

















































































































Individual- und im Rechtsbewährungsinteresse nicht in Anspruch zu nehmen“ hatte.<sup>198</sup> – Indes: In 1993 wurde vom BGH auf den ersten Blick das Gegenteil entschieden.<sup>199</sup> Die aus dem Rotlichtmilieu stammenden Angeklagten hatten erfahren, dass eine rechtsextreme Gruppe unter der Führung des später von ihnen getöteten O eines ihrer Bordelle „stürmen und plattmachen“ wolle. Eine (problemlos mögliche) Benachrichtigung der Polizei hatten sie unterlassen, um die „Sache selbst in die Hand zu nehmen“ bzw. um selbst – so wörtlich – „Krieg führen“ zu können. Der BGH führte dazu aus:

„O mag zwar überraschend in das Blickfeld der Angekl. getreten sein. Mit seinem Erscheinen aber mussten sie rechnen [...]. Wenn sich die Angekl. unter diesen Umständen auf einen offenen Kampf mit den Anhänger O's unter Ausschaltung der erreichbaren Polizei einließen, mussten sie sich auf die zu ihrem Schutz erforderliche Verteidigung beschränken.“<sup>200</sup>

Wie zur Bestätigung der hier vorgeschlagenen personalen Differenzierungen sticht ins Auge, dass der BGH dort (im Schulhof-Fall) den Notwehrübenden als schwaches Opfer, der das Recht auf seiner Seite hat, zeichnete, während er hier (im Dresdner Rotlichtfall-Fall) den Notwehrübenden notwehrrechtlich benachteiligte, „weil sich der rechtswidrig Angegriffene planmäßig in eine tätliche Auseinandersetzung mit seinem Gegner eingelassen hat, um unter Ausschaltung der für die Konfliktlösung zuständigen und erreichbaren Polizei den ihm angekündigten Angriff mit eigenen Mitteln abzuwehren und die Oberhand über seinen Gegner zu gewinnen.“<sup>201</sup> Dem unterliegt, dass der Staat keine tätlichen Konflikte außerhalb oder unterhalb seiner Zwangsgewalt zu dulden hat.<sup>202</sup> Obwohl dies nach Maßgabe der normativen Parallelordnungen krimineller Gruppierungen unrealistisch sein mag und in eine entsprechende individuelle Steuerungswirkung keine allzu großen Hoffnungen zu setzen sind, darf und muss der Staat – auch aus generalpräventiven Gründen – seine kriminellen Bürger dazu anhalten, Konflikte einzig in staatlich geordneten Bahnen und mithilfe der rechtlich vorgesehenen Institutionen auszutragen. Daraus folgt die Obliegenheit<sup>203</sup>, den Schutz staatlicher

Stellen in Anspruch zu nehmen, wenn konkrete Hinweise auf ab- und vorhersehbare rechtswidrige Angriffe durch kriminelle Gegner vorliegen. Eine entsprechende Obliegenheitsverletzung – also letztlich das Unterlassen, staatliche Stellen herbeizurufen, obwohl dies möglich und zumutbar war und dem Bedrohten die Sicherung seiner Rechtsgüter ermöglicht hätte – kann damit auch dogmatisch und unter Rückführung auf das anerkannte Institut der Notwehrprovokation zu Notwehrein-schränkungen Anlass geben, weil der Angegriffene vorwerfbarerweise die spätere Notwehrlage in ihrer konkreten Gestalt mit-herbeigeführt hat.

### (iii) Strafprozessuale Überlegungen im Hinblick auf unangekündigte Hausdurchsuchungen

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Beschränkung von Notwehrbefugnissen in kriminellen Kontexten auch mit der oben (s. oben II.) favorisierten Ermächtigung zu unangekündigten Hausdurchsuchungen harmoniert. Denn diese Beschränkung von Notwehrbefugnissen greift nicht nur beispielhaft in einem realen kriminellen Bandenkrieg Platz, sondern auch bei einem nur vermeintlichen bzw. irrig angenommenen rechtswidrigen Angriff seitens rivalisierender Gewalttäter. Den Durchsuchungsbeamten steht also normativ zur Seite, dass sich ein Bewohner nicht irrigerweise auf ein „schneidiges“ Putativ-Notwehrrecht berufen darf, um vermeintliche Angriffe von Seiten rivalisierender Krimineller zurückzuschlagen; vielmehr muss er sich soweit wie möglich zurückziehen, bevor er zum Gegenschlag ausholt. Insofern besteht Hoffnung, dass sich während dieses Ausweichens die wirkliche Sachlage aufklärt, was gleichsam die normative Abschirmung der Durchsuchungsbeamten vor einer Putativnotwehr des kriminellen Bewohners erhöht. Freilich tragen die Durchsuchungsbeamten weiterhin das normative (Rest-)Risiko, dass sich ein krimineller Bewohner nicht mit krimineller Teleologie zur Wehr setzt (er beispielhaft denkt, er werde Opfer eines „ordinären“ Wohnungseinbruchs) oder, z.B. aufgrund einer Verwechslung, der angetroffene Bewohner in keine kriminellen Aktivitäten verwickelt ist.

## 3. Der zweifelhafte Erlaubnistatbestandsirrtum in 2 StR 375/11

Nach Maßgabe der im Vorstehenden darlegten Notwehrein-schränkungen ist in 2 StR 375/11 zweifelhaft, ob der Todesschütze B. überhaupt einem Erlaubnistatbestandsirrtum erlag. Soweit dies den Urteilsgründen entnehmbar ist, hatte B. hinreichend konkrete Anhaltspunkte, dass ihm die rivalisierenden Bandidos nach dem Leben trachteten. In dieser Situation hätte er die staatlichen Stellen einschalten müssen, weil er den Kampf mit den „Bandidos“ nicht um der Bewährung des Rechts, sondern um der Bewährung einer normativen Ordnung jenseits des staatlichen Gewaltmonopols willens in Kauf nahm. Zwar

schränkung von Notwehrbefugnissen geben. Die Obliegenheit ist letztlich eine Pflicht minderen Grades. Im Falle einer Obliegenheitsverletzung muss der Verletzende die ihm dadurch entstehenden Nachteile – hier die Einschränkung seiner Notwehrrechte – hinnehmen.

<sup>198</sup> BGH JR 1980, 210. Zur – heute so wohl nicht mehr vertretbaren – Begründung führte der BGH a.a.O. weiland an, ein „solches Verhalten wäre ein unzumutbares Kneifen, eine schmachliche Flucht gewesen.“

<sup>199</sup> BGH NJW 1993, 1869.

<sup>200</sup> BGH NJW 1993, 1869, 1871.

<sup>201</sup> BGH NJW 1993, 1869, 1871.

<sup>202</sup> Darauf nicht eingehend *van Rienen* (Fn. 1), 382, der bezeichnenderweise generalisierend argumentiert, es „besteht keine generelle Pflicht zur Herbeiholung fremder, auch staatlicher Hilfe.“ Das wird hier gar nicht in Frage, wohl aber zur Diskussion gestellt, dass eine differenzierende Dogmatik von Grundsätzen auch Ausnahmen zulassen muss und nicht vorschnell vom Grundsatz auf den Einzelfall schließen darf. Ein Grundsatz ist nur so stark, wie die in tragenden Prinzipien, die meines Erachtens hier nicht greifen.

<sup>203</sup> Nach herrschender Ansicht trifft den Bedrohten keine Anzeigepflicht nach § 138 StGB (vgl. nur *Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder-StGB [Fn. 120], § 138 Rdnr. 19 m.w.N.). Diesen Rechtsgedanken aufgreifend wird man daher in der Tat keine sanktionierbare Rechtspflicht postulieren können, hoheitliche Hilfe herbeizuholen. Allerdings kann auch eine Obliegenheitsverletzung Anlass für die Be-

suchte B. diesen vermeintlichen Angriff der „Bandidos“ nicht, um „unter dem Deckmantel der Notwehr“ die Angreifer zu verletzen; eine vollständige Suspendierung seiner Notwehrrechte war also nicht geboten. Allerdings durfte der B. nicht sofort dazu übergehen, Trutzwehr zu üben. Er musste vielmehr vor dem von ihm irrig angenommenen Angriff soweit wie möglich zurückweichen, ggf. sogar aus der eigenen Wohnung fliehen, um den direkten Kontakt mit seinen vermeintlichen Angreifern zu vermeiden. Ob die konkrete Kampfplage solche Rückzugsmöglichkeiten bot, lässt der in 2 StR 275/11 mitgeteilte Sachverhalt leider nicht erkennen. Dagegen spricht allemal nicht der Schluss des zweiten Strafsenates, der B. habe keinen Warningschuss abgeben müssen, um seine aktive Kampfposition nicht preiszugeben. Denn hätten für B. Ausweichmöglichkeiten bestanden, hätte er sich gar nicht auf einen aktiven Kampf einlassen dürfen, hätte er sich also auf die zu seinem Schutz erforderliche Handlungen beschränken müssen. Mit anderen Worten: Ein Warningschuss stellt eine aktive Kampf- und Verteidigungshandlung dar, über den erst zu diskutieren ist, wenn anderweitige Flucht- oder Schutzhandlungen nicht zur Verfügung standen.<sup>204</sup> Darüber erfährt man in 2 StR 375/11 nichts, so dass zweifelhaft bleibt, ob B. wirklich einem Erlaubnistatbestandsirrtum im Rechtssinne erlegen ist.

## Zusammenfassung in Thesen

Thesenartig lässt sich dieser Beitrag wie folgt zusammenfassen:

1. 2 StR 375/11 wirft ein Schlaglicht auf die polizeiliche Praxis, Hausdurchsuchungen vollständig unangekündigt durchzuführen und dabei insbesondere heimlich in Wohnungen einzudringen, um Bewohner zu überraschen. Diese Praxis muss rechtssoziologisch sowie rechthistorisch untersucht werden. Sollte sich – wie erste Hinweise aus der Praxis nahelegen – bewahren, dass unangekündigte Hausdurchsuchungen, insbesondere in bestimmten Kriminalitätsbereichen (Stichwort: Drogenkriminalität), an der Tagesordnung und eher die Regel denn die Ausnahme sind, darf die zugrundeliegende, in den USA geteilte polizeilich-einsatztaktische Einschätzung, dass dieses Vorgehen entweder zur Beweis- oder zur Eigensicherung der Beamten unbedingt erforderlich ist, nicht ohne Weiteres als rechtsstaatswidrig verworfen werden.
2. Nach hier vertretener Ansicht sind *unangekündigte Durchsuchungen* – unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten – *verfassungsrechtlich zulässig*, namentlich mit Art. 13 Abs. 1, 2 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar, wenn und weil sie einem legitimen Zweck dienen (Stichwort: Beweis- oder Eigensicherung der Beamten). §§ 102 ff. StPO reichen – unter Bestimmtheits- und Wesentlich-

keitsgesichtspunkten – *als einfachrechtliche Ermächtigungsgrundlage* aus, um die Anordnung einer unangekündigten Durchsuchung, namentlich als ungeschriebene Durchführungsmodalität, zu gestatten. Denn die §§ 102 ff. StPO sind einer extensiven Auslegung fähig und zugänglich. Die Heimlichkeit des Eindringens spricht nicht wider die Behandlung der unangekündigten als „ordinäre“ Durchsuchung i.S.v. §§ 102, 103 StPO; denn die unangekündigte ist keine heimliche Durchsuchung, da dem Betroffenen nachträgliche Rechtsschutzmöglichkeiten erhalten bleiben. Das dogmatisch konkretisierte, theoretisch hinreichend missbrauchsresistente richterliche Prüfungsverfahren erlaubt die Anordnung einer unangekündigten Durchsuchung, da es sich bei dieser Anordnung um eine gesetzlich *en detail* kaum regelbare komplexe Risiko- und Abwägungsentscheidung handelt.

3. Liegt, wie bei 2 StR 375/11, Gefahr bei Verzug mit Blick auf ein notwendig werdendes überraschendes Eindringen nicht vor, muss die Anordnung der Nichtankündigung durch den Richter erfolgen (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO); widrigenfalls ist die Durchsuchung rechtswidrig. In jedem Fall ist zu prüfen, ob die Nichtankündigung im Einzelfall verhältnismäßig ist. Eine unangekündigte Durchsuchung ist nur dann angemessen, wenn die (prognostizierten) Vorteile für die Strafverfolgung die Gefahren, die mit einer Nichtankündigung einhergehen, deutlich übersteigen. Wie 2 StR 375/11 und die US-amerikanischen Erfahrungen verdeutlichen sowie der gesunde Menschenverstand nahelegt, kann ein überraschendes Eindringen in eine Wohnung Abwehrhandlungen des Bewohners provozieren und so in eine Spirale von Gewalt und Gegengewalt münden. Die damit angesprochenen Gefahren für Leib und Leben von Durchsuchungsbeamten, Bewohnern und Dritten sind einsatztaktisch zu minimieren. Die Hinnahme – einsatztaktisch wohl nicht völlig ausschließbarer – Gefahren ist nur zum Schutze von überragenden Gütern der Allgemeinheit, d.h. letztlich nur zur Aufklärung besonders schwerer Kriminalität, statthaft. Ob all dies der Fall ist, kann nur unter Bezugnahme auf die konkrete Einsatzplanung, die der Richter im Regelfall eigenverantwortlich zu prüfen hat, beantwortet werden.
4. Eine Verletzung der Anordnungskompetenz des Richters für eine unangekündigte Durchsuchung kann nur ausnahmsweise, aber immerhin dann zu einem Beweisverwertungsverbot für aufgefundene Beweismittel führen, (1) wenn dies aufgrund systemischer Nichtbeachtung des Richtervorbehalts zu Abschreckungs- und Sanktionierungszwecken notwendig ist, (2) wenn der Bewohner aufgrund der Nichtankündigung in einem kompromittierenden Moment überrascht wird oder (3) wenn er aus Überraschung eine (belastende) Spontanäußerung tätigt.
5. Gegen unangekündigte Hausdurchsuchungen kann Notwehr nach den allgemeinen Regeln geübt werden. Verkennt der Verteidiger, dass er

<sup>204</sup> Die elaborierten Überlegungen von *van Rienen* (Fn. 1), 381 über Mündungsblitze oder die Verwendung von Vollmantelgeschossen gehen nach der hier vertretenen Ansicht demnach ins Leere. Der Warningschuss ist weder Flucht noch Ausweichen, sondern Vorbereitung des Gegenschlags.

- durch hoheitliches Handeln betroffen ist, kann er aufgrund eines Erlaubnistatbestandsirrtums straflos bleiben. Handelt der Verteidiger in einem kriminellen Bandenkrieg oder denkt er, wie in 2 StR 375/11, in einem solchen Kontext Notwehr zu üben, so muss die deutsche Dogmatik über personale Differenzierungen nach Maßgabe eines präzisierungsbedürftigen Rechtsbewährungsprinzips nachdenken.
6. Bei der Formulierung des Sinnspruchs, dass das „Recht dem Unrecht nicht zu weichen habe“, wird regelmäßig übersehen, dass das Postulat der Rechtsbewährung nichts darüber besagt, wer die Verteidigung des Rechts wie zu übernehmen hat. Nach hier vertretener Ansicht ist insofern von einem „starken Prinzip des Vorrangs staatlicher Gewalt“ auszugehen. Agiert der Angegriffene nicht „als Verteidiger“ der überpersönlichen Rechts- und Friedensordnung, können ihm notwehrrechtsprinzipiell weitgehende Flucht- und Ausweichpflichten auferlegt werden. Erst wenn er sinnbildlich nicht weiter zurückweichen kann, weil er an der Wand stehend betroffen wird, erlaubt das individuelle Schutzprinzip den verhältnismäßigen Einsatz tödlicher Notwehrgewalt. Eine entsprechende Personalisierung von Flucht- und Ausweichpflichten erhält insbesondere der Polizei ihre schneidigen Notwehrrechte. Eine transparente und machtkritische Dogmatik muss sich dieser Zielsetzung freilich stellen. Die vorherrschende, in 2 StR 375/11 hochgehaltene, generelle Ablehnung von Flucht- oder Rückzugspflichten lässt vergessen, dass damit – und somit zynischerweise auch mit 2 StR 371/11 – eine unterschwellige quantitative Privilegierung der deutschen Polizei beim Einsatz tödlicher Notwehrgewalt einhergeht, da die Rechtsprechung Polizeibeamten die Berufung auf § 32 StGB zuge-
  - steht und letztere im Gegensatz zu den Normalbürgern fast immer bewaffnet sind.
  7. Notwehrrechtsprinzipiell sind dem kriminellen Bürger, der Notwehr in kriminellen Kontexten übt, um einer kriminellen Normenordnung Vorschub zu leisten, keine schneidigen Notwehrbefugnisse zu garantieren. Vielmehr bestehen in solchen Fällen weitgehende Flucht- und Ausweichpflichten. Dogmatisch sind die Notwehrrechte des Angegriffenen im Rahmen der *lex lata* des § 32 StGB einschränkbar, wenn dieser nicht auf der Seite des staatlichen Gewaltmonopols steht und sich nicht unter staatlichen Schutz begibt, obwohl ein ab- und vorsehbarer rechtswidriger Angriff dadurch hätte vermieden werden können. Das Unterlassen, staatliche Stellen herbeizurufen, obwohl dies möglich und zumutbar war und dem Bedrohten die Sicherung seiner Rechtsgüter ermöglicht hätte, führt zu einer dogmatischen Beschränkung von Notwehrrechten, weil der Angegriffene vorwerfbarerweise die Notwehrlage in ihrer konkreten Gestalt mitherbeigeführt hat (Stichwort: vorwerfbare Notwehrprovokation). Das ist weder Ausdruck eines Freund-Feind-Denkens noch feindstrafrechtlich vorbelastet. Die Botschaft ist „lediglich“, dass der Staat in einem „Bandenkrieg“ erwartet, dass sich die Beteiligten nicht gegenseitig umbringen. Tödliche Verteidigungshandlungen kommen nur als *ultima ratio* in Betracht, d.h. nur dann, wenn alle vernünftigen, den Angegriffenen nicht in größere Gefahren bringenden Flucht- und Schutzwehrmöglichkeiten ausgeschöpft worden sind; denn erst in solchen Fällen kann der Staat vom Angegriffenen nicht mehr erwarten, dass er sich und sein Leben für die Bewährung des staatlichen Gewaltmonopols aufopfert.

# Nochmals: Zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 1032, BGH HRRS 2011 Nr. 675, BGH HRRS 2011 Nr. 936, BGH HRRS 2011 Nr. 1153, BGH HRRS 2012 Nr. 781

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Marcus Mosiek, Düsseldorf\*

## 1. Einführung

In der Dezemberausgabe des Jahres 2009 dieser Zeitschrift wurde von dem Verfasser herausgearbeitet und kommentiert, dass die Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 17. Juli 2009 („Berliner Stadtreinigungsbetriebe“; „Compliance Officer“)<sup>1</sup> Sprengkraft auch insoweit in sich birgt, als erstmals höchstrichterlich festgestellt worden ist, dass der Vermögensnachteil bei der Untreue „unmittelbar“ sein, also ohne weitere Zwischenschritte aus der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch den Täter folgen muss.<sup>2</sup> Seitdem sind knapp drei Jahre vergangen. Die damalige Prognose, das Urteil werde die Diskussion über das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Untreueschadens (zumal vor dem Hintergrund einer verfassungsrechtlich gebotenen Restriktion des § 266 StGB) „nachhaltig beeinflussen“<sup>3</sup>, hat sich bewahrheitet. Das Judikat ist in der Wissenschaft zunehmend auch unter dem Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit rezipiert worden. Dabei überwiegt – trotz Nuancen im Einzelfall – die Zustimmung deutlich.<sup>4</sup> Zusammenfassend

stellt in diesem Zusammenhang etwa *Saliger* fest, die „stärkere Akzentuierung des Unmittelbarkeitsprinzips“ verspreche eine „Minimierung der Gefahr, bloß abstrakte Vermögensgefahren zu kriminalisieren“.<sup>5</sup> Ob und gegebenenfalls inwieweit die „Hoffnung“<sup>6</sup>, die das Schrifttum in die Entscheidung des 5. Strafsenats gesetzt hat, durch die Folgerechtsprechung des BGH erfüllt oder im Gegenteil enttäuscht worden ist, soll nachstehend in Form eines kompakten Rechtsprechungsüberblicks untersucht werden.

## 2. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2009 – 3 StR 410/09 = HRRS 2010 Nr. 1032

Nur rund drei Monate nach der Ausgangsentscheidung des 5. Strafsenats hatte der 3. Strafsenat darüber zu befinden, ob ein Notar, der entgegen der mit einer Bank geschlossenen Treuhandvereinbarung den auf sein Anderkonto überwiesenen, von der Bank dem Grundstückskäufer gewährten Darlehensbetrag dem Grundstücksvorkäufer ausgezahlt hatte, sich wegen Untreue strafbar gemacht hat. Im Ergebnis hob der Senat das Urteil der Vorinstanz mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurück, weil gegen die Berechnung des Vermögensschadens „durchgreifende rechtliche Bedenken“<sup>7</sup> bestanden. Zur Begründung wird in dem Beschluss darauf hingewiesen, dass der Vermögensnachteil des Treugebers „allein“ an den das Vermögen mindernden Auswirkungen „gerade der treupflichtigen Handlung“ zu bemessen bzw. der „durch die treupflichtwidrige Verfügung bedingte“ Min-

\* Der Autor ist Partner der Kanzlei *Thomas Deckers Wehnert Elsner (tdwe)* in Düsseldorf. Er widmet den Beitrag seinem Seniorpartner und Gründer der Sozietät Dr. *Sven Thomas*, der als profunder Kenner der Materie ausgewiesen ist, zu dessen 65. Geburtstag. Für die kritische Durchsicht des Manuskriptes gilt sein Dank den Herren Rechtsanwälten Dr. *Jan Schlösser*, Berlin, und *Christoph Lepper*, LL.M., Düsseldorf.

<sup>1</sup> Vgl. HRRS 2009 Nr. 718.

<sup>2</sup> Vgl. *Mosiek* HRRS 2009, 565 ff.; für Novität (bezogen auf die Rechtsprechung des BGH) auch *Saliger* in: Festschrift für *Samson* (2010), S. 455 ff., 482; siehe ferner *Kraatz* ZStW 123 (2011), 447 ff., 482, Fn. 259 („Vgl. einzig *Mosiek*, HRRS 2009, 565 ff.“).

<sup>3</sup> *Mosiek* HRRS 2009, 565, 567.

<sup>4</sup> Vgl. *Saliger* a.a.O. (Fn. 2), S. 482; *Theile* wistra 2010, 457 ff., 462; *Perron* in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. (2010), § 266, Rn. 39; *Kühl* in: *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 266, Rn. 16; *Esser* in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB* (2011), § 266 Rn. 215 ff.; *Seier* in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. (2011), 5. Teil, Kapitel 2 Rn. 211 ff.; *Beukelmann* in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Nomos Handkommentar Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl. (2011), § 266 StGB Rn. 25; *Kraatz* ZStW 123 (2011), 447 ff., 482 f.; *Jahn* JuS 2011, 1133, 1135 f.; *Corsten* HRRS 2011, 247 ff., 252; *Krause* NStZ 2011, 57 ff., 61; *Schünemann* in: *Leipziger*

*Kommentar*, StGB, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 168; ablehnend – jeweils ohne Auseinandersetzung mit der Entscheidung des 5. Strafsenats – etwa *Bittmann* NStZ 2012, 57 ff., 61 f., der jedoch konzidiert (S. 61), dass es sich um ein „legitime(s) Bestreben (handelt), mit dem Unmittelbarkeitsanforderung (...) eine rechtssichere Anwendung des § 266 StGB zu ermöglichen“; *Waßmer* in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (2011), § 266 StGB Rn. 167; keine Erwähnung findet die Rechtsfrage – soweit ersichtlich – bei *Fischer*, StGB, 59. Aufl. (2012), § 266 (zur Unmittelbarkeit des Vermögenszuflusses im Rahmen der Schadenskompensation vgl. ebenda Rn. 164); ablehnend hingegen *Fischer* StraFo 2008, 269 ff., 272.

<sup>5</sup> *Saliger* a.a.O. (Fn. 2), S. 482.

<sup>6</sup> *Saliger* a.a.O. (Fn. 2), S. 482.

<sup>7</sup> BGH HRRS 2010 Nr. 1032 Rn. 4 ff.

derwert zu berechnen sei.<sup>8</sup> Dies bedeute unter anderem, dass (nach Art einer Negativabgrenzung) Umstände, die „erst nach der treuwidrigen Verfügung des Angeklagten entstanden sind, für die Bestimmung des Vermögensnachteils im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB keine Relevanz gewinnen; denn derartige Umstände (...) stehen in keinem zurechenbaren Zusammenhang mit der Pflichtverletzung des Angeklagten“<sup>9</sup>. Zwar bezieht sich der 3. Strafsenat damit nicht ausdrücklich auf das Unmittelbarkeitserfordernis, das auch nicht durch entsprechende Rechtsprechungs- und/oder Schrifttumsnachweise in Bezug genommen wird. Der Sache nach verlangt er jedoch einen besonders ausgeprägten Pflichtwidrigkeitszusammenhang<sup>10</sup>, der dem Erfordernis der Unmittelbarkeit zumindest sehr nahe kommt.

### 3. BGH, Beschluss vom 13. April 2011 – 1 StR 94/10 = HRRS 2011 Nr. 675

Einem Paukenschlag, bezogen auf die Ausgangsfragestellung, kam sodann der Beschluss des 1. Strafsenats aus dem April 2011 gleich. Der Senat stellte in dieser – auch unter anderen Gesichtspunkten viel beachteten – Entscheidung zur „Kölner CDU-Spendenaffäre“ fest, ein „unmittelbarer Zusammenhang zwischen pflichtwidrigem Tun und Vermögensnachteil“ sei „nicht erforderlich“. Eines „solchen Unmittelbarkeitserfordernisses“ bedürfe es „auch nicht im Hinblick auf die tatbestandliche Weite des § 266 Abs. 1 StGB“. Selbst wenn „mit der bisherigen Rechtsprechung“ (hier folgt der Hinweis auf die Entscheidung des 5. Strafsenats in Sachen „Berliner Stadtreinigungsbetriebe“) „an einem über den Zurechnungszusammenhang hinausgehenden Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil festgehalten werden sollte, würde sich daraus jedenfalls nicht ergeben, dass Pflichtwidrigkeit und Nachteil in einem engen zeitlichen Verhältnis zueinander stehen müssten. Denn ‚unmittelbar‘ bedeutet (...) nicht zeitgleich, sofort oder auch nur alsbald“<sup>11</sup>. Letzteres – die nach wohl zutreffender Auffassung des Gerichts fehlende zeitliche Dimension der Unmittelbarkeit – wurde nicht weiter begründet.<sup>12</sup> Stattdessen erfolgte – im Zitatweg – der Hinweis auf den Beschluss desselben Senats in Sa-

chen „Siemens/AUB“ vom 13. September 2010, der allerdings die Vorteils- und nicht die Nachteilsseite im Rahmen der Saldierung betroffen hatte und in welchem – ebenfalls ohne Begründung, aber mit interpretatorischem Mehrwert hinsichtlich des von dem Senat äußerst hilfsweise („jedenfalls“) herangezogenen Unmittelbarkeitsverständnisses – ausgeführt worden war: „(U)nmittelbar‘ heißt insoweit nicht zeitgleich bzw. sofort oder auch nur bald. Eine unmittelbare Schadenskompensation ist vielmehr dann gegeben, wenn keine weitere, selbständige Handlung mehr hinzutreten muss, damit der kompensationsfähige Vermögenszuwachs entsteht“<sup>13</sup>.

Obwohl die vorbezeichneten Ausführungen des 1. Strafsenats nicht begründet und nur obiter dictu bzw. im Rahmen eines Hinweises für das mit der Sache neu zu befassende Tatgericht („Segelanweisung“) gemacht wurden,<sup>14</sup> haben sie die weitere Diskussion – was beabsichtigt gewesen sein dürfte – nicht unmaßgeblich beeinflusst und teilweise sogar erheblichen Widerspruch herausgefordert.<sup>15</sup> Dies nicht zuletzt deshalb, weil sich der Senat in voller Kenntnis der mehr als neun Monate zuvor ergangenen, grundlegenden Entscheidung des BVerfG zu Restriktionen des Untreuetatbestandes<sup>16</sup> entsprechend geäußert hat. Pointiert kommentiert vor diesem Hintergrund etwa *Jahn*, der „wenig verklausulierte Appell, den Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil aufzugeben und auf diese Weise den objektiven Tatbestand des § 266 I StGB (wieder) auszuweiten“ erfordere „bei einem ohnehin merkmalsarmen Gesetz“ ein „recht robustes richterliches Selbstbewusstsein“<sup>17</sup>. Auch *Brand* beklagt, dass der 1. Strafsenat durch Ablehnung des Erfordernisses eines Unmittelbarkeitszusammenhangs den Tatbestand der Untreue ausweite, weil dann „jeder auf der Pflichtverletzung basierende Vermögensnachteil ungeachtet seiner zeitlichen Entstehung“<sup>18</sup> Berücksichtigung finden kann, wodurch das ‚Restriktionspotenzial‘ der mittlerweile auch vom BVerfG anerkannten Figur (...) ‚schadensgleiche Vermögensgefährdung‘ (...) ‚zukünftig ungenützt‘ bleibe. Bedenken verursache das Diktum „vor allem mit Blick auf diejenigen

<sup>8</sup> BGH HRRS 2010 Nr. 1032 Rn. 6.

<sup>9</sup> BGH HRRS 2010 Nr. 1032 Rn. 7.

<sup>10</sup> Vgl. *Seier* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 204 ff.

<sup>11</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 675 Rn. 67 f.

<sup>12</sup> Weiterführend hierzu *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften (1997), S. 112 f., der jedoch ebenfalls – wie der 1. Strafsenat in der oben genannten Entscheidung – die Vorteilsseite im Rahmen der Gesamtsaldierung im Blick hat („gegenständliche und zeitliche Restriktion der Kompensationsfaktoren im Sinne eines Kriteriums der ‚Unmittelbarkeit‘“; „Bloße Gleichzeitigkeit von Vor- und Nachteilseintritt lässt allerdings noch nicht auf Unmittelbarkeit schließen, dies kann Zufall sein. Vielmehr kommt es auf die Ursachenidentität an. (...) Demgegenüber hat die gegenständliche Restriktion zur Folge, dass nur diejenigen Vor- und Nachteile einzubeziehen sind, die sich aus der Untreuehandlung als solcher ergeben“); vgl. ferner die Bedeutungsübersicht zu „unmittelbar“ bei [www.duden.de](http://www.duden.de): „a. nicht mittelbar, nicht durch etwas Drittes, durch einen Dritten vermittelt; direkt. b. durch keinen oder kaum einen räumlichen oder zeitlichen Abstand getrennt. 3. direkt; geradewegs (durchgehend)“.

<sup>13</sup> Vgl. BGH HRRS 2010 Nr. 945 Rn. 47; siehe auch *Schöne-mann* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 168.

<sup>14</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 675 Rn. 62: „Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin“.

<sup>15</sup> Vgl. *Jahn* JuS 2011, 1133, 1135 f.; *Brand* NJW 2011, 1751 f.; *Corsten* HRRS 2011, 247 ff., 251; *Wittig* in: Beck’scher Online-Kommentar StGB, Stand: 15.06.2012, Edition 19, § 266 Rn. 29.1; *Wagner* ZIS 2012, 28 ff., 35.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656; lesenswert hierzu etwa *Saliger* NJW 2010, 3195 ff.; vgl. auch *Saliger* in: Festschrift für Imme Roxin (2012), S. 307 ff., 308 („wirkungsmächtigste Wortmeldung des BVerfG zum Bestimmtheitsgrundsatz in den letzten zwei Jahrzehnten“); siehe ferner *Schlösser/Mosiek* HRRS 2010, 424 ff., 427.

<sup>17</sup> Vgl. *Jahn* JuS 2011, 1133, 1135 f.

<sup>18</sup> Die Formulierung „ungeachtet seiner zeitlichen Entstehung“ deutet darauf hin, dass *Brand* dem Unmittelbarkeitszusammenhang – anders als der 1. Strafsenat – (auch) eine zeitliche Dimension beimisst. Sein oben im Fließtext zitierter Beispielfall – Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG „in ferner Zukunft“ nach vorausgegangener Aufdeckung von Gesetzesverstößen – spricht indes hiergegen, weil insoweit eine unterbrechende selbständige Handlung vorliegt.

Konstellationen, deren Charakteristikum es ist, dass die Entstehung des Schadens davon abhängt, ob ein Gesetzesverstoß des Trenehmers durch einen Dritten aufgedeckt und von diesem gegenüber dem Treugeber etwa via § 30 I OWiG sanktioniert wird. Verzichtet man in solchen Fallgestaltungen auf das Unmittelbarkeitskriterium und lässt es für das Nachteilsmerkmal genügen, dass der Treugeber in ferner Zukunft wegen des Pflichtenverstoßes des Trenehmers bebußt wird“, sei „die ‚Büchse der Pandora‘ einer uferlosen Untreuehaftung geöffnet“.<sup>19</sup> Wegen weiterer – berechtigter – Kritik an der Entscheidung des 1. Strafsenats und der Begründung für die Legitimation des Erfordernisses eines Unmittelbarkeitszusammenhangs sei ergänzend (und aus Raumgründen) auf die in Fußnote 15 genannten Stimmen sowie den eingangs (Fußnote 2) erwähnten Beitrag des *Verfassers* in dieser Zeitschrift verwiesen.

#### 4. BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 – 4 StR 156/11 = HRRS 2011 Nr. 936

Angesichts der divergierenden Auffassungen insbesondere des 5. und des 1. Strafsenats (der sich jedoch – wie ausgeführt – nur obiter dictu festgelegt hatte, weshalb ein Vorlageverfahren nach § 132 GVG vermieden werden konnte) verdient die Folgerechtsprechung – zumal der anderen Senate – besondere Beachtung. Nur knapp vier Monate später befasste sich etwa der 4. Strafsenat mit der Ausgangsfragestellung, die er im Ergebnis allerdings offen ließ, weil in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil gegeben war. Konkret ging es darum, dass ein Rechtspfleger des Vollstreckungsgerichtes, der nach § 153 ZVG die Geschäftsführung des Zwangsverwalters einer Immobilie zu beaufsichtigen hat, den Zwangsverwalter pflichtwidrig nicht dazu angehalten hatte, bei ihm selbst (dem Rechtspfleger), der eine Dachgeschosswohnung in dem verfahrensgegenständlichen Anwesen bewohnt hatte, Mietzins bzw. Nutzungsentschädigung und Betriebskosten einzufordern. Der Senat hat hierzu festgestellt: „Auch soweit für eine Verurteilung wegen Untreue gefordert wird (...), dass der Vermögensnachteil unmittelbar durch die Pflichtverletzung ausgelöst worden sein muss, fehlt es hieran nicht. Denn ein über den Zurechnungszusammenhang hinausgehendes Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil steht weder in Fällen der mittelbaren Täterschaft noch in dem hier vom Landgericht angenommenen Fall der Mittäterschaft (scil: des Rechtspflegers und des ebenfalls wegen Untreue verurteilten Zwangsverwalters) in Frage“.<sup>20</sup> Zutreffend liegt diesen Ausführungen die Annahme des Gerichts zugrunde, dass der Zwangsverwalter an eine Anweisung des Rechtspflegers, die zu erteilen pflichtwidrig unterlassen worden war, von Gesetzes wegen gebunden gewesen wäre und diese daher auch umgesetzt hätte.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Vgl. *Brand* NJW 2011, 1751 f.; siehe ferner *Theile* wistra 2010, 457 ff., 462.

<sup>20</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 936 Rn. 18.

<sup>21</sup> Vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 936 Rn. 19.

#### 5. BGH, Urteil vom 7. September 2011 – 2 StR 600/10 = HRRS 2011 Nr. 1153

Bereits wenige Wochen danach entschied der 2. Strafsenat in einer Weise, die deutlich auf Anerkennung eines Unmittelbarkeitserfordernisses schließen lässt. In dem Urteil, das zwischenzeitlich auch von *Schünemann* entsprechend gewürdigt worden ist,<sup>22</sup> heißt es wörtlich und unter ausdrücklicher Verwendung des Unmittelbarkeitsbegriffs: „Ein Nachteil im Sinne von § 266 StGB liegt vor, wenn die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt (...). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der pflichtwidrigen Tathandlung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach dieser Handlung“.

#### 6. BGH, Beschluss vom 27. März 2012 – 3 StR 447/11 = HRRS 2012 Nr. 781

Nahezu wortidentisch und unter Hinweis auf die zuvor unter Ziffer 5 sowie die oben unter Ziffer 2 referierten Entscheidungen des 2. und des eigenen Strafsenats hat ein halbes Jahr später auch der 3. Strafsenat der Sache nach im Sinne eines Unmittelbarkeitszusammenhangs entschieden. Ausweislich der Beschlussbegründung liegt ein tatbestandsrelevanter Vermögensnachteil vor, wenn „die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt, wobei ein Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der pflichtwidrigen Handlung zu erfolgen hat“.<sup>23</sup>

### 7. Zusammenfassung und Schlussbemerkung

Im Ergebnis bedeutet dies: Die jüngere Rechtsprechung der Strafsenate zum sogenannten Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue ist nicht einheitlich. In Entscheidungen des 5., 3. und 2. Strafsenats wird eine entsprechende Restriktion auf Tatbestandsebene ausdrücklich oder jedenfalls der Sache nach anerkannt. Eine Festlegung durch den 4. Strafsenat ist noch nicht erfolgt. Hingegen hat sich der 1. Strafsenat – obiter dictu – ausdrücklich gegen ein „Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil“ ausgesprochen. Nach wie vor herrscht damit Rechtsunsicherheit<sup>24</sup> in einem Bereich, der für die Praxis des (Wirtschafts-)Strafrechts nicht zu unterschätzen ist und dessen weitere dogmatische Durchdringung (etwa hinsicht-

<sup>22</sup> *Schünemann* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 168.

<sup>23</sup> BGH HRRS 2012 Nr. 781.

<sup>24</sup> Zur zutreffenden Kritik an obiter dicta als „Mittel der Kommunikation und der kritischen Auseinandersetzung zwischen den Senaten“ vgl. *Franke* in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2010), § 132 GVG Rn. 9 („stellen [...] die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nach außen in Frage und sorgen damit für Verunsicherung der Betroffenen“).



lich der Wechselwirkungen mit dem Gefährdungsschaden)<sup>25</sup> auch wissenschaftlich von hohem Erkenntniswert wäre. Dieser Zustand ist unbefriedigend und bedarf dringend der Abhilfe.

Probates Mittel – bezogen auf die Judikative – wäre das Vorlageverfahren nach § 132 GVG.<sup>26</sup> Wenngleich bislang noch nicht erforderlich (weil die zu entscheidende Rechtsfrage in dem ablehnenden Beschluss des 1. Strafsenats nicht tragend war),<sup>27</sup> bietet sich eine Divergenzanrufung gemäß § 132 Abs. 2 GVG an, sobald ein Anlassfall vorliegt, der die Vorlagevoraussetzungen erfüllt. Alternativ wäre an eine Vorlage wegen grundsätzlicher Bedeutung und/oder zur Fortbildung des Rechts gemäß § 132 Abs. 4 GVG zu denken. Die Vorschrift regelt unter anderem den Fall, dass zwar eine frühere Entscheidung (hier: des 1. Strafsenats) vorliegt, die darin geäußerte abweichende Rechtsauffassung aber die ergangene Entscheidung nicht trägt (etwa weil es sich um ein obiter dictum bzw. einen Hinweis für den Tatrichter bei Zurückverweisung handelt).<sup>28</sup>

Hiervon unabhängig gilt: Rechtsprechung und Wissenschaft werden nicht umhin kommen, sich im Rahmen der weiteren Diskussion um den Unmittelbarkeitszusammenhang verstärkt der restriktiven Linie der Untreue-Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010<sup>29</sup> und damit auch der verfassungsrechtlichen Dimension der Fragestellung zu widmen. Mehr denn je wird dabei zu berücksichtigen sein, dass der Untreuetatbestand – worauf das BVerfG zutreffend und mit großem Nachdruck hingewiesen hat – „in beiden Varianten sehr abstrakt formuliert und von großer Weite ist“. Seine „Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit“ ist daher „entsprechend hoch“.<sup>30</sup> In Betracht komme insbesondere, dass „bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt ist, obwohl es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte. Auch in einem solchen Fall darf ein nach dem Willen des Gesetzgebers strafloses Verhalten nicht durch eine Entscheidung der Gerichte strafbar werden. Vielmehr haben die Gerichte dies zu respektieren und erforderlichenfalls durch restriktive Auslegung eines weiter gefassten Wortlauts der Norm sicherzustellen, im Ergebnis also freizusprechen“.<sup>31</sup>

Anknüpfungspunkt für die Ableitung eines Unmittelbarkeitserfordernisses im Wege der (verfassungskonformen) Auslegung bildet zwanglos die Wendung „und dadurch (...) Nachteil zufügt“ in Abs. 1 des Untreueparagrafen.<sup>32</sup> Art. 103 Abs. 2 GG sowie § 1 StGB stehen dem

nicht entgegen. Die Gerichte sind insbesondere durch das Analogieverbot nicht gehindert, Tatbestandseinschränkungen zugunsten des Täters vorzunehmen.<sup>33</sup> In Bezug auf § 263 StGB wird eine solche tatbestandliche Einschränkung in Form der Unmittelbarkeit – zu der sich das BVerfG in seiner Untreueentscheidung<sup>34</sup> nicht verhalten hat, weil sie (soweit ersichtlich) nicht Gegenstand der angefochtenen BGH-Entscheidungen und nachfolgenden Verfassungsbeschwerdeverfahren war – allgemein anerkannt und für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet.<sup>35</sup> Dass eine Übertragung dieser Restriktion auf § 266 StGB nicht nur (konstruktiv) möglich, sondern dringend angezeigt ist, wurde bereits andernorts ausgeführt.<sup>36</sup>

Wie eine aktuelle – bislang unveröffentlichte – Entscheidung des OLG Celle aus dem August 2012 belegt, hat diese Erkenntnis zwischenzeitlich auch Eingang in die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte gefunden. So ist unlängst das OLG Celle zu dem Ergebnis gekommen, dass „das Kriterium der Unmittelbarkeit“ zur „Einschränkung des Untreuetatbestandes“<sup>37</sup> anzuerkennen und daher – angesichts erforderlicher Zwischenschritte in Gestalt eigenverantwortlicher Entscheidungen Dritter – weder die Gefahr einer Aberkennung der Gemeinnützigkeit durch die Finanzverwaltung mit der möglichen Folge steuerlicher Nachforderungen noch die Gefahr einer Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen als Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB zu qualifizieren sei.<sup>38</sup>

Zur Begründung – deren wörtliche Wiedergabe vor dem Hintergrund der nach wie vor raren Rechtsprechung zum Unmittelbarkeitszusammenhang lohnt – wird unter anderem ausgeführt: „Die Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips auf der Nachteilsseite ist gleichsam die logische Konsequenz aus seiner allgemein anerkannten Anwendung auf der Vorteilsseite. Es ist nämlich ganz herrschende Meinung, dass die durch die Untreuehand-

<sup>33</sup> Vgl. *Dannecker* in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1, 12. Aufl. (2007), § 1 Rn. 240; *Fischer*, StGB, 59. Aufl. (2012), § 1 Rn. 10 a; siehe ferner BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 77.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>35</sup> Vgl. nur *Fischer*, StGB, 59. Aufl., (2012), § 263 Rn. 76.

<sup>36</sup> Vgl. *Mosiek* HRRS 2009, 565 ff. m.w.N.

<sup>37</sup> OLG Celle, Beschluss vom 23. August 2012 – 1 Ws 248/12, UA S. 38.

<sup>38</sup> OLG Celle, Beschluss vom 23. August 2012 – 1 Ws 248/12, UA S. 36 ff.; anders hinsichtlich der Aberkennung der Gemeinnützigkeit – bei extensiver Anwendung der Figur des Gefährdungsschadens und ohne jede Auseinandersetzung mit der Frage der Unmittelbarkeit – OLG Hamm wistra 1999, 350 ff., 354; hiergegen zutreffend *Lassmann*, NStZ 2009, 473 ff., 477 unter maßgeblichem Hinweis auf den Unmittelbarkeitszusammenhang; einer Divergenzvorlage durch das OLG Celle im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Hamm bedurfte es bereits deshalb nicht, weil das OLG Celle „lediglich“ als Beschwerdegericht (auf sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Nichteröffnungsentscheidung des mit der Sache befasst gewesenen LG Hildesheim) tätig geworden und auch nicht von einer Entscheidung des BGH abgewichen ist, sondern im Gegenteil auf den – das Unmittelbarkeitserfordernis bejahenden – Beschluss des 5. Strafsenats vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08 (= HRRS 2009 Nr. 718) ausdrücklich Bezug genommen hat (vgl. § 121 Abs. 2 GVG).

<sup>25</sup> Vgl. *Seier* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 213: „Für die Praxis war dieses Problem weitgehend belanglos. In den einschlägigen Fällen arbeitete sie kurzerhand mit einem Gefährdungsschaden (...), der sich ja beliebig weit ins Abstrakte strecken ließ. Bei diesem Schadenstyp stand dann der Unmittelbarkeitszusammenhang außer Zweifel.“

<sup>26</sup> Vgl. bereits *Mosiek* HRRS 2009, 565 ff., 567.

<sup>27</sup> Vgl. *Franke* a.a.O. (Fn. 24), Rn. 6.

<sup>28</sup> Vgl. *Franke* a.a.O. (Fn. 24), Rn. 34.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 91.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 79.

<sup>32</sup> Zur Offenheit dieser Wendung (auch) hinsichtlich der Maßstäbe für die Schadensbestimmung vgl. BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 99 f.

lung verursachte Vermögensminderung nur durch einen Vorteil kompensiert wird, der unmittelbar auf der Untreuehandlung beruht, während dagegen ein Vermögensvorteil, der sich nicht aus der pflichtwidrigen Handlung selbst ergibt, sondern durch eine andere, rechtlich selbständige Handlung hervorgebracht wird, den Vermögensnachteil rechtlich nicht ausräumt (...). Es ist aber nicht zu begründen, warum anerkanntermaßen nur unmittelbare Vorteile eine Vermögensminderung kompensieren sollen, während nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Nachteile zu Lasten des Beschuldigten berücksichtigt werden dürfen (...).<sup>39</sup> Das Gericht hat – im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Schadens(un)tauglichkeit der Gefahr einer Aberkennung der Gemeinnützigkeit – weiter klargestellt: „Für die Feststellung der Unmittelbarkeit kommt es nach Auffassung des Senats auch nicht darauf an, ob das Finanzamt – wie hier – zum Zeitpunkt der Beurteilung schon konkret tätig geworden ist (...). Denn Unmittelbarkeit in diesem Sinne

<sup>39</sup> OLG Celle, Beschluss vom 23. August 2012 – 1 Ws 248/12, UA S. 38; vgl. bereits *Seier* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 212; *Mosiek* HRRS 2009, 565 f.

ist keine mit dem Zeitablauf veränderliche Eigenschaft; sie hängt vielmehr allein davon ab, ob der Eintritt des Schadens nach dem verwirklichten Tatplan überhaupt von einem Zwischenschritt abhängig ist oder nicht (BGH NJW 2009, 1373, 1375; *Mosiek* HRRS 2009, 565, 566). Es kommt hingegen nicht darauf an, ob dieser Zwischenschritt – wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall – schon stattgefunden hat. Für die Feststellung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ist nämlich schon die ex-ante-Sicht maßgeblich (...). Dass es hier auf den zeitlichen Faktor nicht ankommen kann, ergibt sich wiederum aus einem Vergleich mit der Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips auf der Vorteilsseite; auch dort räumt ein Vermögensvorteil, der sich nicht aus der pflichtwidrigen Handlung selbst ergibt, sondern durch eine andere, rechtlich selbständige Handlung hervorgebracht wird, den Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB selbst dann nicht aus, wenn beides zufällig zu gleicher Zeit geschieht (...).<sup>40</sup>

<sup>40</sup> OLG Celle, Beschluss vom 23. August 2012 – 1 Ws 248/12, UA S. 39 f.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Alles in allem strafbar oder: Die Vorverlagerung der Vorfeldstrafbarkeit

## Die Kollision der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung gem. § 129a Abs. 5 StGB mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG

Von RA und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

Es ist als eine klassische Unterstützungshandlung zu werten, wenn Geld oder Material an eine terroristische Vereinigung übermittelt werden. In den vergangenen Jahren ist es immer wieder zu entsprechenden Verurteilungen gekommen.<sup>1</sup> Die allgemeine Neigung des Staatsschutzes, die Strafbarkeit in diesem Bereich immer weiter auszudehnen, führt dazu, sich auch mit der vorgeschalteten Frage zu befassen, ob bereits die Vorbereitung einer

zukünftigen Geldbeschaffung und -weiterleitung vom Tatbestand der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung erfasst sein könnte. Angesichts des immer weiteren Vordringens in einen Bereich, der der eigentlichen Strafbarkeit bislang vorgelagert war, ist es nicht überraschend, dass eine solche Verurteilung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG in Konflikt gerät.

## I. Einleitung

Es ist im Zeitalter des islamistischen Terrorismus in Politik und Gesetzgebung an der Tagesordnung, bereits im Vorfeld der klassischen Delikte strafrechtlich anzusetzen, um möglichst weit vor einem eventuellen Terroranschlag eingreifen zu können und gleichzeitig eine strafrechtliche Verurteilung sicherzustellen. Schon die Vor-

<sup>1</sup> Zuletzt vgl. Pressemitteilung OLG Düsseldorf ([http://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse\\_weitere/PresseOLGs/03\\_08\\_2012/index.php](http://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse_weitere/PresseOLGs/03_08_2012/index.php)) oder OLG Frankfurt ([http://www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/OLG\\_Frankfurt\\_am\\_Main\\_Internet?rid=HMdJ\\_15/OLG\\_Frankfurt\\_am\\_Main\\_Internet/nav/d44/d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818,81118d08-6e84-f21f-012f-31e2389e4818,,1111111-2222-3333-4444-100000005004%26\\_ic\\_uCon\\_zentral=81118d08-6e84-f21f-012f-31e2389e4818%26overview=true.htm&uid=d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818](http://www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet?rid=HMdJ_15/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet/nav/d44/d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818,81118d08-6e84-f21f-012f-31e2389e4818,,1111111-2222-3333-4444-100000005004%26_ic_uCon_zentral=81118d08-6e84-f21f-012f-31e2389e4818%26overview=true.htm&uid=d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818))

stellung, dass nach einem erfolgreich vereitelten Terroranschlag der oder die Täter straffrei ausgehen, weil die Tat im nicht strafbaren Vorbereitungsstadium stecken geblieben ist, scheint für staatliche Stellen ein Gräueltat zu sein. Und so ist es derzeit opportun, dass der Gesetzgeber auch ohne das unmittelbare Ansetzen zu einer bestimmten terroristischen Tat Auffangtatbestände schafft, die ein solches Szenario in jedem Fall verhindern sollen. Höhepunkt dieser Entwicklung war die Schaffung der § 89a StGB, der die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat unter Strafe stellt, und § 91 StGB über die Anleitung zur Begehung einer eben solchen Tat.<sup>2</sup> Aber nicht nur der Gesetzgeber, auch die Rechtsprechung trägt ihren Teil dazu bei, dass Strafbarkeit zugunsten von (vermeintlicher) innerer Sicherheit ausgedehnt wird. Denn auch in bereits seit Jahrzehnten bestehenden Straftatbeständen ist die Entwicklung zur Verschiebung des Strafbarkeitsbeginns immer weiter nach vorne zu beobachten, wie sich besonders eklatant am Beispiel der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung gem. § 129 Abs. 5 StGB im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren gezeigt hat. Liest man die Ausführungen im aktuellen StGB-Kommentar von Fischer, so scheint es aber, als hätte gerade in diesem Verfahren eine Abkehr von einer zu weiten Vorverlagerung der Unterstützung beim zuständigen 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs stattgefunden. Dort heißt es<sup>3</sup>:

„Die Zusage einer Beschaffung von Waffen ist als täterschaftliches Unterstützen einer (terroristischen) Vereinigung angesehen worden (BGHR § 129a III Unterstützen 4); hiervon ist der 3. StS in einer neueren Entscheidung für den Fall der Vereinbarung von Betrugshandlungen zur Geldbeschaffung im Hinblick auf eine zu weite Vorverlagerung abgerückt (StB 3/05 = BGHR § 129a V Unterstützen 1 (obiter dictum); kritisch dazu *Bader* NStZ 07, 618, 619)“.

Eine genauere Beschäftigung mit den genannten Sachverhalten und den rechtlichen Wertungen des 3. Strafsenats zeigt jedoch, dass diese Wertung der aktuellen Rechtsprechung zu Unrecht die Umkehrung einer als zu weit reichend erkannten Entscheidung zuschreibt. Im Gegenteil ist die Rechtsprechung des 3. Strafsenats in diesem Fall in das Vorfeld der bisherigen Strafbarkeit zulasten von Angeklagten weit über die – schon als kritisch erkannte – Entscheidung des Ermittlungsrichters aus dem Jahre 1990 hinausgegangen.

## II. Das Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren

Das erste deutsche Al-Qaida-Verfahren, das in den Jahren 2006-2007 vor dem OLG Düsseldorf stattgefunden hat, stellte die Justiz „vor vielfältige neue und schwierigste materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Fragen oder zutreffender: Probleme“<sup>4</sup>. Der Verlauf des Verfahrens, das

<sup>2</sup> Zöller stellt in StV 2012, 364 fest, dass es „in den vergangenen rund zehn Jahren zu einer kaum noch überschaubaren Fülle an Gesetzgebungsakten in allen Bereichen des sog. Rechts der Inneren Sicherheit“ gekommen ist.

<sup>3</sup> Fischer, StGB, 59. Auflage (2012), § 129 Rn. 31.

<sup>4</sup> Zitiert aus dem „Vorwort zur mündlichen Urteilsbegründung“ des 6. Strafsenats des OLG Düsseldorf vom 05.12.2007; vgl. [http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2007/2007-12-05\\_pm\\_al\\_qaida\\_vorw.pdf](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2007/2007-12-05_pm_al_qaida_vorw.pdf)

heute noch immer nicht rechtskräftig abgeschlossen ist,<sup>5</sup> zeigt einerseits die Richtigkeit dieser Einschätzung und andererseits das Scheitern der Strafjustiz in weiten Bereichen.<sup>6</sup> Vorliegend soll es jedoch nur um die Problematik der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung gehen.

## 1. Sachverhalt

Das Oberlandesgericht Düsseldorf ist in seinem unveröffentlichten Urteil von folgendem Sachverhalt ausgegangen: Das Al-Qaida-Mitglied A plante mit seinem Freund B einen Versicherungsbetrug, dessen Beute zum Teil der Al Qaida zukommen sollte. Der Plan sah vor, möglichst viele Lebensversicherungsverträge abzuschließen, um dann in Ägypten den Tod des Versicherungsnehmers B zu fingieren und die Versicherungssumme geltend zu machen. Dazu begann B im August 2004 mit der Beantragung von Lebensversicherungen und konnte auch bereits einige abschließen. Ende September 2004 wurde C – der Bruder des B – in den Plan eingeweiht, wonach er als Begünstigter der Versicherungsverträge fungieren sollte. C stimmte zu, die ihm zugedachte Rolle zu übernehmen. In der Folgezeit wurden durch B weitere Versicherungen beantragt und einige Verträge abgeschlossen, bis A und B – und später auch C – von der Polizei festgenommen wurden. Der Düsseldorfer Staatsschutzsenat wertete diesen Sachverhalt als vielfachen versuchten bandenmäßigen Betrug in Tateinheit mit Mitgliedschaft (A und B) bzw. Unterstützung (C) einer terroristischen Vereinigung.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Zum Verfahrensverlauf vgl. *Thielmann* HRRS 2012, 149.

<sup>6</sup> Hinsichtlich der schließlich vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig gewerteten Verurteilung der Angeklagten wegen Betruges vgl. nur *Fischer* (Fn. 3) § 263 Rn. 176a; *Joecks* wistra 2010, 179; *Thielmann/Groß-Bölting/Strauß* HRRS 2010, 38; *Thielmann* StraFo 2010, 412; zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts siehe auch *Waßmer* HRRS 2012, 368 und *Schlösser* NStZ 2012, 473.

<sup>7</sup> Das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 05.12.2007 zeichnet sich dadurch aus, dass das Gericht in mehrfacher Hinsicht versucht hat, die Grenzen der Strafbarkeit auszuweiten. Dies ist in den drei Bereichen offensichtlich geworden, in denen die höherrangigen Gerichte sich gehalten sahen, diesen Bestrebungen Einhalt zu gebieten.

- So hat der Bundesgerichtshof die Ausweitung der Grenzen der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung dadurch verhindert, dass B nicht als Mitglied, sondern auch nur noch als Unterstützer gewertet wurde;
- der Bundesgerichtshof hat zudem die Ausweitung des Vereinigungsbegriffs durch die „europafremde“ – sprich weitergehende – Auslegung des OLG Düsseldorf im Revisionsurteil eine Absage erteilt;
- und schließlich hat das Bundesverfassungsgericht die Verurteilung der drei Angeklagten wegen Betruges als verfassungswidrig eingestuft, weil kein Vermögensschaden festgestellt worden sei.

Schon diese kurze Aufstellung zeigt, dass im vorliegenden Strafverfahren systematisch die Grenzen der Strafbarkeit ausgeweitet werden sollten, denn bei einer solchen Häufung lässt sich nicht mehr von einem Zufall sprechen. Besonders bemerkenswert erscheinen in diesem Zusammenhang die Ausführungen des 6. Strafsenats des OLG Düsseldorf in dem „Vorwort zur mündlichen Urteilsbegründung“ (vgl. Fn.4), wo der Nachweis der Täterschaft der Angeklag-

## 2. Die rechtliche Ausführungen zur Unterstützung

In diesem Verfahren setzte sich der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit der Frage der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch C zum ersten Mal in einer – in BGHR veröffentlichten<sup>8</sup> – Haftentscheidung auseinander. Dort hieß es:

„Es kommt deshalb nicht darauf an, ob im Falle einer Kenntnis des Beschuldigten von der Mittelverwendung für Al Qaida seine bislang geleisteten Tatbeiträge als vollendetes Unterstützen zu bewerten wären. Hiergegen könnten Bedenken bestehen, weil es noch nicht zu einer Auszahlung von Geld gekommen ist und sich seine (etwaige) Tätigkeit für die Vereinigung auf die Zusage beschränkte, von der erwarteten Beute einen Teil an die Vereinigung weiterzugeben.“

Allerdings hat der Senat in einer früheren Entscheidung (BGHR StGB § 129a Abs. 3 Unterstützen 4) für eine vergleichbare Konstellation die Auffassung vertreten, bereits die Zusage einer Beschaffung von Waffen könne sich positiv auf das Bestehen und die Aktionsmöglichkeiten einer terroristischen Vereinigung auswirken und damit zu deren Unterstützung führen, auch wenn das Vorhaben später fehlgeschlagen ist. Diese Entscheidung könnte indes nach vorläufiger Beurteilung der Rechtsfrage – auch mit Blick darauf, dass der Versuch einer Tat nach § 129a Abs. 5 StGB nicht strafbar ist – den Bereich der Vollendung des Delikts zu weit nach vorne verlagert haben (vgl. *Rudolphi* in SK-StGB § 129 Rn. 17).“

Das Oberlandesgericht Düsseldorf bewertete den Angeklagten gleichwohl als Unterstützer der Al Qaida.<sup>9</sup> Im Urteil ging es kurz auf die vom 3. Strafsenat ausgesprochenen rechtlichen Bedenken ein, um dann fortzufahren:

„Diese Bedenken dürfen indes nicht dazu führen, das Tatbestandsmerkmal der Unterstützung in „Beschaffungsfällen“ erst dann als erfüllt anzusehen, wenn die zu beschaffenden Mittel der terroristischen Vereinigung auch tatsächlich zugeflossen sind. Eine für die öffentliche Sicherheit gefährliche und damit vom Schutzzweck des § 129a Abs. 5 StGB erfasste Unterstützungswirkung liegt vielmehr schon in der – über die bloße Zusage hinausgehenden – Durchführung konkreter Beschaffungshandlungen, mag deren Erfolg

ten für das Gericht als „größte Herausforderung“ bezeichnet wird. Bei einer solchen Grundeinstellung eines Staatschutzsenats ist der Rechtsstaat mit der Unschuldsumutung und dem Zweifelsgrundsatz in realer Gefahr.

<sup>8</sup> BGHR § 129a Abs. 5 Unterstützen 1.

<sup>9</sup> Dabei hatte der Senat nicht einmal einen Vorsatz des Verurteilten hinsichtlich einer gegenwärtigen Unterstützung festgestellt, wenn es heißt: „In Kenntnis dieser Umstände sagte der Angeklagte I.A.S. seine künftige Mitwirkung bei der betrügerischen Geltendmachung der Versicherungssummen uneingeschränkt zu, wobei er billigend in Kauf nahm, dass der Erlös im Falle einer späteren Auszahlung jedenfalls zum Teil über den Angeklagten K. der Al Qaida zufließen und auf diese Weise deren organisatorischen Zusammenhalt fördern sowie die Verfolgung ihrer terroristischen Aktivitäten erleichtern werde.“ (Kursive Stellen durch den Verfasser).

auch durch Zufall oder rechtzeitiges Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden verhindert worden sein.“<sup>10</sup>

Der 3. Strafsenat akzeptierte in der Revisionsentscheidung vom 14.08.2009 die Verurteilung des C wegen der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung und begründete sein Abweichen von den in der Haftentscheidung geäußerten Bedenken wie folgt:<sup>11</sup>

„Soweit der Senat in seiner Haftprüfungsentscheidung vom 19. Mai 2005 (BGHR StGB § 129 a Abs. 5 Unterstützen 1) Bedenken dagegen geäußert hat, dass die Tatbeiträge des Angeklagten als vollendetes Unterstützen zu werten seien, beruhte dies auf dem damaligen Ermittlungsstand, wonach sich die Tätigkeit des Angeklagten auf die Zusage beschränkte, von der in der Zukunft zu erwartenden Beute einen Teil an die Vereinigung abzugeben. Der Senat ist im Revisionsverfahren auf der Basis der Feststellungen des tatgerichtlichen Urteils nicht gehalten zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen für ein Unterstützen der Vereinigung allein die Zusage eines Nichtmitglieds ausreicht, eine Handlung vorzunehmen, die sich auf die Organisation irgendwie vorteilhaft auswirken kann (vgl. hierzu auch BGHR StGB § 129 a Abs. 3 Unterstützen 4); denn nach diesen Feststellungen war die Tätigkeit des Angeklagten nicht auf die Abgabe einer derartigen Zusage beschränkt. Der Angeklagte wirkte vielmehr an den Versicherungsbetrügereien insgesamt mit, indem er selbstständig recherchierte und an Besprechungen in allgemein beratender Funktion teilnahm. Zudem war er damit einverstanden, als Bezugsberechtigter für die Versicherungssummen aufzutreten. Mit seiner diesbezüglichen Zusage leistete er somit einen erheblichen Beitrag für die Durchführung der einzelnen Betrugsstraftaten. Die Tätigkeiten des Angeklagten begründeten deshalb (...) jedenfalls bei einer Gesamtschau einen hinreichenden Vorteil für die Vereinigung im oben näher dargestellten Sinn.“

Nachdem das Bundesverfassungsgericht dieses Urteil aufgehoben hatte, weil die von beiden Gerichten mit unterschiedlichen Begründungen festgestellte Betrugsstrafbarkeit gegen das Grundgesetz verstoße, musste sich der 3. Strafsenat noch einmal mit der Frage der Unterstützung befassen. Das Gericht tat dies kurz und knapp:

„Die Strafbarkeit wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung ist ebenso wenig wie die wegen deren Unterstützung abhängig davon, dass die mitgliedschaftliche bzw. unterstützende Betätigung neben dem Organisationsdelikt noch einen weiteren, zu diesem im Verhältnis der Tateinheit stehenden Straftatbestand erfüllt. (...)“

Unabhängig davon, ob den Versicherungsunternehmen mit Vertragsabschluss ein Vermögensschaden entstand, stellten diese Bemühen indes in jedem Fall eine unmittelbare Förderung der Vereinigung dar. Sie wirkten sich auf Aktionsmöglichkeiten und Zwecksetzung der Vereinigung positiv aus und festigten damit die dieser wesenseigene Gefährlichkeit. Damit ist auch der Tatbestand der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung erfüllt. Wegen der Einzelheiten verweist der Senat auf die Ausführungen in

<sup>10</sup> Schon die Formulierung – „darf nicht dazu führen“ – zeigt erneut eine Grundhaltung, wonach jedes als „gefährlich“ empfundene Vorgehen bereits vom Gesetzeswortlaut erfasst sein muss.

<sup>11</sup> BGHSt 54, 69, 119 = HRRS 2009 Nr. 890.

seiner Entscheidung vom 14. August 2009 (BGHSt 54, 69, 118f., Rn.138 und 142), die unverändert fortgelten.“<sup>12</sup>

### III. Die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Lichte des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG

Diese zitierten Entscheidungen zeigen deutlich, dass den zuständigen Gerichten bei dem vorliegenden Sachverhalt hinsichtlich des Angeklagten C die Problematik einer möglichen Vorverlagerung der Strafbarkeit in einen (noch) nicht strafbaren Bereich (das Vorbereitungs- oder Versuchsstadium des Delikts) und damit eines möglichen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot offensichtlich bewusst gewesen ist. Das Verfahren spielt an der Grenze von (schon) strafbarem und (noch) nicht strafbarem Verhalten und stellt die Fragen, ab wann ein Verhalten als Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung strafbar und wann allenfalls von einer Vorbereitung bzw. einem (straflosen) Versuch auszugehen ist? Die Rechtsprechung und die Literatur zur Unterstützung zeigen, dass klare Konturen schwerlich vorhanden sind und es darauf hinauslaufen scheint, in Einzelfällen zu den gewünschten Ergebnissen zu kommen.

#### 1. Die Definition der Unterstützung durch den Bundesgerichtshof

Die Rechtsprechung dazu, wann das Tatbestandsmerkmal des Unterstützens gegeben ist, wurde zuletzt in einem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16.05.2007 zusammengefasst.<sup>13</sup>

„Nach der bisherigen Rechtsprechung und vorherrschenden Ansicht im Schrifttum unterstützt eine terroristische Vereinigung, wer, ohne selbst Mitglied der Organisation zu sein, deren Tätigkeit und terroristische Bestrebungen direkt oder über eines ihrer Mitglieder fördert. Dabei kann sich die Förderung richten auf die innere Organisation der Vereinigung und deren Zusammenhalt, auf die Erleichterung einzelner von ihr geplanter Straftaten, aber auch allgemein auf die Erhöhung ihrer Aktionsmöglichkeiten oder die Stärkung ihrer kriminellen Zielsetzung. Nicht erforderlich ist, dass der Organisation durch die Tathandlung ein messbarer Nutzen entsteht. Vielmehr genügt es, wenn die Förderungshandlung an sich wirksam ist und der Organisation irgendeinen Vorteil bringt; ob dieser Vorteil genutzt wird und daher etwa eine konkrete, aus der Organisation heraus begangene Straftat oder auch nur eine organisationsbezogene Handlung eines ihrer Mitglieder mitprägt, ist dagegen ohne Belang.“

<sup>12</sup> HRRS 2012 Nr. 578; es soll vorliegend nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob es möglich ist, auf „unverändert fortgeltende Ausführungen“ in einer Entscheidung zu verweisen, die zuvor vom Bundesverfassungsgericht insgesamt aufgehoben worden ist.

<sup>13</sup> BGHSt 51, 345 = HRRS 2007 Nr. 800.

Direkt im Anschluss an diese Ausführung heißt es, dass diese Maßstäbe „trotz einer gewissen – unvermeidlichen – Unschärfe das tatbestandliche Unrecht ausreichend bestimmt umschreiben.“ Ob diese Behauptung aber tatsächlich zu Recht aufgestellt wird, muss bereits bezweifelt werden. Schon allein der Wortlaut der „*ausreichenden Bestimmtheit*“ lässt die Assoziation zu Schulnoten aufkommen, in denen eine ausreichende Leistung knapp der „mangelhaften“ vorgelagert ist, die bei einer Prüfung ein Durchfallen zur Folge hat. Es stellt sich die Frage, ob nicht eine gute oder mindestens befriedigende Bestimmtheit gefordert werden sollte. Wenn die rechtliche Definition eines Straftatbestands vielfach Negativabgrenzungen erfordert oder eine Formulierung beinhaltet, dass ein Verhalten einer Organisation „irgendeinen Vorteil“ bringen muss, auch wenn „kein messbarer Nutzen“ entstehen muss, so drängt sich die Frage nach der Bestimmtheit geradezu auf. In diesem Bereich sind alle Beteiligten – seien es Richter, seien es Verteidiger und Angeklagte – noch immer auf rechtlich unsicherem Boden unterwegs.

Der Tatbestand des „Unterstützens einer terroristischen Vereinigung“ besitzt mittlerweile so starke Berührungspunkte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, dass infolgedessen in naher Zukunft eine Verurteilung nach diesem Paragraphen wegen einer als strafwürdig angesehenen Handlung vom Bundesverfassungsgericht wegen des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot aufgehoben werden wird. Dies hat den Grund darin, dass die Ermittlungsbehörden und nachfolgend die Gerichte in geeigneten Fällen die Grenzen so weit wie möglich ausloten.<sup>14</sup> Nach der Überzeugung des Verfassers ist dieser Fall bereits im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren eingetreten.

#### 2. Die Funktion der gesetzlichen Regelung

Der Strafzweck der §§ 129 ff. StGB beruht darauf, dass eine Vereinigung – in Abgrenzung von einem einzelnen oder nur wenigen Tätern oder selbst einer Bande – von besonderer Gefährlichkeit ist. Aus diesem Grund werden bereits im Vorfeld die Gründung, die Mitgliedschaft und auch die Unterstützung unter Strafe gestellt.

a) Dies beinhaltet aber, dass durch die Unterstützungshandlung gerade die Vereinigung und ihre spezielle Gefährlichkeit erreicht werden. Nur dann, wenn die Vereinigung selbst die Förderung widerfährt, kann eine Strafbarkeit gem. § 129a Abs. 5 StGB bestehen. Schließlich spricht schon der Wortlaut der Vorschrift davon, dass „die Vereinigung unterstützt“ werden muss. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf gab es während der gesamten Dauer keine Verbindung der drei Angeklagten zu anderen Al-Qaida-Mitgliedern oder gar

<sup>14</sup> Ein solches Vorgehen erfolgt in dem Wissen, dass den handelnden Personen persönlich selbst bei einer rechtlichen Fehleinschätzung nichts passieren kann und schließlich die Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Bundesverfassungsgericht den Einzelfall niemals zu entscheiden haben könnte. Außerdem ist bei diesem Deliktsworwurf davon auszugehen, dass Beschuldigte erst einmal in Untersuchungshaft sitzen und so zumindest einen Großteil der Strafe unabhängig von einer etwaigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verbüßen müssen.

Offiziellen der Organisation selbst. Eine direkte Unterstützung der Vereinigung war daher auszuschließen. Daher stellt sich die Frage, inwieweit es für die Verwirklichung des Tatbestands ausreicht, die Vereinigung indirekt zu unterstützen, indem – ohne Wissen der Vereinigung – ein einzelnes Mitglied unterstützt wird. .

Bader hat gerade im Bezug auf den Sachverhalt im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren argumentiert, dass – neben der Strafbarkeit wegen Unterstützung – auch die Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Betätigung strafbar sein müsse.<sup>15</sup> Es ist nachzuvollziehen, dass gerade bei diesem Sachverhalt dieser Ruf ertönt, denn ein „irgendwie gearterter Vorteil“ auf Seiten der *Organisation* durch die Handlung des C lässt sich nicht belegen. Der 3. Strafsenat hat im Urteil vom 14.08.2009 ausdrücklich offen gelassen, ob es Fallgestaltungen gibt, die nur eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Betätigung, aber keine Unterstützung der Vereinigung beinhalten. Zur Unterstützung im zu entscheidenden Sachverhalt machte der Senat folgende Ausführungen:<sup>16</sup>

„Da als Effekt des Unterstützens ein irgendwie gearterter Vorteil für die Vereinigung ausreicht, liegt es nahe, dass bei einer Tätigkeit, die sich in der Sache als Beihilfe zur Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung darstellt, regelmäßig bereits hierin ein ausreichender Nutzen für die Vereinigung zu sehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter ein Mitglied der Vereinigung bei der Erfüllung einer Aufgabe unterstützt, die diesem von der Vereinigung aufgetragen worden ist. Denn die Mitwirkung an der Erfüllung eines Auftrags, den die Vereinigung selbst einem Mitglied erteilt hat, erweist sich nicht nur allein für das betroffene Mitglied als im hier relevanten Sinne vorteilhaft; der ausreichende, nicht notwendigerweise spezifizierter Nutzen wirkt sich in einem solchen Fall vielmehr auch auf die Organisation als solche in vergleichbarer Weise aus wie in den Fällen, in denen die Mitglieder in ihrem Entschluss gestärkt werden, die Straftaten zu begehen, die den Zwecken der terroristischen Vereinigung dienen oder ihrer Tätigkeit entsprechen (BGHSt 32, 243, 244). Eines noch weiter gehenden Vorteils für die Vereinigung bedarf es deshalb in diesen Fallgestaltungen nicht.“

Danach liegt in dem Fall eine Unterstützung vor, wenn man einem Mitglied bei der Ausübung seiner von der Vereinigung geforderten Handlung hilft, weil darin eine psychische Stärkung seines terroristischen Bewusstseins liegt. Der 3. Strafsenat verliert mit dieser Argumentation aber völlig aus dem Blick, weshalb eine Strafbarkeit im Vorfeld eigentlicher terroristischer Straftaten überhaupt eingeführt worden ist, nämlich der besonders gefährlichen Gruppendynamik in diesen Organisationen. Wenn nur ein einzelnes Mitglied Hilfe bekommt, führt dies eben nicht automatisch zu einer Stärkung der Vereinigung, sondern nur in den Fällen, in denen die Organisation oder zumindest mehrere Mitglieder von dieser Hilfe auch erfahren. Die Unterstützung eines Mitglieds einer Terrororganisation kann also gleichzeitig die Unterstützung der Organisation sein, muss dies aber nicht. Entscheidend muss sein, inwieweit die Vereinigung tatsächlich von der Handlung erreicht wird.

Eine solch weitgehende Auslegung des notwendigen Unterstützungserfolgs wie durch den 3. Strafsenat könnte im Extremfall dazu führen, dass man Vereinigungen noch unterstützen könnte, die bereits gar nicht mehr existieren, wenn zwischen Auftragserteilung an das Mitglied und dessen Unterstützung die Vereinigung zerschlagen wird oder sich auflöst, ohne dass Mitglied oder Unterstützer – oder die deutschen Ermittlungsbehörden – davon erfahren. Dass ein solcher Fall nicht unmöglich ist, zeigt deutlich, dass der 3. Strafsenat hier über das Ziel hinausschießt.

b) Die §§ 129 ff. StGB bezwecken schon nach dem gesetzgeberischen Willen eine generelle Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in das Vorbereitungsstadium, um den von bestimmten Vereinigungen ausgehenden Gefahren begegnen zu können. Das Oberlandesgericht München hat es wie folgt formuliert:<sup>17</sup>

„Die Funktion der §§ 129a und 129b StGB besteht – ähnlich wie beim Versuch der Beteiligung gem. § 30 StGB – deshalb darin, die Strafbarkeit auf Verhaltensweisen zu erstrecken, die im materiellen Sinn zum Vorbereitungsstadium jener Straftaten gehören, ohne dass einzelne Taten bereits konkret geplant sein müssen.“

Die Straftaten, die gemeint sind, wenn das OLG München von „jenen Straftaten“ spricht, werden im Katalog des § 129a Abs.1 und 2 StGB ausdrücklich genannt, und reichen von „Mord und Totschlag“ bis zu „Straftaten gegen das Waffengesetz“.

Es kann nicht übersehen werden, dass der Tatplan im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren keine dieser (terroristischen) Straftaten umfasste, sondern stattdessen eine Reihe von Betrugstaten. Das bedeutet, dass – nach der oben zitierten Definition des Oberlandesgerichts München – die geplanten Taten nicht als jene Straftaten angesehen werden können, deren Vorbereitungsstadium durch die §§ 129a und 129b StGB unter Strafe gestellt werden soll. Wenn nun aber die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung bereits eine Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorbereitungsstadium „terroristischer“ Straftaten darstellt, so bedeutet dies im Hinblick auf den vorliegenden Fall, dass der geplante Betrug als die Vorbereitung der späteren Gewaltakte angesehen werden muss. Nur durch den erfolgreichen Betrug bestünde die Möglichkeit, der Organisation Material oder finanzielle Mittel für ihre terroristischen Zwecke zukommen zu lassen.

Allerdings steckte das Betrugsvorhaben selbst erst im Vorbereitungsstadium. Das bedeutet, dass es vorliegend um das Vorbereitungsstadium des Vorbereitungsstadiums geht, das durch die §§ 129 ff. StGB unter Strafe gestellt werden soll. Eine Strafbarkeit wegen Unterstützung wäre also nur dann möglich, wenn die – im Tatbestand der § 129a und § 129b StGB sowieso schon vorverlagerte – Strafbarkeit noch einmal vorverlagert werden könnte. Dies zeigt, wie weit die Entscheidungen des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs ins Vorfeld des eigentlich gemeinten Schutzbereichs vorgezogen sind.

<sup>15</sup> Bader NStZ 2007, 618.

<sup>16</sup> BGHSt 54, 69, 117f. = HRRS 2009 Nr. 890.

<sup>17</sup> OLG München NJW 2007, 2786, 2788.

### 3. Die rechtlichen Folgen der staatlichen Überwachung

Der vorliegende Fall wirft auch die bislang selten gestellte Frage auf, inwieweit eine vollendete Unterstüzung überhaupt möglich sein kann, wenn die Ermittlungsbehörden durch eine fast lückenlose Überwachung das Vorgehen der Beschuldigten genau kannten und eine Auszahlung von Geld sicher verhindert hätten.

Ist in einem solchen Fall eine unmittelbare Förderung der Al Qaida denklogisch überhaupt möglich oder ist nicht von einem (untauglichen) Versuch auszugehen? Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung von 07.12.2011 darauf gerügt, dass der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs diese Frage schon bei der Behandlung des Betrugers nicht in seine Überlegungen mit einbezogen hatte.<sup>18</sup> Die Ermittlungsbehörden erhielten nach den Feststellungen des OLG Düsseldorf zur gleichen Zeit von den Afghanistan-Aufgehalten und dem geplanten Versicherungsbetrug Kenntnis wie der vermeintliche Unterstützer C selbst, weil zu diesem Zeitpunkt sämtliche Gespräche abgehört, aufgezeichnet und analysiert wurden. Diese Ermittlungsmethoden dienten auch dazu, die Förderung von Terrororganisationen zu verhindern, was im Ergebnis auch gelungen ist, wie das OLG Düsseldorf ausdrücklich festgestellt hatte. Das Ziel der Tatplanung, die Erlangung der Versicherungssummen und darauf folgend die finanzielle Unterstützung der Al Qaida, war somit vereitelt worden, bevor zu einem versuchten Betrug überhaupt angesetzt worden ist, denn die beteiligten Versicherungsgesellschaften waren frühzeitig informiert worden. Es geht also im vorliegenden Fall um die Frage, ob die Zusage einer – subjektiv möglichen, aber objektiv ausgeschlossenen – zukünftigen Weiterleitung von Geld an die Al Qaida schon jetzt eine vollendete Unterstützung sein kann.

Der Bundesgerichtshof ist bisher in keiner Entscheidung darauf eingegangen, ob es unter den umfassenden polizeirechtlichen Maßnahmen objektiv überhaupt zu einer Festigung der Gefährlichkeit der Al Qaida durch die Tätigkeiten des Verurteilten hat kommen können. Es hätte aber einer Auseinandersetzung mit dieser Frage bedurft, weil der Erfolg der polizeirechtlichen Maßnahmen, sprich die Beseitigung der dringenden Gefahr schwerster Rechtsgutverletzungen, dieses Tatbestandsmerkmal der Unterstützung ausschließt.

Dieser Aspekt verhindert die Vollendung des Tatbestands und führt dogmatisch maximal zur Figur des untauglichen Versuchs. Ein solcher ist im Rahmen der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung aber nicht strafbar.

### IV. Die Argumentation zur Unterstützung im Al-Qaida-Verfahren

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte im Al-Qaida-Verfahren bereits in seiner frühen Haftentscheidung die Gefahr der Vorverlagerung der Strafbarkeit

angesprochen und sich gegen eine fünfzehn Jahre alte Entscheidung des Ermittlungsrichters beim BGH abgegrenzt. Um diese Abgrenzung nachvollziehen zu können, ist es zunächst notwendig, sich die Haftentscheidung aus dem Jahre 1990 näher anzuschauen.

### 1. Die Entscheidung des Ermittlungsrichters aus dem Jahre 1990

In dem Beschluss vom 5. April 1990 ging es um einen Einbruchsdiebstahl in ein Polizeirevier, bei dem die Täter in flagranti ertappt worden waren. Aus der „Eigenart des Beutegutes“ (Durchschläge von Personalausweis- und Passanträgen) müsse entnommen werden, dass es den Tätern um die Beschaffung logistischen Materials ging, das Angehörige der „RAF“ zu Tarnungszwecken benötigen. Außerdem läge die Annahme nahe, dass es um die Beschaffung von Waffen, Munition und Funkgeräten ging. Weiter heißt es im Beschluss des Ermittlungsrichters:<sup>19</sup>

„Entgegen der Auffassung der Verteidigung handelt es sich bei dem versuchten Einbruchdiebstahl nicht lediglich um den Versuch der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung. Wegen des Scheiterns der Beschaffungstat ist es zwar nicht zu der beabsichtigten Versorgung der »RAF« mit dem entwendeten Material gekommen. Das bedeutet jedoch nicht, daß es an einer vollendeten Unterstützung fehlt. Als Unterstützung gemäß § 129a Abs. 3 StGB ist jede Tätigkeit anzusehen, die sich in irgendeiner Weise positiv auf die Aktionsmöglichkeiten der Vereinigung auswirkt (BGHSt 35, 39). So hat der Bundesgerichtshof eine gescheiterte Kurierfahrt als Unterstützungshandlung gewertet, weil sich bereits die Übernahme einer umfassenderen Kuriertätigkeit und jedenfalls deren Ausführung positiv für die Vereinigung ausgewirkt habe (BGHR StGB § 129a Abs. 3 Unterstützung 3). Ähnlich liegen die Dinge im vorliegenden Fall. Es besteht der dringende Verdacht, daß der Beschuldigte und seine Mittäter, worauf die Bundesanwaltschaft zutreffend hinweist, ihre Bereitschaft zur Beschaffung derartigen Materials anderen vor Begehung der Tat zugesagt haben. Das ergibt sich schon daraus, daß eine Beschaffungstat dieser Art ohne Absprache mit den Abnehmern und Nutznießern keinen Sinn hätte. Der Verdacht, daß der Beschuldigte und seine Mittäter sich anderen gegenüber vorher zur Begehung der Tat bereitgefunden hatten, wird durch einen erst nach der mündlichen Haftprüfung aufgefundenen Brief erhärtet, den der dem »RAF«-Umfeld zuzuordnende W. unmittelbar nach der Tat an die wegen Mitgliedschaft in der »RAF« verurteilte J. geschrieben hat. Darin berichtet W. ausführlich über die fehlgeschlagene Tat und die Verhaftung des Beschuldigten, bringt seinen Unmut darüber zum Ausdruck und teilt mit, einige hätten 11 Stunden vor dem Gebäude des Bundesgerichtshofs gewartet, um den Beschuldigten zu sehen.“

Es besteht kein Zweifel, daß bereits die Übernahme einer Beschaffungstat der vorliegenden Art sich positiv für das Bestehen und die Aktionsmöglichkeiten der »RAF« auswirkt und damit zu einer Unterstützung dieser terroristischen Vereinigung führt.“

<sup>19</sup> BGHR § 129a III Unterstützen 4.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2012, 907, 917 = HRRS 2012 Nr.27.

Der Ermittlungsrichter ging rechtlich von einem versuchten Einbruchsdiebstahl (§ 243 Abs.1 Nr.1 und 2 StGB) aus, dessen Beute unmittelbar im Anschluss an die Tat einer (inländischen) Terrororganisation übergeben werden sollte. Da es nicht zu einer Übergabe kam, wertete er die Zusage gegenüber den Mitgliedern der Vereinigung, die sich im Vorfeld des Einbruchs zugetragen haben muss, als die Unterstützungshandlung im Sinne des § 129a Abs. 5 StGB. Für den Ermittlungsrichter gab es „keinen Zweifel“, dass bereits die Übernahme einer Beschaffungstat der vorliegenden Art sich positiv für das Bestehen und die Aktionsmöglichkeiten der Vereinigung auswirkt und damit zu einer strafbaren Unterstützung führte.

Es bleibt festzuhalten, auf Grundlage welches Sachverhalts der 3. Strafsenat des BGH 2005 Zweifel angemeldet hatte, ob nicht durch den Ermittlungsrichter eine verfassungswidrige Vorverlagerung der Strafbarkeit stattgefunden hatte:

- Es gab eine Zusage der Beschuldigten gegenüber Mitgliedern der Terrororganisation, dass man für sie Waffen und Passunterlagen stehlen wolle.
- Es handelte sich dabei um eine inländische Organisation und um eine Beschaffungstat im Inland, was eine unmittelbare Weitergabe sehr wahrscheinlich machte.
- Die Unterstützer setzten ihren Plan insoweit in die Tat um, als sie in ein Polizeirevier einstiegen, um die Sachen zu entwenden.
- Es kam zu keiner Übergabe an Mitglieder der Vereinigung, weil die Täter in flagranti erwischt worden sind.

## 2. Die Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung

Im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren gibt es zwei einander widersprechende Entscheidungen des 3. Strafsenats zu der aufgeworfenen Frage, ob nicht eine (verfassungswidrige) Vorverlagerung der Strafbarkeit besteht, wenn bereits die Zusage der späteren Beschaffungshandlung als vollendete Unterstützung gewertet werden würde.

a) Der 3. Strafsenat hatte in der oben zitierten Haftentscheidung von 2005 unter zwei Aspekten Probleme mit der Einordnung als vollendete Unterstützung: zum einen weil es noch nicht zu einer Auszahlung von Geld gekommen war, und zum anderen weil sich die (etwaige) Tätigkeit des Beschuldigten für die Vereinigung auf die Zusage beschränkte, von der erwarteten Beute einen Teil an die Vereinigung weiterzugeben. Das heißt, dass nach der Ansicht des 3. Strafsenats selbst in Fällen, in denen sich ein Beschuldigter vorsätzlich an einem bereits strafbaren Betrugsvorhaben beteiligt, dessen Beute zugunsten der Al Qaida verwendet werden soll, eine vollendete Unterstützung nicht zwingend gegeben ist. Stattdessen wäre also bei einer solchen Konstellation denkbar, dass ein Beschuldigter nur wegen einer Beteiligung am Betrug, aber nicht tateinheitlich wegen einer Unterstützung strafbar ist.

b) Vergleicht man nun den oben geschilderten Sachverhalt aus dem Jahr 1990 mit dem Sachverhalt der Urteilsfeststellungen des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 2007, so zeigt sich, dass die vom 3. Strafsenat als entscheidend angesehenen Tätigkeiten weit hinter denen zurückbleiben, die 1990 vorlagen. Damals wurde von den Unterstützern nicht nur geredet, sondern gehandelt, indem sie in ein Polizeirevier einstiegen, um die geleistete Zusage einhalten und das Material liefern zu können, ohne dass der 3. Strafsenat dies bei seinen geäußerten Bedenken als problematisch oder gar entscheidend angesehen hätte. Im Al-Qaida-Fall wurde stattdessen von C nur geredet. Ein unmittelbares Ansetzen zur Erfüllung des Straftatbestandes, dessen erfolgreiche Durchführung die zugesagte Weitergabe des Geldes in Richtung Al Qaida erst möglich gemacht hätte, lag nicht vor. Die in der Haftentscheidung geäußerte Skepsis des 3. Strafsenats hätte somit konsequenterweise auch nach den Urteilsfeststellungen bestehen bleiben müssen, weil der damalige Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht weit über den aktuellen hinausgegangen ist.

c) Stattdessen erklärte die Revisionsentscheidung 2009 solche Bedenken im vorliegenden Fall für unbegründet. Der Senat habe sich damals auf der Grundlage des damaligen Ermittlungsstandes geäußert, der sich mittlerweile durch die Urteilsfeststellungen geändert habe, wonach sich die Tätigkeit des Angeklagten nicht auf die Abgabe einer derartigen Zusage beschränkt habe:<sup>20</sup>

„Der Angeklagte wirkte vielmehr an den Versicherungsbetrügereien insgesamt mit, indem er selbstständig recherchierte und an Besprechungen in allgemein beratender Funktion teilnahm. Zudem war er damit einverstanden, als Bezugsberechtigter für die Versicherungssummen aufzutreten. Mit seiner diesbezüglichen Zusage leistete er somit einen erheblichen Beitrag für die Durchführung der einzelnen Betrugsstraftaten. Die Tätigkeiten des Angeklagten begründeten deshalb (...) jedenfalls bei einer Gesamtschau einen hinreichenden Vorteil für die Vereinigung im oben näher dargestellten Sinn.“

Auf den ersten Blick scheint die Argumentation des 3. Strafsenats nachvollziehbar zu sein, dass die aufgegebene Auffassung von der unzureichenden Kenntnis des Sachverhalts herrührte. Allerdings hält sie einer kritischen Würdigung nicht stand.

(1) Zunächst fällt auf, dass die Zusage, von der in der Zukunft zu erwartenden Beute einen Teil an die Vereinigung abzugeben, nicht davon unterschieden werden kann, sich als Bezugsberechtigter zur Verfügung zu stellen. Die Stellung als Begünstigter ist gerade die Voraussetzung für die Möglichkeit einer zukünftigen Weitergabe von Geld. Wenn sich C nicht als Begünstigter zur Verfügung gestellt hätte, wäre es ihm unmöglich gewesen, Geld weiterzugeben, weil er niemals Geld erhalten hätte. Es ist daher eine grob fehlerhafte Doppelverwertung, wenn der 3. Strafsenat darin eine eigenständige Tätigkeit sieht, und die „diesbezügliche Zusage“ als „einen erheblichen Beitrag für die Durchführung der einzelnen Be-

<sup>20</sup> BGHSt 54, 69 (119) = NJW 2009, 3448 = HRRS 2009 Nr.890.



trugsstraftaten“ anseht.<sup>21</sup> Es bleibt bei der Zusage, als Begünstigter die Versicherungssumme geltend zu machen und weiterzugeben.

(2) Die daneben angesprochenen Tätigkeiten („selbstständige Recherche und Teilnahme an Besprechungen in allgemein beratender Funktion“) gehen rechtlich nicht über die Zusage der zukünftigen Weiterleitung von Geldsummen hinaus, zumal deren Einnahme nicht nur im Ungewissen liegt, sondern zudem von dem vermeintlichen Unterstützer selbst bewirkt werden muss – ein Rückzug aus der Tatbeteiligung würde den gesamten Plan zum Einsturz bringen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, die Zusage einer zukünftigen Weiterleitung als noch nicht tatbestandsmäßig, weil zu weit vorverlagert, anzusehen, aber dann mithilfe einer Gesamtschau mit weniger wichtigen und nur diffus beschriebenen Handlungen eine Unterstützung der Al Qaida zu begründen.

Angesichts der rechtlichen Vorgehensweise der „Gesamtschau“ drängt sich die Frage auf, wodurch genau sich C wegen Unterstützung strafbar gemacht haben soll. Welche seiner Handlungen hat das Oberlandesgericht oder der Bundesgerichtshof als Unterstützung gewertet? Allein die Zusage der späteren Weiterleitung des Geldes soll nach dem 3. Strafsenat nicht unbedingt ausreichen. Die „selbstständige Recherche“ oder die „Teilnahme an Besprechungen in allgemein beratender Funktion“ sind aber offensichtlich auch keine Tätigkeiten, die – für sich allein – ausgereicht hätten, von einer Unterstützungshandlung zu sprechen, denn sonst hätte es keiner „Gesamtschau“ bedurft, um von einem hinreichenden Vorteil für die Vereinigung zu sprechen. Das bedeutet aber, dass nach der Argumentation des Bundesgerichtshofs jede Handlung für sich nicht geeignet ist, eine vollendete Unterstützung zu begründen. Der 3. Strafsenat addiert somit mehrere Handlungen, die einzeln nicht strafbar sind, um so in einer Gesamtbetrachtung zu einer Strafbarkeit wegen Unterstützung zu kommen.

Der Bundesgerichtshof hat in seinen Entscheidungen nicht einmal ausgeführt, womit C die Grenze überschritten und sich strafbar gemacht hat. Diese Erkenntnis bleibt dem Leser auch nach der Lektüre sämtlicher Entscheidungen verborgen. Dies bedeutet, dass sich der Verurteilte „alles in allem“ strafbar gemacht hat. Dass ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nahe liegt, wenn selbst nach rechtskräftiger Verurteilung noch immer nicht klar ist, durch welche Handlung sich jemand strafbar gemacht hat, versteht sich von selbst. Wie soll ein einzelner Bürger erkennen, wenn er die Grenze zur Strafbarkeit überschreitet, wenn selbst die Gerichte dies im Rahmen einer Verurteilung nicht klar machen?

<sup>21</sup> Zumal der Bundesgerichtshof davon ausgegangen ist, dass diese angesprochenen Betrugstaten bereits vollendet waren, was das Bundesverfassungsgericht als „verfassungswidrig“ angesehen hat.

## V. Zusammenfassung

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren frühzeitig erkannt, dass die Gefahr einer zu weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit – und damit ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG – im Bereich der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung gegeben war. Es scheint, als ob der Senat dann jedoch Angst vor der eigenen Courage bekommen hat, als er seine Bedenken gegen die Einordnung als strafbare Unterstützung mit einer wenig nachvollziehbaren Begründung wieder fallen ließ.

Gerade aufgrund der Tatsachen, dass die §§ 129 ff. StGB bereits eine Vorverlagerung des Strafrechtsschutz in den Bereich der eigentlichen Vorbereitungshandlung darstellt und die Definition der „Unterstützung“ bereits dem Bestimmtheitsgrundsatz allenfalls ausreichend Rechnung trägt, ist es notwendig, sich bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale nicht noch weiter in das Vorfeld von zukünftigen (= zukünftig möglichen) Straftaten zu begeben. Eine Verurteilung wegen Unterstützung im vorliegenden Fall ist nicht mehr von der Funktion des Straftatbestands gedeckt, im Vorfeld von terroristischen Straftaten eine Strafbarkeit zu begründen. Stattdessen bewegt sich der Sachverhalt im Vorfeld dieses Vorfelds terroristischer Straftaten. Es war nicht im Sinne des Gesetzgebers, bei der Schaffung des Straftatbestandes jede Handlung unter Strafe zu stellen, die „irgendeinen“ Bezug zu einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung aufweist. Der Normadressat muss noch erkennen können, wann eine Handlung zu einer Strafbarkeit wegen Unterstützung einer Vereinigung führen kann. Wenn dies nicht mehr der Fall ist, weil die Rechtsprechung schon dann Vollendung annimmt, wo die Vorbereitung oder allenfalls der Versuch der Unterstützung vorliegen, so ist das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verletzt. Dies gilt umso mehr bei Sachverhalten, in denen die staatlichen Stellen mithilfe der neuesten Ermittlungsmethoden schon frühzeitig über die Tätigkeiten der Verdächtigen informiert sind und es daher praktisch ausgeschlossen ist, dass die geplante Unterstützung tatsächlich Erfolg haben kann. Insofern war der 3. Strafsenat des BGH in seiner Haftentscheidung zu Recht von einer zu weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit ausgegangen.

Schließlich zeugen die Entscheidungen im Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren davon, dass eine genaue Festlegung der Gerichte, mit welcher Handlung eine vollendete Unterstützung begangen worden ist, nicht unbedingt nötig ist, um deswegen verurteilt zu werden. Es reicht bereits aus, aus mehreren Tätigkeiten, die jede für sich (noch) keine vollendete Unterstützung darstellen, mithilfe einer „Gesamtschau“ eine Strafbarkeit zu konstruieren. In einem solchen Fall kann nicht mehr mit Bestimmtheit gesagt werden, wann ein Normadressat die Grenze zur Strafbarkeit überschreitet; diese Entscheidung bleibt allein in der Willkür des Gerichts. Die Fragwürdigkeit eines solches Vorgehens versteht sich von selbst.

# Dysfunktionales Verhältnis zwischen Sachverständigem und (Jugend-)Strafjustiz

Von Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin

## Einleitung

Zu dem hier exemplarisch erörterten konkreten Verfahren<sup>1</sup> verhält sich eine Pressemitteilung des BGH vom 11. 11. 2010 – Nr. 214/10 – wie folgt: „Der Angeklagte wurde durch das Urteil des Landgerichts Ulm wegen zweifachen Mordes in zwei tateinheitlichen Fällen, heimtückisch begangen und aus Habgier, sowie wegen Diebstahls mit Waffen zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Das Landgericht hat die besondere Schwere der Schuld des Angeklagten festgestellt und dessen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vorbehalten. – Nach den Feststellungen des Landgerichts erschossen der zur Tatzeit 18 Jahre und sechs Monate alte Angeklagte und der nicht revidierende Mitangeklagte in der Nacht von Gründonnerstag, dem 9. April 2009, auf Karfreitag, dem 10. April 2009, in der Wohnung, in der der Angeklagte mit seiner Familie lebte, zunächst gegen 22.30 Uhr die beiden Schwestern des Angeklagten. Danach suchten sie eine Gaststätte in Eislingen auf, um die Eltern des Angeklagten zu treffen, die dort mit einem befreundeten Ehepaar den Abend verbrachten. Sie verließen die Gaststätte und gingen zurück zu der Wohnung der Eltern des Angeklagten, um dort auf deren Rückkehr zu warten. Als diese kurze Zeit später ebenfalls in der Wohnung eintrafen, wurden auch sie von dem Angeklagten und dessen Mittäter erschossen. Hauptmotiv des Angeklagten für die Tötung seiner Familie war Habgier. Durch die Tat wollte er als Alleinerbe an das Vermögen seiner Eltern gelangen. Das sachverständig beratene Landgericht hat nach einer umfassenden Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Angeklagten und seines fortgeschrittenen Entwicklungsstandes das Vorliegen von Reifverzögerungen verneint und Erwachsenenstrafrecht angewandt. Die insbesondere hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs als offensichtlich unbegründet verworfen.“

Hat ein Verfahren vor einer großen Jugendkammer 19 Hauptverhandlungstage<sup>2</sup> angedauert und hat zudem ein Sachverständiger mehrere Male jeweils über Stunden die beiden Angeklagten exploriert, so kann eine kritische

Erörterung, zumal lediglich anhand des Urteils und des Gutachtens, allenfalls im Sinne einzelner Zweifel und unter Vorbehalten wissenschaftlich vertretbar sein. Liest sich das Urteil jedoch als nicht frei von Anhaltspunkten für ergebnisrelevante Widersprüche, und erweckt das Gutachten den Anschein des tendenziellen Taktierens bei zentralen der aufgetragenen Fragen, so mag eine solche Erörterung aus strafprozessual-beweisrechtlicher wie aus jugendstrafrechtlicher Sicht verantwortbar sein. Dies gilt umso mehr, als nach dem Ablauf des gesamten Verfahrens davon auszugehen ist, dass die Staatsanwaltschaft wie das Jugendgericht nicht über die der Soll-Vorschrift des (gemäß § 107 JGG auch in Verfahren gegen Heranwachsende geltenden) § 37 JGG geschuldete erzieherische Befähigung verfügten. Indes beschränken sich die Ausführungen aus Raumgründen auf das Verfahren betreffend nur einen der beiden Angeklagten, und zwar den nach allgemeinem Strafrecht verurteilten M, und auch darin nur auf einzelne Aspekte.

## I. Auswahl des Sachverständigen

### 1. Gesetzliche Regelungen (§§ 73, 161 a Abs. 1 S. 2 StPO, §§ 109 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 2 S. 2 JGG)

a) Die Staatsanwaltschaft gibt aus Gründen der Zweckmäßigkeit einem am Verfahren beteiligten Verteidiger vor der Auswahl des Sachverständigen grundsätzlich Gelegenheit, sich hierzu zu äußern (vgl. auch RiStBV Nr. 70 Abs. 1). Diese Gründe sind weniger triftig, wenn es sich bei dem Gegenstand der Untersuchung um einen häufig wiederkehrenden tatsächlichen Sachverhalt handelt (z. B. BAK-Gutachten)<sup>3</sup>, und die Gründe haben ggfs. zurückzustehen, wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks (vgl. auch § 147 Abs. 2 StPO) oder eine nicht mehr vertretbare Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist. – Rechtstatsächlich bleibt es schon aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen im Hauptverfahren häufig bei dem von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen, d. h. das Gericht sieht davon ab, seinerseits einen anderen Sachverständigen zu bestellen. Daher empfiehlt es sich, sofern die Frage der Zuständigkeit des Gerichts schon

<sup>1</sup> LG Ulm, Urteil vom 31. März 2010 (6 KLS 41 Js 6865/09).

<sup>2</sup> 12. 10., 15. 10., 4. 11., 11. 11., 25. 11., 2. 12., 8. 12., 9. 12., 16. 12., 2. 12. 2009, 20. 1., 27. 1., 3. 2., 23. 2., 2. 3., 12. 3., 22. 3., 23. 3 und 25. 3 2010 (Urteil LG Ulm aaO S. 2).

<sup>3</sup> Zu restriktiver Praxis der Staatsanwaltschaft betreffend den Sachbeweis vgl. etwa Bericht StV 1992, 346.

beantwortet werden kann, die Auswahl des Sachverständigen vor Bestellung auch mit dem Vorsitzenden des (alsdann) erkennenden Gerichts zu erörtern.<sup>4</sup>

Im vorliegenden Fall hatte die Staatsanwaltschaft vor Beauftragung des Sachverständigen zwar die Auffassung des Verteidigers des Beschuldigten M eingeholt, der sich jedoch mit diesem Sachverständigen nicht einverstanden erklärte und für seinen Mandanten die Beauftragung eines anderen Sachverständigen empfahl.<sup>5</sup> Gleichwohl beauftragte die Staatsanwaltschaft sodann (am 29. 6. 2009) diesen Sachverständigen mit der Erstattung von Gutachten über beide Beschuldigten. Ein solches Vorgehen berührt zum einen den Grundsatz der Waffengleichheit, sofern der Verteidigung die Möglichkeit einer tatsächlichen Einflussnahme versagt wurde.<sup>6</sup> Insbesondere aber kann solches mit der Pflicht zur Wahrheitsermittlung kollidieren, wenn die abweichende Auffassung der Verteidigung auf sachlichen Gründen beruht<sup>7</sup> – der beauftragte Sachverständige führt als Briefkopf folgende Angaben<sup>8</sup>: „Arzt für Psychiatrie. Schwerpunkt Forensische Psychiatrie. Forensische Psychiatrie (DGPPN). Sachverständigen-Praxis“, d. h. ein Hinweis auf eine fachliche Spezialausbildung bezüglich zu begutachtender Jugendlicher und Heranwachsender findet sich nicht. Indes ist die (jugend-)strafprozessuale Angreifbarkeit der Auswahl des Sachverständigen engen Grenzen unterworfen (vgl. unten III. 1.).

b) Der an den Psychiater erteilte Gutachtauftrag enthielt folgende Fragen<sup>9</sup>: (1) Entwicklungsstand zur Tatzeit (§ 43 Abs. 2 JGG), (2) möglicherweise verminderte Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB), (3) Voraussetzungen einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB, evtl. in Verbindung mit §§ 105, 7 JGG), (4) Voraussetzungen einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 106 Abs. 3 JGG; § 66 StGB).

Demgegenüber kommt es für Frage (1), die sich bei dem Beschuldigten M zentral auf die Untersuchung der Reifeentwicklung bezieht (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG), im Allgemeinen vorrangig auf die Kompetenz auf dem Gebiet der Jugend-Entwicklungspsychologie an,<sup>10</sup> und für Frage (4), d. h. betreffend die Voraussetzungen des Vorbehalts der Anordnung von Sicherungsverwahrung (§ 106 Abs. 3

JGG),<sup>11</sup> vorrangig auf Erkenntnisse der Psychologie, der Kriminologie sowie der empirischen Straf- bzw. Maßregelvollzugswissenschaft,<sup>12</sup> da das Gesetz nicht von psychopathologischen oder körperlich bedingten Auffälligkeiten ausgeht (vgl. auch § 81a JGG, § 275a Abs. 4 S. 1 StPO). Demgegenüber war die Beauftragung eines Psychiaters im Hinblick auf Fragen (2) und (3) angezeigt. – Insgesamt aber lässt die Entstehungsgeschichte des § 43 Abs. 2 S. 2 JGG erkennen, dass mit der Ersetzung des Begriffs „Jugendarzt“ (§ 28 Abs. 3 RJGG 1943) der Kreis der in Betracht kommenden Gutachter über den Bereich der Ärzte hinaus erweitert<sup>13</sup> und Entsprechendes durch die Streichung des Begriffs „kriminalbiologisch“ (gemäß 1. JGG-ÄndG) verdeutlicht worden ist. Auch wäre es im Hinblick auf die Schwere der Tatvorwürfe nicht unverhältnismäßig gewesen, zumindest zusätzlich einen Nicht-Psychiater zu beauftragen.

Unabhängig davon aber verlangt die Soll-Vorschrift des § 43 Abs. 2 S. 2 JGG, die gemäß § 109 Abs. 1 S. 1 JGG auch für Heranwachsende gilt, dass der auszuwählende Sachverständige als speziell zur Untersuchung Jugendlicher bzw. Heranwachsender „befähigt“ ausgewiesen ist. Demgegenüber geschah die Auswahl im vorliegenden Fall entgegen dieser gesetzlichen Vorschrift. – Soweit demgegenüber gelegentlich argumentiert wird, auch ein für Erwachsene ausgebildeter Psychologe, Kriminologe oder Psychiater berücksichtige regelmäßig Ereignisse und Persönlichkeitsentwicklungen während Kindheit, Jugend und Heranwachsendenalter und verstehe sich deshalb ohnehin auch darauf, beruht dies auf einem methodischen Fehlverständnis: die vom Gesetz verlangte Befähigung hat nur derjenige, der qua spezieller Ausbildung und beruflicher Tätigkeit im zeitlichen Lebensquerschnitt, d. h. im Zeitraum des jeweiligen aktuellen Lebensalters, mit Jugendlichen und Heranwachsenden befasst ist, zumal ein Erwachsenen-Psychiater in der Regel um keine praktische Erfahrung in der Beurteilung diesbezüglicher Entwicklungsfragen verfügt.

## 2. Außergesetzliche Umstände

a) Ein Abweichen von der Soll-Vorschrift des § 43 Abs. 2 S. 2 JGG wäre ohne weiteres dann vertretbar oder gar angezeigt, wenn es an im Sinne dieser Vorschrift qualifizierten Sachverständigen fehlte bzw. solche erst in einem nicht mehr verhältnismäßigen Zeitraum abkömmlich wären. Jedoch steht schon auf dem Gebiet der Jugendpsychiatrie eine hinreichende Anzahl speziell ausgebilde-

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler KK-Griesbaum, 26. Aufl. (2008) Rn. 10, Meyer-Goßner/Schmitt, 55. Aufl. (2012) Rn. 12, beide zu § 161a StPO.

<sup>5</sup> Auskunft des Verteidigers vom 23. 8. 2012.

<sup>6</sup> Entsprechendes ist z. B. für Entscheidungen zur Bestellung eines Verteidigers gemäß § 463 Abs. 4 S. 5 StPO anerkannt (vgl. zum „Mitsprache- und Vorschlagsrecht“ OLG Zweibrücken NStZ-RR 2006, 355; zur „zu gebenden Möglichkeit der Einflussnahme“ OLG Braunschweig StV 2008, 590.

<sup>7</sup> Vgl. auch LR-Erb, 26. Aufl. Rn. 26 zu § 161a StPO, demzufolge die Staatsanwaltschaft bei grundsätzlicher Meinungsverschiedenheit über die auszuwählende Person notfalls die Bestellung gemäß § 162 StPO bei dem Ermittlungsrichter anregen wird. –Vgl. im Übrigen etwa Dierlamm, FS-E. Müller (2008) S. 121 ff., der bei Versagung der Beteiligung ein Verwertungsverbot befürwortet.

<sup>8</sup> Vgl. vorläufiges schriftliches Gutachten vom 12. 10. 2009.

<sup>9</sup> Gutachten aaO S. 2.

<sup>10</sup> Ebenso bereits Potrykus RdJ 1958, 344; ders RdJ 1960, 346; Waldeck RdJ 1954, 123.

<sup>11</sup> Das Gleiche gilt betreffend die von dem RegE v 6. 6. 2012 (BT-Dr 17/9874) vorgesehenen vollzugsbegleitenden Entscheidungen.

<sup>12</sup> Vgl. auch Feltes StV 2000, 281 ff; Kinzig NStZ 2004, 659. Anders BVerfG NJW 2011, 1931 Rn. 99 = HRRS 2011 Nr. 488: ärztliche. – Um die Verlaufsentwicklung untersuchen zu können, muss auch hier gemäß § 43 Abs. 2.S. 2 JGG zugleich eine Qualifikation für die Altersgruppe Jugendlicher bzw. Heranwachsender bestehen (verfehlt BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, vom 4. 12. 2008 [2 BvR 2333/08] mit Bspr. Verf. DRiZ 2009, 221, das sich an Gutachten orientierte, die u. a. die strafrechtliche Unauffälligkeit vor und nach der [einmaligen] Tat unerörtert ließen).

<sup>13</sup> Vgl. schon Hauber Die Funktionsverteilung zwischen Richter und Sachverständigem im deutschen Jugendgerichtsverfahren, Diss. Freiburg (1967), S. 156, 160.

ter bzw. zertifizierter Sachverständiger zur Verfügung. Zwar besagt dieser oder jener spezielle Ausbildungsabschluss bzw. diese oder jene Zusatzqualifikation für sich genommen noch nicht Hinreichendes über die Geeignetheit für die in Rede stehenden forensischen Aufgaben. Jedoch wird schwerlich verneint werden können, dass es unter den Personen mit entsprechend nachgewiesenen Spezialkenntnissen zumindest einige gibt, die auch die erforderliche Geeignetheit der genannten Art aufweisen. Hiernach ist nicht auszuschließen, dass die Heranziehung des Sachverständigen in dem vorliegenden Fall gezielt unter Missachtung des Gesetzes (§ 43 Abs. 2 S. 2 JGG) geschehen ist.

b) Die vorgenommene Auswahl könnte sich zum einen aus der Würdigung des herangezogenen Sachverständigen im Urteil heraus erklären. Darin wird dieser als „überaus erfahren“ bezeichnet, er sei „seit 16 Jahren als forensischer Psychiater tätig und hat in dieser Zeit mehr als 1000 Gutachten verfasst“ (S. 117). Indes verlangen strafprozessual-beweisrechtliche Grundlagen der Wahrheitsermittlungspflicht umso mehr eine Überprüfung der von einem Sachverständigen bevorzugten Methodik sowie seiner Schulrichtung und seinem Verständnis von der Rolle als forensischer Gutachter gerade dann, wenn der Sachverständige besonders häufig beauftragt wird, da die Art der Begutachtung von den genannten Kriterien nicht unbeeinflusst bleibt. Zur Prüfung und Darlegung der Geeignetheit schwerlich geeignet wäre hingegen etwa das Bemerkn, der Sachverständige sei dem Gericht als „erfahren“ bzw. als „zuverlässig“ bekannt. Hierfür wäre vielmehr Voraussetzung, dass das Gericht den Sachverständigen in seiner Arbeitsweise tatsachenbezogen überprüft hat. Ansonsten bedeutet eine solche Wendung eher nur, dass das Gericht oder andere Gerichte in mehreren vorausgegangenen Verfahren dem Sachverständigen gefolgt sind oder doch dessen Gutachten nicht beanstandet haben, nicht jedoch lässt sich daraus ein Argument dafür herleiten, dass die Gutachten methodisch beanstandungsfrei gewesen sind. Vielmehr könnte gar zu besorgen sein, dass die Gutachten eines besonders häufig herangezogenen Sachverständigen tendenziell weniger abwägende, sondern eher „sichere“ Aussagen enthalten und daher latent besonders fehlerverdächtig sind.<sup>14</sup> – Was speziell die an den Sachverständigen gerichtete Frage (2) anbetrifft, so ist rechtstatsächlich nicht zu übersehen, dass eine tendenziell häufige Verneinung der Voraussetzungen die Legitimation (jugend-)strafjustitieller Tätigkeit auf der Grundlage des (jugend-)strafrechtlichen Schuldprinzips i. S. eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses<sup>15</sup> zunehmend in Frage stellen müsste. Damit aber ist die einschlägige Sachverständigentätigkeit von existentieller Bedeutung für die Institution (Jugend-)Strafjustiz. Zugleich sind die (jugend-)strafjustitiell veranlassenen und von Sachverständigen unterstützten Beschränkungen der Verneinung der Schuldfähigkeit in gewissem

Ausmaß durch kriminalpolitische Motive oder aber institutionelle Eigenbelange bedingt.<sup>16</sup> So wird im Einzelnen bezüglich der Voraussetzungen verminderter Schuldfähigkeit zur Verneinung der Erheblichkeit seitens der Judikatur entscheidend auf die Würdigung der Anforderungen der Rechtsgemeinschaft abgestellt, die umso höher seien, je schwerwiegender das Delikt sei.<sup>17</sup>

Weiterhin mögen es Anhaltspunkte für eine etwaige Servilität des Gutachtens sein, die zu seiner Heranziehung geführt haben. Zum einen unterwirft sich das Gutachten wiederholt den Ergebnissen der noch ausstehenden richterlichen Beweiswürdigung (S. 103, 105, 108, 112, 113, 118, 126, 130, 131) – nicht also etwa noch festzustellenden Anknüpfungstatsachen –, und zwar insbesondere bei Themen, zu denen nach dem Gutachterauftrag (vgl. oben 1. b) der Sachverständige seinerseits Stellung zu nehmen gehabt hätte (vgl. näher unten II. 1.). Zum anderen bedient sich der Sachverständige mehrfach sprachlicher Wertungen solchen Inhalts, wie sie am ehesten den Pflichten des Auftraggebers entsprechen, jedoch in einem Sachverständigengutachten zur Persönlichkeit eines Beschuldigten unzulässig sind. So verwendet der Sachverständige (betr. einen zeitlich vorausgegangenen Einbruchsdiebstahl) die Floskel<sup>18</sup> „signifikant gesteigerte kriminelle Energie“ (S. 122), und (betr. die Tötungsdelikte) heißt es, „auf eine enorme Kaltblütigkeit hinweisende Fähigkeit zu schauspielerischer Verstellung“ (S. 127), „mit außergewöhnlicher Kaltblütigkeit und Unbarmherzigkeit durchgeführt“ und „unfassbare Bedenkenlosigkeit“ sowie „absolute Menschenverachtung“ (S. 129).

## II. Anwendung von Jugend- oder von Allgemeinem Strafrecht (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG), „Habgier“ als mordqualifizierendes Merkmal (§ 211 Abs. 2 StGB) sowie Sanktionen

### 1. Anschein des Taktierens im Gutachten

Die an den Sachverständigen gerichtete Frage (1) betrifft die „Gesamtwürdigung der Persönlichkeit“ (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) des Beschuldigten M, wobei es von Gesetzes wegen darauf ankommt, ob er „noch einem Jugendlichen gleichstand“. Dabei ist die Fassung „des Jugendlichen“ in § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG missverständlich. Würde man die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 JGG zugrundelegen, so würde dies implizieren, dass es eine abstrakte Norm des Jugendlichen gäbe, mit der ein Heranwachsender zu

<sup>14</sup> Vgl. etwa die Auswertung von 211 vor österreichischen Gerichten seitens selbstständiger psychiatrischer und psychologischer Sachverständiger erstatteten Gutachten, wonach die Gutachten der als erfahren geltenden, besonders häufig beauftragten Sachverständigen tendenziell mehr Qualitätsmängel aufwiesen als die Gutachten der eher selten beauftragten (Kunzl/Pfäfflin R&P 2011, 152 ff [157]).

<sup>15</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, Tab. 2.1, 5. 6, 5. 7.

<sup>16</sup> Vgl. schon Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips (1977), S. 45: „intrasystematisch, allein vom Schuldprinzip her ...nicht mehr zu erklären“.

<sup>17</sup> Vgl. nur BGH NStZ 2004, 438 = HRRS 2004 Nr. 415; BGH NStZ-RR 2004, 70 bzw. 329 = HRRS 2004 Nr. 35. – Vgl. speziell zum Verhältnis der Bejahung einer seelischen Störung als „schwer“ zu der „Erheblichkeit“ Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), § 21 Rn. 8, 10 einerseits und die Auflistung (auch) seitens mehrerer Sachverständiger z. B. bei Boetticher u. a. NStZ 2005, 58 andererseits.

<sup>18</sup> Vgl. dazu Schäfer, G., G. M. Sander, G. van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. (2008), S. 339: „Leerformel“.

vergleichen wäre. Ein empirisch abgesichertes Leitbild (eines „normal“ entwickelten Heranwachsenden oder) eines „normalen“ Jugendlichen steht jedoch nicht zur Verfügung. Vielmehr kommt es – im Gegensatz zu Stufen- und Phasenmodellen – auch während der „Reifezeit“ auf verschiedenen Gebieten zu eher kontinuierlich fortschreitenden Veränderungen. Einigkeit besteht darin, dass es „entwicklungspsychologisch gesehen ... zwischen dem 17. und 18. Lebensjahr keine Zäsur“<sup>19</sup> gibt.

a) Eher äußere Umstände zur Bejahung des „noch einem Jugendlichen Gleichstehens“ lagen vor. Zum einen war der Beschuldigte M zur Tatzeit erst 18 Jahre und 6 Monate alt. Zum anderen hatte er kein eigenes Einkommen, d. h. er konnte seine Lebensführung nur eingeschränkt selbst bestimmen. Zudem befand er sich als Gymnasiast (12. Schuljahr) im Leistungsbereich eher in einem Schonraum und war insofern ohne Erfahrung, wie sie ein Erwachsener im Berufsleben gewinnt. Demgemäß hat die Jugendgerichtshilfe sich dezidiert für die Anwendung materiellen Jugendstrafrechts ausgesprochen (Urteil S. 120), eine Auffassung, die der Sachverständige verengt wiedergab und zurückwies (Gutachten S. 119 f.).

b) An persönlichkeitsbezogenen Umständen wären als Entscheidungshilfe für das Gericht Befunde zum psychosozialen Tathintergrund, zur Tatdynamik und zur Tötungsmotivation wesentlich gewesen. Jedoch verhält sich das Gutachten zu diesen drei Kriterien mit dem Bemerkten, es sei „unklar“ geblieben (S. 105, ähnlich S. 123), und es bietet dem Gericht an, es handle sich um einen „Grenzfall“ (Gutachten S. 121). Diese Stellungnahme ist, soweit die Unterlagen eine Würdigung erlauben (vgl. oben vor I.), eher sachfremd (vgl. die nachfolgenden Ausführungen), ohne dass ein Offen-Lassen objektiven Schwierigkeiten der Untersuchung geschuldet sein könnte. Dabei ist in diesem Beitrag nicht darüber zu befinden, ob diese Einlassungen des Sachverständigen darauf zurückzuführen sind, dass er die Anklageschrift des Auftragebers nicht widerlegen mochte,<sup>20</sup> oder ob er als Nicht-Jugendpsychiater tatsächlich zu keiner Klarheit gelangt war.

Was den psychosozialen Tathintergrund angeht, so stand der Beschuldigte M nach den Feststellungen im Gutach-

ten wie im Urteil unter Dirigat und Erwartungsdruck des Vaters, dem sich die Mutter und die Schwestern insoweit nicht widersetzen. So erfüllte der Beschuldigte M die Erwartungen des Vaters im Leistungsbereich im Vergleich zu den beiden Schwestern nur eingeschränkt, und zumindest der Vater machte aus seinem Missfallen bezüglich des Verhältnisses der beiden Beschuldigten untereinander keinen Hehl. Der Sachverständige referiert speziell die Angaben des Beschuldigten M ihm gegenüber, er habe „den Druck nicht mehr ausgehalten“, seit dem 15./16. Lebensjahr habe er Selbsthass empfunden und an Suizid gedacht, dies sei dann um die Jahreswende 2008/2009 umgeschlagen in Hass auf die Familie, so dass er die Situation als ausweglos empfunden habe. Hiernach waren die Tötungsdelikte unmittelbarer Ausdruck der Auseinandersetzung mit dem Vater und der Familie, d. h. eine Ablösung von der Herkunftsfamilie hatte gerade nicht stattgefunden. Allenfalls stellten die Tötungen ihrerseits einen Teilabschnitt des Ablösungsprozesses dar. Demgegenüber hätte die Beurteilung im Urteil, die Ablösung sei bereits beendet gewesen (S. 120), eines näheren, nach den ermittelten Tatsachen nicht zu leistenden Begründungsaufwandes bedurft, wenn der Sachverständige die Frage nicht offengelassen hätte. Das Urteil setzt sich z. B. auch nicht damit auseinander, dass im Gutachten festgehalten ist, er „hatte Tränen in den Augen, als er angab, vor allem den Vater zu vermissen“ (S. 99).

Bezüglich der Tatdynamik ist zunächst zu berücksichtigen, dass nach den Feststellungen im Gutachten wie im Urteil der Beschuldigte M, abgesehen von der Verbindung zu dem Mitbeschuldigten, nie eine nähere freundschaftliche Beziehung hatte, wobei die Feststellungen Anhaltspunkt für Züge von Selbstunsicherheit auch in Zusammenhang mit einer possessorischen Einstellung des Vaters ihm gegenüber enthalten. Das Besondere an der dann (endlich) entstehenden Freundschaft zu dem Mitbeschuldigten bestand darin, dass dieser – nach dem gutachtlichen Befund lag bei ihm das sogen. Asperger-Syndrom (ICD-10 F84.5) vor, d. h. er war in seinen interaktiven Möglichkeiten eingeschränkt – noch deutlich (selbst-)unsicherer war als der Beschuldigte M. Hiernach liegt, unter allem Vorbehalt, die Interpretation nahe, dass diese Verbindung für das Bemühen des Mitbeschuldigten M funktional war, sich wie in einer „Ersatzwelt“ gegenüber den Belastungen durch die Person des Vaters zu behaupten, und zwar zunächst durch Streiche, sodann auch durch Diebstähle, allerdings auch Gewalt gegen Tiere. Eine solche Verlagerung kommt am ehesten vor bei als anhaltende Kränkung empfundenem Verhalten seitens Dritter und reduziertem Selbstwertgefühl sowie (subjektiv) als unlösbar empfundenen Konstellationen der Realität.<sup>21</sup> Im Anschluss an derlei Empfindungen des Nichtakzeptiertwerdens sind, zumal wenn damit eine gewisse Angst hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung einhergeht, sind Aggressionen gegen Sachen oder schlechthin gegen Schwächere – also z. B. auch Tiere – durchaus geläufig,<sup>22</sup> etwa als Ventilfunktion. Zudem kann es zu einer Überidentifizierung mit einer selbstwerterhöhen-

<sup>19</sup> Vgl. dazu schon *Suttinger* in: Handbuch der Forensischen Psychologie (1967, Bd. 11 des Handbuchs der Psychologie, hrsg. von Undeutsch), S. 297.

<sup>20</sup> Beispiele des Anscheins von Taktieren seitens Gutachtern finden sich immer wieder. So hat in dem Verfahren vor dem LG Regensburg (NSV 121 Js 17270/1998 jug) der vom Gericht beauftragte Sachverständige in einem Aktengutachten (vom 12. 12. 2011 S. 85) seinerseits ohne tatsächliche Anhaltspunkte – und im Übrigen unter bewusster Ausklammerung alternativer Erklärungsmöglichkeiten – formuliert, der Verurteilte habe anlässlich der Tat „ein Triumphgefühl“ gehabt, woraufhin der Vorsitzende in der mündlichen Entscheidungsbegründung (vom 3. 8. 2012) äußerte, der Verurteilte habe anlässlich der Tat „ein persönliches Glücksgefühl“ empfunden (vgl. AZ Nürnberg online). Von diesem Sachverständigen stammt auch folgende zur Begründung des Ausschlusses der Öffentlichkeit getätigte Äußerung: „der rechtswidrig benutzte Penis eines Strafmündigen gehört nicht mehr zum geschützten Intimbereich“ (Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2008, 208).

<sup>21</sup> Vgl. dazu *Lempp*, Nebenrealitäten, Frankfurt a. M. (2009), S. 126.

<sup>22</sup> Vgl. auch *Lempp* (Fn. 21), S. 60.

den Rolle kommen<sup>23</sup> – im Ausgangsfall könnte solches im Zusammenhang mit einer gleichsam ideenfanatischen Verstrickung, entstanden aus früheren Versagungen und gescheiterter personaler Kommunikation vor allem mit dem Vater, zu erkennen sein. Als aber die Dynamik dieser von den beiden Mitbeschuldigten gegenüber Dritten völlig abgeschirmten „Nebenrealität“ sich bis hin zu Plänen der Tötung der zentralen Ursache für die Beeinträchtigung entwickelte, war keine Person eingeweiht, und folglich konnte niemand Einhalt gebieten. – Stimmig zu dieser Interpretation ist die langfristige, Züge der Zelebrierung tragende Planung und Vorbereitung der Tötungen ebenso wie der Umstand, dass auch nach der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung hinsichtlich aller vier Getöteten „offen blieb“ (Urteil S. 34, 38 f., 53 ff.), wer wie oft geschossen hat. Anlässlich der polizeilichen Vernehmung hatte der Mitbeschuldigte angegeben, der Beschuldigte M habe auf die Schwestern und den Vater, er hingegen auf die Mutter geschossen, später äußerte er, er allein hätte sämtliche Schüsse auf die vier Opfer abgegeben (Wiedergabe im Gutachten). Gleichfalls stimmig zu der dargelegten Dynamik ist die Zahl von insgesamt ca. 30 abgegebenen Schüssen – allein gegenüber den beiden Schwestern waren es jeweils 9 oder 10 (Urteil S. 35), gegenüber dem Vater bzw. der Mutter 7 bzw. 4 (Urteil S. 38) –, wie es zwar auch bei Affektataten oder aber sogen. „Hinrichtungen“ nicht ganz selten vorkommt, indes gerade bei Jugendlichen und Heranwachsenden auch als ein Ausdruck von Entledigungsbedürfnis (gar eingebettet in ein Ekelempfinden gegenüber den Opfern wie vor sich selbst). Zumindest ist nicht erkennbar, dass durch die Zahl der Schüsse der Verdacht eher auf unbekannte Täter gelenkt werden sollte oder hätte gelenkt werden können.

Hinsichtlich der „Tatmotivation“ bietet das Gutachten – eher außerhalb psychiatrischer Kompetenz – in strafrechtlicher Wertung an,<sup>24</sup> falls es sich um „Hass“ gehandelt habe, sei eher Unreife im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG anzunehmen, falls es sich um „Bereicherung“ ge-

<sup>23</sup> Vgl. Lempp (Fn. 21), S. 119. – Im Gutachten findet sich dieser Aspekt ohne systematischen Zusammenhang mit der Tatdynamik, soweit gleichsam isoliert eine „narzisstische Aufwertung des eigenen Selbstwertgefühls durch das Pendeln zwischen der normalen Alltagsrealität und der heimlichen kriminellen ‚Parallelwelt‘“ (S. 120, ähnlich S. 122) angeboten wird.

<sup>24</sup> Umstritten ist, ob auch danach zu differenzieren ist, ob eine partielle Unreife vorliegt, also z. B. in Fällen (nahezu) zeitgleicher Begehung bei dem einen Delikt materielles Jugendstrafrecht, bei dem anderen aber allgemeines Strafrecht anzuwenden ist (bej. aufgrund richterlicher Erfahrung schon Blau MDR 1959, 717; ders. RdJ 1962, 310; Schaffstein/Beulke, JStR, 14. Aufl., (2002), § 8 II. 1. e; vern. wegen Gründen einheitlicher Rechtsanwendung Dallinger/Lackner, JGG, 2. Aufl. (1965) Rn. 30, Brunner/Dölling, JGG, 12. Aufl. (2011) Rn. 11, jeweils zu § 105). Bejahendenfalls würde eine solche Differenzierung auch bezüglich mordqualifizierender Merkmale (§ 211 Abs. 2 StGB) vertretbar sein, wobei indes eine Problemverlagerung in der Rechtsanwendung stattfände (Schwerpunktbildung gemäß § 32 JGG entsprechend), wenn etwa zwei oder gar mehrere Merkmale gleichzeitig (oder gar gleichrangig) zu bejahen wären. Im vorliegenden Verfahren hat der Sachverständige sich allerdings in Abhängigkeit von der Entscheidung des Gerichts hinsichtlich der Tatmotivation begeben.

handelt habe, eher nicht (S. 124). Diese – tendenziell tatbezogene und daher bezüglich § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG verfehlte – Stellungnahme eröffnete dem Gericht die Möglichkeit, ohne größeren Begründungsaufwand das mordqualifizierende Merkmal „Habgier“ zu bejahen und Erwachsenenstrafrecht anzuwenden.

c) Anhaltspunkte für den Anschein des Taktierens könnten auch in den im Urteil wiedergegebenen Stellungnahmen des Sachverständigen in der Hauptverhandlung hinsichtlich der Ergebnisse des in seinem Auftrag von einer Diplom-Psychologin durchgeführten testpsychologischen Zusatzgutachtens (vom 7. 10. 2009) – unter Anwendung des FPI bzw. des Baumzeichentests, des Rotter-Satzergänzungstests, des Rorschach-Tests und des TAT – zu erkennen sein. Die Ergebnisse dieses Zusatzgutachtens deuteten sämtlich auf „Unreife“ im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG hin (Urteil S. 103 f.). Im Einzelnen hat die Zusatzgutachterin zu dem Satzergänzungstest wiedergegeben (S. 7): „Er hasse sich, die Schuld quäle ihn, insgeheim sehne er sich nach seiner Familie“, und die abschließende Beurteilung zu sämtlichen Testergebnissen lautet (S. 7): „eine depressiv gestimmte, emotional unreife, leicht frustrierbare, gehemmte, introvertierte, psychisch labile Persönlichkeit“. Die Zusatzgutachterin hat zudem ausdrücklich vermerkt (S. 1), dass sie sich auch „auf Kenntnis der psychiatrischen Untersuchungsbefunde“ des Sachverständigen „stützt“, d. h. sie hat ihre Beurteilung trotz Kenntnis der einschränkenden Äußerungen des Sachverständigen ohne Relativierung im Sinne einer etwaigen Manipulation abgegeben.

Diese Ergebnisse sind im Urteil unter Bezugnahme auf Ausführungen des Sachverständigen, der ausweislich des Briefkopfs (vgl. oben I. 1.) kein ausgebildeter Psychologe ist, als manipuliert interpretiert worden, da sie in Widerspruch zu den Bekundungen zahlreicher gehörter Zeugen dazu standen, wie sie den Angeklagten M wahrgenommen hatten. Ein „permanent funktionierendes Auseinanderfallen zwischen innerem Erleben und äußerer Fassade“ hat das Urteil ausgeschlossen, und zwar unter Hinweis auf die Einschätzung des Sachverständigen mit „hochgradig unwahrscheinlich“ (Urteil S. 104). Schon in dem Gutachten hieß es, „nach Aktenlage offenbar als weitgehend unauffällig wahrgenommene Verhalten der beiden Angeklagten in der Vortatphase“ (S. 105), und sodann, es sei nur schwer vorstellbar, dass jemand über Jahre hinweg „nach außen“ völlig anders wahrgenommen werde als es sich „innerlich“ verhält (S. 108), und dazu wurde angeboten, dass der Beschuldigte „schauspielerische Ziele verfolgen könnte“ (S. 107). Eine nähere Erörterung allgemein-psychologisch geläufiger Erkenntnisse über äußerlich sicheres oder auch gewinnendes Auftreten bei intrapsychischer Unsicherheit lässt sich in dem Gutachten ebenso wie in dem Urteil indes nicht finden, und gänzlich fehlt es an einer Erörterung des Kenntnisstandes der forensischen Aussagepsychologie zur Geeignetheit von Zeugenaussagen.<sup>25</sup> Zumindest hätte es einer Differenzierung zwischen den verschiedenen verwandten Testverfahren und deren ggfs. vorhandenen Kontrollele-

<sup>25</sup> Vgl. zuzf. mit Nachw. etwa Verf., Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. (2013), Rn. 1362-1488.

menten (z. B. Offenheitsskala) bedurft.<sup>26</sup> Wegen dieser Besonderheiten wird es schwerlich als mit der Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes<sup>27</sup> und der Aufklärungspflicht vereinbar erachtet werden können, dass das Tatgericht von einer Anhörung der testpsychologischen Zusatzgutachterin absah.

Die Anwendung oder auch nur die Interpretation testpsychologischer Verfahren ohne profunde Kenntnis der zu Grunde liegenden Konzepte stellt einen Ermittlungsfehler dar, zumal nicht selten vermeintlich widersprüchliche Testbefunde auf inhaltlichen bzw. theoretischen Unterschieden der angewandten Testverfahren beruhen. So sind eine Voraussetzung schon für die Auswahl geeigneter Tests – und ohnehin für eine tragfähige Bewertung von Testbefunden – Kenntnisse des Untersuchenden über die mess-, test- und skalentheoretischen Grundlagen des jeweiligen Verfahrens, über dessen theoretische Einbettung sowie über Einflussfaktoren auf die Testergebnisse. Eine fachgerechte Anwendung testpsychologischer Untersuchungsmethoden und Interpretation der Ergebnisse ohne entsprechende Ausbildung ist daher nicht möglich, d. h. es besteht hier ggfs. ein Risiko für Fehlinterpretationen und Fehldiagnosen.

## 2. Anhaltspunkte für etwaige Widersprüche im Urteil

Zur Begründung der Anwendung von Erwachsenenstrafrecht und zur Bejahung von „Habgier“ als mordqualifizierendes Merkmal hat die Jugendkammer dem Angeklagten M u. a. zugeschrieben „Eigensucht“, die er, „anders als bei Jugendlichen üblich“, „kontrolliert zurückgehalten und verborgen“ (S. 118) habe, zudem Manipulationsbereitschaft als „gefestigter Charakterzug“. Die Kammer hat sogar Zweifel an dem „nicht mehr einem Jugendlichen Gleichstehen“ ausgeschlossen.<sup>28</sup> – Die Frage einer Manipulations- oder Täuschungsbereitschaft des Mitbeschuldigten M bezüglich seiner Persönlichkeitsentwicklung wie auch hinsichtlich der Tötungsmotivation wurde bereits im Gutachten insofern erörtert, als eine Möglichkeit genannt wird, dass dieser „postdeliktisch in Richtung ‚psychisch auffällig‘ manipulieren bzw. aggravieren könnte“ (S. 112) bzw. dass die beiden Beschuldigten

während der Tatvorbereitung „hinreichend Zeit“ hatten, sich im Hinblick auf die Tötungsdelikte eine Legende „auszudenken“ (S. 117).

Mit diesen Zuschreibungen der Jugendkammer lässt sich indes nicht oder kaum überzeugend vereinbaren, dass der Angeklagte „in der Realschule Schulsprecher war“ (S. 119) und dass er nach Aussage des langjährigen Klassenlehrers „sich sehr positiv entwickelt“ habe, dass er „mehr als einmal seinen Unterricht und den der Kollegen gerettet“ habe (Gutachten S. 79 f.). Nichts anderes gilt für die Würdigung, dass der Angeklagte M in seinem sozialen Umfeld „nicht durch Lügengebäude oder Prahlerei einen vergleichsweise hohen sozialen Status herausarbeitete“ (Urteil S. 119). Schwerlich vereinbar sind die genannten Zuschreibungen auch insofern, als der Angeklagte M „von den deutlich älteren anderen Vorstandsmitgliedern des DLRG schon früh als verantwortungsbewusster junger Mann erkannt worden“ war, dem Aufgaben übertragen wurden, die er „stets vorbildlich“ bzw. „verlässlich“ (Urteil S. 118) erfüllte. Insbesondere heben sich die Zuschreibungen insofern gegenseitig auf, als dem Angeklagten im Urteil einerseits von ihm selbst in der Hauptverhandlung gemachte „eigensüchtige“ Äußerungen angelastet werden (S. 126), andererseits aber ihm zugeschrieben wird, er sei persönlichkeitsstrukturell auf Manipulation festgelegt (S. 125) – wäre dieses der Fall, hätte er sich – bei seinem IQ von 116<sup>29</sup> – schwerlich dergestalt selbstschädigend verhalten.

a) Soweit im Urteil im Einzelnen zur Begründung der Anwendung von Erwachsenenstrafrecht einzelne Merkmalsumschreibungen einer Auflistung herausgegriffen werden, die zur Abgrenzung von Bejahung oder Verneinung der Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG zusammengestellt wurden,<sup>30</sup> geschieht dies selektiv und ohne Erörterung der Einwände. So besteht die generelle Schwierigkeit der funktionellen Mehrdeutigkeit, weshalb kaum zuverlässig zu erkennen ist, ob Merkmalsausprägungen als pubertäts- oder adoleszenzbedingt (oder z.B. gar als „neurotische Fixation“<sup>31</sup>) zu werten sind. Hinsichtlich des Bemühens um Operationalisierung der im Urteil angeführten Auflistung kam es nicht zu einer Validierung.<sup>32</sup> Aber auch unabhängig davon ist gemäß den bereits angeführten Anhaltspunkten (vgl. oben 1.) zumindest zweifelhaft, ob die Heranziehung etwa der Merkmalsumschreibung „Eigenständigkeit gegenüber den Eltern“ im Gegensatz zu „starker Anlehnungsbedürftigkeit und Hilflosigkeit“ (Urteil S. 119/120) mit der Begründung, der Angeklagte habe sich „aufgrund der Mordplanungen innerlich aus der Familie vollständig entfernt“, strafprozessual-beweisrechtlich tragfähig ist.

Hinsichtlich der „eigenen Sexualität“ (S. 120) ist im Urteil zur Begründung von Erwachsenen-Reife, jedoch ohne nähere Belege – und zwar trotz eines an verschiedenen Stellen des Urteils zugeschriebenen Manipula-

<sup>26</sup> So gehört das FPI zu den psychometrischen Persönlichkeitstests (speziell zu den Persönlichkeits-Struktur-Tests), deren Anwendung und Auswertung vollständig standardisiert und insofern objektiv ist. – Hiervon zu unterscheiden sind sogenannte Persönlichkeitsentfaltungs-Verfahren, d. h. solche Tests, bei denen der zu untersuchenden Person mehrdeutiges Stimulusmaterial – nach der Art des verwendeten Stimulusmaterials werden unterschieden Formdeutungsverfahren, verbal-thematische Verfahren und zeichnerische bzw. gestalterische Verfahren. Dem Konzept nach werden – wegen der Unbestimmtheit des Materials – die Reaktionen des Untersuchten in hohem Maße durch Personenvariablen bestimmt (z. B. betreffend Emotionen, Erfahrungen, persönliche Motive, etc.), er „projiziert“ diese Anteile gewissermaßen in das unstrukturierte Material (vgl. rechtstatsächlich *Endres*, Praxis der Rechtspsychologie (2009), S. 9 f.).

<sup>27</sup> Vgl. allerdings BGHSt 22, 268. 273.

<sup>28</sup> Hätte es solche gehabt, hätte es materielles Jugendstrafrecht anwenden müssen (BGH NJW 2002, 71 [75]; BGH NStZ-RR 2003, 186 f.).

<sup>29</sup> Gemäß HAWIE – Verbalteil 117, Handlungsteil 111 – (psychologisches Zusatzgutachten aaO S. 3 f.).

<sup>30</sup> *Esser ua* Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1991, 356, 367, und zur Nachuntersuchung *Esser* DVJJ-J 1999, 37 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu etwa schon *Suttinger* (Fn. 19), S. 303.

<sup>32</sup> Vgl. auch *Hinrichs/Schütze* DVJJ-J 1999, 29.

tionsvermögens und einer Fähigkeit zur „Schauspielerei“ (S. 88, 108) sowie ohne Erörterung der Situation im Haftvollzug – als feststehend ausgeführt, der Angeklagte habe bereits zahlreiche Erfahrungen gesammelt: „So berichtete er von mehr als 10 Sexualpartnerinnen“ (S. 120; vgl. zu „früheren Intimpartnerinnen“ als Zeuginnen Urteil S. 104). Auch hierin könnte ein Widerspruch liegen, denn wenn der Angeklagte M persönlichkeitsstrukturell auf Manipulation und Täuschung angelegt ist, durfte eine Bezugnahme auf dessen Angaben nicht zureichen, um eine Feststellung zu treffen. Im Übrigen wird schwerlich davon ausgegangen werden können, dass ein häufiger Wechsel von Sexualpartnerinnen ohne nähere zwischenmenschliche Beziehung zur Verneinung von „noch einem Jugendlichen Gleichstehen“ geeignet ist.

b) Hinsichtlich des mordqualifizierenden Merkmals „Habgier“ (§ 211 Abs. 2 StGB) ging das Urteil davon aus, im Vordergrund habe, „durch übersteigerten Eigennutz geleitet“ (S. 117), das Bestreben gestanden, das Vermögen der Familie zu erlangen (S. 87-93), zumal die Eltern wohlhabend waren (S. 87). Soweit sich das LG hierbei u. a. auf Aufzeichnungen des Angeklagten M über Pläne für die Zeit nach der Tatbegehung (Urteil S. 89 f.) stützte, ist dies deshalb allenfalls eingeschränkt tragfähig, da auch bei einem anderen Tatmotiv derartige Erwägungen nahe liegend wären. Anders könnte es sein, wenn der Angeklagte konkrete existentielle Pläne (z. B. unter Verlassen des bisherigen Wohnorts) gehabt hätte, die er mit dem ererbten Vermögen hätte verwirklichen wollen, aber daran fehlte es. Ohnehin könnten auch die hinterlassenen Notizen darauf schließen lassen, dass der Beschuldigte M in seinem Verhalten von Ausweglosigkeit beeinflusst war, denn aufgrund seiner Intelligenz hätte er ansonsten eine solche Spur – „Notizblock in seinem Zimmer“ (Urteil S. 89) – vermieden, wie ohnehin davon auszugehen ist, dass er die Entdeckung einkalkulierte.

Die Begründung im Urteil damit, dass andernfalls nicht zu erklären sei, warum auch die Mutter<sup>33</sup> und die beiden Schwestern getötet wurden, ist schon deshalb verkürzt, weil das Urteil sich zu in Betracht kommenden alternativen Erklärungen mit einem etwaigen den Taten tiefer zugrunde liegenden familiendynamischen Tatmotiv nicht näher verhalten hat. Bereits der Sachverständige hatte geäußert, es sei offen geblieben, warum auch die Mutter und die Schwestern getötet wurden (Gutachten S. 118). Zudem hätte eine etwaige Erwägung des Beschuldigten M des Inhalts nicht fern gelegen, dass nach Tötung (nur) des Vater ein positives Verhältnis zu der Mutter und den Schwestern ohnehin nicht mehr möglich gewesen, vielmehr deren Existenz eine permanente Anklage gewesen wäre, denn es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass Mutter wie Schwestern die Tötung des Vaters gebilligt hätten. Insofern erweist das Bemerkten im Urteil (S. 92), dass zumindest hinsichtlich der Mutter „außerhalb der Habgier kein Tötungsmotiv im Entferntesten sichtbar oder behauptet“ sei, eine verengte Perspektive. – Gänzlich unerörtert bleibt im Urteil, dass der Angeklagte M

<sup>33</sup> Sie hatte auch dem inzwischen volljährigen Angeklagten erst im Februar 2009 – wie zuvor den beiden Schwestern – Vollmacht über „ihr Schweizer Konto“ (S. 87) erteilt, allerdings als nur gemeinsam mit den Schwestern Zeichnungsberechtigter (Urteil S. 25).

nach dem Bericht des Sachverständigen diesem gegenüber geäußert habe, er sei nicht nur oder vorrangig deshalb zu Hause wohnen geblieben, weil er, wie im Urteil ausgeführt, einen gewissen Lebensstandard nicht aufgeben wollte, sondern auch, weil er sonst „Schuldgefühle gegenüber der Mutter“ gehabt hätte, die dann „alleine mit dem Vater zurückgeblieben wäre“, und außerdem aus der Sorge heraus, „vom Vater dann vollends verstoßen zu werden“ (Gutachten S. 115).

Soweit im Urteil „Habgier“ unter Hinweis darauf bejaht wird, der Angeklagte M täusche über dieses Tatmotiv, denn er sei in der Hauptverhandlung auf Fragen des Gerichts nach konkreten Beeinträchtigungen durch den Vater eher ausgewichen und habe „nur mit Mühe überhaupt zu einer Beantwortung veranlasst“ werden können (S. 48 f.), wobei die Antworten dann aber „blass und unspezifisch“ (S. 107) geblieben seien, hätte hier eine Interpretation i. S. des zugrunde liegenden, post mortem anhaltenden Konflikts mit dem Vater und der Herkunftsfamilie insgesamt nahe gelegen. Nach allgemeiner Erfahrung sind gerade bei besonderen Aggressionstaten auf dem Hintergrund eines Vater-Sohn-Konflikts (etwa im Rahmen besonders starker Bindungen<sup>34</sup>) verborgen bleibende Umstände schwerlich auszuschließen. – Als eher einseitig könnte auch die – möglicherweise das Rechts auf effektive Verteidigung tangierende – Anlastung einer (weder im Wortlaut noch hinsichtlich des Zusammenhangs, in dem sie gefallen sei, wiedergegebenen) Aussage<sup>35</sup> des Angeklagten in der Hauptverhandlung erscheinen,<sup>36</sup> soweit diese Anzeichen eines gefestigten Charakterzuges, nicht aber sittlicher Unreife im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG sei.

Gänzlich ausgelassen hat die Jugendkammer (auch) hier, dass der zuvor niemals in Freiheitsentziehung gewesene Angeklagte während der 19 Hauptverhandlungstermine möglicherweise unter bestimmten psychischen Einwirkungen der mehrmonatigen U-Haft stand, mit hoher Wahrscheinlichkeit aber unter Einwirkungen der Last des Bemühens um Tatverarbeitung und Verarbeitung der Beziehung zum Vater. Dieses Defizit im Urteil ist umso gravierender, als Tötungsdelikte, begangen von Jugendlichen oder Heranwachsenden an einem Elternteil, regelmäßig psychisch kaum zu verarbeiten sind, worüber hinweg täuschen könnte, dass es nach außen gewendet nicht selten zu als teilnahmslos wirkenden Rechtfertigungsversuchen kommt, die indes (vor allem) dem Schutz vor psychischer Überwältigung durch Schuldgefühle und schwere depressive Affekte dienen. Sobald der Täter erkennt, dass der Grundkonflikt mit dem getöteten

<sup>34</sup> Vgl. auch BGH ZJJ 2007, 416 = HRRS 2007 Nr. 1013.

<sup>35</sup> Vgl. Urteil S. 21: „Tierischem, aber auch menschlichem Leben kommt nach seiner auch in der Hauptverhandlung geäußerten Weltsicht nur ein Wert zu, solange es den eigenen persönlichen Interessen dienlich ist“, sowie S. 92: an oberster Stufe stehe „allein er selbst“, danach komme „lange gar nichts“. Interpretierend heißt es dann im Urteil (S. 22): „Dieses Weltbild, in dem nur Bestand hat, was einem persönlich von Nutzen ist, in dem nur das eigene Ich zählt, dem alles andere unterzuordnen sei“, und „außerhalb einer solchen Wertschätzung sei emotionale Zuneigung falsch“.

<sup>36</sup> In Betracht käme ggfs. eine Reflektion über eine Erklärung z. B. im Sinne des Sozialdarwinismus, wie er bei adoleszierenden Gymnasiasten nicht selten erörtert wird.



Elternteil durch dessen Tötung nicht gelöst und auch nicht (auf)lösbar ist, die Tat also sinnlos gewesen und – im vorliegenden Fall, nachdem die Nebenrealität weggefallen ist – ohnehin durch nichts zu rechtfertigen ist, bleibt zunächst sozusagen zur psychischen Selbstbewahrung nur der Ausweg einer Verfestigung. – Auch im Übrigen enthält das Urteil keine Erwägungen zu Entstehungszusammenhängen von Aussagen während der Hauptverhandlung im Jugendstrafverfahren, obgleich schon für das allgemeine Strafverfahren der Gerichtssaal als „der ungeeignetste Ort gilt, in das geistig-seelische Leben eines Menschen einzudringen“<sup>37</sup>. Im Jugendstrafverfahren sind die erforderlichen Voraussetzungen einer Kommunikation im Hinblick auf alters- und sozialstrukturell unterschiedliche Gegebenheiten zwischen Jugendgericht und Angeklagtem in der überwiegenden Zahl der Fälle nur eingeschränkt zu erwarten, vielmehr wird aus richterlicher Sicht von „Ritualen“ und „Verunsicherung des Angeklagten“ berichtet,<sup>38</sup> dessen Ausdrucksweise und -verhalten häufig Anlass zu Fehlinterpretationen ist. Eine (zusätzliche) Verunsicherung könnte im vorliegenden Fall dadurch verursacht worden sein, dass dem Angeklagten M bekannt war, wie der Sachverständige seine Angaben gewürdigt und wie er den gesamten Geschehensablauf dargestellt hat (vgl. dazu oben 1.).

c) Die Ablehnung der Möglichkeit, gemäß § 106 Abs. 1 JGG statt einer verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine zeitige Freiheitsstrafe zu verhängen,<sup>39</sup> steht im Gegensatz zu der allgemeinen Auffassung in der Fachliteratur, dass die Vorschrift in der Regel genutzt werden soll, um die Möglichkeit der (Wieder-)Eingliederung in Freiheit offen zu halten.<sup>40</sup> Dem entsprechend darf die Norm nur dann nicht angewandt werden, wenn – was rechtstatsächlich kaum einmal begründbar ist,<sup>41</sup> und dementsprechend lauten die Zahlen der einschlägigen Bundesstatistik über Jahrzehnte hinweg meist „Null“ – eine zukünftige Legalbewährung als nahezu ausgeschlossen erscheint.<sup>42</sup> Dabei sollen die etwa noch vorhandene Entwicklungsfähigkeit des Angeklagten und seine mögli-

che (Wieder-)Eingliederung in die Gesellschaft gegen Sicherungs- und Vergeltungsbelange der Allgemeinheit abgewogen werden. Allerdings erfordert es der Zweck der Vorschrift auch gemäß dem Erziehungsauftrag (§ 2 Abs. 1 JGG), die Belange der (Wieder-)Eingliederung in den Vordergrund zu rücken.<sup>43</sup> – Die Kammer stützt sich bei ihrem Absehen von der gesetzlichen Möglichkeit vor allem auf den Eindruck während der 19-tägigen Hauptverhandlung, wonach der Angeklagte „in hohem Maße manipulative Fähigkeiten hat, diese Fähigkeiten häufig und tief eingeschliffen einsetzt“, und eine Beeinflussbarkeit durch Therapie insoweit unwahrscheinlich sei, als davon auszugehen sei, dass er diese Fähigkeit auch im Rahmen von therapeutischen Bemühungen einsetze (S. 122). Die Möglichkeit einer späteren Wiedereingliederung in die Gesellschaft stelle sich als „bloße Vermutung“ (S. 123) dar. Demgegenüber ist schon zweifelhaft, ob das Verhalten des Angeklagten, soweit es die Verteidigung betraf, zu seinen Lasten gewertet werden durfte. Nicht minder einwandbehaftet ist, dass das LG ohne tragfähige sachverständige Beratung diese schwerwiegende, rechtstatsächlich eine gleichsam totale Ausnahme darstellende Entscheidung getroffen hat. Denn eine derart langfristige Negativprognose aufgrund von bloßen Eindrücken ist beweisrechtlich nicht vertretbar. Endlich wird gerade in diesem Zusammenhang die Fragwürdigkeit des Zustandekommens (vgl. näher oben 2.) und der Validität dieser Eindrücke deutlich.

Auf ca. 1 1/4 Seiten (S. 125 f.) begründet das Urteil die Anordnung vorbehaltener Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 3 S. 1 StGB, § 106 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 JGG, wozu es einer Vorverurteilung oder einer erheblichen Vortat nicht bedarf.<sup>44</sup> Das hohe Maß an Empathielosigkeit (näher dazu Urteil S. 62 ff.), verbunden mit der Fähigkeit zu Manipulation, und die aus der Tatvorbereitung und den Taten sprechende Kaltblütigkeit stellten einen „eingeschliffenen inneren Zustand“ (S. 125) dar, der die Begehung weiterer schwerer Straftaten wahrscheinlich mache. Wie die Kammer nach dem psychiatrischen Gutachten „weiß“, besteht diese Gefahr wegen einer nur „vagen Hoffnung“ therapeutischer Beeinflussbarkeit „bei unveränderter Persönlichkeitsstruktur“ fort, wozu wiederholt der Begriff „Persönlichkeitsstruktur“ und die Wertung „eigensüchtig“ eingestellt sind (S. 126). Wie bereits dargelegt (vgl. oben II. 1. b) und c), 2. b), bestehen gegenüber diesen Zuschreibungen grundlegende methodische und beweisrechtliche Einwände, denen zufolge es eher nahe liegend ist, dass mit der Überwindung des existentiellen Bestandteils des Konflikts des Angeklagten M mit Vater und Familienangehörigen die Gefahr einer „Rückfälligkeit“ nicht zu erkennen ist. Zumindest aber hätte die Kammer, unbeschadet ihrer Überzeugung von der Richtigkeit dieser Zuschreibungen, einen mit Abläufen therapeutischer Beeinflussbarkeit i. S. zukünftiger Legalbewährung vertrauten Sachverständigen hinzuziehen müssen (vgl. oben I. 1. b), da insoweit prognostische

<sup>37</sup> Peters Strafprozess, 4. Aufl. (1985), S. 405.

<sup>38</sup> Vgl. Herz Recht persönlich (2006), S. 13, 17 f.

<sup>39</sup> Vgl. BGHSt 52, 316 = NJW 2008, 3297 = HRRS 2008 Nr. 837 (mit Anm. Verf. sowie Bspr. ders. ZJJ 2008, 383) betr. zur Tatzeit 19-jährigen Inhaftierten, indes in Einschränkung des Sinngehalts der Vorschrift – insoweit zutreffend in demselben Verfahren LG Bonn vom 8. 5. 2009 (22 KLs 38/08) Rn. 147 ff., 158, iuris.

<sup>40</sup> Vgl. nur Brunner/Dölling (Fn. 24), Rn. 1 zu § 106: „sollte sehr großzügig Gebrauch gemacht werden“; Diemer/Schatz/Sonnen-Sonnen, JGG, 5. Aufl. (2011), Rn. 3 zu § 106: „fast schon als Muss“; Ostendorf-Goerdeler, JGG, 8. Aufl. (2009) Rn. 1 zu § 106: „tendenziell im Sinne einer Anwendung“; einschränkend MRTW-Rössner JGG (2011), Rn. 5 zu § 106; anders MüKo-StGB/Altenhain, Bd. 4, Rn. 6–8 zu § 106, wonach z. B. besondere Schwere der Schuld (§ 57 a Abs. 1 Nr. 2 StGB) entgegenstehe.

<sup>41</sup> Vgl. Böhm/Feuerhelm, JStR. 6. Aufl. (2004), § 7, 5. b: „lebenslange Freiheitsstrafe darf ... eigentlich nicht verhängt werden“.

<sup>42</sup> Verfehlt wäre es demgegenüber, darauf abzustellen, ob „die Reifeentwicklung zur Tatzeit“ als „bereits abgeschlossen“ beurteilt wird (so auch BGH StraFo 2009, 124 = HRRS 2009 Nr. 204 – ohne indes aufzuheben; von BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, ZJJ 2009, 260 sodann nicht zur Entscheidung angenommen).

<sup>43</sup> Vgl. BGHSt 31, 189 mit zust. Anm. Brunner NStZ 1983, 218 sowie zust. Anm. Verf. JZ 1983, 507 (509); vgl. auch BGHR JGG § 106 Abs. 1, Strafmilderung 1=StV 1989, 306, wonach bei einem bisher nicht in Straftat gewesenem Angeklagten die „Chancen einer Besserung auf Grund des Strafvollzuges“ zu prüfen sind.

<sup>44</sup> Vgl. auch BGH NStZ 2008, 696 f. = HRRS 2008 Nr. 837.

Beurteilungen im Hinblick auf die Wirksamkeit von Maßnahmen während des (Jugend-)Strafvollzugs erforderlich sind und es sich nicht um die Beurteilung pathologischer Zusammenhänge handelt.<sup>45</sup>

### III. Angreifbarkeit der (jugend-)strafjustitiellen Entscheidungen

#### 1. Auswahl eines nicht geeigneten Sachverständigen

a) Wegen der Tragweite der für die Pflicht zur Wahrheitsermittlung ausweislich der Fülle an Ungeklärtheiten eher als dysfunktional zu beurteilenden Auswahl des Sachverständigen im konkreten Verfahren stellt sich die Frage nach der Angreifbarkeit der Auswahl wegen Nicht-Geeignetheit. Der konkreten Auswahl des Sachverständigen kommt weithin eine wesentliche, mitunter gar substantiell „vorentscheidende“ Bedeutung zu. Dies beruht vor allem auf unterschiedlichen Perspektiven von Sachverständigen bei der Interpretation von Befunden, nicht minder aber schon bei der – ggfs. das Ergebnis beeinflussenden oder gar bestimmenden – Auswahl aus der Vielzahl von (nicht von vornherein ungeeigneten) Erhebungsmethoden. Im Übrigen sind Eigeninteressen des Sachverständigen dann anzunehmen, wenn angestrebt wird, das Gutachten durch methodische Unkorrektheit bzw. Einseitigkeit mit bestimmten Erwartungen etwa hinsichtlich der Bestätigung einer bereits bestehenden Meinung, oder Sichtweisen solcher Personen in Einklang zu bringen, die über die auch zukünftige Heranziehung als Sachverständiger zu befinden haben oder die bei der Frage nach der weiteren beruflichen Entwicklung des Sachverständigen nicht ohne Einfluss sind.

b) Nach hier vertretener Auffassung empfiehlt es sich, ggfs. mittelbar auch zwecks Förderung des Meinungsaustauschs vor Heranziehung, einheitlich eine Überprüfung durch Beschwerde einzuräumen,<sup>46</sup> soweit das Gesetz dem nicht entgegen steht bzw. Beweismittelverlust droht. Demgegenüber deckt der schmale Bereich von Ablehnungen wegen Befangenheit die Überprüfungsbedürftigkeit, die sich auch auf Anhaltspunkte für erhebliche Mängel in bisherigen Gutachten zu erstrecken hat,<sup>47</sup> nicht ab.

<sup>45</sup> Es geht hier um Erkenntnisse der Psychologie, der Kriminologie und ggfs. auch der Kriminalsoziologie (vgl. dazu AG Winsen NStE Nr 1 zu § 43e) zu Reifungs- und Entwicklungsabläufen bei (Jugendlichen bzw.) Heranwachsenden und zusätzlich zu Verläufen von Delinquenz, und zwar jeweils in Zusammenhang mit bestimmten Interventionen (vgl. auch schon *Schmitz* RdJ 1974, 163, 166).

<sup>46</sup> Die im Übrigen bestehende Möglichkeit von Gegenvorstellungen erlaubt in der Regel keinen hinreichenden Schutz.

<sup>47</sup> Vgl. exemplarisch dazu BGH NStZ-RR 2008, 104 = HRRS 2008 Nr. 129; RuP 2008, 53; OLG Karlsruhe vom 29. 7. 2010 (3 Ws 225/10) betr. LG Mannheim vom 1. 7. 2010 (5 KLS 404 Js 3608/10), mit Bspr. Verf. JZ 2011, 676 f., 680 f.; ders. betr. Auswahl durch die StA bei dem LG Frankfurt/O NStZ 2004, 240 ff., durch die StA bei dem LG Wuppertal JR 2004, 358 ff., durch die StA bei dem LG Frankfurt/M StV 2005, 345, durch die StA bei dem LG Berlin (nach BGH NStZ 2007, 522 = HRRS 2007 Nr. 453) NStZ 2008, 94

Hiernach ist gegen die zulässige (anders in Fällen gemäß § 81 f Abs. 1 S. 2 StPO) Auswahl eines Sachverständigen (oder die Bestimmung der Anzahl von Sachverständigen) durch die StA (bzw. die Polizei) entgegen der hM<sup>48</sup> Beschwerde zulässig; dies gilt ohnehin bei Ablehnung wegen Befangenheit.

Auch gegen die Auswahl eines Sachverständigen (oder die Bestimmung der Anzahl von Sachverständigen) durch das Gericht ist entgegen der (derzeit) hM<sup>49</sup> die Beschwerde zulässig.<sup>50</sup> Jedoch gilt dies nicht für die Anordnung nach § 202 S 1 StPO<sup>51</sup> und auch nicht für die Entscheidung nach § 305 S 1 StPO.<sup>52</sup>

#### 2. Revision

Wegen mangelnder Eignung des Sachverständigen kann durch die Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) mit der Revision dann vorgegangen werden, wenn das Urteil einschlägige Mängel erkennen lässt (vgl. ebenso SK-Rogall Rn. 63 zu § 73). Entsprechendes gilt für die Sachrüge, wenn auf Eignungsmängeln des Sachverständigen solche Ausführungen beruhen, die gegen Denkgesetze oder (z. B. auch wissenschaftliche) Erfahrungssätze verstoßen<sup>53</sup> bzw. wenn ein Antrag gemäß § 244 Abs. 4 StPO fehlerhaft abgelehnt wurde.<sup>54</sup>

#### 3. Wiederaufnahme des Verfahrens

a) Der Begriff Tatsachen im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO wird nach allgemeiner Auffassung im Einklang mit dem materiellen Strafrecht definiert als dem Beweis zugängliche vergangene oder gegenwärtige Vorgänge oder Zu-

und durch die StA bei dem LG Bonn JZ 2010, 474 ff. sowie Anm. *Hoffmann/Wendler* NJW 2010, 1216.

<sup>48</sup> Vgl. nur OLG Schleswig StV 2000, 543 mit abl. Anm *Wagner*.

<sup>49</sup> Vgl. OLG Hamm MDR 1994, 83; *KMR-Neubeck* (Aktualisierung) Rn. 18, *KK-Senge*, 6. Aufl., Rn. 9, *AK-Lemke*, 4. Aufl., Rn. 12, *LR-Krause*, 26. Aufl., Rn. 36, alle zu § 73.

<sup>50</sup> Ebenso *Radtke/Hohmann-Beukelmann* Kommentar zur StPO (2011), Rn. 18 zu § 73 sowie noch *LR-Dahs*, 24. Aufl., Rn. 27, *Kleinknecht/Meyer*, 37. Aufl., Rn. 18, beide zu § 73.

<sup>51</sup> Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1991, 788; OLG Hamm MDR 1994, 83.

<sup>52</sup> Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1986, 256; OLG Hamm MDR 1970, 863.

<sup>53</sup> *LR-Krause*, 26. Aufl., Rn. 37, *KK-Senge*, 6. Aufl., Rn. 9, jeweils zu § 73; einschränkend aber BGH vom 12. 3. 1998 (-4 StR 633/97-).

<sup>54</sup> Der Beschluss bestätigt die bereits von *Dallinger/Lackner* (Fn. 24) § 33 Rn. 5) geäußerten Bedenken dazu, dass das Revisionsgericht, da es sich um kein Jugendgericht handelt, das JGG als vorrangiges Spezialgesetz weniger anwendet (vgl. exemplarisch etwa auch Beschluss vom 20. 9. 2011 [1 StR 326/11], iuris [betr. Urteil LG München vom 6. 9. 2010 – J KLs 122 Js 11947/09 – ] = HRRS 2011 Nr. 1137 mit abl. Bspr. [unter Einbeziehung des tatgerichtlichen Urteils] Verf. ZKJ 2012, 54 ff. einerseits, BGH vom 19. 10. 2011 [1 StR 273/11], iuris = HRRS 2011 Nr. 1166 [betr. Urteil LG Tübingen vom 16. 12. 2010 – 3 KLS 46 Js 3954/10 Jug – ], mit abl. Bspr. Verf. HRRS 2012, 23 ff. sowie ders. JA 2013 H 1 (jeweils unter Einbeziehung des tatgerichtlichen Urteils) andererseits. – Vgl. zu Fragen "offensichtlicher Ungesetzlichkeit" der Revisionsverwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO etwa *Rosenau* ZIS 2012, 195 ff.

stände. Im vorliegenden Verfahren kommen insoweit zwei Tatsachen in Betracht. Die eine dieser Tatsachen ist die Beschaffenheit des damaligen Verhältnisses zwischen den beiden Verurteilten als Grundlage der Tatdynamik. Die andere besteht darin, dass die vom Tatgericht angelegten Äußerungen des Verurteilten in der Hauptverhandlung über sein Wertesystem als scheinbare Verfestigung dem Schutz vor psychischer Überwältigung durch Schuldgefühle und schwere depressive Affekte geschuldet waren, nachdem er erkannt hat, dass der Konflikt mit dem Vater durch die Tötungen nicht gelöst worden ist.

Eine Tatsache ist neu, wenn sie von dem Tatgericht nicht oder nur in geringerem Gewicht, als es dem Wiederaufnahmeverbringen entspricht, berücksichtigt wurde.<sup>55</sup> Diese Voraussetzung wäre im vorliegenden Verfahren hinsichtlich beider vorgenannter Tatsachen wohl erfüllt, da sie weder in der Hauptverhandlung noch im Urteil auch nur annähernd in der genannten Bedeutung erörtert wurden.<sup>56</sup> Insbesondere fehlt es an der Neuheit der Tatsache nicht deshalb, weil sie das unmittelbare Gegenteil von ausdrücklich in sachlich geeigneter Weise festgestellten – und also vom Tatgericht berücksichtigten – Tatsachen wäre,<sup>57</sup> denn die Jugendkammer hat sich mit Tragweite und Bedeutung der in Rede stehenden Tatsachen nicht sachkundig befasst.

Beweismittel sind vorrangig die förmlichen der StPO, also auch ein Sachverständiger, wozu im vorliegenden Verfahren ein speziell für die Altersgruppe Jugendlicher und Heranwachsender ausgebildeter Vertreter der Psychiatrie oder der (Entwicklungs-)Psychologie, ggfs. auch der Sozialpsychologie oder der Kriminologie, in Betracht kommt. Wie das vorläufige schriftliche Gutachten des Sachverständigen und verschiedene im Urteil dargestellte Äußerungen dessen ergeben (vgl. dazu oben I. und II.), war die Sachkunde dieses Sachverständigen unzureichend. Es handelt sich daher nicht lediglich darum, dass ein neuer Sachverständiger auf Grund der gleichen Anknüpfungstatsachen zu einer anderen Schlussfolgerung gelangt, vielmehr vermögen die vorgenannten neuen Tatsachen dem Gutachten die Beurteilungsgrundlage zu entziehen, so dass unschädlich ist, wenn auch andere Schlussfolgerungen aus den bereits im Erkenntnisverfahren bekannten Tatsachen gezogen werden.<sup>58</sup> Diejenige Judikatur, derzufolge ein Sachverständiger eines anderen Fachgebietes in Fällen des Sich-Überschneidens der Kompetenzen für die Beweisfrage nicht als anderer Sach-

verständiger i. S. d. § 2 Abs. 2 JGG, § 244 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 StPO gilt, sondern als „weiterer“,<sup>59</sup> steht nicht entgegen, denn sie hat zur Voraussetzung, dass das Gericht „bei der Auswahl frei“<sup>60</sup> ist, was gemäß § 43 Abs. 2 S. 2 JGG nicht der Fall ist.<sup>61</sup> – In diesem Zusammenhang wird bezogen auf den vorliegenden Fall auch zu berücksichtigen sein, dass der Sachverständige die Beantwortung zentraler Fragen offen hielt, den Entwicklungsstand im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG tatbezogen erörterte und mögliche Fehlerquellen nicht (oder allenfalls in methodisch nicht geeigneter Weise) ausgeschlossen hat (vgl. dazu oben I, II.).

b) Zum anderen müssen die Beweismittel bezogen auf den Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5 StPO geeignet sein, welche Voraussetzung zunächst in abstrakter Art (sogen. Erheblichkeitsprüfung) und sodann konkret geprüft wird.

Unterstellt die neuen Tatsachen sind wahr bzw. das neue Beweismittel führt zum angestrebten Beweiserfolg, so wäre im vorliegenden Fall, zumindest im Sinne des Systems unmittelbarer und mittelbarer Erheblichkeit bzw. von Haupttatsachen und Hilfstatsachen<sup>62</sup> und unter Berücksichtigung des inneren Zusammenhangs, in dem die einzelnen Tatsachen zueinander stehen, Erheblichkeit zu bejahen. Die gilt für die Anwendung materiellen Jugendstrafrechts (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) ebenso wie für das mordqualifizierende Merkmal "Heimtücke" bzw. für die Bejahung von Schwere der Schuld, das Absehen von der Möglichkeit gemäß § 106 Abs. 1 JGG und den Vorbehalt der Anordnung von Sicherungsverwahrung (§ 106 Abs. 5 JGG).

Die Prüfung der Geeignetheit bestimmt sich zunächst nach dem Inhalt des § 244 Abs. 3-5 StPO, da diese Vorschriften (in gleicher Weise wie für das vorausgegangene Verfahren) auch für das angestrebte Erkenntnisverfahren verbindlich sind.<sup>63</sup> Betreffend § 244 Abs. 4 StPO wird Geeignetheit zu bejahen sein bei Vorbringen in der Zwischenzeit erweiterter wissenschaftlicher Erkenntnisse,<sup>64</sup> wozu im vorliegenden Fall etwa die Darlegungen von

<sup>55</sup> BVerfG StV 2003, 225.

<sup>56</sup> Wenngleich sich die Berücksichtigung in der Regel aus schriftlichen Unterlagen ergeben wird, kann im Einzelfall, auch ohne dass es dergestalt ersichtlich wäre, eine Berücksichtigung stattgefunden haben – ein etwaiger Verstoß gegen § 261 StPO sei insoweit ohne Bedeutung (vgl. OLG Hamm GA 1957, 90; LR-Gössel, 26. Aufl., Rn. 94 zu § 359) – bzw. sich, ohne ausdrücklich erwähnt zu sein, aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergeben.

<sup>57</sup> BGH NStZ 2000, 218; OLG Karlsruhe NJW 1958, 1247; a. A. OLG Frankfurt NJW 1978, 841. Anders verhält es sich bei einer solchen Tatsache, die erst gemäß einer aus ihr hergeleiteten Schlussfolgerung zum Gegenteil der festgestellten Tatsache wird (vgl. zu Beisp. Peters Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. 3, 1974 S. 79; LR-Gössel, 26. Aufl., Rn. 101 f zu § 359).

<sup>58</sup> OLG Frankfurt StraFo 2006, 114 mit Anm. Wolf.

<sup>59</sup> Vgl. BGHSt 34, 355 mit insoweit zust. Anm. K. Meyer NStZ 1988, 85=JZ 1987, 164, wonach es solchenfalls auf die spezielle Ausbildung nicht ankomme; ebenso betr. Blutspuren BGHSt 39, 53=JR 1993, 335 mit Anm. Graul sowie Anm. Herzog StV 1993, 343; eher anders schon RG JW 1931, 949 mit Anm. Beling; LR-Becker, 26. Aufl., Rn. 325 nebst Fn. 1644 zu § 244). Nach hier vertretener Auffassung hingegen liegt im Verhältnis von Jugend- und Heranwachsendenpsychiatrie aus inhaltlichen Gründen keine Überschneidung vor, weil z. B. Fragen nach der Entwicklungsreife (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) nicht der Kompetenz der allgemeinen Psychiatrie unterliegen.

<sup>60</sup> BGHSt 34, 355 Rn. 4.

<sup>61</sup> Verkürzt BGH StPO § 244 Abs. 4 S. 2, Zweitgutachter 4, Rn. 5, das diese Soll-Vorschrift unerwähnt lässt.

<sup>62</sup> Vgl. Peters (Fn. 57), S. 57; LR-Gössel, 26. Aufl., Rn. 166 zu § 359; Marxen/Tiemann Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl. (2006), 202.

<sup>63</sup> Ob deren Zugrundelegung zudem von der Stellung eines Beweisantrags abhängig ist, ist umstritten (bej. Peters [Fn. 57], S. 136; AK-StPO/Loos Rn. 23 ff. zu § 368; vern. SK-StPO/Frister/Deiters Rn. 60 zu § 359).

<sup>64</sup> Vgl. OLG Hamm StraFo 2002, 168.

Lempp<sup>65</sup> und auch anschließend erlangte Erkenntnisse zu der in Rede stehenden Erscheinungsform in Betracht kommen. Desgleichen wird Geeignetheit bei ausschließ-

lich in der besonderen Ausbildung und dem entsprechenden Erfahrungswissen begründeter spezieller Sachkunde eines anderen Sachverständigen zu bejahen sein.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Vgl. Fußn. 21.

<sup>66</sup> Auf die Streitfrage, ob schon größere Sachkunde zureicht (bej. *Peters* [Fn. 37], S. 675; *Marxen/Tiemann* [Fn.62], S. 236; vern. OLG Hamburg JR 2000, 380 Rn. 37 mit Anm. *Gössel*; insoweit auch *Meyer-Goßner* 55. Aufl. [2012] Rn. 35, *KK-Schmidt*, 6. Aufl. Rn. 26, beide zu § 359), käme es daher nicht an.

## Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Rechtsprechung

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### **781. EGMR Nr. 30457/06 (1. Kammer) – Urteil vom 3. Juli 2012 (Robathin v. Österreich)**

Recht auf Achtung der Korrespondenz (Kommunikation) insbesondere bei Anwaltskanzleien (Schutz der Vertraulichkeit von Mandantendaten: Begründung der Reichweite einer Durchsuchung beim Rückgriff auf alle elektronische Daten eines Rechtsanwalts; Verhältnismäßigkeit;

tragfähiger Verdacht: Beurteilungszeitpunkt; prozedurale Schutzinstrumente; Achtung der Wohnung).

Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 GG; Art. 12 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

### **782. BGH 4 StR 284/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (AG Bocholt)**

Rechtsfehlerhafte Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzuges (Zwei-Drittel-Zeitpunkt).

§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

**783. BGH 4 StR 311/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Bochum)**

Begriff des Hanges und des symptomatischen Zusammenhangs bei Cannabisabhängigkeit (Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 64 StGB

**784. BGH 4 StR 603/11 – Beschluss vom 18. Juli 2012 (OLG Celle)**

BGHSt; Verwerfung des Einspruchs des nach Anordnung des persönlichen Erscheinens unentschuldig ausgebliebenen Betroffenen (Teilaufhebung im Rechtsfolgenauspruch; Teilrechtskraft; Recht auf ein faires Verfahren; Recht auf Verteidigerbeistand; vermeintliche Abladung des Verteidigers; Anwesenheitspflicht des Betroffenen); reformatio in peius (Schuldanspruchberichtigung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 74 Abs. 2 OWiG; § 329 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 73 OWiG; § 358 Abs. 2 StPO

**785. BGH 1 StR 328/12 – Beschluss vom 8. August 2012 (LG München I)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**786. BGH 1 StR 154/12 – Beschluss vom 11. September 2012 (LG Ulm)**

Erfolgsort im Sinne des § 9 StPO (Zwischenerfolge des Betruges: Irrtum und Verfügung).

§ 9 StPO; § 263 StGB

**787. BGH 1 StR 210/12 – Beschluss vom 27. Juli 2012 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**788. BGH 1 StR 218/12 – Beschluss vom 27. Juli 2012 (LG Tübingen)**

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation durch bloße Feststellung; Recht auf Beschwerde).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 199 GVG

**789. BGH 1 StR 257/12 – Urteil vom 21. August 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Strafzumessung bei der Umsatzsteuerhinterziehung (besonders schwerer Fall: Erörterungsmangel hinsichtlich des groben Eigennutzes; Steuerverkürzung großen Ausmaßes als unbenannter besonders schwerer Fall); unberechtigt ausgewiesene Umsatzsteuer (Bedeutung für die Strafzumessung; kein Formalverstoß; Vorsteuererstattung und Mitverschulden der Finanzbehörden).

§ 370 AO aF; § 370 AO; § 46 StGB; § 15 UStG; § 14 Abs. 2 UStG aF; § 14c UStG

**790. BGH 1 StR 296/12 – Beschluss vom 8. August 2012 (LG Duisburg)**

Wirksame Anklageschrift und wirksamer Eröffnungsbeschluss (Berechnungsdarstellung bei Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung; Schätzung: Bedeutung für die Individualisierung,

die Umgrenzungsfunktion und die Informationsfunktion); Nominalbetrag der Steuerverkürzung bei Lohnsteuerhinterziehung.

§ 266a StGB; § 200 StPO; § 370 AO; § 371 AO

**791. BGH 1 StR 302/12 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (LG Ulm)**

Anforderungen an die Zulässigkeit der Aufklärungsrüge (bestimmte Beweisbehauptung; Angabe von Aktenstellen der Beweismittel).

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

**792. BGH 1 StR 98/12 – Urteil vom 7. August 2012 (LG Nürnberg-Fürth)**

Unbegründeter Antrag auf nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsachen; Vorbehaltsverfahren: unterbliebene Entscheidung).

§ 66b Abs. 1 und 2 StGB; § 66a StGB; § 2 Abs. 6 StGB; Art. 316e Abs. 1 EGStGB

**793. BGH 1 StR 311/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Mannheim)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**794. BGH 1 StR 343/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Kempten)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Aussetzung zur Bewährung (besondere Umstände; Kriminalprognose).

§ 56 StGB; § 337 StPO

**795. BGH 1 StR 346/12 – Beschluss vom 23. August 2012 (LG Rottweil)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen des Hinzutretens eines weiteren Verteidigers.

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 44 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**796. BGH 1 StR 402/12 – Beschluss vom 5. September 2012 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**797. BGH 2 StR 16/12 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (BGH)**

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**798. BGH 2 StR 60/12 – Beschluss vom 11. Juli 2012 (LG Köln)**

Gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug; Tatvorsatz); Körperverletzung (rein psychische Beeinträchtigung; Hervorrufen von Angst).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**799. BGH 2 ARs 71/12 (2 AR 99/12) – Beschluss vom 14. Juni 2012 (OLG Bamberg)**

Voraussetzungen einer Zuständigkeitsübertragung nach § 15 StPO.

§ 15 StPO

**800. BGH 3 StR 447/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Erbringen von Finanzdienstleistungen (Organisationsdelikt; Anlagevermittlung; Finanzportfolioverwaltung; Finanzkommissionsgeschäft); Untreue; Betrug (Vermittlung von Kapitalanlageprodukten; Täuschung über „Sicherheit“ der angelegten Gelder; Berechnung des Vermögensschadens; Gewerbsmäßigkeit).

§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG; § 1 KWG; § 1a KWG; § 263 StGB; § 266 StGB

**801. BGH 2 StR 82/12 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (LG Mühlhausen)**

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer mangelnden Schuldfähigkeit (Erörterungsmangel; Beziehungstat; Affekt; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**802. BGH 2 StR 111/12 – Urteil vom 25. Juli 2012 (LG Erfurt)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei einem Bandido (einschränkende verfassungskonforme Auslegung; schwere Gewalt- und Sexualkriminalität; Unerlässlichkeit; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; lebenslange Freiheitsstrafe; formelle Voraussetzungen).

§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; Art. 5 EMRK

**803. BGH 2 StR 111/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Erfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**804. BGH 2 StR 112/12 – Beschluss vom 13. Juni 2012 (LG Gera)**

BGHSt; Zulässigkeit der Verfahrensrüge bei der Rüge der Verletzung des Verwertungsverbots hinsichtlich der Aussagen zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen (Negativtatsache des Verzichts nach qualifizierter Belehrung als wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens; Verlesung der früheren Aussage des Zeugen; Widerspruch; Einverständniserklärung der Prozessbeteiligten; Darlegungsanforderungen).

§ 52 StPO; § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO; § 252 StPO; § 273 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

**805. BGH 2 StR 132/12 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**806. BGH 2 StR 135/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**807. BGH 2 StR 138/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Aachen)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (Verwendung einer Waffe: Beschaffenheit einer geladenen Schreckschusswaffe).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

**808. BGH 2 StR 138/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Aachen)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (Verwendung einer Waffe: Beschaffenheit einer geladenen Schreckschusswaffe).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterfällt eine geladene Schreckschusspistole nur dann dem Waffenbegriff des § 250 StGB, wenn feststeht, dass beim Abfeuern der Waffe der Explosionsdruck nach vorne aus dem Lauf austritt und deshalb die Waffe nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (BGHSt 48, 197, 201 f.). Hierzu hat der Tatrichter grundsätzlich besondere Feststellungen zu treffen, denn der Austritt des Explosionsdrucks nach vorne mag zwar üblich sein, kann aber nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden (BGH NStZ 2010, 390).

**809. BGH 2 ARs 150/12 (2 AR 126/12) – Beschluss vom 14. Juni 2012 (AG Mosbach)**

Übertragung der Zuständigkeit.

§ 42 Abs. 3 Satz 2 JGG

**810. BGH 2 StR 629/11 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Aachen)**

Erfolgreiche Anhörungsrüge (Verletzung des rechtlichen Gehörs durch mangelnde Prüfung eines Befangenheitsantrages im Zuge des Besetzungstreits am BGH; Rechtzeitigkeit des Ablehnungsgesuchs in der Revision).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2, Abs. 4 StPO

**811. BGH 4 StR 157/12 – Beschluss vom 21. August 2012 (LG Halle)**

Einstellung in der Hauptverhandlung bei mangelndem Strafantrag.

§ 260 Abs. 3 StPO

**812. BGH 4 StR 186/12 – Beschluss vom 1. August 2012 (LG Bochum)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsur).

§ 55 StGB

**813. BGH 4 StR 226/12 – Beschluss vom 1. August 2012 (LG Arnsberg)**

Gewerbsmäßiges und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (Vollendung durch Einreise).

§ 97 Abs. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 1a und Abs. 4 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 13 Abs. 2 AufenthG

**814. BGH 4 StR 238/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Augsburg)**

Unzulässige Revision bei Beschränkung ihres Umfangs auf die Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Wiedereinsetzung; Hindernis, Verhinderung).

§ 341 Abs. 1 StPO; § 64 StGB; § 44 StPO

**815. BGH 4 StR 252/12 – Beschluss vom 23. August 2012**

Verfahrenseinstellung wegen des Todes des Angeklagten.

§ 206a StPO

**816. BGH 4 StR 267/12 – Beschluss vom 1. August 2012 (LG Dortmund)**

Gewährung des letzten Wortes (Ausschluss des Beruhens; Beschränkung der Strafverfolgung).  
§ 258 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 154a Abs. 2 StPO

**817. BGH 4 StR 272/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Hagen)**

Täterschaft und Teilnahme beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe).  
§ 29 BtMG, § 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**818. BGH 2 ARs 164/12 (2 AR 96/12) – Beschluss vom 11. Juli 2012 (LG Chemnitz)**

Örtliche Zuständigkeit zur Entscheidung über den Widerruf der Bewährung.  
§ 462a StPO

**819. BGH 2 StR 166/12 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (LG Trier)**

Erörterungsmangel hinsichtlich eines minder schweren Falles des unerlaubten Handeltreibens in nicht geringer Menge.  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

**820. BGH 2 ARs 183/12 (2 AR 129/12) – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Landau; LG Leipzig)**

Zuständigkeitsbestimmung für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Konzentrationsprinzip).  
§ 14 StPO; § 462a Abs. 4 Satz 3, Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 StPO

**821. BGH 2 StR 210/12 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Köln)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung bei vorsätzlichem Vollrausch (Widersprüche bei der Kriminalprognose; besondere Umstände).  
§ 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 323a StGB

**822. BGH 2 ARs 327/12 (2 AR 218/12) – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Würzburg)**

Örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Entscheidung über die weitere Fortdauer einer Maßregel (Befasstsein bei außerplanmäßiger Überprüfung).  
§ 67e Abs. 1 Satz 1 StGB; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

**823. BGH 2 StR 602/11 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Köln)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht).  
§ 64 StGB

**824. BGH 2 StR 605/11 – Urteil vom 18. Juli 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Grenzen der Beschränkung der Revision durch teilweise Zurücknahme (Trennbarkeit); Totschlag (minder schwerer Fall); Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang; Vorwegvollzug; zwingender Ansatz am Halbstrafenzeitpunkt).  
§ 212 StGB, § 213 StGB; § 344 StPO; § 64 StGB; § 67 StGB

**825. BGH 2 StR 620/11 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (BGH)**

Unbegründete Ablehnung des Richters am BGH Krehl wegen Besorgnis der Befangenheit trotz Anzeige der Befangenheit (Besetzungsstreit am BGH).  
§ 24 Abs. 2 StPO

**826. BGH 1 StR 158/12 – Beschluss vom 26. Juni 2012 (LG Augsburg)**

Hinweispflicht des Gerichts (mögliche Anordnung der Sicherungsverwahrung; Ungenügen eines Hinweises in der Terminladung an den Verteidiger).  
§ 265 StPO

**827. BGH 1 StR 176/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Augsburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Begründung).  
§ 63 StGB

**828. BGH 1 StR 197/12 – Beschluss vom 21. Juni 2012 (LG München)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**829. BGH 1 StR 201/12 – Beschluss vom 27. Juni 2012 (LG Augsburg)**

Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Überprüfbarkeit des tatrichterlichen Ermessens; Grenzen der Revisibilität).  
§ 56 Abs. 2 StGB

**830. BGH 1 StR 222/12 – Beschluss vom 14. Juni 2012 (LG Mannheim)**

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

**831. BGH 1 StR 293/12 – Beschluss vom 10. Juli 2012**

Erforderlicher Beschluss zum Abschluss des Verfahrens bei Tod des Angeklagten (zuständiges Gericht).  
§ 206a StPO

**832. BGH 1 StR 301/12 – Beschluss vom 10. Juli 2012 (LG Karlsruhe)**

Recht auf wirksame Verteidigung und Wiedereinsatzungsantrag (Zulässigkeitsmängel von Verfahrensrügen; Ausnahmesituation; rechtliches Gehör).  
Art. 6 EMRK; § 44 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**833. BGH 1 StR 57/12 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (LG Coburg)**

Sicherungsverwahrung (Beachtung der strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen, vorsätzliche Tötungsdelikte als schwere Gewaltdelikte).  
§ 66 StGB

**834. BGH 1 StR 341/12 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (LG Freiburg)**

Unzulässiger Wiedereinsatzungsantrag.  
§ 45 StPO

**835. BGH 2 StR 121/12 – Beschluss vom 13. Juni 2012 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessen des Tatrichters, Hang zu erheblichen Straftaten).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB a.F.

**836. BGH 2 StR 139/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Bonn)**

Anforderungen an die Begründung der Schuldunfähigkeit bzw. verminderten Schuldfähigkeit (Darlegung; Bezugnahme auf Sachverständigengutachten).

§ 20 StGB; § 21 StGB

**837. BGH 2 StR 169/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**838. BGH 2 StR 25/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)**

Anzeige der möglichen Befangenheit durch einen Richter des BGH.

§ 30 StPO

**839. BGH 2 StR 43/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)**

Anzeige der möglichen Befangenheit durch einen Richter des BGH.

§ 30 StPO

**840. BGH 2 StR 573/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Wiesbaden)**

Unerlaubte Einfuhr von und unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft, Beihilfe).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29a Abs. 1, Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1, Nr. 4 BtMG

**841. BGH 2 StR 74/12 – Beschluss vom 31. Mai 2012 (LG Gera)**

Gewerbs- und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe); Verabredung zu einem Verbrechen.

§ 27 StGB, § 30 Abs. 2, Var. 3 StGB, § 152b Abs. 2 StGB

**842. BGH 2 StR 575/11 – Beschluss vom 29. März 2012 (LG Aachen)**

Heimtückischer Mord; Tötungsvorsatz (Vorsatzwechsel).

§ 211 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**843. BGH 2 StR 598/11 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**844. BGH 4 StR 121/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Dessau)**

Computerbetrug (Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs durch Verwendung unrichtiger bzw. unvollständiger Daten: Beeinträchtigung der Lese- und Codiereinrichtung eines EDV-Systems durch Einlegen von Leerblättern oder Blanko-Sparbüchern umgangen); Urkundenfälschung.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB

**845. BGH 4 StR 139/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Siegen)**

Nötigung (Vollendung: kein Teilerfolg bei nicht ernst gemeinter Erklärung); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Aspekte der Gesamtabwägung; Einbeziehung früherer Verurteilungen).

§ 240 Abs. 1 StGB; § 105 Abs. 2 JGG i.V.m. § 31 Abs. 3 Satz 1 JGG; § 21 JGG

**846. BGH 4 StR 17/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**847. BGH 4 StR 172/12 – Beschluss vom 5. Juni 2012 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**848. BGH 4 StR 173/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Detmold)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Nachholung der Anordnung).

§ 64 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO

**849. BGH 4 StR 58/12 – Beschluss vom 5. Juni 2012 (LG Dessau)**

Anrechnung einer Freiheitsentziehung im Ausland auf die Freiheitsstrafe (Verfahrenseinheit, Anrechnungsmaßstab); Verfall des Wertersatzes (Schätzung des Erlangten).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 73a StGB

**850. BGH 4 StR 176/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Landau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**851. BGH 4 StR 182/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**852. BGH 4 StR 191/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Itzehoe)**

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Einbeziehung von Strafen nach Ablauf der Bewährungszeit).

§ 55 StGB

**853. BGH 4 StR 193/12 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (LG Dortmund)**

Natürliche Handlungseinheit bei zeitlich eng zusammenliegenden Abhebungen mit EC-Karten (Computerbetrug; Konkurrenzen).

§ 263a Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**854. BGH 4 StR 223/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Bielefeld)**

Beschränkung der Revision; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 Abs. 2 StGB



**855. BGH 4 StR 229/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Essen)**

Bildung einer Gesamtstrafe (Zeitpunkt für die Einbeziehung).

§ 55 Abs. 1 StGB

**856. BGH 1 StR 170/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Aschaffenburg)**

Recht auf ein faires Verfahren (Druck durch den Verteidiger zur Annahme eines „Deals“); Anfechtbarkeit des Rechtsmittelverzichts (Unwirksamkeit auf Grund von Willensmängeln; Verhandlungsfähigkeit; Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens; mangelnder Negativat-test).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 302 Abs. 1 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a Satz 1 bzw. Satz 3 StPO

**857. BGH 1 StR 212/12 – Beschluss vom 7. August 2012 (BGH)**

Ablehnungsantrag (Besorgnis der Befangenheit: Vorbe-fassung mit dem Verfahrensgegenstand).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 23 StPO; § 24 Abs. 2 StPO

**858. BGH 1 StR 238/12 – Beschluss vom 27. Juli 2012 (LG Darmstadt)**

Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist (Zustellung des Urteils auch an Wahlverteidiger); Missbrauch von Berufsbezeichnungen; Urkundenunterdrückung; Fäl-schung beweisrelevanter Daten (Einreichung der Steuererklärung über ELSTER; Steuerhinterziehung).

§ 345 Abs. 1 StPO; § 132a Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 269 StGB

**859. BGH 1 StR 314/12 – Beschluss vom 7. August 2012 (LG Mannheim)**

Europäischer Haftbefehl (Verstoß gegen Spezialitäts-grundsatz: Vollstreckungshindernis, kein Verfahrenshin-dernis).

Art. 27 Abs. 2 RbEUHb

**860. BGH 1 StR 323/12 – Beschluss vom 9. August 2012 (LG Coburg)**

Anspruch auf rechtliches Gehör (Änderung des zugrunde liegenden Sachverhalts; gesonderte Befragung des Ange-klagten; Hinweispflicht); Tatmehrheit bei nacheinander erfolgten Angriffen auf verschiedene Personen.

§ 265 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

**861. BGH 1 StR 68/12 – Beschluss vom 27. Juli 2012 (LG Mannheim)**

Hinweispflicht des Gerichtes (Verwertung einer gerichtskundigen Tatsache; Anspruch auf rechtliches Gehör; wesentliche Förmlichkeit).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 261 StPO; § 273 StPO

**862. BGH 1 StR 88/12 – Urteil vom 8. August 2012 (LG Ellwangen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Um-fang der revisionsgerichtlichen Überprüfung (Beweis-würdigung des erstinstanzlichen Gerichts).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 337 StPO

**863. BGH 2 StR 85/12 – Beschluss vom 10. Juli 2012 (LG Wiesbaden)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft; Beihilfe); Strafzumessung (Sperrwirkung höherer Mindeststrafen verdrängter Straf-tatbestände); Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (Therapieunwilligkeit; fehlende Sprachkenntnisse).

§ 30 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 64 StGB

**864. BGH 2 StR 103/12 – Urteil vom 27. Juni 2012 (LG Köln)**

Mord (niedrige Beweggründe bei Beziehungstaten); be-sondere Schwere der Schuld (Umfang der revisionsger-richtlichen Prüfung).

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

**865. BGH 2 StR 111/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Erfurt)**

Wohnungseinbruchsdiebstahl (kein Gewahrsamsbruch zulasten von Toten); Bildung einer Gesamtstrafe.

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 54 StGB

**866. BGH 2 StR 137/12 – Beschluss vom 26. Juni 2012 (LG Meiningen)**

BGHR; veruntreuende Unterschlagung (formelle Subsidiarität zur gewerbsmäßig begangenen Untreue; schwe-riere Strafdrohung; Strafzumessung).

§ 246 Abs. 1 und 2 StGB; § 266 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

**867. BGH 2 StR 152/12 – Beschluss vom 8. August 2012 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**868. BGH 2 StR 154/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Mühlhausen)**

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschrei-bungen (vertikale Absprachen; [Mit-]Täterschaft von Nichtkartellmitgliedern).

§ 298 Abs. 1 StGB; § 1 GWB; § 25 Abs. 2 StGB

**869. BGH 2 StR 156/12 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Gesamtstrafenbildung.

§ 54 StGB

**870. BGH 2 StR 546/11 – Urteil vom 11. Juli 2012 (LG Kassel)**

Sexuelle Nötigung (Vergewaltigung).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

**871. BGH 2 StR 572/11 – Urteil vom 11. Juli 2012 (LG Mainz)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (bandenmäßige Begehung, Tateinheit bei mehreren Fällen des Handeltreibens).

§ 30 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 52 StGB

**872. BGH 4 StR 155/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Bielefeld)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Anforderungen an den subjektiven Tatbestand).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**873. BGH 4 StR 211/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Zweibrücken)**

Beweisverwertung (Aussagen im Ermittlungsverfahren; Inbegriffsrüge).  
§ 261 StPO

**874. BGH 4 StR 274/12 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Halle)**

Nötigung (Versuch; Rücktritt); Bedrohung.  
§ 240 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 241 Abs. 1 StGB

**875. BGH 4 StR 299/12 – Beschluss vom 22. August 2012 (LG Bochum)**

Unzulässigkeit der Revision (Verspätung; Entscheidung des Revisionsgerichts); Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Verschulden der Fristversäumnis).  
§ 346 Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 45 Abs. 2 StPO

**876. BGH 3 StR 111/12 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Berlin)**

Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Hagal-Rune).  
§ 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 86a Abs. 1 StGB

**877. BGH 3 StR 119/12 – Urteil vom 5. Juli 2012 (LG Osnabrück)**

Hehlerei; schwerer Bandendiebstahl (Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme; Handeln als Mitglied einer Bande auch bei an sich lediglich Teilnahme begründenden Beiträgen: Anstiftung).  
§ 259 StGB; § 244a StGB; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB

**878. BGH 3 StR 132/12 – Urteil vom 2. August 2012 (LG Stade)**

Anforderungen an die Urteilsgründe bei der Strafzumessung (Beschränkung auf Erörterung bestimmender Umstände; trichterliche Entscheidung über die Wesentlichkeit eines Umstands).  
§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 S. 1 StGB

**879. BGH 3 StR 148/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Rostock)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung (erhöhte Anforderungen; „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung“).  
§ 66 StGB

**880. BGH 3 StR 157/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Krefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Teileinstellung.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**881. BGH 3 StR 158/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Düsseldorf)**

Gefährliche Körperverletzung (Begehung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich).  
§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

**882. BGH 3 StR 180/12 – Urteil vom 16. August 2012 (LG Verden)**

Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität beim Freispruch; Zweifelsgrundsatz).  
§ 261 StPO

**883. BGH (Ermittlungsrichter) 3 BGs 82/12 2 BJs 8/12-2 – Beschluss vom 9. Februar 2012**

BGHR; Gesetzgebungskompetenz für Einschränkungen der Untersuchungshaft; Zuständigkeit.  
§ 119 StPO; § 126 Abs. 1 StPO; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; 134a Abs. 1 Satz 2 NJVollzG

**884. BGH 3 StR 192/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Aurich)**

Sicherungsverwahrung (zeitliches Verhältnis von Vortaten, Vorverurteilungen und Anlasstat).  
§ 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**885. BGH 3 StR 204/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Düsseldorf)**

Einziehung.  
§ 74 StGB

**886. BGH 3 StR 209/12 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Rostock)**

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Vorrang des Erziehungszecks trotz Verhängung wegen Schwere der Schuld).  
§ 18 Abs. 2 JGG

**887. BGH 3 StR 216/12 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Rostock)**

Gefährliche Körperverletzung; minder schwerer Fall; verminderte Schuldfähigkeit (Vorwerfbarkeit der Trunkenheit zur Tatzeit; Erörterungsmangel hinsichtlich der möglichen Alkoholabhängigkeit des Angeklagten).  
§ 224 StGB; § 21 StGB

**888. BGH 3 StR 218/12 – Beschluss vom 19. Juli 2012 (OLG Frankfurt am Main)**

Werben um Mitglieder oder Unterstützer für eine terroristische Vereinigung im Ausland (Notwendigkeit einer Werbung für eine konkrete terroristische Vereinigung; Abgrenzung zum bloßen Werben um Sympathie; Meinungsfreiheit).  
Art. 5 GG; § 129a Abs. 5 S. 2 StGB

**889. BGH 3 StR 219/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Stade)**

Jugendstrafe; Strafzumessung (Anforderungen an die Urteilsgründe; Unzulässigkeit einer lediglich formelhaften Berücksichtigung des Gedankens).  
§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

**890. BGH 3 StR 230/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Stade)**

Dauer des Vorwegvollzugs (Halbstrafe).  
§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

**891. BGH 3 StR 231/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Hildesheim)**

Schwerer Raub (finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme); mittelbare Täterschaft.

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

**892. BGH 3 StR 232/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Rostock)**

Finale Verknüpfung bei Raub und räuberischer Erpressung; mangelnde Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Verbotsirrtum.

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 17 StGB

**893. BGH 3 StR 237/12 – Urteil vom 16. August 2012 (LG Osnabrück)**

Abgrenzung von Körperverletzungsvorsatz und bedingtem Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung zum voluntativen Element: offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlung; Hemmschwelle; Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände).

§ 212 StGB; § 223 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**894. BGH 3 StR 238/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Düsseldorf)**

Jugendstrafe infolge schädlicher Neigungen; Strafzumessung (Anforderungen an die Urteilsgründe; Unzulässigkeit einer lediglich formelhaften Berücksichtigung des Erziehungsgedankens).

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

**895. BGH 3 StR 241/12 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Düsseldorf)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**896. BGH 3 StR 251/12 – Beschluss vom 19. Juli 2012 (LG Kleve)**

Teilweise Absehen von der Verfallsanordnung.

§ 73 StGB

**897. BGH 3 StR 252/12 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Düsseldorf)**

Mord (Habgier); Tenorierung bei Versuch der Beteiligung.

§ 211 StGB; § 30 StGB

**898. BGH 3 StR 274/12 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Bückeburg)**

Beteiligung am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Täterschaft bei bloßer Begleitung und Vermittlung fremder Umsatzgeschäfte ohne bestimmenden Einfluss).

§ 29a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**899. BGH 3 StR 276/12 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Düsseldorf)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**900. BGH 3 StR 291/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Stade)**

Konkurrenzverhältnis zwischen Nötigung und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte.

§ 113 StGB; § 240 StGB

**901. BGH 3 StR 292/12 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Stralsund)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Ablehnung eines minder schweren Falls; Erörterungsmangel).

§ 29a Abs. 1 BtMG

**902. BGH 3 StR 297/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Oldenburg)**

Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes: Addition mehrerer zum Nachteil desselben Geschädigten verursachter Einzelschäden).

§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB

**903. BGH 3 StR 308/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Krefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**904. BGH 3 StR 322/12 – Beschluss vom 16. August 2012 (LG Bückeburg)**

Widersprüche bei der Überzeugungsbildung (Beweiswürdigung).

§ 261 StPO

**905. BGH 3 StR 331/12 – Beschluss vom 4. September 2012 (LG Verden)**

Ruhen der Strafverfolgungsverjährung bei Sexualdelikten (Sexualdeliktsänderungsgesetz; Altfälle).

§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 StGB

**906. BGH 3 StR 341/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Wuppertal)**

Anordnung des Verfalls (Entreicherung des Angeklagten).

§ 73c Abs. 1 S. 2 StGB

**907. BGH 3 StR 344/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Mönchengladbach)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**908. BGH 3 StR 353/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Kleve)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 44 StPO

**909. BGH 3 StR 360/12 – Beschluss vom 28. August 2012 (LG Düsseldorf)**

Unzulässigkeit der Revision des Nebenklägers.

§ 400 Abs. 1 StPO

**910. BGH 5 StR 135/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Saarbrücken)**

Aussetzung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (besonderes Abhängigkeitsverhältnis der Angeklagten zu ihrem zentral an den abgeurteilten Taten beteiligten Ehemann als besonderer Umstand); gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Täter bei Ansprüchen des Verletzten.

§ 56 StGB; § 73 Abs. 1 S. 2 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

**911. BGH 5 StR 154/12 – Beschluss vom 1. August 2012 (LG Berlin)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (zäsurbegründende Vorverurteilung).

§ 55 StGB

**912. BGH 5 StR 33/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Saarbrücken)**

Zurückweisung der Anhörungsgrübe als unbegründet.  
§ 356a StPO

**913. BGH 5 StR 176/12 – Urteil vom 1. August 2012 (LG Dresden)**

Beteiligung am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Maßgeblichkeit der Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts; Täterschaft und Teilnahme).

§ 29a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**914. BGH 5 StR 188/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Leipzig)**

Betrug; besonders schwerer Fall (Gewerbsmäßigkeit; Beihilfe; Notwendigkeit eines eigenen gewerbsmäßigen Handelns des Gehilfen).

§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 27 StGB

**915. BGH 5 StR 196/12 – Beschluss vom 15. August 2012 (LG Kiel)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Verhältnis zur Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei möglicherweise vorliegender verminderter Schuldfähigkeit; Zweifelsgrundsatz; Überweisung in den Vollzug).

§ 66 StGB; § 63 StGB; § 67a Abs. 2 StGB; § 72 Abs. 1 Satz 2 StGB

**916. BGH 5 StR 238/12 (alt: 5 StR 561/10) – Beschluss vom 16. August 2012 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz eines behandelnden Arztes (belastende Schlussfolgerungen aus der widerlegten Einlassung des Angeklagten).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO

**917. BGH 5 StR 297/12 – Beschluss vom 1. August 2012 (BGH)**

Zurückweisung der Anhörungsgrübe als unbegründet.  
§ 356a StPO

**918. BGH 5 StR 304/12 – Beschluss vom 1. August 2012 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**919. BGH 5 StR 311/12 – Beschluss vom 15. August 2012 (LG Potsdam)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**920. BGH 5 StR 315/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Leipzig)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Bandenbegriff (andauernde Geschäftsbeziehung; Bezugs- und Absatzsystem; Selbständigkeit auf der Abnehmerseite).

§ 30a Abs. 1 BtMG

**921. BGH 5 StR 318/12 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Zwickau)**

Gleichstellung eines Heranwachsenden mit einem Jugendlichen (kein bestimmter Typ eines Jugendlichen als Vergleichsmaßstab); Jugendstrafe; Strafzumessung (Anforderungen an die Feststellung von schädlichen Neigungen; keine eigenständige Bedeutung des äußeren Unrechtsgehalts der Tat bei der Prüfung der Schwere der Schuld).

§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG; § 17 Abs. 2 JGG; § 46 StGB

**922. BGH 5 StR 342/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**923. BGH 5 StR 343/12 – Beschluss vom 15. August 2012 (LG Hamburg)**

Körperverletzung; Verjährung.

§ 223 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

**924. BGH 5 StR 351/12 – Beschluss vom 15. August 2012 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**925. BGH 5 StR 352/12 – Beschluss vom 15. August 2012 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**926. BGH 5 StR 359/12 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**927. BGH 5 StR 408/11 – Beschluss vom 2. August 2012 (LG Berlin)**

Geltendmachung von Rechten an eingezogenem Bargeld im Nachverfahren.

§ 439 StPO

**928. BGH 5 StR 460/11 (alt: 5 StR 491/10) – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**929. BGH AK 27/12 – Beschluss vom 12. September 2012**

Bildung einer terroristischen Vereinigung („Nationalsozialistischer Untergrund“); besonders schwere Brandstiftung; Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 121 StPO

**930. BGH 3 StR 191/12 – Urteil vom 19. Juli 2012 (LG Hannover)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**931. BGH 3 StR 242/12 – Beschluss vom 14. August 2012 (LG Düsseldorf)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Teilfreispruch.

§ 349 Abs. 2 StPO