“, in einem „Turmbau der Pflicht-

ten“, für den ein logisch befriedigender Endpunkt nicht auffindbar ist.⁴⁹

Im hiesigen Fall hatte der Hauptangeklagte keine Kenntnis von der Betäubungsmittleigenschaft und handelte deswegen unvorsätzlich. Zu Recht verlangte somit der Senat die Erkennbarkeit des Risikos tatbestandlichen Handelns, zumal – unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen – die geringfügige Schuld des zwar unvorsätzlich, aber fahrlässig handelnden Hauptangeklagten weniger stark ist, der Inhalt seines Tatentschlusses für die Strafbarkeit unerheblich bleibt und ausschließlich die Durchführung Fehler aufweist, weil sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt. Strenger wären die Maßstäbe im Fall eines Verbotsirrtums.

V. Ausblick

Der Erste Senat in Strafsachen hat am 20.9.2017 eine sehr interessante Entscheidung gefällt. Das Urteil ist in vieler Hinsicht ein Anlass, weiter über bestimmte dogmatische Figuren und ihre praktischen Auswirkungen nachzudenken. Neben den drei bereits eingangs formulierten Thesen wäre vielleicht noch zu überlegen, dass angesichts des Prinzips der Positivliste der Bereich der Betäubungsmittel auf eine gewisse Art und Weise „das Königreich der Chemiker“ darstellen könnte. Denn sie wissen sehr genau, mit welchen Substanzen sie umgehen. Zugleich wissen sie, welche Substanzen in die Anlagen zum BtMG aufgenommen worden sind, und im Ergebnis sind sie so in der Lage, ins ganz große (BtMG-)Geschäft einzusteigen, indem sie mit den chemischen Verbindungen „spielen“. Andererseits darf das Strafrecht nicht alles bestrafen. Man kann mit Neugier gespannt darauf sein, wie viele Seiten die Anlagen zum BtMG in 5, 10 oder 30 Jahren haben werden.

⁴⁴ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 216.

⁴⁵ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 216.

⁴⁶ Welzel, Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 163.

⁴⁷ Vgl. Paeffgen, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 399 ff., 411, Fn. 46.

⁴⁸ So Armin Kaufmann, in: Festschrift für Schmidt, 1961, S. 319 ff., 329 f.

⁴⁹ So Armin Kaufmann, in: Festschrift für Schmidt, 1961, S. 319 ff., 329 f.

Anstiftung als bloßes Anlassgeben oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes

Anmerkung zu BGH HRRS 2018 Nr. 25

Von wiss. Mitarbeiter Dr. Markus Abraham, Hamburg

Das zu besprechende Urteil spielt im Betäubungsmittelrecht, gibt allerdings Anlass, sich generell mit der Interpretation des Bestimmens i.S.d. § 26 StGB zu befassen. Diese Frage ist dort besonders relevant, da die zentrale Norm des Urteils, § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG, die Anstiftung zur Beihilfe an der eigenen Tat mit einem Mindestmaß von fünf (!) Jahren Freiheitsstrafe bedroht, während die Strafuntergrenze der zugehörigen Haupttat lediglich ein Jahr beträgt.

I. Das Urteil

Die als unbegründet verworfene Revision richtete sich gegen das Urteil des Landgerichts Tübingen. Dieses hatte den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG) in Tateinheit mit dem Bestimmen einer Person unter 18 Jahren durch eine Person über 21 Jahren zum Fördern des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG) zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt.

Der Angeklagte hatte den ersten Tatvorwurf (§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG) eingeräumt. Bezüglich des zweiten Vorwurfs hatte die Jugendkammer zur Frage des Bestimmens festgestellt, dass die zum Tatzeitpunkt 17jährige Lebensgefährtin des Angeklagten „einverständlich“ die Aufgabe übernommen“ hatte, drei Päckchen Marihuana in ihrer Handtasche zum prospektiven Übergabeort zu transportieren.¹ Der 1. Senat des BGH deduziert, die Einschätzung des Landgerichts bestätigend: „Das Herbeiführen eines Einverständnisses zwischen den Angeklagten über die Transportmodalitäten setzt eine auf dieses Ziel gerichtete Kommunikation zwischen ihnen voraus.“² Das Tatbestandmerkmal des Bestimmens sei also verwirklicht. Insbesondere sei die Lebensgefährtin keine omnimodo factura gewesen. Es stehe der Annahme des Bestimmens nämlich nicht entgegen, dass „der Haupttäter [hier: die Gehilfin] bereits allgemein zu derartigen

Taten bereit war (...)“³; denn hier fehlt es noch an einer konkret-individualisierten Tat⁴, zu welcher der Tatentschluss der Gehilfin erst noch hervorgerufen werden müsse. Zwar habe sich die Lebensgefährtin immer wieder bereit gezeigt, das Handeltreiben des Angeklagten zu unterstützen – sie hatte Marihuana in ihrer Wohnung verwahrt, eine Portionierungswaage gebracht, mit Abnehmern telefoniert. Doch erst durch „das Ersuchen“, das Rauschgift am Tattag zum prospektiven Verkaufsort zu transportieren, sei sie zur konkreten Förderungshandlung veranlasst worden.⁵

Der 1. Senat des BGH weist darauf hin, dass es sich häufig so verhalten werde, dass der Minderjährige bereits der Drogenszene angehörig und deshalb der „Gefahr einer Beeinflussung seines Willens [...] in besonders starkem Maße ausgesetzt“ sei. Das vom Gesetzgeber mit § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG als „in besonderem Maße verabscheuungs- und strafwürdig“⁶ bewertete Benutzen des Minderjährigen zum Betäubungsmittelverkehr liege auch in solchen Fällen vor, in denen der Minderjährige „hierzu [zum Fördern des Betäubungsmittelverkehrs] von vornherein (allgemein) bereit war und die Bereitschaft dem Täter gegenüber auch aufgezeigt hat“⁷.

II. Irritationen

Zwei Dinge irritieren. Erstens ist da das verstörend hohe Mindeststrafmaß von fünf Jahren für die Anstiftung zur Beihilfe zu einer Tat, die selbst wiederum mit lediglich einem Jahr Mindeststrafe bedroht ist. Nach den Regeln der Kettenbeteiligung handelt es sich bei der Anstiftung

¹ BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn 3.

² BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn 5.

³ „(...) und diese Bereitschaft auch aufgezeigt hat oder sogar selbst die Initiative zu den Taten ergriffen hatte (vgl. BGH, Urteile vom 20. Januar 2000 – 4 StR 400/99, BGHSt 45, 373, 374 und vom 17. August 2000 – 4 StR 233/00, NStZ 2001, 41, 42)“, BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn. 8.

⁴ BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn. 8.

⁵ BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn. 9 f.

⁶ BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn. 11.

⁷ BGH 1 StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn. 12.

zur Beihilfe um eine Beihilfe zur Haupttat. Dass eine Handlung, die demzufolge obligatorischer Strafmilderung in Relation zum Strafmaß der Haupttat unterfällt (§ 27 Abs. 2 StGB), nun konträr dazu die fünffache Mindeststrafe vorsieht, ist frappant. Zweitens handelt es sich um die eigenwillige Konstellation, dass es sich hier um die Anstiftung zur Beihilfe an der *eigenen* Haupttat handelt, Anstiftender und Haupttäter also in einer Person zusammenfallen.

Beide Irritationen werden beruhigt, wenn man sich klar macht, dass hier – wohl die systematische Instrumentalisierung von Kindern als Drogenkuriere im Sinn⁸ – ganz bewusst das Ausnutzen eines Minderjährigen zum eigenen Handeltreiben als eigenständiges (dem Strafmaß zufolge: tötungsdahnliches!) Unrecht zu betrachten ist. Man mag die Strafdrohung überzogen, die Norm insgesamt als misslungen betrachten.⁹ Die dahinter stehende Überlegung jedoch, dass das oppressive Hineinziehen eines strukturell Unterlegenen in die eigenen Drogengeschäfte in besonderem Maße sanktionsbedürftig ist, überzeugt als allgemeiner Gedanke.¹⁰ Ob diese Intention, die auch der Senat bemüht, jedoch Fälle wie den vorliegenden erfassen soll, scheint eher fraglich zu sein. Eine teleologische Auslegung wäre als Notlösung zu prüfen. Zuvor ist jedoch zu klären, ob nicht bereits die Auslegung, und hier insbesondere die des Begriffes des Bestimmens, nicht ohnehin zu einem anderen Ergebnis führt.

III. Haupttäter stets Anstifter zur Beihilfe?

Als Vorfrage ist zu überlegen, wie sich das Verhältnis zwischen Täter und Gehilfen regelmäßig darstellt. Zwar wird wohl in vielen Fällen der Gehilfe vom Täter (oder Dritten) zur Beihilfe angestiftet worden sein. Klassisch: Der Haupttäter verspricht für die Unterstützung einen untergeordneten Anteil der Beute. Ablehnen wird man hingegen eine Anstiftung zur Beihilfe durch den Täter, wenn der Gehilfe aus eigenem Antrieb, etwa aus Sympathie zur Person des Haupttäters oder aus „Selbstlosigkeit“ handelt, ein haupttäterunabhängiges Eigeninteresse am Eintritt des Taterfolgs bzw. einem dafür notwendigen Zwischenziel (z.B. ein um den Tatplan wissender Waffenverkäufer) besitzt oder aber generelles Gefallen am Eintritt von Unrecht hat. Nicht immer verstrickt der Haupttäter somit den Gehilfen vorwerfbar in das Unrecht seiner Tat – manchmal zeigt sich der Gehilfe eigeninitiativ.

⁸ Die Behauptung jedoch, der Missbrauch von Kindern zu Drogengeschäften nehme zu, sei statistisch nicht gedeckt, so *Oğlakcioğlu*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *MüKo-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 30a BtMG Rn. 41.

⁹ Jedenfalls bezogen auf den zweiten Aspekt *Oğlakcioğlu*, *MüKo-StGB* (Fn. 8), § 30a BtMG Rn. 47.

¹⁰ Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfes (BT-Drs. 12/6853, 41): „Straftaten dieser Art sind besonders gefährlich, da durch sie Kinder und Jugendliche mißbraucht und namentlich durch Verleiten zum Umgang mit Betäubungsmitteln in die Kriminalität getrieben werden. Diese Taten sind daher äußerst sozialschädlich und in herausragender Weise strafwürdig.“

In Zweifel ziehen könnte man diese Unterscheidung nur, indem man annimmt, dass bereits jedes den Beihilfevorsatz kausierende Verhalten dem Begriff des Bestimmens zu subsumieren ist: auch der Gehilfe, der dem Haupttäter rein aus Sympathie behilflich ist, bildet den Hilfsvorsatz (in nahezu allen denkbaren Fällen) erst dann, sobald er von der Tat durch den Haupttäter erfährt. Dass dieses einfach-kausale Verständnis für ein *Bestimmen* jedoch zu wenig ist, dürfte – angesichts des Wortlautes und der tätergleichen¹¹ Bestrafung der Anstiftung – kaum bestritten werden.¹² Überzeugenderweise muss es somit Raum für eine „bloß angestoßene Beihilfe“ geben.

IV. Auslegung des Bestimmens

Sehen wir nun näher auf die Anstiftung: Zum Verständnis des Bestimmens i.S.d. § 26 StGB werden, stark vergrößert¹³, drei Vorschläge angeboten: verlangt wird, dass der Tatentschluss des Haupttäters vorwerfbar verursacht, durch einen gerichteten kommunikativen Akt hervorgehoben¹⁴ oder aber durch einen gemeinsamen Unrechtsakt¹⁵ bewirkt wurde. Die beiden ersten Interpretationen unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass die erstgenannte Version das non-verbale Erzeugen einer zur Tat reizenden Situation unter den Begriff des Bestimmens fassen kann,¹⁶ während die zweite dies mangels direkten „geistigen Kontaktes“ ablehnt.¹⁷ Ganz abgesehen von der

¹¹ Zur kriminalpolitischen Kritik daran vgl. *Schünemann*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 15.

¹² Ebenso zu einer „sehr weiten Verursachungstheorie“ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Fn. 12) Rn. 802. Vgl. auch *Joecks*, in: *Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *MüKo-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 26 Rn. 19; *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier* (Hrsg.), *S/S/W*, 3. Aufl. 2016, § 26 Rn. 4.: „Typisiertes Anstifterunrecht kann nur der wirklichen, dessen Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr der Hervorrufung eines fremden Tatentschlusses darstellt.“ Dies sei aber auch beim Schaffen von Tatreizen nicht immer ausgeschlossen. Ähnlich *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, Kap. 20 Rn. 173 : ein entsprechendes Tatsachenarrangement könne eine unerlaubte Gefahr sein.

¹³ Prägnant *Kindhäuser*, in: *LPK-StGB*, 7. Aufl. 2017, § 26 Rn. 10 ff.; guter Überblick bei *Timpe* GA 2013, 145, 145 ff.; ausführliche Nachweise zum Streitstand bei *Heinrich*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2016, Rn. 1289 ff.

¹⁴ Die Rechtsprechung fordert, das greift der 1. Senat auf, die „Einflussnahme auf den Willen eines anderen (...), die diesen zu dem im Gesetz beschriebenen Verhalten bringt“, vgl. mit Verweis auf die entsprechende Rspr. BGH I StR 195/17 (=HRRS 2018 Nr. 25), Urteil vom 7. November 2017, Rn. 6.

¹⁵ *Puppe* NStZ 2006, 424, 425 f., die ein Bestimmen nur annimmt, wenn derjenige, der die Tat mit einem anderen verabredet hat, diese nun (auch) darum ausführt, um die Verabredung einzuhalten. *Puppe* GA 2013, 514, 517 f., mit dem Hinweis auf eine Annäherung des Schrifttums an die Position ihrer Konzeption des Unrechtspaktes. Zur Kritik *Schünemann*, *LK-StGB* (Fn. 11), § 26 Rn. 10 ff.; krit. auch *Roxin*, *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (Band II), 2003, § 26 Rn. 89. Dessen Argument, eine Selbstbindung des Vordermanns sei aufgrund ihrer Freiwilligkeit unbeachtlich, will nicht recht einleuchten.

¹⁶ So etwa m.w.N. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, 28. Aufl. 2014, § 26 Rn. 2.

¹⁷ Vgl. zur im Schrifttum herrschenden Meinung: *Heine/Weißer*, in: *S/S*, 29. Aufl. 2014, § 26 Rn. 3.; *Schünemann*, *LK-StGB* (Fn. 11), § 26 Rn. 2 f., der mit der fehlenden ziel-

bedenklichen Verwendung des mentalistischen Vokabulars einer „geistigen“ Bearbeitung,¹⁸ vermögen beide Versionen nicht, das oben beschriebene Phänomen der *bloß angestoßenen Beihilfe* vom Fall der *Anstiftung zur Beihilfe* zu scheiden. Wie verhält es sich etwa bei folgender Frage: „Könnten Sie mir bitte den Gefallen tun und mir bei der Räuberleiter behilflich sein. Ich würde gerne über die Mauer gelangen, um im Schwimmbad ein nächtliches Bad zu nehmen. Wollen Sie mir nun helfen oder nicht?“ Handelt es sich hier um eine Anstiftung zur Beihilfe oder eine formal „sozialadäquate“ Bitte, also eine Frage, die den prospektiven Gehilfen vor die – allein von ihm zu verantwortende – Wahl stellt, die Hilfe zu leisten oder zu verweigern?

Die Forderung nach einem Unrechtspakt scheint daher tendenziell zuzutreffen. Allein das kontraktualistische Element eines Paktes suggeriert eine Wechselseitigkeit, die weder der Wortlaut des „Bestimmens“ nahelegt noch der (zu entwickelnde) Grundgedanke der Anstiftung erfordert.¹⁹

Zur Interpretation des Merkmals des Bestimmens möchte ich die – angeblich von Thukydides entwickelte – Unterscheidung zwischen *Anlass* und *Grund* einer Handlung fruchtbar machen.²⁰ Anstiftung und damit das Bestimmen zu einer Tat ist das manipulative und wirksame Erzeugen eines Handlungsgrundes²¹ beim Täter. Durch das Element der Manipulation, das sogleich auszubuchstabieren ist, wird deutlich, dass das „neutrale“, nicht-manipulative Erzeugen eines Tatentschlusses (Information, bloßer Rat) hingegen kein Bestimmen i.S.d § 26 StGB ist, vielmehr lediglich das Liefern eines bloßen Handlungsanlasses.²²

gerichteten Tataufforderung als dem Strafgrund der Teilnahme argumentiert.

¹⁸ Vgl. auch zur Kritik an der „grob phänotypischen Unterscheidung zwischen verbaler und non-verbaler geistiger Beeinflussung“ s. *Timpe* GA 2013, 145, 150.

¹⁹ Kritisch auch *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 28/23, der darauf hinweist, dass der Verpflichtende eines Unrechtspaktes selbst „die interne Entscheidung“ über die Tatbegehung trifft und daher i.d.R. Mittäter sei.

²⁰ Zu dieser Unterscheidung gibt es eine Fülle an Literatur in der analytischen Handlungstheorie, die zwischen Ursache und Grund differenziert, vgl. nur *Anscombe*, Intention, 2. Aufl., 2000, § 5. Thukydides zeigt eine weitere Unterscheidung, nämlich die zwischen dem wahrhaftigen Grund („ἀληθεστάτ[η] πρόφασι[ς]“) und den öffentlich vorgetragenen Erklärungen („αἰ δ' ἐς τὸ φανερόν λεγόμενα αἰτιαί“) einer Handlung. Vgl. *Thukydides*, Der Peloponnesische Krieg, Erstes Buch, Kap. 23, Para. 6.

²¹ Vgl. bereits *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Kap. 22/22: „Dass der Anstifter die Tat für angebracht hält, muss für den Angestifteten ein Grund für die Tat sein.“ Ähnlich auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (Fn. 12) Rn. 802, wonach der Anstifter dem Anzustiftendem die Möglichkeit geben müsse, den „ihm vermittelten Impuls (...) zur Grundlage seines Tatentschlusses zu machen“.

²² Die Abgrenzung von „zum Anlass nehmen“ und „bestimmt werden“ benennt explizit *Timpe* GA 2013, 145, 161. Das Phänomen der Teilnahme durch „neutrale Handlungen“ auch für die Anstiftung für vorstellbar haltend *Kudlich*, in:

Selbstverständlich darf die Manipulation nicht so weit gehen, dass das Herausbilden des Tatentschlusses ihretwegen dem Haupttäter nicht mehr vorgeworfen werden kann, weil sein Tatentschluss nicht mehr aus einer nicht auf groben Willensmängeln basierenden Willensbildung resultiert. Denn sonst läge beim Vordermann ein Defekt auf Vorsatzebene vor, statt Anstiftung handelte es sich um mittelbare Täterschaft. Das manipulative Erzeugen des Handlungsgrundes muss also unter dem Niveau der mittelbaren Täterschaft bleiben; der Haupttäter muss noch Herr seiner Entscheidungen sein bzw. für seine Handlungen „zuständig“ sein.

Die manipulative Komponente²³ des vom Anstiftenden gelieferten Handlungsgrundes ist näher zu betrachten: Im Wesentlichen lassen sich hier drei Fälle unterscheiden, nämlich das Ausnutzen blinden Vertrauens (1), das Aufstellen eines Sanktionsmechanismus (2) und die für den Vorsatz *noch unerhebliche Täuschung* (3).

Im ersten Fall macht der Angestiftete die vom Hintermann angebotene Überlegung deswegen zum handlungsleitenden Grund, weil er qua Vorbildfunktion oder Abhängigkeit²⁴ in den Hintermann Vertrauen hat (1): „Dein Wille ist mein Wollen“. Man denke etwa an die „geistige Anführerin“ einer Bewegung: Deren Handlungsempfehlung wird deswegen befolgt, weil der Befolgende auf die (moralische) Richtigkeit der Handlung – selbst bei ihm ersichtlicher Illegalität – vertraut. Beispielhaft: „Ich empfehle euch, diese nötige Handlung auszuführen, eine Körperverletzung begehen etc.“

In der zweiten Konstellation schafft der Anstiftende einen Handlungsgrund für die Adressatin, indem er einen positiven oder negativen Sanktionsmechanismus aufstellt (2):²⁵ Er verspricht eine Belohnung für die Tatbegehung oder -teilnahme oder droht mit negativen Konsequenzen für die Verweigerung.²⁶ Der geschaffene Hand-

Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK-StGB, 37. Aufl. 2018, § 26 Rn. 13.2.

²³ In diese Richtung gehen auch die Überlegungen bei *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Albrecht/Altenhain (Hrsg.), NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 26 Rn. 6: Der Anstifter müsse den Täter zum Tatentschluss durch „motivliche[n] Druck“ bringen, ihm „so starke Motive aufdräng[en]“, dass dieser schwach wird und seine Hemmungen überwindet.“ Ähnlich auch das Abstellen auf die „Herrschaft über die Motivation“ bei *Joecks*, MüKo-StGB (Fn. 8), § 26 Rn. 20.

²⁴ Auf die Qualität einer „willensbestimmende[n] Macht“ durch das Ausnutzen von Machtverhältnissen hinweisend *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 286 ff. Bei der mittelbaren Täterschaft hingegen werde dem Vordermann durch das Verschleiern der Sachlage die Möglichkeit zur richtigen Maximenbildung von vornherein genommen (S. 288).

²⁵ In dieser Richtung gehen auch die Überlegungen von *Timpe* GA 2013, 145, 159 f., der Anstiftung als instrumentelle Lenkung eines kalkulierenden Individuums charakterisiert. Vgl. zur Vorstellung der Anstiftung durch „Interessenssanktionierung“, was dann auch in arrangierten tatanreizenden Situationen für ein Bestimmen hinreichen kann, *Christmann*, Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung, 1997, S. 122 ff.

²⁶ *Hoyer* weist zutreffend darauf hin, dass diesen Sanktionsmechanismus auch der Vordermann initiieren kann (indem er die Tatbegehung für ein Entgelt anbietet). Die eigentliche Konstitution des Sanktionsmechanismus liegt jedoch in

lungsgrund ist nur dann vom Hintermann geschaffen, wenn es sich nicht lediglich um gesetzlich vorgeschriebene Konsequenzen, sondern um allein seiner Willkür unterliegende Folgen handelt. Am Beispiel: „Wenn du deiner Schwester nicht hilfst, werde ich alles unternehmen, dich aus der Familie zu verstoßen.“ Das angekündigte Sanktionsverhalten kann auch unter der Schwelle der Nötigung bleiben („... dann spreche ich nicht mehr mit dir“; „... dann ist unsere Freundschaft zu Ende“). Dass ein solcher Sanktionsmechanismus nicht notwendig nötigungsgleich zu sein braucht, wird klar, sobald man an das Aufstellen von positiven Sanktionen, wie das In-Aussicht-Stellen von finanziellen oder sonstigen Vorteilen denkt.²⁷

Die dritte Fallgruppe ist die der Täuschung: der Anstifter erweckt die Handlungsbereitschaft dadurch, dass er den Haupttäter mit falschen Informationen versorgt, von denen der Anstifter annimmt, dass sie den Haupttäter zur Tat motivieren dürften (3).²⁸ In Frage kommt insbesondere das Aufzeigen von unzutreffenden positiven Folgen durch die Tat bzw. von unzutreffenden negativen Folgen durch ihr Unterlassen. Man denke etwa an die *unrichtige* Ankündigung der Mutter: „Wenn du deiner Schwester nicht hilfst, wird sie dich aus der Familie verstoßen.“ Will nun der Angesprochene handeln, um der Ausstoßung zu entgehen, so ist Handlungsgrund das Nicht-Verstoßen-Werden-Wollen, also ein fiktiver, nämlich von der Mutter konstruierter Handlungsgrund. Bei dieser Kategorie der Täuschung ist zu bedenken, dass ein künstlicher Handlungsgrund nicht nur durch unzutreffende Informationen entstehen kann, sondern auch durch geschicktes Zusammenstellen von ausgewählten, zutreffenden Informationen. Das Phänomen einer solchen „Formal-Täuschung“ (in Anlehnung an die Formal-Beleidigung) basiert auf dem aus Soziologie und Psychologie bekannten „framing effect“²⁹. In einem solchen Fall basiert der Handlungsgrund auf tätereigenem Willen sowie auf zutreffenden Informationen, kommt allerdings nicht durch ungestörte Willensbildung, sondern durch ein nahegelegtes, tendenziöses Deutungsraaster zustande – ist somit doch nicht das Wollen des Täters, sondern das Wollen des anderen.

Insgesamt wird anhand der Fallkonstellationen (1) bis (3) also eine Grenze markiert, die etabliert, dass das Verhalten des Anstiftenden über ein bloßes Informieren, welches dem Haupttäter eine unbeeinträchtigte, autonome Entscheidung überlässt, hinausgeht. Der Anstiftende kreiert manipulativ einen Handlungsgrund, der den Adressaten motiviert. Die Grundlage der Motivation kann zutreffen, die Folge, die der Angestiftete mit der Tat herbeiführen will, also real sein (Sanktionsmechanismus; Blindes Vertrauen). Die Grundlage der Motivation kann aber aus Sicht eines verständigen Beobachters auch unbegründet sein und fiktiv bleiben (Täuschung; framing).

der Annahmeerklärung des Hintermanns, s. Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 9. Aufl. 2016, § 26 Rn. 14.

²⁷ Zur durch den Anstifter in Aussicht gestellten positiven Gegenleistung, die zu einer für die Anstiftung notwendigen Motivherrschaft führe, zutreffend Hoyer, SK-StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 13 f.

²⁸ Auf den Aspekt der Täuschung (v.a. Motivirrtum) verweist auch Schild, NK-StGB (Fn. 23), § 26 Rn. 6.

²⁹ Vgl. nur Überblick bei Matthes, Framing, 2014.

Aus der Überlegung der manipulativen Schaffung eines Handlungsgrundes wird auch der Strafgrund der Anstiftung, die eigentümliche Kombination aus eigenständigem Rechtsgutsangriff des Anstifters sowie seinem lediglich akzessorischen Angriff,³⁰ klarer verständlich: Strafwürdig ist die Tatsache, dass ein anderer aufgrund meines Willens eine Tat vollbringen will (eigenständiger Angriff des Anstifters) und er dies auch tut (akzessorischer Angriff des Anstifters). Gäbe es mein Wollen nicht, bliebe die Verletzung eines Rechtsgutes aus.³¹ Der Anstifter ist für den Wollensfehler des Täters zuständig – und diese Zuständigkeit ergibt sich aufgrund der *Manipulativität* seines Vorgehens. Die Zuständigkeit des Anstifters ist jedoch nicht vollumfassend, denn der Täter trifft immer noch selbst eine vorwerfbare Entscheidung für die Tat. Liefert eine Person hingegen lediglich Informationen und unternimmt es nicht, dem Täter ihr Wollen aufzunötigen, so trifft die Verantwortung für einen gefassten Tatentschluss *allein* den Täter: Expertisen etwa (z.B. die Auskunft, die Sprengladung reiche für x-cm breiten Stahl aus) stellen neutrale Informationen dar, die potentiell als Beihilfehandlungen zu qualifizieren sind³² – Willensmanipulationen sind sie nicht.

V. Anwendung auf den Fall

Was bedeutet die Überlegung für den Fall? Hat der Angeklagte seine Lebensgefährtin dazu angestiftet, seinen Handel mit Betäubungsmitteln zu fördern? Die Lebensgefährtin war – wie der BGH feststellt – keine omnimodo factura. Das überzeugt: Bevor der Angeklagte seinen Tatplan mitteilte, war die Tat noch nicht konkretisiert. Keine omnimodo factura zu sein ist jedoch nicht die einzige Möglichkeit dafür, eine Anstiftung abzulehnen. Es könnte sein, dass sie sich, nachdem sie von der konkreten Tatplanung erfahren hatte, aus freien Stücken zur Förderung entschlossen hat. War das der Fall, dann ist nicht von einem Bestimmen, sondern einer *bloß angestoßenen Beihilfe* auszugehen: Das Gespräch mit dem Angeklagten war dann *Anlass*, nicht aber der relevante *Grund* ihrer Handlung. Sie könnte sich also – für genauere Einschätzungen reichen die Tatsachenfeststellungen nicht hin – aus freien Stücken, ohne manipulatives Einwirken des Angeklagten zur Beihilfe entschlossen haben. Die Tatsache, dass die Gehilfin beinahe erwachsen war, scheint gegen die Vermutung einer Abhängigkeit zu sprechen, die bei jüngeren Personen strukturell näher läge (Hörigkeit, blindes Vertrauen). Die Tatsache, dass es sich um eine Lebenspartnerschaft handelte, bleibt ein argumentativ zweideutiges Indiz: Es ist möglich, dass eine (drogengestützte) Abhängigkeit vorlag und die Gehilfin blind das Wollen ihres Lebensgefährten als ihr Wollen übernahm. Es könnte aber auch sein, dass sie durchaus frei in ihren Entscheidungen war und *gerade angesichts* der

³⁰ Zum Mischverhältnis *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2007, vor§ 26 Rn. 10 ff.

³¹ Handelt der Täter losgelöst von meinem ihm gegenüber kundgetanen Wollen, so wirkt mein Wollen in der Tat nicht mehr fort: bloß versuchte Anstiftung, s. Jakobs, AT (Fn. 21) Kap. 22/22.

³² Jakobs liefert das Beispiel einer Auskunft durch einen Fachmann, an dem für den Täter „allein die Meinung der Durchführbarkeit, nicht aber der Durchführungswille“ interessant ist, Jakobs, AT (Fn. 21) Kap. 22/22.

bestehenden engen Beziehung den Plänen des Angeklagten sich zu widersetzen durchaus fähig und bereit gewesen wäre.

Man könnte nun einwenden, dass bei realitätsnaher Interpretation des Sachverhalts, der Angeklagte zumindest implizit einen Sanktionsmechanismus aufstellte („Wenn du mir nicht hilfst, werde ich dir böse sein!“) und insofern doch manipulativ vorging. Das ist richtig und fordert eine Präzisierung des oben zum Sanktionsmechanismus gesagten: Die Sanktion des eingerichteten Mechanismus muss eine gewisse Erheblichkeitsschwelle erreichen.³³ Ein Streit infolge der Verweigerung der Hilfe etwa dürfte die Vollverantwortlichkeit der Entscheidung zur Beihilfe nicht ausschließen.³⁴

Nach der hier vorgeschlagenen Interpretation des Bestimmens könnte es also sein, dass je nach konkreter Lage des Sachverhalts kein Bestimmen vorlag, sondern die Lebensgefährtin durch die Bitte des Angeklagten nur *veranlasst* wurde, sich aber selbstbestimmt zur Beihilfe entschied, *ihr eigenes* Wollen als handlungsleitendes Wollen heranzog – und nicht das Wollen des anderen.

³³ Puppe GA 2013, 514, 519.

³⁴ Eine ähnliche Präzisierungsarbeit, die hier erforderlich wäre, ist vom Merkmal der Empfindlichkeit des Übels bei § 240 StGB bekannt.

Doch selbst wenn man diesem Auslegungsvorschlag nicht für überzeugend hält, scheint für den dem Urteil zugrundeliegenden Fall eine teleologische Reduktion des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG überlegenswert: Die Hilfe der 17jährigen Lebensgefährtin bei einem Drogendeal zu erbitten, scheint sich von dem angesichts der Strafhöhe zu vermutenden Unrecht, nämlich Schutzbedürftige in systematischer Weise als Drogenkuriere auszunutzen,³⁵ in nicht unerheblicher Weise zu unterscheiden. Selbst wenn man zur Unterschreitung der fünf Jahre auf die Möglichkeit des minder schweren Falles (§ 30a Abs. 3 BtMG³⁶) zurückgriffe, erschiene dieses Vorgehen erstens im Lichte der Garantiefunktion des Art. 103 Abs. 2 GG lediglich als Verlegenheitslösung und würde zweitens keine überzeugende Anpassung an die Sanktionsspielräume des Strafgesetzbuches erreichen.³⁷

³⁵ Siehe die Begründung des Gesetzentwurfes oben Fn. 10.

³⁶ Vgl. die Kasuistik bei *Oğlakcıoğlu*, MüKo-StGB (Fn. 8), § 30a BtMG Rn. 230

³⁷ Denn der Strafraumen des besagten minder schweren Falles entspricht dem der Misshandlung von Schutzbefohlenen, § 225 Abs. 1 StGB. Dieser Tatbestand kennt allerdings seinerseits einen minder schweren Fall mit einem Strafraumen von drei Monaten bis zu fünf Jahren, § 225 Abs. 4 StGB.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

292. BVerfG 2 BvR 107/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Februar 2018 (OLG München)

Auslieferung an die Schweiz zum Zwecke der Strafvollstreckung (Wahrung des unabdingbaren Maßes an Grundrechtsschutz und des völkerrechtlichen Mindeststandards; Eingliederung der Bundesrepublik in die Staatengemeinschaft; kein völliger Gleichlauf der grundrechtlichen Gewährleistungen; unüberwindbares Auslieferungshindernis nur bei Verletzung der unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze; Bindung deutscher Gerichte an Gewährleistungen der EMRK und Entscheidungen des EGMR; Konfrontationsrecht; Verletzung nicht allein durch fehlende Möglichkeit der Befragung eines Belastungszeugen in der Hauptverhandlung; umfassende Betrachtung des Strafverfahrens; Fragerecht der Verteidigung bei Videovernehmung im Ermittlungsverfahren).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

293. BVerfG 2 BvR 108/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. März 2018 (OLG Koblenz)

Auslieferung an Weißrussland zum Zwecke der Strafverfolgung (weißrussischer Staatsangehöriger; Anerkennung subsidiären Schutzes in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als gewichtiges Indiz gegen die Zulässigkeit der Auslieferung; Entkräftung durch völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (ausreichende Begründung; Vorlage entscheidungserheblicher Unterlagen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG; § 8 IRG; § 73 IRG; § 4 AsylG

294. BVerfG 2 BvR 349/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Februar 2018 (OLG Hamm / LG Bochum)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; verfassungsgerichtliche Kontrollen; steigende Begründungsanforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer); einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose (Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten; Konkretisierung von Art und Wahrscheinlich-

keit künftig zu erwartender Delikte; Spezifizierung der Delikte nach dem Straftatbestand; Differenzierung zwischen Raub- und Sexualstraftaten; fehlende Erörterung von Umständen des Einzelfalls; über 27 Jahre dauernde Unterbringung; fehlende Gewaltausübung durch den Unterbrachten); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Maßregelvollzug; tiefgreifender Grundrechtseingriff; Substantiierungsanforderungen; ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Vorlage von Unterlagen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

295. BVerfG 2 BvR 651/16 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 13. Februar 2018

Ablehnung des Bundesverfassungsrichters Müller wegen Besorgnis der Befangenheit (Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung; vernünftige Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters; Befangenheit nicht allein wegen politischer Betätigung oder Mitwirkung an einem Gesetzgebungsverfahren, sondern nur bei darüber hinausgehenden Umständen; besonderes politisches Engagement).

Art. 94 Abs. 1 GG; § 18 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG; § 18 Abs. 3 BVerfGG; § 19 BVerfGG; § 217 StGB

296. BVerfG 2 BvR 2990/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. März 2018 (LG München I / AG München)

Durchsuchung von Wohnung und Geschäftsräumen (Wohnungsgrundrecht; Bezeichnung des Durchsuchungsobjekts im Durchsuchungsbeschluss; vorbeugende Kontrolle als Funktion des Richtervorbehalts; keine Erweiterung der räumlichen Sphäre der Durchsuchung im Beschwerdeverfahren; Antrag zum Ermittlungsrichter bei Einwendungen gegen die Art und Weise der Durchsuchung).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 304 Abs. 1 StPO

297. BGH 3 StR 315/17 – Urteil vom 16. November 2017 (LG Verden)

Anforderungen an die Feststellung des Tötungseventualvorsatzes bei Anstiftung zum Inbrandsetzen eines be-

wohnten Gebäudes (Wissenselement; Willenselement; Gesamtbetrachtung; Naheliegen des Vorsatzes bei in hohem Maße lebensgefährlichen Handlungen; vorsatzkritisches Vertrauen; Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung).

§ 15 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB; § 306c StGB

298. BGH 3 StR 344/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Duisburg)

Betrug (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe; keine Mittäterschaft bei untergeordneten Unterstützungshandlungen; fehlende Feststellungen zu konkreten Einnahmequellen bei der Annahme von gewerbsmäßigem Handeln; keine Mittäterschaft nach Beendigung der Tat).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 1 / Abs. 3 Nr. 1 StGB

299. BGH 3 StR 378/17 – Urteil vom 11. Januar 2018 (LG Stade)

Mittelbare Falschbeurkundung; Falschbeurkundung im Amt (Reichweite der spezifischen Beweiskraft öffentlicher Urkunden; öffentlicher Glaube; Maßgeblichkeit allgemeiner Rechtsvorschriften; Anschauungen des Rechtsverkehrs; keine Berücksichtigung von Verwaltungsinterna; Verwaltungsvorschriften).

§ 271 StGB; § 348 StGB

300. BGH 3 StR 453/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Düsseldorf)

Gleichartige Tateinheit bei gleichzeitigem Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen (selbständige Umsatzgeschäfte; Tatmehrheit; Bewertungseinheit; Zweifelsgrundsatz; keine willkürliche Zusammenfassung).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 29 BtMG

301. BGH 3 StR 460/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Mönchengladbach)

Keine Unverwertbarkeit der unbefugten Aussage eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen (Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts; Verweigerung oder Widerruf der Entbindung von der Schweigepflicht; kein strafprozessualer Anspruch auf Verweigerung einer unbefugten Aussage); Abgrenzung zulässiger Beweisanträge von Beweisermittlungsanträgen (Konnexität; Plausibilität der Beweisbehauptung; kein sicheres Wissen des Antragsstellers erforderlich; für-möglich-Halten aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte); Strafzumessung bei Zusammentreffen von Aufklärungshilfe und minder schwerem Fall.

§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 244 StPO; § 46b StGB; § 176a Abs. 4 StGB; § 203 StGB

302. BGH 3 StR 515/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Düsseldorf)

Umfang der gesamtschuldnerischen Haftung für Schmerzensgeld bei mittäterschaftlich begangener Körperverletzung (wechselseitige Zurechnung; gemeinsamer Tatplan; Exzess; Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes bei vorsätzlicher Körperverletzung).

§ 224 StGB; § 840 BGB

303. BGH 3 StR 532/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Duisburg)

Anforderungen an die Begründung schädlicher Neigungen bei einem bislang unbestraften Angeklagten (erhebliche Anlage- und Erziehungsmängel; Persönlichkeitsmängel schon vor der Tat; Gefahr weiterer Straftaten); Berücksichtigung von nicht mit der Tatbegehung zusammenhängenden Lebensumständen bei der Legalprognose.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 21 JGG; § 56 StGB

304. BGH 3 StR 586/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Wuppertal)

Rechtsfehler bei der Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Doppelverwertungsverbot; in-den-Verkehr-Gelangen der Betäubungsmittel; Art und Gefährlichkeit des Rauschgifts; mittlere Gefährlichkeit von Amphetamin; „weiche“ Drogen).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

305. BGH 3 StR 616/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (keine zwingende Verneinung der Erfolgsaussicht bei einer zu erwartenden Behandlungszeit von mehr als zwei Jahren; symptomatischer Zusammenhang; Mitursächlichkeit der alkoholbedingten Enthemmung); Angabe einer Qualifikation in der Urteilsformel.

§ 64 StGB; § 67d StGB; § 260 StPO

1. Durch die Neuregelung des § 64 Satz 2 StGB ist der Zeitraum, innerhalb dessen der Erfolg der Suchtbehandlung mit hinreichend konkreter Aussicht erreicht werden muss, in den Fällen, in denen neben der Maßregel auf eine Freiheitsstrafe erkannt wird, auf die sich aus § 67d Abs. 1 S. 3 StGB zu errechnende Dauer ausgedehnt worden. Die hinreichende Erfolgsaussicht kann nunmehr nicht mehr allein damit verneint werden, dass die voraussichtlich notwendige Behandlungszeit die – unverändert gebliebene – zweijährige Frist des § 67d Abs. 1 Satz 1 StGB übersteigt.

2. Ein symptomatischer Zusammenhang zwischen einem Hang i.S.d. § 64 StGB und der abgeurteilten Tat kann sich unter Umständen bereits daraus ergeben, dass der Angeklagte die Tat im Rausch begangen hat. Zudem ist es nicht erforderlich, dass die alkoholbedingte Enthemmung der wichtigste Faktor für die Tatbegehung war, sondern es reicht aus, wenn der Hang neben anderen Ursachen zur Tatbegehung beigetragen hat.

306. BGH 3 StR 629/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Erwerb zum Eigenkonsum und fehlendes in-den-Verkehr-Gelangen als Strafmilderungsgründe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum übermäßigen Rauschmittelkonsum; Beeinträchtigung von Gesundheit oder Arbeits- und Leistungsfähigkeit).

§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 64 StGB

307. BGH 3 StR 654/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Lüneburg)

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer positiven Sozialprognose (unzulässige Berücksichtigung des Fehlens von

Reue und Schuldeinsicht beim die Tat bestreitenden Angeklagten).

§ 56 StGB

308. BGH 5 StR 267/17 (alt: 5 StR 504/15) – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Dresden)

Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei mit dem Einverständnis des Opfers begangenen Mord (handlungsleitende Tötungsmotivation; Abgrenzung zur Tötung auf Verlangen; Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Rechtsfolgenlösung; außergewöhnliche, gesetzlichen Milderungsgründen vergleichbare Entlastungsfaktoren; regelmäßig keine strafmildernde Wirkung des Einverständnisses beim Mord; absoluter Lebensschutz; Kannibalismus).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 216 StGB

309. BGH 5 StR 347/17 – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Braunschweig)

Anwendung des Zweifelssatzes bei der Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch (fehlende Vorstellungen des Angeklagten in Bezug auf den Erfolgseintritt; gedankliche Indifferenz gegenüber dem Erfolgseintritt; eigenständige Feststellung; Rücktrittshorizont).

§ 24 StGB

310. BGH 5 StR 457/17 (alt: 5 StR 599/15) – Beschluss vom 24. Januar 2018 (LG Dresden)

Sachlich-rechtlicher Fehler durch unzureichende Berücksichtigung der strengen Grundsätze zur Beweiswürdigung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen (Fehlen näherer Angaben zum Inhalt erster Belastungsangaben; Gesamtwürdigung aller für und gegen die Glaubhaftigkeit sprechenden Gesichtspunkte).

§ 261 StPO

311. BGH 5 StR 600/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Cottbus)

Einziehung von Taterträgen (zwingende Maßnahmen der Vermögensabschöpfung kein tauglicher Gegenstand einer Verständigung; weiterhin kein Strafcharakter der Einziehung von Taterträgen nach Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung; faires Verfahren; Verpflichtung des Gerichts zur Offenlegung der Rechtsfolgenabwägung vor Zustandekommen der Verständigung auch in Bezug auf Bewährungsaufgaben).

§ 73 StGB; § 257c StPO; Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

312. BGH 5 StR 629/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Berlin)

Geschäftsherrenhaftung des Ladeninhabers bei in den Verkaufs- und Lagerräumen von einem Dritten abgewickelten Betäubungsmittelgeschäften (Garantenstellung des Betriebsinhabers; Erweiterung der gewöhnlichen Ladentätigkeit auf die illegalen Geschäfte).

§ 13 StGB; § 29 BtMG

313. BGH GSSt 3/17 – Beschluss vom 24. Juli 2017 (LG Osnabrück)

BGHSt; tatrichterliche Ermessensentscheidung über Strafrahmenverschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit (Versagung der Strafrahmenmilderung allein aufgrund selbstverschuldeter Sichberauschens; keine

vorhersehbare Erhöhung des Risikos zur Begehung von Straftaten erforderlich; abstraktes Risiko des Alkoholmissbrauchs; allgemeiner Erfahrungssatz; Erhöhung des Handlungsunrechts; tatschuldrelevantes Merkmal; Schuld minderungsgrund mit anknüpfender Strafzumessungsregel; fakultative Strafrahmenmilderung; Kompensation durch schulderhöhende Umstände; für die Tatschuld relevante Umstände des Einzelfalles; Ermessensausübung; eingeschränkte Überprüfung in der Revision).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

314. BGH 1 StR 199/17 – Urteil vom 6. Februar 2018 (LG Nürnberg-Fürth)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

315. BGH 1 StR 368/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Kaiserslautern)

Belehrung über die Rechtsfolgen einer Verständigung (erforderlicher Hinweis auf konkret in Betracht kommende Bewährungsaufgaben).

§ 257c StPO; § 56b Abs. 1 Satz 1 StGB

316. BGH 1 StR 408/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Mannheim)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Darstellung im Urteil bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

317. BGH 1 StR 532/17 – Beschluss vom 11. Januar 2018 (LG München I)

Mitteilungspflicht über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang: Standpunkte der Gesprächsteilnehmer; Beruhen des Urteils auf einer fehlerhaften Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 StPO

318. BGH 1 StR 564/17 – Beschluss vom 24. Januar 2018 (LG Ravensburg)

Mitteilungspflicht über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Anlass: Verknüpfung von Prozessverhalten und Verfahrensergebnis).

§ 243 Abs. 4 StPO

319. BGH 1 StR 625/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG München I)

BGHR; sexueller Missbrauch Schutzbefohlener (Vorliegen einer lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft: erforderliche Gesamtbetrachtung, mögliches Vorliegen auch, wenn die Partner lediglich an Wochenenden gemeinsam wohnen); Deutsch als Urteilssprache (kein Verstoß durch einzelne fremdsprachliche Begriffe im Urteilstext).

§ 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 184 GVG

320. BGH 2 StR 46/17 – Urteil vom 6. Dezember 2017 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (erforderliche Eigennützigkeit; Mittäterschaft bei reiner Einkaufsgemeinschaft).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

321. BGH 2 StR 76/17 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Darmstadt)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Misstrauen in die Unvoreingenommenheit aufgrund der Verhandlungsführung des abgelehnten Richters: vorläufige Bewertung der Sach- und Rechtslage durch den Richter, Hinweis auf eine erdrückende Beweislage; Entscheidung des Revisionsgerichts über das Ablehnungsgesuch; Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter bei Entscheidung des Tatgerichts über Ablehnungsgesuch: Willkürmaßstab)
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO

322. BGH 2 StR 171/17 – Urteil vom 7. Februar 2018 (LG Limburg)

Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch; Rücktritt vom beendetem Versuch, wenn der Erfolg ohne Zutun des Täters ausbleibt: Voraussetzungen bei gefährdeten Menschenleben).
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB

323. BGH 2 StR 180/17 – Urteil vom 17. Januar 2018 (LG Darmstadt)

Rechtmäßigkeit von doppel funktionalen Maßnahmen der Polizei (kein Vorrang der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse; Verwertbarkeit gewonnener Beweismittel); Durchsuchung (Richtervorbehalt: Vorliegen von Gefahr im Verzug); bewaffnetes Beschaffen von Betäubungsmitteln (Voraussetzungen des Sichverschaffens: Erlangen der tatsächlichen Verfügungsgewalt).
§ 161 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 102 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

324. BGH 2 StR 238/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Gießen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

325. BGH 2 StR 308/16 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Darmstadt)

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Beginn der Verjährung: Tatbeendigung erst mit vollständiger Umsetzung der Unrechtsvereinbarung).
§ 299 StGB; § 78a Satz 1 StGB

326. BGH 2 StR 447/17 – Urteil vom 7. Februar 2018 (LG Gera)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: erforderliche Gesamtwürdigung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

327. BGH 2 StR 527/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Darmstadt)

Unterschlagung (Subsidiarität gegenüber Nicht-Zueignungsdelikten: Vergewaltigung, Körperverletzung).
§ 246 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 6 StGB; § 223 Abs. 1 StGB

328. BGH 4 StR 287/17 – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (LG Essen)

Lückenhafte Beweiswürdigung.
§ 261 StPO

329. BGH 4 StR 361/17 – Urteil vom 15. Februar 2018 (LG Halle)

Verdeckungsmord (Verdeckungsabsicht bei Eventualvorsatz); Eventualvorsatz (erforderliche Darstellung im Urteil: umfassende Gesamtschau aller Tatumstände).
§ 211 StGB; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

330. BGH 4 StR 550/17 – Beschluss vom 14. Februar 2018 (LG Essen)

Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft als Zeuge in der Hauptverhandlung (keine weitere Wahrnehmung der Sitzungsververtretung bei unlösbarem Zusammenhang zwischen Zeugenaussage und nachfolgender Mitwirkung: Würdigung der eigenen Zeugenaussage, relativer Revisionsgrund, erforderliche Revisionsvortrag).
§ 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

331. BGH 4 StR 585/17 – Beschluss vom 13. Februar 2018 (LG Konstanz)

Bildung einer Gesamtstrafe (erforderliche Strafzumessungsüberlegungen: Darstellung im Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 54 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

332. BGH 4 StR 587/17 – Beschluss vom 30. Januar 2018 (LG Münster)

Lückenhafte Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

333. BGH 4 StR 622/17 – Beschluss vom 14. Februar 2018 (LG Münster)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berausende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).
§ 64 StGB

334. BGH 1 StR 224/17 – Beschluss vom 19. Februar 2018 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet (mangelnde Begründungspflicht); Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer Revisionsentscheidung.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

335. BGH 1 StR 6/18 – Beschluss vom 21. Februar 2018 (LG Karlsruhe)

Verwerfung des Wiedereinsetzungsantrages als unzulässig.
§ 45 StPO

336. BGH 1 StR 56/17 – Urteil vom 19. Dezember 2017 (LG Koblenz)

Beihilfe (Strafbarkeit berufstypischer Handlungen: objektive und subjektive Anforderungen; zeitlicher Zusammenhang zwischen Hilfeleistung und Haupttat); Steuerhinterziehung (Ermittlungs- und Darlegungsanforderungen an das Tatgericht, keine geringeren Anforderungen bei ausländischen Steuern; Prüfung des Vorliegens eines besonders schweren Falles bei jedem Beteiligten).
§ 27 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 und 3 AO

337. BGH 1 StR 279/17 – Beschluss vom 5. März 2018 (LG München I)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

338. BGH 1 StR 380/17 – Beschluss vom 21. Februar 2018 (LG Weiden)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

339. BGH 1 StR 496/16 – Urteil vom 10. Oktober 2017 (LG Ulm)

Täterschaft (Mittäterschaft: Maßstab, Strafbarkeit wegen Unterlassens in Anwendung des Zweifelssatzes).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 13 StGB

340. BGH 2 StR 12/18 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Bonn)

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

341. BGH 2 StR 65/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Frankfurt am Main)

Schwerer Raub (narkotisierende Mittel sind kein gefährliches Werkzeug).
§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

342. BGH 2 StR 173/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Gera)

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

343. BGH 2 StR 196/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Aachen)

Gegenstand des Urteils (Tat im prozessualen Sinne).
§ 264 Abs. 1 StPO

Zur Tat im prozessualen Sinn gehört das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt. Liegen, wie hier von der Strafkammer rechtsfehlerfrei angenommen, zwei materiellrechtlich selbständige Taten vor, wird es sich regelmäßig auch um zwei prozessuale Taten handeln, es sei denn, die einzelnen Handlungen sind innerlich derart miteinander verknüpft, dass der Unrechtsund Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände richtig gewürdigt sein kann, die zu der anderen Handlung geführt haben, und dass die getrennte Aburteilung einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würde.

344. BGH 2 StR 252/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Darmstadt)

BGHSt; Ruhen der Verjährung (Hemmungswirkung eines Prozessurteils; Beschränkung auf das konkrete Verfahren).
§ 78b Abs. 3 StGB

345. BGH 2 StR 337/16 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Frankfurt am Main)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

346. BGH 2 StR 337/16 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Frankfurt am Main)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

347. BGH 2 StR 348/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Aachen)

Zahlungserleichterungen (Befassung des Urteils bei naheliegender Anwendung).
§ 42 StGB

Da die Entscheidung nach § 42 StGB zwingend vorgeschrieben ist, muss sich das Urteil damit befassen, wenn die Anwendung der Vorschrift nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen eines Angeklagten naheliegt.

348. BGH 2 StR 366/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Frankfurt am Main)

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

349. BGH 2 StR 382/17 – Beschluss vom 27. Februar 2018 (LG Frankfurt am Main)

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

350. BGH 2 StR 416/16 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Köln)

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

351. BGH 2 StR 525/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Frankfurt am Main)

Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (Zeitpunkt des Entfallens des Hindernisses).
§ 45 StPO

Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wahrung der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags auch, dass der Antragsteller mitteilt, wann dieses Hindernis entfallen ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre.

352. BGH 2 StR 535/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Frankfurt am Main)

Entscheidung über die Zuständigkeit für eine sofortige Beschwerde.
§ 464 Abs. 3 Satz 3 StPO

353. BGH 2 StR 549/17 – Beschluss vom 15. Februar 2018 (LG Fulda)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorliegen eines symptomatischen Zusammenhangs).
§ 64 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstat ist. Vielmehr ist ein symptomatischer Zusammenhang bereits dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat, und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist.

354. BGH 2 StR 568/17 – Beschluss vom 14. März 2018 (LG Darmstadt)

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

355. BGH 2 StR 570/17 – Beschluss vom 15. Februar 2018 (LG Aachen)

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

356. BGH 2 StR 580/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Bonn)

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

357. BGH 2 ARs 57/18 (2 AR 36/18) – Beschluss vom 28. Februar 2018

Entscheidung über die Zuständigkeit.
§ 42 Abs. 3 JGG

358. BGH 2 ARs 70/18 (2 AR 49/18) – Beschluss vom 13. März 2018

Entscheidung über die Zuständigkeit.
§ 42 Abs. 3 Satz 2 JGG

359. BGH 4 StR 346/17 – Beschluss vom 13. Februar 2018 (LG Bochum)

Teileinstellung bei mehreren Taten (Mitteilung der Gründe für eine Teileinstellung); Revisionsbegründung (Darlegung der für einen behaupteten Erörterungsmangel maßgeblichen Tatsachen).
§ 154 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

360. BGH 4 StR 351/17 – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (LG Hagen)

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung weiterer noch nicht abgeurteilter Straftaten).
§ 46 Abs. 1 StGB

361. BGH 4 StR 470/17 – Beschluss vom 27. Februar 2018 (LG Paderborn)

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

362. BGH 4 StR 481/17 – Beschluss vom 28. Februar 2018 (LG Magdeburg)

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

363. BGH 4 StR 489/17 – Beschluss vom 27. Februar 2018 (LG Bochum)

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

364. BGH 4 StR 506/17 – Urteil vom 15. Februar 2018 (LG Arnsberg)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Begriff des Führers eines Kraftfahrzeuges; Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs: objektive und subjektive Anforderungen); Konkurrenzen (Körperverletzung und Raub); besondere gesetzliche Milderungsgründe (keine Berücksichtigung von ausländerrechtlichen Folgen einer Verurteilung); schwerer Raub (Definition des gefährlichen Werkzeugs).

§ 49 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 316a Abs. 1 StGB; § 53 AufenthG

365. BGH 4 StR 529/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Essen)

Grundsätze der Strafzumessung (Gewichtung einer wahrheitswidrigen Notwehrbehauptung als prozessuales Verteidigungsverhalten).
§ 32 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

366. BGH 4 StR 556/17 – Beschluss vom 13. Februar 2018 (LG Münster)

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

367. BGH 4 StR 640/17 – Beschluss vom 28. Februar 2018 (LG Kaiserslautern)

Recht auf ein faires Verfahren (Voraussetzungen einer Tatprovokation).
Art. 6 Abs. 1 EMRK

368. BGH 4 StR 648/17 – Beschluss vom 14. Februar 2018 (LG Münster)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Voraussetzungen einer Einziehungsanordnung).
§ 73 Abs. 1 nF StGB

369. BGH Ermittlungsrichter 5 BGs 47/18 2 BJs 997/17-7 – Beschluss vom 5. März 2018

Hinzuziehung eines Dolmetschers (Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofes).
Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 141 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 187 Abs. 1 Satz 1 GVG