

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede  
Juniorprofessor für deutsches und  
europäisches Strafrecht  
und Strafverfahrensrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;  
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.  
Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger  
Mann; RA Dr. iur. Stephan  
Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-  
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,  
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela  
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.  
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius  
Law School); Dr. Antje du Bois-  
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cam-  
bridge); Prof. Dr. Diethelm Klecszew-  
ski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans  
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);  
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),  
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer  
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus  
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-  
stahl, mag. iur. (Flick Gocke Schaum-  
burg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank  
Saliger (Bucerius Law School Ham-  
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-  
furt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada  
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich  
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.  
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

## Publikationen

Prof. Dr. *Christian Schröder*, Halle/Berlin – **Die Europäisierung des Strafrechts nach Art. 83 Abs. 2 AEUV am Beispiel des Marktmissbrauchsrechts: Anmerkungen zu einem Fehlstart** S. 253

Wiss. Ass. Dr. *Christian Becker*, Bucerius Law School, Hamburg – **Was sehen wie viele Augen? Sein und Sollen des Beschlussverfahrens der Revision** S. 264

Privatdozent Dr. *Jörg Scheinfeld*, Mainz – **Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes** S. 268

RA und FAfStR *Jochen Thielmann*, Wuppertal – **„Ihnen ist ein Pflichtverteidiger beizuzordnen!“ – Zur Belehrung des Verhafteten über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Haftbefehlverkündungstermin** S. 283

RA Wiss. Ass. Dr. *Lutz Eidam*, LL.M., Hamburg – **Das Apokryphe an den apokryphen Haftgründen** S. 292

*Frédéric Schneider*, Hamburg – **Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführerstellung und Untreuestrafbarkeit** Anmerkung zu BGH HRRS 2013 Nr. 127 S. 297

## Entscheidungen

- BVerfG **Konsequenzen des Verstoßes gegen § 257c V StPO**
- BGHSt **Begriff der kinderpornographischen Schrift und E-Mail**
- BGHSt **Auslegung der Übergangsvorschrift zum Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung**
- BGHSt **Unbrauchbarmachung einer dem Betrieb dienenden Sache**
- BGHSt **Konkurrenzen der Schleusungstatbestände**
- BGH **Mangelnder Verteidigungswille bei der Notwehr**
- BGH **Erfolgreiche Rüge der unterlassenen Belehrung über die Rechtsfolgen einer gescheiterten Verständigung**
- BGH **Überschießender Untreuevorsatz und Vermögensnachteil bei der Übernahme einer existenzgefährdenden Mietgarantie**
- BGH **Strafrahmenschiebungen als Gegenstand von Verfahrensabsprachen**

Die Ausgabe umfasst 135 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h. c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede  
Juniorprofessor für deutsches und europäisches Strafrecht  
und Strafverfahrensrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

14. Jahrgang, Juli/August 2013, Ausgabe

7-8

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 620. BVerfG 2 BvR 85/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2013 (OLG Rostock / LG Stralsund)

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Rechtsstaatsprinzip; faires Verfahren; Aussagefreiheit; Belehrung; „Altfälle“; objektiver Verfassungsverstoß); Revision (Verfahrensrüge; Beruhen; konkrete Feststellungen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c Abs. 5 StPO

1. Indem das Gesetz in § 257c Abs. 5 StPO vorsieht, dass der Angeklagte vor einer Verfahrensverständigung über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis zu

belehren ist, sichert es die Einhaltung des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatzes des fairen Verfahrens und ermöglicht dem Angeklagten überhaupt erst eine autonome Entscheidung über das für ihn mit einer Mitwirkung an einer Verständigung verbundene Risiko (Bezugnahme auf BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a. – [= HRRS 2013 Nr. 222]).

2. Eine Verständigung ist mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens regelmäßig nur dann vereinbar, wenn der Angeklagte zuvor gemäß § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn es nicht zu einer Abweichung von der Verständigung gekommen ist. Das verständigungsbasierte Urteil beruht regelmäßig auf dem Verstoß

gegen die Belehrungspflicht, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte das Geständnis bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht abgegeben hätte.

3. Will das Revisionsgericht eine Ursächlichkeit des Belehrungsfehlers für das Geständnis verneinen, so müssen konkrete Umstände festgestellt sein, die die Annahme tragen, dass der Angeklagte das Geständnis auch nach ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte. Abstrakte Ausführungen zu § 257c StPO oder pauschalisierende Vermutungen genügen nicht.

4. Die Entscheidung eines Strafgerichts, die diese Maßgaben für Verfahrensverständigungen nicht beachtet, verstößt auch dann gegen die Verfassung, wenn sie bereits vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 ergangen ist. Entscheidend ist insoweit allein die objektive Grundrechtsverletzung und nicht, ob diese den Fachgerichten vorwerfbar ist.

**621. BVerfG 2 BvR 2392/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Erfurt / AG Erfurt)**

DNA-Analyse (Entnahme von Körperzellen; molekulargenetische Untersuchung; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Abwägung; Einzelfallbetrachtung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Erziehungsgedanke; Stigmatisierung; jugendtypische Verfehlung; „Knutschfleck“).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 81g StPO

1. Die Feststellung und Speicherung eines DNA-Identifizierungsmusters greift in das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, wonach der Einzelne befugt ist, grundsätzlich selbst zu entscheiden, inwieweit ihn betreffende persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.

2. Die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung von Körperzellen zur Verwendung in künftigen

Strafverfahren nach § 81g StPO setzt eine Prognose voraus, wonach wegen der Art oder Ausführung der bereits abgeurteilten Straftaten, der Persönlichkeit des Verurteilten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden.

3. Der Prognoseentscheidung, die einzelfallbezogen zu begründen ist, muss eine zureichende Sachaufklärung und eine nachvollziehbare Abwägung aller relevanten Umstände zugrundeliegen. Dies gilt auch dann, wenn die Anlasstat als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung abstrakt betrachtet die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 81g Abs. 1 StPO erfüllt.

4. Die Anordnung einer DNA-Untersuchung aus Anlass eines jugendgerichtlichen Urteils wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern erfüllt die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht, wenn die gerichtliche Anordnung keinerlei Ausführungen dazu enthält, dass es sich bei dem Beschuldigten um einen strafrechtlich erstmalig in Erscheinung getretenen 14-jährigen handelt, der eine 13-jährige Klassenkameradin lediglich geküsst und bei dieser einen „Knutschfleck“ hinterlassen hat, wobei die Handlungen aus seiner Sicht auf gegenseitiger Zuneigung beruhten, so dass es sich um eine jugendtypische Verfehlung handelte, die mit Maßnahmen im untersten Schwerebereich des jugendstrafrechtlichen Sanktionsspektrums geahndet worden ist (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 23. Januar 2013 [= HRRS 2013 Nr. 229]).

5. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist in derartigen Fällen außerdem der Erziehungsgedanke des Jugendstrafrechts zu berücksichtigen, der auf eine möglichst weitgehende soziale (Re-)Integration gerichtet ist und dem eine dauerhafte Speicherung persönlicher Erkennungsmerkmale zuwiderlaufen kann, weil mit dieser eine Stigmatisierung des Jugendlichen verbunden sein kann.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**618. BGH 4 StR 551/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Freiburg)**

Notwehr (Erforderlichkeit: Flucht als grundsätzlich nicht gleich geeignetes Mittel; Rechtfertigung von Eingriffen in Universalrechtsgüter; subjektives Rechtfertigungselement: Kenntnis und Verteidigungswille); Notwehrexzess (subjektive Voraussetzungen); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels eines gefähr-

lichen Werkzeugs; lebensgefährliche Behandlung; subjektive Voraussetzungen); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.

§ 32 Abs. 1 StGB; § 33 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB; § 315b Abs. 1 StGB

1. Eine Entschuldigung wegen einer Überschreitung der Grenzen der Notwehr nach § 33 StGB setzt voraus, dass

der Täter in einer objektiv gegebenen Notwehrlage (§ 32 Abs. 2 StGB) bei der Angriffsabwehr die Grenzen des Erforderlichen aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschritten hat (vgl. BGH NStZ 2003, 599, 600 mwN). Von einer Angriffsabwehr kann dabei nur die Rede sein, wenn der Täter nicht nur in Kenntnis der die Notwehrlage begründenden Umstände, sondern auch mit Verteidigungswillen gehandelt hat (vgl. BGHSt 3, 194, 198).

2. Wird von dem Angegriffenen in einer Notwehrlage ein Gegenangriff auf Rechtsgüter der Angreifer geführt (sog. Trutzwehr), kann darin nur dann eine Angriffsabwehr gesehen werden, wenn in diesem Vorgehen auch tatsächlich der Wille zum Ausdruck kommt, der drohenden Rechtsverletzung entgegenzutreten (vgl. BGHSt 5, 245, 247). Dazu reicht allein die Feststellung, dass dem Angegriffenen die Notwehrlage bekannt war, nicht aus. Die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr sind erst dann erfüllt, wenn der Gegenangriff zumindest auch zu dem Zweck geführt wurde, den vorangehenden Angriff abzuwehren.

3. Dabei ist ein Verteidigungswille auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten. Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille das Recht zu wahren ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 84, 86).

4. Eine in einer objektiven Notwehrlage begangene Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand (st. Rspr.). Da das Notwehrrecht nicht nur dem Schutz der bedrohten Individualrechtsgüter des Angegriffenen, sondern auch der Verteidigung der durch den rechtswidrigen Angriff negierten Rechtsordnung dient (vgl. BGHSt 24, 356, 359), kommen als alternativ in Betracht zu ziehende Abwehrhandlung grundsätzlich nur Maßnahmen in Betracht, die die bedrohte Rechtsposition gegen den Angreifer durchsetzen. Das Gesetz verlangt von einem rechtswidrig Angegriffenen nicht, dass er die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, weil damit ein Hinnehmen des Angriffs verbunden wäre und weder das bedrohte Recht, noch die in ihrem Geltungsanspruch infrage gestellte Rechtsordnung gewahrt blieben (vgl. BGH NStZ 2005, 31).

5. Zwar vermag Notwehr grundsätzlich nur Eingriffen in die Rechtsgüter des Angreifers die Rechtswidrigkeit zu nehmen, doch vermag § 32 StGB ausnahmsweise auch die Verletzung von Universalrechtsgütern zu rechtfertigen, wenn deren Begehung untrennbar mit der erforderlichen Verteidigung verbunden ist (vgl. BGH NStZ 2012, 452).

6. Eine Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) begeht, wer sein Opfer durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB körperlich misshandelt oder an der

Gesundheit beschädigt (vgl. BGH NStZ 2012, 697, 698). Fährt der Täter mit einem Pkw auf eine oder mehrere Personen zu, ist der innere Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur dann erfüllt, wenn er dabei billigend in Kauf nimmt, dass die betroffenen Personen angefahren werden und unmittelbar durch den Anstoß mit dem fahrenden Pkw eine Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) erleiden. Rechnet der Täter nur mit Verletzungen infolge von Ausweichbewegungen oder bei Stürzen, scheidet die Annahme einer (versuchten) gefährlichen Körperverletzung in der Variante des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB aus.

7. Eine gefährliche Körperverletzung in der Variante des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB (mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung) setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Täter die Umstände kennt, aus denen sich in der konkreten Situation die allgemeine Lebensgefährlichkeit seines Vorgehens ergibt (st. Rspr.).

### 636. BGH 3 StR 45/13 – Urteil vom 16. Mai 2013 (LG Hildesheim)

Eingeschränkte Revisibilität der tatrichterlichen Beweiswürdigung; rechtsfehlerfreie Verneinung des bedingten Tötungsvorsatzes bei objektiv lebensbedrohlichen Gewalthandlungen (hier: wuchtige Tritte gegen den Kopf des am Boden liegenden Opfers).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

Bei der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes – nicht anders als sonst bei der Würdigung der Beweise – ist aus revisionsrechtlicher Sicht erforderlich, aber auch ausreichend, sämtliche objektiven und subjektiven, für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände des Einzelfalles in eine individuelle Gesamtschau einzubeziehen und zu bewerten (st. Rspr., näher zuletzt BGH HRSt 2012 Nr. 1105 m.w.N.). Die Gewichtung der objektiven Tatumstände und die Bewertung ihrer Bedeutung für den subjektiven Tatbestand sind somit allein dem Tatrichter vorbehalten. Dies gilt auch bei Tritten des Täters gegen den Kopf des Opfers, die nicht stets und gleichsam automatisch den Schluss auf das Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes begründen.

### 616. BGH 4 StR 170/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Bielefeld)

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines beendeten Versuchs: Rücktrittshorizont, Gleichgültigkeit des Täters, in dubio pro reo); Beweiswürdigung.

Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB; § 261 StPO

1. Ein beendeter Versuch, von dem nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 StGB zurückgetreten werden kann, liegt auch dann vor, wenn sich der Täter im Augenblick des Verzichts auf eine mögliche Weiterführung der Tat keine Vorstellung von den Folgen seines bisherigen Verhaltens macht (vgl. BGH NStZ 2009, 264 Rn. 9). Diese gedankliche Indifferenz des Täters gegenüber den von ihm bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Konsequenzen ist eine innere Tatsache, die positiv festgestellt werden muss. Hierzu bedarf es in der Regel einer zusammenfassenden Würdigung aller maßgeblichen objektiven Umstände. Können keine eindeutigen Fest-

stellungen getroffen werden, ist der Zweifelsgrundsatz anzuwenden (vgl. BGH NStZ 2009, 264 Rn. 14).

2. Aus der Tatsache, dass es keine Feststellungen zu den Vorstellungen des Täters in Bezug auf den Erfolgseintritt getroffen werden konnten, kann nicht auf ein Fehlen derartiger Vorstellungen geschlossen hat. Allerdings kann in Fällen, in denen sich aus den objektiven Umständen kein Hinweis auf das konkrete Vorstellungsbild des Täters im Zeitpunkt des Abbruchs der Tathandlung ergibt, die Annahme gerechtfertigt sein, dass bei ihm die der Tatbegehung zugrunde liegende Folgeneinschätzung fortbestanden hat; maßgeblich ist indes auch dann sein „Rücktrittshorizont“ nach der letzten Ausführungshandlung.

**641. BGH 3 StR 68/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Rostock)**

Keine vollendete Anstiftung bei Kenntnis des Teilnehmers von der Untauglichkeit des Haupttatversuchs (Strafgrund der Teilnahme; Nötigung).  
§ 26 StGB; § 240 StGB

Der Anstifter oder Gehilfe muss die Tatvollendung der Haupttat wollen. Ihrem Wesen nach ist die Teilnahme

Mitwirkung an fremder Rechtsgüterverletzung, wie sie in der Tatbestandsverwirklichung zum Ausdruck kommt. Das Unrecht der Teilnahme ist daher abhängig vom aus Handlungs- und Erfolgsunrecht bestehenden Unrecht der Haupttat. Die Mitwirkung an einem untauglichen Versuch, der für den Haupttäter strafbar ist, bleibt für den Teilnehmer straflos, wenn er dessen Untauglichkeit kennt.

**608. BGH 2 StR 4/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Darmstadt)**

Beihilfe durch Unterlassen (Garantenstellung aus Ingenrenz; Unterlassungsvorsatz).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB

1. Eine Garantenstellung aus vorangegangenem Tun setzt voraus, dass ein Vorverhalten die nahe Gefahr eines Eintritts gerade des tatbestandmäßigen Erfolges herbeigeführt hat. Dies liegt nicht vor, wenn sich der Erfolg aus einem Exzess einer anderen Person ergibt, der nicht auf dem Vorverhalten beruht (BGH NStZ 2012, 379, 380).

2. Der Vorsatz muss bei unechten Unterlassungsdelikten die tatsächlichen Umstände umfassen, welche die Garantenpflicht begründen (vgl. BGHSt 16, 155, 158).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**602. BGH 1 StR 8/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Augsburg)**

BGHSt; Verbreitung kinderpornographischer Schriften (Begriff der kinderpornographischen Schrift: Beschreibung mit Worten, E-Mail; tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen: kein tatsächliches Geschehen bei schriftlicher Schilderung von sexuellen Handlungen; Besitzverschaffung: einzelner Adressat; Übermittlung einer E-Mail; Verhältnis zum Besitz kinderpornographischer Schriften).  
§ 184b Abs. 2, Abs. 4 StGB

1. Bei einer E-Mail, in der lediglich mit Worten der an einem Kind vorgenommene sexuelle Missbrauch geschildert wird, handelt es sich nicht um eine kinderpornographische Schrift, die im Sinne von § 184b Abs. 2 und 4 StGB ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt. (BGHSt)

2. Als inkriminierte Inhalte kinderpornographischer „Schriften“ kommen grundsätzlich auch Darstellungen in Betracht, in denen der sexuelle Missbrauch von Kindern nur mit Worten beschrieben wird. (Bearbeiter)

3. Eine Beschränkung der Besitzverschaffungstatbestände auf bildliche Darstellungen und (authentische) Tonaufnahmen entspricht dem abgestuften Schutzkonzept des

§ 184b StGB. Danach werden bestimmte Handlungen (z.B. Herstellen, Verbreiten) bezüglich aller kinderpornographischen und diesen gleichstehenden Darstellungen (§ 11 Abs. 3 StGB) unter Strafe gestellt (§ 184b Abs. 1 StGB), die bloße Besitzverschaffung von solchen Darstellungen aber nur, wenn sie ein „tatsächliches“ oder „wirklichkeitsnahes“ Geschehen wiedergeben (§ 184b Abs. 2 und 4 StGB). Erkennbar liegt dem die Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass gerade von letzteren gegenüber sonstigen kinderpornographischen Darstellungen eine erhöhte Gefahr ausgeht, einen Anreiz dafür zu bilden, Kinder zur Herstellung solcher Darstellungen sexuell zu missbrauchen. (Bearbeiter)

4. In der elektronischen Übermittlung einer E-Mail mit kinderpornographischem Inhalt (im Text der E-Mail oder in einem ihr beigefügten Dateianhang) an einen anderen liegt die Verschaffung des Besitzes an einer kinderpornographischen Schrift i.S.v. § 184b Abs. 2 StGB. Für die Besitzverschaffung genügt bei der Versendung von E-Mails in Datennetzen, dass die elektronischen Nachrichten – wenn auch nur vorübergehend – in den Arbeitsspeicher beim Empfänger gelangen (vgl. BGHSt 47, 55). (Bearbeiter)

5. Es steht der Anwendung des § 184b Abs. 2 StGB nicht entgegen, wenn E-Mails jeweils nur an einen einzelnen

Empfänger gerichtet sind. Mit dem Straftatbestand des § 184b Abs. 2 StGB soll gerade auch der Umgang mit kinderpornographischen Schriften in geschlossenen Benutzerräumen und in Zweipersonenverhältnissen unter Strafe gestellt werden. (Bearbeiter)

**623. BGH 1 StR 469/12 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte (Vorlegungspflicht bei Sprungrevision; Gegenstand der Vorlegungspflicht; Bindung an Beurteilungen des OLG); Störung öffentlicher Betriebe (Begriff der Anlage; Unbrauchbarmachung; Einwirken auf die Sachsubstanz); Sachbeschädigung.

§ 121 Abs. 2 GVG; § 316b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 303 StGB

1. Die Unbrauchbarmachung einer dem Betrieb dienenden Sache gemäß § 316b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfordert für ein tatbestandsmäßiges Verhalten eine Einwirkung auf die Sachsubstanz. (BGH)

2. Die Vorlegungspflicht gemäß § 121 Abs. 2 GVG besteht, obwohl dort nicht ausdrücklich genannt, auch bei Sprungrevisionen. (vgl. BGHSt 35, 14, 16). (Bearbeiter)

3. Von § 121 Abs. 2 GVG werden nur Rechtsfragen umfasst. Die Klärung einer Tatfrage ist einer Vorlage auch dann nicht zugänglich, wenn diese wie eine Rechtsfrage formuliert wird (vgl. BGHSt 31, 314, 316). (Bearbeiter)

4. Die ansonsten bestehende Bindung des Bundesgerichtshofes an die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit durch das vorlegende Gericht entfällt in Konstellationen, in denen das Oberlandesgericht diesbezüglich von einer rechtlich nicht haltbaren Betrachtung ausgegangen ist. (vgl. BGHSt 25, 325, 328). (Bearbeiter)

**642. BGH 3 StR 80/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Duisburg)**

Computerbetrug (Strukturgleichheit mit dem Betrugstatbestand; Erfordernis einer unmittelbar vermögensmindernden Wirkung des Datenverarbeitungsvorgangs).

§ 263a StGB

Aufgrund der Struktur- und Wertgleichheit des Computerbetrugs mit dem allgemeinen Betrugstatbestand ist zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 263a StGB erforderlich, dass der in tatbestandsmäßiger Weise beeinflusste, vermögensrelevante Datenverarbeitungsvorgang unmittelbar vermögensmindernd wirkt. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Täter unabhängig vom Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs dazu entschlossen ist, eine eigene schädigende Vermögensverfügung – hier: Herausgabe von Mobilfunkgeräten an Dritte aufgrund von gefälschten Vertragsunterlagen – vorzunehmen.

**579. BGH 2 StR 406/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Köln)**

Betrug (Vortäuschung einer soliden Immobilienfinanzierung; Verhältnis zur Begünstigung; Beihilfe durch Zusage einer Sicherungshandlung); Vorteilsbegriff der Begünstigung (Unmittelbarkeit; Ersatzvorteile).

§ 263 StGB; § 27 StGB; § 257 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB

1. Soweit Angeklagte dem Täter eines Betruges die spätere Vorteilssicherung bereits vor der Ausführung der einzelnen Betrugstaten zugesagt haben, kann sich ihre Hilfeleistung schon auf die Begehung dieser Taten ausgewirkt haben; mit Blick auf diese Förderung der Betrugstaten kommt schon eine strafbare Beteiligung an diesen Taten in Betracht, die gemäß § 257 Abs. 3 Satz 1 StGB die Begünstigung verdrängt (vgl. schon BGHSt 11, 316, 317; BGH NStZ 1994, 187, 188).

2. Die Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung nur strafbar, soweit dem Vortäter dadurch die unmittelbaren Vorteile der Tat gesichert werden sollen, die er zur Zeit der Begünstigungshandlung noch innehaben muss. Um „die“ Vorteile der Tat handelt es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet oder gesichert werden sollen (vgl. nur BGH NStZ 2008, 516 mwN). Dabei beeinträchtigen (jedenfalls bei einem Betrug als Vortat) rein finanztechnische Vorgänge die Unmittelbarkeit des erlangten geldwerten Vermögensvorteils (nur) dann nicht, soweit dieser im Zeitpunkt der Begünstigungshandlung wirtschaftlich noch im Vermögen des Vortäters nachvollziehbar vorhanden ist und einem Zugriff zugunsten der Geschädigten offensteht (vgl. BGHSt 36, 277, 281 f.).

3. Diese Voraussetzungen werden durch die Feststellung, dem früheren Vortäter habe zum Zeitpunkt der Begünstigungshandlung jeweils ein Kontoguthaben (mindestens) in Höhe des deliktisch erlangten Zuflusses zur Verfügung gestanden, nicht hinreichend belegt. Angesichts ebenfalls festgestellter erheblicher Zu- und Abflüsse auf den Konten sagt die Höhe des Guthabens zu einem bestimmten Zeitpunkt nichts darüber aus, ob ein zuvor deliktisch erlangter Guthabenbetrag überhaupt oder jedenfalls – etwa auf Grund eines zurück verfolgten Kapitalstroms – noch nachvollziehbar im wirtschaftlich zu betrachtenden Gesamtvermögen vorhanden ist.

**585. BGH 2 ARs 91/13 (2 AR 56/13) – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Offenburg)**

Übertragung der Zuständigkeit; Phishing und Geldwäsche (Leichtfertigkeit); Computerbetrug.

§ 13a StPO; 7 Abs. 1 StGB; § 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 263a StGB

1. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB kann durch einen sog. „Finanzagent“ begangen werden, der Gelder aus einem durch „Phishing“ verwirklichten Computerbetrug aus einer rechtswidrigen Vortat im Sinne von § 261 Abs. 1 StGB an eine im unbekannte Person weiterleitet. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB weist als abstraktes Gefährdungsdelikt keinen inländischen Erfolgsort im Sinne von § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB auf. Tatort ist allein der Ort, an dem der Beschuldigte gehandelt hat (§ 9 Abs. 1 1. Alt. StGB).

2. Der Tatbestand des § 261 Abs. 2 StGB ist auf die Vortat bezogen und schützt zugleich deren Rechtsgüter (BGHSt 55, 36).

3. Die Tat ist auch in Spanien gemäß Art. 301 Abs. 3 des spanischen Strafgesetzbuches mit Strafe bewehrt.

**628. BGH 2 StR 558/12 – Urteil vom 8. Mai 2013 (LG Kassel)**

Raub (Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben: Ausnutzen der Angst des Opfers; Verknüpfung von Drohung und Wegnahmehandlung: Finalität); erpresserischer Menschenraub (nachträglich gefasster Erpressungsentschluss; Raub als spezieller Fall der Erpressung); Festsetzung einer einheitlichen Jugendstrafe (Bindung an Wertungen früherer Verurteilungen).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 239a Abs. 1 StGB; § 31 JGG

1. Nach § 249 Abs. 1 StGB wird nur derjenige bestraft, der mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Gewalt oder Drohung müssen dabei Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein (vgl. BGHSt 48, 365, 367). Folgt die Wegnahme einer Anwendung von Gewalt zu anderen Zwecken nur zeitlich nach, ohne dass diese finale Verknüpfung besteht, so scheidet ein Schuldspruch wegen Raubes insoweit aus.

2. Das bloße Ausnutzen der Angst des Opfers vor erneuter Gewaltanwendung enthält für sich genommen noch keine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Zwar kann eine Drohung auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Erforderlich ist dafür jedoch, dass der Täter die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht. Es genügt nicht, wenn das Opfer nur erwartet, der Täter werde es an Leib oder Leben schädigen.

3. Erpresserischen Menschenraub begeht nicht nur ein Täter, der einen Menschen entführt oder sich seiner bemächtigt, um von Anfang an die Sorge des Opfers um sein Wohl zu einer Erpressung auszunutzen, sondern auch derjenige, der die durch eine solche Handlung geschaffene Lage zu einer Erpressung ausnutzt. Raub ist dabei ein speziellerer Tatbestand als (räuberische) Erpressung, der auch die Möglichkeit eines hierauf bezogenen erpresserischen Menschenraubs eröffnet (vgl. BGH NStZ 2003, 604 f.).

4. Das zuletzt erkennende Tatgericht ist bei der Festsetzung einer einheitlichen Jugendstrafe nach § 31 JGG unter Einbeziehung früherer Urteile an die dortigen Wertungen nicht gebunden. Es hat eine neue Entscheidung unter Gesamtwürdigung aller Umstände, auch soweit sie sich aus bindenden Tatsachenfeststellungen zum früheren Tatgeschehen ergeben, in eigener Verantwortung zu treffen (vgl. BGHSt 37, 34, 39 f.). Die Bezugnahme auf wertende Überlegungen früherer Gerichte begegnet daher Bedenken.

**606. BGH 2 StR 14/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Schwerer Raub (schwere körperliche Misshandlung); Mittäterschaft (Mittäterexzess; sukzessive Mittäterschaft).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss zur Erfüllung dieses Merkmals der schweren körperlichen Misshandlung nach § 250 Abs. 2 Nr. 3a die körperliche Integrität des Opfers schwer, das heißt mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder in einer Weise beeinträchtigt sein, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist. Es genügen dabei heftige und mit Schmerzen verbundene Schläge (vgl. BGH NStZ 1998, 461).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zieht bei einem Geschehen, welches schon vollständig abgeschlossen ist, das Einverständnis des später Hinzutretenden trotz Kenntnis, Billigung oder Ausnutzung der durch den anderen Mittäter geschaffenen Lage eine strafbare Verantwortung für das bereits abgeschlossene Geschehen nicht nach sich (vgl. BGHSt 2, 344, 346). Das gilt auch, wenn eine Tatbestandsvariante vorliegt, die vom Mittäter vor Hinzutritt der weiteren Tatbeteiligten vollständig erfüllt worden ist.

**633. BGH 4 StR 180/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Bielefeld)**

Mord (Heimtücke: Beweiswürdigung).

§ 211 StGB; § 261 StPO

Für die Annahme einer heimtückischen Tötung ist es wesentlich, dass der Täter sein keinen Angriff erwartendes Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Das Opfer kann daher auch dann arglos im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB sein, wenn der Täter ihm offen feindselig entgegentritt, also etwa von vorne angreift, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, um dem Angriff noch irgendwie zu begegnen (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 245).

**653. BGH 5 StR 124/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Kiel)**

Einschränkende Auslegung der besonders schweren Brandstiftung (Erforderlichkeit einer erheblichen Erschwerung des Verhinderns der Brandlöschung); eingeschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung.

§ 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

Der Tatbestand des § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB ist angesichts der Höhe der angedrohten Freiheitsstrafe restriktiv auszulegen. Er kann zwar auch erfüllt werden, indem ein Täter einen Rauchmelder unbrauchbar macht oder abschaltet. Voraussetzung ist aber stets, dass die anderenfalls bestehenden Chancen auf ein erfolgreiches Löschen des Brandes nicht unerheblich verschlechtert worden sein müssen, insbesondere das Löschen zeitlich relevant verzögert worden ist.

**605. BGH 2 StR 117/12 – Urteil vom 5. Dezember 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Fälschung von Zahlungskarten und Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Tateinheit: Verhältnis zum späteren Gebrauchen und zu damit zusammentreffenden Betrugstaten); Beihilfe (Tateinheit bei mehreren Beihilfehandlungen und bei mehreren geförderten Taten).

§ 52 Abs. 1 StGB; § 152a Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

1. Bei mehreren Fälschungsvorgängen im Sinne des § 152a Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt eine natürliche Handlungseinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) dann in Betracht, wenn die Fälschungen durch Codierung von mehreren Kartenrohlingen in einem Arbeitsgang in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang erfolgen.

2. Die Beschaffung von Falsifikaten als ein nach §§ 152a Abs. 1 Nr. 2, 152b Abs. 1 StGB strafbarer Vorbereitungsakt zur Täuschung im Rechtsverkehr durch Gebrauchen der falschen Zahlungskarten bildet zusammen mit dem Gebrauchen als Ausführungsakt eine Tat (vgl. BGH NStZ 2008, 568 f.). Verschaffen und Gebrauchen sind in § 152a Abs. 1 Nr. 2 StGB prinzipiell gleichrangig. Damit zusammentreffende Betrugstaten stehen in Tateinheit mit der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (§ 152b i.V.m. § 152a Abs. 1 Nr. 2, §§ 263 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB).

3. Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses zwischen verschiedenen Straftaten richtet sich bei der Mitwirkung mehrerer Tatbeteiligter zunächst für jeden Beteiligten danach, welche Tathandlungen er selbst vorgenommen hat. Ob bei der akzessorischen Beihilfe Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen ist, hängt aber sowohl von der Anzahl der Beihilfehandlungen als auch von der Zahl der vom Gehilfen geförderten Haupttaten ab.

4. Tatmehrheit ist danach nur anzunehmen, wenn durch mehrere Hilfeleistungen mehrere selbständige Taten unterstützt werden. Dagegen liegt eine einzige Beihilfe

vor, wenn der Gehilfe mit einer Unterstützungshandlung zu mehreren Haupttaten eines Anderen Hilfe leistet. Handlungseinheit liegt ferner vor, wenn sich mehrere Unterstützungshandlungen auf dieselbe Haupttat beziehen. Die Akzessorietät der Beihilfe gilt schließlich auch in Fällen einer Bewertungseinheit, so dass mehrere an sich selbständige Beihilfehandlungen zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden, wenn dies nach den Grundsätzen der Bewertungseinheit auch bei den Haupttaten der Fall ist, zu denen Beihilfe geleistet wurde.

**588. BGH 4 StR 143/13 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Hagen)**

Abgrenzung von schwerem Raub und schwerer räuberischer Erpressung (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges durch den Einsatz einer ungeladenen Gaspistole; Verwenden einer Waffe, eines gefährlichen Werkzeuges).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB

Die Delikte des Raubes und der räuberischen Erpressung sind nach ihrem äußeren Erscheinungsbild voneinander abzugrenzen (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 46, 48).

**575. BGH 2 StR 3/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Fulda)**

Nötigungshandlung bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; Gewalt).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

1. Die bloße möglicherweise überraschende Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen eines anderen ist keine „Gewalt-Nötigung“ zur Duldung dieser Handlung (BGHSt 31, 76).

2. Nicht jede sexuelle Handlung kann, nur weil sie körperlich wirkt, schon als Gewalt zur Erzwingung ihrer Duldung angesehen werden.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**625. BGH 1 StR 48/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Traunstein)**

BGHSt; Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Abstandsgebot; Auslegung der Übergangsvorschriften des EGStGB; als Jugendlicher zu behandelnder Heranwachsender).

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK; Art. 316f EGStGB; § 7 Abs. 2 aF JGG; § 105 Abs. 1 JGG

1. Auslegung der Übergangsvorschrift zum Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherheitsverwahrung. (BGH)

2. Die vom BVerfG selbst nur für die Übergangszeit bis zu einer Neuregelung vorgesehene Fortgeltung wird durch Art. 316f EGStGB fortgeschrieben, wobei sich Artikel 316f Absatz 2 Satz 2 EGStGB mit Blick auf die Anforderungen des Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK nicht auf die bloße Übernahme der Formulierung des BVerfG beschränkt, sondern darüber hinaus ein Kausalitätserfordernis zwischen psychischer Störung und hochgradiger Gefahr statuiert. Der Senat hält diese (modifizierte) Fortgeltung für verfassungs- und konventionsgemäß (vgl. BVerfG StraFo 2013, 213, 214). (Bearbeiter)

3. Die Übergangsvorschrift Artikel 316f EGStGB regelt sowohl die dem StGB als auch die dem JGG unterfallenden Sachverhalte. Absatz 2 Satz 1 bestimmt, dass auf Altfälle hinsichtlich der Sicherungsverwahrung nach Vorschriften des JGG das bis zum 31. Mai 2013 geltende Recht anzuwenden ist mit den in den Sätzen 2 bis 4 enthaltenen Grundsätzen. (Bearbeiter)

**610. BGH 2 StR 93/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen eines Rauschzustandes bei nicht gesicherten Erkenntnissen über dafür erforderliche Wirkstoffkonzentration: Beweiswürdigung).

§ 21 StGB; § 261 StPO

Fehlen gesicherte Erkenntnisse darüber, welche Wirkstoffkonzentrationen einer Droge zu welchen Beeinträchtigungen führen, entscheiden nicht beliebige Umstände des Einzelfalls darüber, wann vom Zustand eines akuten Rausches ausgegangen werden kann, der Auswirkungen auf das Vorliegen der Schuldfähigkeit haben kann (vgl. BGH NStZ 2001, 83). Maßgebend können nur Umstände sein, die zuverlässige Rückschlüsse auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines akuten Rausches zulassen. Von wesentlicher Bedeutung sind daher Art und Menge des zu sich genommenen Rauschmittels und die mit dessen Konsum üblicher oder auch nur möglicherweise verbundenen spezifischen Einschränkungen und Beeinträchtigungen.

**601. BGH 1 StR 71/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung und Darlegung im Urteil; Gefährlichkeitsprognose: Suizidgefahr des Angeklagten).

§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf lediglich angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die unterzubringende Person bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund einer nicht nur vorübergehenden psychischen Störung schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war (vgl. BGH NJW 2013, 246). Hierzu hat das Tatgericht festzustellen, warum die festgestellte Störung unter ein Eingangsmerkmal des § 20 StGB zu subsumieren ist und wie sich diese, einem Eingangsmerkmal von § 20 StGB unterfallende Störung in der jeweiligen konkreten Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGHSt 49, 347, 352).

2. Die für die Anordnung der Maßregel erforderliche Gefährlichkeit für die Allgemeinheit kann nur dann auf Selbsttötungsbestrebungen gestützt werden, wenn damit Folgen für Dritte verbunden sind (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 105).

**632. BGH 4 StR 151/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Essen)**

Recht auf Verteidigung; nemo-tenetur-Grundsatz; Strafzumessung (unzulässiges Anlasten von Verteidigungsverhalten).

Art. 6 Abs. 3 Buchstabe c EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 46 StGB

1. Schon aus dem nemo-tenetur-Grundsatz (§§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2, 243 Abs. 5 Satz 1 StPO) folgt, dass der Beschuldigte in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht verpflichtet ist, aktiv die Sachaufklärung zu fördern und an seiner eigenen Überführung mitzuwirken (vgl. BGHSt 49, 56, 59 f.). Dementsprechend darf ihm mangelnde Mitwirkung an der Sachaufklärung nicht strafschärfend angelastet werden.

2. Darüber hinaus kann auch Prozessverhalten, mit dem der Angeklagte – ohne die Grenzen zulässiger Verteidigung zu überschreiten – den ihm drohenden Schuldanspruch abzuwenden versucht, grundsätzlich nicht straferschwerend berücksichtigt werden, da hierin – unbeschadet einer Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes – eine Beeinträchtigung seines Rechts auf Verteidigung läge. Dies gilt nicht nur dann, wenn er eine unrichtige Einlassung unverändert aufrechterhält, sondern auch, wenn er dem Anklagevorwurf mit jedenfalls teilweise wahrheitswidrigem Vorbringen zu begegnen sucht.

**567. BGH 1 StR 66/13 – Beschluss vom 3. Mai 2013 (LG Landshut)**

Strafschärfung auf Grund eines späteren Verhaltens des Angeklagten (Rückschluss auf die abgeurteilte Tat); angemessene Rechtsfolge.

§ 46 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 354 Abs. 1a StPO

1. Ein nach der Straftat liegendes Verhalten des Angeklagten darf in der Regel nur dann berücksichtigt werden, wenn es Schlüsse auf den Unrechtsgehalt der Tat zulässt oder Einblick in die innere Einstellung des Täters zu seiner Tat gewährt (BGH NStZ 1985, 545). Solches liegt bei einem Verhalten, welches Jahre nach der abgeurteilten Tat liegt, auch bei einem Sexualkontakt zulasten des früheren Tatopfers nicht ohne Weiteres vor.

2. Ob eine Rechtsfolge als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO angesehen werden kann, hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände zu beurteilen (BGH NStZ 2005, 465).

**683. BGH 5 StR 617/12 – Urteil vom 23. April 2013 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung der Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeit; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten).

§ 66 StGB; § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB sind im Hinblick auf die für die Tatopfer oftmals gewichtigen psychischen Auswirkungen und die hohe Strafdrohung unabhängig von körperlicher Gewaltanwendung – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls – grundsätzlich als

schwere Sexualstraftaten im Sinne der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung zu werten. Schon ohne Gewaltanwendung ist die durch § 176a StGB geschützte sexuelle Entwicklung des Kindes in schwerwiegender Weise gefährdet; im Hinblick auf die unzureichenden Verstandes- und Widerstandskräfte kindlicher Opfer erübrigt sich häufig die Anwendung nötiger Mittel im Rahmen sexueller Übergriffe.

**682. BGH 5 StR 610/12 – Urteil vom 23. April 2013 (LG Berlin)**

Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; Gefahr der Begehung schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten; überspannte Anforderungen an die Prüfung der strikten Verhältnismäßigkeit; zunehmendes Alter des Täters als möglicher protektiver Faktor bei der Gefährlichkeitsprognose).

§ 66 StGB

1. Bei der vom Bundesverfassungsgericht geforderten „strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung“ ist sowohl hinsichtlich der Erheblichkeit weiterer Straftaten als auch hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung ein gegenüber der bisherigen Rechtsanwendung strengerer Maßstab anzulegen. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass der Angeklagte „alsbald“ nach Verbüßung der erkannten Strafe wieder entsprechend schwere Straftaten begehen wird.

2. Bestimmte Deliktgruppen sind im Hinblick auf das besondere Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter grundsätzlich als schwere Gewalt- oder Sexualstraftaten zu werten. Das versteht sich für vorsätzliche Tötungsdelikte von selbst. Schwere Sexualstraftaten sind auch Vergewaltigungen, und zwar unabhängig von körperlicher Gewaltanwendung allein schon im Hinblick auf die damit regelmäßig verbundenen psychischen Auswirkungen für das Opfer (so bereits BGH HRRS 2011 Nr. 992). Insofern sind – im vorliegenden Fall nach Auffassung des Senats nicht einschlägige – Ausnahmen aufgrund besonderer Umstände jedoch denkbar.

3. Nach Auffassung des Senats müssen zwar bei der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Prüfung der Unerlässlichkeit der Anordnung von Sicherungsverwahrung – auch auf der Grundlage des § 66 Abs. 1 StGB – Möglichkeiten zur Einwirkung auf den Angeklagten im Rahmen eines anstehenden Vollzugs einer langjährigen Freiheitsstrafe durchaus Berücksichtigung finden, wobei auch vorhersehbare vollzugsunabhängige Entwicklungen, wie z. B. Alterungsprozesse, zu würdigen sind, welche die Gefährlichkeit des Täters bis zu seiner Haftentlassung voraussichtlich herabsetzen werden. Jedoch bedarf es zumindest bei besonders schweren Anlasstaten konkreter Anhaltspunkte in der Person oder im Verhalten des Angeklagten, auf welche die Annahme einer künftigen Risikoverminderung im Zeitpunkt seiner Entlassung gestützt werden kann. Der bloße Hinweis auf ein dann fortgeschrittenes Alter im Sinne einer eher vagen Hoffnung auf Besserung kann insoweit nicht ausreichen.

**681. BGH 5 StR 593/12 – Urteil vom 24. April 2013 (LG Dresden)**

Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; schwere Gewalt- und Sexualdelikte; Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Gefahr der Begehung von Taten des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen).

§ 66 StGB; § 179 StGB

1. Bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung auf der Grundlage der sog. Weitergeltungsanordnung des BVerfG kommt es prinzipiell nicht auf die Bezeichnung des Straftatbestandes an, dessen Verletzung für die Zukunft droht, auch nicht letztentscheidend auf den durch gesetzliche Strafrahmen im Voraus gewichteten Schuldumfang. Ausschlaggebend sind hier vielmehr die Bedeutung des vor Rückfalltaten zu schützenden Rechtsgutes und die mögliche Verletzungsintensität.

2. Zwar sind insoweit bestimmte Deliktgruppen im Hinblick auf das besondere Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter grundsätzlich als schwere Gewalt- oder Sexualstraftaten zu werten. Taten nach § 174 Abs. 1 StGB bedürfen indes stets einer einzelfallbezogenen Bewertung. Denn es sind durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen die strengen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht erfüllt sind.

**630. BGH 2 ARs 227/13 2 AR 156/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013**

Widerruf des Beschlusses über die Reststrafenaussetzung zur Bewährung (örtliche Zuständigkeit: Begriff der Befassung)

§ 462a StPO

1. Für die Beantwortung der Frage, welche Strafvollstreckungskammer für die beantragte Widerrufentscheidung örtlich zuständig ist, ist auszugehen von dem Grundsatz, dass für anstehende Entscheidungen die Strafvollstreckungskammer zuständig ist, in deren Bezirk die Justizvollzugsanstalt liegt, in der sich der Verurteilte befindet oder zuletzt befand. Diese Regelung der örtlichen Zuständigkeit wird durch § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO dahingehend präzisiert, dass insofern abzustellen ist auf den Zeitpunkt, zu dem eine erstmalige Befassung mit der konkreten Angelegenheit – hier mit dem Widerruf der Bewährung – gegeben war (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 94).

2. Eine Befassung im Sinne des § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO liegt nicht erst dann vor, wenn die betreffende Strafvollstreckungskammer tatsächlich tätig wird, sondern bereits dann, wenn Tatsachen aktenkundig werden, die eine Entscheidung – hier einen Widerruf – unter Umständen erforderlich machen (vgl. BGHSt 30, 189). Befasst ist das Gericht auch dann, wenn die Kammer zunächst nicht veranlasst, sondern den Ausgang des neuen Verfahrens abwartet, aus dem sich Widerrufsründe ergeben können. So ist die bislang zuständige Strafvollstreckungskammer mit der Frage des Bewährungswiderrufs schon dann befasst, wenn ein Bewährungshelfer mitteilt, sein Proband befinde sich in Untersuchungshaft.

**580. BGH 2 StR 610/12 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Erfurt)**

Strafzumessung bei Mittäterschaft.

§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Bei Mittätern ist die Strafe für jeden einzelnen Tatbeteiligten nach dem Maß seiner individuellen Schuld, d.h. dem jeweils ihm zurechenbaren Erfolgs- und Handlungswert, zu bestimmen. Eine Zurechnung von Strafschärfergründen findet nicht statt; sie sind nur bei den Mittätern zu berücksichtigen, in deren Person sie vorliegen.

**594. BGH 1 StR 105/13 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Karlsruhe)**

Beleidigung (Strafantragserfordernis; Abgrenzung von der Körperverletzung); Strafmilderung wegen alkoholbedingter Verminderung der Schuldfähigkeit (Milderung bei verschuldeter Trunkenheit: keine verschuldeter Rausch bei Alkoholkrankheit).

§ 185 StGB; § 194 Abs. 1 StGB; § 223 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Umstände, die die Schuld erhöhen, können zur Versagung der Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB führen, wenn sie die infolge der Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit verminderte Tatschuld aufwiegen. Dies kann bei einer alkoholbedingten Verminderung der Schuldfähigkeit der Fall sein, wenn der Täter wusste, dass er unter Alkoholeinfluss zu strafbaren Verhaltensweisen neigt, aber trotzdem Alkohol trinkt. Die gilt aber nur, wenn die verminderte Schuldfähigkeit auf einer selbst zu verantwortenden, verschuldeten Trunkenheit beruht, die dem Täter uneingeschränkt vorwerfbar ist.

2. Ein die Steuerungsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Alkoholrausch ist dann nicht verschuldet, wenn der Täter alkoholkrank oder alkoholüberempfindlich ist. Eine Alkoholkrankung, bei der schon die Alkoholaufnahme nicht als ein die Schuld erhöhender Umstand zu werten ist, liegt regelmäßig vor, wenn der Täter den Alkohol aufgrund eines unwiderstehlichen oder ihn weitgehend beherrschenden Hanges trinkt, der seine Fähigkeit, der Versuchung zum übermäßigen Alkoholkonsum zu widerstehen, einschränkt (st. Rspr.).

**598. BGH 1 StR 22/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Traunstein)**

Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter: Auffangrechtserwerb des Staates, Feststellung im Urteil); Rückwirkungsverbot (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 73 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StPO

Der Tatrichter kann im Urteil feststellen, dass er nur deshalb nicht auf Verfall erkannt hat, weil Ansprüche Verletzter entgegenstehen. Diese Feststellungsentscheidung nach § 111i Abs. 2 StPO stellt die Grundentscheidung für den Auffangrechtserwerb dar und kommt somit einer aufschiebend bedingten Verfallsanordnung gleich. Die Regelung des § 111i Abs. 2 StPO ist aber erst durch das Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006 (BGBl. I 2350) geschaffen worden und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Ihrer Anwendung auf bereits zuvor beendigte Taten steht § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB entgegen, wonach insoweit das mildere alte Recht gilt (vgl. BGH NStZ 2009, 56), nach dem diese bedingte Verfallsanordnung nicht möglich war.

**603. BGH 1 StR 573/12 – Urteil vom 14. Mai 2013 (LG Mosbach)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Voraussetzungen; Verbindung mit der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 72 StGB

Liegen die Voraussetzungen sowohl des § 66 StGB als auch des § 64 StGB vor, erfordert das Absehen von der (vorbehaltenen) Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Unterbringung nach § 64 StGB ein hohes Maß an prognostischer Sicherheit in dem Sinne, dass mit der alleinigen Unterbringung gemäß § 64 StGB die vom Angeklagten ausgehende Gefahr beseitigt werden kann (vgl. BGH NStZ 2007, 328). Dabei setzt die gemäß § 72 Abs. 1 Satz 1 StGB vorzunehmende Prognose eine umfassende Gesamtwürdigung voraus (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 336, 337). Unsicherheiten über das Ausreichen allein der mildernden Maßregel des § 64 StGB führen zur kumulativen Anwendung der Maßregeln (vgl. nur BGH NStZ 2009, 87).

**629. BGH 2 StR 94/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Koblenz)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).

§ 63 StGB

1. Die grundsätzlich unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB ist eine außerordentlich belastende Maßnahme, die einen besonders gravierenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellt.

2. Sie darf daher nur dann angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht (st. Rspr.). Daneben muss eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades bestehen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen; die zu erwartenden Taten müssen schwere Störungen des Rechtsfriedens besorgen lassen (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241). Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln.

**619. BGH 4 StR 70/13 – Urteil vom 23. Mai 2013 (LG Halle)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Anforderungen an die Begründung; Darlegung von Vorstrafen).

§ 56 Abs. 1 StGB

Bei der Begründung der Prognoseentscheidung nach § 56 Abs. 1 StGB genügt es die Vorstrafen gestraft und zusammengefasst darzulegen. Einer Sachverhaltsschilderung oder gar der Darlegung der vom früheren Richter oder Staatsanwalt angestellten Strafzumessungs- bzw. Entscheidungserwägungen bedarf es nur bei der Bildung einer neuen Einheitsjugendstrafe oder einer nachträglichen Gesamtstrafe, ansonsten nur in den wenigen Aus-

nahmefällen, in denen die früher festgestellten Taten oder Entscheidungserwägungen auch für den jetzigen Tatrichter entscheidungserheblich sind.

**612. BGH 4 StR 109/13 – Urteil vom 23. Mai 2013 (LG Dortmund)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen).  
§ 46a Nr. 1 StGB

Die Bestimmung des § 46a Nr. 1 StGB verlangt, dass der Täter in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht hat, wobei es aber auch ausreichend sein kann, dass der Täter dieses Ziel ernsthaft erstrebt. Das Bemühen des Täters setzt grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt und

„Ausdruck der Übernahme von Verantwortung“ sein muss (vgl. BGHSt 48, 134, 139, 141).

**631. BGH 4 StR 111/13 – Beschluss vom 7. Mai 2013 (LG Detmold)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Verschlechterungsverbot (Aufhebung einer Gesamtstrafe).  
§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

Wenn eine aus Freiheits- und Geldstrafe gebildete Gesamtstrafe keinen Bestand hat und nunmehr auf beide Strafarten nebeneinander erkannt wird, darf aufgrund des Verschlechterungsgebots des § 358 Abs. 2 StPO die Summe aus einer Freiheitsstrafe und den Tagessätzen einer Geldstrafe die frühere Gesamtfreiheitsstrafe nicht übersteigen.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**571. BGH 1 StR 563/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG München I)**

Erfolgreiche Rüge der unterlassenen Belehrung über die Rechtsfolgen einer gescheiterten Verständigung; Zulässigkeit der Rüge.  
§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 344 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 184 GVG

1. Wird der Angeklagte nicht gemäß § 257c Abs. 5 StPO darüber belehrt, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Folgen das Gericht von dem in Aussicht gestellten Ergebnis abweichen kann, ist er vom Gericht nicht in die Lage versetzt, eine autonome Entscheidung über seine Mitwirkung an der Verständigung zu treffen (vgl. hierzu BVerfG NJW 2013, 1058, 1067 – Rn. 99).

2. Für das Beruhen auf dieser Gesetzesverletzung sind die Voraussetzungen maßgeblich, unter denen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausnahmsweise ein Beruhen des Urteils auf der Verletzung der Belehrungspflicht aus § 257c Abs. 5 StPO ausgeschlossen werden kann (vgl. BVerfG aaO Rn. 99). Es müssen zum Beispiel Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dem nicht vorbestraften Angeklagten auch ohne entsprechende Belehrung durch das Gericht – etwa aus anderen Strafverfahren oder Gesprächen mit seinem Verteidiger – bekannt gewesen sein könnte, wann die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt.

3. Der Umstand, dass die Bindung des Gerichts an die Verständigung im konkreten Fall nicht gemäß § 257c Abs. 4 StPO entfallen ist und das Landgericht die zugesagte Strafobergrenze eingehalten hat, schließt das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstöß nicht aus (vgl. BVerfG aaO Rn. 127).

4. Zwar reicht zur Wahrung einer Rechtsmittelfrist die Einreichung einer in fremder Sprache (hier: englischer Sprache) gehaltenen Rechtsmittelschrift an sich nicht aus. Es genügt jedoch, wenn schon der deutschen Belegzeile zweifelsfrei zu entnehmen ist, dass der Angeklagte das betroffene Urteil mit dem dafür zulässigen Rechtsmittel (vgl. § 300 StPO) anfechten will (§ 341 Abs. 1 StPO).

**657. BGH 5 StR 139/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Berlin)**

Strafraahmenverschiebungen als Gegenstand von Verfahrensabsprachen (Auswirkungen der „Deal-Entscheidung“ des BVerfG).  
§ 257c StPO

1. Wird bei einer Verständigung die Annahme eines minder schweren Falles ohnehin vorausgesetzt, ist dies verfassungsrechtlich unbedenklich. Dagegen kann es nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (HRRS 2013 Nr. 222) durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken erwecken, wenn die Annahme des minder schweren Falles von der Abgabe eines Geständnisses abhängig gemacht hat. Bereits an der Vielgestaltigkeit denkbarer Verfahrensabläufe erweist sich indessen, dass die revisionsrechtliche Beurteilung von Verfahrensabsprachen die Kenntnis der Details voraussetzt. Demgemäß muss die Beanstandung bei Anfechtung des Schuldspruchs im Rahmen einer dahingehenden Verfahrensrüge erfolgen.

2. Der Senat gibt zu bedenken, ob nach dem Gesamtzusammenhang des genannten Urteils des Bundesverfassungsgerichts Verfassungsgründe gegen die Einbeziehung von Sonderstrafrahmen in eine Verständigung gemäß § 257c StPO jedenfalls dann ausgeschlossen werden

können, wenn die Zubilligung des Sonderstrafrahmens in nach herkömmlichen Strafzumessungsregeln nicht zu beanstandender Weise an den aus dem Geständnis abzuleitenden bestimmenden Strafzumessungsgrund anknüpft. Dem stehen als rechtsfehlerhaft zu erachtende Absprachen gegenüber, in denen sich aus der Verfahrensgestaltung im Zuge der Verständigung Anhaltspunkte für eine die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten sachwidrig beeinträchtigende Drucksituation ableiten lassen.

**611. BGH 2 StR 504/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Beweisantragsrecht (Zulässigkeit des Beweisantrags über vermutete Tatsachen; Beweisantrag ins Blaue hinein); revisionsrechtliche Rüge eines abgelehnten Beweisantrags (Zulässigkeitsvoraussetzungen); Untreue (Vermögensbetreuungspflicht).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 266 Abs. 1 StGB

1. Es kann dem Antragsteller grundsätzlich nicht verwehrt sein, auch solche Tatsachen zum Gegenstand eines Beweisantrags zu machen, deren Richtigkeit er lediglich vermutet oder für möglich hält (st. Rspr.). Einem in die Form eines Beweisantrags gekleideten Beweisbegehren muss jedoch ausnahmsweise nicht oder allenfalls nach Maßgabe der Aufklärungspflicht nachgegangen werden, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung aufs Geratewohl ins Blaue hinein aufgestellt wurde, so dass es sich nur um einen nicht ernstlich gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt. Für die Beurteilung, ob ein aufs Geratewohl gestellter Antrag vorliegt, ist die Sichtweise eines verständigen Antragstellers entscheidend. Es kommt nicht darauf an, ob das Tatgericht eine beantragte Beweiserhebung für erforderlich hält (vgl. BGH NStZ 2003, 497).

2. Für die Rüge der fehlerhaften Ablehnung von Beweisanträgen genügen grundsätzlich schon eine Wiedergabe des Antrags und des Ablehnungsbeschlusses sowie eine Mitteilung der Tatsachen, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses ergibt (vgl. BGH NJW 1998, 3284). Zum Beruhen des Urteils auf der fehlerhaften Ablehnung muss die Revision regelmäßig nicht vortragen.

**635. BGH 3 StR 35/13 – Beschluss vom 15. April 2013 (LG Koblenz)**

Amtsaufklärungsgrundsatz (Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Vorhandensein eines Geständnisses); rechtsradikale kriminelle Vereinigung (Verhältnis von Gründung und Mitgliedschaft).

§ 129a StGB; § 244 StPO; § 261 StPO

1. Die Pflicht zur Aufklärung der materiellen Wahrheit im Strafprozess bestimmt den Umfang der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung. Die Würdigung der Beweise (§ 261 StPO) bildet wiederum die Grundlage für den Schuldspruch und die Festsetzung der entsprechenden Rechtsfolgen. Die Amtsaufklärungspflicht darf – schon wegen der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 Abs. 3 GG) – nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert

und kann nicht zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts gestellt werden.

2. Es ist daher unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte – unter Umständen aufgrund einer Verständigung – geständig gezeigt hat. Das Tatgericht muss stets, will es die Verurteilung des Angeklagten auf dessen Einlassung stützen, von deren Richtigkeit überzeugt sein. Es ist deshalb zu untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt. Die Beschränkung der Beweiswürdigung im Wesentlichen auf den bloßen Hinweis, der Angeklagte sei geständig gewesen, genügt insbesondere dann nicht, wenn aufgrund der Komplexität und der zahlreichen Details des festgestellten Sachverhalts Zweifel bestehen können, dass der Angeklagte an das Tatgeschehen eine auch in den Einzelheiten genügende Erinnerung hat.

**604. BGH 1 StR 633/12 – Beschluss vom 16. Mai 2013 (BGH)**

Anhörungsrüge (Einlegungsfrist); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung von Verteidigerverschulden: analoge Anwendung der Vorschriften des BVerfGG); Gegenvorstellung.

§ 356a Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG

1. Im Rahmen der Anhörungsrüge ist ein Verschulden seiner Verteidiger dem Verurteilten – anders als sonst im Strafverfahren – bei der Prüfung, ob die Versäumung der Wochenfrist des § 356a Satz 2 StPO unverschuldet war, zuzurechnen. Die Anhörungsrüge stellt sich als Vorstufe der Verfassungsbeschwerde gegen die Revisionsentscheidung auf fachgerichtlicher Ebene dar, so dass wie bei der Verfassungsbeschwerde die Zurechnung eines Verschuldens des (der) Verteidiger(s) entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG zu erfolgen hat. Dagegen wäre ein Fehler einer sorgfältig ausgewählten und überwachten Kanzleikraft den Verteidigern – und damit auch dem Verurteilten – nicht anzulasten, da die Verteidiger grundsätzlich auf die Befolgung ihrer Anweisungen vertrauen dürfen.

2. Regelmäßig eröffnet eine Gegenvorstellung nicht die Möglichkeit, eine Entscheidung, die zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens geführt hat, aufzuheben, abzuändern oder zu ergänzen (st. Rspr.)

**587. BGH 4 StR 106/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Dessau-Roßlau)**

Konzentrationsmaxime (unzulässige wiederholte Unterbrechung für dreißig Tage; Unmittelbarkeitsgrundsatz; Mündlichkeitsgrundsatz).

§ 229 Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 337 StPO

1. Sinn der § 229 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StPO ist es, das Gericht an eine möglichst enge Aufeinanderfolge der Verhandlungstage zu binden, damit die zu erlassende Entscheidung unter dem lebendigen Eindruck des zusammenhängenden Bildes des gesamten Verhandlungsstoffs ergeht. Sie soll gewährleisten, dass der Urteils-

spruch aus dem „Inbegriff der Verhandlung“ gewonnen werden kann und nicht dem Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung zuwider den Akten entnommen werden muss (vgl. BGH NJW 1996, 3019 mwN).

2. Von der Unterbrechungsmöglichkeit des § 229 Abs. 2 StPO kann das Gericht grundsätzlich beliebig oft Gebrauch machen; es muss jedoch seit einer früheren Unterbrechung um einen Monat seither an weiteren zehn Tagen verhandelt worden und eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung ausgeschlossen sein.

3. Das Beruhen des Urteils im Sinne des § 337 Abs. 1 StPO auf einem Verstoß gegen § 229 StPO kann regelmäßig nicht ausgeschlossen werden (BGHSt 23, 224, 225; NJW 1952, 1149 f.; NStZ 2008, 115).

**640. BGH 3 StR 67/13 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Oldenburg)**

Anforderungen an die Darlegungen in den Urteilsgründen bei Verurteilung allein aufgrund einer Übereinstimmung von DNA-Merkmalen.

§ 261 StPO; § 267 StPO

Das Tatgericht hat in den Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und ob die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen, den Erkenntnissen der Wissenschaft und den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens möglich sind. Für die Überprüfung durch das Revisionsgericht, ob das Ergebnis einer auf einer DNA-Untersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung plausibel ist, bedeutet dies, dass das Tatgericht jedenfalls mitteilen muss, wie viele Systeme untersucht wurden, ob diese unabhängig voneinander vererbbar sind (und mithin die Produktregel anwendbar ist), ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalkombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist. Sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, ist zudem darzulegen, inwieweit dies bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war (vgl. bereits BGH HRRS 2013 Nr. 431).

**607. BGH 2 StR 19/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Kassel)**

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des notwendigen Verteidigers (Abwesenheit während der Vernehmung eines Zeugen); Anordnung des Verfalls (erlangtes Etwas bei Mittätern; entgegenstehende Ansprüche Dritter bei Wertersatzverfall).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 73 Abs. 1; Abs. 4 StGB; § 73a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Die Vernehmung von Zeugen stellt ebenso wie die Einlassung eines Mitangeklagten zur Sache einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO dar (vgl. BGHSt 9, 243, 244).

2. Teilen Mittäter die Beute der Tat unter sich, so hat grundsätzlich jeder nur seinen eigenen Anteil aus der Tat erlangt (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 10, 11). Die Inanspruchnahme eines Täters über das gesamte Erlangte ist nur rechtsfehlerfrei, wenn der Angeklagte den gesamten Betrag entweder selbst erlangt oder zumindest faktische (Mit-)Verfügungsgewalt über ihn erworben gehabt hätte (vgl. BGHSt 52, 227, 256).

3. Auch der Wertersatzverfall (§ 73a StGB) ist gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ausgeschlossen, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Ersatzanspruch erwachsen ist.

**595. BGH 1 StR 122/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Sitzungspolizei (Ausschluss von „Nichtstörern“; Rügepräklusion: Zwischenrechtsbehelf; Öffentlichkeitsgrundsatz); Strafzumessung.

§ 176 GVG; § 238 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 1 StGB

Die sitzungspolizeilich angeordnete Entfernung sämtlicher Zuhörer mit Ausnahme der Pressevertreter als Ausschluss der Öffentlichkeit stellt wegen der Berührung des Grundsatzes der Öffentlichkeit eine sachleitende Maßnahme im Sinne des § 238 Abs. 2 StPO dar (BGH NStZ 2008, 582). Die Verteidigung ist in diesem Fall gehalten, die Anordnungen des Vorsitzenden zu beanstanden und eine Entscheidung des Gerichts nach § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen, wenn sie die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes rügen will.

**574. BGH 2 StR 127/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Aachen)**

Unwirksamer Verbindungsbeschluss (unzuständiges Gericht; Heilung durch Nachholung seitens des Revisionsgerichts).

§ 4 StPO; § 6 StPO

Betrifft eine Verfahrensverbindung nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit, kann sie nicht durch eine Vereinbarung der beteiligten Gerichte (§ 13 Abs. 2 StPO) herbeigeführt werden (BGHSt 22, 232, 234). Erforderlich ist die Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts. Das Revisionsgericht kann eine nicht wirksame Verbindung zwar grundsätzlich nachholen (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 170). Dies ist jedoch dann unmöglich, wenn das Verfahren eingestellt worden ist mit der Folge, dass dieser Komplex nicht mehr Gegenstand des Urteils und der Revision ist.

**596. BGH 1 StR 137/13 – Beschluss vom 2. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Revisionseinlegungsfrist: Begründung).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

Nach § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Gemäß § 45 Abs. 2 StPO muss der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Revisionseinlegungsfrist deshalb Angaben nicht nur über die versäumte Frist und den Hinderungsgrund, sondern auch über den genauen Zeitpunkt des

Wegfalls des Hindernisses enthalten (vgl. BGH NStZ 1987, 217).

**613. BGH 4 StR 121/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Passau)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Voraussetzungen: Angabe des Zeitpunkts, zu dem das Fristwahrungshindernis entfallen ist); Belehrungspflichten (Zeitpunkt; Beschuldigter).

§ 44 Abs. 1 StPO; § 45 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

Nach § 45 Abs. 1 StPO ist der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Damit die Einhaltung der Wochenfrist überprüft werden kann, bedarf es zur formgerechten Anbringung eines Wiedereinsetzungsgesuchs in den Fällen, in denen dies nach Aktenlage nicht offensichtlich ist, der Mitteilung, wann das Hindernis, das der Fristwahrung entgegenstand, weggefallen ist (vgl. BGH NStZ 2012, 276, 277).

**622. BGH 1 StR 232/13 – Beschluss vom 7. Juni 2013 (LG München I)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Zulässigkeitsvoraussetzungen: Angabe des Hinderungsgrunds und des Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernis; Frist).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 1 StPO

Die gesetzlich geforderten Angaben im Wiedereinsetzungsgesuch über die versäumte Frist, den Hinderungsgrund und über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses sind Zulässigkeitsvoraussetzungen, die innerhalb der Wochenfrist des § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO vorgebracht werden müssen.

**645. BGH 3 StR 426/12 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Hannover)**

Anforderungen an die Einlegung einer zugunsten des Angeklagten eingelegten Revision der Staatsanwaltschaft.

§ 296 Abs. 2 StPO

Zugunsten eines Beschuldigten ist ein Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft nur eingelegt, wenn sich dies aus der Einlegung oder Begründung ergibt. Ist ein derartiger Wille weder aus der Rechtsmittelschrift noch aus der Begründung zu entnehmen, fehlt es also an jeglicher entsprechenden Erklärung, dass das Rechtsmittel zugunsten des Beschuldigten eingelegt werde, muss regelmäßig ein von der Staatsanwaltschaft eingelegtes Rechtsmittel als zu dessen Ungunsten geltend gemacht angesehen werden

**617. BGH 4 StR 485/12 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Siegen)**

Urteilsbegründung (Darstellung der festgestellten Tatsachen; neuerliche Feststellung bei Aufhebung und Zurückverweisung eines Urteils).

§ 267 Abs. 1 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

Nach Aufhebung eines freisprechenden Urteils hat der neue Tatrichter ohne Bindung an die im ersten Rechtszug zum Nachteil von früheren Mitangeklagten getroffenen Feststellungen insgesamt neue Feststellungen zu treffen, da der freigesprochene Angeklagte das Urteil insoweit nicht hätte anfechten können (vgl. BGH NStZ 2004, 499).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**655. BGH 5 StR 130/13 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Dresden)**

BGHSt; Schleusungstatbestände des Aufenthaltsstrafrechts (Verhältnis zum ggf. täterschaftlichen eigenen Machen falscher Angaben des Schleusers); Vollendung und Beendigung beim Machen unrichtiger Angaben; Verjährung bei der Bestechlichkeit.

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 78 StGB; § 332 StGB

1. Der Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (§ 92a Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990) steht es nicht grundsätzlich entgegen, dass derjenige, der durch sein Handeln zugleich Falschangaben eines anderen unterstützt, bei isolierter Betrachtung als Täter einer Straftat nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990) anzusehen wäre. (BGHSt)

2. Der Gesetzgeber sieht den Kern des Schleusungsrechts in entgeltlichen oder wiederholten Beihilfe- und Anstiftungshandlungen. Er hat deswegen in § 96 Abs. 1 AufenthG (§ 92a Abs. 1 AuslG 1990) in selbständigen Tatbeständen die Beteiligung zur Täterschaft erhoben. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut kommt es dabei darauf an, ob der Täter des § 96 Abs. 1 AufenthG (§ 92a Abs. 1 AuslG 1990) durch seinen Beitrag (gegebenenfalls auch) zu den dort in Bezug genommenen Straftaten Hilfe geleistet oder zu ihnen angestiftet hat. (Bearbeiter)

3. Im Hinblick auf die Verselbständigung der Schleusungstatbestände kann dagegen nicht ausschlaggebend sein, ob der Betroffene, wenn er nur nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990) verurteilt würde, als Teilnehmer oder (auch) als Täter zu bestrafen wäre (Abgrenzung zu BGH HRRS 2008 Nr. 123). Dass

der Gesetzgeber solche „doppelgesichtigen“ Handlungen durch eine enge Anknüpfung an die Entscheidung für oder gegen eine Täterschaft hinsichtlich des isoliert betrachteten § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990) aus den Schleusungsdelikten ausgrenzen wollte, liegt gänzlich fern. Eine Interpretation in diesem Sinn wäre geeignet, nicht auflösbare Wertungswidersprüche hervorzurufen. (Bearbeiter)

4. Die Vollendung des abstrakten Gefährdungsdelikts nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990) tritt in seiner ersten Fallvariante ein, sobald die Falschangaben gemacht sind. Eine Beendigung liegt dagegen frühestens mit der Erteilung des erschlienenen Aufenthaltstitels vor, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Angriff auf das von der Vorschrift geschützte Rechtsgut abgeschlossen sein kann. (Bearbeiter)

#### **600. BGH 5 StR 551/11 – Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Berlin)**

Untreuevorsatz und Vermögensnachteil bei der Übernahme einer existenzgefährdenden Mietgarantie durch Immobilienfonds (überschießende Innentendenz und voluntatives Element des Vorsatzes bei Risikogeschäften: maßgebliche Indizien; Pflichtwidrigkeit und Einverständnis im Konzern: Existenzgefährdung); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Entgrenzungsverbot; Verschleifungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

1. Der Vorsatz muss sich auf sämtliche Merkmale des Untreuetatbestands beziehen. Bei Risikogeschäften sind an die Feststellung der inneren Tatseite erhöhte Anforderungen zu stellen. Dies betrifft beide Vorsatzbestandteile. Die Möglichkeit einer Vermögensgefährdung ist dem Risikogeschäft immanent. Die bewusste Eingehung des immanenten Risikos kann deshalb für sich genommen nicht ausreichen, weil Risiken wesentliche Strukturelemente im marktwirtschaftlichen System sind und die Eingehung von Risiken notwendiger Bestandteil unternehmerischen Handelns ist.

2. Die Rechtsprechung hat deshalb die innere Tatseite bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen besonderen Prüfungskriterien unterworfen. So ist auf der kognitiven Ebene zu verlangen, dass der Täter das von ihm eingegangene Risiko zutreffend bewertet hat. Da die Untreue ein Vorsatzdelikt ist, bildet der vom Tatgericht festzustellende Umfang der Kenntnis von den Risikofaktoren und dem Risikograd den Maßstab für die Prüfung des kognitiven Vorsatzelements (§ 16 StGB).

3. Für die Praxis bedeutsamer sind allerdings die Anforderungen an das voluntative Vorsatzelement. Anders als etwa bei Kapitaldelikten lässt sich das voluntative Element nicht bereits weitgehend aus dem Gefährdungspotential der Handlung ableiten. Der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts allein kann kein Kriterium für die Entscheidung der Frage sein, ob der Angeklagte mit dem Erfolg auch einverstanden war. Es kommt vielmehr immer auch auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbesondere die Motive und die Interessenlage des Angeklagten zu beachten sind (BGHSt 46, 30, 35). Dabei ist zudem bei der Beurteilung eines Ge-

schaftsvorgangs, bei dem keine Indizien für einen auch nur mittelbaren persönlichen Vorteil der Beteiligten bestehen, besondere Skepsis hinsichtlich des voluntativen Elements geboten.

4. Für das voluntative Element kann es nicht ausreichen, dass der Betreffende allein die Gefährdungslage billigt. Vielmehr kann nur dann von einer billigenden Inkaufnahme eines Nachteils im Sinne des § 266 StGB ausgegangen werden, wenn der Täter nicht nur die konkrete Gefahr in Kauf nimmt, sondern darüber hinaus auch die Realisierung dieser Gefahr billigt, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 121; 52, 182, 189 f.).

5. Für die beweismäßige Feststellung des voluntativen Vorsatzelements kommt freilich dem auch vom Täter erkannten Gefährdungsgrad ein erhebliches indizielles Gewicht zu. Für je wahrscheinlicher der Täter den Erfolgseintritt hält, umso mehr spricht dafür, dass er sich letztlich mit einem Schadenseintritt abfindet. Denn die bloße Hoffnung auf den guten Ausgang steht der Annahme eines Vorsatzes nicht entgegen.

6. Ebenso wie die Verschleierung von Risiken ein Anzeichen für das Vorliegen einer Billigung des Eintritts einer schadensgleichen Vermögensgefährdung sein kann (BGHSt 47, 148, 157), gilt umgekehrt, dass eine transparente und ordnungsgemäße Bilanzierung indiziell gegen eine willentliche Schadenszufügung sprechen kann.

7. Der Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit einerseits und zur Nachteilszufügung andererseits innerhalb des § 266 StGB sind unabhängig voneinander zu prüfen. Die innere Tatseite hinsichtlich des Merkmals des Nachteils darf nicht dergestalt in der des Merkmals der Pflichtwidrigkeit aufgehen, dass es seiner eigenständigen Bedeutung weitgehend beraubt wäre. Auch wenn die Pflichtwidrigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem Nachteil steht, weil die Pflichtwidrigkeit der Handlung sich häufig gerade aus der für das betreute Vermögen innewohnenden Gefährdung ergibt, ist auch in subjektiver Hinsicht zu unterscheiden zwischen dem Vorsatz hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und hinsichtlich der Nachteilszufügung.

8. Tatbestandsmäßig im Sinne des § 266 StGB ist eine Pflichtwidrigkeit nur dann, wenn sie klar und evident war (siehe dazu BVerfGE 126, 170, 210 f.). Deshalb hat die Rechtsprechung grundsätzlich nur schwere Pflichtverletzungen ausreichen lassen (BGHSt 47, 148, 152 f.; 47, 187, 197).

9. Nach der Rechtsprechung bildet der existenzgefährdende Eingriff als Grenze der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters den Oberbegriff, der die Unterfälle Beeinträchtigung des Stammkapitals sowie Entziehung der Produktionsgrundlagen oder Gefährdung der Liquidität umfasst (BGHSt 54, 52, 58; vgl. auch BGHSt 49, 147, 158).

#### **593. BGH 5 StR 581/12 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Lübeck)**

Voraussetzungen des Betruges bei der Erlangung von Rabatten für preisgebundene Medikamente (Vermö-

gensschaden beim Rabattbetrug: Krankenhauspreise und alternative Beschaffungsmöglichkeiten; Mittäterschaft: Darlegungsanforderungen); Abgrenzung Tun und Unterlassen (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Verweisungen auf Selbstleerverfahren; Grenzen der Verständigung (geeignete Fälle; Einstellungen).

§ 263 StGB; § 13 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 78 AMG; § 1 Abs. 3 Nr. 2 AMPPreisV; § 249 StPO; § 257c StPO; § 153 StPO; § 153a StPO

1. Auch bei der unberechtigten Anwendung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AMPPreisV auf einen Verkauf von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln außerhalb des Krankenhausbereichs darf sich die Schadensfeststellung nicht in einem Vergleich der Preise für Fertigarzneimittel aus dem Krankenhaus- und dem Offizinbereich erschöpfen. Die täuschungsbedingte Erzielung niedrigerer Preise begründet nicht ohne weiteres einen Vermögensschaden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die erzielten Preise zumindest kostendeckend sind. Da der Betrug nicht die Vermögensmehrung schützt, sondern nur den Vermögensbestand, kommt eine Verurteilung wegen Betruges nur dann in Betracht, wenn die Möglichkeit des Absatzes für das liefernde Unternehmen auch zu dem höheren Preis gesichert erscheint. Nur in diesem Fall läge nämlich ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB vor (BGH NJW 2004, 2603; 1991, 2573).

2. Bei der Schadensberechnung sind in diesem Fall mögliche andere Bezugsquellen zu berücksichtigen. Es bedarf der Erörterung, ob sich die Arzneimittel auf dem Generika-Markt oder dem Markt für Parallelimporte zu ähnlichen, jedenfalls günstigeren Bedingungen hätten beschaffen lassen. Die Differenz zum Offizinpreis stellt nicht zwangsläufig den Schaden dar, wenn das Arzneimittel anderweitig hätte günstiger beschafft werden können.

3. Dies gilt auch für die Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln. Insoweit muss geprüft werden, ob ohne den Ansatz des Herstellerrabatts (§ 130a SGB V) vergleichbar günstig Produktalternativen zur Verfügung gestanden hätten.

4. Ist die Schadensberechnung beim Betrug kein lediglich einfacher Rechenschritt, bei dem die bloße Ergebnismitteilung ausreichen könnte, müssen die Urteilsgründe den konkreten Rechnungsweg wenigstens in seinen grundlegenden Zügen aufnehmen.

5. Entsteht der Vermögensschaden durch eine Fehlinterpretation gesetzlichen Preisfestsetzung, muss für den Vorsatz des Angeklagten beim Betrug belegt sein, dass die Angeklagten nicht von der Zulässigkeit der von ihnen vorgenommenen Preisansetzung ausgegangen sind (hier: ambulante Behandlung von Patienten durch ermächtigte Krankenhausärzte in den Räumen des Krankenhauses).

6. Die Formulierung: „Die Angeklagten wirkten mit“, ist zu floskelhaft, um dem Revisionsgericht insbesondere bei der Beurteilung eines Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen eine Überprüfung der Verurteilung der Angeklagten als Mittäter zu ermöglichen.

7. Gegen nicht geständige Angeklagte kann eine Verständigung nach § 257c StPO allenfalls in Ausnahmekonstel-

lationen möglich sein (§ 257c Abs. 2 Satz 3 StPO), weil in solchen Fällen eine nicht hinnehmbare Beschränkung der unbedingten Pflicht zur umfassenden Wahrheitsermittlung zu besorgen sein könnte (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1068 f.).

#### **646. BGH 3 StR 437/12 – Beschluss vom 28. Mai 2013**

Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH zum europäischen Arzneimittelbegriff (Anwendung auf gesundheitsschädigend wirkende Stoffe ohne therapeutischen Nutzen).

§ 2 AMG; RL 2001/83/EG; RL 2004/27/EG

1. In § 2 AMG ist die Richtlinie 2001/83/EG in der Fassung der Richtlinie 2004/27/EG umgesetzt und der europäische Arzneimittelbegriff in das deutsche Arzneimittelrecht übernommen worden. Deshalb kommt es für die in Rechtsprechung und Literatur bislang umstrittene Frage, ob auch gesundheitsschädigend wirkende Stoffe ohne therapeutischen Nutzen unter den Arzneimittelbegriff fallen, wenn sie allein wegen ihrer psychoaktiven Wirkung eingenommen werden, auf die – autonom vorzunehmende – Auslegung des unionsrechtlichen Arzneimittelbegriffs an, für die nicht auf die frühere nationale Rechtsprechung zum deutschen Arzneimittelbegriff angeknüpft werden kann. Diese Auslegung des europäischen Rechts obliegt allein dem Gerichtshof der Europäischen Union.

2. Die Produktgruppe der Arzneimittel ist von jeher durch die spezifische Zwecksetzung der Heilung, Verhütung und Diagnose von Krankheiten geprägt. Mit diesem allgemeinen Begriffsverständnis ist es nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen, auch solche Stoffe oder Stoffzubereitungen unter den Begriff des Funktionsarzneimittels zu subsumieren, die zwar unzweifelhaft die körperlichen Funktionen beeinflussen, wie ein Gift aber ausschließlich gesundheitsschädliche Wirkungen haben. Die „Funktion“ des Arzneimittels läge dann allein in der Auslösung von Gesundheitsgefahren.

3. Es stellt sich mithin die grundsätzliche Frage, ob ein Stoff, der allein im Hinblick auf seine gesundheitsschädigende Wirkung als Rauschgift erzeugt und vertrieben wird, unter den Oberbegriff des „Arzneimittels“ gefasst werden kann. Diese Frage hat der EuGH bisher weder im Sinne eines „acte éclairé“ noch eines „acte clair“ entschieden.

#### **679. BGH 5 StR 309/12 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Potsdam)**

Nachteilsfeststellung bei der Untreue (Erfordernis eigenständiger Feststellungen; Verschleifungsverbot; schadensgleiche Vermögensgefährdung aufgrund drohender Inanspruchnahme aus Lohn- und Gehaltsforderungen bei Betriebsübergang); Insolvenzverschleppung; Bankrott; Anstiftung (omnimodo facturus).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15a InsO; § 283 StGB; § 26 StGB; § 613a BGB

1. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist auf der Grundlage eigenständiger Feststellungen in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise darzulegen. Dabei macht erst die konkrete wirtschaftliche Auswirkung eine zu-

künftige Verlustgefahr zu einem wirtschaftlichen Schaden (BVerfG HRRS 2010 Nr. 656).

2. Werden bei einem Betriebsübergang Lohn- und Gehaltsforderungen nicht vom übernehmenden Unternehmen getragen, begründet das dann keinen Nachteil i.S.d. § 266 StGB für das Vermögen des übertragenden Unternehmens, wenn dieses im Innenverhältnis gegenüber dem Nachfolgeunternehmen freigestellt ist. Die Rechtsfolge des § 613a BGB ist insoweit kein im Rahmen des Untreuetatbestands nach § 266 StGB unbeachtlicher Kompensationsanspruch, sondern kann – je nach Art der gewählten Konstruktion der Überleitung der Betriebsmittel – als ein im Rahmen der Gesamtsaldierung zugunsten des Treuenehmers zu berücksichtigender Schadensauschlussgrund anzusehen sein.

**626. BGH 1 StR 626/12 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitgebers); Beihilfe (Tatmehrheit); Absehen von der Aufhebung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; verfassungskonforme Auslegung).

§ 266a StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Die Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs in § 266a StGB richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt. Arbeitgeber ist dementsprechend der nach §§ 611 ff. BGB Dienstberechtigte, also derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, das sich vornehmlich in seiner regelmäßig mit einem Weisungsrecht des Arbeitgebers verbundenen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich (vgl. BGH wistra 2010, 29).

**597. BGH 1 StR 178/13 – Beschluss vom 6. Mai 2013 (LG Offenburg)**

Vergewaltigung (Täterschaft: eigenhändige Verwirklichung); Anordnung der Jugendstrafe (Voraussetzungen: Schwere der Schuld; Strafzumessung).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

1. Der Senat neigt dazu, bereits das Vorliegen eines gewissen Schuldausmaßes allein als Anordnungsgrund einer auf das Merkmal der „Schwere der Schuld“ gestützten Jugendstrafe ohne eine faktische Erziehungsfähigkeit und -bedürftigkeit des jugendlichen oder heranwachsenden Täters genügen zu lassen. Weder der Wortlaut von § 17 Abs. 2 JGG noch dessen Entstehungsgeschichte deuten auf ein kumulatives Erfordernis eines solchen Erziehungsbedürfnisses als Anordnungsvoraussetzung der Jugendstrafe hin. Es entspricht zudem der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, im Rahmen der Strafbemessung der Jugendstrafe gemäß § 18 Abs. 2 JGG neben der Erziehungswirksamkeit auch andere Strafzwecke, bei schweren Straftaten vor allem das Erfordernis des gerechten Schuldausgleichs, zu berücksichtigen (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 290, 291). Dem Gedanken des Schuldausgleichs ist insbesondere bei fünf Jahre übersteigenden Jugendstrafen Bedeutung zuzumessen, weil bei derartigen Verbüßungszeiträumen eine (weitere) erzieherische Wirkung bezweifelt wird (vgl. BGH NStZ 1996, 232 f.).

2. Nach der wesentlich auf den Wortlaut „der Täter“ in § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB abstellenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht das Regelbeispiel nur derjenige Tatbeteiligte, der in eigener Person eine der in der Vorschrift genannten sexuellen Handlungen verwirklicht (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 326). Tatbeteiligte, bei denen diese eigenhändige Verwirklichung nicht vorliegt, können nicht als Mittäter einer Vergewaltigung verurteilt werden.

# Die Europäisierung des Strafrechts nach Art. 83 Abs. 2 AEUV am Beispiel des Marktmissbrauchsrechts: Anmerkungen zu einem Fehlstart

Von Prof. Dr. Christian Schröder, Halle/Berlin

## I. Einleitung

Die Europäische Kommission hat im Herbst des Jahres 2011 den Entwurf einer umfassenden Reform des Rechts zur Bekämpfung von Insidergeschäften und der Marktmanipulation vorgelegt. Zum einen handelt es sich um einen Vorschlag für eine EU-Verordnung über „Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch)“.<sup>1</sup> Neben dieser Verordnung steht ein Vorschlag für eine Richtlinie „über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation“.<sup>2</sup> Die EU-Kommission strebt auf dem Gebiet der strafrechtlichen Regelungen eine Harmonisierung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV an. Mithin steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, in einzelnen Punkten über die Mindestvorschriften hinaus zu gehen.

Im Mittelpunkt dieses Aufsatzes stehen einige grundsätzliche Fragen, die das Reformpaket aus strafrechtlicher Sicht aufwirft. Die kapitalmarktrechtlichen Einzelfragen, die das Reformvorhaben anspricht, wurden in der Literatur bereits diskutiert.<sup>3</sup> Sie sollen nur am Rande und dort angesprochen werden, wo sie auch strafrechtlich von Interesse sind.

## II. Zusammenspiel der Vorschläge

Der Regelungskomplex speist sich aus zwei EU-Rechtsquellen. Der Richtlinienentwurf (im Folgenden: RiIM-E) verpflichtet die Mitgliedstaaten, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass bestimmte Insider-Geschäfte (Art. 3 RiIM-E) und Marktmanipulationen (Art. 4 RiIM-E) Straftaten darstellen. Weiterhin sieht der RiIM-E vor, dass auch der Ver-

such sowie die Anstiftung und Beihilfe zu entsprechenden Taten geahndet werden können. Art. 7 RiIM-E regelt eine Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Art. 8 RiIM-E fordert, dass in den Mitgliedstaaten Sanktionen gegen juristische Personen verhängt werden können.

Der Verordnungsentwurf (im Folgenden: MMVO-E) ist für das Strafrecht vor allem dort von Interesse, wo er abschließende Regelungen enthält. Bei der EU-Verordnung handelt es sich gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV um diejenige Normenkategorie des europäischen Sekundärrechts, die unmittelbar anwendbar ist und den Einzelnen berechtigen und verpflichten, also als Gesetz im materiellen Sinne bezeichnet werden kann. Soweit eine EU-Verordnung z. B. unionsweite Verbotstatbestände formuliert, knüpft das Strafrecht daran an. Man kann auch davon sprechen, dass der Unrechtstatbestand durch unmittelbar anwendbare EU-Vorschriften ganz oder teilweise europäisiert wird. Diese Verzahnung des Strafrechts mit unmittelbar anwendbaren Vorschriften einer EU-Verordnung ist auf zahlreichen Gebieten des Nebenstrafrechts bekannt. Soweit eine EU-Verordnung abschließende Regelungen enthält, verweist das deutsche Blankettstrafgesetz hinsichtlich der strafbewehrten Handlung auf einzelne Artikel der EU-Verordnung.

## III. Kompetenzrechtlicher Hintergrund der Rechtsangleichung

Die EU-Kommission stützt die Angleichung der strafrechtlichen Mindestvorschriften auf Art. 83 Abs. 2 AEUV. Diese Vorschrift wurde durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügt und spricht ein kompetenzrechtlich heikles Gebiet an.<sup>4</sup> Es geht um bereits durch EU-Recht harmonisierte Bereiche, auf denen Art. 83 Abs. 2 S. 1 AEUV die Möglichkeit vorsieht, durch EU-Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen festzulegen. Diese Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften muss als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der

<sup>1</sup> Vorschlag der Europäischen Kommission vom 20.10.2011, KOM (2011), 651 endgültig in der geänderten Fassung vom 25.07.2012, KOM (2012), 421 final.

<sup>2</sup> Vorschlag der Europäischen Kommission vom 20.10.2011, KOM (2011), 654 endgültig in der geänderten Fassung vom 25.07.2012, KOM (2012), 420 final.

<sup>3</sup> Unmittelbar nach der Vorstellung des Entwurfs bereits *Veil/Koch WM* 2011, 2297 ff.; siehe ferner *Barta DZW* 2012, 178 ff.; *Hellgardt AG* 2012, 154 ff.; *Viciano-Goffjerje/Cascante NZG* 2012, 968 ff., alle mit weiteren Nachweisen.

<sup>4</sup> *Schröder*, in: *Festschrift für Achenbach* (2011), S. 491, 495 f.; *Schützendübel*, *Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen* (2012), S. 39 ff.

Union erscheinen. In der Sache geht es um das, was man im Lichte der Rechtsprechung des EuGH als „Annexkompetenz“ bezeichnen kann.<sup>5</sup> Die Grenzen dieser Kompetenzzuweisung sind eng, weil nach dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 2 AEUV eine auch das Strafrecht erfassende Harmonisierung „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ sein muss.<sup>6</sup>

## 1. Ablehnende Haltung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat dem Entwurf der EU-Kommission in einer Beschlussempfehlung vom 23. Mai 2012 unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten einstweilen eine Absage erteilt.<sup>7</sup> Es könnte sich um eine BT-Drucksache mit historischem Inhalt handeln, denn der Rechtsausschuss kündigt an, das Lissabon-Urteil des BVerfG ernst zu nehmen und das Harmonisierungsvorhaben zumindest in Deutschland scheitern zu lassen. Schon in der Einleitung fallen Sätze, bei denen sich mancher Leser die Augen reiben dürfte. Die EU-Kommission habe nicht hinreichend dargelegt, warum die vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen zur Erreichung des angestrebten Ziels „unerlässlich“ im Sinne des Art. 83 Abs. 2 AEUV seien. Ferner fasse der Richtlinienentwurf einzelne Tathandlungen bedenklich weit, was für den Rechtsausschuss die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem grundrechtlichen Bestimmtheitsgebot aufwirft. Damit hält der Rechtsausschuss der EU-Kommission entgegen, in zwei zentralen Punkten einen unzureichenden Entwurf vorgelegt zu haben.

## 2. Begründung der EU-Kommission

Die EU-Kommission hat dem RiIM-E eine Begründung vorangestellt, in der sie den „Hintergrund des vorgeschlagenen Rechtsakts“ erläutert. Danach meint die EU-Kommission, im Einklang mit dem „Stockholmer Programm“ und den Schlussfolgerungen des Rates „Justiz und Inneres“ zur Verhinderung von Wirtschaftskrisen und der Unterstützung der Wirtschaftstätigkeit vom 22. April 2010<sup>8</sup> zu handeln. Sie habe die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie geprüft und dabei „einige Probleme“ festgestellt, die nach ihrer Auffassung die

Marktintegrität und den Anlegerschutz beeinträchtigen können.<sup>9</sup>

Nach Ansicht der EU-Kommission sind die „derzeit verfügbaren Sanktionen zur Bekämpfung von Marktmissbrauch nicht wirkungsvoll und abschreckend genug“, so dass die bisher geltende Marktmissbrauchsrichtlinie nicht wirksam durchgesetzt werden kann.<sup>10</sup> Weiter heißt es:

*„Zudem ist in den einzelnen Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich definiert, welche Fälle des Insiderhandels oder der Marktmanipulation als Straftaten zu betrachten sind. Beispielsweise sind in fünf Mitgliedstaaten für die Weitergabe von Insider-Informationen durch Primärinsider keine strafrechtlichen Sanktionen vorgesehen, und in acht Mitgliedstaaten gibt es keine entsprechenden Sanktionen für die Weitergabe durch Sekundärinsider. In einem Mitgliedstaat sind gegenwärtig keine strafrechtlichen Sanktionen für Insider-Geschäfte durch Primärinsider vorgesehen, und in vier Mitgliedstaaten stehen solche Sanktionen nicht für Marktmanipulation zur Verfügung. Da Marktmissbrauch grenzüberschreitend erfolgen kann, beeinträchtigen diese unterschiedlichen Herangehensweisen den Binnenmarkt und geben Tätern die Möglichkeit, missbräuchliche Praktiken in Ländern durchzuführen, in denen der jeweilige Verstoß nicht strafrechtlich geahndet wird.“*

*Mindestvorschriften in Bezug auf Straftaten und strafrechtliche Sanktionen für Marktmissbrauch, die in nationales Strafrecht umgesetzt und von der Strafjustiz der Mitgliedstaaten angewandt werden, könnten zur Sicherung der Wirksamkeit der EU-Politik beitragen, da sie die gesellschaftliche Missbilligung dieser Taten auf eine qualitativ andere Art deutlich machen als verwaltungsrechtliche Sanktionen oder zivilrechtliche Ausgleichsmechanismen. Strafrechtliche Verurteilungen wegen Marktmissbrauchs, die oft mit einer intensiven Medienberichterstattung einhergehen, erhöhen den Abschreckungseffekt, da sie potenziellen Tätern vor Augen führen, dass die Behörden ernsthafte Durchsetzungsmaßnahmen ergreifen, die zu Gefängnisstrafen oder sonstigen strafrechtlichen Sanktionen und einer Eintragung in das Strafregister führen können. Gemeinsame Mindestvorschriften für die Definition der schwersten Formen des Marktmissbrauchs als Straftaten erleichtern die Zusammenarbeit der Durchsetzungsbehörden in der EU, insbesondere da solche Rechtsverstöße oft grenzübergreifend begangen werden.“<sup>11</sup>*

## 3. Unvereinbarkeit der Begründung der EU-Kommission mit Art. 83 Abs. 2 AEUV

Die von der EU-Kommission zu dem Richtlinienentwurf gegebene Begründung genügt nicht den Anforderungen des Art. 83 Abs. 2 AEUV. Zwar legt die EU-Kommission dar, dass Insiderverstöße und Marktmanipulation in einzelnen Mitgliedstaaten in gewissen Details unter-

<sup>5</sup> Insbesondere EuGH, Urt. v. 23.10.2007 – Rs. C-440/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2007, I-9097 (Rn. 66, 70 f.); kritisch BVerfGE 123, 267, 411; *Kubiciel* ZIS 2010, 742, 744. Überblick bei Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl. (2012), § 8 Rn. 2 ff.; Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. (2011), § 9 Rn. 38 ff.; Schröder, a.a.O. (Fn. 4), S. 491, 495; *Schützendübel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 39 f.

<sup>6</sup> Ausführlich *Schützendübel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 41 ff.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/9770 vom 23.05.2012, S. 3 ff., dazu bereits Schröder, *Europa in der Finanzfalle: Irrwege internationaler Rechtsangleichung* (2012), S. 92 ff.

<sup>8</sup> Europäischer Rat, *Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger* (2010/C 115/01), ABl. C 115/1 vom 04.05.2010, S. 1 ff.

<sup>9</sup> RiIM-E, a.a.O. (Fn. 2), S. 3.

<sup>10</sup> RiIM-E, a.a.O. (Fn. 2), S. 3.

<sup>11</sup> RiIM-E, a.a.O. (Fn. 2), S. 3 f.

schiedlich erfasst und geahndet werden und sieht daher „die Möglichkeit, missbräuchliche Praktiken in Ländern durchzuführen, in denen der jeweilige Verstoß nicht strafrechtlich geahndet wird“.<sup>12</sup>

Bei einer Angleichung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV geht es aber nicht um „Möglichkeiten“. Vielmehr muss die Harmonisierung nach dem Wortlaut der Vorschrift „unerlässlich“ sein, um das harmonisierte Rechtsgebiet strafrechtlich zu flankieren. Auch wenn der genaue Gehalt des Kriteriums „unerlässlich“ noch nicht geklärt ist, besteht Einigkeit darüber, dass es mehr als nur „Erforderlichkeit“ bedeutet.<sup>13</sup> Die Angleichung des Strafrechts muss in diesem Sinne als Ultima Ratio erscheinen, um die Beachtung des bereits harmonisierten Rechts sicherzustellen.<sup>14</sup> Dazu schweigt die Begründung.

Wenn die EU-Kommission zur Begründung ihrer Gesetzgebungsinitiative weiterhin meint, „Mindestvorschriften in Bezug auf Straftaten und strafrechtliche Sanktionen für Marktmissbrauch, die in nationales Strafrecht umgesetzt und von der Strafjustiz der Mitgliedstaaten angewandt werden, könnten zur Sicherung der Wirksamkeit der EU Politik beitragen, da sie die gesellschaftliche Missbilligung dieser Taten auf eine qualitativ andere Art deutlich machen als verwaltungsrechtliche Sanktionen oder zivilrechtliche Ausgleichsmechanismen“<sup>15</sup>, dann irritiert an dieser Begründung bereits der Konjunktiv.

Ob etwas „sein könnte“, ist nicht Maßstab des Art. 83 Abs. 2 AEUV. Die strafrechtlichen Regelungen müssen nicht „möglicherweise erforderlich“ oder wünschenswert sein, sondern für die wirksame Durchführung der Politik der Union als unerlässlich erscheinen. Es wäre gut, wenn die EU-Kommission als „Hüterin der Verträge“ auch deren Wortlaut zur Kenntnis nehmen würde. Für eine EU-Kompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV trägt die EU-Kommission nichts vor. In der Sache kann das freilich auch nicht überraschen, weil die von der EU-Kommission aufgezeigten Lücken in der Rechtspraxis kaum eine Rolle spielen.

#### 4. Fehlen eines gravierenden Vollzugsdefizits im Sinne des BVerfG

Aus deutscher Sicht genügt die Begründung des Harmonisierungsvorhabens insbesondere nicht den Vorgaben, die das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil für Art. 83 Abs. 2 AEUV formuliert hat.<sup>16</sup> Das BVerfG hat dargelegt, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich bestehen muss.<sup>17</sup> Das Wort „unerlässlich“ ist danach also nicht nur allgemein eng auszulegen, sondern das BVerfG versteht darunter ein „empirisches Kriterium“.<sup>18</sup> Daraus folgt für

<sup>12</sup> RiIM-E, a.a.O. (Fn. 2), S. 3.

<sup>13</sup> Vogel in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Erg.-Lfg. (2011), EU-Arbeitsweisevertrag Art. 83 Harmonisierung, Rn. 83; Schützendübel, a.a.O. (Fn. 4), S. 40.

<sup>14</sup> Ähnlich Vogel, a.a.O. (Fn. 13), Rn. 82.

<sup>15</sup> RiIM-E, a.a.O. (Fn. 2), S. 3 f.

<sup>16</sup> Zu dieser Entscheidung Schützendübel, a.a.O. (Fn. 4), S. 39 ff.

<sup>17</sup> BVerfGE 123, 267, 412.

<sup>18</sup> Treffend Vogel, a.a.O. (Fn. 13), Rn. 83.

jedes Harmonisierungsvorhaben, das sich auf Art. 83 Abs. 2 AEUV stützt, die Notwendigkeit, eine Angleichung strafrechtlicher Mindestvorschriften sehr sorgfältig zu begründen.<sup>19</sup> Der Nachweis abstrakter Inkongruenzen in den unterschiedlichen Rechtsordnungen genügt dafür gerade nicht.

Den Hintergrund dieser Sichtweise des BVerfG zitiert der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wörtlich aus dem Lissabon-Urteil: „Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum.“<sup>20</sup>

#### 5. Kritische Bestandsaufnahme des harmonisierten Rechtsgebiets

Die Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts verlangt zudem danach, die „Durchführung der Politik der Union“ auf dem harmonisierten Rechtsgebiet einer kritischen Bestandsaufnahme zu unterziehen. Erweist sich nämlich der Zustand eines durch die EU bereits harmonisierten Rechtsgebiets als so schlecht, dass eine bis dahin nicht vorhandene Mindestharmonisierung von Strafnormen als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union erscheint, muss auch hinterfragt werden, ob diese Mängel nicht auch an der harmonisierenden EU-Politik liegen könnten, mittels derer man den als unbefriedigend empfundenen Rechtszustand erzeugt hat.<sup>21</sup> Eine solche Bestandsaufnahme ist geboten, denn das Strafrecht sollte nicht dazu dienen, fehlgehendes EU-Recht auch noch zu zementieren.

Im vorliegenden Fall der Angleichung der Vorschriften über die Marktmanipulation und den Insiderhandel bedarf es dieser Bestandsaufnahme besonders dringend. Es gibt allen Anlass für die Frage, ob es nicht gerade die EU und speziell die EU-Kommission waren, die durch ihre Politik ganz entscheidend zu den schweren Verwerfungen auf den Finanzmärkten beigetragen haben.<sup>22</sup> Allein der Umstand, dass sich trotz der weitreichenden Harmonisierung des europäischen Bank- und Kapitalmarktrechts in den Jahren 2001/2002 sowie 2007/2008 gleich zwei schwere Finanzkrisen in alarmierend kurzer Abfolge abgespielt haben, ruft nach einer kritischen Bestandsaufnahme. Gewiss waren das internationale Krisen, aber bei nüchterner Betrachtung ist nicht erkennbar, dass das harmonisierte EU-Recht die Folgen dieser Krisen auch nur im Ansatz gemildert hat. Im Gegensatz zu anderen Staaten wie Kanada, die ihr Bank- und Kapitalmarktrecht im guten Sinne selbstbewusst und in gewisser Weise sogar antiquiert geregelt haben, waren die EU-Staaten bei jeder Krise dabei.

<sup>19</sup> Kubiciel ZIS 2010, 742, 745.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 17/9770, S. 3 f.

<sup>21</sup> Schröder, a.a.O. (Fn. 4), S. 491, 495 f.

<sup>22</sup> Ausführlich Schröder, a.a.O. (Fn. 7), S. 15 ff., 75 ff.

Bis zum Jahr 2009 schien es noch so, als ob sich der Euro als gemeinsame europäische Währung in den Krisen bewährt habe. Auch diese Zeiten sind vorbei. Seit dem Jahr 2010 erschüttert eine dritte Krise die internationalen Finanzmärkte, deren Epizentrum in der EU selbst liegt. Diese Krise ist zwar im Kern eine Staatsschuldenkrise, hat jedoch unmittelbar mit der Harmonisierung des Bank- und Kapitalmarktrechts zu tun, weil Kreditinstitute auch aufgrund des EU-Rechts den Kauf von Staatsanleihen der EU-Mitgliedstaaten nicht mit Eigenkapital unterlegen mussten.

Die Harmonisierung der strafrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung der Marktmanipulation und des Insiderhandels mag auf den ersten Blick beeindruckend sein. In Wahrheit lenkt dieses Vorhaben von den eigentlichen Problemen ab, denn die EU-Politik auf dem Gebiet des Bank- und Kapitalmarktrechts steht vor einem Trümmerhaufen. Das EU-Recht und die Politik der EU-Kommission haben sich in jeder Krise als (Mit-)Ursache für die schweren Verwerfungen an den Finanzmärkten erwiesen, was auch für die seit 2010 andauernde „Eurokrise“ gilt.<sup>23</sup> Seit der Jahrtausendwende jagt eine Krise die nächste und die EU-Regulierung hat diese Zuspitzung (ungewollt) gefördert. Das mag als gewagte These erscheinen, man kann dies aber konkret belegen. Dazu seien zwei Beispiele genannt.

#### a) Wie das Insiderrecht die Täuschung von Anlegern erleichterte

Das erste Beispiel entstammt der Finanzkrise der Jahre 2001 und 2002. In Deutschland steht der „Neue Markt“ symbolhaft für das Platzen der Dot.Com-Blase. Zu dieser Zeit kam es vielfach zu deliktischen Verhaltensweisen, denen die EU-Harmonisierung des Kapitalmarktrechts überhaupt erst Raum gab. Angesprochen ist das europäisierte Insiderrecht mit seinen Regelungen zur Ad-hoc-Publizität, die sich im deutschen Recht in den §§ 13, 15 WpHG finden. Danach müssen Emittenten börsennotierter Finanzinstrumente wichtige Informationen, die den Kurs eines Finanzinstruments erheblich beeinflussen können, ad hoc publizieren. Bei Aktiengesellschaften, die ihr Grundkapital emittiert haben, sind das vor allem Unternehmensmeldungen. Es geht um Geschäftszahlen, Übernahmeangebote und alles andere, was den Kurs einer Aktie bewegen kann.

Wer sich die Sachverhalte einzelner Fälle wie „Comroad“<sup>24</sup>, „EM-TV“<sup>25</sup> oder „Infomatec“<sup>26</sup> durchliest, wird feststellen, dass sich diese Gesellschaften der Ad-hoc-Publizität bedienten, um das Anlegerpublikum in die Irre zu führen. Die Regelungen über die Ad-hoc-Publizität waren gewiss gut gemeint, sollten sie doch dazu dienen, dem Anlegerpublikum einen möglichst chancengleichen Zugang zu Insiderinformationen zu bieten. Das Ganze bot deliktisch handelnden Tätern jedoch auch eine ideale

Plattform, um das Anlegerpublikum zu täuschen. Die seinerzeit halbamtlich wirkende Ad-hoc-Publizität wurde zum Sprachrohr der Irreführung.<sup>27</sup> Das zeigt sich schon daran, dass es die Pflicht zur Ad-hoc-Meldung schon sehr viel früher gab. Im deutschen Recht war sie im Börsengesetz verankert und ging auf eine EWG-Richtlinie aus dem Jahr 1979 zurück,<sup>28</sup> blieb jedoch weitgehend unbeachtet. Mit der Einführung des Insiderrechts bekam das Ganze so richtig Schwung. Der eigentliche Fehler bestand darin, dass im Zuge der EU-Harmonisierung die Missbrauchsmöglichkeiten moderner Kommunikationsmittel (Internet) unterschätzt wurden. Das Massenmedium Internet überholte die Regulierung. Daran wird deutlich, warum sich die europäische Rechtsangleichung des Kapitalmarktrechts auf feste Grundsätze beschränken und den Mitgliedstaaten die flexible Ausführung der Details überlassen sollte. Nur so ergibt sich auch ein Wettbewerb der Regulierungsmodelle.

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Die Verantwortung liegt in den genannten Fällen in erster Linie bei den Tätern. Sie missbrauchten das Instrumentarium der Ad-hoc-Mitteilungen und das Vertrauen ihrer Aktionäre. Dennoch bleibt es eine Tatsache, dass erst die EU-Regulierung, die unter der Überschrift des Insiderrechts das Vertrauen in die Kapitalmärkte stärken sollte, die Möglichkeit zur Täuschung des breiten Marktes mit sich brachte. Versuche, Anleger in die Irre zu führen, gab es zwar schon immer. Gleichwohl: Wen hätte es ohne das Sprachrohr der Ad-hoc-Meldungen interessiert, ob eine Aktiengesellschaft aus Unterschleißheim mit Navigationsgeräten (Fall Comroad) gute Umsätze erzielt? Wären die traumhaften Geschäftszahlen als erkennbare Eigenwerbung verbreitet worden, dann wäre das seitens der Anleger sehr viel vorsichtiger gewürdigt worden. Daran zeigt sich, dass Regulierung (hier die des Kapitalmarkts) auch eine Kehrseite haben kann.

Als Konsequenz aus den Verwerfungen am „Neuen Markt“ wurden im Jahr 2004 die Regeln über die Ad-hoc-Publizität modifiziert. Ihr Missbrauch zu Werbezwecken wurde verboten. Auch das Recht der Marktmanipulation und eine strafrechtliche Verfolgung einzelner Fälle führten in der Folgezeit jedenfalls an regulierten Märkten dazu, dass sich vieles besserte. Bei dem Kapitalmarktrecht handelte es sich zwar um ein immer komplexer werdendes Rechtsgebiet, das sich jedoch in gewisser Weise konsolidierte.

#### b) Die systemische Finanzkrise der Jahre 2007 und 2008

Auch die systemische Finanzkrise der Jahre 2007 und 2008 weist eine innere Verbindung mit einer fehlgehenden EU-Regulierung des Bank- und Kapitalmarktrechts auf. Wir wissen, dass ein blindes Vertrauen des Finanzmarkts in Ratings als eine wesentliche Ursache der systemischen Finanzkrise gelten muss.<sup>29</sup> Dieses Wissen ist

<sup>23</sup> Schröder, a.a.O. (Fn. 7), S. 81 ff. (zur Dot.Com-Blase), zur fragwürdigen Rolle der EU-Kommission im Vorfeld der Staatsschuldenkrise siehe S. 53 ff.

<sup>24</sup> LG München NStZ 2004, 291, sowie LG München BKR 2006, 465 („Vielzahl von Ad-hoc-Mitteilungen“).

<sup>25</sup> BGH NZG 2005, 132, 133.

<sup>26</sup> LG Augsburg NStZ 2005, 109 (mit lesenswerter Schilderung einzelner Ad-hoc-Mitteilungen).

<sup>27</sup> Schröder, a.a.O. (Fn. 7), S. 81 ff.

<sup>28</sup> Richtlinie 79/279/EWG des Rates vom 05.03.1979 zur Koordinierung der Bedingungen für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse, ABl. L 66 vom 16.03.1979, S. 21 ff.

<sup>29</sup> Hellwig NJW-Beilage 2010, 94; Kasiske, in: Schünemann (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder

jedoch keineswegs neu. Vielmehr wurde die EU-Kommission im Vorfeld der Krise gewarnt, nahm die Kritik an den Rating-Agenturen aber nicht ernst genug. Man kann das bis in das Detail nachweisen.<sup>30</sup> Das EU-Parlament veröffentlichte am 24. Januar 2004 unter dem Aktenzeichen A5-0040/2004 einen Bericht, der die Rolle und die Macht der Rating-Agenturen in den Blick nahm.<sup>31</sup> Die Parlamentarier warnten vor einer blinden Übernahme des US-Konzepts und lieferten ein handfestes Beispiel für ihr Anliegen. Dort heißt es: „Nach dem Zusammenbruch von Enron im Januar 2002 führte das ‚Committee on Governmental Affairs‘ des US-Senats eine umfassende Untersuchung durch, um Informationen darüber zu erhalten, warum die Rating-Agenturen Enron bis 4 Tage vor dem Konkursantrag als gutes Kreditrisiko (Anlagequalität) einstufte, und um zu ermitteln, wie solche Katastrophen künftig vermieden werden können“.

Das Papier hinterfragte auch ausdrücklich das Vergütungssystem für Ratings, weil die Rating-Agenturen von denjenigen, die ein Interesse an dem Vertrieb eines Finanzinstruments und damit an einem besonders guten Rating haben, bezahlt werden.

Die EU-Kommission antwortete darauf mit der Mitteilung 2005/11990 vom 23. Dezember 2005.<sup>32</sup> Dieser Text endet mit der Feststellung, dass sich die Kommission gemäß der Aufforderung des Europäischen Parlaments sehr eingehend mit der Frage befasst habe, ob in Bezug auf die Tätigkeit von Rating-Agenturen neue Legislativvorschläge erforderlich sind und zu dem Schluss gelangt sei, dass dies derzeit nicht der Fall ist. Einer der Hauptgrundsätze bei den Bemühungen um eine „bessere Rechtsetzung“ laute, dass die EU nur dann rechtsetzend tätig werden sollte, wenn dies zur Erreichung der politischen Ziele unbedingt erforderlich sei. Dies hielt die Kommission in diesem Bereich für nicht erwiesen.

Diese Ausführungen der EU-Kommission zeigen, wie weit sich dieses EU-Organ von den Problemen entfernt hat. Seit Jahrzehnten wird das Bank- und Kapitalmarktrecht durch EU-Vorschriften umgestaltet. Beide Rechtsgebiete sind durch die EU-Vorgaben derart ausgeföhrt, dass sie nur noch schwer fassbar sind. In den Komitologieverfahren ist die Kommission sogar als federführender Gesetzgeber tätig. Die Aussage, dass man nur tätig werde, wenn es unbedingt erforderlich sei, trifft nicht zu. Sie zeugt davon, dass die EU-Kommission wesentliche Gefahren einfach nicht erkannt hat. Angesichts der schlimmen Folgen, die fragwürdige Ratings im Zusammenhang mit der Verbriefung von Kreditrisiken angerichtet hatten, betrachtete die EU-Kommission vieles anders und sah Ratings kritischer.<sup>33</sup> Da war es aber bereits zu spät. Man muss es deutlich sagen: Der blinde Glaube an Ratings

war auch ein ganz konkretes Ergebnis der Politik der EU-Kommission.

### c) Gefahr einer Politik des „Vorwärts immer, rückwärts nimmer“

Man könnte den vorgenannten Beispielen noch viele hinzufügen, aber das Gemeinte dürfte deutlich geworden sein. Wenn die Harmonisierung auf einem Rechtsgebiet fehlschlägt, dann bedarf es auch einer Selbstkritik der EU und ihrer Organe. Der schlechte Zustand eines Rechtsgebiets lässt sich durch flankierendes Strafrecht nicht verbessern. Für Art. 83 Abs. 2 AEUV folgt daraus: Erst wenn wir wissen, dass der Weg der Harmonisierung richtig war und durch nachweisbare Kriminalität tatsächlich als gefährdet erscheint, sollte eine Harmonisierung durch strafrechtliche Mindestvorschriften erwogen werden. Alles andere erinnert an eine Politik des „Vorwärts immer, rückwärts nimmer“, die unfähig ist, eigene Fehler zu erkennen.

### d) Gefährdung der etablierten Praxis durch Gesetzgebungsaktionismus

Die hier interessierende Initiative der EU-Kommission zum Marktmissbrauch erscheint als Gesetzgebungsaktionismus, weil man meint, angesichts der schweren Verwerfungen an den Finanzmärkten aktiv werden zu müssen. Gerade das Kapitalmarktstrafrecht ist dafür aber nicht das richtige Betätigungsfeld. Der heutige Zustand des Insiderrechts und des Rechts der Marktmanipulation ist aufgrund der verschachtelten EU-Vorgaben zwar nicht gut, aber man hat etwas daraus gemacht. In der Gesamtschau hat sich eine akzeptable Praxis etabliert, was sich am Beispiel Deutschlands belegen lässt. Das liegt aber nicht an den EU-Institutionen, sondern geht auf große Anstrengungen der Praxis zurück. Dazu zählt die deutsche Aufsichtsbehörde BaFin, die sich u. a. durch Leitfäden, praxisorientierte Tagungen und andere Hilfen immer wieder darum bemüht hat, den Betroffenen im Dschungel der in nationales Recht umgesetzten EU-Vorgaben eine gewisse Orientierung zu bieten. Auch börsennotierte Unternehmen und die viel gescholtenen Banken haben die Regeln über die Insidervergehen und Marktmanipulationen mit großem Aufwand implementiert. Ferner haben sich auch die Strafverfolgungsbehörden, einschließlich des Bundeskriminalamts, erkennbar und erfolgreich bemüht, das Kapitalmarktstrafrecht anzuwenden.

Solche Prozesse benötigen Zeit. Über ein Jahrzehnt brauchte es, bis sich das neue Recht etabliert hatte. Es ist rätselhaft, warum die EU-Kommission von diesem Zustand nunmehr abrücken will. Zwar dürfte sich im materiellen Recht bei einer Umsetzung des Vorhabens unter dem Strich nur wenig ändern. Allerdings wird das Recht einmal mehr durch verschachtelte Definitionen und komplizierte Verweisungen wie eine Schneekugel geschüttelt. Allein das ist ein kapitaler Fehler und sorgt für Desorientierung. Gerade komplexes Recht braucht Zeit. Es muss sich setzen. Nur dann, wenn neues Recht Zeit hat, kann es sich auch etablieren, um Rechtssicherheit stiften und präventiv wirken zu können.

global organisierte Kriminalität (2010), S. 13; Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. (2010), Rn. 1080 ff.

<sup>30</sup> Dazu bereits Schröder (Fn. 7), S. 42 ff.

<sup>31</sup> Abrufbar im Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2004-0040&language=DE> (Stand: 28.05.2013).

<sup>32</sup> Abrufbar im Internet: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/securities/docs/agencies/communication\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/communication_de.pdf) (Stand: 28.05.2013).

<sup>33</sup> Zusammenfassend Möllers/Wecker ZRP 2012, 106 ff.

Die EU-Kommission kann keine stichhaltigen Gründe für eine Harmonisierung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV anführen. Vielmehr zeigt das Bank- und Kapitalmarktrecht besonders eindrucksvoll, welche Blüten der Regulierungsaktionismus der EU-Kommission mittlerweile treibt. Trotz eines jahrzehntelangen Trommelfeuers mit immer wieder neuen EU-Vorgaben, kommt dieses Rechtsgebiet einfach nicht zur Ruhe. Ein solches Experimentierfeld sollte nicht den Bezugspunkt einer Angleichung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV bilden.

## IV. Missachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch Entwürfe der EU-Kommission

Als besonders bedenklich muss der Umgang der EU-Kommission mit dem Bestimmtheitsgrundsatz gelten. Nach Art. 49 Abs. 1 S. 1 der Grundrechtecharta darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.

### 1. Das schlechte Beispiel des Art. 4c RiIM-E

Art. 4 RiIM-E listet für die Marktmanipulationen auf, welche Handlungen in den Mitgliedstaaten Straftaten darstellen sollen. In Art. 4c RiIM-E heißt es dann: „*Abchluss einer Transaktion, Erteilung eines Kauf- oder Verkaufsauftrags und jegliche sonstige Tätigkeit an Finanzmärkten, die den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente oder eines damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakts beeinflusst, unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung*“.

Das Beispiel dürfte ausreichen, um zu belegen, warum der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages in seinem Beschluss gleich mehrfach die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes hervorhebt, dessen Einhaltung anmahnt und die EU-Kommission auffordert, unter Beachtung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes die tatbestandliche Beschreibung von Marktmanipulationen, die als Mindestvorschriften in nationales Strafrecht umzusetzen sind, zu prüfen und zu begründen.<sup>34</sup> Man darf gespannt sein, was die EU-Kommission darauf erwidert, denn sie meint doch tatsächlich, das alles schon geprüft zu haben. Art. 8 Abs. 1 lit. b MMVO-E enthält eine Art. 4c RiIM-E entsprechende Regelung, und im 39. Erwägungsgrund der MMVO-E heißt es: „*Die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechte und anerkannten Grundsätze gemäß dem AEUV, insbesondere [...] die Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte, die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen sowie das Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden, werden in dieser Verordnung eingehalten.*“

<sup>34</sup> BT-Drucks. 17/9770, S. 5 f.

Man kann der EU-Kommission an dieser Stelle nur raten, die Rechtsprechung des EuGH<sup>35</sup> und auch die der nationalen Verfassungsgerichte zur Kenntnis zu nehmen. Freilich bindet das Verfassungsrecht eines Mitgliedstaats die EU-Normgebung grundsätzlich nicht. Gleichwohl sollten alle Beteiligten auf EU-Ebene an dieser Stelle Fingerspitzengefühl beweisen, denn man läuft Gefahr, dass eine verschachtelte und zu weitreichende Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Strafrechts in den Mitgliedstaaten als Zumutung und rechtsstaatlicher Rückschritt empfunden wird. Insbesondere dann, wenn sich in der Praxis eine dauerhafte Unzufriedenheit mit dem EU-Strafrecht einstellt, nagt das an der Akzeptanz der EU. Aber auch gegenüber dem durch Art. 103 Abs. 2 GG gebundenen Deutschen Bundestag wäre es eine Zumutung, wenn die Unerlässlichkeit der Angleichung nicht dezidiert begründet und der Tatbestand der Marktmanipulation dem Bestimmtheitsgebot nicht genügend formuliert wird. Die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber seine verfassungsrechtlichen Bindungen abstreifen kann, wenn eine Richtlinie nach Art. 83 Abs. 2 AEUV unbestimmte und Art. 103 Abs. 2 GG nicht genügende Definitionen von Merkmalen vorgibt, ist zwar wissenschaftlich reizvoll, weil man vertreten kann, dass eine solche EU-Vorschrift durch den EuGH an Art. 49 Abs. 1 der Grundrechtecharta zu messen ist. Diese Frage sollte sich aber auf dem Gebiet des Strafrechts in der Praxis der Gesetzgebung tunlichst nicht stellen. Die EU-Organe sollten diese Grenze nicht austesten, denn der *strenge* Gesetzesvorbehalt des Strafrechts hat in Deutschland eine eigene Geschichte und verträgt sich nicht mit einer devoten Rolle des Bundestags, in der dieser verunglückte EU-Vorgaben sklavisch übernimmt. Im Rahmen des Art. 83 Abs. 2 AEUV kann nur der innerstaatliche Gesetzgeber das sodann unmittelbar anwendbare Strafgesetz setzen und muss es vor der eigenen Verfassung verantworten können.

Freilich wird man sich sogar darüber streiten können, ob Art. 4c RiIM-E tatsächlich gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt.<sup>36</sup> Das ist indes eine zweite Frage, die hier nicht vertieft werden soll. Es liegt auf der Hand, dass die Formulierung des Art. 4c RiIM-E bedenklich weit geht. Die Europäisierung des Strafrechts auf der Grundlage des Art. 83 AEUV sollte von Anfang an nicht den Verdacht aufkommen lassen, dass die Grenzen eines rechtsstaatlichen Strafrechts aufgeweicht werden. Genau das ist bei Art. 4c RiIM-E aber der Fall. Es liegt einzig

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – verb. Rs. C-74/95 und C-129/95, *Strafverfahren gegen X*, Slg. 1996, I-6609 ff.; dazu Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (2002), S. 32 ff.

<sup>36</sup> Die Verfassungswidrigkeit der „sonstigen Täuschungshandlungen“ im geltenden Recht stellen bereits in Frage Altenhain, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), *Kölnner Kommentar zum WpHG* (2007), § 38 Rn. 21; Raabe, *Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation* (2007), S. 174 ff.; Schmitz ZStW 115 (2003), 501, 528; Vogel, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), *WpHG*, 6. Aufl. (2012), § 20a Rn. 207; zusammenfassend *Sorgenfrei*, in: Park, *Kapitalmarktstrafrecht*, 3. Aufl. (2013), Teil 3 Kap. 4 Rn. 186 ff.; dagegen Schröder, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 546 (noch verfassungsgemäß aufgrund der dort erläuterten Auslegungsmethodik); *Waschkeit*, *Marktmanipulation am Kapitalmarkt* (2007), S. 248 f.

und allein in den Händen und in der Verantwortung der EU-Organe, diesen Eindruck im Zuge des Reformvorhabens zum Marktmissbrauch zu zerstreuen. Die Chance dazu ist da.

Der Verordnungsentwurf bemüht sich indes um eine gewisse Konkretisierung, indem „Anhang I“ der MMVO-E Umstände beschreibt, die als Indikatoren für manipulatives Handeln gelten sollen. Allerdings geht damit nicht die gewünschte Konkretisierung des tatbestandlichen Unrechts einher. Der Sache nach erinnert dieses Vorgehen an die deutsche Rechtslage, wo die MaKonV schon im heutigen Recht als ausführende Rechtsverordnung Anhaltspunkte nennt, die auf eine Marktmanipulation hindeuten.<sup>37</sup> Dieses Vorgehen ist jedoch wiederum heikel. Der Verordnungsentwurf sieht in Art. 8 MMVO-E eine Delegationsmöglichkeit vor, die die EU-Kommission ermächtigt, nähere Regelungen zu treffen. Das ist problematisch, weil sich die EU-Kommission nur im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage bewegen darf. Ansonsten werden die Strukturen der europäischen Strafnormsetzung nach Art. 83 AEUV aufgebrochen und es droht eine Strafgesetzgebung durch die EU-Kommission. Das Ganze würde dann nämlich so aussehen, dass der Mitgliedstaat den wolkigen Art. 4c RiIM-E umsetzt und „jegliche sonstige Tätigkeit an Finanzmärkten, die den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente oder eines damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakts beeinflusst, unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung“ als Unrechtstatbestand übernimmt. Da aber niemand so richtig weiß, was darunter alles zu verstehen ist, wäre auf den „Anhang I“ MMVO-E und die zukünftigen Rechtsakte der EU-Kommission zurückzugreifen, die diese auf der Grundlage des Art. 8 MMVO-E erlässt. Dann würde aber gerade nicht mehr die nach Art. 83 Abs. 2 AEUV erlassene Richtlinie das Strafbare umschreiben, sondern letztlich ein Rechtsakt der EU-Kommission. Das Demokratiedefizit der EU wäre um eine Blüte reicher. In Deutschland wird daher darauf zu achten sein, ausführende Rechtsakte der EU-Kommission dem Verfahren nach Art. 83 Abs. 3 AEUV unter Anwendung des IntVG zu unterwerfen, um in den Fällen, in denen ein ausführender Rechtsakt die Ermächtigungsgrundlage verlässt, intervenieren zu können. Das zeigt einmal mehr, warum es geboten ist, die Ermächtigungsgrundlage und die Tatbestände, die seitens der EU-Kommission durch ausführende Rechtsakte weiter ausgekleidet werden sollen, möglichst klar zu umreißen.

## 2. Bedenkliche Rolle des EU-Parlaments

Wie bedenklich es um die Europäisierung des Strafrechts bestellt ist, zeigt ein Blick in den „Bericht über den Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation“, der aus der Feder des Ausschusses

<sup>37</sup> Siehe die Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung – MaKonV) vom 01.03.2005, BGBl. I 2005, S. 515, abgedruckt auch bei Schröder, a.a.O. (Fn. 29), Textanhang V.

für Wirtschaft und Währung stammt und den Entwurf einer „legislativen Entschließung“ enthält.<sup>38</sup>

Der bereits luftige Vorschlag der EU-Kommission nach Art. 4 RiIM-E soll nach dem Willen dieses Ausschusses nochmals großflächig erweitert werden. Ohne nähere Begründung sieht der Vorschlag vor, dass die Marktmanipulation zukünftig auch bei fahrlässiger Begehung eine Straftat darstellen soll. Die missverständliche Äußerung eines Verantwortlichen einer börsennotierten Aktiengesellschaft gerät damit in den Dunstkreis der informationsgestützten Marktmanipulation. Solche Fälle kommen allenfalls als Ordnungswidrigkeit in Betracht. Bei der handelsgestützten Marktmanipulation soll nach dem Willen des Ausschusses auch nicht mehr nur das „Ausenden falscher oder irreführender Signale“, sondern zudem das „voraussichtliche Ausenden“ erfasst werden. Ebenso soll für die Strafbarkeit der handelsgestützten Marktmanipulation nicht mehr die Beeinflussung des Kurses eines Finanzinstruments erforderlich sein, sondern bereits die „voraussichtliche Beeinflussung“ genügen. In Verbindung mit der vorgesehenen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit würde der Tatbestand nochmals an Bestimmtheit verlieren.

Der fragwürdige Vorschlag der EU-Kommission wurde also nicht etwa zum Anlass genommen, um einen besseren Vorschlag einzufordern oder selbst zu unterbreiten. Genau das Gegenteil ist der Fall. Die unbestimmten Merkmale („Kunstgriffe“) werden durchgewinkt, um das Ganze nochmals zu verschärfen und mit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu unterlegen. Zwar ist nicht zu erwarten, dass ein solcher Vorschlag im Rat eine Mehrheit findet. Das Beispiel zeigt aber, dass es einigen EU-Institutionen für eine Angleichung des Strafrechts noch an der erforderlichen Sensibilität fehlt und belegt die Notwendigkeit, dass die Mitgliedstaaten ihre Aufgabe im Rat wahrnehmen. Dazu gehört auch, das Vetorecht nach Art. 83 Abs. 3 AEUV zu aktivieren und im Ernstfall die Notbremse zu ziehen.

Immerhin handelt es sich bei den Entwürfen der EU-Kommission (MMOV-E und RiIM-E) um eines der ersten Vorhaben zur Europäisierung des Strafrechts nach Art. 83 Abs. 2 AEUV. Das Ergebnis ist einstweilen als trostlos zu bezeichnen. Die Befürchtungen derjenigen, die der Verlagerung von Strafrechtssetzungskompetenzen auf die EU skeptisch gegenüber stehen, wurden bei Weitem übertroffen. Als besonders enttäuschend muss das Verhalten des EU-Parlaments gelten, wenn ein Ausschuss der Parlamentarier allen Ernstes einen europaweiten (!) Tatbestand vorschlägt, der als Marktmanipulation den „Abschluss einer Transaktion, Erteilung eines Kauf- oder Verkaufsauftrags und jegliche sonstige Tätigkeit oder Handlung an Finanzmärkten, die den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente oder eines damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakts beeinflusst, unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung“

<sup>38</sup> Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), (COM(2011)0654-1 – C7-0358/2011 – 2011/0297(COD)), vom 19.10.2012, A 7- 0344/2012.

erfasst wissen will. Gewiss steht ein Ausschuss nicht für das gesamte EU-Parlament. Es bedarf aber offenbar noch längerer Zeit, bevor Vorschriften wie Art. 49 Abs. 1 der Grundrechtecharta von den EU-Institutionen verinnerlicht werden.

## V. Abschließende Kodifizierungen im Sinne der MMVO-E und fehlgehende Verweisungen in den Mitgliedstaaten am Beispiel Deutschlands

### 1. Das Problem fehlgehender Verweisungen

Bei einer Umsetzung des Vorhabens der EU-Kommission könnte es in den Mitgliedstaaten zu Folgeproblemen kommen, die sich aus der Verzahnung unmittelbar anwendbaren EU-Rechts mit dem nationalen Strafrecht ergeben. Um diese schwierigen Rechtsfragen im Detail zu prüfen, muss man freilich die endgültigen EU-Rechtsakte abwarten. Sollte sich die EU-Kommission mit ihrem Vorhaben tatsächlich durchsetzen, werden einige Voraussetzungen der Marktmanipulation in einer EU-Verordnung abschließend geregelt. Dann besteht eine Option des deutschen Gesetzgebers darin, dass ein nationales Strafgesetz im Wege der Blankettstrafgesetzgebung auf einzelne Vorschriften der EU-Verordnung zur Marktmanipulation verweist. Die EU-Verordnung birgt die in einzelnen Artikeln formulierten Verhaltensnormen, die der innerstaatliche Gesetzgeber mittels der Strafgesetze, die den Anforderungen aus der EU-Richtlinie genügen müssen, in Bezug nimmt. Dabei handelt es sich allerdings um ein Gesetzgebungsmodell, das sehr fehleranfällig ist. EU-Verordnungen unterliegen häufigen Änderungen. Dabei muss es sich nicht einmal um inhaltliche Änderungen handeln, möglich sind auch redaktionelle Überarbeitungen. Der nationale Gesetzgeber ist gehalten, solche Änderungen sorgfältig zu beobachten, weil er das Strafgesetz zeitgleich anpassen muss. Schafft er das nicht oder übersieht er eine Änderung im EU-Recht, kann es passieren, dass das Strafgesetz auf eine nicht mehr gültige und deshalb falsche Vorschrift verweist. Gelingt eine Anpassung nicht, verliert die strafrechtliche Regelung jedenfalls grundsätzlich ihre gesetzliche Bestimmtheit. An sich tatbestandsmäßige Handlungen sind dann bis zur Anpassung an die neue EU-Rechtslage strafflos, weil dem innerstaatlichen Strafgesetz gleichsam die in Bezug genommene EU-Norm abhandengekommen ist. Das ist keineswegs eine nur temporäre Erscheinung, denn es liegt immer auch ein Fall nach § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG vor.<sup>39</sup> Nach diesen Vorschriften ist das mildeste Gesetz anzuwenden, wenn das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geän-

<sup>39</sup> Schröder, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), *Anwälte und ihre Geschichte* (2011), S. 967, 974 ff.; ders., ZLR 2004, 265, 268 ff.; ders., in: *Festschrift für Mehle* (2009), S. 597, 601 ff.; *Schützendübel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 77 ff.; ferner *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), § 2 Rn. 59 f.; *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. (2011), § 2 Rn. 18.

dert wird.<sup>40</sup> Blankettausfüllende Vorschriften sind davon nicht ausgenommen.<sup>41</sup> Dies führt zu kuriosen Ergebnissen, denn die mildeste aller Rechtslagen kann – infolge einer nicht mehr einschlägigen und deshalb falschen Verweisung auf eine EU-Verordnung – die Strafflosigkeit sein. Sie kommt über § 2 Abs. 3 StGB auch dem Täter zugute, der die Tat begangen hat, als die Verweisung noch intakt war. Dabei handelt es sich keineswegs um eine theoretische Annahme. Man kann an dieser Stelle auf zahlreiche Entscheidungen verweisen, die sich diesem Problem widmen.<sup>42</sup>

Diese Fragen sollen hier nicht im Einzelnen vertieft werden. Es dürfte allerdings deutlich geworden sein, dass mit Verweisungen auf unmittelbar anwendbare EU-Vorschriften ungeheuer komplexe Regelungen erzeugt werden, wenn man den innerstaatlichen Gesetzgeber dazu zwingt, auf unmittelbar anwendbare Artikel im Sinne des MMVO-E zu verweisen.

Dieser Zwang führt noch zu einem weiteren Problem. Wenn man den europarechtlichen Grundsatz, dass ein Mitgliedstaat im nationalen Recht nicht mehr auf abschließende Regelungen in EU-Verordnungen zurückkommen darf, im Fall des Marktmissbrauchsrechts zu Ende denkt, dann bleibt z. B. Deutschland der Weg der zuvor beschriebenen Verweisungstechnik auf einzelne Artikel der MMVO. Betrachtet man diesen Weg aus strafrechtlicher Perspektive von der Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen her, dann würde die Verhaltensnorm abschließend europäisiert. Das führt zu Problemen, wenn sich Deutschland oder ein anderer Staat der Umsetzung der Richtlinie unter Berufung auf Art. 83 Abs. 3 AEUV widersetzt und zur Begründung etwa anführt, dass Regelungen zur Marktmanipulation zu weit gehen, die sich aber in der EU-Richtlinie und der EU-Verordnung finden. Das Problem liegt darin, dass über die unmittelbar geltende EU-Verordnung eine als mit der nationalen Strafrechtsordnung nicht vereinbar empfundene Regelung eben doch im nationalen Recht anwendbar sein würde, denn diese unmittelbare Anwendbarkeit liegt gerade im Wesen der EU-Verordnung. In diesem Fall muss es möglich sein, dass ein Mitgliedstaat auf dem Gebiet des Strafrechts eigene und strafrechtlich engere Regelungen trifft, weil ansonsten Art. 83 Abs. 3 AEUV leer laufen würde.

Ob es solche Schnittmengen zwischen EU-Verordnungen im Sinne von Verhaltensnormen und EU-Richtlinien geben wird, bleibt abzuwarten. Die Vorschläge zum Marktmissbrauch steuern aber auf dieses Problem zu. Wenn das EU-Marktmissbrauchsrecht in einer EU-

<sup>40</sup> Ähnliche Fragen stellen sich in anderen Rechtsordnungen der EU, statt vieler nur EuGH, Urt. v. 23.02.1995 – verb. Rs. C-358/93 und C-416/93 (*Bordessa*), Slg. 1995, I-361 ff.; dazu *Schröder*, a.a.O. (Fn. 34), S. 265 ff.

<sup>41</sup> BGHSt 20, 177, 181; *Schröder* ZStW 112 (2000), 44, 57 ff.

<sup>42</sup> BayObLGSt 1992, 121 ff.; OLG Köln NJW 1988, 657 ff.; OLG Stuttgart NJW 1990, 657 f.; OLG Koblenz NStZ 1989, 188 f.; OLG Düsseldorf NJW 2008, 930 ff.; OLG Koblenz NJW 2007, 2344, zum Ganzen BVerfG NJW 2008, 3769 f.; kritisch dazu *Schröder*, in: *FS Mehle* (Fn. 39), S. 597 (601 ff.); ders., in: *Deutscher Anwaltsverein* (Fn. 39), S. 975 ff.; Lösungsmodell für dieses Anpassungsproblem bei *Schützendübel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 226 ff., 235 ff., 321 ff.

Verordnung und in einer Richtlinie nach Art. 83 Abs. 2 AEUV eine Regelung enthält, die grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung eines Mitgliedstaats berührt, muss es diesem Mitgliedstaat im Lichte des Art. 83 Abs. 3 AEUV möglich sein, das nationale Strafrecht von einer solchen Regelung abzuschotten. Das würde allerdings bedingen, dass nationales (Straf-)Recht auf einen scheinbar vom EU-Recht abschließend geregelten Sachverhalt zurückkommt. Aber das ist kein Verlust, sondern letztlich im Vertrag von Lissabon angelegt und dient der Wahrung des Primärrechts.

Kompetenzrechtlich wirkt das ganze Vorhaben und Vorgehen der EU-Kommission ohnehin als zweifelhaft. Wenn in zeitlich parallel laufenden Gesetzgebungsverfahren mittels einer EU-Verordnung die Verhaltensnormen abschließend formuliert und vorgegeben werden, verzahnt sich eine darauf aufsetzende Richtlinie nach Art. 83 Abs. 2 AEUV mit der Regelungsmaterie derart, dass am Ende von „Mindestvorschriften“ im Sinne des Art. 83 AEUV kaum noch die Rede sein kann. Letztlich werden nämlich die Tatbestände *und* Rechtsfolgen weitgehend harmonisiert. Unterschiede in den oberen Bereichen einzelner Strafraumen mag es zwar noch geben, entscheidend ist aber, dass mittels dieser Verzahnung von EU-Verordnung und EU-Richtlinie eine Quasi-Vollharmonisierung eintritt. Ob das dem Bild des Art. 83 Abs. 2 AEUV und damit dem Willen des Vertrages von Lissabon entspricht, kann bezweifelt werden.

Die EU-Kommission sollte sich gut überlegen, ob sie diese Art von „europarechtlicher Zange“ auch in Zukunft ausfahren will. Jedenfalls bedarf es dafür überzeugender Gesetzgebungsinitiativen. Die Möglichkeit des Vetos nach Art. 83 Abs. 3 AEUV darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass mit der nationalen Strafrechtsordnung unvereinbare Regelungen (im Sinne von blankettausfüllenden Verhaltensnormen) über den Umweg der EU-Verordnung letztlich doch Einzug halten.

## 2. Das Problem ausufernder Verweisungsketten

Wer sich mit dem europäisierten Bank- und Kapitalmarktstrafrecht beschäftigt, kennt europäisierte Strafvorschriften, die in aberwitzige Verweisungsketten führen oder sich in verqueren Formulierungen verstricken. Als Beleg sei nur ein Beispiel genannt: Im geltenden Recht stellen die §§ 20a Abs. 1, 38 Abs. 2 WpHG die Marktmanipulation unter Strafe. Gemäß § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG darf man keine unrichtigen oder irreführenden Angaben über Umstände machen, die für die Bewertung eines Finanzinstruments erheblich sind. Der Begriff „Finanzinstrument“ ist eine Wortschöpfung, die in § 2 Abs. 2b WpHG definiert wird. Der Leser erfährt dort u. a., dass Finanzinstrumente Wertpapiere und Geldmarktinstrumente sind. Wer nicht weiß, was ein Finanzinstrument ist, wird allerdings auch mit der Vokabel Geldmarktinstrument hadern. Also blättert man weiter und gelangt irgendwann zu § 2 Abs. 1a WpHG, der den Begriff „Geldmarktinstrumente“ definiert. Dort liest man, dass Zahlungsinstrumente keine Geldmarktinstrumente sind. Was nun wiederum unter dem Begriff „Zahlungsinstrumente“ zu verstehen ist, bleibt offen. Das ist nicht nur sprachlich verquast, sondern gedanklich schief und unfertig.

instrumente“ zu verstehen ist, bleibt offen. Das ist nicht nur sprachlich verquast, sondern gedanklich schief und unfertig.

Man könnte dem zahlreiche Beispiele hinzufügen, bei denen es noch viel schlimmer und konfuser zugeht. Das Beispiel der Finanzinstrumente eignet sich jedoch besonders gut, weil es zu den Entwürfen der EU-Kommission zurückführt. Nach Art. 2 Abs. 1 RiIM-E soll hinsichtlich des Merkmals „Finanzinstrument“ wiederum auf andere Rechtsakte der EU verwiesen werden, die abermals weiter verweisen. Das Strafrecht kann durch aberwitzige Verweisungsketten jedoch buchstäblich aus den Nähten platzen. Strafrechtliche Regelungen müssen aus Gründen der Rechtssicherheit aber nicht nur konzeptionell und sprachlich möglichst klar formuliert sein. Sie dürfen auch nicht Gegenstand ständiger Gesetzesänderungen sein.

## VI. Weitere Ungereimtheiten in den kapitalmarktstrafrechtlichen Details

Die Entwürfe der EU-Kommission enthalten in den kapitalmarktstrafrechtlichen Details so viele Ungereimtheiten, dass hier nur einige Punkte angesprochen werden können. Der Rechtsausschuss des Bundestages übt an dieser Stelle große Nachsicht, da er nur wenige der heiklen Punkte anspricht. Seine Frage an die EU-Kommission, warum in Zukunft die Weitergabe einer Insiderinformation durch einen Sekundärinsider (!) eine Straftat darstellen soll, bedarf in der Tat einer Antwort durch die EU-Kommission. Es handelt sich um einen glatten Fall von Überkriminalisierung.

Die Ungereimtheiten sind an anderer Stelle aber noch viel größer. Widmet man sich den Details der Entwürfe, so bietet sich ein chaotisches Bild. Gefestigte Strukturen werden ohne Not aufgebrochen, Strafbarkeitslücken reißen auf, als geklärt scheinende Auslegungsfragen werden sich neu stellen. Man kann das Durcheinander in einem Aufsatz kaum ordnen. Um das Gemeinte an konkreten Beispielen zu belegen, seien nachfolgend aber wenige Punkte doch angesprochen:

Art. 3 RiIM-E widmet sich den „Insider-Geschäften“. Dort sind die Fälle nachzulesen, in denen die Mitgliedstaaten für den Fall der vorsätzlichen Begehung sicherstellen müssen, dass entsprechende Handlungen eine Straftat darstellen. Das Ergebnis ist überraschend. Erwähnung findet zunächst der klassische Insiderhandel. Genannt wird die „Nutzung von Insider-Informationen zum Erwerb oder zur Veräußerung von Finanzinstrumenten, auf die sich die Informationen beziehen, durch Personen, die sich im Besitz dieser Informationen befinden, für eigene oder fremde Rechnung“. Sodann will Art. 3 RiIM-E auch „die Änderung oder Stornierung eines Auftrags in Bezug auf das Finanzinstrument, auf das sich die Informationen beziehen, wenn der Auftrag vor Erlangen der Insider-Informationen erteilt wurde“ erfasst wissen. Damit soll eine gleich bei Inkrafttreten des Insiderrechts erkannte Lücke geschlossen werden,<sup>43</sup> welche die EU-Kommission bisher aber nicht weiter

<sup>43</sup> Schröder, Aktienhandel und Strafrecht (1994), S. 139 f.; ders., a.a.O. (Fn. 29), Rn. 358.

gestört hat und die die Unerlässlichkeit nach Art. 83 Abs. 2 AEUV nicht begründen kann.

Ferner erfasst der Entwurf die „Weitergabe von Insider-Informationen an Dritte, soweit dies nicht rechtmäßig im Rahmen der beruflichen oder geschäftlichen Pflichterfüllung erfolgt“. Damit wird das bisher geltende Weitergabeverbot abgedeckt. Warum aber das in den §§ 38 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 3 WpHG erfasste Empfehlungsverbot sogar für Primärsider (!) von der EU-Kommission nicht genannt wird, Sekundärsider jedoch bei Weitergabe einer Insider-Information nach dem Willen der EU-Kommission zukünftig „ins Gefängnis wandern“ können, ist schlicht nicht nachvollziehbar. Der Ausschuss des EU-Parlaments schlägt wiederum vor, auch das Empfehlungsverbot strafrechtlich zu erfassen.

Aus dem Kreis der informationsgestützten Marktmanipulationen will Art. 4 lit. d RiIM-E folgende Handlung als Straftat gewertet wissen: „Die Verbreitung von Informationen, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich Finanzinstrumenten oder mit diesen verbundenen Waren-Spot-Kontrakten aussenden, sofern die betreffenden Personen durch die Verbreitung dieser Informationen einen Vorteil oder Gewinn für sich selbst oder für Dritte erzielen.“ Damit wird der subjektive Tatbestand der strafbaren Marktmanipulation mit etwas versehen, was man grob als Bereicherungsabsicht bezeichnen kann. Der Bericht des Ausschusses des EU-Parlaments verzichtet wiederum auf diese subjektive Anforderung. Sollte sich die EU-Kommission durchsetzen, wird dieses Rechtsgebiet um Jahrzehnte zurückgeworfen. Insbesondere in Fällen organisierten Vorgehens wird es für die Strafverfolgungsbehörden sehr schwierig werden, demjenigen, der die Information verbreitet hat, auch nachzuweisen, dass er einen auf Vorteils- oder Gewinnerzielung für sich oder einen Dritten bezogenen Vorsatz gebildet hatte. Bei arbeitsteiligem Vorgehen müssen diejenigen, die die unrichtigen Informationen verbreiten, gerade nicht auch diejenigen sein, die die betroffenen Finanzinstrumente handeln. Aus den äußeren Tatumständen kann dann nicht auf den Vorsatz geschlossen werden. Freilich können Mitgliedstaaten im vorliegenden Fall der Mindestharmonisierung von dem Vorschlag abweichen. Man fragt sich aber gleichwohl, ob die EU-Kommission von den einschlägigen Taten eine hinreichende Vorstellung hat.

Einen weiteren Fehler dürfte die EU-Kommission damit begehen, dass sie in dem MMVO-E abschließende Regelungen trifft, aber für die Anwendung des Kapitalmarktstrafrechts elementare Auslegungsregeln aufgibt, die in den Erwägungsgründen der Insiderhandelsrichtlinie und der Marktmissbrauchsrichtlinie noch enthalten waren. So ist es kaum zu begründen, warum in den Entwürfen der EU-Kommission der 30. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/6/EG nicht mehr vorkommt. Die Vorschrift repräsentiert den Klassiker der richtlinienkonformen Auslegung im Insiderrecht.<sup>44</sup> Da dem Erwerb oder der Veräußerung von Insiderpapieren eine entsprechende Entscheidung der Person vorausgehen muss, die erwirbt bzw. veräußert, soll die Tatsache dieses Erwerbs oder dieser Veräußerung als solche nicht als Verwendung von Insiderinformationen gelten. Allerdings besteht an dieser

Stelle eine gewisse Hoffnung, da das EU-Parlament bereits auf diesen Fehler hingewiesen hat.

## VII. Sanktion gegen Unternehmen

Verwirrung gibt es auch um Art. 7 und 8 RiIM-E. Art. 7 RiIM-E sieht eine Verantwortlichkeit von juristischen Personen vor. Voraussetzung ist nach Art. 7 Abs. 1 RiIM-E, dass eine in den Art. 3 bis Art. 5 des Entwurfs (Insiderstraftaten und Marktmanipulation) genannten Straftaten zugunsten der juristischen Person „von einer Person begangen wurde, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt hat“ und aufgrund der folgenden Befugnisse eine leitende Stellung innerhalb der juristischen Position einnimmt: eine Befugnis der Vertretung der juristischen Person, die Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen oder eine Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person.

Nach Art. 7 Abs. 2 RiIM-E treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass juristische Personen zur Verantwortung gezogen werden können, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle einer Person mit Leitungsaufgaben es einer ihr unterstellten Person ermöglicht hat, eine der in den Art. 3 und 5 des Entwurfs genannten Straftaten zugunsten der juristischen Person zu begehen.

Gemäß Art. 7 Abs. 3 RiIM-E schließt die Verantwortlichkeit juristischer Personen nach den Absätzen 1 und 2 die strafrechtliche Verfolgung natürlicher Personen als Täter, Anstifter oder Gehilfen bei in den Art. 3 bis 5 RiIM-E genannten Straftaten nicht aus. Dieser Regelungsmechanismus bildet in der Sache die §§ 30, 130 OWiG ab. Auch dort kann die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG die Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG auslösen.<sup>45</sup>

Schließlich verpflichtet Art. 8 RiIM-E die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass gegen die im Sinne von Art. 7 des Entwurfs verantwortlichen juristischen Personen „wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen“ verhängt werden können. Spezifisch strafrechtliche Sanktionen sind damit nicht zwingend gefordert.

Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang aber der 14. Erwägungsgrund im RiIM-E. Danach sollten im Interesse einer wirksamen Durchführung der mit dem MMVO-E vorgegebenen europäischen Maßnahmen zur Sicherung der Integrität der Finanzmärkte „die Mitgliedstaaten die Verantwortlichkeit auf juristische Personen ausweiten, was weitestmöglich auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit gelten sollte“. Die Vokabel „weitestmöglich“ wird so zu verstehen sein, dass Staaten, die bisher kein Unternehmensstrafrecht im engeren Sinne kennen, es dabei belassen können. Der deutsche Weg nach §§ 30, 130 OWiG wird nicht nur den unionsrechtlichen Vorgaben

<sup>45</sup> Achenbach, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 1. Teil Kap. 2 Rn. 7; ders. NZWiSt 2012, 321, 323.

<sup>44</sup> Schröder, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 205, 224, ergänzend Rn. 149.

gerecht,<sup>46</sup> sondern könnte zum europäischen Vorbild werden.<sup>47</sup>

Art. 7 und 8 RiIM-E stehen aber nicht allein. Art. 26 Abs. 1 MMVO-E sieht eine ganze Reihe von Sanktionen gegen Unternehmen vor. Genannt werden in Art. 26 Abs. 1 lit. k MMVO-E „Geldbußen, die bis zur zweifachen Höhe der erzielten Gewinne oder vermiedenen Verluste gehen können, sofern diese sich beziffern lassen“.

Art. 26 Abs. 1 lit. m MMVO-E lehnt sich gedanklich an das EU-Kartellbußgeldrecht an und lässt „im Falle einer juristischen Person Geldbußen von bis zu 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes des Unternehmens im vorangegangenen Geschäftsjahr“ zu. Handelt es sich bei der juristischen Person um die Tochtergesellschaft einer Muttergesellschaft im Sinne der Art. 1 und 2 der Richtlinie 83/349/EWG, ist der jährliche Gesamtumsatz des vorangegangenen Geschäftsjahrs im konsolidierten Abschluss der führenden Muttergesellschaft gemeint.

## VIII. Ausblick

Anstatt die Reform des EU-Marktmissbrauchsrechts aufzugeben, treibt die EU-Kommission das Vorhaben weiter voran.<sup>48</sup> Die Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten geben sich in Arbeitsgruppen alle Mühe, um zu retten, was noch zu retten ist. Sie haben aber offenbar nicht die Kraft gefunden, sich diesem Irrweg auf der EU-Ebene entgegen zu stellen. Damit ist jedoch nichts entschieden. Es bleibt fraglich, ob diese Angleichung des Strafrechts nicht doch an einigen Mitgliedstaaten scheitert. Auch

<sup>46</sup> Wie hier *Hohn*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 1. Aufl. (2013), 6. Kap. B. Fn. 4.

<sup>47</sup> Zur Frage, ob ein Unternehmensstrafrecht eingeführt werden soll, *Kindler*, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2008, passim; kritisch etwa *Schorck/Reichling* *StraFo* 2012, 125, 127 f.; *Sorgenfrei*, a.a.O. (Fn. 35), Teil 3 Kap. 4 Rn. 46; *Veil/Koch* *WM* 2011, 2297, 2306, jeweils m.w.N.; siehe auch *Achenbach* *NZWiSt* 2012, 321 ff.

<sup>48</sup> Lesenswert dazu *Parmentier* *BKR* 2013, 133 ff.

Deutschland könnte dazu gehören, was allerdings erst anhand der endgültigen Fassung beurteilt werden kann.

Die EU wäre gut beraten, das Projekt aufzugeben. Das mittlerweile chaotisch wirkende Reformvorhaben könnte sich zu einem weiteren Beispiel für den Zerfalls- und Erosionsprozess des Unionsrechts entwickeln.<sup>49</sup> Das zeigt sich schon daran, dass im Punkt der Angleichung des Strafrechts die ersten Mitgliedstaaten aussteigen. Das Vereinigte Königreich und Dänemark haben bereits angekündigt, die Richtlinie nicht umzusetzen.<sup>50</sup>

Es wirkt im Lichte des Art. 83 Abs. 2 AEUV befremdlich, wenn die Angleichung des Strafrechts nach Auffassung der EU-Kommission geradezu „unerlässlich“ für die wirksame Durchführung der Politik der Union sein soll, aber einzelne Mitgliedstaaten resignieren und abwinken.

Das gesamte Projekt ist Ausdruck eines Irrwegs internationaler Rechtsangleichung, der in rechtsstaatlich bedenklichen Regelungen münden wird.<sup>51</sup> Soweit sich Deutschland dafür entscheidet, im Strafrecht die Regelungen der neuen Verordnung zum Marktmissbrauch durch Verweise in Bezug zu nehmen, könnte das die Praxis (Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte) bei der Bekämpfung der Marktmanipulation um Jahre zurückwerfen. Die Compliance-Abteilungen von börsennotierten Unternehmen und Kreditinstituten werden sich wieder einmal mit neuem EU-Recht auseinandersetzen müssen. Daran zeigt sich, dass sich die EU-Regulierung der Finanz- und Kapitalmärkte selbst ersticken könnte. Das komplexe EU-Kapitalmarktrecht läuft Gefahr, sich selbst zu fressen, weil es zwar geltendes, aber in der Praxis kaum noch anwendbares Recht darstellt. Geht das so weiter, wird diese Art internationaler Rechtsangleichung zur Gefahr für Europa und seine Finanzmärkte.

<sup>49</sup> *Schröder* (Fn. 7), S. 11 f., 48 ff.

<sup>50</sup> *Parmentier* *BKR* 2013, 135 mit Nachweisen in Fn. 21.

<sup>51</sup> *Schröder* (Fn. 7), S. 75 ff.

# Was sehen wie viele Augen?

## Sein und Sollen des Beschlussverfahrens in der strafrechtlichen Revision

Von Wiss. Ass. Dr. Christian Becker, Bucerius Law School, Hamburg

### I.

In der jüngsten Vergangenheit wurde der Fachöffentlichkeit ein Einblick in die Verfahrensabläufe bei Revisionsentscheidungen durch Beschluss (§ 349 StPO) am höchsten deutschen Strafgericht gewährt.<sup>1</sup> Das ist zu begrüßen. Es handelt sich um Vorgänge, die in einem demokratisch und freiheitlich verfassten Rechtsstaat – unbeschadet der hierdurch nicht betroffenen Wahrung des Beratungsgeheimnisses – von öffentlichem Interesse sind. Das Phänomen „Recht“ im Allgemeinen und letztinstanzliche gerichtliche Entscheidungen im Besonderen legen Bedingungen fest, unter denen der Staat befugt ist, gegen den Bürger Zwang auszuüben.<sup>2</sup> In Anbetracht einer Staatsform, in der alle Zwangsbefugnisse des Staates vom Bürger als dem Souverän abgeleitet sind,<sup>3</sup> geht es im Recht somit um die Voraussetzungen der Anwendung einer vom Souverän abgeleiteten Zwangsgewalt gegen diesen selbst. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass die Struktur derjenigen Verfahren, in denen entsprechende Entscheidungen zustande kommen, in einem freiheitlichen Staat transparent sein müssen und Gegenstand öffentlicher Kritik sein können. Wo es um strafrechtlichen Zwang geht, anerkanntermaßen das „schärfste Schwert“, das der Staat im Namen des Souveräns gegen diesen selbst richten kann, gilt das in besonderem Maße.

Dieser Beitrag ist nicht etwa die elitäre und wirklichkeitsfremde Polemik eines Akademikers. Es ist fraglos das Alleinstellungsmerkmal der Gerichte innerhalb des Rechtssystems, dass sie unter Entscheidungszwang operieren.<sup>4</sup> 650 Revisionen pro Jahr und Strafsenat *müssen*

entschieden werden. Das gilt auch dort, wo schwierige, rational kaum definitiv zu entscheidende Rechtsfragen im Raum stehen.<sup>5</sup> Eine normative Kritik, die diese Bedingungen ignoriert, verfehlt ihren Gegenstand. Hieraus ergibt sich indes kein Freibrief für die Praxis, den normativen Rahmen ihrer Tätigkeit selbst nach Gutdünken zu definieren. Sinnvolle wissenschaftliche Kritik an juristischer Praxis muss daher permanent zwischen Sein und Sollen oszillieren, sie muss immer wieder das Sollen vor dem Hintergrund des Seins und das Sein vor dem Hintergrund des Sollens reflektieren. Der nachstehende Beitrag dient freilich nicht der vertiefenden Analyse, sondern eher einem kurzen Problemaufriss.

### II.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die bislang gängige Revisionspraxis der Strafsenate des BGH den normativen Anforderungen an die Legitimation staatlicher Zwangsausübung gerecht wird, rückt ein Umstand in den Fokus des Interesses:<sup>6</sup> Innerhalb einer mit fünf Richtern besetzten Spruchgruppe (vgl. § 139 Abs. 1 GVG) nehmen (im Beschlussverfahren) regelmäßig lediglich zwei Richter – und zwar der Vorsitzende sowie der Berichterstatter<sup>7</sup> – unmittelbar Kenntnis vom Inhalt des sog. Senatsheftes, also der Revisionsakte (sog. Vieraugenprinzip). Die Mehrheit der Richter bezieht ihr Wissen über den Aktinhalt demgegenüber ausschließlich aus dem Vortrag des Berichterstatters am Beratungstag und entscheidet somit ohne eigene unmittelbare Aktenkenntnis.<sup>8</sup> Das war vor den jüngsten Veröffentlichungen gewiss keine „Verschlussache“.<sup>9</sup> Bei mir hat der Einblick in die nunmehr

<sup>1</sup> Fischer/Krehl StV 2012, 550 ff.; Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395 ff.; Brause JR 2013, 134 ff.; vertiefend zur Rolle des Berichterstatters sowie zu den Unterschieden zwischen Beschluss- und Urteilsverfahren mit weitergehenden Statistiken Fischer NStZ 2013, 425 ff.; zuletzt aus der nichtjuristischen Presse Der SPIEGEL, Heft 31/2013, S. 44 f. und Süddeutsche Zeitung vom 29.7.2013, S. 1.

<sup>2</sup> Dieser Aspekt wird bei der allgemeinen Charakterisierung von Recht in den Vordergrund gerückt von Dworkin, *Law's Empire* (1988), S. 93 f.; allgemein zum Begriff des Rechts etwa Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 6. Aufl. (2011), § 2.

<sup>3</sup> Eine eindringliche Darstellung dieses staatsrechtlichen Konzepts mit umf. Nachw. findet sich bei H. Dreier RW 2011, 11, 14 ff.

<sup>4</sup> Vertiefend Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), S. 297 ff.

<sup>5</sup> Nochmals Luhmann a.a.O. (Fn. 4), S. 317.

<sup>6</sup> Das Verfahren ist näher geschildert bei Fischer/Krehl StV 2012, 550 ff. Es dürfte sich um eine empirisch zutreffende Darstellung handeln, da sie auch von einem Verteidiger der gängigen Praxis nicht in Frage gestellt wird, vgl. Brause JR 2013, 134, 136 ff.

<sup>7</sup> Die in einem der fünf überbesetzten Strafsenate jeweils entscheidende Spruch- oder Sitzgruppe ist durch abstrakte Regelungen vorgegeben, § 21g GVG, während der jeweilige Berichterstatter je nach Senat entweder ebenfalls durch einen internen Geschäftsverteilungsplan oder durch den Vorsitzenden bestimmt wird, Fischer NStZ 2013, 425, 426 ff.

<sup>8</sup> Deutlich Fischer/Krehl StV 2012, 550, 553.

<sup>9</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 1994, 353 f.; BVerfG NJW 1987, 2219, 2220. Gleichwohl waren die in Rede stehenden Ab-

in aller Deutlichkeit benannten Verfahrensabläufe gleichwohl (vorsichtig formuliert) ein erhebliches Befremden ausgelöst. Wie u.a. ein Appell des DAV aus dem März 2013<sup>10</sup> zeigt, stehe ich hiermit wohl nicht ganz allein. § 139 Abs. 1 GVG, wonach die Senate des Bundesgerichtshofs „in der Besetzung von fünf Mitgliedern“ entscheiden, legt intuitiv das Verständnis nahe, dass alle fünf Mitglieder aufgrund von *eigener unmittelbarer Kenntnis* der Revisionsakte entscheiden, zumal dort, wo es um die letzte (und einzige!) Kontrolle der Anwendung von oftmals freiheitsentziehenden Sanktionen geht.<sup>11</sup> Im Folgenden soll zumindest cursorisch untersucht werden, ob sich diese Intuition materiell unterfüttern lässt.

Der BGH hat offenbar ein anderes Verständnis. So heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 lapidar: „Der Vortrag eines Berichterstatters ist [demnach] ein geeigneter und verfassungsrechtlich unbedenklicher Weg, die übrigen Mitglieder eines Spruchkörpers mit den maßgeblichen Problemen eines Falles vertraut zu machen.“<sup>12</sup> Das „demnach“ bezieht sich auf den vorausgehenden Satz der Entscheidungsgründe, in dem es heißt: „Das Grundrecht auf rechtliches Gehör legt dem Gericht lediglich die Pflicht auf, die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen; es regelt nicht, wie dies im einzelnen zu geschehen hat.“ Aus dem Fehlen einer durch Art. 103 Abs. 1 GG<sup>13</sup> konkret vorgegebenen Art der Kenntnisnahme folgt indes keineswegs, dass insoweit jedes Verfahren zulässig wäre. Für die Zulässigkeit müssen vielmehr materielle Kriterien formuliert werden. Diese gebotene normative Absicherung des Berichterstatterverfahrens würdigt der BGH in der genannten Entscheidung jedoch mit keinem Wort. Er hält sie offenbar nicht für erforderlich. Das wird dem hohen Legitimationsdruck bei Entscheidungen über strafrechtliche Zwangsausübung nicht gerecht. Es ist daher zu begrüßen, wenn das Berichterstatterverfahren (fach-)öffentlich zur Diskussion gestellt wird.<sup>14</sup>

Normative Anforderungen an die praktische Ausgestaltung der richterlichen Tätigkeit ergeben sich aus der Verfassung. Das „Richterbild“ des Grundgesetzes wird dabei vor allem geprägt durch die Art. 101, 97, 92, 20 Abs. 3, 19 Abs. 4 GG. Demnach ist der „gesetzliche Richter“ (i.w.S.) nicht allein durch das ordnungsgemäße Zustandekommen seiner Zuständigkeit definiert, sondern er wirkt als unabhängiges Organ bei der Gewährleistung

läufe in der Wissenschaft wohl weitgehend unbekannt, so Fischer NSTz 2013, 425, 429 f.

<sup>10</sup> Stellungnahme Nr.: 16/2013, abrufbar unter <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-11/DAV-SN16-13.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2013).

<sup>11</sup> In der Stellungnahme des DAV wird wie selbstverständlich von dem „im Gesetz vorgeschriebenen ‚10-Augenprinzip‘“ gesprochen, a.a.O. (Fn. 10), S. 4.

<sup>12</sup> BGH NSTz 1994, 353, 354.

<sup>13</sup> Der alleinige Rückgriff auf Art. 103 Abs. 1 GG erfasst den relevanten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab – wie gleich deutlich werden wird – in höchstem Maße unvollständig.

<sup>14</sup> Dagegen ist es fragwürdig, wenn dies als „Vermischung von Selbstverständlichem mit aufgebauchten, eher abstrakt gehaltenen Umständen“ bezeichnet wird, so Brause JR 2013, 134, 146; demgegenüber betont der DAV, a.a.O. (Fn. 10), S. 4, die „erfreuliche Offenheit“, mit der die entsprechenden Verfahren bekannt gemacht wurden.

einer rechtsstaatlichen und effektiven Justiz mit. „Der Grundsatz des gesetzlichen Richters sichert die Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit schlechthin“.<sup>15</sup> Aus diesem – fraglos konkretisierungsbedürftigen – Maßstab folgt nun zunächst das Gebot effektiver Justizgewähr (siehe bereits oben I), also einer Entscheidung *innerhalb angemessener Zeit*.<sup>16</sup> Die *tatsächliche* Leistbarkeit des anfallenden Arbeitsaufwandes wird so zu einem *normativen* Argument, das sich *für* die Legitimation des Berichterstatterverfahrens ins Feld führen lässt, da dieses offensichtlich die Bewältigung der anfallenden Verfahrenszahlen ermöglicht.

Allerdings begründet der Justizgewähranspruch – insoweit gegenläufig – auch eine Pflicht zur umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung des Streitgegenstandes.<sup>17</sup> Der Rang der im Strafverfahren betroffenen Grundrechte und die Intensität ihrer drohenden Beeinträchtigung erfordert dabei eine hohe Prüfungs- und Kontrolldichte, um Rechtsstaatlichkeit und Fairness des Verfahrens sicherzustellen.<sup>18</sup> Je gravierender der drohende Eingriff, desto genauer und gewissenhafter muss der gesetzliche Richter des Grundgesetzes prüfen, bevor er eine Entscheidung fällt.<sup>19</sup> Die gebotene Kontrolldichte steht auch nicht im Rahmen der richterlichen Unabhängigkeit zur Disposition, da diese weder Privileg noch Selbstzweck ist, sondern dem Richter lediglich eine gerechte und von sachfremden Einflüssen freie Entscheidung ermöglichen soll.<sup>20</sup> Sie kann daher nicht herangezogen werden, um eine Verfahrensweise zu legitimieren, die strukturell zu defizitärer Sachkenntnis der beteiligten Richter führt.<sup>21</sup>

Freilich könnte man der Auffassung sein, dass das Berichterstatterverfahren die Vermittlung einer die notwendige Prüfungs- und Kontrolldichte ermöglichenden Sachkenntnis der übrigen Richter gewährleistet. Ein qualifizierter und erfahrener Richter wäre demnach in der Lage, den Inhalt einer ihm zur Entscheidungsvorbereitung übertragenen Revisionsakte richtig zu erfassen und so die für die Entscheidung wesentlichen Punkte am Beratungstag zutreffend vorzutragen. Diese Sichtweise begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken. Sie suggeriert, dass es einen *objektiven* Inhalt der Senatshefte gibt,

<sup>15</sup> Siehe (mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG) Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 67. Ergänzungslieferung (2013), Art. 101 Rn. 1; vgl. ferner a.a.O. Rn. 12 f. m.w.N. (auch zu Kritik an diesem weiten Verständnis des gesetzlichen Richters).

<sup>16</sup> *Pars pro toto* BVerfG NJW 2001, 214, 215 m.w.N.; zum europarechtlichen Beschleunigungsgebot (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK) etwa Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 2. Aufl. (2012), Anhang zu § 46 Rn. 20 ff.

<sup>17</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, a.a.O. (Fn. 15), Art. 20 VII Rn. 133 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

<sup>18</sup> Allgemein zu den aus dem Rechtsstaatsprinzip bzw. dem Gebot effektiven Rechtsschutzes folgenden Anforderungen an die Kontrolldichte bei gerichtlichen Entscheidungen (dort in erster Linie bezogen auf das Verhältnis zur Exekutive) Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, a.a.O. (Fn. 15), Art. 19 Abs. 4 Rn. 180 ff.

<sup>19</sup> Dieser Gedanke findet sich – bezogen auf die Kontrolle der Fachgerichte durch das BVerfG – in BVerfGE 42, 143, 147 ff.

<sup>20</sup> Papier NJW 2001, 1089, 1090.

<sup>21</sup> Wie hier Fischer/Krehl StV 2012, 550, 557.

der vom Berichterstatter lediglich erkannt und anschließend referiert werden muss. Die Vorstellung eines vom Leser unabhängigen *objektiven Inhalts* von Texten wird jedoch durch die Erkenntnisse aller Wissenschaften widerlegt, die sich mit Sprache befassen.<sup>22</sup> Den Inhalt eines Textes gibt es nicht; vielmehr ist *der* Text immer bereits das Produkt einer Auslegung, eines Verständnisses des Lesers.<sup>23</sup> Die Berichterstattung ist also niemals die Darstellung eines vorhandenen Inhalts, sondern eine Interpretation des Berichterstatters, eine Konstruktion. Damit wird den beteiligten Personen keineswegs Böswilligkeit oder mangelnde Qualifikation unterstellt. Texte sind eben nicht, was sie sind, sondern sie werden, was der Leser aus ihnen macht.<sup>24</sup>

Hierbei handelt es sich mitnichten um für die richterliche Praxis belanglosen akademischen Dünkel. Wie fragwürdig die Vorstellung eines objektiven Inhalts der Revisionsakte ist, zeigt sich in aller Deutlichkeit, wenn der Gegenstand des vermeintlichen „Berichts“ in den Blick genommen wird. Nach der Auffassung des BGH sollen die übrigen Richter durch den Berichterstatter über die „maßgeblichen Problemen eines Falles“ informiert werden.<sup>25</sup> Vor dem Hintergrund einer aufgeklärten juristischen Methodenlehre ist es aber eine höchst zweifelhafte Vorstellung, dass die für die Entscheidung eines Rechtsfalles relevanten Aspekte gleichsam wie eine *objektive Tatsache* verfügbar sind. Das wertende Element der (insoweit sprachlich irreführend) als „Berichterstattung“ bezeichneten Methode ist nicht von der Hand zu weisen. Es handelt sich eben nicht um ein objektives Verfahren, durch das der Akteninhalt lediglich wert- und ergebnisneutral referiert wird. Was die „maßgeblichen Probleme eines Falles“ sind, ist eine (womöglich sogar *die*) entscheidende normative Vorfrage, auf die es häufig keine allein „richtige“ Antwort gibt. Die verfassungsrechtlich gebotene Prüfungs- und Kontrolldichte ist nicht gewährleistet, wo sich von fünf gesetzlich zur Entscheidung berufenen Richtern lediglich zwei mit dieser Frage befassen. Die dem Richter vom Grundgesetz vorgeschriebene umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung er-

scheint vor diesem Hintergrund ohne zumindest punktuelle eigene Aktenkenntnis undenkbar. Es ist demnach nicht nur so, dass zehn Augen mehr sehen, als vier; sie sehen – zumal im Bereich hoch normativer Fragestellungen – regelmäßig auch unterschiedliche Dinge. Diese Einschätzung wird durch die Tatsache bestätigt, dass sich die Quote der Verwerfungen nach § 349 Abs. 2 StPO offenbar je nach Berichterstatter signifikant unterscheidet.<sup>26</sup> Wo das Gesetz dem Betroffenen aber eine Entscheidung durch fünf Richter garantiert, ist eine derart große Abhängigkeit von der Person des Berichterstatters inakzeptabel, zumal diese jedenfalls nicht in allen Fällen durch abstrakte Regelungen vorgegeben ist.<sup>27</sup>

Bei alledem ist zuzugeben, dass in einer nicht geringen Anzahl von Fällen „der wesentliche Inhalt“ der Revisionsakte von allen damit befassten (sachkundigen) Personen weitgehend identisch eingeschätzt würde.<sup>28</sup> Bei solchen „einfachen“ Verfahren, in denen die für die Revisionsentscheidung relevanten Eckpunkte vor dem Hintergrund des geltenden Rechts/der anerkannten Dogmatik klar erkennbar sind, ist es unschädlich, wenn die Akte lediglich vom Berichterstatter aufbereitet wird.<sup>29</sup> Aber die Existenz unkomplizierter Fälle vermag das Berichterstatterverfahren angesichts der vorstehend skizzierten Bedenken nicht zu legitimieren. Denn es kann sich immer erst im Nachhinein herausstellen, ob tatsächlich ein „einfacher“ Fall im vorstehenden Sinne vorlag.<sup>30</sup> Auch hierüber kann es schließlich Streit geben, denn was der eine für offensichtlich hält, mag dem anderen diskussionswürdig erscheinen. Außerdem sind auch bei scheinbar einfachen Fällen immer wieder Besonderheiten möglich, die u.U. eine Abweichung von einer bislang geübten Praxis rechtfertigen. Schließlich kommen bestimmte Fallgruppen bereits strukturell für eine Behandlung im Wege des Berichterstatterverfahrens nicht in Frage. Das gilt z.B. dort, wo es um mögliche Beweiswürdigungsfehler des Landgerichts geht. Die Kontrolle einer tatrichter-

<sup>22</sup> Vgl. dazu mit zahlreichen Nachw. aus der Linguistik *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens (2001), S. 41 ff.; aus der Literaturwissenschaft – mit im Einzelnen differierenden Konzepten – etwa den Sammelband von *Stanley Fish*, Is there a text in this class (1980) sowie *Paul de Man*, Allegories of Reading (1979), jew. *passim*. In der Sprachphilosophie ist die Vorstellung einer „objektiven“ Bedeutung sprachlicher Texte spätestens seit der sog. „Spätphilosophie“ von *Ludwig Wittgenstein* kaum mehr aufrecht zu erhalten, vgl. für eine besonders konsequente Variante dieses Ansatzes *Rorty*, Contingency, irony, and solidarity (1989), S. 3 ff.

<sup>23</sup> Im Grundsatz zutr. daher *Fischer/Krehl* StV 2012, 550, 555.

<sup>24</sup> Eine gestochen scharfe Darstellung dieses Ansatzes findet sich bei *Fish*, in: ders., a.a.O. (Fn. 22), S. 303 ff. Dort wird auch in aller Klarheit gezeigt, dass dieses Verständnis keineswegs zu völligem Skeptizismus oder Relativismus führt. Auch hier soll natürlich nicht bestritten werden, dass es Fälle gibt, in denen unter fachkundigen Betrachtern (gewissermaßen pragmatisch) kein Dissens darüber besteht, was „der maßgebliche Inhalt“ einer Revisionsakte ist. Das ändert aber nichts daran, dass die Annahme des Textinhalts als einer objektiven, vom Leser vorgefundenen Entität nur schwer stimmig begründet werden kann.

<sup>25</sup> NStZ 1994, 353, 354.

<sup>26</sup> Es zeigen sich über einen mehrjährigen Zeitraum Unterschiede von rund 30%, siehe (für den 2. Strafsenat) *Fischer* NStZ 2013, 425, 431 f.

<sup>27</sup> Siehe oben (Fn. 7).

<sup>28</sup> Deutlich zu weit geht es m.E. indes, wenn der Umgang mit Strafurteilen als eine Art schematisches Verfahren dargestellt wird, bei dem „immer gleiche Programmpunkte belegt, abgehakt oder problematisiert werden“ könnten, so *Brause* JR 2013, 134, 136. Bei aller Notwendigkeit von Mechanismen zur Reduktion von Komplexität scheint mir diese Beschreibung in Anbetracht des hohen staatstheoretischen Legitimationsbedarfs inakzeptabel. Im Übrigen gilt – wie auch im Haupttext ausgeführt –, dass es auch Streit darüber geben kann, ob es sich um einen „Routinefall“ handelt, welche Routinen für einen bestimmten Fall adäquat sind oder ob trotz eines Routinefalles aufgrund besonderer Umstände eine Abweichung (distinguishing) geboten ist. All diese Diskussionen können nur diejenigen Richter führen, die das Senatsheft selbst unmittelbar kennen.

<sup>29</sup> Selbst wenn dies „die Hälfte aller Fälle“ sein sollten (so *Brause* JR 2013, 134, 137), was zumindest eine angreifbare Schätzung sein dürfte, so werden doch mehr als 90% aller Fälle im Beschlussverfahren entschieden (*Fischer/Krehl* StV 2012, 550; nähere Zahlen jetzt bei *Fischer* NStZ 2013, 425, 427. Demnach würden mindestens 40% der Fälle ohne eigene Kenntnisnahme der Richtermehrheit vom Verfahrensinhalt entschieden, obwohl es sich *nicht* um einen einfachen Fall handelt.

<sup>30</sup> *Fischer/Krehl* StV 2012, 550, 559.

lichen Würdigung setzt stets eine individuelle Würdigung des Kontrollierenden voraus.<sup>31</sup> Das wiederum ist ohne eine eigene Lektüre der maßgeblichen Urteilspassagen undenkbar.<sup>32</sup> Selbst in (ex post) einfachen Fällen erfordert eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Entscheidung in diesem Bereich daher die Lektüre des erstinstanzlichen Urteils durch alle beteiligten Richter.

### III.

Die vorstehenden Überlegungen bestätigen die zu Beginn intuitiv getroffene Einschätzung. Ein gesetzlich zur Entscheidung berufener Richter darf diese Entscheidung regelmäßig nicht ohne eigene unmittelbare Aktenkenntnis treffen. Das folgt aus dem verfassungsrechtlichen Gebot einer umfassenden rechtlichen und tatsächlichen Prüfung des Verfahrensgegenstands sowie aus dem rechtsstaatlichen Erfordernis eigener methodengeleiteter Rechtserkenntnis<sup>33</sup> des gesetzlichen Richters. Das Berichterstatterverfahren, wie es bislang bei den Strafsenaten des BGH praktiziert wurde, wird diesen Anforderungen nicht zuletzt angesichts des Ranges der betroffenen Grundrechte und der drohenden Intensität ihrer Beeinträchtigung nicht gerecht und ist somit aus verfassungsrechtlichen Gründen zu verwerfen.

Das Nachdenken über eine Alternative muss insoweit natürlich den bereits erwähnten Entscheidungszwang berücksichtigen, dem der Bundesgerichtshof unterliegt. Ließe sich etwa empirisch zeigen, dass eine vollständige Lektüre aller Senatshafte durch alle an der Entscheidung beteiligten Richter<sup>34</sup> zeitlich nicht zu leisten ist,<sup>35</sup> wäre eine dies gleichwohl einfordernde normative Prämisse sinnlos (und zwar *normativ* sinnlos – *ultra posse nemo obligatur*).<sup>36</sup> Jenseits solcher Erwägungen lassen sich aber

keine Gründe dafür finden, dass durch eine Beschränkung auf „vier von zehn Augen“ bei der letztinstanzlichen Entscheidung über die Anwendung von Strafgewalt weniger gesehen wird, als bei Beachtung der gesetzlichen Vorgaben gesehen werden könnte.<sup>37</sup> Die bisherige Praxis kann sich nicht am eigenen Schopf aus dem normativen Sumpf ziehen, indem sie ihre Legitimation durch Verweis auf sich selbst begründet.<sup>38</sup> Das bei den Zivilsenaten praktizierte Verfahren mit entscheidungsvorbereitenden schriftlichen Voten – als ein Beispiel –, das dort die Bewältigung einer vergleichbaren Menge von Verfahren gewährleistet,<sup>39</sup> ist gegenüber dem Berichterstatterverfahren der Strafsenate normativ vorzugswürdig. Die Entscheidung hierüber unterliegt daher nicht der Disposition der beteiligten Richter, auch wenn der Praxis generell durchaus ein Rahmen zur Selbstregulierung ihrer Verfahrensabläufe zuzugestehen ist.<sup>40</sup> Dabei darf jedoch das normativ gebotene Minimum an Kontroll- und Prüfungsdichte nicht unterschritten werden, was bei einer Entscheidung durch fünf Richter regelmäßig jedenfalls punktuelle eigene Aktenkenntnis jedes Richters – sei es in der Auseinandersetzung mit dem schriftlichen Votum eines Kollegen – erfordert. Das gewährleistet weder „richtige“ Entscheidungen noch letztgültige „Wahrheit“. Diese Begriffe sind in einer pluralistisch verfassten Gesellschaft ohnehin allenfalls spärlich zu gebrauchen. Aber es schafft prozedurale Voraussetzungen dafür, dass der vom Grundgesetz vorgesehene gesetzliche Richter „nach bestem Wissen und Gewissen“ (§ 38 Abs. 1 DRiG) entscheiden kann. Der Rest an schlechtem Gewissen, der nach *Gustav Radbruch* die Tätigkeit des Strafrichters stets begleiten sollte, kann und muss dann von allen Beteiligten und Betroffenen ausgehalten werden.

---

der Justiz sein, um normativ adäquate Entscheidungsverfahren und Justizgewähr in angemessener Zeit zu ermöglichen.

<sup>31</sup> Velten, in: SK-StPO, Bd. V, 4. Aufl. (2012), Vor § 261 Rn. 9  
<sup>32</sup> Siehe auch Fischer, NStZ 2013, 425, 429 m. Fn. 28: Die Referierung von Beweiswürdigungen [und Strafzumessungserwägungen] ist besonders fehleranfällig. „Wenn man diese Teile nicht liest, kann man es eigentlich gleich ganz lassen“.  
<sup>33</sup> Dazu allgemein Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 181  
<sup>34</sup> Das ist in den (wenigen) durch Urteil beschiedenen Fällen offenbar gängige Praxis, siehe Fischer NStZ 2013, 425, 427 f.  
<sup>35</sup> Zu Rechenbeispielen vgl. Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 396 und 401.  
<sup>36</sup> Ein solcher Befund könnte allerdings ein begründeter Anlass für die Forderung nach einer besseren Ausstattung

<sup>37</sup> Zutr. daher Fischer/Krehl StV 2012, 550, 554 f. sowie S. 558; Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 400 f.; im Ergebnis übereinstimmend die Stellungnahme des DAV, a.a.O. (Fn. 10), S. 5; im Kern auch BVerfG NStZ 2012, 458, 460.  
<sup>38</sup> So der Sache nach aber BGH NStZ 1994, 353 f.  
<sup>39</sup> Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 399.  
<sup>40</sup> Ein Vorschlag, der im hier skizzierten Sinne ein erhöhtes Maß an Legitimation gewährleisten könnte, wird angedeutet bei Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 401 f.

# Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes

Von Privatdozent Dr. Jörg Scheinfeld, Mainz

## I. § 1631d BGB und seine Entstehung

Ende 2012 trat § 1631d BGB in Kraft. Die Norm gestattet den Personensorgeberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen, ein nicht einwilligungsfähiges männliches Kind auch ohne medizinische Indikation an der Penisvorhaut beschneiden oder sie ganz entfernen zu lassen. Das wirft die Frage auf, ob dieses Erlaubnisgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist (unten II.). Daneben schafft die Fassung der Vorschrift einige einfachgesetzliche Interpretationsprobleme. Die sind in der ärztlichen Praxis schon jetzt virulent, sogar schon der Staatsanwaltschaft vorgelegt worden<sup>1</sup> und könnten alsbald die Strafgerichte beschäftigen. Mit Blick auf diese Streitpunkte werden später Auslegungshypothesen angeboten (unten III).

Unter der Überschrift „Beschneidung des männlichen Kindes“ hat die Regelung im Recht der Personensorge die folgende Gestalt erhalten:

*(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.*

*(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.<sup>2</sup>*

Vorabgegangen war dem Gesetz die – überaus seltene – Selbstbindung des Parlaments durch Annahme eines „Entschließungsantrags“, der vorsah, die Knabenbeschneidung in Grenzen zu gestatten. Veranlasst vom Urteil des LG Köln, das die lege artis ausgeführte Beschneidung eines muslimischen Jungen für rechtswidrig

<sup>1</sup> Zu diesen Fällen näher im Text unter V.

<sup>2</sup> Das Gesetz betrifft das Einwilligungsgesetz aller Personensorgeberechtigten. Aus Gründen der Einfachheit behandle ich im Folgenden nur den Kernfall, die Personensorge kraft Elternschaft. Die Ausführungen gelten aber allgemein.

erklärt hatte,<sup>3</sup> beauftragte der Bundestag im Juli 2012 die Bundesregierung, ein Erlaubnisgesetz vorzulegen. Das Gesetz sollte sicherstellen, „dass eine medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen ohne unnötige Schmerzen grundsätzlich zulässig ist“.<sup>4</sup> Dies ist es, was § 1631d BGB anstrebt. Strafrechtsdogmatisch betrachtet soll die Norm gewährleisten, dass der elterlichen Einwilligung in die Beschneidung nicht stets die Wirksamkeit versagt wird.<sup>5</sup> Die Knabenbeschneidung, so fingiert das Gesetz zu diesem Zweck, verletzt nicht das Kindeswohl.

## II. Beschneidungserlaubnis und Grundgesetz<sup>6</sup>

### 1. Die verletzten Grundrechte des Kindes

**a)** Die grundrechtliche Problematik ist gekennzeichnet von der dreipoligen Beziehung Kind-Eltern-Staat. In diesem Verhältnis haben die Eltern das Recht und die Pflicht, ihr Kind zu pflegen und zu erziehen (Art. 6 II 1 GG); soweit die Eltern das Kindeswohl nicht gefährden, haben sie ein Abwehrrecht gegen den Staat, er muss sich aus dem Eltern-Kind-Verhältnis heraushalten. Der Staat hat nur ein Wächteramt, das erst im Falle *kindeswohlgefährdender Akte* der Eltern Maßnahmen erfordert, dann aber auch eine staatliche *Schutzpflicht* gegenüber dem Kind aktualisiert (Art. 6 II 2 GG).<sup>7</sup>

Mit der ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubnis des Beschneidungsaktes verletzt der Staat diese Schutzpflicht. Das Kindeswohl wird durch die elterlich veranlasste Beschneidung nicht nur gefährdet, sondern verletzt. Dagegen muss der Staat einschreiten und darf es nicht positiv gestatten. Im Einzelnen:

<sup>3</sup> LG Köln NJW 2012, 2128; Anm. Putzke MedR 2013, 621.

<sup>4</sup> BT-Drucksache 17/10331.

<sup>5</sup> Rixen NJW 2013, 257, 259

<sup>6</sup> Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Fragen Scheinfeld, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis (erscheint demnächst).

<sup>7</sup> Dazu Fateh-Moghadam RW 2010, 115, 131 ff.; Germann, in: Beschneidung: das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil (2012), S. 83 ff.; Isensee JZ 2013, 317, 318 f.; Rixen NJW 2013, 257, 258 f.; auch Hörnle/Huster JZ 2013, 328 ff., die einen Bereich anerkennen, in dem der Staat eingreifen darf, aber nicht eingreifen muss.

Eingriffsqualität und Rechtswidrigkeit des Gesetzes ergeben sich jeweils aus den allseits anerkannten Umständen *einer jeden* Knabenbeschneidung: Bei der eingebüßten Vorhaut handelt es sich um eine erogene Zone, einen hochsensiblen Teil des Penis; sie weist um die 20.000 Nervenenden auf, sie spielt eine wichtige Rolle in sexueller Hinsicht und schützt die Eichel vor Austrocknung und Verhornung, hält sie also sensibel.<sup>8</sup> Daraus folgt, dass der Beschneidungsakt eingreift in das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, in das Persönlichkeitsrecht des Kindes sowie – wegen der Gestattung auch religiöser Beschneidungen – in das Recht auf negative Religionsfreiheit (Art. 2 II 1, Art. 4 I bzw. Art. 2 I iVm I GG).

**b)** Das Persönlichkeitsrecht des Kindes ist betroffen, weil die Abtrennung der Vorhaut in das sexuelle Empfinden des Knaben, in seine *Intimsphäre* eingreift und das sexuelle Erleben lebenslang beeinflusst.<sup>9</sup> Selbst wenn man die empirische Situation hinsichtlich der Folgen einer Beschneidung für unsicher hält (das Beschnittensein wird von den Betroffenen vielfach bedauert, überwiegend aber begrüßt<sup>10</sup>), so steht außer Frage, dass der körperliche Eingriff das Sexualleben *beeinflusst*. Und hier wird etwas bedeutsam, was vor allem in der politischen Debatte nicht hinreichend klar gesehen oder beiseite geschoben wurde: Die Entscheidung darüber, sich den besonders sensiblen und erogenen Teil seines Geschlechtsorgans abschneiden zu lassen (sei es aus Gründen der Ästhetik, der Hygiene, der Prophylaxe oder für einen Bund mit seinem Gott) betrifft die *Intimsphäre* der Person und ist eine *höchstpersönliche* Entscheidung, die *nicht in Stellvertretung* getroffen werden darf.<sup>11</sup> Da völlig offen ist, ob der spätere, entscheidungsreife Erwachsene sich für eine Beschneidung entschiede und diesen intimen Körperteil irgendeinem Interesse opferte, drückt die Anmaßung einer Stellvertreterentscheidung nur aus, dass man die – noch reifende – *Persönlichkeit des Kindes nicht respektiert*.

**c)** Die negative Religionsfreiheit ist betroffen, weil der Knabe bei religiöser Beschneidung lebenslang mit einem

religiösen Identifikationsmerkmal versehen wird; das kann es ihm später *erschweren*, sich für eine andere Religion oder schlicht gegen die elterliche Religion zu entscheiden.<sup>12</sup> Für das Judentum hat diesen Aspekt der Oberrabbiner *Metzger* in der Bundespressekonferenz anschaulich gemacht: Das Kind werde mit einem „Stempel“, einem „Siegel“ versehen, damit es sich noch im entlegensten Teil der Welt daran erinnere, dass es Jude sei.<sup>13</sup> „Man kann es kaum deutlicher sagen: Es soll dem Gezeichneten schwer gemacht werden, jemals im Leben sein Judentum abzulegen.“<sup>14</sup> Mit dem Hinweis auf diese Zusammenhänge wird also nicht behauptet, die Beschneidung mache das Ablegen oder einen Wechsel der Religion unmöglich; abgestellt wird nur auf diejenige *Erschwerung*, die der Eingriff nach den Bekundungen der religiösen Führer gerade erstrebt.<sup>15</sup> – Diese Sicht findet für das Judentum eine Bestätigung darin, dass die Beschneidung anfangs viel milder durchgeführt worden ist; nur die Vorhautspitze ist abgetrennt worden. Die Rabbiner haben erst um das Jahr 150 n.Ch. eine radikalere Form verfügt, weil einige Beschnittene erfolgreiche Restitutionsversuche unternommen hatten. Dergleichen sollte unmöglich gemacht werden.<sup>16</sup>

Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, dass Beschneidungen andernorts, etwa in den USA, auch aus nicht-religiösen Gründen erfolgen; denn dem Jungen ist sie gerade als religiöses Zeichen aufgedrückt worden, was er zeitlebens weiß und, wie Oberrabbiner *Metzger* deutlich gemacht hat, gerade immer und überall wissen soll. Die Sache liegt nicht anders als bei einem kleinen Tattoo, dass die religiösen Eltern ihrem Kind als Zeichen der Religionszugehörigkeit anbringen lassen, etwa eine Sonne für den Buddhismus; dass sich auch nicht-religiöse Personen eine Sonne tätowieren lassen, ändert am Charakter des „religiösen Stempels“ nichts.<sup>17</sup> – Das Beispiel zeigt auch, dass *körperliches Prägen* gegenüber dem sehr weitgehend erlaubten geistigen Prägen des Kindes eine Sonderrolle einnimmt.<sup>18</sup>

**d)** Dass in das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit eingegriffen wird (Art. 2 II 1 GG), liegt auf der Hand. Um die Eingriffstiefe richtig einzuschätzen, muss man sich bewusst machen, dass die Vorhaut eben nicht nur ein „Stück Haut“ ist, sondern ein funktionaler Körperteil. Neben der Funktion, sexuelles Empfinden zu steigern, erfüllt sie weitere, auch gesundheitsförderliche Funktionen.<sup>19</sup> Diese weiteren Funktionen mit dem Ab-

<sup>8</sup> Näher noch *W. Hartmann* (Präsident des Bundesverbandes der Kinder- und Jugendärzte), Stellungnahme im Rechtsausschuss: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschues/se17/a06/anhoerungen/archiv/31\\_Beschneidung/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Hartmann.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschues/se17/a06/anhoerungen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hartmann.pdf), Blatt 1; *Putzke/Steher* Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783, 785. – Zu spät setzt daher die Frage an, die *Hörnle/Huster* im Hinblick auf die Grenze des Elternrechts aus Art. 6 II GG für entscheidend halten: „Wie ist mit den unmittelbaren Eingriffsrisiken und den Verdachtsmomenten umzugehen, die sich auf die Spätfolgen von Beschneidungen beziehen?“ (JZ 2013, 328, 337). – Hervorhebungen vom Verfasser). Gravierend genug ist schon der intimbereichsverletzende Eingriff selbst und seine unmittelbare Folge, der Verlust der erogenen und funktionalen Zone Vorhaut!

<sup>9</sup> Vgl. dazu auf: <http://ije.oxfordjournals.org/content/40/5/1367.long>.

<sup>10</sup> *Frisch et al.* International Journal of Epidemiology 40 (2011), 1367 ff.

<sup>11</sup> Zum Topos der höchstpersönlichen Entscheidungen vgl. bei *Mayr*, in: in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 48, 57 ff. Speziell zur Beschneidung siehe *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, § 223 Rn. 35.1–35.3, 35.5 f. (zuletzt besucht: 22.06.2013).

<sup>12</sup> Vgl. auch bei *Czerner* ZKJ 2012, 374, 381.

<sup>13</sup> Siehe unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/ober-rabbiner-in-berlinrabbi-metzger-zieht-die-grenzen-der-beschneidung-1.1446407>.

<sup>14</sup> *Herzberg* ZIS 2012, 486, 505

<sup>15</sup> So dürften auch die Ausführungen des LG Köln gemeint sein, vgl. NJW 2012, 2128, 2129.

<sup>16</sup> *Stücker*, siehe unter: <http://evidentist.wordpress.com/2012/10/08/der-absolute-nullpunkt-der-ultra-orthodoxie/>.

<sup>17</sup> Diese Zusammenhänge vernachlässigt *Fateh-Moghadam*, in: *Heil/Kramer* (Hrsg.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil* (2012), S. 146, 155.

<sup>18</sup> Näher *Merkel/Putzke* Journal of Medical Ethics 2013, 444 f.

<sup>19</sup> Siehe nur noch *W. Hartmann* (Präsident des Bundesverbandes der Kinder- und Jugendärzte), Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8).

schneiden der Vorhaut aufzuheben, bedeutet einen eigenen, vom Eingriff in die *sexuelle* Selbstbestimmung unabhängigen Schaden. Vor ihm schützt den Jungen sein Recht aus Art. 2 II 1 GG.

e) Die Verletzung dieser drei Grundrechte folgt bereits aus den *immer* eintretenden körperlichen Folgen und Begleitumständen einer Vorhautabtrennung. Um zu erkennen, dass die kindlichen Grundrechte illegitim verletzt werden, muss man also nicht einmal die übrigen mit dem Eingriff einhergehenden Bedenklichkeiten einbeziehen, die freilich das Verdikt „verfassungswidrig“ absichern: Der vielfach auftretende Operationsschmerz, der immer auftretende Wundheilungsschmerz, die Risiken für Gesundheit und Leben des Kindes,<sup>20</sup> die Ängste und die drohende Traumatisierung älterer Kinder<sup>21</sup> sowie die mögliche (und vielfach auftretende und dann nicht selten erhebliche) Beeinträchtigung des Sexuallebens.<sup>22</sup>

## 2. Speziell: Ungleichbehandlungen

a) Das Beschneidungsgesetz verstößt auch offensichtlich gegen Art. 3 GG. Besonders deutlich wird dies, wenn man ein schafi'itisches Elternpaar als Beispiel nimmt, das seine ungleichgeschlechtlichen Zwillingskinder beschneiden lassen will. Die Schafi'iten bilden eine Rechtschule im Islam und beschneiden sowohl dem Knaben die Penisvorhaut als auch dem Mädchen die Klitorisvorhaut.<sup>23</sup> Die beiden Eingriffe in den kindlichen Körper wiegen zumindest gleich schwer.<sup>24</sup> Trotz vollständig gleicher Motivation der schafi'itischen Eltern, Erfüllung einer religiösen Pflicht, sagt das heutige einfache Recht: Die Penisvorhaut dürft ihr beschneiden, die Klitorisvorhaut nicht. Für diese Ungleichbehandlung gibt es keinen Sachgrund. Sie verstößt mit Blick auf die ungeschützten Jungen gegen Art. 3 I, III GG mit Art. 2 II 1 GG, mit Blick auf die Einwilligungssperre für die Eltern von Mädchen gegen Art. 3 I, III GG mit Art. 6 II GG.<sup>25</sup>

Die geschlechtsbezogene Differenzierung kann keinen Bestand haben. Wollte man die Erlaubnis zur Knabenbeschneidung aufrechterhalten, hätte *Hardtung* unbezweifelbar Recht mit seiner Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss: „§ 1631d BGB, der ausdrücklich nur für die Knabenbeschneidung konzipiert wurde, muss entsprechend ... auf diejenigen Formen der Mädchenbeschneidung angewendet werden, die in ihrem Schweregrad der

Knabenbeschneidung gleichstehen oder sogar dahinter zurückbleiben. Art. 3 GG lässt keine Differenzierung zu, er stellt das gleich doppelt klar: ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ (Abs. 2 S. 1); ‚Niemand darf wegen seines Geschlechtes ... benachteiligt oder bevorzugt werden‘ (Abs. 3 S. 1)“.<sup>26</sup> In eine Richtung muss der Staat konsequent sein, entweder er verbietet jede hinreichend gewichtige Beschneidung, einerlei ob bei Jungen oder Mädchen, oder er gibt gleich schwere Eingriffe bei beiden Geschlechtern frei.<sup>27</sup> Weil das bei Mädchen niemand will, bleibt nur übrig, Jungen denselben Schutz zu gewähren.

b) Neben der Ungleichbehandlung von Jungen und Mädchen gibt es weitere, die ebenfalls deutlich machen, dass die Beschneidungserlaubnis sich nicht widerspruchsfrei in die deutsche Rechtsordnung integrieren lässt. Genannt seien hier nur drei verbotene elterliche Verhaltensweisen, die man mit dem erlaubten Abschneiden der erogenen Zone Vorhaut vergleichen möge: (1) Das Ohrfeigen eines Fünfjährigen, damit dieser nicht erneut unvorsichtig auf die Straße läuft (§ 1631 II BGB, § 223 I StGB); (2) das Spenden von 500 Euro aus dem kindlichen Vermögen, das die Eltern treuhänderisch verwalten, an die Glaubensgemeinschaft, der das Kind angehört und deren religiöses Gebot es damit erfüllt (§ 1641 S. 1 BGB, § 266 StGB);<sup>28</sup> (3) das Veranlassen der Entnahme von Knochenmark aus dem kindlichen Körper zwecks Rettung eines leukämiekranken Nachbarkindes (§§ 8, 8a 19 I TPG). Vor dem Hintergrund dieser (strafbewehrten) Verbote erweist sich die in § 1631d BGB normierte Einwilligungserlaubnis nicht nur als schon für sich illegitimes Sonderrecht, sondern auch als evident gleichheitsatzwidrig.

Schließlich liegt mit § 1631d II BGB noch eine weitere, wegen der Illegitimität des Gesetzes allerdings zweitrangige Ungleichbehandlung vor. In den ersten sechs Monaten nach der Geburt erlaubt die Norm Beschneidungen durch einen qualifizierten Nichtarzt, den eine Religionsgemeinschaft bestimmt hat. Dieser Absatz 2 des Gesetzes wird ganz zutreffend „Mohel-Klausel“ genannt.<sup>29</sup> Sie bewirkt eine faktische Ungleichbehandlungen, weil sie nur jüdische Eltern begünstigt. Muslimische Eltern haben in der Regel kein Interesse an einer so frühen Beschneidung.<sup>30</sup> Wenn es aber überhaupt zulässig ist, für einen solchen operativen Eingriff wie die Beschneidung vom Arztvorbehalt abzusehen, dann gewiss nicht nur beim Säugling, sondern erst recht beim älteren Kind. Für eine faktisch wirksame Berechtigung des *Sünnetci*<sup>31</sup>, ältere Kinder zu beschneiden, sprechen dieselben Gründe wie

<sup>20</sup> Siehe die Liste der Komplikationen, über die der Beschneider die Eltern aufklären muss (im Text bei Fn. 114).

<sup>21</sup> Näher Franz, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis (erscheint demnächst).

<sup>22</sup> Zum Ganzen vgl. Frisch et al., International Journal of Epidemiology 40 (2011), 1367 ff.; Sorrells et al. British Journal of Urology International 99 (2007), 864.

<sup>23</sup> Von der Osten-Sacken: [http://haolam.de/de/2012-7/artikel\\_9866.html](http://haolam.de/de/2012-7/artikel_9866.html).

<sup>24</sup> Man könnte die Abtrennung der Penisvorhaut auch als folgenreicher und schwerer bewerten, die Klitorisvorhaut erfüllt in erster Linie nur eine Schutzfunktion, die Penisvorhaut ist eine erogene Zone. – Wer das bezweifelt, denke sich das Beispiel so, dass die Eltern nur die äußeren Schamlippen des Mädchens anritzen wollen (Stufe IV der WHO-Beschneidungskategorien)!

<sup>25</sup> Mandla FPR 2013, 244, 247.

<sup>26</sup> *Hardtung*, Stellungnahme im Rechtsausschuss zur Frauenbeschneidung (2013), S. 5 Rz. 24 (unter: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/46\\_\\_\\_Str\\_ndG/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Hardtung.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/46___Str_ndG/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hardtung.pdf)).

<sup>27</sup> T. Walter begnügt sich in seiner „Zwischenlösung“ damit, die Ungleichbehandlung aus dem Gesetzestext zu tilgen, auf der Ebene der Rechtsanwendung dürfe sie dann ruhig wieder auftreten (JZ 2012, 1110, 1111 ff., 1117). So geht es freilich nicht.

<sup>28</sup> Ähnliches Beispiel bei Herzberg ZIS 2012, 494 li. Sp.; derselbe ZIS 2010, 471, 474.

<sup>29</sup> T. Walter JZ 2012, 1110, 1114; Isensee JZ 2013, 317, 326.

<sup>30</sup> Isensee JZ 2013, 317, 326 re. Sp.

<sup>31</sup> So heißt der muslimische Beschneider.

für die Mohel-Klausel. Verletzt sind daher Art. 3 I GG mit Art. 12 GG (Sünnetci) und Art. 3 I GG mit Art. 6 II GG (Eltern).

### 3. Untaugliche Rechtfertigungsversuche

**a)** Zu Beginn der Debatte wurde vielfach versucht, die Eingriffe in die Grundrechte des Kindes über die Religionsfreiheit der Eltern zu rechtfertigen.<sup>32</sup> Dies hat sich aber als wenig ergiebig erwiesen. Die Religionsfreiheit der Eltern gibt ihnen nicht das Recht, den Körper anderer Personen zu verletzen, sei es, weil dazu ein *Freiheitsrecht* seinen Träger schon grundrechtstheoretisch niemals befugt,<sup>33</sup> sei es weil Art. 140 GG, Art. 136 WRV dies positivrechtlich so bestimmen,<sup>34</sup> sei es weil eine Abwägung widerstreitender Grundrechte von Kind und Eltern den Vorrang der Kinderrechte ergibt.<sup>35</sup> An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man auf ein Religionsgrundrecht des Kindes selbst abhebt, das die Eltern nur für das Kind ausüben.<sup>36</sup> „Die Religionsfreiheit [des Kindes] bleibt ... völlig substanz- und damit richtungslos, weil ein Kind noch keine sachhaltigen religiösen Überzeugungen besitzt.“<sup>37</sup> Es käme letztlich nur wieder auf die Kriterien an, mit denen man eine Kindeswohlgefährdung feststellt oder verneint.<sup>38</sup>

**b)** Die Diskussion hat sich deshalb verlagert hin zum Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 II GG), dieses gebe ihnen das Recht zur Knabenbeschneidung.<sup>39</sup> Unterstellen wir zur Erprobung dieser These, dass der Beschneidungsakt ein Akt der „Erziehung“ ist!<sup>40</sup> Wollten die Vertreter dieser Sicht es ernst meinen, müssten sie sich zu der Konsequenz bekennen, dass die schaff’itischen Eltern unseres Beispiels von oben<sup>41</sup> nicht nur ihrem Sohn die

Penisvorhaut beschneiden lassen dürften, sondern auch jedes Erziehungsrecht hätten, ihrer Tochter die Klitorisvorhaut zu beschneiden. Das tut aber niemand. Alle lassen sich den Widerspruch zu schulden kommen, selbst die leichteren Formen der Mädchenbeschneidung (Anritzen der äußeren Schamlippen) als Kindeswohlgefährdung einzustufen.

Soweit die Verfechter des Erziehungsrechts überhaupt Gründe für die Ungleichbehandlung vortragen, sind diese sämtlich und recht offensichtlich nicht tragfähig. Sie lassen die Absicht durchscheinen, dass eine unbedingt zu gestatten (Knabenbeschneidung), das andere unbedingt zu verbieten (milde Mädchenbeschneidung):

Der einzige tatsächliche Unterschied zwischen den beiden Beschneidungsformen *scheint* darin zu liegen, dass die Knabenbeschneidung gewisse hygienische und gesundheitliche Vorteile hat.<sup>42</sup> Die *hygienischen* Vorteile zählen indes nicht, weil in Deutschland Seife und Wasser hinreichend zur Verfügung stehen.<sup>43</sup> Die *gesundheitlichen* Vorteile aber sind alle umstritten,<sup>44</sup> der Gesetzgeber lässt sie für Deutschland ohnehin nicht gelten.<sup>45</sup> Zudem sind die behaupteten prophylaktischen Vorteile sämtlich solche, die sich erst realisieren, wenn der Junge Geschlechtsverkehr ausübt.<sup>46</sup> Sie sind also alle zu haben, ohne dass man die Persönlichkeit des Jungen übergehen und ihm den Beschneidungsakt aufzwingen müsste; er kann mit Eintritt der Entscheidungsreife noch rechtzeitig selbst wählen.<sup>47</sup> Es tritt hinzu, dass die Beschneidung das Verwenden von Kondomen erschwert und manchmal unmöglich macht; der Eingriff raubt dem Betroffenen also gerade die Möglichkeit eines fast 100%-igen Schutzes vor sexuell übertragbaren Krankheiten.<sup>48</sup>

Als einige wenige der Verfechter des elterlichen Erziehungsrechts haben *Hörnle/Huster* es unternommen, die Ungleichbehandlung der Geschlechter zu legitimieren. Nach ihrem Konzept dürfen die Eltern in die – als invasiven Eingriff eingestufte – Knabenbeschneidung einwilligen, wenn und weil sie eine wichtige Maßnahme eines erzieherischen Gesamtkonzepts ist; der Akt ermögliche es diesen Eltern dann, ihrem Sohn die eigene Überzeugung vom „guten Leben“ weiterzugeben; diese Vorstellung habe der ethisch neutrale Staat zu respektieren.<sup>49</sup> Das Erziehungsrecht finde aber eine „harte Grenze“ bei erheblichen Demütigungen des Kindes (siehe § 1631 II BGB) und bei erhöhter gesundheitlicher oder psychischer Gefährdung.<sup>50</sup> Diese Kriterien würden die Autoren gegen die mittelschweren und gravierenden Formen der weiblichen Beschneidung geltend machen. Daneben trete als „weiches“ Kriterium, das in eine Gesamtabwägung ein-

<sup>32</sup> Etwa *Bielefeldt* Blätter für deutsche und internationale Politik 2012, 63 ff.; *Schwarz* JZ 2010, 1125.

<sup>33</sup> *R. Merkel*, SZ vom 25./26. August (<http://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055>); in der Sache ebenso *Czerner* ZKJ 2012, 374, 376; *Isensee* JZ 2013, 317, 319, auch 322 f.

<sup>34</sup> *Herzberg* ZIS 2012, 486, 492 f.

<sup>35</sup> LG Köln, NJW 2012, 2128, 2129; *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 332 ff.; *Putzke*, in: *Putzke* u.a. (Hrsg.), Festschrift für *Herzberg* (2008), S. 669 ff.; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Aufl. (2012), Vor §§ 32 Rn. 143.

<sup>36</sup> *Bartsch* StV 2012, 607; *Beulke/Dießner* ZIS 2012, 338; 343 ff.

<sup>37</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 329; ähnlich *Isensee* JZ 2013, 317 ff.

<sup>38</sup> *Herzberg* ZIS 2012, 484, 493 – Zu den Religionsgemeinschaften siehe *Isensee* JZ 2013, 317, 323.

<sup>39</sup> *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115 ff.; *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328 ff.; *Rixen* NJW 2013, 257, 258 f.

<sup>40</sup> Was bei einem vierjährigen Jungen noch näher liegt als bei einem Säugling. Gänzlich ablehnend *Eschelbach*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.3: „Operation ... ist überhaupt kein Mittel der Erziehung“. Wird der Akt als „Erziehung“ eingestuft, ergibt sich freilich ein Wertungswiderspruch zu § 1631 II 1 BGB (*Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB [Fn. 35], Vor §§ 32 Rn. 143 f.) – Das medizinisch nicht indizierte Abschneiden der erogenen Zone Vorhaut ist sicher kein Akt der „Pfleger“ iSd Art. 6 II GG (*Herzberg* ZIS 2012, 486, 489: „aberwitzige Annahme“).

<sup>41</sup> Im Text bei Fn. 23.

<sup>42</sup> Näher dazu *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115, 135 ff.

<sup>43</sup> *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1113.

<sup>44</sup> *Frisch et al.* Pediatrics 2013, 796 (<http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2013/03/12/peds.2012-2896>).

<sup>45</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 8.

<sup>46</sup> *Herzberg*, ZIS 2012, 486, 494.

<sup>47</sup> *Putzke*, in: *Putzke* u.a. (Hrsg.), Festschrift für *Herzberg* (2008), S. 669, 690.

<sup>48</sup> Siehe auch *W. Hartmann*, Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8), Blatt 2.

<sup>49</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335.

<sup>50</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 333.

zustellen sei, die mit dem Akt verbundene „soziale Botschaft“.<sup>51</sup> Dieses Kriterium machen sie fruchtbar für die Andersbehandlung von Knabenbeschneidung und leichten Formen der Mädchenbeschneidung. Für Letztere sei zu klären, „ob sich nicht die symbolische Botschaft wesentlich“ unterscheide, „was zu vermuten“ sei, „da die Vorstellung eines notwendigen Reinigungsrituals oder Versuche der Kontrolle von (nur) weiblicher Sexualität auf negativen Bewertungen von Eigenschaften“ beruhen, „die angeblich Mädchen und Frauen zukämen.“<sup>52</sup>

Dies kann nicht überzeugen. Zum einen erstreckt sich diese Sicht nicht auf schaff'itische Eltern, die für Jungen und Mädchenbeschneidung das identische Motiv der religiösen Pflicht haben. Mit einigem Recht würden sie den Vorwurf von sich weisen, die Beschneidung ihrer Tochter habe etwas mit einer Herabsetzung des Mädchens oder Unterdrückung ihrer Sexualität zu tun. Zum andern würde es für manche Knabenbeschneidung ganz genauso gelten. Unter Muslimen gilt der Unbeschnittene zum Teil als „unrein“.<sup>53</sup> Und der israelische Mohel *Menachem Fleischmann* sagt in einem Dokumentarfilm: „Die Vorhaut ist etwas Verabscheuungswürdiges, und deshalb schneiden wir sie ab.“<sup>54</sup> Die soziale Botschaft ist hier keine bessere als bei der angeblich nötigen Reinigung des Mädchens. Sie lautet: Du hast etwas Schmutziges an dir, das weg muss; ohne den (verletzenden) Beschneidungsakt bist Du nicht „vollwertig“! Das führt in Sachen „sozialer Botschaft“ zu einem weiteren Punkt: Eine Religionsgemeinschaft, die für die Vollwertigkeit ihrer minderjährigen Mitglieder einfordert, sie mögen sich erst einmal im Intimbereich verletzen lassen und eine erogene Zone opfern, übt illegitimen Nötigungsdruck aus.<sup>55</sup> Wie würden wir das Verhalten eines Fechtvereins einstufen, der zehnjährige Kinder zwar bei offiziellen Wettkämpfen für den Verein starten lässt, aber nur unter der Bedingung, dass sich die Anwarter zuvor einen Schmiss auf dem Oberarm verpassen lassen? Es besteht kein Zweifel, dass dieses Verhalten der Vereinsverantwortlichen rechtswidrig wäre. Für Religionsgemeinschaften kann nichts anderes gelten. – Und schließlich ist in den Blick zu nehmen, was denn das beschnittene Mädchen, wenn es reif genug ist, ihren Eltern vorwerfen wird. Doch nicht etwa: Wie konntet ihr mich nur als etwas Unreines betrachten! (Wo sie jetzt ja „rein“ ist, wird sie das kaum belasten.) Sondern doch wohl eher: Wie konntet ihr euch nur anmaßen, ein Stück von meinem Körper abzuschneiden! Diesen Vorwurf erheben jetzt auch viele als Kind beschnittene Männer. Die unerwünschte Beschneidung kann also vom Betroffenen auch nachträglich als Anmaßung begriffen werden.<sup>56</sup>

Weiter verweisen *Hörnle/Huster* darauf, dass der „wichtige Aspekt der Unterdrückung der weiblichen Sexualität als Zweck der Frauenbeschneidung ... ignoriert werde“.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 re. Sp. oben.

<sup>52</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 re. Sp.

<sup>53</sup> *Kelek* Der Spiegel, 51/2012, S. 74, 75 li Sp.

<sup>54</sup> [http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article\\_id=217832](http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article_id=217832).

<sup>55</sup> *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.6.

<sup>56</sup> *Czerner* ZKJ 2012, 374, 379.

<sup>57</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 in Fn. 78 – unter Hinweis auf ein Urteil des Ägypt. Verwaltungsgerichtshofs.

Aber auch damit ist nichts vorgetragen, was ein Verbot gegenüber den Schaff'iten rechtfertigen könnte. Die schaff'itischen Eltern unterdrücken keineswegs die Sexualität ihrer Tochter. Manche erwachsene Frau lässt sich sogar die Klitorisvorhaut beschneiden, um besser sexuell stimulierbar zu sein!<sup>58</sup>

Bei *Hörnle/Huster* läuft deshalb alles auf die Äußerung hinaus, der Gesetzgeber dürfe „typisierend aufgreifen“, dass viele oder die meisten Mädchenbeschneidungen eine negative „soziale Botschaft“ hätten, und er dürfe daher Mädchenbeschneidungen insgesamt verbieten.<sup>59</sup> Aber das ist zweifach unplausibel. *Erstens* besteht vor dem Hintergrund der Strafbewehrung des Beschneidungsverbots ein Zurechnungsproblem. Die schaff'itischen Eltern werden nach dieser Sicht nur deshalb bestraft, weil andere Eltern an ihren Kindern Beschneidungsakte vollziehen, die schlimm und schon für sich genommen strafwürdig sind. Doch für die Akte dieser Eltern fehlt es an einem die Zurechnung begründenden Band. Für diese Taten sind die Schaff'iten nicht verantwortlich.<sup>60</sup> Es leuchtet zudem nicht ein, dass die Typisierung gerade beim Geschlecht endet. Wer seiner Tochter die Klitoris abschneiden lassen möchte, kann sich doch sagen, in Deutschland darf man männlichen Kindern schließlich auch erogene Zonen abschneiden.<sup>61</sup> *Zweitens* müssen *Hörnle/Huster* gefragt werden: Was ist denn mit dem Erziehungsrecht der (schaff'itischen) Eltern? Was wäre das für ein Erziehungsrecht, wenn es zurücktreten müsste, weil andere Eltern schlimme Dinge tun! Nein, wenn die leichten Formen der Beschneidung vom Erziehungsrecht der Eltern gedeckt sind, dann setzt es sich auch durch gegen typisierend-weite Verbote dieser Praktiken. Wenn das Erziehungsrecht so stark ist, dass es die Entfernung einer erogenen Zone beim Jungen erlaubt, dann muss es sich auch und erst recht durchsetzen gegen solch typisierend-weite Verbote, gegen ein In-Haftung-genommen-Werden für Taten anderer.

Bei genauer Betrachtung erweist sich die Differenzierung demnach als nicht tragfähig. Vielmehr muss aus dem Konsens, dass alle Formen der Mädchenbeschneidung, auch die leichtesten, verboten sind, Folgendes abgeleitet werden: Schon der Umstand, dass die Eltern ohne medizinischen Grund den Intimbereich ihres minderjährigen Kindes verletzen, erzwingt das Beschneidungsverbot. Die Rechte der Kinder auf körperliche Unversehrtheit und auf Achtung ihrer offenen, noch reifenden Persönlichkeit stehen einer Beschneidungserlaubnis entgegen – auch unter dem Blickwinkel des elterlichen Erziehungsrechts.

**c)** *Isensee* teilt die skizzierte Sicht auf die Verfassungsfragen weitgehend und erklärt das Erlaubnisgesetz des

<sup>58</sup> <http://www.studio-arcades.com>.

<sup>59</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 re. Sp.

<sup>60</sup> Siehe bei *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 185 ff.

<sup>61</sup> So tatsächlich schon die auf Gleichbehandlung zielende Forderung der ägyptische Gynäkologen Prof. *Toprak* (<http://www.welt.de/politik/ausland/article111030661/M-ediziner-will-Vaginal-Beschneidung-legalisieren.html>); siehe zu der mit dem Beschneidungsgesetz bewirkten Schwächung des Kampfes gegen die Mädchenbeschneidung auch *Herzberg* ZIS 2012, 486, 496 f.

§ 1631d BGB für „verfassungsrechtlich gescheitert“.<sup>62</sup> Er will am Ende aber doch einen Weg gefunden haben, eine enge Beschneidungserlaubnis gelten zu lassen: Der Gesetzgeber dürfe die Beschneidung erlauben, um in Deutschland einen „Kulturkampf“ zu verhindern.<sup>63</sup> So verständlich das politisch ist, so wenig plausibel ist es empirisch und verfassungsrechtlich. In aller Kürze nur dies: Schon das jetzt geltende Beschneidungsgesetz begrenzt die Kultur mancher Moslems und Juden. So wird etwa den Juden auferlegt, die Beschneidung unter Anwendung effektiver Schmerzbehandlung zu vollziehen (§ 1631d I BGB),<sup>64</sup> was viele Strengegläubige aus religiösen Gründen ablehnen.<sup>65</sup> Davor musste der Gesetzgeber weder empirisch noch verfassungsrechtlich zurückschrecken. Auch mit Teilen des Islam wird der „Kulturkampf“ durchaus aufgenommen, wenn, wie behandelt, den Schafiten leichtere Eingriffe bei weiblichen Kindern unter sagt werden. Schließlich ist weder von der Mehrheit der Moslems noch von der Mehrheit der Juden zu erwarten, dass sie ein letztlich fundamentalistisches Verständnis im Verhältnis von Religion und Staat einnehmen.<sup>66</sup> – Auch enthält *Isensees* Idee den unheimlichen Satz, der Gesetzgeber habe sich „im Konflikt zwischen rechtsstaatlicher Konsequenz und Wahrung des religiösen wie gesellschaftlichen Friedens“ zulässiger Weise für den Frieden entschieden.<sup>67</sup> Er sagt damit, der Gesetzgeber dürfe in utilitaristischer Verrechnung Grundrechte der Kinder opfern, um den gesellschaftlichen Frieden zu wahren. Es ist aber gerade der Sinn eines Kerngrundrechts wie Art. 2 II 1 GG, einen solchen Utilitarismus zu verhindern. Droht vor diesem Hintergrund nicht vielleicht auch von der anderen Seite ein Kulturkampf, weil das Beschneidungsgesetz die Verfassungskultur antiutilitaristischer Kerngrundrechte preisgibt?<sup>68</sup>

Der hier und da anklingende Gedanke, es dürfe nicht gerade Deutschland das erste Land sein, dass den Juden eine wichtige und im Großen und Ganzen bisher tolerierte Tradition verbietet,<sup>69</sup> wird vermutlich die entscheidende Triebfeder für das Beschneidungsgesetz gewesen sein.<sup>70</sup> Und in der Tat hätte man sich das anders ge-

wünscht. Doch ergibt auch dieser Aspekt verfassungsrechtlich keine Rechtfertigung. Die aus der Historie abgeleitete moralische Pflicht der deutschen Staatsorgane, auf alle jüdischen Belange von Gewicht besonders Rücksicht zu nehmen, dispensiert den Gesetzgeber nicht von seiner Schutzpflicht gegenüber den betroffenen Kindern! Gerade auch gegenüber den jüdischen Kindern mutet die These paradox an. Ihre Unversehrtheit im Intimbereich ist ein Belang von außerordentlichem Gewicht (Art. 2 I GG mit Art. 1 I GG).<sup>71</sup>

**d)** Bleibt zuletzt die Frage, auf welche Weise der Gesetzgeber seine Schutzpflicht zu erfüllen hat. Allemal muss der Beschneidungsakt *rechtswidrig* bleiben, damit das Kind nicht sein Notwehr- und Nothilferecht verliert und damit bei schweren Folgen (etwa bei einer Penisamputation) zivilrechtliche Ansprüche nicht schon allein wegen kunstgerechter Durchführung des Eingriffs ausgeschlossen sind.<sup>72</sup> Aber muss das Verbot auch strafbewehrt sein? Oder darf der Gesetzgeber wenigstens diese Rechtsfolge für die Eltern vermeiden?<sup>73</sup> Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber traditionell einen weiten Beurteilungsspielraum dafür ein, wie dieser Schutzpflichten erfüllt, und erst recht dafür, welches Verhalten er unter Strafe stellt.<sup>74</sup> Isoliert auf die Knabenbeschneidung geblickt, würde das BVerfG dem Gesetzgeber wohl allemal zugestehen, die Strafbarkeit auszuschließen – zumal bei religiöser Motivation.<sup>75</sup> Nimmt man aber das strafbewehrte Verbot der Mädchenbeschneidung hinzu, zwingt Art. 3 I, III GG wiederum zur Gleichbehandlung: Es gibt keinen sachlichen Grund, den strafrechtlichen Schutz den man den Mädchen gewährt, den Jungen vorzuenthalten. Indirekt trifft den Gesetzgeber also eine verfassungsrechtliche Pflicht, Genitalbeschneidungen bei Kindern insgesamt zu bestrafen.

### III. Beschneidung und Tatbestandsverwirklichung

**a)** Wie der Friseur, der seiner Kundin unaufgefordert den Zopf abschneidet, damit eine körperliche Misshandlung begeht, so tut dies auch und erst recht, wer einer männlichen Person die Vorhaut abtrennt; hinzu tritt dann freilich eine Gesundheitsschädigung (§ 223 I Fall 2 StGB). Es ist nun – mit Blick auf die Beschneidungsdebatte – ein müßiger Streit, ob im Falle einer wirksamen Einwilligung (der Eltern) schon der Tatbestand des § 223 I StGB zu verneinen ist oder „erst“ die Rechtswidrigkeit. So oder so kommt es für das Unrecht der Körperverletzung auf dieselbe Frage an: Haben die Eltern die *Dispositionsbefugnis* zu einem irreversiblen und schmerzhaft-verletzenden Eingriff in den sexuellen Intimbereich ihrer Kinder? Wer mit der üblichen Sicht und mit der ständigen Rechtsprechung des BGH die Einwilligung erst rechtfertigend wirken lässt, hat im Fall der Knabenbeschneidung keinen Grund, davon abzuweichen. Sie bietet keine Besonder-

<sup>62</sup> *Isensee* JZ 2013, 317, 327.

<sup>63</sup> *Isensee* JZ 2013, 317, 327.

<sup>64</sup> Dazu ausführlich unten im Text bei Fn. 66.

<sup>65</sup> Oberrabbiner *Metzger* (Fn. 13); dazu etwa auch *Spiegel*, Was ist koscher?, 4. Aufl. (2010), S. 40: „Das Baby wird nicht betäubt, es erhält nicht einmal eine örtliche Narkose, denn den Bund mit Gott muss man sozusagen bei vollem Bewusstsein vollziehen.“

<sup>66</sup> Sehr lesenswert dazu sind die Ausführungen *Gotzmanns* – die Situation im Judentum betreffend: <http://www.verfassungsblog.de/de/das-kolner-beschneidungsurteil-und-das-judentum-teil-1-unbeschnittene-juden/#.UcmPYpwlFqA>.

<sup>67</sup> *Isensee* JZ 2013, 317, 327 li. Sp.

<sup>68</sup> Ähnlich *Gotzmann* (Fn. 66); *Herzberg*, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis (erscheint demnächst). – Kein Gegenargument bietet der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG, denn er erlaubt selbstverständlich nur verhältnismäßige Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG.

<sup>69</sup> *Isensee* JZ 317, 327: „Tabu“; *Putzke*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Herzberg (2008), S. 669, 680: „tabubehaftet“; *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1115 f.: „ausgeschlossen“; siehe ferner *Spieckhoff* FamRZ 2013, 337, 338.

<sup>70</sup> *Merkel* SZ vom 25./26. August (Fn. 33).

<sup>71</sup> Vgl. auch bei *Stücker* (Fn. 16).

<sup>72</sup> *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.4.

<sup>73</sup> Siehe etwa den Vorschlag von *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1115 f.

<sup>74</sup> Siehe nur BVerfG NJW 1999, 3399.

<sup>75</sup> BVerfGE 32, 98 (Zeuge Jehova).

heit, die eine Andersbehandlung auch nur nahelegt. Auch der Gedanke der Sozialadäquanz trägt den Tatbestandsausschluss nicht. Wenn die Einwilligung des Erwachsenen die Vorhautabtrennung erst *rechtfertigt*, kann für die Einwilligung des bloßen Stellvertreters (der Kindseltern) nichts anderes gelten.<sup>76</sup> Ferner bringt dies der Fall des – den Zopf seiner Kundin abschneidenden – Friseurs zur Evidenz.<sup>77</sup>

**b)** Ist das Skalpell des Arztes oder das Messer des Beschneiders – im Falle rechtswidriger Beschneidung – ein „gefährliches Werkzeug“ (§ 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB)? Das LG Köln hatte dies unter Berufung auf eine ältere BGH-Rechtsprechung verneint, weil das Skalpell vom Arzt nicht als Angriffsmittel eingesetzt werde.<sup>78</sup> Diese Verneinung passt allerdings nicht zur weitgehend anerkannten

<sup>76</sup> Dies verkennen *Goerlich/Zabel* JZ 2013, 1058 ff., die für einen Tatbestandsausschluss votieren. – Den Autoren entgegen auch manch andere Lücke in ihrer Argumentation. Sie bestreiten dem § 223 StGB den Rang eines „für alle geltenden Gesetzes“, weil er bei Anwendung auf die Knabenbeschneidung „das Leben der betreffenden Religionsgesellschaft in Deutschland nahezu unmöglich“ mache (1059 li. Sp.). Wäre das Kriterium richtig, müsste es auch gelten für eine Religionsgesellschaft, die sich bei ihrem religiösen Akt der Knabenbeschneidung nicht zur Gänze an „Regeln der ärztlichen Kunst“ halten will (insoweit sei aber „selbstverständlich“ auf die Einhaltung der professionellen Standards zu beharren – wohl auch mit § 223); bei tatsächlicher Geltung des Kriteriums dürfte § 223 I StGB ebenso wenig den schaftitischen Eltern verbieten, ihrem Mädchen die Klitorisvorhaut zu beschneiden (auch das werden die Autoren nicht ableiten wollen). § 223 I StGB ist aber, wenn er als Sperre für religiöses Leben in Deutschland wirkt, entweder immer ein allgemeines Gesetz oder er ist es nie. (Einmal ganz davon abgesehen, dass die These, das Beschneidungsverbot mache religiöses Leben in Deutschland unmöglich, einigermaßen abwegig ist, vgl. fürs Judentum *Gotzmann* [Fn. 66], der das Vorhandensein der Gefahr bestreitet, die in Deutschland lebenden Juden würden mehrheitlich eine fundamentalistische Position zum Verhältnis Staat-Religion beziehen und der Religion den Vorrang einräumen.) – Weiter wollen die Autoren bei Eingriffen in den Kindeskörper großzügiger sein, wenn es sich „um Praktiken der großen tradierten Schriftreligionen“ handelt (1061 li. Sp.; ähnlich *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1116). Sie übersehen dabei schon, dass Religionsgemeinschaften strikt gleich zu behandeln sind, unabhängig von der Anzahl ihrer Anhänger und von der Dauer ihrer Existenz (BVerfGE 108, 282, 298; auch Beschluss v. 22.2.2006 – Az. 2 BvR 1657/05 Rz. 21); gerade das Grundrecht der Religionsfreiheit versteht sich als Minderheitenschutz (BVerfGE 91, 1, 24; siehe auch *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB [Fn. 11], § 223 Rn. 35.2).

<sup>77</sup> Eine andere Frage ist es, ob nicht die Einwilligung generell als tatbestandsausschließend eingestuft werden sollte (dazu erhellend und bejahend *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB [Fn. 35], Vor §§ 32 Rn. 124 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. [2006], § 13 Rn. 12 ff.; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht [2001], S. 124 ff.) Aber auch bei einem Tatbestandsausschluss kommt es für die Beschneidungserlaubnis, wie gesagt, auf die Dispositionsbefugnis der Eltern an.

<sup>78</sup> LG Köln NJW 2012, 2128. – unter Verweis auf BGH NJW 1978, 1206; NStZ 1987, 174. Die dortige Argumentation ist hinfällig seit der Änderung des Gesetzestextes, heute bildet nicht mehr die Waffe, sondern das gefährliche Werkzeug den Oberbegriff; auf den Einsatz als „Angriffsmittel“ kommt es damit nicht mehr an.

Definition des „gefährlichen Werkzeugs“, wofür nur die *Eignung* des Gegenstandes verlangt wird, bei der Art der konkreten Verwendung erhebliche Verletzung herbeizuführen.<sup>79</sup> Skalpell und Beschneidungsmesser weisen nicht nur diese Eignung auf, sondern sie führen mit dem Abtrennen der Penisvorhaut eine erhebliche Verletzung sogar tatsächlich herbei; deshalb ist es richtig, diese Qualifikation als verwirklicht anzusehen.<sup>80</sup> Wenn die Einwilligung unwirksam ist, dann fehlt dem Beschneider auch die Berechtigung, so eine erhebliche Verletzung – mit so einem gefährlichen Werkzeug – herbeizuführen.

**c)** Liegt bei betäubungsloser Beschneidung eine Misshandlung von Schutzbefohlenen vor (§ 225 I StGB)? Das Merkmal „quält“ kann verwirklicht sein. Die dafür nötige Intensität und Dauer der Schmerzen dürfte jedenfalls beim Säugling vorliegen.<sup>81</sup> Bei ihm muss zunächst die Vorhaut von der Glans gelöst werden, schon das ist wegen der noch bestehenden natürlichen Verwachsung überaus schmerzhaft, erst nach dem Ablösen erfolgt dann der ebenfalls schmerzhaft eigentliche Schnitt. Die betäubungslose Prozedur wird von Fachleuten als „qualvoll“ beschrieben.<sup>82</sup> Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalls.

Arzt und Mohel begehen das Delikt aber wohl nicht. Zwar lässt die h.M. für die Nr. 3 des Tatbestands (vom „Fürsorgepflichtigen der Gewalt überlassen worden“) ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis genügen,<sup>83</sup> doch bleiben die Eltern manchmal anwesend, behalten also selber die „Gewalt“. Sollten die Eltern abwesend sein, so ist schon fraglich, ob die kurze Überlassung des Kindes für die Nr. 3 ausreicht. Jedenfalls aber wird dem Arzt oder Mohel die Gewalt über das Kind von den Eltern gerade mit der Maßgabe überlassen, dass er die Beschneidung vornehme. Dann aber besteht kein hinreichend gewichtiger Unterschied zu dem Fall, wo die Eltern selber anwesend bleiben.

Die Eltern aber können § 225 I Nr. 1 StGB verwirklichen. Sie begehen die Tat dann „durch“ den Arzt oder Mohel, also in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Fall 2 StGB). Weil der Operateur selbst kein Täter ist, ihm fehlt die Sonder-eigenschaft, versperrt er den Eltern nicht die Täterschaft.<sup>84</sup>

## IV. Auslegungsfragen zu § 1631d BGB

### 1. „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“

Das Gesetz gibt den Eltern das Recht zur Einwilligung in den Beschneidungsakt *nur unter der Bedingung*, dass die angestrebte Beschneidung „nach den Regeln der ärztli-

<sup>79</sup> Vgl. nur BGH NStZ-RR 2009, 50; *Kühl*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2011), § 224 Rn. 5.

<sup>80</sup> *Kempf* JR 2012, 436, 437; *Putzke*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Festschrift für *Herzberg* (2008), S. 669, 681.

<sup>81</sup> Vgl. allgemein *Fischer*, Strafgesetzbuch, 60. Aufl. (2013), § 225 Rn. 8a.

<sup>82</sup> *Paix/Peterson* Anesth Intensive Care 40 (2012), 511 ff.; ferner die Nachweise bei *Czerner* ZKJ 2012, 374, 378.

<sup>83</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch (Fn. 81), § 225 Rn. 6.

<sup>84</sup> BGHSt 4, 359.

chen Kunst durchgeführt werden soll“ (§ 1631d I BGB).<sup>85</sup> Anders ausgedrückt: Weicht der Beschneider von diesen Regeln ab, rechtfertigt ihn die Einwilligung der Eltern nicht; wissen die Eltern schon bei Abgabe der Einwilligungserklärung von der geplanten Abweichung, machen auch sie sich mit dem Auftrag zur später rechtswidrig durchgeführten Beschneidung strafbar (§§ 223, 224 I Nr. 2 Fall 2, 26 StGB ggf. § 225 StGB);<sup>86</sup> erkennen die Eltern die Abweichung während des Beschneidungsakts und lassen eine Verhinderungsmöglichkeit ungenutzt, können sie wegen eines Unterlassungsdelikts strafbar sein (§§ 223, 224 I Nr. 2 Fall 2, 27 I, 13 I StGB, §§ 223 I, 229, 13 I StGB ggf. § 225 StGB).

Bei der Auslegung des Merkmals „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“ muss sich der Rechtsanwender zunächst über eine Kuriosität hinwegsetzen. Die fachärztlichen Vereinigungen der Kinderärzte- und Kinderchirurgen lehnen es wegen des Prinzips *nihil nocere* ab, ein Kind zu beschneiden, wenn keine medizinische Notwendigkeit vorliegt.<sup>87</sup> Der Gesetzgeber hat es also fertiggebracht, einen Beschneidungseingriff an die Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst zu binden, den es nach den Regeln der ärztlichen Kunst gar nicht geben dürfte. Anders ausgedrückt: „Der Arzt darf tun, was ein guter Arzt zwar nicht tun sollte, wenn er es nur wie ein guter Arzt tut.“<sup>88</sup> Da der Gesetzgeber aber den Eingriff grundsätzlich erlauben will, kann die ablehnende Haltung der Fachärzte – befremdender Weise – keine Bedeutung haben.

Unter den „Regeln der ärztlichen Kunst“ ist daher nur das Folgende zu verstehen: eine fachgerechte Durchführung des Eingriffs, angemessene hygienische Rahmenbedingungen, eine effektive Schmerzbehandlung und eine umfassende Aufklärung der einwilligenden Eltern.<sup>89</sup> Insbesondere die beiden letzten Punkte werfen Probleme auf.

**a) Die nötige Narkose**

**aa)** Die Striktheit des Merkmals der „Regeln der ärztlichen Kunst“ drückt sich in der Entwurfsbegründung darin aus, dass „eine effektive Schmerzbehandlung“ eingestuft wird als eine „Voraussetzung für die Berechtigung der Eltern zur Einwilligung“.<sup>90</sup> Dies bedeutet das Ende für die betäubungslose Beschneidung, aber auch für ein – in der Vergangenheit vielfach eingesetztes – ineffektives Schmerzmittel, für die EMLA-Salbe. Denn jüngste For-

schungsergebnisse stufen diese Salbe als unzulänglich ein.<sup>91</sup> Und die zuständige Ärzteschaft bestätigt, dass zu ihren „Regeln der Kunst“ eine Vollnarkose oder zumindest eine Lokalanästhesie mittels Injektion gehört (Penisblock).<sup>92</sup> Für die ärztliche Beschneidung dürfte es deshalb unumstritten sein, dass Betäubungsversuche mit Salben oder süßem Wein<sup>93</sup> nicht genügen.

**bb)** Fragen kann man sich aber, wie § 1631d II BGB zu verstehen ist. Mit der „Mohel-Klausel“<sup>94</sup> erlaubt die Vorschrift auch Nichtärzten Beschneidungsakte, wenn diese „für die Durchführung der Beschneidung“ dem Arzt „vergleichbar befähigt“ sind. *Reinhard Merkel* hat dies so gelesen, dass der Mohel allein unter Verwendung der (insuffizienten) Salbe beschneiden darf. Denn Absatz 2 gestatte dem Mohel „Beschneidungen gemäß Absatz 1“ und damit den Gesamtakt; weil Nichtärzte aber keinen Zugang zu effektiven Anästhetika haben und diese auch gar nicht anwenden dürfen, lasse § 1631d II BGB die Salbe hinreichen.<sup>95</sup>

Diese Deutung vernachlässigt jedoch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Erhellend ist die schon oben zitierte Passage aus dem Gesetzesentwurf, worin die „effektive Schmerzbehandlung“ zur „Voraussetzung für die elterliche Berechtigung“ gezählt wird; insoweit wähnt sich der Gesetzesentwurf in Übereinstimmung mit dem Auftrag des Deutschen Bundestag („ohne unnötige Schmerzen“)<sup>96</sup>, den Stellungnahmen des Deutschen Ethikrats („qualifizierte Schmerzbehandlung“)<sup>97</sup> und der Deutschen Schmerzgesellschaft e.V. („nur unter adäquater Schmerzbehandlung“)<sup>98</sup>. Sodann führt die Begründung zum Erfordernis der effektiven Betäubung aus: „Der Regelungsvorschlag deckt diese Anforderung mit der Formulierung ‚nach den Regeln der ärztlichen Kunst‘ ab, denn diese Regeln gebieten eine im Einzelfall angemessene und wirkungsvolle Betäubung und grundsätzlich eine für den Patienten möglichst schonende Durch-

<sup>85</sup> Die Formulierung „durchgeführt werden soll“ drückt nur die Selbstverständlichkeit aus, dass „die Einwilligung vor dem Eingriff zu erteilen ist“ (BT-Drucksache 17/11295, S. 17 re. Sp.).

<sup>86</sup> Die Regelung ist streng, aber kein Einzelfall (vgl. etwa § 8 TPG).

<sup>87</sup> *W. Hartmann*, Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8).

<sup>88</sup> *Mandla* FPR 2013, 244, 247.

<sup>89</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfs erweckt zum Teil den Eindruck, als umfasse das Gesetzesmerkmal nur die hygienisch und handwerklich fachgerechte Durchführung des eigentlichen Schnitts und die effektive Schmerzbehandlung (BT-Drucksache 17/11295, S. 17). Diese Sicht liefe aber auf dasselbe hinaus, weil die Aufklärungspflicht dann aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten wäre.

<sup>90</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 23.

<sup>91</sup> *Paix/Paterson* Anesthesia and Intensive Care 40 (2012), 511 ff.: „insufficient“.

<sup>92</sup> *Paix/Paterson* ebenda; *W. Hartmann* hält bei Säuglingsbeschneidungen – wegen des ausgeprägten Schmerzempfindens und des nachhaltigen Schmerzgedächtnisses des Säuglings – an sich eine Vollnarkose für medizinisch geboten, schließt sie aber wegen ihrer anerkannten Gefährlichkeit aus; nach ihm gibt es also bei Säuglingen gar keine hinreichend zuverlässige Narkosemethode (Stellungnahme im Rechtsausschuss [Fn. 8], Blätter 4 u. 9).

<sup>93</sup> Irritierend *Spiegel*, Was ist koscher?, 4. Aufl. (2010), S. 40: „Das Baby ist in wenigen Sekunden ‚sternhagelvoll‘...“

<sup>94</sup> *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1114; auch *Isensee* JZ 2013, 317, 326.

<sup>95</sup> *R. Merkel*, Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 6.1.2012, S. 2 f.

<sup>96</sup> Beschluss vom 19 Juli 2012 (BT-Drucksache 17/10331).

<sup>97</sup> Pressemitteilung vom 23. August 2012.

<sup>98</sup> Presseinformation vom 3. August 2012. [http://www.dgss.org/presse/pressemeldungen/pressemeldung-Einzelansicht/?tx\\_ttnews%5btt\\_news%5d=551&tx\\_ttnews%5bbackPid%5d=945&cHash=45860adb3b7cb1f3842eda1714b49bf7](http://www.dgss.org/presse/pressemeldungen/pressemeldung-Einzelansicht/?tx_ttnews%5btt_news%5d=551&tx_ttnews%5bbackPid%5d=945&cHash=45860adb3b7cb1f3842eda1714b49bf7)

führung der Beschneidung“.<sup>99</sup> Erneut bestätigt findet sich diese Sicht im Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums. Dort heißt es unter der Überschrift „Durchführung nach den Regeln der ärztlichen Kunst“: Davon abgedeckt „sind eine fachgerechte Durchführung des Eingriffs, die hygienischen Rahmenbedingungen und – da auch dies von den Regeln der ärztlichen Kunst umfasst ist – eine unter Beachtung der medizinischen Standards im Einzelfall gebotene und *wirkungsvolle Schmerzbehandlung*“.<sup>100</sup>

Die Parlamentarier, die dem Gesetzentwurf zugestimmt haben, mussten also annehmen, dass § 1631d BGB insgesamt nur Beschneidungen „ohne unnötige Schmerzen“ gestattet. Denn so lautete der Auftrag, den das Parlament der Regierung gegeben hat, so hat das Bundesjustizministerium den Auftrag verstanden (Eckpunkte) und so lautet auch die Entwurfsbegründung. Die Parlamentarier konnten daher nicht annehmen, das Gesetz, dem sie zustimmen, erlaube auftragswidrig Beschneidungen mit unnötigen Schmerzen. Eine effektive Schmerzbehandlung ist also in jedem Einzelfall erforderlich.<sup>101</sup> Allein dieses Ergebnis ist übrigens mit Blick auf das Kindesrecht auf körperliche Unversehrtheit verfassungskonform (Art. 2 II 1 GG).<sup>102</sup>

Auch für die Praxis der jüdischen Säuglingsbeschneidung bedeutet dies, dass stets ein Anästhesist anwesend sein und die kunstgerechte Schmerzbehandlung durchführen muss.<sup>103</sup> Dachte man früher, Neugeborene hätten kein Schmerzempfinden, so ist heute erwiesen, „dass Neugeborene Schmerzen sogar erheblich stärker empfinden als ältere Kinder oder Erwachsene, da neuronale Mechanismen der Schmerzmodifikation noch nicht entwickelt sind.“<sup>104</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich auch das manchmal unmittelbar nach Neugeborenenbeschneidungen zu beobachtende Phänomen des stillen Schlafs richtig einordnen: „Yet as has been shown in numerous careful studies, this ‚quiet sleep‘ is much more likely to be a state of complete exhaustion or ‚neurogenic shock‘,

a protective mechanism of retreat of the baby’s central nervous system caused by the traumatic pain.“<sup>105</sup>

Mit der effektiven Schmerzbehandlung wird der jüdischen Religionsgemeinschaft übrigens nichts zugemutet, was sie bei Erwachsenen nicht ohnehin akzeptiert: „Bei der Beschneidung von Erwachsenen toleriert man ... inzwischen eine zeitgemäße medizinische Operation, also sowohl eine medizinische Hygiene- und Operationstechnik, vor allem aber eine angemessene Anästhesie, zum Teil sogar die umstrittene kurzzeitige Vollnarkose. Man akzeptiert dies notgedrungen, *da sich sonst niemand mehr beschneiden ließe*, schließt diese Zugeständnisse jedoch zugleich für Säuglinge aus. Obwohl sich zentrale orthodoxe Gutachter inzwischen trotz erheblicher Bedenken selbst für die Möglichkeit einer Schmerztherapie bei Kleinkindern aussprechen, wurde selbst dies bislang nur teilweise und nicht verpflichtend in die Praxis übernommen.“<sup>106</sup> Es versteht sich von selbst, dass dem Säugling an Schmerzen nicht zugemutet werden darf, was die Erwachsenen rundweg für sich als unzumutbar zurückweisen (Art. 2 II 1 GG). Immerhin dies, die effektive Schmerzbehandlung bei der Beschneidung, macht § 1631d BGB jetzt also fürs Recht und für alle Beschneidungen verbindlich.

## b) Die nötige Aufklärung

**aa)** Von den „Regeln der ärztlichen Kunst“ umfasst ist auch eine eingehende Aufklärung des Patienten, bei Minderjährigen die Aufklärung der gesetzlichen Vertreter. Sie muss so genau erfolgen, dass der Betroffene oder sein gesetzlicher Vertreter eine selbstbestimmte Entscheidung treffen kann (Selbstbestimmungsaufklärung): Sie hat sich daher „am Empfängerhorizont des konkreten Patienten zu orientieren“.<sup>107</sup> Die Rechtsprechung stellt umso strengere Anforderungen an die Aufklärung, „je weniger dringlich und notwendig der Eingriff ist“.<sup>108</sup> So oder so muss der Eingreifende (Arzt oder Mohel) bei medizinisch nicht indizierten Beschneidungen auch über seltene Risiken aufklären.<sup>109</sup> Das galt schon bisher nach allgemeinen Grundsätzen.<sup>110</sup> § 1631d BGB stellt das nur klar.<sup>111</sup>

Wie weit diese Aufklärungspflicht reicht, zeigt ein vom OLG Oldenburg im Jahre 1991 entschiedener Fall: Der beschneidungswillige Erwachsene hatte den Arzt schriftlich darauf hingewiesen, dass er „wegen des bevorstehenden Besuchs seiner Freundin in etwa einem Monat auf einer vollen Funktionsfähigkeit des Genitalorgans

<sup>99</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 17 rechte Spalte. – Reinhard Merkel sieht in den Wörtern „grundsätzlich“ und „möglichst“ eine Relativierung (FAZ vom 26.12.2012, S. 8). Doch will der Entwurf die Regeln der ärztlichen Kunst vollständig einhalten; und die sehen bei aufschiebbaren Eingriffen, die allein unter unzumutbaren Schmerzen erfolgen können, das Aufschieben des Eingriffs vor (W. Hartmann, Stellungnahme im Rechtsausschuss [Fn. 8], Blätter 4 u. 9).

<sup>100</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 3 – Hervorhebung dort.

<sup>101</sup> Fateh-Moghadam RW 2010, 115, 135; Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 339; Isensee JZ 2013, 317, 324 ff.

<sup>102</sup> Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 329.

<sup>103</sup> Putzke, Den Gesetzgeber hat der Teufel geritten, Interview vom 7.1.2013, in: Humanistischer Pressedient (hpd), Nr. 14709 (<http://hpd.de/node/14709>, zuletzt abgerufen am 25.6.2013); erwogen auch von T. Walter JZ 2012, 1110, 1114 f. – Gegen diese Auslegung spricht übrigens nicht, dass im Bundestag noch versucht worden ist, die kunstgerechte Schmerzbehandlung ausdrücklich im Gesetzestext einzufordern. Denn wenn die Parlamentarier meinten, mit den „Regeln der ärztlichen Kunst“ genau dies gesagt zu haben, war aus ihrer Sicht eine Änderung unnötig.

<sup>104</sup> W. Hartmann (Fn. 8), Blatt 9.

<sup>105</sup> Paix/Paterson Anesthesia and Intensive Care 40 (2012), 511 ff.; dazu auch Merkel/Putzke Journal of Medical Ethics 2013, 444, 445).

<sup>106</sup> So Gotzmann, der in Erfurt Judaistik lehrt (Fn. 66 – Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>107</sup> Schöch, in: Roxin / Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 51, 66 ff. (dort auch zu den im Text folgenden Ausführungen).

<sup>108</sup> BGHSt 12, 379, 382 f.

<sup>109</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 17 f.: „umfassende Aufklärung“.

<sup>110</sup> Eschelbach, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.4; Fischer, Strafgesetzbuch (Fn. 81), § 223 Rn. 13, 13a.

<sup>111</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 17 f.

bestehen müsse“. Der Arzt klärte nur abstrakt über mögliche Wundheilungsstörungen auf und nannte insoweit einen Beeinträchtigungszeitraum von „zwei Wochen“. Bei dem so aufgeklärten Patienten führte die Operation dann aber zu einer mehrwöchigen Wundheilungsstörung, wie sie in ein bis zwei Prozent der Beschneidungsfälle auftritt. Das Versäumnis des Arztes, über dieses Risiko aufzuklären, sah das OLG als haftungsbegründenden Aufklärungsmangel an.<sup>112</sup> – Ein anderes Beispiel bietet die Blutspende, vor deren Durchführung auch über das entfernte Risiko aufzuklären ist, dass es durch den Einstich der Kanüle zu einer Traumatisierung des Hautnervs des linken Unterarmes kommt und dadurch chronische neuropathische Schmerzen ausgelöst werden.<sup>113</sup>

Auf der Basis dieses Maßstabs ist bei der Knabenbeschneidung über zahlreiche unmittelbare Folgen sowie über Risiken des Eingriffs aufzuklären. *Wolfram Hartmann* nennt als unmittelbare Folgen der Knabenbeschneidung den Verlust der schützenden Funktion der Penisvorhaut (vor Schadstoffen, Reibung, Austrocknung und Verletzungen), den Verlust antibakterieller und antiviraler Funktionen; die Kappung von Verbindungskanälen für zahlreiche bedeutende Venen, zu den Risiken zählt er daher auch erektile Dysfunktionen durch Zerstörung von Blutleitungen; ferner verweist er auf psychische Folgen.<sup>114</sup>

Die *Stanford School of Medicine* nennt in einem 2012 veröffentlichten Papier folgende Komplikationen:<sup>115</sup> (1) lokale Blutungen, (2) lokale und systemische Infektionen, (3) unzureichende Vorhautverkürzung – mit der Folge einer Re-Zirkumzision aus ästhetischen Gründen oder wegen einer sekundären Phimose, (4) zu starke Vorhautverkürzung, (5) Verwachsungen der verbleibenden Penishaut mit der Glans, (6) Blasenbildung unter der verbleibenden Penishaut, (7) abnormale Wundheilung, (8) Meatitis (Entzündung der Harnröhrenöffnung, (9) Harnsperrung – wegen des Verbands, (10) sekundäre Phimose, (11) Chordee – abnormale Kurvenhaltung des (erregten) Penis, (12) Hypospadias – zu weite und an der Unterseite des Penis mündende Öffnung des Harnwegs, (13) Epispadias – an der Oberseite des Penis mündende Harnöffnung, (14) Fistelbildung zwischen Harnröhre und Penishaut, (15) Nekrotisierung des Penis, (16) Amputation des Penis, (17) Tod des Beschnittenen.<sup>116</sup>

<sup>112</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 1376.

<sup>113</sup> BGH NJW 2006, 2108.

<sup>114</sup> *W. Hartmann*, Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8), Blätter 1 f.; für die psychischen Folgen verweist er auf *Boyle et al. Journal of Health Psychology* 7 (2002), 329 ff.; *Page et al. Journal of Perinat Education* 13 (2004), 10 ff.; *Taddio et al. Lancet* 349 (1997), 599 ff.; *Yilmaz et al. International Journal of Urology* 10 (2003), 651 ff.; eingehend *Franz*, in: *Franz* (Hrsg.), *Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis* (erscheint demnächst).

<sup>115</sup> *Stanford School of Medicine*: <http://newborns.stanford.edu/CircComplications.html>; siehe auch die bei *W. Hartmann* angeführte Umfrage bei deutschen Kinderärzten (Stellungnahme im Rechtsausschuss [Fn. 8], Blatt 5).

<sup>116</sup> Speziell der Tod ist eine sehr seltene Folge der Beschneidung. Einer Studie aus Brasilien zufolge kommen auf knapp 485.000 Beschneidungen 63 Todesfälle, was einer Todesrate von 0.013% entspricht (*Korkes et al. Einstein* 10

Der Aufklärungsbogen eines Urologen nennt zusätzlich:<sup>117</sup> Schmerzen in den ersten Tagen nach dem Eingriff; allergische Reaktionen gegen Medikamente; (schmerzende) Narben an Vorhautresten; Krampfadernknoten; Kastrationsängste bei vier- oder fünfjährigen Jungen. – Hinzuweisen ist auch auf die Möglichkeit eines „handwerklichen“ Fehlers. Allein in Deutschland sind in den Jahren 2010 und 2012 zwei Fälle aufgetreten, wo die Ärzte mit verheerenden Folgen ein Drittel des Penis bzw. ein Stück der Eichel weggeschnitten haben.<sup>118</sup>

Nach allem hoch bedenklich ist daher die Einseitigkeit, mit der der Zentralrat der Juden auf seiner Homepage informiert. Unter der Überschrift „Wird der Säugling vor der Beschneidung betäubt?“ heißt es: „Es spricht nichts gegen eine (lokale) Betäubung des Kindes. Eine Narkose des Säuglings wird in der Regel nicht durchgeführt und nicht empfohlen, da die Narkose dem kindlichen Körper Schaden zufügen könnte und *weniger leicht für den Säugling zu bewältigen ist.*“<sup>119</sup> Die Empfehlung lautet also: keine Betäubung! Dass Fachleute die Säuglingsbeschneidung ohne Betäubung als besonders *qualvoll* einstufen,<sup>120</sup> wird nicht erwähnt.

Weiter wird unter der fragenden Überschrift „Führt die Beschneidung zu gesundheitlichen Nachteilen?“ geantwortet: „Nein, die Beschneidung führt nicht zu gesundheitlichen Nachteilen – ganz im Gegenteil!“ Später heißt es dann noch: „Das Genital ist weiterhin voll funktionsfähig und führt zu keinerlei Beeinträchtigung.“ Man betrachte noch einmal die oben aufgeführte Liste möglicher Folgen der Beschneidung!<sup>121</sup> Der Sensibilitätsverlust der Eichel wird verschwiegen, keine einzige Komplikation wird genannt, keine einzige Spätfolge aufgeführt. Man bedenke dann, dass der Zentralrat der Juden zugesichert hat, in Deutschland für eine angemessene Ausbildung der Mohalin zu sorgen. Dazu gehört auch die *Vermittlung von Kenntnissen zu den Folgen* einer Beschneidung – der Mohel soll ja über die Operationsrisiken aufklären können. Wie will der Zentralrat plausibel machen, dass er die Mohalin angemessen ausbildet und zur Selbstbestimmungsaufklärung (der Eltern) befähigt, wenn er selber in offiziellen Internettexten nicht einmal eingesteht, dass gesundheitliche Nachteile auftreten können?

**bb)** Seit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes gilt mit § 630e BGB eine ausdrückliche Regel für die Aufklärung bei „Behandlungsverträgen“. Die Norm ist jedenfalls anwendbar bei der *ärztlichen* Beschneidung (siehe § 630a BGB). In puncto Inhalt und Umfang der Aufklärung

[2012], 342 ff.; siehe ferner auf <http://www.cirp.org/library/death/>.

<sup>117</sup> <http://www.urologie-zemke-berlin.de/files/zirkumzision.pdf>.

<sup>118</sup> Zum Düsseldorfer Fall siehe auf: <http://www.express.de/duesseldorf/horrorerlebnis-eines-zehnjaehrigen-beschnidung-schlimm-verstuemmelt,2858,4742926.html>; zum Solinger Fall siehe auf: <http://www.solinger-tageblatt.de/Home/Solingen/Anwalt-kritisiert-Beschneidung-2240f57a-a86f-42f1-9f16-e43c5f898b8d-ds>.

<sup>119</sup> <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3731.html> (zuletzt besucht am: 22.06.2012).

<sup>120</sup> *Paix/Peterson Anesth Intensive Care* 40 (2012), 511 ff.

<sup>121</sup> Im Text bei Fn. 114.

zung bestimmt § 630e BGB nichts Neues, sondern normiert nur die gefestigte Rechtsprechung.<sup>122</sup> Dreierlei ist für die Aufklärung der Eltern relevant:

Erstens muss, wie die Entwurfsbegründung sagt, die aufklärende Person gerade die Befähigung zu den Tätigkeiten haben, die sie bei der Beschneidung ausübt: „Dies hat zur Folge, dass die Aufklärung für gesonderte Maßnahmen unter Umständen jeweils gesondert erfolgen muss. So hat etwa der Operateur über die Risiken der Operation einschließlich des mit der Operation verbundenen Risikos und ein Anästhesist über die Risiken der [Voll-]Narkose aufzuklären.“<sup>123</sup> Das wird im klinischen Alltag ohnehin praktiziert.

Zweitens dürfen die Eltern bei ihrer stellvertretenden Einwilligung – abgesehen vom Falle eigener umfassender Sachkenntnis – nicht auf die Aufklärung verzichten. Das ergibt sich zwar nicht zwingend und unmittelbar aus dem Gesetzestext, aber eindeutig aus der Entwurfsbegründung zur stellvertretenden Einwilligung: „Die Ausnahmetatbestände des Absatzes 3 [u.a. Aufklärungsverzicht, J.S.] dürften im Regelfall nur eingreifen, soweit die Behandlung *unaufschiebbar* ist oder der zur Einwilligung Berechtigte aufgrund seiner eigenen Fachkenntnisse keiner Aufklärung bedarf. [...] Einem zur Einwilligung Berechtigten *sollte es ferner nicht möglich* sein, gemäß Absatz 3 auf die Aufklärung über den Eingriff in die Rechtsgüter des Patienten zu verzichten.“<sup>124</sup> Diese Sollvorgabe des Entwurfs ist als Muss zu lesen. Willigt der Betroffene selbst als Einsichtsfähiger vollverantwortlich in den Beschneidungseingriff, dann gehört es zu seinem Selbstbestimmungsrecht, auf eine umfassende Aufklärung zu verzichten.<sup>125</sup> Die Eltern dagegen dürfen nicht zulasten des Kindes auf die Aufklärung verzichten. Soll die Einwilligung zur Ausübung ihrer Personensorge zu rechnen sein, dann müssen sie diese Personensorge auch treuhänderisch und pflichtgemäß ausüben;<sup>126</sup> ins Blaue hinein die Einwilligung zu erklären, wäre aber treupflichtwidrig. (Der Gedanke einer hypothetischen Einwilligung der Eltern darf hier nicht relevant werden.)<sup>127</sup>

Drittens treffen Beschneider und Anästhesisten gewisse Dokumentationspflichten. § 630e IV mit III 2 BGB fordert, dass Aufklärungsunterlagen, die die einwilligenden Eltern unterzeichnet haben, diesen ausgehändigt werden.

**cc)** Diese Grundsätze müssen auf die Mohel-Beschneidungen übertragen werden, sei es in direkter oder analoger Anwendung des § 630e BGB. Oben ist § 1631d BGB in verfassungskonformer Auslegung dahin

<sup>122</sup> BT-Drucksache 17/10488, S. 24. – Zur zivilrechtlichen Pflichtenlage *Hart* MedR 2013, 159, 161 ff.

<sup>123</sup> BT-Drucksache 17/10488, S. 24.

<sup>124</sup> BT-Drucksache 17/10488, S. 25 (Hervorhebungen vom Verfasser).

<sup>125</sup> *Schöch* (Fn. 107), S. 51, 71.

<sup>126</sup> *Spieckhoff* FamRZ 2013, 337, 338: Elternrecht sei „zuvörderst fremdnützig“.

<sup>127</sup> Sonst könnten die Eltern sich nachträglich mit der schlichten Behauptung, sie hätten die Einwilligung auch bei umfassender Aufklärung erklärt, selbst aus der Strafbarkeit herausziehen. – Allgemein zur hypothetischen Einwilligung BGH JZ 2004, 800; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Fn. 35), Vor §§ 32 ff. Rn. 168 ff, 185 ff.

interpretiert worden, dass auch bei der jüdischen Säuglingsbeschneidung ein Anästhesist anwesend sein muss. Nur er hat das nötige Wissen, für die Aufklärung über das Narkoserisiko. Deshalb muss auch er selber über diese Narkoserisiken aufklären.

Abschließend lässt sich zur Aufklärungspflicht sagen, dass sehr hohe Anforderungen gelten, die insbesondere von Nichtärzten schwer zu erfüllen sein werden. Die Beschneider gehen – wegen zu erwartender Aufklärungsmängel – mit der Durchführung des medizinisch nicht indizierten Eingriffs zumindest ein erhebliches Haftungsrisiko ein.<sup>128</sup>

### c) Die Dynamik des Merkmals

Mit den „Regeln der ärztlichen Kunst“ ist ein dynamisches Moment in die Regelung eingefügt worden. Es hält insbesondere für Religionsgemeinschaften, die den Beschneidungsakt in eine religiöse Zeremonie einbetten möchten, auf Dauer vielleicht unliebsame Begrenzungen bereit. So wird etwa heute schon mit der Lasermethode beschnitten.<sup>129</sup> Anbieter werben damit, dass die Methode deutlich risikoärmer sei: Das Risiko von Blutungen gehe „gegen Null“, das von Infektionen sei „gering“ und das von Narbenbildung „minimal“. Sollte sich in der Zukunft erweisen, dass diese Lasermethode tatsächlich deutlich risikoärmer ist, und sie deshalb als klar vorzugswürdig, als Standardmaßnahme und allein kunstgerecht eingestuft wird, dann dürfen Arzt und Mohel (auch unter dem Blickwinkel der Freiheit der Methodenwahl) nicht mehr zum Skalpell beziehungsweise zum Beschneidungsmesser greifen. Der Eingriff müsste dann per Lasertechnik erfolgen.<sup>130</sup>

## 2. Keine Erlaubnis bei Kindeswohlgefährdung (§ 1631 I 2 BGB)

### a) Der handwerkliche Mangel des Gesetzes

Ein gravierender Mangel des § 1631d BGB liegt darin, dass weder im Gesetzestext noch in der Entwurfsbegründung konkret ausgesprochen worden ist, warum denn die Beschneidung *nicht* das Kindeswohl gefährdet. Das erschwert die Auslegung der Vorschrift erheblich, insbesondere die Auslegung der Erlaubnisschranke des § 1631d I 2 BGB, die gerade auf eine Kindeswohlgefährdung abstellt. Alle anderen nicht unerheblichen körperlichen Eingriffe (Piercings, Tätowierungen, moderate Geißelungen, Anritzen der Schamlippen etc.) gefährden das Kindeswohl schon wegen der unnötigen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, die Knabenbeschneidung soll dies (in der Regel) nicht tun. Da aber der Gesetzesinterpret nicht erfährt, warum nicht schon der schmerzhaft-verletzende Griff in den Intimbereich des

<sup>128</sup> Vgl. nur erneut OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 1376 (im Text vor Fn. 112).

<sup>129</sup> <http://www.vasweb.org/de/leistungen/beschneidungszentrum-/laserbeschneidung/laserbeschneidung-vorteil-3.html>.

<sup>130</sup> Zur grundsätzlichen Methodenfreiheit des Arztes siehe bei *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 139 Rn. 33.

Kindes dessen Wohl gefährdet (Wegen Vorteilen der Hygiene, der Prophylaxe, der sozialen oder religiösen Integration?), fehlt insgesamt die Beurteilungsbasis für das abwägende Erkennen einer im Einzelfall doch vorliegenden Kindeswohlgefährdung. Was sind die schützenswerten Erziehungsinteressen der Eltern, die den Eingriff entgegen dem sonst üblichen Verbot körperlicher Eingriffe gestatten? Und was muss zur Verletzung hinzukommen, damit auch die Knabenbeschneidung einmal das Kindeswohl gefährdet?

## b) Die Kindeswohlgefährdung

Das Gesetz will zugunsten der Eltern verfügen, dass die Beschneidung des männlichen Kindes in der Regel keine Kindeswohlgefährdung mit sich bringt.<sup>131</sup> Absatz 1 Satz 2 fasst dagegen Fälle ins Auge, die eine Kindeswohlgefährdung bedeuten und die das staatliche Wächteramt aktualisiert.<sup>132</sup> Primär ist an Gefährdungen der physischen Gesundheit zu denken.<sup>133</sup> Das bereitet noch keine Probleme, solange man sich nicht an den Thesen des Gesetzesentwurfs orientiert. Der Entwurf lehnt sich fälschlich an § 1666 BGB: „Im Rahmen des geltenden § 1666 BGB versteht die Rechtsprechung unter einer Gefährdung des Kindeswohls ‚eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt‘ (... BGH ... zuletzt NJW 2012, 151). Ob *eine solche Gefahr* begründet ist, ist aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.“<sup>134</sup> Aber zum Vergleich: Bei einer einzelnen Ohrfeige, die der Vater dem Sohn verabreicht, droht meist noch keine „erhebliche Schädigung“, und beim Piercen des sechsjährigen Kindes droht nicht mehr als bei der Beschneidung. Gleichwohl ist die Ohrfeige (bei Strafe) ebenso verboten (§§ 1631 II BGB, 223 StGB) wie das Piercen (§ 223 I StGB). Der Staat ist also als Wächter angesprochen. Er darf folglich sehr wohl (beschränkende) Maßnahmen auch unterhalb der Schwelle (drohender) „erheblicher Schädigungen“ ergreifen.

Verboten bleibt nach § 1631d I 2 BGB eine Beschneidung jedenfalls, wenn sie – wegen der Konstitution des Kindes oder wegen der Umstände der Beschneidung – das Kindeswohl über die Abtrennung der Vorhaut hinaus gefährdet. Als Kontraindikationen zu nennen sind insbesondere eine Gerinnungsstörung und eine allgemeine gesundheitliche Schwäche oder eine akute Erkrankung des Kindes.<sup>135</sup> „Als unvereinbar mit dem Kindeswohl und nicht rechtfertigungsfähig wären ferner Beschneidungen von Jungen einzuordnen, bei denen in besonders großem Ausmaß Haut und Gewebe entfernt werden und die des-

<sup>131</sup> Das ist freilich, wie dargelegt, eine abwegige Setzung, die zu begründen der Gesetzesentwurf denn auch lieber gar nicht erst unternimmt. Man ziehe wiederum nur den Vergleich mit den leichtesten Formen der Mädchenbeschneidung, die klar und zu Recht als Kindeswohlgefährdung gelten!

<sup>132</sup> T-Drucksache 17/11295, S. 18.

<sup>133</sup> Rixen NJW 257, 260.

<sup>134</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18. re. Sp. oben (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>135</sup> Unwirksam ist die Einwilligung in solchem Falle dann freilich schon wegen eines Verstoßes gegen die Regeln der ärztliche Kunst (§ 1631d I 1 BGB).

halb zu großflächigen Wunden mit erhöhter Gefahr von Spätschäden führen.“<sup>136</sup>

## c) Speziell: Die Motive der Eltern

Heißt es in der Entwurfsbegründung zunächst, dass die Motive der Eltern für die Beschneidungsberechtigung irrelevant seien,<sup>137</sup> soll die Berechtigung gleichwohl fehlen, wenn ein bestimmtes Einwilligungsmotiv der Eltern eine Kindeswohlgefährdung ergibt (§ 1631 I 2 BGB) – in der Entwurfsbegründung werden zwei solcher Motive genannt, das der ästhetischen Verschönerung und das der Masturbationsschwerung.<sup>138</sup> Diese Aussagen passen nicht zusammen.<sup>139</sup> In dem Bemühen, § 1631d BGB vom Anschein eines religiösen Sondergesetzes zu befreien, haben die Entwurfsverfasser einen handgreiflichen Widerspruch produziert: Das Motiv sei egal, könne aber letztlich doch eine Kindeswohlgefährdung ergeben. Verkannt wird damit schon, dass etwa das jüdische und auch muslimische Motiv, dem Vorbild Abrahams zu folgen (Genesis 17, 10–12), nicht von höherer Dignität ist als das Motiv, die Masturbation zu verhindern; denn auch Letzteres kann einen religiösen Hintergrund haben und von den Eltern als fundamental-wichtige religiöse Pflicht eingestuft werden, als Pflicht zur Verhinderung einer schweren Sünde.<sup>140</sup> Man muss wohl auch in den Blick nehmen, dass, wenn heute ein 99-jähriger Mann sagte, er habe von Gott den Befehl empfangen, sich zur Besiegelung eines Bundes die Vorhaut (mit einer Axt) abzutrennen, dass dieser 99-Jährige wohl in Gewahrsam genommen werden dürfte, um ihn vor sich selbst zu schützen (etwa §§ 11, 14, 20 PsychKG NRW). Wie könnte dann aber ein solches Verhalten eines 99-Jährigen, das dem Staat ein *Interventionsrecht* sogar *diesem Erwachsenen gegenüber* einräumen würde, wie könnte es heutzutage noch letzter Grund dafür sein, einen verletzenden Eingriff in den sexuellen Intimbereich wehrloser Säuglinge und Kinder zu rechtfertigen?<sup>141</sup>

<sup>136</sup> Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 338 li. Sp. unter Verweis auf Denniston/Hodges/Milos (Hrsg.), *Understanding Circumcision* (2001), Vorwort S. VII f.

<sup>137</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 16.

<sup>138</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18.

<sup>139</sup> Eschelbach, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.3; Herzberg ZIS 2012, 486, 487; Isensee JZ 2013, 317, 325; Merkel/Putzke *Journal of Medical Ethics* 2013, 444, 449; T. Walter JZ 2012, 1110, 1113; schon im Gesetzgebungsverfahren kritisiert von R. Merkel, Stellungnahme im Rechtsausschuss, S. 4 f.; derselbe FAZ vom 26.12.2012, S. 8).

<sup>140</sup> Merkel FAZ vom 26.12.2012, S. 8. – Unberücksichtigt bleibt dies bei Hörnle/Huster, die die Ausgrenzung des Masturbationmotivs gutheißen, weil die Masturbation zu verhindern nicht „unabdingbar für die Zugehörigkeit zur religiösen Gemeinschaft“ sei, und nur diese Wichtigkeit gebe den Eltern einen hinreichend wichtigen Grund für den invasiven Eingriff in den Körper des Kindes; andernfalls werde Eltern verwehrt, „ihre Basisannahmen ‚vom guten Leben‘ für das Kind umzusetzen“ (JZ 2013, 328, 338).

<sup>141</sup> Dieser Hinweis bestreitet religiösen Menschen nicht das Recht, an solche Gottesbefehle zu glauben. Nur kann das staatliche Recht ein so gewonnenes Motiv nicht als letzten Grund für Eingriffe in das Grundrecht Dritter auf körperliche Unversehrtheit akzeptieren, was es ja außerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses auch in keinem einzigen Fall tut – und ihm auch innerhalb bei weiblichen Kindern nicht in den Sinn kommt.

Für eine solche Rechtfertigung kommt es gerade nicht auf die Motive der Eltern an. Wenn der Eingriff das Kindeswohl gefährdet im Falle rein ästhetischer Beweggründe der Eltern, dann tut er dies ja aus Gründen der „Eingriffstiefe, Schmerzhaftigkeit und Risikoträchtigkeit“; diese Umstände ändern sich aber nicht, wenn die Eltern nun das Motiv verfolgen, das Kind als vollwertiges Mitglied in eine Religionsgemeinschaft zu integrieren.<sup>142</sup>

Ein weiterer gravierender Mangel des § 1631d BGB liegt darin, dass er in der praktischen Anwendung zu einer Rechtsunsicherheit führt, die zu beseitigen er eigentlich angetreten ist. Nach welcher Wertung sollen Beschneider und Richter befinden, dass die Motive der Eltern vor der Norm bestehen können? Geben die Eltern an, sie wollen ihr Kind aus religiösen Gründen beschneiden lassen, dürfte sich der Arzt damit noch nicht zufriedengeben. Er müsste nachhaken, ob die Eltern mit der Beschneidung beabsichtigen, das religiöse Gebot der Masturbationsverhinderung zu erfüllen. Es ist kaum vorstellbar, dass Ärzte sich anschicken, derart die Motive der Eltern zu detektieren. Damit ist aber ein Weiteres offengelegt: Noch die schäbigsten Motive können die Eltern einkleiden in ein zu akzeptierendes Motiv, wenn sie nur behaupten, religiöse oder kulturelle Gründe zu haben.<sup>143</sup> Die Einschränkung des § 1631d BGB läuft also praktisch leer: „Der fundamentalistische Vater, der seinen Achtjährigen beim Onanieren erwischt und ihm zur Abgewöhnung eine heftige Ohrfeige gibt, macht sich strafbar. Beschließt er stattdessen, ihn zu demselben Zweck und unter der (wahren!) Angabe ‚religiöse Gründe‘ beschneiden zu lassen, ebnet ihm das neue Gesetz den Weg.“<sup>144</sup>

Wie sollte auch im folgenden Beispiel entschieden werden: Ein allein sorgeberechtigter muslimischer Vater strebt mit der Beschneidung an, es dem Sohn schwerer zu machen, sich später vom Islam zu lösen. Erklärt man die Motive des Vaters für relevant, müsste an sich eine Kindeswohlverletzung bejaht werden: Der Eingriff in die negative Religionsfreiheit des Kindes ist das *Ziel der Körperverletzung*. – Vor dem Hintergrund dieses Beispiels bestätigt sich die Unzulässigkeit der jüdischen Beschneidungspraxis. Wie Oberrabbiner *Metzger* klargestellt hat, besteht der Sinn der jüdischen Beschneidung gerade im „religiösen Stempeln“ des Kindes und im Aufrechterhalten des Bewusstseins beim späteren Erwachsenen („noch am entlegensten Ort“), Jude zu sein.<sup>145</sup>

#### d) Speziell: Der entgegenstehende Wille des Kindes

**aa)** Der Ethikrat hatte im Vorfeld der Gesetzesverabschiedung ein „entwicklungsabhängiges Vetorecht“ des Kindes als eine von vier Bedingungen für die Zulässigkeit von Knabenbeschneidungen eingefordert.<sup>146</sup> Ab dem Kleinkindalter galt ein solches Vetorecht für medizinisch nicht indizierte Eingriffe schon nach bisherigem Recht.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Vgl. bei *Merkel* (Fn. 139), FAZ vom 26.12.2012, S. 8.

<sup>143</sup> R. *Merkel* ebenda, S. 8.

<sup>144</sup> R. *Merkel* ebenda, S. 8; *Herzberg* ZIS 2012, 486 f.

<sup>145</sup> Siehe im Text vor Fn. 13.

<sup>146</sup> Pressemitteilung vom 23. August 2012.

<sup>147</sup> BGH NJW 2007, 217, 218; *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.5; *Fateh-*

Dahinter scheint die Begründung des Gesetzesentwurfs zurückzufallen.

Zum einen soll das Kindeswohl nur dann im Sinne des § 1631d I 2 BGB gefährdet sein, wenn der Junge „ernsthaft und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht“ hat, dass er den Eingriff nicht wolle.<sup>148</sup> Das ist nicht einzusehen. Die Kindeswohlgefährdung liegt bei Missachtung eines entgegenstehenden Kindeswillens darin, dass der Junge einen Eingriff in seinen Intimbereich erdulden muss, *den er gar nicht will* und der ihn daher bewusst demütigt.<sup>149</sup> An dieser Demütigung ändert sich nichts, wenn der Junge nur solche Abwehrreaktionen zeigt, die nicht ganz eindeutig sind.<sup>150</sup> Zu erinnern ist daran, dass schon eine *Gefährdung* des Kindeswohls zu vermeiden ist, dass aber die tatsächlich erfolgte Demütigung sogar eine *Beeinträchtigung* des Kindeswohls wäre und dass deshalb schon bei einer bestimmten *Wahrscheinlichkeit* einer vom Kind subjektiv empfundenen Demütigung einzuschreiten ist.<sup>151</sup> Deshalb muss – wie bei § 8a I Nr. 4 S. 4 TPG – der Eingriff schon dann unterbleiben, wenn das Kind ihn ausdrücklich ablehnt oder es diese Haltung „in sonstiger Weise zum Ausdruck“ bringt.

Zum andern karikiert der Gesetzesentwurf das vom Ethikrat geforderte Vetorecht des minderjährigen Jungen, wenn von den beschneidungswilligen Eltern bloß verlangt wird, sich „mit dem entgegenstehenden Kindeswillen auseinandersetzen“.<sup>152</sup> Nicht Auseinandersetzung mit dem Unwillen des Kindes schulden die Eltern ihrem Jungen, sondern *Achtung* seines Willens. Man muss hier im Blick behalten, dass die willensbeugende Beschneidung eines Jungen diesen demütigt und deshalb sein Wohl beeinträchtigt (Erduldenmüssen einer abgelehnten Intimbereichsverletzung). Wie könnte da die bloße Auseinandersetzung mit dem Gegenwillen des Jungen der Beschneidung ihren demütigenden Charakter nehmen! Wer das anders sieht, betrachte nur einmal die – gänzlich unblutige – Sequenz in der israelischen Dokumentation von *Ari Libsker*: Der etwa vierjährige Junge flacht im Krankenhaus zunächst mit seinen Eltern über die bevorstehende Beschneidung, entwickelt dann aber, als der Gang in den OP ansteht, eine erhebliche Angst und will nach Hause. Das Versprechen, nachher ein Flugzeug zu bekommen, beruhigt ihn nicht. Ärzte und Schwestern heben ihn auf den OP-Tisch, der Junge weint. Als er hingelegt wird, beginnt er zu strampeln und zu brüllen. Umstehende Schwestern halten ihn fest, eine sagt: „Say good by to Daddy!“ Der Junge will antworten: „I don't want to say...“ Weiter kommt er nicht. Eine Ärztin drückt ihm die Narkosemaske aufs Gesicht, die OP be-

*Moghadam* RW 2010, 115, 138; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Fn. 35), Vor §§ 32 ff. Rn. 142.

<sup>148</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18.

<sup>149</sup> Siehe bei *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115, 138; *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 338.

<sup>150</sup> Enger aber *T. Walter* JZ 2013, 1110, 1117.

<sup>151</sup> Wer käme auf den Gedanken, der Prügelstrafe den demütigenden Charakter abzusprechen, weil der Vater des Zwölfjährigen den Jungen zuvor gefragt hatte, ob er die Strafe als ungerecht ablehne, und dieser dann nicht unmissverständlich ja gesagt hatte.

<sup>152</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18 li. Sp.

ginn.<sup>153</sup> – Auch diese Eltern hatten sich mit dem Gegenwillen des Jungen „auseinandergesetzt“. Im Film macht der reife Vater sich anschließend schwere Vorwürfe: „I’m still trembling, there was no bleeding. It’s very hard, very, very hard. He was taken like a chicken to the slaughter... I would not agree to repeat this again. But what can I do against the establishment? Fight the establishment? ... There is no choice, we weren’t a chance to choose, not here... I think it’s a bad system, that we are speaking for a child who is to suffer... I wasn’t asked, he wasn’t asked. I see his suffering and all the pain. I don’t know what he thinks. Does he blame us? Does he say that we are tough, cruel? I don’t know. I have a feeling that he is pointing a finger on us – thinking that we are to blame. What could we do?“<sup>154</sup>

Der Gesetzesentwurf ist daher in diesem Punkt zu Recht gescholten worden: Er ist mit Blick auf das angebliche Vetorecht des Jungen „nichts anderes als die Umkehrung eines Normprogramms in sein Gegenteil – und als legislatives Zeugnis juristischer Rabulistik eine Sehenswürdigkeit.“<sup>155</sup> Der Rechtsanwender darf der Sicht der Entwurfsverfasser nicht folgen. Sie ist unvereinbar jedenfalls mit dem Persönlichkeitsrecht des Jungen (Art. 2 I GG mit Art. 1 I GG), letztlich aber auch unvereinbar mit seiner Würde (Art. 1 I GG).

**bb)** Galt ein Vetorecht des Kleinkindes also schon vor § 1631d I 2 BGB, ist neu nur ein Vetorecht *des Säuglings*, verstanden als auch elterliche Achtungspflicht gegenüber einem „natürlichen Gegenwillen“. Dies hatte der Ethikrat gefordert: Gemeint war die Rücksichtnahme auf jede „deutliche, auch nur kreatürliche Abwehrreaktion ...“, das Zittern und Weinen des achtjährigen Kindes wie das Losbrüllen des acht Tage alten Babys“.<sup>156</sup> Nach der oben favorisierten, verfassungskonformen Auslegung darf es aber bei der Säuglingsbeschneidung ohnehin nicht zum schmerzbedingtem Losbrüllen des Säuglings kommen; denn den „Regeln der ärztlichen Kunst“ entspricht nur eine Beschneidung mit effektiver Schmerzbehandlung.<sup>157</sup> Deshalb stellt sich das Problem des Vetorechts bei der Säuglingsbeschneidung nicht. Denn andere als schmerz-

bedingte Gründe des Losbrüllens sollten nicht als „Veto“ des Säuglings gerade gegen die Beschneidung gedeutet werden. Zu bedenken ist freilich, dass eine Abwehrreaktion gegen die Schmerzbehandlung (Penisblock durch Injektionen) nicht relevant ist. Sonst könnte die Säuglingsbeschneidung wohl nie in Übereinstimmung mit § 1631d BGB ausgeführt werden. Dies entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich in § 1631d II BGB ausdrückt.

## V. Zwei Fälle aus der Praxis

### 1. David Goldberg

Mediales Aufsehen erregte der Fall des Hofer Rabbiners und Mohels *David Goldberg*. Er wurde im August 2012 von einem Arzt wegen Körperverletzung angezeigt.<sup>158</sup> *Goldberg* hat in seiner bisherigen Tätigkeit nach eigenen Angaben etwa 4.000 Beschneidungen vorgenommen. Auf seiner Homepage wirbt er für die (frühkindliche) Beschneidung durch einen Mohel. Dort heißt es unter anderem: „Findet die Beschneidung am 8. Tag statt, wird kein Betäubungsmittel injiziert. *Betäubungsmittel, die injiziert (gespritzt) werden, tragen ein weit höheres Risiko als der Schmerz durch den Schnitt. Der Schmerz ist bei kleinen Babys minimal, weil das Schmerzempfinden noch nicht voll ausgebildet ist.* Das Baby beruhigt sich nach ein paar Minuten wieder. Wenn die Eltern es wünschen, kann man ein Betäubungsmittel in Salbenform, als Tropfen bzw. als Zäpfchen (äußerliche Anwendung) verwenden. Normalerweise führe ich die Brit Mila bei Kindern bis zu einem Alter von 6 Monaten alleine durch. Wenn es die Eltern aber wünschen, kann selbstverständlich gern ein Arzt für die Beschneidung hinzugezogen werden. *Für das Baby ist es jedoch besser, näher am 8. Tag beschnitten zu werden, da wie oben erwähnt das Schmerzempfinden nicht voll ausgeprägt ist.*“<sup>159</sup>

Die Staatsanwaltschaft Hof sah keinen Anfangsverdacht für eine Körperverletzung, weil der angezeigte Rabbiner die Voraussetzungen des § 1631d BGB erfülle.<sup>160</sup> Diese Sicht überrascht. Zwar ist auf die Altfälle das mildere aktuelle Recht anzuwenden (§ 2 III StGB). Doch sollte der Angezeigte tatsächlich in den nicht verjährten Beschneidungsfällen die Eltern so „aufgeklärt“ haben, wie es sein Internetauftritt nahelegt, wäre die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Hof von einer Strafvereitelung im Amt nicht weit entfernt. Nach dem oben zur Narkosepflicht und zur Aufklärungspflicht Gesagten<sup>161</sup> liegt es auf der Hand, dass in Anwendung des § 1631d BGB die Einwilligung der Eltern der beschnittenen Säuglinge nach solcher „Aufklärung“ (= Irreführung) gerade nicht rechtswirksam wäre. Mit Blick auf die wahrheitswidrige Behauptung, Säuglinge hätten ein minimales

<sup>153</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=XN65C9tbLP0> (ab Minute 16:24).

<sup>154</sup> Ebenda ab Minute 17:40. – Die Szene belegt also auch eindrucksvoll, dass die Beschneidung nicht etwa dem Kindeswohl entspricht, weil sie eine Diskriminierung des Unbeschnittenen vermeidet, sondern dass die Grundrechte des Kindes dem Nötigungsdruck der Gruppe in einer dem Rechtssystem widersprechenden Weise weichen muss (vgl. bei *Eschelbach*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB [Fn. 11], § 223 Rn. 35.6.; auch *Czerner ZK* 2012, 433, 434).

<sup>155</sup> *R. Merkel* FAZ vom 26.12.2012, S. 8; deutlich auch *Putzke*, in: Passauer Neue Presse (PNP), Nr. 28, Ist das Beschneidungsgesetz verfassungswidrig?, S. 9.

<sup>156</sup> So das Mitglied des Ethikrats *R. Merkel* FAZ vom 26.12.2012, S. 8: „Die ethische Idee des Postulats liegt auf der Hand. Jede Beschneidung verletzt den kindlichen Körper mit einem gewaltsamen Akt. Dieser Verletzung soll nicht ein zweiter Gewaltakt zur Beugung des kindlichen Willens hinzugefügt werden.“ Im Ergebnis auch *Eschelbach*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.5; *Herzberg* ZIS 2012, 486, 495 (unter Verweis auf Art. 140 GG, Art. 136 WRV).

<sup>157</sup> Oben im Text bei Fn. 90.

<sup>158</sup> Interview des Anzeigererstatler unter: <http://www.fr-online.de/rhein-main/beschneidung-straftanzeige-es-bes-tand-akute-gefahr-,1472796,17197572.html>.

<sup>159</sup> [http://www.beschneidung-mohel.de/ablauf\\_und\\_heilungsprozess.html](http://www.beschneidung-mohel.de/ablauf_und_heilungsprozess.html) (Hervorhebungen vom Verfasser – Seite zuletzt besucht am: 21.7.2013).

<sup>160</sup> Pressemitteilung vom 20.02.2013 (<http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/ho/presse/archiv/2013/03854/>).

<sup>161</sup> Vgl. im Text unter IV 1. a) u. b).

Schmerzepfinden, liegt eine besonders dreiste Irreführung der Eltern vor. Darüber hinaus ist es für den weiteren sich aufdrängenden Aufklärungsmangel unbeachtlich, ob es sich bei den Beschnittenen um Säuglinge oder Erwachsene handelt: Hat der Mohel über *relevante Risiken*<sup>162</sup> nicht vollumfänglich aufgeklärt (wie auf seiner Internetseite), wären auch alle an Erwachsenen vorgenommenen Beschneidungen wegen Irrtumsbedingtheit der jeweiligen Einwilligung rechtswidrig (§ 1631d I 1, II BGB). Bei den von *Goldberg* beschnittenen Säuglingen liegt dieser Mangel, der ggf. zu Irrtümern bei den Eltern führte, dann freilich ebenfalls vor.

Der Fall *Goldberg* hat natürlich auch eine gefahrenabwehrrechtliche Seite. Die zuständige Behörde sollte sicherstellen, dass der Mohel die Eltern in Zukunft nicht mehr in die Irre führt.

## 2. Menachem Fleischmann / Yehuda Teichtal

Im März 2013 berichtete der Tagesspiegel über eine jüdische Beschneidungszeremonie in einer Berliner Synagoge der orthodoxen Gemeinschaft Chabad Lubawitsch.<sup>163</sup> Der Onlineversion des Artikels war ein Video beigelegt, es gab nicht zu erkennen, dass eine Schmerzbehandlung erfolgte, dafür aber, dass der aus Israel eingeflogene Mohel, *Menachem Fleischmann*, an dem Säugling die *Metzitzah B'peh* vollzogen hat, ein seltenes Ritual, bei dem der Mohel das Blut aus der Wunde am Penis des Säuglings mit dem Mund absaugt. Diesen Verdacht hat der Tagesspiegel später bestätigt.<sup>164</sup> Daraufhin stellte der Vorsitzende eines Betroffenenvereins Strafanzeige gegen den Mohel und gegen den Kindsvater, den Gemeinderabbiner *Yehuda Teichtal*.<sup>165</sup>

**a)** Auch dieser Sachverhalt begründet einen Anfangsverdacht gegen den Mohel (§ 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB). Er hat die „Regeln der ärztlichen Kunst“ im Sinne des § 1631d I 1, II BGB dreifach missachtet. Zunächst dürfte er gegen das Gebot effektiver Schmerzbehandlung verstoßen haben. Nach streng orthodoxem Ritual sind Schmerzmittel verpönt.<sup>166</sup> Die Schmerzen des Säuglings werden daher vielfach kleingeredet. Der Mohel *Menachem Fleischmann* selber schildert die Beschneidungsprozedur in einem Dokumentarfilm wie folgt: „Zuerst trennt man die Haut vom Rest mit einem Metallbogen, der eine runde Spitze hat. *Das tut nicht weh*. Das hier ist das Beschneidungsmesser, das ist so scharf, dass das Baby nicht mal den Schnitt merkt.“<sup>167</sup> Dass der erfahrene Mohel noch selber an diese absurde Darstellung glaubt, kann man wohl ausschließen. Die eigene Anschauung hat ihm tausendfach belegt,

dass die Säuglinge Schmerzen empfinden.<sup>168</sup> – Sodann dürfte er gegen die ärztlichen Gebote in Sachen Sterilität verstoßen haben. In seiner Darstellung des Beschneidungsaktes heißt es nämlich weiter: „Nach dem Schnitt kommt die Teilung mit dem Fingernagel. Die Haut muss nach beiden Seiten geteilt werden und unter die Eichel aufgerollt werden.“<sup>169</sup> Dass ein „Operieren“ mit dem Fingernagel nicht den ärztlichen Standards entspricht, muss nicht näher begründet werden. – Und schließlich stellt das Absaugen der Wunde einen weiteren Verstoß gegen diese Standards dar. Diese Methode hatte im Gesetzgebungsverfahren zu § 1631d BGB die jüdische Urologin und Mohelet *Antje Deusel* ausdrücklich als veraltet verworfen.<sup>170</sup> Der direkte Kontakt von Mund und Penis kann beim Säugling insbesondere eine Herpesinfektion auslösen; sie verläuft bei Neugeborenen oft schwer und nicht selten tödlich; nach Einschätzung der New Yorker Behörden sind in den Jahren 2000 bis 2011 zehn Säuglinge durch die *Metzitzah B'peh* mit Herpes infiziert worden, zwei starben, zwei weitere erlitten schwere Hirnschäden. Der dem liberalen Judentum entstammende New Yorker Bürgermeister versucht seitdem, das Ritual zu unterbinden.<sup>171</sup> – Das Absaugen des kindlichen Penis stellt zudem eine ganz eigenständige Körperverletzung dar. An der frischen Wunde zu saugen, dürfte seinerseits erhebliche Schmerzen verursachen und damit das Merkmal der körperlichen Misshandlung verwirklichen (§ 223 I Fall 1 StGB).

**b)** Eine strafrechtliche Verfolgung des israelischen Mohels dürfte freilich schon aus tatsächlichen Gründen nicht in Frage kommen. Die Staatsanwaltschaft Berlin muss aber auch hinsichtlich des die Beschneidung veranlassenden Vaters, Rabbiner *Yehuda Teichtal*, beurteilen, ob ein Anfangsverdacht besteht. In Betracht kommt zunächst eine Misshandlung von Schutzbefohlenen in Tateinheit mit Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung (§§ 225 I Nr. 1, 224 I Nr. 2 Fall 2, 26, 52 I Fall 1 StGB). *Teichtal* hat sich in den Medien dahin eingelassen, „er habe extra einen erfahrenen und zudem auch international anerkannten Mohel aus Israel an seine Seite geholt. Und er habe ihn angewiesen, die Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Beachtung der deutschen Gesetze durchzuführen. Das habe ihm der Beschneider zugesagt und im Nachhinein auch bestätigt, dass alles wie besprochen stattgefunden habe.“<sup>172</sup> Ob das

<sup>162</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 114.

<sup>163</sup> <http://www.tagesspiegel.de/berlin/zu-gast-bei-einer-beschneidung-mazel-tov/7869864.html>.

<sup>164</sup> Im Folgeartikel: <http://www.tagesspiegel.de/politik/strafanzeige-nach-beschneidung-berliner-staatsanwaelte-pruefen-neuen-fall/8047730.html>.

<sup>165</sup> <http://mogis-und-freunde.de/blog/circumcision-mendel-teichtal/>.

<sup>166</sup> Metzger (Fn. 13).

<sup>167</sup> Zu Beginn des Dokumentarfilms von *Ari Libsker* (Fn. 153); in deutscher Übersetzung wiedergegeben wird die Sequenz auch im Deutschlandfunk: [http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article\\_id=217832](http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article_id=217832).

<sup>168</sup> Den Verstoß gegen das Gebot der Schmerzbehandlung meint wohl auch *Mandla*, wenn er diesen Fall als „erste Bewährungsprobe“ für § 1631d BGB bezeichnet (FPR 2013, 244, 250).

<sup>169</sup> Nachweise siehe Fn. 167.

<sup>170</sup> *Deusel*, Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 7 ([http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/31\\_Beschneidung/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Deusel.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Deusel.pdf)); auch die israelische Vereinigung der Kinderärzte lehnt das Ritual ab: <http://www.timesofisrael.com/israeli-pediatric-association-calls-for-end-to-circumcision-related-rite/>.

<sup>171</sup> Vgl. den Bericht in der FAZ vom 04.10.2012 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/beschneidung-in-new-york-der-kampf-des-rabbis-11908568.html>).

<sup>172</sup> Berliner Morgenpost vom 13.04.2013 (<http://www.morgenpost.de/berlin/article115422187/Nach-Beschneidung-Berliner-Rabbiner-weist-Vorwurfe-zurueck.html>).

vor dem Hintergrund der eigenen orthodoxen Haltung *Teichtals* glaubhaft ist, kann hier nicht beurteilt werden.<sup>173</sup>

Jedenfalls aber drängt sich ein Anfangsverdacht wegen Körperverletzung durch Unterlassen auf (§§ 225 I Nr. 1, 13 I StGB). *Teichtal* stand, so legt es das Video nahe, während der kompletten Beschneidungsprozedur unmittelbar neben dem Mohel und dem schreienden Sohn, dürfte also mitbekommen haben, dass eine Schmerzbehandlung nicht erfolgte. Als Garant hätte er die quälende Prozedur aber verhindern und auf effektiver Schmerzbehandlung bestehen müssen.

## VI. Schlussbemerkung

Der Gesetzgeber war zwar zu mutlos,<sup>174</sup> um das einzig Richtige zu tun und allen Kindern den gleichen Schutz

<sup>173</sup> In die dafür nötige Würdigung wäre auch einzubeziehen, dass der Mohel *Fleischmann* durchaus bereit ist, anstelle des direkten Mund-Penis-Kontaktes das Absaugen mithilfe einer Pipette vorzunehmen (siehe seine Erklärungen im Dokumentarfilm von *Ari Libsker* [Fn. 153]). Warum sollte *Fleischmann* also von dem ausdrücklichen Wunsch des Kindsvaters nach „gesetzestreuere“ Beschneidung abweichen?

<sup>174</sup> Siehe *Kilic*, Interview in der Stuttgarter Zeitung vom 06.07.2012: <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.interview-zur-beschneidung-der-politik-fehlt-wohl-der-mut.8cdc8b78-3b96-403d-a17c-bd92af90d934.html>.

der Intimsphäre zu bestätigen – oder den Religionsgemeinschaften auch nur offen ausgesprochen Zugeständnisse abzuverlangen. Aber er hat mit dem strikten Gebot des § 1631d BGB, die „Regeln der ärztlichen Kunst“ einzuhalten, eine stark einengende Regelung getroffen, die auch wegen ihres dynamischen Charakters noch gravierende Beschränkungen zeitigen kann (Stichwort: Lasermethode); immerhin ist dem § 1631d I 1 BGB die gesetzliche Fixierung zu entnehmen, dass Beschneidungen ausnahmslos mit effektiv-wirksamer Betäubung erfolgen dürfen, ist sie nicht möglich, muss der Eingriff aufgeschoben werden.

Das sind freilich Einzelheiten, die vor dem großen Scheitern des Gesetzgebers verblassen. Viele empfinden wie *Putzke*, der sagt: „Ich hätte es nicht für möglich gehalten, dass auf dem Boden des Grundgesetzes ein Gesetz zustande kommt, das gestattet, schutzbedürftigen Säuglingen und Kindern ohne medizinischen Grund einen erogenen Körperteil irreversibel abzutrennen, ihnen dadurch Schmerzen zuzufügen und sie gesundheitlichen Risiken auszusetzen.“<sup>175</sup> Es steht zu hoffen, dass die Eltern und Religionsgemeinschaften in naher Zukunft von sich aus auf die Verletzung des kindlichen Intimbereichs verzichten werden. Das Grundgesetz fordert dies schon jetzt – auch bei Jungen.

<sup>175</sup> *Putzke* (Fn. 103).

# „Ihnen ist ein Pflichtverteidiger beizuordnen!“ – Zur Belehrung des Verhafteten über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Haftbefehlverkündungstermin

Von RA und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

Die Frage, ab wann ein Beschuldigter in einem Strafverfahren zwingend einen Verteidiger an seiner Seite haben muss, ist vor drei Jahren vom Gesetzgeber neu beantwortet worden:<sup>1</sup> War bis dahin erst dann ein Fall notwendiger Verteidigung angenommen worden, wenn ein Beschuldigter länger als drei Monate in Untersuchungshaft war, so wurde dieser Zeitpunkt nunmehr vorgezogen auf den Beginn der Vollstreckung eines Haftbefehls (§ 140 Abs.1 Nr.4 StPO). Eine solche Beiordnung hat nach § 141 Abs.3 S.4 StPO „unverzüglich“ zu erfolgen. Diese

<sup>1</sup> Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (BGBl I 2009, 2274) trat am 01.01.2010 in Kraft.

zeitliche Dringlichkeit kann jedoch mit dem Recht des Beschuldigten, sich selbst einen Verteidiger wählen zu dürfen, im Konflikt geraten. Es soll vorliegend aber nicht um die Frage gehen, ob die laut Gesetz „unverzügliche“ Beiordnung eines Pflichtverteidigers auch ohne dessen Anhörung möglich ist. Hier haben die Gerichte sich bereits dergestalt positioniert, dass eine Anhörung und eine angemessene Überlegungsfrist der Unverzüglichkeit nicht entgegenstehen.<sup>2</sup> Das Gericht muss „ohne schuldhaftes Zögern“ handeln, was eine Zeit des Nachdenkens auf Seiten des Beschuldigten nicht entgegensteht. Sollte

<sup>2</sup> Z.B. KG StV 2012, 656; OLG Düsseldorf StV 2011, 651.

völlig ohne Anhörung beigeordnet werden, besteht ein Recht auf Austausch des Pflichtverteidigers.<sup>3</sup>

Der folgende Beitrag befasst sich mit der Thematik der Belehrung desjenigen Beschuldigten, der in Untersuchungshaft genommen wird. Die Möglichkeiten, sich über geeignete Strafverteidiger zu informieren, sind zu Beginn einer Untersuchungshaft stark eingeschränkt. Insofern ist es im Interesse eines fairen Verfahrens von besonderer Bedeutung, wie im Haftbefehlverkündungstermin die Belehrung durch den zuständigen Haft- bzw. Ermittlungsrichter aussieht, um sicherzustellen, dass möglichst viele Beschuldigte selbstständig einen Verteidiger suchen, der ihr Vertrauen verdient.

## I. Die derzeitige Praxis bei der Belehrung des Beschuldigten

Nimmt man sich einmal Protokolle einer hafterichterlichen Anhörung aus verschiedenen Bundesländern bzw. aus verschiedenen Gerichten desselben Bundeslandes zur Hand, so fällt auf, dass die Belehrungen qualitativ und quantitativ höchst unterschiedlich ausfallen.

### 1. Amtsgericht Wuppertal

a) In dem Protokoll eines Haftbefehlverkündungstermins des Amtsgerichts Wuppertal heißt es:

„Schließlich wird die Beschuldigte darauf hingewiesen, dass wegen ihrer Inhaftierung unverzüglich ein Pflichtverteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft zu bestellen ist. Die Beschuldigte wird befragt, ob sie eine bestimmte Rechtsanwältin/einen bestimmten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger/in wünsche.

(für den Fall, dass die Beschuldigte eine bestimmte Rechtsanwältin/einen bestimmten Rechtsanwalt benennt) b.u.v. Der Beschuldigten wird RA X zum Pflichtverteidiger bestellt.

(für den Fall, dass der Beschuldigte niemanden benennt) Der Beschuldigte wird darauf hingewiesen, dass das Gericht eine geeignete Rechtsanwältin/einen geeigneten Rechtsanwalt selbst aussuchen wird, wenn der Beschuldigte innerhalb von zehn Tagen keine bestimmte Rechtsanwältin/keinen bestimmten Rechtsanwalt benennt.“

b) Wenn es in dem Protokoll heißt, dass dem Beschuldigten nun „unverzüglich ein Pflichtverteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft zu bestellen ist“, so ist die Konzentration auf die Beordnung eines Pflichtverteidigers so nicht richtig. Wenn ein Beschuldigter sich von einem Wahlverteidiger vertreten lassen möchte, so steht ihm dies schließlich frei. Es wird daher nicht klar gemacht, dass das Gesetz die Tätigkeit eines Verteidigers verlangt, nicht die Beordnung eines Pflichtverteidigers. Damit ist auch die Frage, ob der Beschuldigte einen

bestimmten Rechtsanwalt als *Pflichtverteidiger* wünsche, nicht richtig gestellt.

Der Hinweis auf eine Beordnung „für die Dauer der Untersuchungshaft“ ist einerseits nicht vollständig richtig und andererseits verwirrend. Schließlich endet eine Beordnung nicht automatisch mit dem Ende der Untersuchungshaft, weil sie – ggf. aus den anderen Gründen des § 140 StPO – regelmäßig über das Ende der U-Haft hinaus besteht. Es ist somit irreführend, wenn der Eindruck erweckt wird, dass der beigeordnete Verteidiger nur für die Zeit der Untersuchungshaft – und vielleicht auch nur im Hinblick auf diese Problematik (?) – an der Seite des Beschuldigten steht, auch wenn es gleichzeitig natürlich richtig ist, dass die Beordnung erlöschen kann, wenn der Beschuldigte aus der Untersuchungshaft entlassen wird und kein anderer Beordnungsgrund gegeben ist.<sup>4</sup>

### 2. Amtsgericht Köln

a) Beim Amtsgericht Köln enthält das Protokoll nur folgende kurze Passage:

„Der Beschuldigte wurde darüber belehrt, dass er/sie aufgrund der Tatsache, dass er/sie sich in Untersuchungshaft befindet, durch einen Rechtsanwalt/Rechtsanwältin verteidigen lassen muss, und ihm/ihr ggf. ein Pflichtverteidiger/eine Pflichtverteidigerin beigeordnet werden wird; insoweit hat der/die Beschuldigte ein Auswahlrecht.“

b) Der Hinweis, dass sich der Beschuldigte nun durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen *muss* und ihm ggf. ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden wird, ist vom Ansatz richtig. Allerdings ist die Kürze der Belehrung nicht geeignet, den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, eine seiner Situation angemessene Entscheidung zu treffen. Zwar wird mitgeteilt, dass ihm ein Auswahlrecht zusteht, aber hinsichtlich der Möglichkeit, wie er an die geeigneten Informationen kommen kann und wie lange er sich Gedanken machen kann, schweigt das Protokoll. Hier besteht die große Wahrscheinlichkeit, dass Richter mit eigenen Worten (und vielleicht auch nach eigenem Gusto) weitere Ausführungen machen, die hinterher nicht mehr nachzuvollziehen sind.

### 3. Amtsgericht Düsseldorf

a) Beim Amtsgericht Düsseldorf findet sich derzeit der folgende Text:

„Dem Beschuldigten wurde mitgeteilt, dass ihm ein Pflichtverteidiger/eine Pflichtverteidigerin zu bestellen sei, da gegen ihn Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a StPO – Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 126a StPO – vollstreckt werde. Er erhalte Gelegenheit, binnen 3 Tagen/1 Woche ab heute

<sup>3</sup> ThürOLG 2012, 330.

<sup>4</sup> Vgl. OLG Düsseldorf StraFo 2011, 275 = StV 2011, 651; nach OLG Celle, StraFo 2011, 48 setzt dies eine sorgfältige Ermessensentscheidung voraus.

schriftlich gegenüber dem Gericht zum Aktenzeichen des Haftbefehls einen Rechtsanwalt/eine Rechtsanwältin ihres Vertrauens zu benennen. Falls er keinen Rechtsanwalt/keine Rechtsanwältin benenne, werde das Gericht ihm einen Rechtsanwalt/eine Rechtsanwältin auswählen und als Pflichtverteidiger/Pflichtverteidigerin bestellen.

( ) Der Beschuldigte erklärte:

Ich möchte, dass mir der/die hier anwesende Rechtsanwalt/Rechtsanwältin als Pflichtverteidiger beigeordnet wird.

b.u.v. Rechtsanwalt X aus Düsseldorf wird dem Beschuldigten gem. § 140 Abs.1 Nr.4 StPO als Pflichtverteidiger-in beigeordnet.

( ) Der Beschuldigte erbat sich keine Gelegenheit zur Stellungnahme und stellte die Auswahl eines Pflichtverteidigers in das Ermessen des zuständigen Gerichts.

( ) Der Beschuldigte erklärte:

( ) Ich möchte, dass mir der/die heute nicht anwesende Rechtsanwalt/Rechtsanwältin als Pflichtverteidiger beigeordnet wird.

( ) Ich kenne keinen Rechtsanwalt/keine Rechtsanwältin.

( ) Ich äußere mich hierzu nicht.“

b) Die Belehrung aus Düsseldorf wird sich – im Gegensatz zum rheinischen Rivalen – nicht den Vorwurf gefallen lassen müssen, zu wenig ausführlich zu sein. Aber es gibt andere Probleme. Auch hier wird nur davon geredet, ein *Pflichtverteidiger* sei zu bestellen, so dass der Ausweg über die Wahlverteidigung dem Beschuldigten von Anfang an verborgen bleibt. Die Frage, welche Frist angemessen ist, innerhalb derer ein Beschuldigter einen Verteidiger benennen soll, ist insgesamt umstritten,<sup>5</sup> jedoch ist eine Drei-Tages-Frist in jedem Fall zu kurz.

Die Antwort des Beschuldigten nach dieser Belehrung wird zwar genau protokolliert, allerdings mit vorgefertigten Antworten. Wenn der Beschuldigte wünscht, dass der anwesende Rechtsanwalt beigeordnet werden soll – was dann auch unmittelbar geschieht – bleibt offen, wie es kommt, dass dieser Verteidiger schon am Termin teilnimmt. Wenn er auf Veranlassung des Beschuldigten gekommen ist, gibt es kein Problem, aber dies ist nicht die einzige mögliche Variante. Es sind Fälle bekannt geworden, in denen Richter unter Umgehung des Auswahl- und Benennungsrechts eines Beschuldigten kurzerhand selbstständig einen (ihnen vermutlich gut bekannten) Rechtsanwalt bitten, den Verhafteten kurz vor Beginn des Haftbefehlverkündungstermins in der Zelle

<sup>5</sup> Für nicht unter zwei Wochen u.a. Wohlers StV 2010, 151; Heydenreich StraFo 2011, 263, 265 Lam/Meyer-Mews NJW 2012, 177, 180.

aufzusuchen und diesen dann im folgenden Termin beordnen.<sup>6</sup>

Das Protokoll benennt als zweite Möglichkeit, dass der Beschuldigte sich keine Gelegenheit zur Stellungnahme erbittet. Dies ist eine Umkehrung der rechtlichen Verhältnisse. Zum einen muss er um nichts bitten, denn es steht ihm eine solche Gelegenheit zu. Außerdem darf ein Schweigen auf die ursprüngliche Belehrung dieser Möglichkeit nicht so interpretiert werden, dass er keine Stellungnahmefrist benötigt, weil er keine Stellung nehmen will. Der freiwillige Verzicht auf das Auswahlrecht ist bei einem vernünftigen Beschuldigten nur unter diesen besonderen Umständen und in Unkenntnis der rechtlichen Bestimmungen zu erwarten.

Die letzte Alternative des Protokolls besteht aus drei Antwortmöglichkeiten. Zunächst bittet (!) der Beschuldigte um die Beordnung eines bestimmten, nicht anwesenden Verteidigers. Es ergibt sich daraus nicht, ob er diesen bereits kennt und deshalb die Beordnung wünscht oder „ins Blaue hinein“ gewählt hat. Unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich ist auch ein Hinweis des Richters auf diesen bestimmten Anwalt. Die beiden weiteren Alternative führen unweigerlich dazu, dass zunächst niemand beigeordnet wird und die bereits benannte Frist zu laufen beginnt. Eine Aussage des Beschuldigten, dass er keinen Rechtsanwalt kenne, führt zu der Frage, was zu tun ist, um diesen Missstand abzuheilen. Diese Frage wird vom Protokoll nicht beantwortet.

#### 4. Amtsgericht Karlsruhe

a) Das „Protokoll über die Vernehmung des Beschuldigten nach vorläufiger Festnahme und Antrag auf Erlass eines Haftbefehls“ beim Amtsgericht Karlsruhe enthält die folgende Passage:

„D. Beschuldigte wurde darüber belehrt, dass ihm/ihr vom Gericht ein Pflichtverteidiger/in zu bestellen ist, sofern er nicht einen Wahlverteidiger/in nimmt. D. Beschuldigte wurde befragt, ob er/sie eine/n Verteidiger/in seines/ihrer Vertrauens kenne oder sonst die Bestellung einer/s bestimmten Verteidiger/s wünsche. D. Beschuldigte erklärte hierzu: „Ich möchte Rechtsanwalt X. als Pflichtverteidiger.“

b) Das Amtsgericht Karlsruhe beginnt sehr gut, wenn er bereits im ersten Satz Pflichtverteidiger und Wahlverteidiger unterscheidet und dabei deutlich macht, dass ein Pflichtverteidiger nur dann zu bestellen ist, wenn kein Wahlverteidiger genommen wird. Hier wird deutlich gemacht, dass sich die Frage der Pflichtverteidigung nur stellt, wenn kein Wahlverteidiger beauftragt wird. Das weitere Prozedere ist aber auch in Karlsruhe zu dürftig, um es als eine angemessene Belehrung eines Inhaftierten zu bezeichnen. Was passiert, wenn der Beschuldigte keinen Rechtsanwalt nennen kann oder will? Wird er darüber informiert, dass ihm eine Zeit zusteht, einen

<sup>6</sup> Vgl. Nobis StRR 2012, 104; es wäre naiv zu denken, dass es sich bei einer solchen Überrumpelungsstrategie um bedauerliche Einzelfälle handelt.

passenden Rechtsanwalt zu finden? Wie sieht es mit den Sorgen eines Verhafteten bezüglich der Finanzierung eines Verteidigers aus? All diese Fragen werden auch in Karlsruhe nach diesem Formular gar nicht erst angesprochen.

## 5. Amtsgericht Passau

a) Schließlich sieht das Protokoll in Bayern, beim Amtsgericht Passau, wie folgt aus:

„Der Beschuldigte wurde gem. § 140 Abs.1 Nr.4 StPO über sein Recht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers belehrt.

*Der Beschuldigte erklärte hierzu:*

( ) Ich habe bereits einen Wahlverteidiger. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist mit hin nicht erforderlich.

( ) Ich erbitte mir eine Frist von fünf Tagen zur Stellungnahme.

Die Frist wurde gewährt. Er/Sie wird die Benennung eines Wahl- oder Pflichtverteidigers unverzüglich an die Staatsanwaltschaft senden. Das entsprechende Formblatt hierzu wurde ausgehändigt. Geht das Formblatt nicht rechtzeitig bei der Staatsanwaltschaft ein, wird das Gericht einen Pflichtverteidiger auswählen.

( ) Ich benötige keine Gelegenheit zur Stellungnahme und stelle die Auswahl des Pflichtverteidigers in das Ermessen des Gerichts.

( ) Er/Sie bat um Beiordnung von RA/RA` in X.

Der/Die RA/RA` in konnten bislang nicht erreicht werden. Ein Sprechschein wird übersandt. Sollte keine Bereitschaft zur Mandatsübernahme bestehen, stelle ich die Auswahl in das Ermessen des Gerichts.“<sup>7</sup>

b) In Passau hat man sich auch für eine ausführliche Protokollierung entschieden, in der auch die Unterscheidung zwischen Pflicht- und Wahlverteidiger frühzeitig deutlich gemacht wird. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist allerdings nicht nur dann nicht erforderlich, wenn der Inhaftierte bereits einen Wahlverteidiger hat, sondern auch wenn er einen solchen beauftragen will. Positiv hervorzuheben ist, dass es offenbar ein Formblatt gibt, das dem Beschuldigten ausgehändigt wird und in dem er seine Wahl dem Gericht mitteilen kann.<sup>8</sup> Wie er

<sup>7</sup> In dem konkret vorliegenden Protokoll war vom Beschuldigten die Auswahl des Pflichtverteidigers in das Ermessen des Gerichts gestellt worden. Daher erging noch in der Sitzung die Verfügung, dass ein bestimmter Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beigeordnet werde.

<sup>8</sup> Das Formblatt lag dem Verfasser leider nicht vor, so dass nicht gesagt werden kann, was genau dort geschrieben steht.

sich jedoch über geeignete Kandidaten informieren kann, bleibt offen.

Es gibt aber auch Mängel. Im Protokoll ist vom „Recht auf Beiordnung“ die Rede, obwohl der Beschuldigte keine Möglichkeit hat, einen Verteidiger an seiner Seite abzulehnen. Auch hier gibt es die Formulierung, dass sich der Beschuldigte eine Stellungnahmefrist „erbitte“, die dann „gewährt“ wird, was Gedanken an eine längst vergangene, obrigkeitsstaatliche Justiz aufkommen lässt. Dem Beschuldigten steht eine angemessene Überlegungsfrist zu, es ist kein besonderes Entgegenkommen des Richters. Fünf Tage scheint angesichts der besonderen Situation sehr knapp bemessen zu sein.

Schließlich ist der Verzicht auf die eigene Auswahl und die Übernahme der Entscheidung durch das Gericht so prominent vertreten, dass man schon nicht mehr von einem subtilen Hinweis auf diesen Weg sprechen kann. Dies geschieht dann, wenn sich der Beschuldigte, der eine Frist erbittet, nicht rechtzeitig meldet, wenn er auf die Stellungnahme verzichtet oder wenn der gewählte Verteidiger keine Bereitschaft zur Mandatsübernahme zeigt. Warum in einem solchen Fall keine Möglichkeit einer zweiten Wahl besteht, ist nicht ersichtlich. Es scheint so zu sein, als ob das Protokoll immer wieder zu den Punkt kommt, dass ein Richter die Entscheidung trifft anstelle des Beschuldigten selbst.

## 6. Zusammenfassung

Auch nach drei Jahren ist nicht ersichtlich, dass die Belehrung des zu inhaftierenden Beschuldigten im Haftbefehlverkündungstermin einheitlich erfolgt. Alle fünf Formulare weisen wichtige Mängel auf, die mehr oder weniger große Auswirkungen auf den weiteren Fortgang des Verfahrens haben können.

## 7. Geschehen außerhalb des Protokolls

Es ergibt sich aus den zitierten Textbausteinen der Protokolle nicht, was tatsächlich im Termin gesprochen wird. Hier ist alles möglich, von der ausführlichen und fairen Belehrung im Sinne des Angeklagten, die all die Probleme der protokollierten Belehrung löst, bis hin zur offenen Nötigung, der Beiordnung eines bestimmten Rechtsanwalts zuzustimmen. Anhaltspunkte dafür, dass sich Richter nicht strikt an das vorformulierte Protokoll halten, wird jeder aufmerksame Strafverteidiger in der alltäglichen Praxis schon bemerkt haben. Ich möchte zwei kurze Beispiele schildern, die sich bei zwei Gerichten abgespielt haben, deren Formularprotokolle gerade überprüft worden ist.

- Ein Festgenommener hat aufgrund der Umtriebigkeit seiner Verwandtschaft gleich zwei Verteidiger an seiner Seite, als er zum Haftrichter geführt wird. Nach der Invollzugsetzung des Haftbefehls ist der Haftrichter verwirrt, weil er nach eigenem Bekunden nun nicht weiß, welchen der beiden erschienenen Anwälte er nun beiordnen soll, zumal auch kein diesbezüglicher Antrag gestellt worden ist. Erst auf den Hin-

weis, dass eine Beordnung doch wohl nicht angezeigt ist, wenn für einen Beschuldigten ein bzw. in diesem Fall sogar zwei Wahlverteidiger auftreten, entspannt sich der Richter und ordnet folgerichtig niemanden bei.

- Ein Drogenabhängiger sitzt vor der Haftrichterin und nennt auf Befragen der Haftrichterin seinen ortsfremden Vertrauensanwalt. Als Antwort bekommt er zu hören, dass er sich gefälligst einen ortsansässigen Anwalt aussuchen solle, sie werde keinen auswärtigen Anwalt beordnen. Nur weil der Beschuldigte kategorisch auf seinem langjährigen Rechtsanwalt besteht und zudem erklärt, dass er keinen Verteidiger aus dieser Stadt kenne, erfolgt schließlich die gewünschte Beordnung.

Diese beiden Beispiele zeigen, dass einerseits die Sicherheit mit dem Gesetz noch nicht endgültig vorhanden ist und zudem auch außerhalb des Protokolls versucht wird, Einfluss auf die Entscheidung des Beschuldigten auszuüben. Bei manchen Gerichten gibt es auch offensichtlich ein Standardvorgehen, das sich von den Protokollierungsvorschlägen stark unterscheidet.<sup>9</sup> Dies sollte nicht vorkommen, ist aber derzeit wohl nicht zu verhindern, weil insoweit die Transparenz fehlt und dem als einzigen anwesenden Beschuldigten in den überwiegenden Fällen die rechtliche Kenntnis fehlt.

## II. Die äußeren Umstände

Die Belehrung durch den Haft- oder Ermittlungsrichter im Haftbefehlverkündungstermin über den weiteren Verfahrensablauf im Hinblick auf die Tätigkeit eines Verteidigers ist von besonderer Brisanz.

### 1. Die Situation des Verhafteten

Ein Beschuldiger befindet sich in einem Anhörungstermin beim Haftrichter, der am Ende einen Haftbefehl verkündet, regelmäßig in einer Ausnahmesituation.<sup>10</sup> Dies gilt umso mehr, wenn er alleine und ohne Rechtsanwalt dem Richter gegenüber sitzt. Er wird dieser Situation nicht gewachsen sein, die zumeist ohne Vorwarnung auf ihn einstürzt. Wenn die zuständigen Polizeibeamten ihm den „Weg zum Haftrichter“ angekündigt haben, denken jedenfalls diejenigen, die bis zu diesem Zeitpunkt keinen Verteidiger hinzugezogen haben, eher an Familie

<sup>9</sup> Ein Kollege aus Baden-Württemberg schildert den Ablauf dort gegenüber dem Unterzeichner wie folgt: „In BW gibt es ein Formular bei der Haftbefehlsöffnung. Faktisch ist es aber so, dass der Beschuldigte das Formular nicht liest und der Haftrichter fragt: Kennen sie einen Anwalt, den ich Ihnen als Verteidiger beordnen soll?“ Wenn der BS das verneint, wird spätestens innerhalb von 4 Tagen ein x-beliebiger beigeordnet. Es geht nicht nach Liste und auch sonst sind keine Auswahlkriterien bekannt. Fakt ist aber, dass bspw. in Jugendsachen immer und nahezu nur Zivilanwälte oder ganz junge Kollegen beigeordnet werden.“ Diese Schilderung bedarf keines weiteren Kommentars.

<sup>10</sup> Es gibt natürlich Ausnahmen, wie den Drogenabhängigen, der schon zum x-ten Mal beim Haftrichter sitzt und die dortige Prozedur mittlerweile kennt.

oder Arbeitsstelle als einen Rechtsbeistand. Bei den unmittelbaren Folgen der Inhaftierung steht die Verteidigung gegen den konkreten Tatvorwurf nicht an allererster Stelle.

Ein Beschuldiger sitzt einem Richter gegenüber, für den eine solche Anhörung mit anschließender Verkündung des Haftbefehls berufliche Routine ist, während der juristisch ungeschulte Beschuldigte völliges Neuland betritt und nicht wissen kann, was ihn erwartet. In dem Moment, in dem dann alles entschieden ist und für den Beschuldigten nicht selten die Welt einstürzt – der Haftbefehl wird verkündet und in Vollzug gesetzt –, wird dann vom Richter die Thematik des Pflichtverteidigers angesprochen. Ihm muss mitgeteilt werden, dass ihm eine Frist zusteht, innerhalb derer er sich einen Verteidiger suchen kann; unterbleibt dies, so kann er nach der Rechtsprechung den beigeordneten Verteidiger austauschen.<sup>11</sup>

Es versteht sich von selbst, dass ein Beschuldiger zu diesem Zeitpunkt generell überfordert ist, wenn es darum geht, eine wohlüberlegte Entscheidung zu treffen. Dabei ist es nur schwer vorstellbar, dass ein vernünftiger Beschuldiger zu diesem Zeitpunkt von sich aus bekundet, dass er keinen Verteidiger aussuchen möchte und das Gericht darum bittet. Es ist hingegen sehr gut vorstellbar, dass das Gericht anbietet, einen Verteidiger auszusuchen und zu bestellen, und der überforderte Beschuldigte diesem Vorschlag kurzerhand zustimmt, um seine Mitarbeit bzw. sein Vertrauen in den Richter und die Justiz zu bekunden. Ein solches Vorgehen hat jedoch den faden Beigeschmack, dass der Inhaftierte unter Druck handeln muss, und sollte deswegen möglichst vermieden werden. Dies ist auch in Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung schon anerkannt. So haben sowohl das OLG Koblenz<sup>12</sup> als auch das OLG Düsseldorf sehr vernünftige Entscheidungen getroffen, die der besonderen Situation des Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt gerecht werden. So hat das OLG Düsseldorf ausgeführt: „Mit Rücksicht auf die besondere Situation, in der sich ein oftmals überraschend und gerade erst in U-Haft genommener Beschuldiger befindet, hat daher der Ermittlungsrichter jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Beschuldigte sich bei Abgabe seiner Erklärung über deren Bedeutung, Bindungswirkung und Tragweite tatsächlich bewusst ist. Bestehen hieran Zweifel, darf im Interesse eines fairen Verfahrens von der Einräumung einer angemessenen Überlegungs- und Erklärungsfrist nicht abgesehen werden (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 02.02.2011, 2 Ws 50/11 <juris>).“<sup>13</sup>

Das bedeutet, dass selbst dann, wenn ein Beschuldiger von sich aus um Beordnung eines vom Richter auszusuchenden Verteidigers bittet, eine solche Bestellung dann nicht angezeigt ist, wenn Zweifel daran bestehen, dass sich der Beschuldigte über die „Bedeutung, Bindungswirkung und Tragweite“ seiner Entscheidung bewusst ist. Bei einem juristisch nicht bewanderten Beschuldigten ist dies aber regelmäßig der Fall – wenn er nicht vorher von

<sup>11</sup> OLG Dresden NStZ-RR 2012, 213; LG Bochum StV 2011, 155; LG Siegen StRR 2012, 104.

<sup>12</sup> OLG Koblenz StV 2011, 349.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf StV 2011, 651.

Seiten des Richters genau über die rechtliche Situation und die verschiedenen Möglichkeiten belehrt worden ist. Ohne eine vernünftige Belehrung ist daher von einer vernünftigen Entscheidung des Beschuldigten nur in Ausnahmefällen (wie zum Beispiel vielfach inhaftierter Beschuldiger) auszugehen.

## 2. Die Person des Verteidigers

Die Wahl eines Verteidigers ist nicht selten entscheidend für den weiteren Verlauf eines Strafverfahrens. Insofern ist dieser Augenblick für einen Beschuldigten von höchster Bedeutung. Wenn die Qualität des Verteidigers nicht den Ansprüchen des Mandanten entspricht oder aber einfach die Chemie zwischen beiden nicht stimmt, kann dies für ein Verteidigungsverhältnis und damit auch für die Chancen im Prozess verheerende Auswirkungen haben. Umso wichtiger ist es, dass der Beschuldigte frühzeitig den „richtigen“ Verteidiger findet und nicht am „falschen“ bzw. „voreilig gewählten“<sup>14</sup> Verteidiger hängen bleibt.

Aus der Rechtsprechung der letzten Jahre wird evident, dass nicht immer die Kandidaten von den Gerichten als Pflichtverteidiger beigeordnet werden, die ihre Arbeit gewissenhaft machen<sup>15</sup>. Es gibt in der letzten Zeit genügend Beispiele für Pflichtverteidiger, die ihre Arbeit so nachlässig ausüben, dass die obergerichtliche Rechtsprechung sich gezwungen sah einzugreifen. So wurde ein Verteidiger durch das Oberlandesgericht Braunschweig entpflichtet, der den ihm anvertrauten und wegen des Verdachts des versuchten Mordes inhaftierten Mandanten zwei Monate lang nicht in der JVA besuchte.<sup>16</sup> Das Landgericht Trier entpflichtete einen Verteidiger, weil dieser bei Besprechungen mit dem Mandanten vergesslich erschien und häufig den Faden verlor, und begründete dies damit, dass der geschilderte Eindruck für die Kammer „aufgrund eigener Erfahrungen in der Vergangenheit durchaus nachvollziehbar“ sei.<sup>17</sup> Das Kammergericht hat einen vom Haftrichter ausgesuchten Rechtsanwalt entpflichtet, weil dieser seine Mandantin trotz ihrer Weigerung wiederholt bedrängt hat, eine Honorarvereinbarung zu unterzeichnen, und zum Ausdruck gebracht hat, dass anderenfalls seine Motivation eingeschränkt sei.<sup>18</sup> Diese Fälle sind die Extrembeispiele, in denen sich Beschuldigte gegen die weitere Vertretung durch ihren Pflichtverteidiger wehren. Es muss davon ausgegangen werden, dass es unzählige ähnliche Fälle gibt, die keiner obergerichtlichen Prüfung zugeführt werden. Insofern bilden diese Entscheidungen die sichtbare Spitze eines Eisbergs. Die hohe Bedeutung der Verteidigerauswahl

steht im direkten Gegensatz zu der Plötzlichkeit, in der der Haftrichter diesen Punkt im Haftbefehlverkündungstermin anspricht. Sie steht in der Praxis auch im Gegensatz zu der teilweise vorhandenen Bereitwilligkeit, mit der Beschuldigte den ihnen unbekanntem Haftrichter über diese Frage entscheiden lassen, weil sie spontan keinen geeigneten Rechtsanwalt kennen und sich kooperativ geben wollen.

Entscheidend hinsichtlich der Person eines möglichen Pflichtverteidigers ist, dass sich der Beschuldigte darüber bewusst sein muss, dass nur unter bestimmten engen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, diesen Rechtsanwalt auszutauschen. Dies wird bei vermögenden Beschuldigten kein Problem sein, weil durch die Beauftragung eines Wahlverteidigers gem. § 143 StPO die Beordnung hinfällig wird. Aber bei der großen Mehrheit verhafteter Menschen besteht diese Möglichkeit aus finanziellen Gründen eben nicht. Aus diesem Grund muss ihnen vor Beordnung eines Verteidigers bewusst gemacht werden, welche Konsequenzen dies haben kann, nämlich die dauerhafte Bindung an einen (dem Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt noch völlig unbekanntem) Rechtsanwalt. Da die Rechtsprechung den Wechsel des Pflichtverteidigers nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zulässt, die die meisten Inhaftierten nicht kennen, versteht es sich von selbst, dass damit praktisch bei der Beordnung schon die Vorentscheidung gefallen ist, wer den Beschuldigten im weiteren Verlauf des Verfahrens vertreten wird.

Auch wenn Teile der Rechtsprechung angesichts der besonderen Situation des gerade Inhaftierten bei der Frage des Wechsels des Pflichtverteidigers in diesem Fall nicht strikt an den althergebrachten Voraussetzungen des zerstörten Vertrauensverhältnisses festhalten,<sup>19</sup> ist die Gefahr immer noch nicht ausgeräumt, mit dem einmal beigeordneten Rechtsanwalt in die Hauptverhandlung zu ziehen. Denn auch hier gibt es zeitliche Begrenzungen, die einem Beschuldigten nicht bewusst sind: Wer über einen längeren Zeitraum mit dem Pflichtverteidiger zusammenarbeitet und erst dann den Wechsel beantragt – etwa weil er erst dann gemerkt hat, dass der Anwalt nicht der Richtige ist – kann sich nicht mehr auf die ursprünglich schwierige Situation berufen. Jetzt wird wieder das zerstörte Vertrauensverhältnis gefordert oder aber der einvernehmliche Wechsel mit Verzicht des neuen Pflichtverteidigers auf die bereits entstandenen Gebühren.<sup>20</sup>

Es bleibt somit dabei, dass auch trotz der veränderten Rechtsprechung zum Pflichtverteidigerwechsel die konkrete Gefahr besteht, mit dem (unbekanntem) Verteidiger bis zum (vielleicht bitteren) Ende zurecht kommen zu müssen.

<sup>14</sup> Lam/Meyer-Mews NJW 2012, 177, 180.

<sup>15</sup> Generell zur Problematik der Auswahl des Pflichtverteidigers durch den Richter Thielmann StraFo 2006, 358; ders. HRRS 2009, 452.

<sup>16</sup> OLG Braunschweig StV 2012, 719. Man beachte, dass die Entpflichtung dieses Rechtsanwalts vom zuständigen Kammervorsitzenden zunächst abgelehnt worden war und die Strafkammer der Beschwerde nicht abgeholfen hatte. Auch die Generalstaatsanwaltschaft hatte beantragt, die Beschwerde zu verwerfen; ähnlich OLG Düsseldorf NStZ-RR 2011, 48.

<sup>17</sup> StV 2012, 591.

<sup>18</sup> StV 2013, 142.

<sup>19</sup> Vgl. zuletzt BGH (Ermittlungsrichter) StraFo 2013, 23.

<sup>20</sup> Vgl. OLG Oldenburg NStZ 10, 210; OLG Braunschweig StraFo 2008, 428; OLG Düsseldorf StraFo 2007, 156; OLG Frankfurt/M. 2008, 128.

### III. Der notwendige Inhalt einer Belehrung

Aufgrund der geschilderten Situation versteht es sich deshalb von selbst, dass die Belehrung zur gesetzlich vorgeschriebenen Verteidigung durch einen Rechtsanwalt für den Beschuldigten von höchster Bedeutung ist. Dies gilt vor allem deshalb, weil noch zu Beginn einer Haftbefehlsverkündung der Haftrichter darüber belehrt, dass es dem Beschuldigten zusteht, jederzeit einen Verteidiger zu beauftragen, er mithin ein *Recht* auf Verteidigerkonsultation hat. Wenige Minuten später nach Verkündung und Invollzugsetzung des Haftbefehls ist dann von der *Pflicht* die Rede, einen Verteidiger hinzuziehen zu müssen. Somit verändert sich die rechtliche Situation des Beschuldigten in diesem Punkt in kürzester Zeit, was zwangsläufig zu Überraschung und Überforderung führen kann, wenn dem nicht durch eine ausführliche Belehrung oder einen veränderten Ablauf entgegengewirkt wird.

#### 1. Wahl- und Pflichtverteidiger

Der Beschuldigte muss zunächst darüber informiert werden, dass er ab diesem Zeitpunkt einen Verteidiger benötigt, weil die Strafprozessordnung dies fordert. Eine eigenständige Entscheidung, dass er auch weiterhin keinen Verteidiger an seiner Seite haben will, ist ihm verwehrt, weil dies gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die freie Entscheidung tritt zurück gegenüber dem Grundsatz des fairen Verfahrens, das eine Verteidigung verlangt. Wenn aber der Beschuldigte einen Verteidiger haben muss, so ist ihm der Unterschied zwischen den Instituten der Wahl- und der Pflichtverteidigung deutlich zu machen. Er muss wissen, was die Vor- und Nachteile von Wahl- und Pflichtverteidigung sind.

Es versteht sich von selbst, dass einem Beschuldigten, der bereits einen Wahlverteidiger beschäftigt, kein Pflichtverteidiger beigeordnet werden darf.<sup>21</sup> Ein „verteidigerloser“ Beschuldigter sollte aber auch aufgeklärt werden, dass er zum jetzigen Zeitpunkt die Beordnung eines Pflichtverteidigers dadurch verhindern kann, dass er einen Wahlverteidiger beauftragt. Er sollte weiterhin wissen, dass er später beantragen kann, dass dieser Verteidiger ihm als Pflichtverteidiger beigeordnet wird, wenn er sich dessen sicher ist und der Anwalt damit einverstanden ist.

Bevor sich der Beschuldigte für einen Pflichtverteidiger entscheidet, ist es unabdingbar, ihm deutlich zu machen, dass nach der Rechtsprechung ein Pflichtverteidiger nach seiner Beordnung nur noch in Ausnahmefällen ausgewechselt werden kann. Dies geht zwar für den vermögenden Beschuldigten sehr einfach durch Beauftragung eines neuen Verteidigers. Ansonsten ist es aber nach jahrelanger Rechtsprechung nötig, dass das Vertrauensverhältnis zerrüttet ist.<sup>22</sup> Die Gerichte haben aber auch inzwischen die besondere Situation des Beschuldigten im Haftbefehlsverkündungstermin bedacht und lassen einen

<sup>21</sup> Hermann StraFo 2011, 133, 137.

<sup>22</sup> Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Auflage (2012), § 143 Rn.5 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

Pflichtverteidigerwechsel in den ersten Wochen nach der Inhaftierung zu, wenn der Beschuldigte den Antrag stellt und den Verteidiger zuvor noch überhaupt nicht kannte.<sup>23</sup>

#### 2. Die Finanzierung der Verteidigung

Ein offenkundig wichtiger Punkt nicht nur für mittellose Beschuldigte ist die Frage der Finanzierung des Verteidigers, den man gezwungen ist zu beauftragen. Die meisten Beschuldigten in Strafverfahren würden die Unterscheidung von Wahl- und Pflichtverteidiger an diesem Punkt festmachen: Wahlverteidiger muss man selbst (gut) bezahlen, Pflichtverteidiger werden hingegen (schlecht) vom Staat bezahlt. Deshalb sollen auch der Wahlverteidiger gut und der Pflichtverteidiger weniger gut arbeiten.<sup>24</sup>

Dem Beschuldigten muss vor diesem Hintergrund deutlich gemacht werden, dass es ein Irrglaube ist, dass Pflichtverteidiger vom Staat bezahlt werden und der Mandant ihre Dienste gewissermaßen geschenkt bekommt. Erstens hat der Pflichtverteidiger gem. § 52 Abs.1 S.1 RVG einen Anspruch gegenüber dem Mandanten auf Zahlung der Differenz zur Wahlverteidigung, andererseits werden die Kosten des Verfahrens gem. § 465 Abs.1 StPO einem Verurteilten auferlegt und die Pflichtverteidigergebühren gehören zu diesen Kosten. Die Unterscheidung zwischen Wahl- und Pflichtverteidiger ist daher aus Beschuldigtensicht finanziell unerheblich, solange nicht eine Honorarvereinbarung unterzeichnet wird, wozu der Beschuldigte nicht gezwungen werden kann.

Es sollte deshalb zu diesem Punkt nur ausgeführt werden, dass die Vergütung des Pflichtverteidigers durch die Staatskasse abgesichert wird und dass auch ein gewählter Verteidiger jederzeit seine Beordnung beantragen kann.

#### 3. Pflichtverteidigerlisten

Es sollte bei jedem Gericht eine Liste bereitliegen, auf der die Rechtsanwälte des Amtsgerichtsbezirks aufgeführt sind, die dazu bereit sind, als Pflichtverteidiger aufzutreten. So wird sichergestellt, dass jeder Verteidiger nur auf einer einzigen Liste steht und dadurch die Liste nicht unüberschaubar werden, wie dies derzeit bei Verteidigerlisten zum Teil zu beobachten ist. Diese – auch im Internet zu veröffentlichen – Listen sollten neben dem Namen, der Adresse und der Telefonnummer des Anwalts auch weitere Qualifikationen wie Fachanwaltschaften sowie ggf. die Internetseite enthalten, damit man sich ohne größeren Aufwand weiter über den jeweiligen Anwalt informieren kann. Eine solche Liste mag nicht die

<sup>23</sup> BGH (Ermittlungsrichter) StraFo 2013, 23.

<sup>24</sup> Dass diese pauschale Einschätzung ein Klischee darstellt, das trotz bestätigender Fälle mit der Realität nicht allzu viel zu tun hat, ergibt sich schon daraus, dass die meisten seriösen Strafverteidiger gar nicht umhin kommen, auch als Pflichtverteidiger tätig zu sein. Eine Unterscheidung in der Arbeitsmoral je nachdem, ob man beigeordnet worden ist oder nicht, wird es aber bei den guten Verteidigern nicht geben. Diese Verteidiger werden auch als Wahlverteidiger ihren Job nicht besser machen als als Pflichtverteidiger.

beste Möglichkeit sein, sich über Verteidiger zu informieren, sie ist aber das Mindeste, was man Beschuldigten in dieser Situation zur Verfügung stellen sollte.

Die Gerichte sollten verpflichtet werden, eine solche Liste zu führen und dem Beschuldigten zur Verfügung zu stellen. Die derzeit bestehenden Pflichtverteidigerlisten, die demgegenüber entweder unübersichtlich sind oder aber von den Richter nicht beachtet werden, finden nur selten den Weg zu den Beschuldigten/Inhaftierten. Dies ist aber genau der Ort, an den eine Liste von Pflichtverteidigern gehört.

#### 4. Kein Wort zur Möglichkeit des Verzichts

Schließlich sollte es im Haftbefehlverkündungstermin ausgeschlossen sein, dass ein Beschuldigter bereits jetzt auf sein so wichtiges Auswahlrecht verzichtet und die Entscheidung über die Person des Verteidigers in die Hände des Richters legt. Insofern sollten sämtliche Formulierungen in den Protokollen, die dem Betroffenen diese Möglichkeit suggerieren, entfernt werden. Es ist Aufgabe des Beschuldigten, sich um seinen Verteidiger zu kümmern und nicht Aufgabe des Richters, der mit einer solchen Entscheidung so tief in das zukünftige Verteidigungsverhältnis des Inhaftierten eingreifen würde wie mit keiner einzigen anderen Entscheidung sonst. Es muss daher Aufgabe des Haft- bzw. Ermittlungsrichters sein, dem Beschuldigten in die Lage zu versetzen, selbst oder mit Hilfe seiner Angehörigen die Wahl zu treffen, einerseits durch Aushändigung der Pflichtverteidigerliste, andererseits durch Hinweis auf die Dauer der Auswahlfrist. Hier ist der Richter gefragt, aktiv den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, eine selbstständige Entscheidung zu treffen. Die Übernahme einer Auswahlentscheidung durch den Richter sollte hingegen ultima ratio sein, wenn tatsächlich der Beschuldigte keine Anstalten macht, sich selbst einen Verteidiger zu suchen. Und in diesem Fall sollte sich jeder Richter bei der Wahl so verhalten, als ob der Beschuldigte ein enger Verwandter wäre, um ermessensfehlerfrei zu handeln. Es geht bei dieser Entscheidung nicht um die Kollegen, die später das Hauptverfahren durchführen, und auch nicht um die Rechtsanwälte, die gerne einen lukrativen Auftrag erhalten, sondern allein um den Beschuldigten. Halten sich die Richter daran, so würde es die Jahrzehnte alten Klagen über Pflichtverteidiger, die ihrer Aufgabe nicht gerecht werden, nicht mehr geben.

#### 5. Formulierung einer angemessenen Belehrung

Aufgrund dieser Situation ist es notwendig, die Beschuldigten, die dem Haftrichter vorgeführt und in Untersuchungshaft kommen, fair und genau darüber zu belehren, wie es nun weitergeht. Wichtig ist es, dass einem Beschuldigten in dieser Situation. deutlich wird,

- dass er zwar einen Strafverteidiger, aber nicht zwingend einen Pflichtverteidiger wählen muss;
- dass er das Recht hat, die Entscheidung über die Person des Verteidigers selbstständig zu treffen;

- dass er sich für diese Entscheidung genügend Zeit lassen kann;
- dass er sich bei der Wahl keine Gedanken über die (ohnehin eintretenden) finanziellen Folgen machen muss.

Die Belehrung sollte einerseits juristisch korrekt, andererseits aber für einen „Durchschnittsbürger“ ohne juristische Kenntnisse verständlich sein, um so eine „Parität des Wissens“ herzustellen.<sup>25</sup> Folgend soll der Versuch unternommen werden, eine solche Belehrung zu formulieren:

*Belehrung für den Fall, dass Sie in Untersuchungshaft kommen*

Nach den gesetzlichen Bestimmungen benötigen Sie ab diesem Zeitpunkt einen Strafverteidiger. Auch wenn Sie keinen Verteidiger haben wollen, ist es die Pflicht des Gerichts, Ihnen einen Verteidiger zur Seite zu stellen. Es geht somit nun nicht mehr um die Frage, ob Sie einen Verteidiger bekommen, sondern nur noch darum, wer Sie verteidigen soll.

Sie haben das Recht, sich diesen Verteidiger selbst auszusuchen. Da dieser Rechtsanwalt in diesem Verfahren in Ihrem Sinne tätig werden muss, sollten Sie eine wohl überlegte Wahl treffen.

Ihr Rechtsanwalt kann als Wahl- oder Pflichtverteidiger auftreten. Es gibt zwei wichtige Unterschiede zwischen einem von Ihnen privat beauftragten Wahlverteidiger und einem vom Gericht bestellten Pflichtverteidiger:

Die Kosten für den Pflichtverteidiger werden zum überwiegenden Teil von der Staatskasse abgesichert, während Sie das Honorar des Wahlverteidigers zunächst selbst tragen müssen. Es besteht aber die Möglichkeit, einen Rechtsanwalt zunächst als Wahlverteidiger zu beauftragen und später seine Beiordnung zum Pflichtverteidiger zu beantragen, mit der entsprechenden Kostenfolge.

Es ist nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich, einen Pflichtverteidiger auszuwechseln, während Sie ein Wahlverteidigermandat jederzeit kündigen können.

Wenn Sie einen Strafverteidiger kennen und auch von diesem vertreten werden wollen, so können Sie diesen jetzt nennen. Es spielt keine Rolle, ob dieser Anwalt Ihres Vertrauens in diesem Gerichtsbezirk zuhause ist oder nicht.

Das Gericht kann diesem Anwalt mitteilen, dass Sie einen Besuch in der JVA wünschen. Nach dem dortigen Ge-

<sup>25</sup> Vgl. Jahn, FS Rissing-van Saan, S. 275, 294.

sprach können Sie entscheiden, ob Sie ihn beauftragen wollen oder nicht.

Sie können aber auch sofort beantragen, dass Ihnen dieser Rechtsanwalt zum Pflichtverteidiger bestellt wird. Dies wird das Gericht tun, wenn er sich dazu bereit erklärt.

Wenn Sie jetzt keinen Verteidiger benennen können, der Sie vertreten soll, so können Sie sich mithilfe einer Liste von ortsansässigen Anwälten, die Pflichtverteidigungen übernehmen, oder über Ihre Verwandten oder Bekannten kundig machen.

Sie haben die Möglichkeit, in den nächsten zehn Tagen einen Verteidiger zu beauftragen, der sich dann bei Gericht für Sie bestellt

Sie haben auch die Möglichkeit, in dieser Frist dem Gericht einen Rechtsanwalt zu benennen, der als Pflichtverteidiger beigeordnet werden soll.

Wenn Sie innerhalb der Ihnen zustehenden Frist keinen Strafverteidiger benennen wollen bzw. ausgewählt haben, ist das Gericht gezwungen, ihnen aus der Liste der ortsansässigen Rechtsanwälte einen Pflichtverteidiger beizuordnen.

( ) Ich habe diese Belehrung verstanden.

( ) Ich möchte im Termin meinen hier bereits aufgrund meiner Bitte anwesenden Verteidiger Rechtsanwalt X beigeordnet bekommen. Der Verteidiger ist damit einverstanden.

( ) Ich habe die Liste mit den Rechtsanwälten des Gerichtsbezirks erhalten, die Pflichtverteidigungen übernehmen, und werde mir einen Verteidiger auswählen.

Ort, Datum

Unterschrift

## 6. Zeitpunkt der Belehrung

Eine solche Belehrung des Beschuldigten sollte ihm nicht erst am Ende des Haftbefehlverkündungstermins ausgehändigt werden, sondern bereits früher, um sich auf diese Situation vorbereiten zu können. Auch wenn eine Belehrung bereits nach der vorläufigen Festnahme als zu früh erachtet wird, weil man noch nicht wisse, was passieren werde<sup>26</sup>, so ist der geeignete Zeitpunkt erreicht, sobald die Staatsanwaltschaft einen Haftbefehl beantragt. An diesem Punkt ist nämlich die Wahrscheinlichkeit, inhaftiert zu werden, so groß, dass eine Belehrung darüber, was die Konsequenz im Falle der Vollstreckung des Haft-

befehls ist, geboten erscheint. Meistens dauert es bis zur Anhörung noch einige Stunden, so dass sich der Beschuldigte mit der neuen Situation, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben wird, auseinandersetzen kann. Gleichzeitig sollte nun die Pflichtverteidigerliste ausgehändigt werden, um erste Überlegungen anzustellen.

## IV. Zusammenfassung

Die Belehrung eines Beschuldigten, gegen den ein Haftbefehl vollstreckt werden soll, über die Pflicht, sich von nun an professionell verteidigen zu lassen, ist von erheblicher Bedeutung. Die bisherige Praxis der Gerichte ist demgegenüber nicht nur wenig einheitlich, sondern oftmals mit großen Mängeln behaftet.

Aufgrund der Folgen, die eine Beiordnung regelmäßig für einen Beschuldigten hat, ist es essentiell, dass der Inhaftierte zunächst entscheiden kann, ob er einen Wahlverteidiger beauftragen will, um so die Bindung an einen ihm unbekanntem Pflichtverteidiger zu verhindern. Er muss des weiteren darüber informiert werden, dass diese Entscheidung nicht automatisch unterschiedliche finanzielle Folgen nach sich zieht. Außerdem ist ihm genügend Zeit einzuräumen, sich den geeigneten Verteidiger aussuchen zu können.

Um diese Zeitspanne zu vergrößern, sollte dem Beschuldigten in dem Moment, in dem die Staatsanwaltschaft einen Haftbefehlsantrag stellt, von dem zuständigen Polizeibeamten zwingend eine Belehrung übergeben werden, damit er schon vorbereitet ist, wenn es im Haftbefehlverkündungstermin zu dieser Frage kommt. Auch eine Verteidigerliste sollte ihm zur Verfügung gestellt werden. Dies ist vor allem deshalb wichtig, weil zu diesem Zeitpunkt aus dem Recht, einen Verteidiger zu konsultieren, eine Pflicht wird. Dies muss dem Beschuldigten rechtzeitig klar gemacht werden. Damit wird auch die Zwickmühle von „unverzüglicher Beiordnung“ und „Auswahlrecht des Beschuldigten“ entschärft, weil dem Beschuldigten schon einige Stunden Zeit verbleiben, sich mit der Situation auseinanderzusetzen. Schließlich wird so verhindert, dass am Ende des Haftbefehlverkündungstermins der Beschuldigte von der Ankündigung einer „erzwungenen Verteidigung“ überrascht wird.

Grundsätzlich sollte nicht der Richter, sondern der Beschuldigte selbst den Verteidiger wählen. Jeder subtile Hinweis, dass der Richter doch entscheiden kann, sollte im Termin vermieden werden. Nur wenn der Beschuldigte offensichtlich nicht selbst wählen will/kann, ist es nach der geltenden Gesetzeslage die Aufgabe des Richters, ermessensfehlerfrei einen Verteidiger zu wählen. Der Haftrichter sollte daher darauf hinwirken, dass sich der Festgenommene selbst einen Verteidiger aussucht. Das Auswahlrecht des Richters selbst sollte ultima ratio sein.

<sup>26</sup> Vgl. Brocke/Heller StraFo 2011, 1, 2.

# Das Apokryphe an den apokryphen Haftgründen\*

## Neue Dimensionen von versteckten Haftgründen im Strafprozess?

Von RA / Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Hamburg

### 1. Einleitung und Hinführung zum Thema

Dieser Beitrag setzt an den Voraussetzungen der Untersuchungshaft an, die – das wissen wir alle – einem Strafverteidiger so manchen Kopfschmerz bereiten können. Wir alle kennen aus unserer täglichen Praxis die Situation, dass man mehr oder weniger überrascht dreinblickt, wenn gegen den eigenen Mandanten Untersuchungshaft angeordnet wird bzw. schon angeordnet ist, sobald man das Mandat übernimmt. Überrascht ist man meist deshalb, weil man es selber niemals für möglich gehalten hätte, dass der konkrete Fall die strengen Voraussetzungen eines Haftbefehls hergibt. Ich selber kenne solche Überraschungen, die sich mir oftmals aus der Perspektive der Verhältnismäßigkeit heraus offenbaren. Das ist zu meist dann der Fall, wenn wieder einmal Untersuchungshaft in einer Sache angeordnet wird, in der sich die verfahrensgegenständliche Rechtsverletzung am Rande der Bagatellgrenze bewegt. Ich halte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der im Recht der Untersuchungshaft immerhin einen deutlichen positivrechtlichen Niederschlag in § 112 Abs. 1 StPO gefunden hat<sup>1</sup>, deshalb für eine ganz wichtige Voraussetzung, die man immer wieder betonen sollte. Sie gerät allzu oft in Vergessenheit, und es ist zweifelsohne die Aufgabe der Strafverteidigung, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – da wo es nötig ist – mit den der Verteidigung zur Verfügung stehenden Mitteln ins Bewusstsein der jeweiligen Entscheidungsträger zurückzurufen, um so den Versuch zu unternehmen, ihn in der tagtäglichen Justizpraxis zu revitalisieren.

Trotz der Brisanz dieses Themas ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber nicht mein heutiges Thema. Ich will stattdessen das von mir an anderer Stelle schon einmal behandelte<sup>2</sup> Thema der sog. apokryphen Haft-

gründe aufgreifen und meine Gedanken hierzu ein wenig fortführen.

Zuvor sei mir aber noch eine allgemeine und zugleich auch klarstellende Bemerkung gestattet. Da dieses Manuskript zuerst im schönen Bundesland Baden-Württemberg vor- und zur Diskussion gestellt wurde, liegt es nahe, sich beim Thema der Untersuchungshaft an ein Statement des ehemals prominentesten Untersuchungshäftlings dieses Bundeslandes zu erinnern. Jörg Kachelmann skandalisierte vor gar nicht allzu langer Zeit im Spiegel, dass deutsche Untersuchungshäftlinge nach nur wenigen Tagen Haft – so wörtlich – „gebrochen“ seien.<sup>3</sup> So wie das in Deutschland üblich ist, behandle kein anderes Land in Mitteleuropa Menschen, von deren Unschuld ja erst einmal auszugehen ist.<sup>4</sup> Lassen Sie mich anlässlich dieser Pauschalkritik am deutschen System der Untersuchungshaft folgendes klarstellen: Ich beabsichtige mit meinem Beitrag nicht, generalisierend, undifferenziert und damit letztlich auch in Bausch und Bogen die gesamte Praxis der Anordnung von Untersuchungshaft zu verdammen. Hierfür besteht kein Anlass, denn wir alle wissen aus unserer Praxis, dass nicht wenige Gerichte sehr verantwortungsvoll die Voraussetzungen der Untersuchungshaft abwägen und im Einzelfall prüfen. Mir kommt es in meinem Beitrag einzig darauf an zu zeigen, dass die weiten Ermessensspielräume, die die Voraussetzungen, aber auch das Anordnungsverfahren der Untersuchungshaft ganz offensichtlich eröffnen, der anordnenden Stelle Möglichkeiten einer gesetzesfernen Instrumentalisierung von Untersuchungshaft bieten. Wo, wann und wie oft solche Rechtsverletzungen auf bundesdeutschem Boden passieren, kann und will ich nicht beurteilen. Hierzu fehlt es im Übrigen auch nach wie vor an solidem empirischem Wissen.<sup>5</sup> Beurteilen kann ich indes aufgrund einzelner Fälle, dass Rechtsverletzungen vorkommen, und kann versuchen Hintergründe und Strukturen hierzu aufzuzeigen. Nur darum soll es nachfolgend gehen. Mir liegt es also – um es nochmals in aller Deutlichkeit zu sagen – fern, mit meinen Thesen hier „den Kachelmann“ zu geben.

\* Vortrag gehalten auf dem 37. Strafverteidigertag 2013 in der AG 2 (Untersuchungshaft) in Freiburg im Breisgau. Der Vortragsstil wurde weitestgehend beibehalten. Die (Vorab-)Veröffentlichung erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Organisationsbüros der Strafverteidigervereinigungen.

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu jüngst Graf JA 2012, 262, 264 f.

<sup>2</sup> Zuletzt: Eidam HRRS 2008, 241 ff. Vgl. aber auch schon ders. StV 2005, 201 ff. sowie ders., Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts (2007), S. 306 ff.

<sup>3</sup> Der Spiegel Nr. 41/2012, S. 138.

<sup>4</sup> Der Spiegel, aaO.

<sup>5</sup> Theile wistra 2005, 327, 332.

## 2. Zur Begrifflichkeit der apokryphen Haftgründe

Damit komme ich zu meinem Thema, den apokryphen Haftgründen. Was verbirgt sich hinter diesem Begriff? Im Großkommentar von Löwe/Rosenberg zur StPO heißt es, es handele sich bei den apokryphen Haftgründen um die „wahren (geheimen) Haftgründe“, die mit dem Erlass des Haftbefehls tatsächlich verbunden, vom Gesetz allerdings nicht zugelassen sind. Sie verbergen sich, so heißt es weiter, hinter den in der Begründung vorgeschobenen gesetzlichen Haftgründen oder anderen floskelhaften, pseudoempirischen Begründungen.<sup>6</sup> So verstanden beschreibt das Phänomen der apokryphen Haftgründe also einen Gegensatz zwischen Recht und Rechtswirklichkeit.<sup>7</sup> Die Maßnahme der U-Haft wird vermeintlich rechtmäßig und formal korrekt nach außen hin begründet, in Wirklichkeit waren es aber ganz andere, rechtlich „nicht vorhandene“<sup>8</sup> Gründe, die für die Anordnung einer Haftsituation ausschlaggebend waren.

## 3. Die bisherige Diskussion

Diese Diskussion ist nicht neu, sondern altbekannt.<sup>9</sup> Untersuchungen zu den apokryphen Haftgründen haben herausgearbeitet, dass es vornehmlich zwei Arten von apokryphen Erwägungen gibt, die zur Anordnung von Untersuchungshaft in der Praxis führen<sup>10</sup>:

Erstens wird Haft gerne als Pressionsmittel gebraucht, um eine prozessuale Kooperation des Betroffenen herbeizuführen. Damit wird das Zwangsmittel der Haft in den Dienst eines konsensualen Strafprozesses gestellt, der mit einem kooperierenden Betroffenen weitaus einfacher und ökonomischer zu führen ist, als wenn jemand von Schweigerechten oder anderen Verteidigungsmitteln Gebrauch macht.

Zweitens können mit Untersuchungshaft an sich sachfremde Bedürfnisse nach einer sofortigen und auf den Fuß folgenden Bestrafung etwa in der Weise befriedigt werden, dass man Untersuchungshaft unmittelbar im Anschluss an eine Tat anordnet, um den Täter sogleich die Härte eines Freiheitsentzuges spüren zu lassen. Ganz nebenbei bringt auch diese Vorgehensweise den Vorteil mit sich, dass wenn die „Strafe“ doch schon in Form von Untersuchungshaft abgegolten ist, man sich am Ende auch mit einem schlanken Strafprozess begnügen kann, um das Verfahren schnell und arbeitsökonomisch zu beenden.

Wir sehen, dass sich das Bedürfnis nach einer effizienten und schnellen Bestrafung problemlos mit dem Bedürfnis nach einem kurzen und schlanken Strafprozess verbinden lässt. Darunter zu leiden hat freilich das gesetzliche Programm zur Anordnung der Untersuchungshaft, das in

<sup>6</sup> Löwe/Rosenberg/Hilger (26. Aufl. 2007) § 112 Rn. 54.

<sup>7</sup> Theile wistra 2005, 327, 327.

<sup>8</sup> Vgl. Paeffgen NJW 1990, 537, 537.

<sup>9</sup> Zur Herkunft der Begrifflichkeit Paeffgen NJW 1990, 537, 537 Fn. 1.

<sup>10</sup> Hierzu bereits Eidam HRRS 2008, 241, 242 f.

solchen Fällen bestenfalls noch als eine leere Hülse im 9. Abschnitt der StPO verbleibt. Einmal mehr zeigt sich so, dass es sich beim Streben nach Effektivität im Strafverfahren und der engen Anbindung an schützende gesetzliche Formen um gegenläufige Pole handelt.<sup>11</sup> Dieses Spannungsverhältnis – so meine ich – kennzeichnet die bisherige Debatte sehr gut.

Nun werden Sie mich bestimmt nach empirischen Belegen für solche Thesen fragen. Systemübergreifend gibt es die – wie ich eben schon angedeutet habe – nicht, und das ist auch ein Teil des Problems. Der ein oder andere Verteidiger kann vielleicht von einzelnen Fällen berichten. Die wirklich mustergültigen Belege für die geschilderte Praxis stellen meines Erachtens aber eher die immer mal wieder vorkommenden öffentlichen Äußerungen aus Kreisen der Justiz dar.<sup>12</sup> Kühne berichtet in seinem Lehrbuch zum Strafprozessrecht beispielsweise von – ich zitiere wörtlich – „ebenso ungeniert wie blauäugig“ abgegebenen Statements einiger Oberstaatsanwälte in der Presse, die Verhaftungen unwidersprochen damit rechtfertigen, dass die Betroffenen sich nicht eingelassen haben bzw. nicht kooperiert hätten.<sup>13</sup> Und ich selber habe vor einigen Jahren die Äußerung eines Berliner Oberstaatsanwaltes nachgezeichnet, der ganz unverblümt in öffentlichen Interviews von der weit verbreiteten Praxis einer unmittelbar nach der Tat verhängten Untersuchungshaft als sofortige Bestrafung berichtete, mit der man insbesondere in Fällen von Jugendkriminalität gute Erfahrung mache.<sup>14</sup>

## 4. Weiterentwicklungen

Nachdem ich das Thema nun einige weitere Jahre beobachtet habe, drängt sich mir der Verdacht auf, dass mittlerweile eine neue Kategorie der apokryphen Haftgründe immer deutlicher zum Vorschein kommt, die sich von den zuvor genannten Bedürfnissen „notwendige Bestrafung auf den Fuß“ und „Ermöglichung eines schnellen, effizienten Strafprozesses“ zumindest teilweise gelöst zu haben scheint. Diesen Verdacht möchte ich im Folgenden mit Ihnen zusammen entwickeln und möchte Ihnen hierzu einige kurze Beispielfälle präsentieren.

### a. Beispiele

**aa)** Ich beginne mit einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die vielen von Ihnen sicherlich schon bekannt ist. Der 3. Strafsenat entschied am 18. September 2012<sup>15</sup> u.a. über die verfahrensrechtliche Zulässigkeit eines Geschehens, das sich wie folgt vor dem Landgericht Mönchengladbach zugetragen hatte:

Als die Verteidiger mehrerer Angeklagter in der Hauptverhandlung schriftlich vorformulierte Erklärungen für diese abgeben wollten, lehnte der Vorsitzende der Strafkammer dies ab. Als einer der Verteidiger gleichwohl ein Papier mit einer Erklärung überreichte und eine entspre-

<sup>11</sup> Hassemer StV 1984, 38, 38.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu Nobis StraFo 2012, 45, 48.

<sup>13</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. (2010), Rn. 419.1.

<sup>14</sup> Eidam HRRS 2008, 241, 242.

<sup>15</sup> BGH HRRS 2012 Nr. 950.

chende Verlesung beantragte, zerriss der Vorsitzende das Papier ohne jegliche Prüfung des Erklärungsinhaltes. Das ist schon einmal ein Beleg für eine interessante Verhandlungsatmosphäre vor einem deutschen Strafgericht. Es geht aber noch weiter. In dieser Verhandlung kam es dann auch noch zu einem weiteren Vorfall, der für unsere Zwecke relevant ist.

Nachdem nur einer von fünf Angeklagten eine Einlassung abgegeben hatte, während die übrigen vier Angeklagten von ihrem Schweigerecht Gebrauch machten, entschied der Vorsitzende, die vier schweigenden Angeklagten in Gewahrsam zu nehmen. Ich gebe zu, dass ich mit diesem Beispiel einer offensichtlich auf § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO gestützten Ingewahrsamnahme streng genommen das Feld der Untersuchungshaft verlassen habe. Ich halte es aber gleichwohl für geeignet zur Demonstration meiner These. Immerhin bietet § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO ebenso wie die Untersuchungshaft die Möglichkeit, eindruckstarke Freiheitsbeschränkungen vor dem rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens anzuordnen. So handelt es sich also um einen kleinen Artverwandten der Untersuchungshaft. Diese Verwandtschaft wird alleine schon dadurch sichtbar, dass bei einer mehrtägigen Unterbrechung der Hauptverhandlung die Maßnahme nach § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO in einen Haftbefehl nach den §§ 112 ff. StPO umzuwandeln ist.<sup>16</sup>

Nun fällt es im vorliegenden Fall angesichts des Umstandes, dass sämtliche Angeklagten zu allen bisherigen Hauptverhandlungsterminen ausnahmslos erschienen waren, außerordentlich schwer, den Zweck der Ingewahrsamnahme im gesetzlich vorgeschriebenen Zweck der Anwesenheits- und Verfahrenssicherung zu sehen. So drängt sich der Verdacht eines apokryphen Anordnungsgrundes auf. Will man dieser Mutmaßung auf den Grund gehen, fällt es aber schwer, nach dem altvertrauten Mustern zu argumentieren. Stellt man in Rechnung, dass sich ein Angeklagter bereits geständig eingelassen hatte und zudem auch eine den Tatvorwurf bestätigende Zeugenaussage eines Nebenklägers vorlag, so wäre es eigentlich überflüssig, hier noch aus Gründen der Prozessökonomie die verbleibenden schweigenden Angeklagten unter Druck zu setzen und so auf einen effektiven Strafprozess hinzuwirken.

Was hat den Vorsitzenden also zu dieser Maßnahme bewogen? Ich habe da eine Vermutung. Es erscheint hier keineswegs fernliegend, dass der Vorsitzende schlicht und einfach verärgert über das Prozessverhalten der Angeklagten war. Dieser Ärger wird alleine schon beim Zerreißen des Zettels sichtbar. Die Angeklagten nebst ihrer Verteidiger wollten einfach nicht nach den Regeln spielen, die sich der Vorsitzende bereits im Hinterkopf zurecht gelegt hatte. Und als sich dieser Ungehorsam weiter im Schweigen der Angeklagten manifestierte, da hielt es der Vorsitzende dann schlicht und einfach für angebracht, ihnen einen Denkkettel zu verpassen. Rein psychologisch betrachtet ist das meines Erachtens eine schlüssige Erklärung.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 329 (330); Meyer-Gößner, 56. Aufl. (2013), § 231 Rn. 3.

Bevor ich zu meinem nächsten Beispiel komme, erlaube ich mir noch die eigentlich von unserem Thema wegführende Bemerkung, dass ich es im Ergebnis für äußerst problematisch halte, dass der Bundesgerichtshof trotz kritischer Untertöne im Ergebnis keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Revisionsführer sehen wollte und das Urteil insoweit aufrechterhalten hat.

#### **bb)** Ein weiterer Fall.

Wir alle haben es vermutlich in der Presse verfolgt, wie im Dezember 2012 Hundertschaften von zum Teil schwer bewaffneten Polizisten die Büroräume der Deutschen Bank durchsuchten. Endlich hatten die Fahnder einmal das Überraschungsmoment auf ihrer Seite, nachdem andere Fahndungsmaßnahmen zuvor „durchgesteckt“ wurden.

Im Zuge der so öffentlich gemachten Ermittlungen kam es auch zu insg. vier Festnahmen von Mitarbeitern der Deutschen Bank, bei denen Untersuchungshaft angeordnet wurde. Der „Ranghöchste“ dieser vier Untersuchungshäftlinge war der Justiziar der Deutschen Bank, ein – wie es in der Presse hieß – angesehener Mann in Frankfurter Bankenkreisen. Man fragt sich hier natürlich sofort, wie in diesem Fall die Voraussetzungen eines Haftbefehls begründet wurden. Lassen Sie mich klarstellen, dass ich weder den Haftbefehl noch Teile der Verfahrensunterlagen – wahrscheinlich ebenso wenig wie Sie – jemals zu Gesicht bekommen habe. Meine Ausführungen stützen sich alleine auf die Berichte der großen Tages- und Wochenzeitungen zu den Vorfällen. Gleich mehrere Presseorgane haben übereinstimmend darüber berichtet, dass gegen den Justiziar deswegen die Untersuchungshaft angeordnet wurde, weil er seine Mitarbeiter angewiesen habe, den Ermittlern (nur) das herauszugeben, was konkret verlangt wird. Man fragt sich sogleich: na und? Wo ist hier das Problem? Es ergibt sich aus dem zweiten Teil der Anweisung des Justiziar: Man solle nicht – gleichsam überobligatorisch – alle Daten von sich heraus preisgeben, sondern eben nur das, was verlangt werde. Die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung berichtete, dass Staatsanwälte dem Justiziar deshalb Verdunklungsgefahr anlasteten.<sup>17</sup> Ich vermute nun einmal ganz stark, dass der „offizielle“ Haftbefehl so nicht bzw. nicht ausschließlich so begründet wurde. Denn diese Begründung ist juristisch so problematisch, dass sie keiner wie auch immer gearteten Nachprüfung standgehalten hätte. Völlig zu Recht wurde nämlich aus Kreisen der Bank sofort behauptet, dass die Anweisungen des Justiziar „Recht und Gesetz“ entsprachen.<sup>18</sup> Von einer Verdunklungsgefahr kann hier also überhaupt keine Rede sein. Es ist nun auch müßig, weiterhin über Einzelheiten der Haftbegründung zu mutmaßen, die wir alle niemals zu Gesicht bekommen haben. Mein Ansatzpunkt soll hier auch ein ganz anderer sein. Wenn mehrere Tageszeitungen und allen voran ein seriöses Blatt wie die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung davon berichten, dass sich Staatsanwälte im oben beschriebenen Sinne geäußert haben, dann kann ich mir nur sehr schwer vorstellen, dass dies frei aus der Luft gegriffen ist. Ganz im Gegen-

<sup>17</sup> Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 16. Dezember 2012, S. 46.

<sup>18</sup> AaO.

teil meine ich, dass wir es hier wieder mit unserer wichtigen Erkenntnisquelle für apokryphe Haftgründe in Gestalt von unvorsichtigen Äußerungen von Praktikern zu tun haben. Meine These ist nun, dass die offensichtlich artikulierte Überzeugung, man dürfe den Justiziar in Haft nehmen, nur weil der nicht vollends vor den Autoritäten dieses Staates in die Knie geht, sondern seinen Mitarbeiter verheißt, eben nur (!) den Anweisungen und Anforderungen der Ermittlungsbehörden nachzukommen, als ungenügend und insofern wiederum als eine Art Ungehorsam gegenüber der Staatsmacht empfindet, das man sich so nicht bieten lassen will, und das entsprechend geahndet werden muss.

**cc)** Ich komme zu einem letzten Fall, in aller Kürze.

Er stammt wieder aus der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung. Diesmal haben es die Schilderungen sogar auf die Titelseite geschafft. Der Artikel trägt die Überschrift: „Kritik an Härte deutscher Justiz“. <sup>19</sup> Es wird berichtet, dass ein französischer Europaabgeordneter heftige Kritik an Deutschland wegen des Einsatzes eines Europäischen Haftbefehls gegenüber einem in Frankreich lebenden Franzosen geübt habe. Dieser Franzose saß seit Oktober 2012 in Frankreich in Haft und sollte zum Ende des Monats Januar 2013 nach Deutschland ausgeliefert werden. Das Amtsgericht Landshut hatte Haftbefehl gegen den Franzosen erlassen, der mit Unterhaltszahlungen in Höhe von 6.000,- € an seine in Deutschland lebenden Kinder im Rückstand war. Der Sprecher des Amtsgerichts teilte auf Nachfrage mit, dass es sich um ein ganz normales Vorgehen handele, wenn ein Angeklagter zu einem Gerichtstermin nicht erscheine.

Es kann nun meines Erachtens überhaupt kein Zweifel daran bestehen, dass der Erlass eines nationalen Haftbefehls, der dann mit den Erleichterungen des Verfahrens eines Europäischen Haftbefehls auf die Auslieferung des Betroffenen abzielt, im beschriebenen Fall so nicht rechters war.

Ein hier eigentlich naheliegender Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO, der mit dem Recht der Untersuchungshaft zumindest stark artverwandt ist, was man daran sehen kann, dass zentrale Regelungen zur Untersuchungshaft wie beispielsweise die §§ 114 bis 116 StPO entsprechend auf Haftbefehle nach § 230 Abs. 2 StPO anzuwenden sind <sup>20</sup>, kommt gegen einen dauerhaft im Ausland lebenden Angeklagten grundsätzlich nicht in Betracht. Das liegt daran, dass die dafür erforderliche ordnungsgemäße Ladung gem. § 216 StPO eine Androhung von Zwangsmitteln voraussetzt, was auf dem Gebiet eines fremden Staates jedoch unzulässig ist. <sup>21</sup>

In der Rechtsprechung wird deshalb darauf hingewiesen, dass in derartigen Fällen die Möglichkeit des Erlasses eines Untersuchungshaftbefehls gem. § 112 StPO wegen

Fluchtgefahr bestünde. <sup>22</sup> Aber auch dieses Vorgehen wäre im geschilderten Fall offensichtlich unverhältnismäßig und damit rechtswidrig. Zu Recht wurde für unseren Fall darauf hingewiesen, dass die grenzüberschreitende Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen normalerweise in einem zivilrechtlichen Verfahren angegangen wird. Auf deutscher Seite ist das Bundesamt für Justiz für solche Anspruchsdurchsetzungen zuständig. Das Amt wurde aber nie kontaktiert. Die Leiterin der französischen Stelle, die solche zivilrechtlichen Gesuche entgegen nimmt, sagte der Presse, dass sie noch nie von einem Fall wie diesem gehört habe, wo wegen einer vergleichsweise geringen Summe gleich das Strafrecht angewendet werde. Das sei ihrer Meinung nach „vollkommen unverhältnismäßig“. Und sogar die deutsche Mutter der Kinder, für die die Unterhaltsansprüche bestehen, nannte das Vorgehen „vielleicht doch übertrieben wegen 6.000,- Euro“. Sie selbst habe mit dem Strafverfahren überhaupt nichts zu tun. <sup>23</sup>

Wie kann man sich die Härte der deutschen Justiz hier erklären, die einen enormen Aufwand betreibt, um einen Mann über Monate in Haft nehmen zu lassen, dabei aber die Augen vor offensichtlichen rechtlichen Problemen verschließt und es auch nicht einmal ansatzweise in Erwägung zieht, dass man sich der Problematik auch auf einem anderen, eigentlich dafür vorgesehenen Wege – nämlich dem zivilrechtlichen – annehmen kann? Ich meine, man kann hier wieder einen offensichtlichen Ungehorsam des Angeklagten in unseren Fokus rücken, der den Entscheidungsträgern in Deutschland übel aufstieß. Und zwar gleich ein Doppelter: Erstens schickt es sich aus der Sicht eines Richters überhaupt nicht, wenn man einer gerichtlichen Ladung nicht Folge leistet und einem Termin fernbleibt. Das ist Ungehorsam gegenüber einer staatlichen Autorität. Und zweitens gilt es aus offizieller Sicht natürlich auch als ungehörig, einfach so den Unterhalt gegenüber seinen Kindern nicht zu zahlen. Da kann man es schon mal für angebracht halten, einen so verstanden doppelten Ungehorsam durch Haft zu ahnden.

## b) Der gemeinsame Nenner: Strukturen von Ungehorsam und dessen Ahndung durch Haft

Wir haben nun also einen gemeinsamen Nenner in allen Beispielen herausgearbeitet, der darin zu erblicken ist, dass Betroffene eines Strafverfahrens, die den Erwartungen und Vorgaben der Strafverfolgungsbehörden nicht Folge leisten, als ungehörig wahrgenommen werden und für einen entsprechenden Ungehorsam durch die Anordnung von Haft – ich formuliere mal etwas salopp – „zur Kasse gebeten“ werden. Ich meine, das ist eine gute Erklärung für das jeweilige Verhalten in unseren Beispielfällen. Vielleicht nicht die einzige Erklärung, sondern eine von mehreren. Aber jedenfalls doch eine Erklärung, die heraussticht.

<sup>19</sup> Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 27. Januar 2013, S. 1.

<sup>20</sup> KK-StPO/Gmel, 6. Aufl. 2008, § 230 Rn. 14.

<sup>21</sup> OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 18 (19); OLG Köln NStZ-RR 2006, 22; KK-StPO/Gmel § 230 Rn. 13.

<sup>22</sup> OLG Köln NStZ-RR 2006, 22 (22 f.) (mit Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Stuttgart sowie des OLG Karlsruhe).

<sup>23</sup> Alle vorhergehenden Zitate im Text aus Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 27. Januar 2013, S. 1.

## 5. Wiederbelebung des Gedankenguts sog. Ungehorsamsstrafen?

Mir stellt sich nach alledem die Frage, ob all das etwas mit den sog. Ungehorsamsstrafen zu tun hat, einem Institut, das wir – wenn überhaupt – dann nur aus rechtsgeschichtlichen Quellen kennen können. Ich folge zur Beschreibung des Phänomens der Ungehorsamsstrafen hier einer im 19. Jahrhundert weit verbreiteten Ansicht, die die Ungehorsamsstrafen nicht als direktes Surrogat der Tortur versteht, sondern sauber von der Tortur trennen will und in ihr ein eigenes Institut erblickt. *Feuerbach* beschrieb den gemeinsamen Unterschied wie folgt: Die Folter bezwecke die Erpressung eines Geständnisses, während die Ungehorsamsstrafe ein Fehlverhalten des Inquisiten bestrafen sollte.<sup>24</sup> Auch *Mittermaier* betonte, dass die Ungehorsamsstrafen kein Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit sei, sondern vielmehr Vergeltungscharakter habe.<sup>25</sup> In der Preußischen Criminalordnung von 1805 waren Ungehorsamsstrafen noch vorgesehen, um – ich zitiere wörtlich – „halsstarrige und verschlagene Verbrecher“ davon abzuhalten, sich durch „freche Lügen und Erdichtungen“ oder „durch verstocktes Leugnen oder gänzlichliches Schweigen (...) der verdienten Strafe zu entziehen“.<sup>26</sup> Sie können jetzt natürlich einwenden, dass Haft doch überhaupt nicht die vorrangi-

ge Art und Weise war, einen Angeklagten wegen seines prozessualen Ungehorsams zu bestrafen und hätten damit natürlich auch Recht. Die Preußische Criminalordnung sah beispielsweise Peitschen- und Rutenhiebe zur Bestrafung von Ungehorsam vor. Ich will Ihnen an dieser Stelle aber einen Fund präsentieren, auf den ich in der berühmten Monographie von *Eberhard Schmidt* zur Strafrechtsgeschichte gestoßen bin. *Schmidt* schreibt, dass auch nach der Abschaffung der Folter die Lügen- und Ungehorsamsstrafen immer noch einen peinlichen Rest von physischer Gewaltanwendung im Gefüge des Inquisitionsprozesses beließen. Durch alle diese Methoden, wie auch – und jetzt wird es interessant – durch die Untersuchungshaft, die bei jeder Art von Kollusionsverdacht letztlich ins beliebige Ermessen des Inquirenten gestellt war, wurde der Beschuldigte in eine höchst gefährliche Lage gebracht.<sup>27</sup> Dieser explizit hergestellte Zusammenhang zwischen Untersuchungshaft und Ungehorsamsstrafen zeigt mir, dass die auf den ersten Blick anmutenden Unterschiede zwischen beiden Instituten so gravierend gar nicht sind, und die Untersuchungshaft durchaus in den Dienst des Gedankenguts von Ungehorsamsstrafen mit Vergeltungscharakter gestellt werden kann. Hoffen wir, dass ich in meinen Verdachtsmomenten etwas übertreibe und die von mir als möglich erachtete Verbindungslinie zwischen dem heutigen Recht der Untersuchungshaft und dem alten Gedankengut der Ungehorsamsstrafen in der überwiegenden Zahl der Fälle so überhaupt nicht besteht. Man hätte es sonst mit einer neuen Struktur der apokryphen Haftgründe zu tun, die unser heutiges Strafprozessrecht mehr als auf den Kopf stellen würde.

<sup>24</sup> Nachweise hierzu bei *Knapp*, Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts (2011), S. 29.

<sup>25</sup> Nachweise wiederum bei *Knapp*, Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts (2011), S. 29. Vgl. auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 178. Zustimmung zum Aspekt des Vergeltungscharakters auch *Knapp*, aaO., S. 34.

<sup>26</sup> Zitiert nach *Wessels* JuS 1966, 169, 170.

<sup>27</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1998) (Nachdruck), S. 328 (§ 288).

# Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführerstellung und Untreuestrafbarkeit

Kurzanmerkung zu BGH 5 StR 407/12 (Beschl. v. 13. Dezember 2012 [LG Berlin]) = HRRS 2013 Nr. 127

Von Frédéric Schneider, Hamburg

## I. Einleitung

Das LG Berlin hatte den Angeklagten, der selbst ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer einer GmbH war, mit Urteil vom 12. Dezember 2011 wegen Untreue in sechs Fällen zu Lasten einer anderen GmbH verurteilt, zu der seine Gesellschaft laufende Geschäftsbeziehungen unterhielt. Dabei hatte es seine Vermögensbetreuungspflicht maßgeblich darauf gestützt, dass er als faktischer Geschäftsführer dieser anderen GmbH einzustufen sei.<sup>1</sup>

Der 5. Strafsenat des BGH hat diese Revision zum Anlass genommen, in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2012 sowohl zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht, als auch zu den Voraussetzungen an die Position als faktischer Geschäftsführer Stellung zu beziehen.<sup>2</sup> Die Ausführungen des Senats sind ihrem Ansatz nach lobenswert, überzeugen jedoch lediglich im Ergebnis, nicht hingegen in der Begründung.

## II. Sachverhalt

Der Senat ging bei seiner Revisionsentscheidung von folgendem tatgerichtlich festgestellten Sachverhalt aus: Der Angeklagte war Geschäftsführer einer V.A.-GmbH, die als Komplementärin verschiedener Kommanditgesellschaften fungierte. Zweck der Kommanditgesellschaften war die Durchführung von Bausanierungen, welche die Kommanditgesellschaften vollständig an die A-GmbH übertrugen, deren Geschäftsführerin die Mitangeklagte und deren Gesellschafter die C-GmbH war. Die A-GmbH wiederum beauftragte zur Verrichtung tatsächlicher Arbeiten verschiedene Subunternehmen mit der Ausführung der anfallenden Arbeiten. Zur Finanzierung der Vorhaben nahmen die Kommanditgesellschaften – jeweils unter Vorlage von Rechnungen der A-GmbH – Darlehen auf, deren Auszahlung unmittelbar an die A-GmbH erfolgte. Auf Veranlassung des Angeklagten stornierte die Mitangeklagte als Geschäftsführerin der A-GmbH jeden-

falls im Zeitraum zwischen April 2004 und August 2005 rechtsgrundlos sechs Rechnungen der A-GmbH an verschiedene Kommanditgesellschaften. Auf diese Weise erfolgte eine Rückzahlung i.H.v. rund 820.000 € von der A-GmbH an die Kommanditgesellschaften, woraufhin die Erstgenannte letztlich Insolvenz anmelden musste.

Aus der rechtsgrundlosen Stornierung von Rechnungen zu Lasten der betroffenen A-GmbH und der darauf beruhenden Auszahlung von Geldern über die Grenze des § 30 GmbHG hinaus ergeben sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH unproblematisch eine Pflichtverletzung und eine Vermögensminderung zu Lasten dieser Gesellschaft.<sup>3</sup> Im Fokus der Entscheidung steht somit die Frage, inwieweit dem Angeklagten als Geschäftsführer der Komplementärin eine Vermögensbetreuungspflicht zu Gunsten der A-GmbH als Vertragspartnerin der Kommanditgesellschaften zukommen kann. Die folgende Anmerkung beschränkt sich auf die Erörterung dieses (wesentlichen) Aspekts.

## III. Darstellung und Interpretation der Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Das LG Berlin hat das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht mit dem Hinweis bejaht, der Angeklagte sei faktischer Geschäftsführer der A-GmbH gewesen, weil er „im Einverständnis mit dem jeweiligen Gesellschafter [...] den wesentlichen Teil der klassischen Kernbereiche der Unternehmung bestimmt habe“ und die Mitangeklagte seinen Anweisungen stets gefolgt sei. Die Bundesrichter haben der Revision aufgrund fehlender Substantiierung dieser Feststellung stattgegeben und den Fall zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen und sich dabei weiterführend sowohl zur Vermögensbetreuungspflicht, als auch zur faktischen Geschäftsführerschaft geäußert.

Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung zunächst die grundsätzliche Annahme des Landgerichts, wonach jedenfalls dann eine Vermögensbetreuungspflicht auf-

<sup>1</sup> LG Berlin Urt. v. 12. Dezember 2011, Az: 514 KLs 1/11.

<sup>2</sup> BGH 5 StR 407/12 = NJW 2013, 624 = HRRS 2013 Nr. 127 m. Anm. Corsten BB 2013, 660; Gutmann FD-StrafR 2013, 342502.

<sup>3</sup> S. nur BGHSt 35, 333, 337 f.; 49, 147, 158 = HRRS 2004 Nr. 604; BGH NSTZ-RR 2005, 86 = HRRS 2005 Nr. 53; vgl. Kindhäuser, NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 266 Rn. 71 m.w.N.

grund eines „tatsächlichen Treueverhältnisses“ i.S.d. § 266 StGB besteht, wenn eine faktische Geschäftsführung anzunehmen ist.<sup>4</sup> Darüber hinaus betont er jedoch, dass eine derartige Pflicht auch aus der bloß „tatsächlichen Übernahme eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises“ entstehen kann, die noch keine faktische Organstellung begründet.<sup>5</sup>

Infolgedessen prüft der Strafsenat konsequenterweise zunächst, ob der Angeklagte im konkreten Fall, wie vom Landgericht angenommen, tatsächlich als faktischer Geschäftsführer der A-GmbH einzustufen war.

## 1. Vermögensbetreuungspflicht aufgrund faktischer Geschäftsführerstellung

Auch dieser Frage nähert sich der BGH mit Hilfe verschiedener, abgestufter Kriterien. Während die Richter zunächst prüfen, ob sich eine faktische Geschäftsführerstellung damit begründen lässt, dass dem Angeklagten rechtswirksam geschäftsführertypische Befugnisse übertragen wurden, betrachten sie in einem zweiten Schritt, ob er solche Befugnisse nur tatsächlich innehatte und stellen zuletzt darauf ab, ob er als faktischer Geschäftsführer eingestuft werden muss, weil er die Geschicke der A-GmbH *durch* die formell ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführerin leitete.

Bei der Prüfung bleibt der BGH jedenfalls durchgängig seiner – häufig kritisierten – Linie treu, wonach nur das Handeln *mit Kenntnis der Gesellschafter* eine faktische Geschäftsführung begründen kann. Für die Frage, ob sich aus dieser Kenntnis eine konkludente Bestellung ergeben kann, bietet die Entscheidung keine weiteren Erkenntnisse, sodass eine weitere Betrachtung dieses Problems unterbleiben kann.<sup>6</sup>

### a. Faktische Geschäftsführerstellung aufgrund rechtswirksamer Übertragung von Befugnissen

Wie soeben angedeutet, prüft der BGH zunächst, ob dem Angeklagten rechtswirksam Befugnisse übertragen wurden, die typischerweise einem Geschäftsführer zustehen. Der erhebliche Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der A-GmbH reiche für sich genommen nicht aus, um eine Organstellung anzunehmen, wenn es dem Angeklagten an typischen Befugnissen fehle. Die Richter verneinen das Vorliegen entsprechender Befugnisse im konkreten Fall und erwähnen als solche etwa das Innehaben einer Bankvollmacht oder die Pflichtenübernahme gegenüber Sozialversicherungsträgern und Finanzbehörden.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> BGH NJW 2013, 624, 625 = HRRS 2013 Nr. 127; s. auch *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 266 Rn. 40 ff.; *Schünemann*, LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 61, 65 – jew. m.w.N.

<sup>5</sup> BGH NJW 2013, 624, 625 unter Verweis auf BGH NStZ 1999, 558.

<sup>6</sup> Weiterführend BGHSt 6, 314, 315 f.; 31, 118, 122; BGH NJW 2000, 2285; NStZ 2000, 34 f.; *Merz*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (2011), § 14 Rn. 53, 60 m.w.N.; ablehnend *Radtke*, *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2011), § 14 Rn. 118; *Marxen/Böse*, *NK-StGB*, 3. Aufl. (2010), § 14 Rn. 41 ff.

<sup>7</sup> BGH NJW 2013, 624, 625; s. auch *BGH NZG* 2005, 755; *BayObIG NJW* 1997, 1936; *Dierlamm NStZ* 1996, 153, 156.

Angesichts des Fehlens solcher rechtswirksam übertragener Befugnisse schließt der Strafsenat die Annahme einer faktischen Geschäftsführung zwar nicht aus, doch deutet er diesen Umstand für die weitere Prüfung als Indiz gegen die Übernahme eines ausreichenden Pflichtenkreises.<sup>8</sup>

### b. Faktische Geschäftsführerstellung aufgrund der Übertragung tatsächlicher Befugnisse

Davon ausgehend prüft das Gericht, ob dem Angeklagten hinreichende Befugnisse zumindest faktisch übertragen wurden. Auch dies könne ausreichen, um die tatsächliche Machtposition um den notwendigen kompetenziellen Unterbau anzureichern.

An dieser Stelle kritisiert der Strafsenat die pauschale Feststellung des LG Berlin, das sich damit begnügt hatte, festzuhalten, der Angeklagte habe „im Einvernehmen mit der Gesellschafter-GmbH von Anfang an die Stellung des Geschäftsführers“ eingenommen. Das LG hatte zur Begründung ausschließlich angeführt, dass die Mitangeklagte Geschäftsführerin der A-GmbH durch den Angeklagten eingestellt worden war und sich auf Anweisung des Gesellschafters in Geschäftsführungsfragen an den Angeklagten wenden sollte. Der BGH deutet zu Recht an, dass diese Umstände wiederum nur geeignet seien, seine tatsächliche Machtposition zu verbildlichen. Inwieweit ihm hierdurch jedoch tatsächlich Befugnisse zukamen, die typischerweise einem Geschäftsführer zustehen, werde vom Landgericht nicht näher ergründet, weshalb dessen Feststellungen nicht Grundlage für die Annahme einer faktischen Geschäftsführerstellung sein könnten.<sup>9</sup>

### c. Faktische Geschäftsführerstellung aufgrund der Anweisungsmöglichkeit gegenüber dem formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer

Der 5. Strafsenat weist in einem letzten Schritt darauf hin, dass eine faktische Geschäftsführerstellung nach höchstrichterlicher Rechtsprechung teilweise auch entstehen könne, wenn jemand die Möglichkeit habe, einen formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer dergestalt anzuweisen, dass dieser *durch* den Geschäftsführer „die Geschäftspolitik des Unternehmens tatsächlich bestimmt“.<sup>10</sup>

Während sich die faktische Geschäftsführerstellung in den ersten beiden Fällen aus tatsächlicher Macht in Verbindung mit eigenen Kompetenzen ergeben soll, resultiert sie hier aus tatsächlicher Einwirkungsmacht auf den ordentlichen Geschäftsführer in Kombination mit dessen Kompetenzen.

Der 5. Strafsenat schränkt diesen letzten Prüfungspunkt jedoch umgehend selbst ein und betont, dass es einer besonders kritischen Prüfung bedürfe, wenn der potentiell faktische Geschäftsführer – wie in diesem Fall der Angeklagte – der geschädigten Gesellschaft als Vertrags-

<sup>8</sup> S. auch BGH ZIP 2005, 1414.

<sup>9</sup> BGH NJW 2013, 624, 625.

<sup>10</sup> BGH NJW 2013, 624, 625; BGH NJW 1998, 767; auch BGHZ 150, 61.

partner gegenübersteht. Die kritische Betrachtung rechtfertigt sich bereits dadurch, dass die Annahme einer faktischen Geschäftsführung dann gegenläufige Vermögensbetreuungspflichten begründen würde. Jedenfalls könne die Feststellung einer bloß faktischen Einflussnahme hier ebenfalls nicht genügen, weil jene sich auch aus wirtschaftlicher Macht und Abhängigkeit sowie besonderem Verhandlungsgeschick ergeben könne – mithin Umständen, die nicht geeignet sind, eine Pflicht zu begründen, die Geschicke des Vertragspartners zu leiten und deshalb dessen Vermögen zu schützen.

Auch für diese Konstellation mahnt der BGH mithin einen formalisierten Hintergrund an, auf dem die tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten beruhen müssen.

Der Strafsenat schlägt als Lösung sodann vor, die Blickrichtung – anders als es das Landgericht getan habe – auf die Gesellschafterebene zu verlagern und eine faktische Geschäftsführerstellung erst dann anzunehmen, wenn die Macht gegenüber dem ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer auf einer Machtstellung innerhalb der Gesellschafterebene beruht. Dies sei der Fall, wenn der Betroffene in der Lage sei, „die Unternehmensentscheidungen zu determinieren“, jedenfalls wenn ein bewusstes Zusammenwirken mit den Gesellschaftern erfolge oder jene aus anderen Gründen derart abhängig von ihm seien, dass ihre Gesellschaft nicht mehr als eine „abhängige und unselbständige Strohmannfirma“ für das eigene Unternehmen des faktischen Geschäftsführers sei.<sup>11</sup> Erst dies rechtfertige die Annahme einer zusätzlichen, gegenläufigen Vermögensbetreuungspflicht.

## 2. Vermögensbetreuungspflicht aufgrund anderer tatsächlicher Umstände

Abschließend prüfen die Leipziger Richter die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht ohne Rekurs auf eine faktische Geschäftsführerstellung aufgrund tatsächlicher Übernahme vermögenswirksamer Verpflichtungen.<sup>12</sup> Auch an dieser Stelle weisen sie darauf hin, dass es zur Annahme einer solchen Pflicht zumindest konkreter Anhaltspunkte dafür bedürfe, dass dem Vermögensbetreuungspflichtigen das Vermögen der infrage stehenden Gesellschaft anvertraut worden sei und es insbesondere einer Abgrenzung zur bloßen – gegebenenfalls auch dauerhaften – Durchsetzung der eigenen Interessen in der ökonomischen Auseinandersetzung bedürfe. Der Strafsenat stellt fest, dass das landgerichtliche Urteil derartige Feststellungen vermissen lasse, gibt allerdings selbst keine weiteren Kriterien vor.

## IV. Bewertung der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung des BGH ist grundsätzlich begrüßenswert und zwar bereits deshalb, weil es dem 5. Strafsenat gelingt, unmissverständlich zu formulieren,

<sup>11</sup> BGH NJW 2013, 624, 625 unter Verweis auf BGH NJW 1997, 66.

<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 66; NSStZ 1999, 558; Fischer, StGB, § 266 Rn. 33; zu Auswirkungen dieser Ausführungen auf den faktischen Konzern Corsten BB 2013, 660.

dass es gerade bei der Anwendung des sehr weiten Straftatbestandes der Untreue stets einer klar umrissenen Rückkoppelung abstrakter Tatbestandsmerkmale an konkrete Lebensumstände bedarf. Er bewegt sich dabei auf der Linie des BVerfG,<sup>13</sup> das den Straferichten in seinem viel beachteten Beschluss vom 23. Juni 2010 eindeutig ins Stammbuch geschrieben hat, dass jedem Tatbestandsmerkmal des Untreuetatbestandes eigenes Restriktionspotential innewohnt und daher stets eine eigenständige Prüfung erforderlich ist.<sup>14</sup> Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht aufgrund des bloßen Hinweises auf eine faktische Geschäftsführerstellung basierend auf tatsächlichen Einflussnahmen im Rahmen der Geschäftstätigkeit einer GmbH kann diesen Anforderungen jedenfalls nicht gerecht werden. Zu Recht mahnt der BGH in seiner Entscheidung mehrfach an, dass eine faktische Geschäftsführerstellung einer kompetenziellen Begründung bedarf.

Erfreulich ist insbesondere, dass der BGH sich nicht darauf beschränkt, die fehlende Konkretisierung des LG zu kritisieren, sondern seinen Beschluss vielmehr dazu nutzt, auch einige Leitlinien kundzutun, anhand derer eine Prüfung erfolgen sollte. Dabei geht er von einem Stufenverhältnis aus, wonach eine Vermögensbetreuungspflicht jedenfalls dann gegeben ist, wenn ein Angeklagter als faktischer Geschäftsführer eingestuft werden kann, weshalb erst in einem zweiten Schritt der Fokus darauf zu richten ist, ob sich die Vermögensbetreuungspflicht aus tatsächlichen Umständen ergibt, die eine faktische Geschäftsführerschaft nicht zu begründen vermögen. Diese Differenzierung erscheint deshalb erstaunlich, weil es einer solchen nicht zwingend bedürft hätte. Immerhin dürften alle Fälle einer faktischen Geschäftsführung auch mit anderen tatsächlichen Umständen einhergehen, die geeignet sind, eine Vermögensbetreuungspflicht zu begründen.<sup>15</sup> Die Aufteilung zeugt davon, dass der 5. Strafsenat bei seiner Entscheidung im Blick hatte, dass die Kriterien des § 266 StGB zum Wohle der Klarheit und Vorhersehbarkeit einer Konkretisierung bedürfen.

Umso bedauerlicher ist es, dass dem Senat gegen Ende seines Beschlusses scheinbar die Puste ausgeht und er es nicht schafft, zu präzisieren, inwieweit sich die Kriterien, welche eine Vermögensbetreuungspflicht aufgrund der Annahme einer faktischen Geschäftsführung begründen, von denjenigen unterscheiden, die eine solche Pflicht aus bloß tatsächlichen Umständen herzuleiten vermögen. Insbesondere bei Letzteren mahnt er nur die Notwendigkeit an, sie an die Umstände des jeweiligen Falls rückzukoppeln. Der lobenswerte restriktive Ansatz verpufft somit bei der eher diffusen konkreten Umsetzung.

Bei seinen Erwägungen zur Bestimmung der faktischen Geschäftsführerschaft begründet der BGH ebenfalls ein Stufenverhältnis, wonach sich die faktische Geschäftsführung zunächst daraus ergeben kann, dass einem Angeklagten rechtswirksam typische Befugnisse eines Ge-

<sup>13</sup> So ebenfalls Gutmann FD-StrafR 2013, 342502.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656 m. Anm. Becker HRRS 2010, 383.

<sup>15</sup> Vgl. BGH NSStZ 1996, 540 mit Kritik bei Dierlamm NSStZ 1997, 534, 535.

schäftsführers eingeräumt worden sind und anschließend daraus, dass eine solche Befugniserteilung nur tatsächlich erfolgte – wobei der BGH mit erfreulicher Klarheit äußert, dass das Fehlen rechtswirksamer Beauftragungen als Indiz gegen eine faktische Geschäftsführerschaft wirkt. Die Fälle bloß tatsächlicher Befugniserteilung dürften vor diesem Hintergrund zukünftig einen noch intensiveren Begründungsaufwand mit sich bringen.<sup>16</sup> Zur weiteren Konkretisierung der vorliegenden Entscheidung erscheint eine Anknüpfung an die Kriterien angebracht, welche das BayObLG in seiner grundlegenden Entscheidung aus 1997 aufgestellt hat, wonach neben der Gehaltshöhe typische Geschäftsführerbefugnisse auch das Bestimmen der Unternehmenspolitik und Unternehmensorganisation, das Innehaben von Personalhoheit, die Pflege externer Geschäftsbeziehungen, die Verhandlung mit Kreditgebern sowie die Entscheidung in Steuer- und Buchhaltungsfragen sind.<sup>17</sup>

Die Erwägungen des Strafsenats zur faktischen Geschäftsführung aufgrund der Steuerung eines Unternehmens durch dessen formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer können indes nur teilweise überzeugen. Völlig zu Recht betont der BGH auch hier zwar die Notwendigkeit einer genauen Betrachtung des zu Grunde liegenden Lebenssachverhalts und stellt mit begrüßenswerter Klarheit fest, dass gerade im Rahmen von Geschäftsbeziehungen der Fall einer faktischen Geschäftsführung von demjenigen zu unterscheiden ist, in welchem sich ein Vertragspartner aufgrund ökonomischer Stärke oder besonderen Verhandlungsgeschicks stets durchsetzen kann. Ebenfalls richtigerweise weist er darauf hin, dass die Annahme zweier gegenläufiger Vermögenbetreuungspflichten bei sich gegenüberstehenden Vertragsparteien einen Ausnahmefall darstellen muss. Interessant ist in diesem Zusammenhang außerdem, dass die Richter das Erfordernis einer überragenden Stellung gegenüber dem formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer scheinbar nicht mehr als Ausschlusskriterium einer faktischen Geschäftsführung nutzen, sondern dieser überragenden Stellung einen eigenen, positionsbegründenden Inhalt beimessen.<sup>18</sup> Dies ist deshalb begrüßenswert, weil sich der BGH damit von der falschen Annahme löst, es reiche aus, wenn eine Person hafte, weshalb es eines faktischen neben einem ordentlichen Geschäftsführer nicht bedürfe; zutreffend ist dagegen, dass die faktische Geschäftsführung – so man sie denn anerkennt – auf eigenen Kriterien fußen muss, die nichts mit der potentiellen Haftbarkeit einer anderen Person zu tun haben.<sup>19</sup>

Unzureichend erscheint hingegen der Ausgleich fehlender kompetenzieller Verankerung einer tatsächlichen Machtposition mittels eines Blickes auf die Gesellschafterebene und die Annahme einer faktischen Geschäfts-

führung bei „faktischer Gesellschaftertätigkeit“.<sup>20</sup> Zunächst einmal bleibt der BGH eine Antwort darauf schuldig, weshalb der Einfluss auf die Gesellschafterebene die Stellung als faktischen Geschäftsführer überhaupt berühren soll. Wäre dies der Fall, müsste zumindest jeder Gesellschafter auch stets faktischer Geschäftsführer sein.<sup>21</sup> Weiterhin wird das Grundproblem hier nur verlagert, fehlt es doch auf der Gesellschafterebene ebenfalls an Kriterien, die eine Abgrenzung gegenüber denjenigen Situationen bieten, die der BGH in dieser selben Entscheidung auf Geschäftsführerebene zu Recht kritisiert hat. Auch auf der Gesellschafterebene kann die Machtstellung aus ökonomischer Stärke resultieren oder auf besonderem Verhandlungsgeschick basieren. Kompetenzielle Befugnisse, welche – wie vom Senat im Ausgangspunkt zu Recht gefordert – die Grundlage einer faktischen Geschäftsführerstellung sein sollen, indem sie die bloße Macht um einen notwendigen Status bereichern, ergeben sich beim potentiell faktischen Geschäftsführer jedenfalls nicht zwangsläufig aus der Möglichkeit, Einfluss auf die Gesellschafter zu nehmen. Der Transfer des Problems auf die Gesellschafterebene bietet für sich genommen mithin keinen Mehrwert, erklärt er doch wiederum nur, weshalb dem angeblich faktischen Geschäftsführer eine besondere Machtposition zukommt, aber nicht, weshalb sich aus dieser schlichten Einflussnahmemöglichkeit auf den ordentlichen Geschäftsführer eine Zurechnung von dessen besonderen Geschäftsführerkompetenzen ergeben muss.

Die Reduzierung einer Geschäftsführerschaft – sei es auch nur einer faktischen – auf bloße Machtpositionen ohne eigene Kompetenzen widerspricht dem Kern der Geschäftsführerschaft, die ihre Machtposition richtigerweise gerade aus diesen besonderen Kompetenzen schöpft.<sup>22</sup>

Hier unterscheidet sich die faktische Geschäftsführung etwa von der Untreue, welche – auch wenn jene in der vorliegenden Entscheidung unzureichend konkretisiert wird – angesichts ihres Wortlauts sehr wohl Pflichten zur Betreuung von Vermögen schaffen kann, ohne dass diesen ein kompetenzieller Unterbau zu Grund liegt.

Nicht zuletzt müsste die Rechtsprechung bei Annahme einer faktischen Geschäftsführung wegen der Einflussnahme auf den ordentlichen Geschäftsführer aufgrund „faktischer Gesellschaftertätigkeit“ erklären, warum sich aus dieser Stellung im Rahmen der Untreue jedenfalls bis zur Grenze des § 30 GmbHG keine Rechtfertigung der Anweisung einer Vermögensweggabe ergibt.<sup>23</sup> Sie müsste

<sup>16</sup> Kritisch zum weiten Verständnis der faktischen Geschäftsführerschaft insbesondere *Dierlamm* NStZ 1996, 153, 154.

<sup>17</sup> BayObLG NJW 1997, 1936; vgl. *Dierlamm* NStZ 1996, 153, 156; *Wegner* wistra 1998, 283, 284.

<sup>18</sup> Zur Voraussetzung einer überragenden Stellung BGHSt 46, 62, 64; NStZ 2000, 34; *Schmucker* ZJS 2011, 30, 36.

<sup>19</sup> Anders die h.M. s. nur *Dierlamm* NStZ 1996, 153, 156; *Löffler* wistra 1989, 121, 125; *Waßmer*, MüKo-Bilanzrecht (2012), HGB § 331 Rn. 15 ff. – jew. m.w.N.

<sup>20</sup> Zum faktischen Gesellschafter im Zivilrecht *Servatius*, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG (Stand 1.12.2012), Rn. 487.1.

<sup>21</sup> Zur notwendigen Abgrenzung zwischen gesellschafterlichem Weisungsrecht und faktischer Geschäftsführerschaft *Wißmann*, MüKo-GmbHG (2011), § 82 Rn. 48 m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. *Corsten* BB 2013, 660; zur Notwendigkeit von Befugnissen zur Begründung einer faktischen Geschäftsführung in der zivilrechtlichen Rechtsprechung vgl. nur BGH NJW 2002, 1803; NJW 1988, 1789.

<sup>23</sup> Grundlegend zur Möglichkeit eines Einverständnisses durch GmbH-Gesellschafter *Kindhäuser* (Fn. 3), § 266 Rn. 68 ff.; speziell zum Einverständnis im Zusammenhang mit einem

überdies weiter erläutern, ob eine derart begründete faktische Geschäftsführung nicht immer dann ausgeschlossen werden muss, wenn die Kompetenzen des (faktischen) Gesellschafters – etwa aufgrund eines Verstoßes seiner Anweisungen gegen § 30 GmbHG – gegenüber dem ordentlich bestellten Geschäftsführer enden.<sup>24</sup> Zumindest für den Fall der Untreue ergäbe sich daraus, dass der auf diese Weise geschaffene faktische Geschäftsführer entweder mangels Pflichtverletzung des ordnungsgemäßen Geschäftsführers oder mangels Vermögensbetreuungspflicht des faktischen Gesellschafters/Geschäftsführers straflos wäre.

---

faktischen Geschäftsführer *Wessing/Krawczyk* NZG 2011, 1297 ff.

<sup>24</sup> Hierzu *Kindhäuser* (Fn. 3), § 266 Rn. 71.

## V. Fazit

Die Entscheidung zeugt vom lobenswerten Versuch einer steten Konkretisierung des weiten Untreuetatbestandes, scheitert jedoch in der konkreten Ausgestaltung eben dieser Konkretisierung.

Insbesondere die Annahme einer faktischen Geschäftsführerstellung bei tatsächlicher Einflussnahme auf einen ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer im Falle erheblichen Einflusses auch auf die Gesellschafterebene kann nicht überzeugen. Hier fehlt es an einer kompetenziellen Begründung dieser Stellung, der es zur Annahme jeder Organschaft bedarf.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

## **562. BGH 1 StR 11/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Konstanz)**

Abwesenheit eines notwendigen Verfahrensbeteiligten (Entfernung des Angeklagten während der Entscheidung über die Entlassung einer Zeugin; wesentlicher Bestandteil der Hauptverhandlung).

§ 247 Satz 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

Die Entscheidung über die Entlassung der Zeugin ist nicht mehr Teil der Vernehmung, sondern bildet einen eigenständigen wesentlichen Bestandteil der Hauptverhandlung (BGHSt 55, 87, 92).

## **563. BGH 1 StR 148/13 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **564. BGH 1 StR 171/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013**

Bewilligung von Prozesskostenhilfe; Beistandsbestellung für das Adhäsionsverfahren.

§ 397a StPO; § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO

## **565. BGH 1 StR 185/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Traunstein)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **566. BGH 1 StR 64/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Münster)**

Vollendung der Umsatzsteuerhinterziehung bei Umsatzsteuervoranmeldungen.

§ 370 AO; § 18 Abs. 1 UStG

## **567. BGH 1 StR 66/13 – Beschluss vom 3. Mai 2013 (LG Landshut)**

Strafschärfung auf Grund eines späteren Verhaltens des Angeklagten (Rückschluss auf die abgeurteilte Tat); angemessene Rechtsfolge.

§ 46 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 354 Abs. 1a StPO

## **568. BGH 1 StR 69/13 – Beschluss vom 13. Juni 2013 (LG Landshut)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **569. BGH 1 StR 81/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Anhörungsgrüße.

§ 356a StPO

## **570. BGH 1 StR 557/12 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (BGH)**

Unbehelfliche Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

## **571. BGH 1 StR 563/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG München I)**

Erfolgreiche Rüge der unterlassenen Belehrung über die Rechtsfolgen einer gescheiterten Verständigung; Zulässigkeit der Rüge.

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 344 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 184 GVG

## **572. BGH 1 StR 637/12 – Beschluss vom 3. Mai 2013 (LG Ansbach)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung; Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines Nebenklagedeliktes; besondere Schwere der Schuld).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 56a StGB; § 211 StGB; § 105 JGG

Mit dem Ziel der Annahme eines weiteren Mordmerkmals (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 371), der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld i.S.d. § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 – 5 StR 45/01, BGHR StPO § 400 Abs. 1 Zulässigkeit 12) sowie der Anwendung des allgemeinen Strafrechts statt Jugendstrafrechts (vgl. BGH StraFo 2007, 245) kann das Urteil nicht angefochten werden.

## **573. BGH 2 StR 102/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

## **574. BGH 2 StR 127/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Aachen)**

Unwirksamer Verbindungsbeschluss (unzuständiges Gericht; Heilung durch Nachholung seitens des Revisionsgerichts).

§ 4 StPO; § 6 StPO

## **575. BGH 2 StR 3/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Fulda)**

Nötigungshandlung bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; Gewalt).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**576. BGH 2 StR 39/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Marburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**577. BGH 2 StR 68/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Köln)**

Strafzumessung bei Serienstraftaten (Berücksichtigung weiterer Straftaten nur bei prozessordnungsgemäßer Feststellung).  
§ 46 StGB

**578. BGH 2 StR 157/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Aachen)**

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

**579. BGH 2 StR 406/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Köln)**

Betrug (Vortäuschung einer soliden Immobilienfinanzierung; Verhältnis zur Begünstigung; Beihilfe durch Zusage einer Sicherungshandlung); Vorteilsbegriff der Begünstigung (Unmittelbarkeit; Ersatzvorteile).  
§ 263 StGB; § 27 StGB; § 257 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB

**580. BGH 2 StR 610/12 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Erfurt)**

Strafzumessung bei Mittäterschaft.  
§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**581. BGH 2 StR 634/12 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Trier)**

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

**582. BGH 2 ARs 180/13 2 AR 137/13 – Beschluss vom 21. Mai 2013 (OLG Celle)**

Verfahrensabgabe in einer Strafvollstreckungssache (Rechtsbeschwerde); gemeinsames oberes Gericht im Sinne des § 14 StPO.  
§ 109 StVollzG; § 14 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 3 GVG

**583. BGH 2 ARs 184/13 (2 AR 127/13) – Beschluss vom 23. Mai 2013 (AG Wuppertal; AG Gladbeck)**

Zuständigkeit zu weiteren Entscheidungen im Sinne des § 58 Abs. 1 JGG (Aussetzung einer Jugendstrafe zur Bewährung; sachgerechte Abgabe).  
§ 58 Abs. 1 JGG; § 88 JGG; § 14 StPO

**584. BGH 2 ARs 217/13 (2 AR 149/13) – Beschluss vom 5. Juni 2013 (AG Darmstadt; LG Aachen)**

Verfahrensverbindung (sachlicher Zusammenhang); unwirksamer Verbindungsbeschluss (Erstreckung auf die sachliche Zuständigkeit: Entscheidung durch das gemeinschaftliche obere Gericht anstatt durch Vereinbarung der beteiligten Gerichte).  
§ 3 StPO; § 4 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

**585. BGH 2 ARs 91/13 (2 AR 56/13) – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Offenburg)**

Übertragung der Zuständigkeit; Phishing und Geldwäsche (Leichtfertigkeit); Computerbetrug.  
§ 13a StPO; 7 Abs. 1 StGB; § 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 263a StGB

**586. BGH 2 ARs 223/13 (2 AR 158/13) – Beschluss vom 4. Juni 2013**

Verfahrensverbindung (sachlicher Zusammenhang).  
§ 3 StPO; § 4 StPO

**587. BGH 4 StR 106/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Dessau-Roßlau)**

Konzentrationsmaxime (unzulässige wiederholte Unterbrechung für dreißig Tage; Unmittelbarkeitsgrundsatz; Mündlichkeitsgrundsatz).  
§ 229 Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 337 StPO

**588. BGH 4 StR 143/13 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Hagen)**

Abgrenzung von schwerem Raub und schwerer räuberischer Erpressung (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges durch den Einsatz einer ungeladenen Gaspistole; Verwenden einer Waffe, eines gefährlichen Werkzeuges).  
§ 250 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB

**589. BGH 4 StR 152/13 – Beschluss vom 8. Mai 2013 (LG Dortmund)**

Verfall (Erörterungsmangel hinsichtlich entgegenstehender Ansprüche des Verletzten).  
§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

**590. BGH 4 StR 167/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Arnsberg)**

Revisibilität der unterbliebenen rechtzeitigen Unterrichtung des abwesenden Angeklagten bei der Zeugenvernehmung (Beruhen); Rekonstruktionsverbot bei der Ausschöpfung von Beweismitteln (unterbliebene Beantwortung von Fragen an den Sachverständigen).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 247 Satz 4 StPO; § 337 StPO

**591. BGH 4 StR 184/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Magdeburg)**

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

**592. BGH 4 StR 475/12 – Beschluss vom 7. Mai 2013 (LG Bochum)**

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

**593. BGH 5 StR 581/12 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Lübeck)**

Voraussetzungen des Betruges bei der Erlangung von Rabatten für preisgebundene Medikamente (Vermögensschaden beim Rabattbetrug; Krankenhauspreise und alternative Beschaffungsmöglichkeiten; Mittäterschaft: Darlegungsanforderungen); Abgrenzung Tun und Unterlassen (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Verweisungen auf Selbstleseverfahren; Grenzen der Verständigung (geeignete Fälle; Einstellungen).

§ 263 StGB; § 13 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 78 AMG; § 1 Abs. 3 Nr. 2 AMPPreisV; § 249 StPO; § 257c StPO; § 153 StPO; § 153a StPO

**594. BGH 1 StR 105/13 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Karlsruhe)**

Beleidigung (Strafantragserfordernis; Abgrenzung von der Körperverletzung); Strafmilderung wegen alkoholbedingter Verminderung der Schuldfähigkeit (Milderung bei verschuldeter Trunkenheit: keine verschuldeter Rausch bei Alkoholkrankheit).

§ 185 StGB; § 194 Abs. 1 StGB; § 223 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**595. BGH 1 StR 122/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Sitzungspolizei (Ausschluss von „Nichtstörern“; Rügepräklusion: Zwischenrechtsbehelf; Öffentlichkeitsgrundsatz); Strafzumessung.

§ 176 GVG; § 238 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 1 StGB

**596. BGH 1 StR 137/13 – Beschluss vom 2. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Revisionsseinlegungsfrist: Begründung).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

**597. BGH 1 StR 178/13 – Beschluss vom 6. Mai 2013 (LG Offenburg)**

Vergewaltigung (Täterschaft: eigenhändige Verwirklichung); Anordnung der Jugendstrafe (Voraussetzungen: Schwere der Schuld; Strafzumessung).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

**598. BGH 1 StR 22/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Traunstein)**

Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter: Auffangrechtserwerb des Staates, Feststellung im Urteil); Rückwirkungsverbot (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 73 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StPO

**599. BGH 1 StR 68/13 – Beschluss vom 16. Mai 2013 (LG Bochum)**

Beihilfe zur Steuerhinterziehung.

§ 370 Abs. 1 AO; § 27 Abs. 1 StGB

**600. BGH 5 StR 551/11 – Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Berlin)**

Untreuevorsatz und Vermögensnachteil bei der Übernahme einer existenzgefährdenden Mietgarantie durch Immobilienfonds (überschießende Innentendenz und voluntatives Element des Vorsatzes bei Risikogeschäften: maßgebliche Indizien; Pflichtwidrigkeit und Einverständnis im Konzern: Existenzgefährdung); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Entgrenzungsverbot; Verschleifungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**601. BGH 1 StR 71/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung und Darlegung im Urteil; Gefährlichkeitsprognose: Suizidgefahr des Angeklagten). § 63 StGB

**602. BGH 1 StR 8/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Augsburg)**

BGHSt; Verbreitung kinderpornographischer Schriften (Begriff der kinderpornographischen Schrift: Beschreibung mit Worten, E-Mail; tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen: kein tatsächliches Geschehen bei schriftlicher Schilderung von sexuellen Handlungen; Besitzverschaffung: einzelner Adressat; Übermittlung einer E-Mail; Verhältnis zum Besitz kinderpornographischer Schriften).

§ 184b Abs. 2, Abs. 4 StGB

**603. BGH 1 StR 573/12 – Urteil vom 14. Mai 2013 (LG Mosbach)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Voraussetzungen; Verbindung mit der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 72 StGB

**604. BGH 1 StR 633/12 – Beschluss vom 16. Mai 2013 (BGH)**

Anhörungsrüge (Einlegungsfrist); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung von Verteidigerverschulden: analoge Anwendung der Vorschriften des BVerfGG); Gegenvorstellung.

§ 356a Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG

**605. BGH 2 StR 117/12 – Urteil vom 5. Dezember 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Fälschung von Zahlungskarten und Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Tateinheit: Verhältnis zum späteren Gebrauch und zu damit zusammentreffenden Betrugs-taten); Beihilfe (Tateinheit bei mehreren Beihilfehandlungen und bei mehreren geförderten Taten).

§ 52 Abs. 1 StGB; § 152a Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

**606. BGH 2 StR 14/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Schwerer Raub (schwere körperliche Misshandlung); Mittäterschaft (Mittäterexzess; sukzessive Mittäterschaft).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**607. BGH 2 StR 19/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Kassel)**

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des notwendigen Verteidigers (Abwesenheit während der Vernehmung eines Zeugen); Anordnung des Verfalls (erlangtes Etwas bei Mittätern; entgegenstehende Ansprüche Dritter bei Wertersatzverfall).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 73 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 73a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**608. BGH 2 StR 4/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Darmstadt)**

Beihilfe durch Unterlassen (Garantenstellung aus Ingenieur; Unterlassungsvorsatz).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB

**609. BGH 2 StR 55/12 – Urteil vom 30. Januar 2013 (LG Meiningen)**

Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen: Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs wegen Besorgnis der Befangenheit); Gesamtstrafenbildung (Begründung).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 1 StPO § 26a Abs. 1 StPO; § 53 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

**610. BGH 2 StR 93/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen eines Rauschzustandes bei nicht gesicherten Erkenntnissen über dafür erforderliche Wirkstoffkonzentration: Beweiswürdigung).  
§ 21 StGB; § 261 StPO

**611. BGH 2 StR 504/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Beweisantragsrecht (Zulässigkeit des Beweisantrags über vermutete Tatsachen; Beweisantrag ins Blaue hinein); revisionsrechtliche Rüge eines abgelehnten Beweisantrags (Zulässigkeitsvoraussetzungen); Untreue (Vermögensbetreuungspflicht).  
§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 266 Abs. 1 StGB

**612. BGH 4 StR 109/13 – Urteil vom 23. Mai 2013 (LG Dortmund)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen).  
§ 46a Nr. 1 StGB

**613. BGH 4 StR 121/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Passau)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Voraussetzungen: Angabe des Zeitpunkts, zu dem das Fristwahrungshindernis entfallen ist); Belehrungspflichten (Zeitpunkt; Beschuldigter).  
§ 44 Abs. 1 StPO; § 45 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

**614. BGH 4 StR 165/13 – Beschluss vom 8. Mai 2013 (LG Hamburg)**

Erpresserischer Menschenraub; Aufklärungspflicht des Gerichtes (Verlesung des Protokolls über die Vernehmung im Ermittlungsverfahren bei Nichterscheinen des Zeugens; erfolgreiche Aufklärungsrüge).  
§ 239a Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 251 Abs. 1 StPO

**615. BGH 4 StR 169/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Essen)**

Strafzumessung (polizeiliche Überwachung der Tat als Strafmilderungsgrund; Angabe von Strafmilderungsgründen im Urteil); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 46 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 64 StGB

**616. BGH 4 StR 170/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Bielefeld)**

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines beendeten Versuchs: Rücktrittshorizont, Gleichgültigkeit des Täters, in dubio pro reo); Beweiswürdigung.  
Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB; § 261 StPO

**617. BGH 4 StR 485/12 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Siegen)**

Urteilsbegründung (Darstellung der festgestellten Tatsachen; neuerliche Feststellung bei Aufhebung und Zurückverweisung eines Urteils).  
§ 267 Abs. 1 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

**618. BGH 4 StR 551/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Freiburg)**

Notwehr (Erforderlichkeit: Flucht als grundsätzlich nicht gleich geeignetes Mittel; Rechtfertigung von Eingriffen in Universalrechtsgüter; subjektives Rechtfertigungselement: Kenntnis und Verteidigungswille); Notwehrexzess (subjektive Voraussetzungen); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs; lebensgefährliche Behandlung; subjektive Voraussetzungen); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.  
§ 32 Abs. 1 StGB; § 33 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB; § 315b Abs. 1 StGB

**619. BGH 4 StR 70/13 – Urteil vom 23. Mai 2013 (LG Halle)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Anforderungen an die Begründung; Darlegung von Vorstrafen).  
§ 56 Abs. 1 StGB

Bei der Begründung der Prognoseentscheidung nach § 56 Abs. 1 StGB genügt es die Vorstrafen gestrafft und zusammengefasst darzulegen. Einer Sachverhaltsschilderung oder gar der Darlegung der vom früheren Richter oder Staatsanwalt angestellten Strafzumessungs- bzw. Entscheidungserwägungen bedarf es nur bei der Bildung einer neuen Einheitsjugendstrafe oder einer nachträglichen Gesamtstrafe, ansonsten nur in den wenigen Ausnahmefällen, in denen die früher festgestellten Taten oder Entscheidungserwägungen auch für den jetzigen Tatrichter entscheidungserheblich sind.

**620. BVerfG 2 BvR 85/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2013 (OLG Rostock / LG Stralsund)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Rechtsstaatsprinzip; faires Verfahren; Aussagefreiheit; Belehrung; „Altfälle“; objektiver Verfassungsverstoß); Revision (Verfahrensrüge; Beruhen; konkrete Feststellungen).  
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c Abs. 5 StPO

**621. BVerfG 2 BvR 2392/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Erfurt / AG Erfurt)**

DNA-Analyse (Entnahme von Körperzellen; molekular-genetische Untersuchung; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Abwägung; Einzelfallbetrachtung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Erzie-

hungsgedanke; Stigmatisierung; jugendtypische Verfehlung; „Knutschfleck“).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 81g StPO

**622. BGH 1 StR 232/13 – Beschluss vom 7. Juni 2013 (LG München I)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Zulässigkeitsvoraussetzungen: Angabe des Hinderungsgrunds und des Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernis; Frist).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 1 StPO

**623. BGH 1 StR 469/12 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte (Vorlegungspflicht bei Sprungrevision; Gegenstand der Vorlegungspflicht; Bindung an Beurteilungen des OLG); Störung öffentlicher Betriebe (Begriff der Anlage; Unbrauchbarmachung; Einwirken auf die Sachsubstanz); Sachbeschädigung.

§ 121 Abs. 2 GVG; § 316b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 303 StGB

**624. BGH 1 StR 476/12 – Urteil vom 15. Mai 2013 (LG München I)**

Strafzumessung; Beschränkung der Revision (Trennbarkeit von Wertersatzverfall und erweitertem Verfall).

§ 46 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 344 Abs. 1 StPO

**625. BGH 1 StR 48/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Traunstein)**

BGHSt; Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Abstandsgebot; Auslegung der Übergangsvorschriften des EGStGB; als Jugendlicher zu behandelnder Heranwachsender).

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK; Art. 316f EGStGB; § 7 Abs. 2 aF JGG; § 105 Abs. 1 JGG

**626. BGH 1 StR 626/12 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitgebers); Beihilfe (Tatmehrheit); Absehen von der Aufhebung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; verfassungskonforme Auslegung).

§ 266a StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**627. BGH 2 StR 54/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Mainz)**

Besonders schwerer sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; Mittäterschaft (Exzess des Mittäters).

§ 179 Abs. 7 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**628. BGH 2 StR 558/12 – Urteil vom 8. Mai 2013 (LG Kassel)**

Raub (Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben; Ausnutzen der Angst des Opfers; Verknüpfung von Drohung und Wegnahmehandlung; Finalität); erpresserischer Menschenraub (nachträglich gefasster Erpressungsentschluss; Raub als spezieller Fall der Erpressung); Festsetzung einer einheitlichen Jugendstrafe (Bindung an Wertungen früherer Verurteilungen).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 239a Abs. 1 StGB; § 31 JGG

**629. BGH 2 StR 94/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Koblenz)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).

§ 63 StGB

**630. BGH 2 ARs 227/13 2 AR 156/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013**

Widerruf des Beschlusses über die Reststrafenaussetzung zur Bewährung (örtliche Zuständigkeit; Begriff der Befassung)

§ 462a StPO

**631. BGH 4 StR 111/13 – Beschluss vom 7. Mai 2013 (LG Detmold)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Verschlechterungsverbot (Aufhebung einer Gesamtstrafe).

§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

**632. BGH 4 StR 151/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Essen)**

Recht auf Verteidigung; nemo-tenetur-Grundsatz; Strafzumessung (unzulässiges Anlasten von Verteidigungsverhalten).

Art. 6 Abs. 3 Buchstabe c EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 46 StGB

**633. BGH 4 StR 180/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Bielefeld)**

Mord (Heimtücke; Beweiswürdigung).

§ 211 StGB; § 261 StPO

**634. BGH 4 StR 192/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Magdeburg)**

Verfahrenshindernis der vorläufigen Einstellung.

§ 260 Abs. 3 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**635. BGH 3 StR 35/13 – Beschluss vom 15. April 2013 (LG Koblenz)**

Amtsaufklärungsgrundsatz (Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Vorhandensein eines Geständnisses); rechtsradikale kriminelle Vereinigung (Verhältnis von Gründung und Mitgliedschaft).

§ 129a StGB; § 244 StPO; § 261 StPO

**636. BGH 3 StR 45/13 – Urteil vom 16. Mai 2013 (LG Hildesheim)**

Eingeschränkte Revisibilität der tatrichterlichen Beweiswürdigung; rechtsfehlerfreie Verneinung des bedingten Tötungsvorsatzes bei objektiv lebensbedrohlichen Gewalthandlungen (hier: wuchtige Tritte gegen den Kopf des am Boden liegenden Opfers).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

**637. BGH 3 StR 50/13 – Beschluss vom 30. April 2013**

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

**638. BGH 3 StR 54/13 – Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Rostock)**

Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen mehrerer ver-  
typter Milderungsgründe (hier: beim schweren Raub).  
§ 49 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 23 Abs. 2 StGB;  
§ 21 StGB

**639. BGH 3 StR 59/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013**

Verwerfung der Anhörungsrüge als unzulässig wegen  
fehlender fristgerechter Begründung.  
§ 356a Satz 2 StPO

**640. BGH 3 StR 67/13 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Oldenburg)**

Anforderungen an die Darlegungen in den Urteilsgrün-  
den bei Verurteilung allein aufgrund einer Übereinstim-  
mung von DNA-Merkmalen.  
§ 261 StPO; § 267 StPO

**641. BGH 3 StR 68/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Rostock)**

Keine vollendete Anstiftung bei Kenntnis des Teilneh-  
mers von der Untauglichkeit des Haupttatversuchs  
(Strafgrund der Teilnahme; Nötigung).  
§ 26 StGB; § 240 StGB

**642. BGH 3 StR 80/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Duisburg)**

Computerbetrug (Strukturgleichheit mit dem Betrugs-  
tatbestand; Erfordernis einer unmittelbar vermögens-  
mindernden Wirkung des Datenverarbeitungsvorgangs).  
§ 263a StGB

**643. BGH 3 StR 121/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Düsseldorf)**

Gestaltung der Urteilsgründe (überflüssige Angaben zu  
Vorstrafen; keine wörtliche Wiedergabe von Zeugenaus-  
sagen im Rahmen der Beweiswürdigung).  
§ 267 StPO

**644. BGH 3 StR 144/13 – Beschluss vom 11. Juni 2013 (LG Lüneburg)**

Keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme  
in den Urteilsgründen  
§ 267 StPO

**645. BGH 3 StR 426/12 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Hannover)**

Anforderungen an die Einlegung einer zugunsten des  
Angeklagten eingelegten Revision der Staatsanwaltschaft.  
§ 296 Abs. 2 StPO

**646. BGH 3 StR 437/12 – Beschluss vom 28. Mai 2013**

Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH zum europä-  
ischen Arzneimittelbegriff (Anwendung auf gesundheits-  
schädigend wirkende Stoffe ohne therapeutischen Nut-  
zen).

§ 2 AMG; Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Par-  
laments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaf-  
fung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel  
(ABl. EG Nr. L 311 vom 28. November 2001, S. 67 ff.) in  
der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen  
Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Ände-  
rung der Richtlinie 2001/83/EG (ABl. EG Nr. L 136 vom

30. April 2004, S. 34 ff.) geltenden Fassung gemäß Art.  
267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen  
Union (AEUV)

**647. BGH 3 StR 494/12 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Hildesheim)**

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

**648. BGH 3 StR 526/12 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Schwerin)**

Verwerfung der wirksam zurückgenommenen sofortigen  
Beschwerde; Zuständigkeit beim Antrag auf Wiederein-  
setzung gegen die Versäumung der Revisionsbegrün-  
dungsfrist.  
§ 302 StPO; § 46 StPO

**649. BGH 3 StR 85/13 – Beschluss vom 30. April 2013 (LG Mönchengladbach)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln  
durch Überlassen der Wohnung (Erforderlichkeit der  
Kenntnis vom Nutzungszweck im Zeitpunkt der Überlas-  
sung; keine Garantenpflicht des Wohnungsinhabers;  
Voraussetzungen der „psychischen Hilfe“).  
§ 27 StGB; § 29 BtMG

**650. BGH 5 StR 83/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung  
(Anforderungen an die Berücksichtigung einer einheitli-  
chen Jugendstrafe als Vorverurteilung); strikte Verhält-  
nismäßigkeit.  
§ 66 StGB

**651. BGH 5 StR 113/13 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (rauschbedingte Vor-  
gehensweise bei der Tat; unzutreffende Ermittlung des  
Alkoholisierungsgrades; Voraussetzungen für die Einbe-  
ziehung generalpräventiver Aspekte).  
§ 46 StGB

**652. BGH 5 StR 123/13 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Leipzig)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (Anforderungen an die  
Beweiswürdigung bei kritischer Beweislage).  
§ 261 StPO

**653. BGH 5 StR 124/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Kiel)**

Einschränkende Auslegung der besonders schweren  
Brandstiftung (Erforderlichkeit einer erheblichen Er-  
schwerung des Verhinderns der Brandlöschung); einge-  
schränkte Revisibilität der Beweiswürdigung.  
§ 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

**654. BGH 5 StR 129/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Bautzen)**

Tötung aufgrund der Abwendung der Partnerin vom  
Täter als niedrige Beweggründe (Anforderungen an die  
Einhaltung des trichterlichen Beurteilungsspielraums;  
subjektive Voraussetzungen des Mordmerkmals); Siche-  
rungsverwahrung (Anwendung der Regeln der „Weiter-  
geltungsanordnung“ auf Altfälle).

§ 211 StGB; § 66 StGB

**655. BGH 5 StR 130/13 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Dresden)**

BGHSt; Schleusungstatbestände des Aufenthaltsstrafrechts (Verhältnis zum ggf. täterschaftlichen eigenen Machen falscher Angaben des Schleusers); Vollendung und Beendigung beim Machen unrichtiger Angaben; Verjährung bei der Bestechlichkeit.

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 78 StGB; § 332 StGB

**656. BGH 5 StR 135/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Berlin)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Betäubungsmittelstrafrecht bei Kurieren (sog. „Läufer“; i.d.R. keine Täterschaft bei auf Transport und Übergabe des Rauschgiftes und Entgegennahme des Geldes beschränkter Tätigkeit); erforderlicher Umfang der Einnahmequelle bei Gewerbsmäßigkeit.

§ 29 BtMG

**657. BGH 5 StR 139/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Berlin)**

Strafrahmenverschiebungen als Gegenstand von Verfahrensabsprachen (Auswirkungen der „Deal-Entscheidung“ des BVerfG).

§ 257c StPO

**658. BGH 5 StR 93/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Lübeck)**

Rechtsfehlerhafte Bemessung der Einzelstrafe beim erpresserischen Menschenraub (fehlende strafscharfende Berücksichtigung erheblicher Angstzustände der Opfer).

§ 239a StGB; § 46 StGB

**659. BGH 5 StR 143/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Bautzen)**

Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit (Erforderlichkeit der Einfügung der Beweistatsache in das bisher gewonnene Beweisergebnis; Verbot von Widersprüchen zu den Ablehnungsgründen im Urteil); Umfang der Wiedergabe von Zeugenaussagen im Urteil.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 267 StPO

**660. BGH 5 StR 144/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Potsdam)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (fehlende Feststellung der subjektiven Tatseite hinsichtlich der Unterschreitung der Schutzaltersgrenze).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

**661. BGH 5 StR 146/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Cottbus)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafrahmenmilderung (keine vorwerfbare Trunkenheit bei Vorhandensein eines Hangs).

§ 21 StGB; § 49 StGB

**662. BGH 5 StR 147/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Frankfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**663. BGH 5 StR 148/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Frankfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**664. BGH 5 StR 151/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Berlin)**

Absolute Verfolgungsverjährung bei der gefährlichen Körperverletzung.

§ 78c Abs. 3 Satz 2 StGB; § 224 StGB

**665. BGH 5 StR 157/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Saarbrücken)**

Unzureichende Beweismäßigkeit (besondere Anforderungen bei spät und nicht unabhängig voneinander erfolgten Offenbarungen und Aussageunstimmigkeiten).

§ 261 StPO

**666. BGH 5 StR 163/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Hamburg)**

Sicherungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; nicht ausreichend nachvollziehbare Darlegung der Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit in den Urteilsgründen (hier: aufgrund einer paranoiden Schizophrenie).

§ 20 StGB; § 63 StGB

**667. BGH 5 StR 171/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Hamburg)**

Verfahrenseinstellung wegen Tod des Angeklagten.

§ 206a StPO

**668. BGH 5 StR 174/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Saarbrücken)**

Widerspruch zwischen Strafhöhe im Tenor und in den Urteilsgründen (Abgrenzung zu Schreibversehen; Maßgeblichkeit der tenorierten Strafe für die Anwendung des Verschlechterungsverbots; keine Fehleridentität zugunsten von Mitangeklagten)

§ 260 StPO; § 267 StPO; § 357 StPO; § 358 StPO

**669. BGH 5 StR 180/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Berlin)**

Fehlen ausreichender Feststellungen zu einer Krebserkrankung des Angeklagten als möglicher bestimmender Strafzumessungsgrund.

§ 46 StGB

**670. BGH 5 StR 182/13 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**671. BGH 5 StR 184/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerfreie Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Kuriertätigkeit; Strafrahmenwahl; milde Strafe trotz hohen Wirkstoffgehalts).

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 46 StGB; § 27 StGB; § 49 StGB; § 56 StGB

**672. BGH 5 StR 191/13 – Beschluss vom 10. Juni 2013 (LG Görlitz)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung hinsichtlich der Täterschaft (hier: bzgl. des Handelns mit Betäubungsmitteln) bei Bekundungen durch Zeugen vom Hörensagen (Notwendigkeit der Bestätigung der Bekundungen durch andere wichtige Gesichtspunkte).  
§ 261 StPO; § 29 BtMG

**673. BGH 5 StR 196/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (fehlende Berücksichtigung eines möglichen Falschbelastungsmotivs bei den Belastungszeugen).  
§ 261 StPO

**674. BGH 5 StR 203/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Leipzig)**

Rechtsfehlerhafter Ausschluss der erheblichen Minderung der Schuldfähigkeit (unzutreffende Verneinung greifbarer Anhaltspunkte für einen Rauschzustand; Gruppendynamik als unzureichendes Erklärungsmodell für schwerste Gewalttätigkeiten).  
§ 21 StGB

**675. BGH 5 StR 207/13 (alt: 5 StR 256/12) – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Potsdam)**

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

**676. BGH 5 StR 227/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Hamburg)**

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

**677. BGH 5 StR 239/13 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Braunschweig)**

Lückenhafte Beweiswürdigung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellation (fehlende Einbeziehung aller Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können).  
§ 261 StPO

**678. BGH 5 StR 246/13 (alt: 5 StR 174/12) – Beschluss vom 11. Juni 2013 (LG Saarbrücken)**

Beweiswürdigung in „Aussage gegen Aussage-Konstellationen“ (unzureichende Befassung mit Aussagenentstehung und Aussageverhalten; unzulängliche Erörterung möglicher Falschbelastungsmotive).  
§ 261 StPO

**679. BGH 5 StR 309/12 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Potsdam)**

Nachteilsfeststellung bei der Untreue (Erfordernis eigenständiger Feststellungen; Verschleifungsverbot; schadensgleiche Vermögensgefährdung aufgrund drohender Inanspruchnahme aus Lohn- und Gehaltsforderungen bei Betriebsübergang); Insolvenzverschleppung; Bankrott; Anstiftung (omnimodo facturus).  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15a InsO; § 283 StGB; § 26 StGB; § 613a BGB

**680. BGH 5 StR 567/12 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Neuruppin)**

Mangelnde Erforderlichkeit zur Einholung eines Sachverständigengutachtens hinsichtlich der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten im Revisionsverfahren.  
§ 205 StPO

**681. BGH 5 StR 593/12 – Urteil vom 24. April 2013 (LG Dresden)**

Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; schwere Gewalt- und Sexualdelikte; Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Gefahr der Begehung von Taten des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen).  
§ 66 StGB; § 179 StGB

**682. BGH 5 StR 610/12 – Urteil vom 23. April 2013 (LG Berlin)**

Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; Gefahr der Begehung schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten; überspannte Anforderungen an die Prüfung der strikten Verhältnismäßigkeit; zunehmendes Alter des Täters als möglicher protektiver Faktor bei der Gefährlichkeitsprognose).  
§ 66 StGB

**683. BGH 5 StR 617/12 – Urteil vom 23. April 2013 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung der Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeit; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten).  
§ 66 StGB; § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**684. BGH 5 StR 646/12 – Urteil vom 15. Mai 2013 (LG Itzehoe)**

Besonders schwere Brandstiftung (Ermöglichungsabsicht); Unzulässigkeit der Aufklärungsrüge (unterlassene Vernehmung vorbefasster Verfahrensbeteiligter hinsichtlich ehemals abgegebener Geständnisse; unzureichende Angaben der Beschwerdeführerin in der Revisionsbegründung).  
§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**685. BGH 5 StR 647/12 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Berlin)**

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

**686. BGH 5 StR 648/12 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Dresden)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO