

**SCHRIFTLEITUNG**

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.  
Strafrecht und Strafprozessrecht  
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-  
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

**REDAKTION**

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Dr. Ulf Buermeyer; Prof. Dr.

Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann;

RA Dr. Stephan Schlegel

**STÄNDIGE MITARBEITER**

Christoph Henckel (Redaktionsassis-  
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,  
Univ. Passau; Akad. Rat Dr. Christoph  
Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof.  
Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Lu-  
zern); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M.,  
Univ. Frankfurt; Dr. Antje du Bois-  
Pedain, MJur (Oxon), (Univ.  
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-  
sczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans  
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);  
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),  
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer  
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus  
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-  
stahl, mag. iur. (Tsambikakis & Part-  
ner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger  
(Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schil-  
ling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Chris-  
toph Sowada (Univ. Greifswald); RA  
Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und  
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.  
Basel)

**Publikationen**

RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Erinnerungsverlust der Urkunds-  
person – ein revisionsrechtliches Problem** Anm. zu BGH HRRS 2014  
Nr. 912 S. 64

Wiss. Mit. Dr. *Peter Kasiske*, LMU München – **Polizeiliche Vernehmung  
ohne Pflichtverteidiger statt unverzüglicher Vorführung vor den  
Hafttrichter** Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 1114 S. 69

StA *Jan Dehne-Niemann*, Schwetzingen – **Was bedeutet die Rechtspre-  
chungsänderung des BGH „zum Absatzerfolg“ für die  
Absatzhilfe?** S. 72

Wiss. Mit. *Georg Köpferl*, LMU München – **Zu Rechtsgut und Tatbe-  
standsvoraussetzungen der Verletzung der Fürsorge- und Erzie-  
hungspflicht** S. 81

**Entscheidungen**

BVerfG **Rechtsfolgen der Tatprovokation durch Lockspitzel**

BVerfG **Ablehnung einer Auslieferung an die USA**

BGHSt **Zulassungsbescheinigung Teil II keine öffentliche Urkunde**

BGHSt **Schwere körperliche Misshandlung von Kindern**

BGHSt **Keine Anwendung des § 46a Nr. 1 StGB auf § 315b StGB**

BGHSt **Voraussetzungen des § 111i II StPO**

BGHSt **Keine Kfz-Führung durch passiven Fahrlehrer**

BGH **Mangelndes Beruhen auf ausgebliebener Negativ-  
mitteilung**

BGH **Vorsatzausschließender Irrtum beim Abrechnungsbetrug**

BGH **Anfrageverfahren zur Auslegung des § 252 StPO**

Die Ausgabe umfasst 87 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. 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); Akad. Rat Dr. Christoph Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; Prof. Dr. Diethelm Kleczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

16. Jahrgang, Februar 2015, Ausgabe **2**

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

### **85. BVerfG 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (BGH / LG Berlin)**

Tatprovokation durch polizeilichen Lockspitzel; Einfuhr und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Rechtsstaatsprinzip (Recht auf ein faires Verfahren; Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege; polizeiliche Vertrauensperson; Verfahrenshindernis nur in Ausnahmefällen; Kompensation auf der Ebene der Strafzumessung als Regelfall; konkrete Bezifferung des Strafnachlasses); konventionsfreundliche Gesetzesauslegung (Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR; Fairnessgebot; Unzulässigkeit der Verfahrensdurchführung; Beweisverwer-

tungsverbot; Vereinbarkeit der Strafzumessungslösung mit Konventionsrecht).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 152 Abs. 1 GVG

1. Das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren ist verletzt, wenn das Strafverfahrensrecht in einer Weise ausgelegt oder angewendet worden ist, bei der rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist.

2. Im Rahmen der insoweit gebotenen Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Straf-

rechtspflege in den Blick zu nehmen, weil der Rechtsstaat sich nur verwirklichen kann, wenn Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.

3. Die Mitwirkung eines polizeilichen Lockspitzels bei der Überführung eines Straftäters ist daher regelmäßig nicht geeignet, die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegen einen Beschuldigten zu hindern. Allenfalls in extrem gelagerten Ausnahmefällen kann aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis hergeleitet werden.

4. Ein solcher Extremfall liegt allerdings nahe, wenn eine mit einer Legende als Heroinhändler ausgestattete polizeiliche Vertrauensperson einen Beschuldigten derart nachhaltig zur Tatbegehung drängt und der Staat derart umfassende Unterstützung bei der Tatvorbereitung leistet (hier: betreffend Einfuhr und Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge), dass Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe nicht mehr sichergestellt sind.

5. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es sich bei dem zur Tat verleiteten Beschuldigten um einen gänzlich Unverdächtigen handelt, dessen Verhalten sich ausschließlich im Rahmen der Vorgaben der Ermittlungsbehörden bewegt. Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn die Vertrauensperson den Beschuldigten bedroht oder eine besondere Notlage des Beschuldigten ausnutzt, so dass dieser sich nicht mehr selbstverantwortlich zur Tatbegehung entschließt, sondern Objekt staatlichen Handelns ist.

6. Sind die besonderen Voraussetzungen für die Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht erfüllt, so ist eine Verurteilung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die rechtsstaatswidrige Tatprovokation auf der Ebene der Strafzumessung ausreichend kompensiert worden ist.

7. Abweichendes folgt im Ergebnis nicht aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, an die die Gerichte bei der Gesetzesauslegung und -anwendung gebunden sind. Zwar erörtert der Gerichtshof die Tatprovokation unter den Aspekten der Zulässigkeit der Verfahrensdurchführung und der Beweisverwertung. Jedoch überlässt er es den nationalen Gerichten, wie die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK in die nationalen Strafrechtssysteme zu integrieren sind und bewertet nur, ob das Verfahren als Ganzes, einschließlich der Beweisaufnahme, dem Fairnessgebot genügt.

8. Die Strafzumessungslösung genügt den konventionsrechtlichen Anforderungen jedenfalls dann, wenn sich Tat- und Revisionsgericht mit den konkreten Umständen der Tatprovokation auseinandersetzen, einen Verstoß gegen Konventionsrecht ausdrücklich feststellen, bei der Beweiswürdigung nicht entscheidend auf die Angaben der polizeilichen Vertrauensperson abstellen und im Rahmen der Strafzumessung einen erheblichen, konkret bezifferten Strafnachlass gewähren.

**87. BVerfG 2 BvR 1820/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. November 2014 (OLG Frankfurt am Main)**

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; türkischer Staatsangehöriger; Angriff auf Computernetzwerke von Finanzdienstleistern; Willkürmaßstab; Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit; Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen; Gebot der Verhältnismäßigkeit als unabdingbarer verfassungsrechtlicher Grundsatz; grundsätzliche Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen; Begründungsanforderungen an eine Auslieferungsentcheidung; einzelfallbezogene Bestimmung der zu erwartenden Strafe; Möglichkeit, die Freiheit wiederzuerlangen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; § 129 Abs. 1 StGB; § 202a StGB; § 263a StGB; § 73 Satz 1 IRG; Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsv-USA

1. Entscheidungen über die Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung unterliegen der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung dahingehend, ob die Rechtsanwendung oder das dazu eingeschlagene Verfahren unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar und damit willkürlich ist.

2. Im Auslieferungsverfahren gilt der Grundsatz der Amtsaufklärung. Behörden und Gerichte müssen sich vergewissern, dass die Auslieferung und die ihr zugrunde liegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar sind.

3. Die dem Auszuliefernden drohende Strafe darf nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein. Zu den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen zählt außerdem das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Den zuständigen Organen der Bundesrepublik Deutschland ist es verwehrt, einen Verfolgten auszuliefern, wenn die Strafe, die ihm im ersuchenden Staat droht, unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen und damit unerträglich hart erscheint.

4. Allerdings geht das Grundgesetz von der Eingliederung Deutschlands in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft aus, so dass es geboten ist, im Rechtshilfeverkehr die Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen.

5. Die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Auslieferung muss erkennen lassen, dass das Gericht die Vereinbarkeit der Auslieferung mit den verfassungsrechtlichen Mindeststandards sorgfältig geprüft hat. Dabei erhöhen sich die Anforderungen an die Begründung mit dem Ausmaß des drohenden Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen. Dies erfordert in jedem Fall einen Vergleich der jeweiligen Straferwartung, bei dem die Besonderheiten des Einzelfalles ebenso zu berücksichti-

gen sind wie die zu erwartenden Umstände der Strafvollstreckung, des Strafvollzuges und einer möglichen Straf- aussetzung.

6. Die Entscheidung über eine Auslieferung – hier: eines türkischen Staatsangehörigen an die Vereinigten Staaten unter anderem wegen „Verschwörung“ zum Angriff auf Computernetzwerke von Finanzdienstleistern – ist nicht ausreichend begründet, wenn sie sich hinsichtlich der drohenden Strafe auf die spekulative Behauptung beschränkt, sämtliche Anklagevorwürfe seien einander hinreichend ähnlich, so dass nach amerikanischem Recht nur eine Verurteilung auf der Grundlage einer einzelnen Strafvorschrift in Betracht komme.

7. Die Bezugnahme auf einen – zumal andere Tatvorwürfe betreffenden – Vergleichsfall, in dem zur Frage der Straferwartung eine Stellungnahme der US-amerikanischen Behörden eingeholt worden war, ersetzt nicht die auf den konkreten Einzelfall bezogene Auseinandersetzung mit der zu erwartenden Strafe und der Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung. Dies gilt insbesondere angesichts von Verurteilungen in den USA, die dem Ziel dienen, Straftäter dauerhaft aus der Gesellschaft zu entfernen.

**89. BVerfG 2 BvR 2774/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. November 2014 (Brandenburgisches OLG)**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Abwägung im Einzelfall; Gefährlichkeitsprognose; „rechtliche Fehleinweisung“; Überschreitung von Überprüfungsfristen); Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 67e Abs. 2 StGB; § 37 BbgPsychKG

1. Es ist verfassungsrechtlich zulässig, die Vorschrift über die Erledigung der Unterbringung bei Wegfall ihrer Voraussetzungen (§ 67d Abs. 6 StGB) in Fällen nicht anzuwenden, in denen sich herausstellt, dass die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt nicht vermindert war, so dass die Voraussetzungen für eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus von Anfang an nicht erfüllt gewesen wären („rechtliche Fehleinweisung“).

2. In diesen Fällen hat die Strafvollstreckungskammer jedoch im Rahmen der Prüfung der Aussetzungsreife nach § 67d Abs. 2 StGB zu erörtern, ob der Betroffene in der Lage ist, das Unrecht möglicher künftiger Taten einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. In diesem Zusammenhang muss sie sich mit dem Gutachten eines Sachverständigen auseinandersetzen, wenn dieser zu dem Ergebnis gelangt, dass die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Betroffenen zur Tatzeit nicht beeinträchtigt war.

3. Die Vorschriften über die regelmäßige Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung dienen der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die

Missachtung von Verfahrensvorschriften, insbesondere der gesetzlich vorgesehenen Überprüfungsfristen, kann einen Grundrechtsverstoß darstellen, wenn sie auf einer grundsätzlichen Fehlhaltung gegenüber dem das Freiheitsgrundrecht sichernden Verfahrensrecht beruht. Die Gründe für eine Fristüberschreitung sind in der Fortdauerentscheidung darzulegen.

4. Die Bedeutung der Jahresfrist nach § 67e Abs. 2 StGB ist grundlegend verkannt, wenn das Gericht nur darauf abstellt, bei der Anhörung des Untergebrachten und der mündlichen Beschlussfassung sei die Frist noch nicht abgelaufen gewesen, ohne zu bedenken, dass der Betroffene erst bei Zustellung der schriftlichen Beschlusgründe in der Lage ist, über seine weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten zu entscheiden.

5. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht auch dann fort, wenn die angegriffene Entscheidung nicht mehr die aktuelle Grundlage der Unterbringung bildet, weil zwischenzeitlich eine erneute Fortdauerentscheidung ergangen ist.

6. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der besonderen Verfahrensgarantien nach Art. 104 Abs. 2 bis Abs. 4 GG eingeschränkt werden. Eine Einschränkung kommt außerdem nur aus besonders gewichtigen Gründen in Betracht, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

7. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden gerichtlichen Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben müssen, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht.

8. Bei der Prüfung der Aussetzungsreife einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die von dem Täter ausgehende Gefahr zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.

9. Zu verlangen ist eine einzelfallbezogene Konkretisierung der Art und des Grades der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten, die von dem Untergebrachten drohen. Dabei ist auf das frühere Verhalten des Untergebrachten, die von ihm bislang begangenen Taten, die seit Anordnung der Maßregel eingetretenen Umstände, den Zustand des Untergebrachten sowie seine künftig zu erwartenden Lebensumstände abzustellen.

**86. BVerfG 2 BvR 713/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. November 2014 (Brandenburgisches OLG / LG Frankfurt (Oder))**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; ausreichende Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Gefährlichkeitsprognose; Sachverständigengutachten; Verhältnismäßigkeit einer Fortdauerentscheidung bei fehlenden Behandlungsaussichten; Heilungsaussichten; mangelnde Therapiebereitschaft); Garantie des gesetzlichen Richters (Gewähr der Neutralität und Unparteilichkeit; abschließender Charakter der gesetzlichen Ausschließungsgründe).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 23 StPO; § 24 StPO

1. Die Maßstäbe des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG sind nicht verletzt, wenn sich die Gefährlichkeitsprognose auf das Gutachten eines Sachverständigen stützt, das sich intensiv mit der Person des Beschwerdeführers, seinen eigenen Angaben in mehreren Explorationsgesprächen, dem Verlauf der Unterbringung und den sonstigen die Person des Beschwerdeführers betreffenden Umständen auseinandersetzt und dem sich das Gericht nach eigener Prüfung angeschlossen hat.

2. Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kann es auch darauf ankommen, inwieweit bei dem Untergebrachten Heilungsaussichten bestehen. Ob bei Fehlen jeglicher Behandlungsmöglichkeit die Fortdauer einer Unterbringung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, kann offenbleiben. Die Fortdauerentscheidung ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn gefahrenreduzierende Behandlungsmöglichkeiten verbleiben, denen lediglich eine mangelnde Therapiebereitschaft des Untergebrachten entgegensteht.

3. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der besonderen Verfahrensgarantien nach Art. 104 Abs. 2 bis Abs. 4 GG eingeschränkt werden. Eine Einschränkung kommt außerdem nur aus besonders gewichtigen Gründen in Betracht, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

2. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden gerichtlichen Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben müssen, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht.

3. Der mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht Anordnung und Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Bei Entscheidungen über die Aussetzung der Maßregelvollstreckung ist ihm dadurch Rechnung zu tragen,

dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Untergebrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und einzelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden.

4. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Untergebrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen. Ausreichend sind nur erhebliche rechtswidrige Taten.

5. Diese Maßstäbe sind nicht verletzt, wenn sich die Gefährlichkeitsprognose auf das Gutachten eines Sachverständigen stützt, das sich intensiv mit der Person des Beschwerdeführers, seinen eigenen Angaben in mehreren Explorationsgesprächen, dem Verlauf der Unterbringung und den sonstigen die Person des Beschwerdeführers betreffenden Umständen auseinandersetzt und dem sich das Gericht nach eigener Prüfung angeschlossen hat.

6. Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kann es auch darauf ankommen, inwieweit bei dem Untergebrachten Heilungsaussichten bestehen. Ob bei Fehlen jeglicher Behandlungsmöglichkeit die Fortdauer einer Unterbringung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, kann offenbleiben. Die Fortdauerentscheidung ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn gefahrenreduzierende Behandlungsmöglichkeiten verbleiben, denen lediglich eine mangelnde Therapiebereitschaft des Untergebrachten entgegensteht.

7. Zur Garantie des gesetzlichen Richters gehört die Gewähr, nicht vor einem Richter zu stehen, dem es an der gebotenen Neutralität mangelt. Der Katalog der Ausschließungsgründe wegen einer Vorbefassung des Richters (§ 23 StPO) ist insoweit jedoch als abschließend anzusehen.

**88. BVerfG 2 BvR 2419/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Kiel / AG Kiel)**

Durchsuchung bei einem zahnärztlichen Gutachter wegen des Verdachts des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse (Anforderungen an den Tatverdacht; Anfangsverdacht und bloße Vermutungen; keine Abänderung des Verdachts im Beschwerdeverfahren nach Vollzug der Durchsuchung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 278 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Die verfassungsrechtliche Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung stellt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen unter einen besonderen grundrechtlichen Schutz. Dieser erstreckt sich auch auf geschäftlich genutzte Räume, die nicht allgemein zugänglich sind.

2. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung ist der (Anfangs-)Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Der Verdacht muss auf konkreten Tat-

sachen beruhen und über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen.

3. Der dem Durchsuchungsbeschluss zugrunde liegende Tatvorwurf darf nach Vollzug der Durchsuchung im Beschwerdeverfahren nicht mehr abgeändert werden.

4. Dem mit einer Durchsuchung verbundenen erheblichen Grundrechtseingriff entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das bei Durchsuchungen bei Berufsgheimnisträgern noch erhöht ist. Demgemäß muss die Durchsuchung zur Ermittlung und Verfolgung der vor-

geworfenen Tat erforderlich und mit Blick auf den verfolgten gesetzlichen Zweck erfolversprechend sein und in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der vorgeworfenen Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

5. Diese Maßstäbe sind nicht verletzt, wenn in einem Ermittlungsverfahren gegen einen zahnärztlichen Gutachter wegen des Verdachts des Erstellens eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses durch ein Gegengutachten Unstimmigkeiten und Fehler des Gutachtens festgestellt worden sind, die über denkbare wissenschaftliche Meinungsunterschiede hinausgehen und ein Handeln wider besseres Wissen nahe legen.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**136. BGH 4 StR 556/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Essen)**

Konkurrenzen unter den Brandstiftungsdelikten (fahrlässige Brandstiftung; vorsätzliche schwere Brandstiftung; Gefahr einer Gesundheitsschädigung).  
§ 306d Abs. 1 2. Alternative StGB; § 306a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 52 StGB

Die fahrlässige Brandstiftung nach § 306d Abs. 1 2. Alternative i.V.m. § 306a Abs. 2 StGB wird nicht von der vorsätzlichen schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 StGB verdrängt. Es kann auch Tateinheit zwischen der schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 und derjenigen nach § 306a Abs. 2 StGB gegeben sein.

Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**91. BGH 1 StR 31/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG München II)**

BGHSt; Falschbeurkundung im Amt (Begriff der öffentlichen Urkunde: Umfang des öffentlichen Glaubens, strenger Maßstab; Zulassungsbescheinigung Teil II).  
§ 348 Abs. 1 StGB

1. Die Zulassungsbescheinigung Teil II ist hinsichtlich der darin enthaltenen Angaben zur Person keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 348 StGB. Sie beweist weder zu öffentlichem Glauben, dass die Eintragungen zur Person richtig sind, noch dass die eingetragene Person Verfügungsberechtigter oder Halter des Fahrzeugs ist, auf das sich die Zulassungsbescheinigung bezieht. (BGHSt)

2. Der Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne von § 348 StGB umfasst nur solche Urkunden, die bestimmt

und geeignet sind, Beweis für und gegen jedermann zu erbringen (vgl. BGHSt 22, 201, 203). Dabei erfasst auch bei einer öffentlichen Urkunde die Strafbewehrung in § 348 StGB nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen und Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d.h. die volle Beweiswirkung für und gegen jedermann, erstreckt. Welche Angaben dies im Einzelnen sind, ist, wenn es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, mittelbar den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, die für die Errichtung und den Zweck einer Urkunde maßgeblich sind (vgl. BGHSt 53, 34). (Bearbeiter)

3. Der erhöhten Beweiskraft unterliegen insbesondere diejenigen Tatsachen, deren Angabe gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist, in der Regel dagegen nicht solche Tatsachen, die weder nach dem Gesetz noch nach anderen Vorschriften zwingend anzugeben sind und deren unwahre Kundgabe die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt (vgl. BGHSt 44, 186). (Bearbeiter)

4. Fehlt es an einer klaren Bestimmung der Reichweite der Beweiskraft durch den Gesetzgeber, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung neben dem Beurkundungsinhalt als solchem das Verfahren und die Umstände des Beurkundungsvorgangs sowie die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit der Beurkundung zu überprüfen, in den Blick zu nehmen; auch ist die Anschauung des Rechtsverkehrs zu beachten. Die den öffentlichen Glauben legitimierende erhöhte Beweiskraft kann auf den eigenen Wahrnehmungsmöglichkeiten des die Urkunde ausstellenden Amtsträgers beruhen (vgl. BGH wistra 1996, 142). Sie kann sich für den Urkundenaussteller aber auch aus den im Verfahren vorzulegenden Bescheinigungen anderer Stellen mit erhöhter Richtigkeitsgewähr ergeben (vgl. BGHSt 53, 34). Kann der Amtsträger hingegen die Richtigkeit der Angabe nicht überprüfen, fehlt ihm regelmäßig auch der Wille, die entsprechende Tatsache zu öffentlichem Glauben zu beurkunden (vgl. BGH NJW 1996, 470). (Bearbeiter)

5. Jedenfalls ist bei der Prüfung, ob einer Tatsache, die in einer von einer Verwaltungsbehörde ausgestellten Urkunde enthalten ist, die besondere Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zukommt, ein strenger Maßstab anzulegen. Eine Beweiskraft für und gegen jedermann kann nur dann angenommen werden, wenn kein Zweifel besteht, dass dies unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht (vgl. BGHSt 22, 201, 203). (Bearbeiter)

#### **159. BGH 5 StR 422/14 – Urteil vom 9. Dezember 2014 (LG Berlin)**

BGHSt; schmerzhafte anale Penetrationshandlungen gegenüber Kindern als schwere körperliche Misshandlung.

§ 176a Abs. 5 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a StGB

1. Schmerzhafte anale Penetrationshandlungen gegenüber Kindern können eine körperlich schwere Misshandlung (§ 176a Abs. 5, § 177 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a StGB) darstellen. (BGHSt)

2. Der Senat verkennt nicht, dass namentlich anale Penetrationen bei Kindern auf dieser Basis nicht selten den Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 5 StGB (§ 177 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a StGB) erfüllen werden. Er sieht jedoch keinen Grund, solche schwerwiegenden Taten nicht der verschärften Strafdrohung zu unterwerfen. Denn die Verursachung beträchtlicher Schmerzen ist nicht ohne Weiteres regelmäßige und damit vom Tatbestand des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB (§ 177 Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 1 StGB) abschließend umfasste Begleiterscheinung der darin bezeichneten Tathandlungen. Dass eine Privilegierung schon für sich genommen äußerst schmerzhafter Sexualhandlungen gegenüber sonstigen körperlichen Misshandlungen wie etwa heftigen und mit Schmerzen verbundenen Schlägen vom Gesetzgeber intendiert gewesen sein könnte, liegt im Übrigen nicht nahe. (Bearbeiter)

#### **106. BGH 4 StR 342/14 – Beschluss vom 3. Dezember 2014 (LG Essen)**

Besitzverschaffung an kinderpornographischen Schriften (Begriff der kinderpornographischen Schrift; Tateinheit bei Empfang mehrerer Bilddateien über das Internet).

§ 184g Abs. 4 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1. Nicht jede Aufnahme des nackten Körpers oder des Geschlechtsteils eines Kindes ist Kinderpornografie im Sinne des § 184b Abs. 1 StGB. Tatobjekte sind nur pornografische Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern zum Gegenstand haben.

2. Zu den sexuellen „Handlungen“ von Kindern gehört zwar nach der Neufassung des Gesetzes durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31. Oktober 2008 (BGBl. I 2008, S. 2149) auch ein Posieren in sexualbetonter Körperhaltung (vgl. BGH NStZ 2014, 220, 221). Voraussetzung ist aber, dass die von dem Kind eingenommene Körperposition objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweist (vgl. BGH NStZ 2009, 29). Körperpositionen, die sich bei einem Handlungsablauf ohne eindeutigen Sexualbezug (z.B. Körperpflege, An- oder Umkleiden, Sport, Spiel etc.) naturgemäß ergeben sind auch dann keine sexuellen Handlungen von Kindern im Sinne von § 184b Abs. 1 StGB in der derzeitigen Fassung, wenn sie für Bildaufnahmen zu pornografischen Zwecken ausgenutzt werden.

3. Bei der Übersendung und dem Empfang mehrerer kinderpornografischer Bild- oder Videodateien über das Internet liegt nur eine Tat im materiell-rechtlichen Sinn vor, wenn der Täter mehrere Dateien während eines einheitlichen Kommunikationsvorganges herunterlädt oder versendet (vgl. BGH NStZ 2009, 208). Lassen sich dazu keine eindeutigen Feststellungen treffen, ist das Geschehen nach dem Zweifelsgrundsatz als eine Tat im materiell-rechtlichen Sinn zu beurteilen (vgl. BGH NStZ 1983, 364, 365).

#### **95. BGH 2 StR 186/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Darmstadt)**

Unerlaubtes bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff der Bande; Begriff des Handeltreibens: Weiterbeförderung von Rauschgifterlösen an Hintermänner).

§ 30a Abs. 1 BtMG

1. Nicht jeder Beteiligte an einer Bandentat ist hierdurch schon Bandenmitglied; Bandenmitgliedschaft und Beteiligung an Bandentaten sind unabhängig voneinander zu beurteilen.

2. Die bloße Weiterbeförderung von Rauschgifterlösen an Hintermänner gehört nicht ohne Weiteres zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, mögen diese auch – als Lieferanten der Letztverkäufer – ihrerseits Ansprüche gegen diese haben. Dies ist nur dann anders, wenn der Weiterbeförderer mittäterschaftlich in ein eingespieltes Bezugs- und Vertriebssystem eingebunden ist und die Beförderung des Geldes in diesem Rahmen erfolgt (vgl. BGH StV 1992, 161).

**97. BGH 2 StR 54/14 – Urteil vom 26. November 2014 (LG Frankfurt a.M.)**

Bedingter Tötungsvorsatz (umfassende Gesamtwürdigung durch Tatrichter).

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

Bedingt vorsätzlich handelt, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wis-

senselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Bei der Prüfung, ob ein bedingter Tötungsvorsatz festzustellen ist, hat das Tatgericht eine umfassende Gesamtwürdigung der objektiven und subjektiven Tatumstände vorzunehmen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 341, 342). Beide Vorsatzelemente müssen zudem durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (vgl. BGH NStZ 2012, 443, 444).

## Rechtsprechung

**III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht****102. BGH 4 StR 213/14 – Urteil vom 4. Dezember 2014 (LG Coburg)**

BGHSt; Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen; Anwendbarkeit auf Delikte, die Allgemeinrechtsgüter schützen); Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (geschütztes Rechtsgut).

§ 46a Nr. 1 StGB; § 315b StGB

1. Der vertypte Strafmilderungsgrund des § 46a Nr. 1 StGB ist auf den vorsätzlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b StGB nicht anwendbar. (BGHSt)

2. Obgleich § 46a StGB nach seinem Wortlaut in beiden Varianten für alle Delikte gilt), können sich aus den verschiedenen tatbestandlichen Voraussetzungen, die in den Nummern 1 und 2 der Bestimmung festgeschrieben sind, Anwendungsbeschränkungen ergeben (vgl. BGH NStZ 1995, 492). Im Gegensatz zu § 46a Nr. 2 StGB, der vorwiegend den materiellen Schadensausgleich betrifft, zielt § 46a Nr. 1 StGB vorrangig auf den Ausgleich der immateriellen Folgen einer Straftat ab. Dazu bedarf es eines kommunikativen Prozesses zwischen Täter und Opfer, der auf einen umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt ist. Dafür ist eine von beiden Seiten akzeptierte, ernsthaft mitgetragene Regelung Voraussetzung. Das Bemühen des Täters muss Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein und das Opfer muss die Leistung des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptieren (st. Rspr.). Dies und der Wortlaut des § 46a Nr. 1 StGB schließen eine Anwendung dieser Vorschrift auf „opferlose“ Delikte aus. (Bearbeiter)

3. Bezugspunkt für den Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a Nr. 1 StGB, soweit er zu einem vertypten Strafmilderungsgrund führt, ist der konkret verwirklichte Straftatbestand. Hat der Täter tateinheitlich mehrere Delikte begangen, führt dies dazu, dass im Hinblick auf jede der konkurrierenden Gesetzesverletzungen gesondert zu prüfen ist, inwieweit ein die Anwendung von § 46a Nr. 1 StGB ermöglichender Opferbezug besteht und – bejahendenfalls – ob ein gelungener Ausgleich mit dem betroffenen Opfer erfolgt ist. Ist dies lediglich in Bezug auf eines oder mehrere der konkurrierenden Delikte der Fall, kann

dem Täter § 46a StGB als vertypter Strafmilderungsgrund auch nur insoweit zugute kommen. (Bearbeiter)

4. § 315b StGB schützt die Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs (vgl. BGH NStZ 2004, 625). Die in der Norm aufgezählten Individualrechtsgüter (Leben, Gesundheit und bedeutende Sachwerte der durch den Eingriff betroffenen Verkehrsteilnehmer) werden dabei lediglich faktisch mit geschützt (vgl. BGHSt 48, 119, 123). (Bearbeiter)

**104. BGH 4 StR 60/14 – Urteil vom 4. Dezember 2014 (LG Dortmund)**

BGHSt; Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter: Voraussetzungen einer Feststellung im Urteil; Anordnung des Verfalls gegen Dritte: Voraussetzungen).

§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 3 StGB

1. Eine Feststellung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO setzt nicht voraus, dass eine Beschlagnahme nach § 111c StPO vorgenommen oder ein Arrest nach § 111d StPO (wirksam) angeordnet wurde und/oder im Zeitpunkt der Feststellung, also des Urteils, noch besteht. (BGHSt)

2. Der Umstand, dass über das Vermögen eines von der Feststellung nach § 111i Abs. 2 StPO Betroffenen ein Insolvenzverfahren eröffnet ist, steht dieser Feststellung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Staat hierdurch (lediglich) – aufschiebend bedingt – einen Zahlungsanspruch erwirbt. (BGHSt)

3. Nach § 73 Abs. 3 StGB kann der Verfall auch gegen einen Dritten angeordnet werden, wenn der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt hat und dieser dadurch etwas erlangt hat. Dabei verlangt Handeln für einen anderen zwar keinen echten oder gar offenen, nach außen erkennbaren Vertretungsfall, aber der Handelnde muss bei oder jedenfalls im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Tat auch, und sei es nur faktisch, im Interesse des Dritten gehandelt haben. In Fällen, in denen der erlangte Gegenstand nicht im Rahmen der Tat selbst, sondern erst durch vermittelnde Rechtsgeschäfte zu dem Dritten gelangt ist, bedarf es für die Zurechnung aber jedenfalls eines Bereicherungszusammenhangs zwischen



der Tat und dem Eintritt des Vorteils bei dem Dritten. (Bearbeiter)

**121. BGH 2 StR 300/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Erfurt)**

Fehlerhafte Strafrahmenvahl beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anwendung des Doppelverwertungsverbots auf die Gesamtwürdigung bei Regelbeispielen).

§ 29 Abs. 3 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung, ob bei Vorliegen eines Regelbeispiels die Indizwirkung für die Annahme eines besonders schweren Falles entfallen kann, hat der Tatrichter zwar grundsätzlich alle für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu berücksichtigen, doch kann entsprechend dem Rechtsgedanken des § 46 Abs. 3 StGB zum Beispiel die Gewerbsmäßigkeit des Handelns, die als Regelbeispiel zur Prüfung eines besonders schweren Falles führt, nicht als Umstand herangezogen werden, um ein Absehen von der durch die Gewerbsmäßigkeit begründeten Regelwirkung zu verneinen.

**144. BGH 3 StR 329/14 – Urteil vom 16. Oktober 2014 (LG Oldenburg)**

Anordnung der Unterbringungsmaßregel gegenüber einem bereits Untergebrachten; Bedeutung der Urteilsfeststellungen für die Überzeugungsbildung der Strafvollstreckungskammer trotz Absehens von der Unterbringung.

§ 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 260 StPO; § 267 StPO

1. Die wiederholte Anordnung der Maßregel nach § 63 StGB gegenüber einem bereits in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die setzt aber voraus, dass der erneute Maßregelausspruch in besonderer Weise mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang steht. Hierbei ist maßgeblich, ob die erneute Unterbringungsanordnung zur Erreichung des Maßregelziels der Besserung und Sicherung geeignet und erforderlich ist, weil von ihr Wirkungen ausgehen, die der erste Maßregelausspruch nach § 63 StGB nicht zeitigt.

2. Die Feststellungen des Urteils zu einer neuerlichen Tat des bereits Untergebrachten verlieren ihre Bedeutung für die Überzeugungsbildung der Strafvollstreckungskammer vom Vorliegen bestimmter Tatsachen nicht dadurch, dass der Tenor der Entscheidung auf „Ablehnung des Antrags der Staatsanwaltschaft“ oder auf „Absehen von der Unterbringung“ lautet.

**92. BGH 2 StR 132/14 – Urteil vom 26. November 2014 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf Heilungserfolg; Therapieunwilligkeit als Kriterium).

§ 64 Satz 2 StGB

Die Therapieunwilligkeit des Angeklagten ist nur ein Indiz für das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht. Es bedarf regelmäßig der Prüfung, ob die konkrete Aussicht besteht, die Therapiebereitschaft für eine erfolgversprechende Behandlung zu wecken.

**94. BGH 2 StR 170/14 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Köln)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 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. Sie darf daher nur dann angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterbringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schulfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht. 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. Die notwendige Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln (st. Rspr.).

2. An die Darlegungen sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr es sich bei dem zu beurteilenden Sachverhalt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes um einen Grenzfall handelt (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 337, 338).

3. Dass ein Täter trotz bestehenden Defekts über Jahre hinweg keine erheblichen Straftaten begangen hat, ist ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger solcher Straftaten (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 198, 199).

**98. BGH 2 StR 297/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

§ 63 StGB; § 62 StGB

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 und daher nur unter sorgfältiger Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnet werden darf. Das gilt nicht nur für die Feststellung des die Anordnung rechtfertigenden Zustands (vgl. BGHSt 49, 347, 351 f.), sondern gleichermaßen für die tatsächlichen Voraussetzungen der Gefährlichkeitsprognose. Eine erschöpfende Abwägung der maßgeblichen Umstände und ihre Erörterung in den Urteilsgründen ist jedenfalls dann erforderlich, wenn unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB) ein Grenzfall gegeben ist.

**113. BGH 4 StR 486/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Münster)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (nachträgliche Bildung einer Gesamtgeldstrafe: Ermessen des Gerichts).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 Abs. 1 StGB allein an der Rechtskraft der früheren Verurteilung an. Die (sachliche) Richtigkeit dieser Entscheidung hat das neu entscheidende Gericht grundsätzlich nicht zu

prüfen (vgl. BGHSt 8, 269, 271). Dieser Grundsatz kann auch nicht im Rahmen der Entscheidung gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB umgangen werden, zumal das dort eingeräumte Ermessen (allein) nach Strafzumessungsgesichtspunkten auszuüben ist (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 264).

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### 114. BGH 4 ARs 21/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (BGH)

Anfrageverfahren; Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).

§ 252 StPO; § 52 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

1. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach die Einführung und Verwertung von Angaben eines früher richterlich vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 StPO Gebrauch gemacht hat, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson auch ohne vorherige Belehrung des Zeugen über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage zulässig ist.

2. Zentrales Anliegen des Strafprozesses die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Als eine der Wahrheitsfindung entgegenstehende Gestaltung kommt § 252 StPO in Betracht (vgl. BVerfG NStZ-RR 2004, 18). Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift oder eine auf sie gestützte weitere Einschränkung der Möglichkeit zur Ermittlung des wahren Sachverhalts bedarf daher einer hinreichenden Rechtfertigung. An dieser fehlt es jedoch bezüglich eines Verwertungsverbots in Fällen fehlender qualifizierter Belehrung.

3. Auch der Grundsatz des fairen Verfahrens gebietet es nicht, zur Wahrung berechtigter Interessen des Angeklagten die Verwertbarkeit einer früheren – nach ordnungsgemäßer Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht erfolgten – richterlichen Vernehmung des Zeugen von dessen qualifizierten Belehrung über die weitere Verwertbarkeit seiner Aussage abhängig zu machen.

#### 135. BGH 4 StR 520/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Essen)

Mangelndes Beruhen auf der Gesetzesverletzung bei ausgebliebener Negativmitteilung bei unzweifelhafter dienstlicher Erklärung der Vorsitzenden der Strafkammer (Abgrenzung von Mutmaßungen).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 257c StPO

1. Einzelfall des auszuschließenden Beruhens auf einer pflichtwidrig unterbliebenen sog. Negativmitteilung, wenn es bereits nach dem Revisionsvortrag ausgeschlossen ist, dass im Vorfeld der Hauptverhandlung Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung im Sinne des § 257c StPO gewesen ist. Der Ausschluss kann sich aus einer dienstlichen Erklärung der Kammervorsitzenden ergeben, an der das Revisionsgericht nicht zweifelt.

2. Es bleibt offen, ob der Revisionsvortrag gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO „Kenntnisse und Hinweise bezüglich etwaiger Verständigungsgespräche“ umfassen muss oder ob das (Nicht-) Vorliegen verständigungsbezogener Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO im Freibeweisverfahren aufzuklären ist.

#### 140. BGH 3 StR 167/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (OLG Hamburg)

Zu widerhandlung gegen ein Bereitstellungsverbot eines unmittelbar geltenden Rechtsaktes der Europäischen Union („Iran-Embargo“; Ausfuhrverbot); gewerbsmäßige Ausfuhr von Gütern ohne Genehmigung; Beihilfe (Gehilfenvorsatz; notwendiger Grad der Konkretisierung der Haupttat); Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge (Bestimmtheit des abgelehnten Beweisantrags; Darlegung der den Verstoß enthaltenden Tatsachen; inhaltliche Überprüfbarkeit der erhobenen Rüge); Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (mangelndes Beruhen); Embargovorschriften als Zeitgesetz; Günstigkeitsvergleich nach Neufassung des Außenwirtschaftsgesetzes; Konkurrenzen im Außenwirtschaftsrecht.

§ 34 AWG a.F.; § 18 AWG n.F.; Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 423/2007 in der Fassung der VO (EU) Nr. 532/2010; Art. 16 Abs. 3 VO (EU) Nr. 961/2010; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB

1. Die Verfahrensrüge ist zulässig, wenn die den Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden (§ 344 Abs. 2

Satz 2 StPO). Dazu müssen die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen so vollständig und genau dargelegt werden, dass das Revisionsgericht allein aufgrund dieser Darlegung das Vorhandensein eines Verfahrensmangels feststellen kann, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen sind oder bewiesen werden. Dabei verbietet sich indes eine schematische Betrachtungsweise. Entscheidend ist stets, ob die inhaltliche Überprüfung der erhobenen Rüge bereits anhand des mitgeteilten Verfahrensstoffes möglich ist. Können in Bezug genommene Aktenteile unabhängig von ihrem Inhalt das Ergebnis der Prüfung nicht beeinflussen, so sind sie für die Zulässigkeit der Rüge nicht von Bedeutung.

2. Für eine Zuwiderhandlung gegen das Bereitstellungsverbot des Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 423/2007 bzw. des Art. 16 Abs. 3 VO (EU) Nr. 961/2010 genügt bereits die Möglichkeit, dass der eine wirtschaftliche Ressource darstellende Vermögenswert für den Erwerb von Geldern, Waren oder Dienstleistungen verwendet wird, die zur Verbreitung von Kernwaffen im Iran beitragen können Über Güter des täglichen Lebens oder Leistungen mit Verbrauchscharakter hinaus begründet das Bereitstellungsverbot daher ein generelles Verbot der Ausfuhr von Waren an gelistete Organisationen.

3. Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit erfordert in aller Regel, dass der Beschluss konkrete Erwägungen darüber enthält, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist. Die bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts genügt nicht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt indes in Fällen, in denen die Bedeutungslosigkeit für jeden Verfahrensbeteiligten offensichtlich ist.

4. Der Vorsatz des Gehilfen muss die Unterstützungshandlung umfassen und sich auf die Vollendung einer vorsätzlich begangenen Haupttat richten, wobei es genügt, dass der Gehilfe die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere ihre Unrechts- und Angriffsrichtung erkennt. Diese gegenüber dem Anstifter geringeren Anforderungen an die Konkretisierung des Vorstellungsbildes des Gehilfen folgen schon daraus, dass dieser nicht eine bestimmte Tat anstreben muss. Er erbringt vielmehr einen losgelösten Beitrag, von dem er lediglich erkennen und billigend in Kauf nehmen muss, dass dieser Beitrag sich als unterstützender Bestandteil in einer Straftat manifestieren wird. Deshalb lässt auch eine andere rechtliche Einordnung der Tat durch den Gehilfen dessen Vorsatz unberührt, solange er sich nicht eine grundsätzlich andere Tat vorstellt.

5. Bei den einen Embargotatbestand ausfüllenden Normen handelt es sich trotz Fehlens einer ausdrücklichen Befristung wegen der erkennbar für die Dauer eines Ausnahmezustandes geschaffenen Regelungen um Zeitgesetze im Sinne des § 2 Abs. 4 StGB.

**90. BGH 1 StR 242/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Nürnberg-Fürth)**

Mitteilung über Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilungspflicht).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO

1. Die nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO bestehende Informationspflicht verlangt, dass der Vorsitzende über Erörterungen mit Verfahrensbeteiligten (§§ 202a, 212 StPO), die nach Beginn der Hauptverhandlung, aber außerhalb von dieser stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, in der Hauptverhandlung Mitteilung zu machen. Mitzuteilen ist dabei nicht nur der Umstand, dass es solche Erörterungen gegeben hat, sondern auch deren wesentlicher Inhalt. Hierzu gehört auch dann, wenn keine Verständigung zustande gekommen ist, jedenfalls der Verständigungsvorschlag und die zu diesem abgegebenen Erklärungen der übrigen Verfahrensbeteiligten (vgl. BGH NStZ 2013, 722).

2. Allein der Hinweis des Vorsitzenden, dass ein Geständnis Auswirkungen auf das Strafmaß habe und es vom Strafmaß abhängig sei, ob man sich Gedanken über eine Strafaussetzung machen könne, stellt noch keinen Verständigungsvorschlag dar.

**107. BGH 4 StR 381/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Magdeburg)**

Angeklagte Tat (Veränderung des Geschehensbilds im Laufe des Verfahrens); tatrichterliche Beweiswürdigung (Abweichung von Ergebnissen eines Sachverständigengutachtens).

§ 264 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Tat im Sinne dieser Vorschrift ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Verändert sich im Laufe eines Verfahrens das Bild des Geschehens, das die Anklage umschreibt, so kommt es darauf an, ob die „Nämlichkeit der Tat“ trotz der Abweichungen noch gewahrt ist. Dies ist – ungeachtet gewisser Unterschiede – dann der Fall, wenn bestimmte individuelle Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen kennzeichnen.

2. Zwar ist das Tatgericht nicht gehalten, einem Sachverständigen zu folgen. Kommt es aber zu einem anderen Ergebnis, so muss es sich konkret mit den Ausführungen des Sachverständigen auseinandersetzen, um zu belegen, dass es über das bessere Fachwissen verfügt (vgl. BGH NStZ 2013, 55, 56 mwN).

**108. BGH 4 StR 427/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Paderborn)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung („Aussage gegen Aussage“-Konstellationen, Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. In einer Konstellation, in der „Aussage gegen Aussage“ steht und außer der Aussage des einzigen Belastungszeu-

gen keine weiteren belastenden Indizien vorliegen, muss sich der Tatrichter bewusst sein, dass die Aussage dieses Zeugen einer besonderen Glaubwürdigkeitsprüfung zu unterziehen ist. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr).

2. Allein auf Angaben des einzigen Belastungszeugen, dessen Aussage in einem wesentlichen Detail als bewusst falsch anzusehen ist, kann eine Verurteilung nicht gestützt werden (vgl. BGHSt 44, 153, 158). Dann muss der Tatrichter jedenfalls regelmäßig außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe nennen, die es ihm

ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben.

**99. BGH 2 StR 375/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (widerlegte Aussagen des Angeklagten als Schuldingiz).  
§ 261 StPO

Auch ein Unschuldiger kann sich durch falsche Angaben zu verteidigen suchen. Die Widerlegung eines Entlastungsvorbringens liefert daher in der Regel kein zuverlässiges Indiz für die Täterschaft des Angeklagten (vgl. BGHSt 41, 153, 156).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**105. BGH 4 StR 92/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Benutzung eines Mobiltelefons beim Führen eines Kraftfahrzeugs (Begriff des Fahrzeugführers: begleitender Fahrlehrer).  
§ 23 Abs. 1a StVO; § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG.

1. Ein Fahrlehrer, der als Beifahrer während einer Ausbildungsfahrt einen Fahrschüler begleitet, dessen fortgeschrittener Ausbildungsstand zu einem Eingreifen in der konkreten Situation keinen Anlass gibt, ist nicht Führer des Kraftfahrzeugs im Sinne des § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO. (BGHSt)

2. Führer eines Kraftfahrzeugs ist, wer es unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter eigener Allein- oder Mitverantwortung in Bewegung setzt oder unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrtbewegung durch den öffentlichen Verkehrsraum ganz oder wenigstens zum Teil lenkt (vgl. BGHSt 35, 390, 393). Der Täter muss sich selbst aller oder wenigstens eines Teiles der wesentlichen Einrichtungen des Fahrzeugs bedienen, die für seine Fortbewegung bestimmt sind (vgl. BGHSt 18, 6, 8 f). Daher schließt es die Fahrzeugführereigenschaft zwar nicht aus, wenn mehrere Personen sich die Bedienung der notwendigen Funktionen teilen (in einem solchen Fall können beide als Fahrzeugführer anzusehen sein). Wer dagegen nicht einmal einen Teil der wesentlichen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient, führt dieses im maßgeblichen Zeitpunkt nicht. (Bearbeiter)

3. Auch die Regelung des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG führt nicht dazu, dass der Fahrlehrer als Führer des Fahrzeugs im Sinne des § 23 Abs. 1a StVO anzusehen ist. Denn diese gesetzliche Fiktion findet auf § 23 Abs. 1a StVO keine Anwendung. (Bearbeiter)

**129. BGH 4 StR 323/14 (4 StR 324/14) – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Dortmund)**

BGHR; Fortgeltung der Rechtsprechung zur Insolvenzverschleppung durch den faktischen Geschäftsführer.  
§ 15a Abs. 4 InsO

Der faktische Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann Täter einer Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4 InsO sein. (BGHR)

**155. BGH 5 StR 136/14 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Kiel)**

Vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum beim Abrechnungsbetrug (Zytostatika-Lösungen; Fertigarzneimittel; Rezepturarzneimittel; Fehlende Zulassungsfähigkeit als Bezugspunkt des objektiven Betrugstatbestandes; Irrtum über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung; Subsumtionsirrtum); Erklärungswert bei Inbezugnahme der sog. „Lauer-Taxe“; Anforderungen an die Begründung beim freisprechenden Urteil; Beweiswürdigung; Ablehnung von Beweisanträgen (tatsächliche Bedeutungslosigkeit; Unzulässigkeit der Beweiserhebung); Umfang der Qualitätsprüfung bei Fertigarzneimitteln.  
§ 263 StGB; § 16 StGB; § 244 StPO; § 260 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 78 AMG; § 95 AMG; § 96 AMG; § 12 Abs. 1 ApBetrO

1. Ist in objektiver Hinsicht für eine Tatbestandsverwirklichung hinsichtlich § 263 StGB die arzneimittelrechtliche Einordnung abgerechneter Zytostatika-Lösungen als Fertig- oder Rezepturarzneimittel ausschlaggebend, so ist ein diesbezüglicher Irrtum Tatumstandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und kein bloßer Subsumtionsirrtum.

2. Bei der sog. „Lauer-Taxe“ handelt es sich um eine privatunternehmerisch unterhaltene Datenbank, die

lediglich deklaratorisch unter anderem Anhaltspunkte für die Abrechnung von auf dem deutschen Markt erhältlichen in Deutschland zugelassenen Arzneimitteln gibt, aber keine normative Bestimmung der überhaupt nur abrechnungsfähigen Arzneimittel enthält. Durch einen Rückgriff auf Preise aus der Lauer-Taxe wird daher nicht konkludent erklärt, die dort gelisteten Fertigarzneimittel nur aus für den deutschen Markt bestimmten Chargen derselben vom Originalhersteller erzeugten Ausgangsmenge verwendet zu haben.

3. Nach § 12 Abs. 1 ApBetrO – der nach seinem Wortlaut nicht auf in Deutschland zugelassene Fertigarzneimittel beschränkt ist – müssen Fertigarzneimittel, die nicht in der Apotheke hergestellt worden sind, nur stichprobenweise geprüft werden. Dabei darf von einer über die Sinnesprüfung hinausgehenden Prüfung abgesehen werden, wenn sich keine Anhaltspunkte ergeben haben, die Zweifel an der ordnungsgemäßen Qualität des Arzneimittels begründen. Allein eine fremdsprachige Kennzeichnung der Verpackung der Ausgangsstoffe, die bei Abgabe der Infusionslösungen nicht an deren Empfänger gelangt, vermag einen solchen Qualitätsmangel nicht zu begründen.

4. Bis zur AMG-Novelle enthielten die arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften keine ausdrückliche Regelung darüber, welche Apothekeneinkaufspreise der Abrechnung von zytostatikahaltigen Lösungen in Fällen zugrunde zu legen waren, in denen die zur Herstellung der Zubereitung verwendeten, vom ausländischen Großhandel beziehbaren Fertigarzneimittel nicht in der sog. „Lauer-Taxe“ aufgeführt waren, insbesondere, wenn ein nicht in Deutschland zugelassenes Präparat im Rahmen der Herstellung einer Rezeptur verwendet wurde. Ein insoweit etwaig erzielter Einkaufsvorteil war daher nicht an die Gesetzlichen Krankenkassen weiterzugeben.

5. Der Senat kann erneut offen lassen, ob er sich der vom 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 4. September 2012 (1 StR 534/11, BGHSt 57, 312) vertretenen Ansicht anschließt, wonach es sich bei den in Apotheken hergestellten Zytostatika-Lösungen (weiterhin) um Fertigarzneimittel handelt, oder ob es vorzugswürdig erscheint, derartige Zubereitungen als Rezepturarzneimittel einzustufen.

#### **156. BGH 5 StR 405/13 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Braunschweig)**

Abrechnungsbetrug bei Zytostatika-Lösungen (Eignung zur Irreführung als Voraussetzung des Täuschungsgegenstandes; Fertigarzneimittel; Rezepturarzneimittel; Verwendung nicht zugelassener ausländischer Fertigarzneimittel; konkludente Erklärung anspruchsbegründender Tatsachen durch Abrechnung; Lauer-Taxe).

§ 263 StGB; § 10 AMG; § 21 Abs. 1 AMG; § 27 Abs. 1 SGV V; § 31 Abs. 1 SGB V; § 11 ApoG; § 4 AMPPreisV; § 5 AMPPreisV; § 1a Abs. 8 ApBetrO; § 7 ApBetrO; § 35 ApBetrO

1. Ein Verhalten ist dann nicht zur Irreführung geeignet – und kommt deshalb nicht als konkludente Täuschung i.S.d. Betrugstatbestandes in Betracht –, wenn der (konkludent) mitgeteilte Erklärungswert dem entspricht,

wovon die Adressaten der Behauptung nach der Verkehrsanschauung ohnehin vernünftigerweise ausgehen müssen.

2. Der Senat braucht mit Blick auf die Entscheidung BGH HRRS 2012 Nr. 982 (1. Strafsenat) nicht zu entscheiden, ob es sich bei in einer Apotheke fertiggestellten Zytostatika-Lösungen nicht um Rezepturarzneimittel, sondern um Fertigarzneimittel handelt, die der Zulassungspflicht nach § 21 Abs. 1 AMG unterliegen. Denn jedenfalls bis zur AMG-Novelle vom 17. Juli 2009 gingen die maßgeblichen Verkehrskreise davon aus, dass Zytostatika-Zubereitungen, die regelmäßig aus Fertigarzneimitteln als Ausgangsstoffen hergestellt werden, als Rezepturarzneimittel anzusehen sind. Eine konkludente Täuschung hierüber scheidet insoweit aus.

3. Ein Kassenarzt erklärt mit seiner Abrechnung gegenüber der Krankenkasse regelmäßig nicht nur, dass die abgerechnete Leistung unter die Leistungsbeschreibung der Gebührennummer fällt, sondern auch, dass seine Leistung zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem allgemeinen Bewertungsmaßstab abgerechnet werden kann. Die Abrechnung enthält daher neben der Behauptung eines sozialrechtlichen Erstattungsanspruchs auch die konkludent miterklärte Aussage, die Berechnung unter Einhaltung der abrechnungsrechtlichen Maßgaben vorgenommen zu haben.

4. Bis zur AMG-Novelle wurden Zytostatika-Lösungen als Rezepturarzneimittel von den Gesetzlichen Krankenkassen nach den abrechnungsrechtlich vorgegebenen Maßgaben erstattet. Daher kam es bei Abrechnung von Zytostatika-Rezepten nach dem objektiven Empfängerhorizont für eine grundsätzliche Erstattungsfähigkeit dieser Zubereitungen nur auf deren Verkehrsfähigkeit und nicht auf die der verarbeiteten Fertigarzneimittel an. Als Rezepturarzneimittel durften Zubereitungen auch bei Verwendung eines nicht zugelassenen Fertigarzneimittels zu ihrer Herstellung abgerechnet werden. Eine solche Abrechnung begründet daher keine konkludente Täuschung i.S.d. § 263 StGB.

5. Bis zur AMG-Novelle enthielten die arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften keine ausdrückliche Regelung darüber, welche Apothekeneinkaufspreise der Abrechnung von zytostatikahaltigen Lösungen in Fällen zugrunde zu legen waren, in denen die zur Herstellung der Zubereitung verwendeten, vom ausländischen Großhandel beziehbaren Fertigarzneimittel nicht in der sog. „Lauer-Taxe“ aufgeführt waren, insbesondere, wenn ein nicht in Deutschland zugelassenes Präparat im Rahmen der Herstellung einer Rezeptur verwendet wurde. Ein insoweit etwaig erzielter Einkaufsvorteil war daher nicht an die Gesetzlichen Krankenkassen weiterzugeben.

#### **109. BGH 4 StR 457/14 – Urteil vom 18. Dezember 2014 (LG Hagen)**

Verhängung von Jugendstrafe (Voraussetzungen: Schwere der Schuld im Einzelfall); Bemessung der Jugendstrafe.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 JGG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Verhängung von Jugendstrafe unter dem

Gesichtspunkt der Schwere der Schuld im Sinne von § 17 Abs. 2 JGG nicht nur dann in Betracht kommen, wenn der jugendliche oder heranwachsende Täter ein Kapitalverbrechen begangen hat, sondern auch dann, wenn eine andere besonders schwere Straftat abzuurteilen ist; dazu können auch gravierende Sexualdelikte gehören (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 56). Dabei ist der Begriff „Schwere der Schuld“ nicht abstrakt nach dem verwirklichten Tatbestand messbar, sondern jeweils nur in Beziehung zu einer bestimmten Tat zu erfassen, sodass der äußere Unrechtsgehalt der Tat nicht unberücksichtigt bleiben darf (vgl. BGH NStZ 2009, 450).

2. Lassen die Urteilsgründe erkennen, dass der Tatrichter die Bemessung der Jugendstrafe rechtsfehlerfrei am maßgeblichen Erziehungszweck (§ 18 Abs. 2 JGG) ausgerichtet hat, kann in der Regel ausgeschlossen werden, dass er eine niedrigere Strafe verhängt hätte, wenn er vom zutreffenden Strafraum ausgegangen wäre.

**103. BGH 4 StR 335/14 – Beschluss vom 3. Dezember 2014 (LG Münster)**

Unerlaubte Gewaltausübung über Kriegswaffen (Verhältnis zu sonstigen strafbaren Verstößen gegen das KWKG).

§ 22a Abs. 1 Nr. 6 KWKG

Bei der Tatbestandsvariante in § 22a Abs. 1 Nr. 6 KWKG handelt es sich – wie sich bereits aus dem Wortlaut („sonst“) ergibt – um einen Auffangtatbestand, der hinter den spezielleren Erscheinungsformen des Ausübens der tatsächlichen Gewalt zurücktritt.

**111. BGH 4 StR 473/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Frankenthal)**

Gleichzeitiger unerlaubter Besitz von Waffen und Munition (Tateinheit).

§ 52 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 lit b) WaffG; § 52 Abs. 1 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das gleichzeitige Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen, auch wenn diese nicht unter dieselben Strafbestimmungen fallen, zur Folge, dass die verschiedenartigen Verstöße gegen das Waffengesetz tateinheitlich zusammentreffen (vgl. BGH StV 1999, 645). Dies gilt selbst dann, wenn die Waffen an unterschiedlichen Orten aufbewahrt werden. Das Gleiche muss für den strafbaren Umgang mit Munition gelten.

Aufsätze und Anmerkungen

## Erinnerungsverlust der Urkundspersonen – ein revisionsrechtliches Problem?

Zugleich Besprechung von BGH 3 StR 57/14 – Beschluss vom 10.06.2014 = HRRS 2014 Nr. 912.

Von RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg

### I.

Unlängst konnten Leser der Online-Ausgabe des „manager magazin“ nachverfolgen, mit welcher Intensität in einer bei dem Landgericht Hamburg anhängigen Wirtschaftsstrafsache zwischen den Verfahrensbeteiligten erbitterter Streit darüber ausgebrochen war, ob ein (Vorgänge vor der Hauptverhandlung aufgreifendes) Befangenheitsgesuch rechtzeitig i.S.d. § 25 Abs. 1 i.V.m. § 243 Abs. 2 S. 2 StPO<sup>1</sup> gestellt worden war. Durchaus launig berichtete der Prozeßbeobachter *Christoph Rottwilm*:

„Und dann, für die Genießer im Gerichtssaal, die Kür: (...) Und wie war das noch mit den Befangenheitsrügen zu Beginn des ersten Verhandlungstages? Wurden sie von der Verteidigung gestellt, nachdem der Richter die Präsenz der am Prozess beteiligten Personen festgestellt hatte, und bevor der Angeklagte zu seinen persönlichen Verhältnissen befragt wurde? Oder war es nach der Präsenzfeststellung und nach der Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen? (...) Der Hintergrund: Laut Strafprozessordnung müssen Befangenheitsanträge gestellt werden, bevor das eigentliche Prozessgeschehen begonnen hat. Das heißt, zunächst stellt der Richter fest, ob alle erforderlichen Parteien im Saal anwesend sind. Bevor er dann beginnen kann, den Angeklagten zu seinen persönlichen Verhältnissen zu befragen, muss die Verteidigung gegebenenfalls bereits ihren Antrag auf Auswech-

<sup>1</sup> Vgl. zum Norminhalt *Franke*, in: S/S/W, StPO, 1. Aufl. (2014), § 243, Rn. 6.

selung der Richter wegen möglicher Befangenheit stellen. Im Schulte-Prozess hatte das Gericht die Befangenheitsanträge abgewiesen, weil sie nach Auffassung der Richter zu spät, nämlich erst nach der Vernehmung Schultes zu seinen persönlichen Verhältnissen gestellt wurden. Schultes Verteidiger Wolf Römmig jedoch verlas am heutigen dritten Prozesstag eine Erklärung, derzufolge das Gericht die Präsenzfeststellung und die Vernehmung unzulässiger Weise zu einem einzigen Vorgang zusammengefasst habe. Somit habe es gar nicht die Möglichkeit gegeben, mit den Anträgen im richtigen Moment dazwischen zu grätschen, so Römmig. Der Strafverteidiger ging sogar so weit, dem vorsitzenden Richter Loth Vorsatz zu unterstellen, also die Absicht, möglicherweise absehbare Befangenheitsanträge auf diese Weise bewusst zu verhindern. Ein Vorwurf, den Richter Loth sogleich deutlich zurückwies. Neben Römmig äußerte sich zudem der Angeklagte Schulte zum Ablauf des ersten Verhandlungstages. Er sagte erneut, ein faires Verfahren sehe nach seiner Ansicht anders aus. Mit Blick auf den fraglichen Zeitpunkt der Befangenheitsanträge betonte Schulte, er sei am ersten Tag zu seiner Person überhaupt nicht vernommen worden. Das sei schon daran zu erkennen, dass er an dem gesamten Prozesstag kein einziges Wort von sich gegeben habe. Nicht einmal ein Kopfnicken, so Schulte weiter, sei auf die Fragen zu seiner Person von ihm in Richtung der Richter gesendet worden. Als mögliche Zeugen für diese Behauptung nannte der Medizinprofessor sämtliche Anwesenden im Gerichtssaal, inklusive der Zuschauer und der Pressevertreter. Letztere allerdings diskutierten den Sachverhalt kurz darauf in einer Pause vor dem Saal – und konnten sich an die Ereignisse, die immerhin bereits etwa drei Wochen zurückliegen, merklich weniger präzise erinnern als der Angeklagte selbst.<sup>2</sup>

Daß schon in der tatgerichtlichen Instanz derartiger Streit ausbrechen konnte, läßt Schlimmes für die Sachverhaltsfeststellung in einem etwaigen Revisionsverfahren befürchten, in dem die Rechtmäßigkeit dieses tatrichterlichen Prozedierens zur Überprüfung des Revisionsgerichts gestellt würde. Das ist – auch wenn eine *gesetzlich* angeordnete Präklusionswirkung Verfahrensgegenstand war – Wasser auf die Mühlen derjenigen, die in der Diskussion der letzten Jahre über *richterrechtlich* bewirkte Neujustierungen des Revisionsverfahrens,<sup>3</sup> insbesondere das Vordringen des Präklusionsgedankens und die Etablierung eines Verfahrens der Rügeverkümmern,<sup>4</sup> jenseits aller feinsinnigen dogmatischen Erwägungen darauf hingewiesen hatten, bei der Handhabung verfahrensrechtlicher Schutzvorschriften sei menschlichen Schwächen als Störfaktor ausreichend Rechnung zu tragen. Erinnerungsverlust und Eigeninteresse am Verfahrens-

gang<sup>5</sup> liegen als die Gerechtigkeit des Verfahrens kontaminierende Umstände ebenso nahe wie das allein situationsbedingte Unterbleiben des „Reingrätschens“, also der gebotenen rechtzeitigen Reaktion auf ein Prozeßgeschehen.<sup>6</sup> Daß die Tagesform eines Prozeßbeteiligten<sup>7</sup> über das Schicksal eines Angeklagten entscheiden kann, wird sich auch im rechtsstaatlichen Strafverfahren nie vermeiden lassen, nichts spricht freilich dafür, diese Abhängigkeit – wie in den genannten Entwicklungen strukturell angelegt – richterrechtlich zu forcieren.<sup>8</sup>

## II.

Der 3. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs hat in seinem Beschluß vom 10.06.2014 einen prozessualen Weg gefunden, in einem vergleichbar gelagerten Fall einer Besetzungsrüge gleichwohl zu einem angemessenen Ergebnis zu gelangen.<sup>9</sup>

1. Auch in dem bei dem Landgericht Wuppertal anhängigen Verfahren ging es darum, ob die (beiden revidierenden) Angeklagten und ihre Verteidiger eine gesetzliche Ausschlussvorschrift hinreichend beachtet hatten. Im Fall des § 222a StPO kann die Präklusion eines Besetzungseinwandes (und damit der späteren Geltendmachung des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 1 StPO) nur verhindert werden, wenn die Rechtswidrigkeit der Besetzung in der tatgerichtlichen Hauptverhandlung „bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache“ (vgl. § 243 Abs. 5 S. 2 StPO) ordnungsgemäß beanstandet wird (§ 222b Abs. 1 StPO). Der Besetzungseinwand wie die Vernehmung zur Sache sind als wesentliche Förmlichkeiten (§ 273 Abs. 1 StPO) zu protokollieren und haben an der Beweiskraft des § 274 StPO teil.

2. Daß damit aber nicht alle Probleme für die revisionsrechtliche Beweisstation ausgeschlossen sind, ergibt sich daraus, daß die revisionsgerichtliche Rechtsprechung dem Vorsitzenden des Tatgerichts recht weitgehende Freiheiten einräumt, die Entgegennahme von Anträgen und Erklärungen Verfahrensbeteiligter an seinen Vorstellungen von einem sachgerechten Gang der Hauptverhandlung (§ 238 Abs. 1 StPO) auszurichten. Diesen Grundsatz betont der *Senat* (Rn. 18; meine Hervorhebung) in der vorliegenden Entscheidung, indem er – nicht tragend – ausdrücklich ausführt, „dass der Vorsitzende grundsätzlich nicht verpflichtet ist, Anträge der Verfahrensbeteiligten zu jeder Zeit entgegenzunehmen (...). Werden sie zu einem ungünstigen Zeitpunkt gestellt, kann er – auch bei fristgebundenen Anträgen – den Antragsteller auf einen späteren Zeitpunkt verweisen (...)“.

<sup>2</sup> <http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/prozess-ex-woelbern-chef-schulte-zeugin-durchleuchtet-woelbern-invest-a-974316.html>.

<sup>3</sup> Vgl. nur den Überblick bei Ventzke NStZ 2011, 481 ff.

<sup>4</sup> Diese Entwicklungen sind – neben den Eingriffen in das Beweisanspruchsrecht – Gegenstand der weit ausholenden Studie René Börners, Legitimation durch Strafverfahren (2014), §§ 9, 10.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Börner a.a.O. (Fn. 4) S. 255 ff., 259 ff.; für das Rügeverkümmernungsverfahren zu diesem Aspekt aus revisionsgerichtlicher Sicht erhellend BGH 1 StR 75/14 - Urteil vom 04.09.2014, Rn. 102 = HRRS 2015 Nr. 38.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Börner a.a.O. (Fn. 4) S. 444 ff.

<sup>7</sup> Ventzke StV 1997, 543, 548.

<sup>8</sup> Dem entgegenzuwirken, ist das Anliegen der Studie Börners a.a.O. (Fn. 4) S. 583.

<sup>9</sup> Randnummern ohne Zusatz beziehen sich auf diese Entscheidung. Die nach Fertigstellung des Manuskripts erschienene Anmerkung von Wollschläger (StV 2015, 100) konnte nicht mehr eingearbeitet werden.

Diese dem Gesetz nicht ohne weiteres zu entnehmende<sup>10</sup> Befugnis war es indes, die vorliegend prozessual nur Verwirrung gestiftet hatte. Der mit ihrer tatrichterlichen Nutzung potentiell einhergehenden Gefahr für die Verteidigungsrechte des Angeklagten hat der *Senat* freilich in doppelter Hinsicht entgegengewirkt, indem er *einerseits* die Beweiskraft des Protokoll sorgfältig geprüft und alsdann mit einem zutreffenden Beweismaßstab das Freibeweisverfahren angewendet hat (a)), *andererseits* prozessuale Vorkehrungen für den Fall angedeutet hat, daß die Fristwahrung gerade aufgrund des Verhaltens des Vorsitzenden gefährdet zu werden droht (b)).

a) Der *Senat* (Rn. 7) gelangt zu dem Ergebnis, unter Zugrundelegung des Hauptverhandlungsprotokolls (§§ 273, 274 StPO) wäre die Präklusionswirkung (§ 222b Abs.1 StPO) dann und nur dann eingetreten, wenn die erwähnte Verteidigererklärung des nicht revidierenden Mitangeklagten I. nebst Autorisierung durch ihn verfahrensrechtlich bereits als Sacheinlassung eines Angeklagten zu werten gewesen wäre. Das Hauptverhandlungsprotokoll bot dem *Senat* (Rn. 6) nämlich folgendes Bild vom Gang des Verfahrens:

„Ausweislich des von der Revision vorgelegten<sup>11</sup> Protokolls des ersten Hauptverhandlungstages kündigte zunächst ein Verteidiger des Angeklagten K., Rechtsanwalt W., vor Verlesung der Anklageschrift an, einen Antrag zur Gerichtsbesetzung stellen zu wollen. Ein Verteidiger des Angeklagten L., Rechtsanwalt R., erklärte, dass er ebenfalls einen solchen Antrag stellen wolle. Im Anschluss daran ist protokolliert, dass die Angeklagten Angaben über ihre persönlichen Verhältnisse machten, die Vertreterin der Staatsanwaltschaft den Anklagesatz verlas, festgestellt wurde, dass die Anklage mit Eröffnungsbeschluss der Strafkammer zur Hauptverhandlung zugelassen worden war und die Angeklagten belehrt wurden, dass es ihnen freistehe, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Das Protokoll weist sodann aus, dass Rechtsanwalt Dr. S., der Verteidiger des ehemaligen Mitangeklagten I., erklärt habe, sein Mandant räume die ihn betreffenden Anklagevorwürfe im Wesentlichen ein, und der ehemalige Mitangeklagte I. erklärt habe, dies sei richtig so. Erst im Anschluss daran verlas laut Protokoll Rechtsanwalt W. den von ihm vorformulierten Besetzungseinwand, der als Anlage zum Proto-

koll genommen wurde und dem sich Rechtsanwalt R. für den Angeklagten L. anschloss.“

Der *Senat* (Rn. 8) sieht sich freilich gehindert, seine Entscheidung auf diesen Protokollinhalt zu stützen, da dessen formelle Beweiskraft (§ 274 S. 2 StPO) entfallen sei.

aa) Allerdings hatte der Verteidiger des nicht revidierenden Angeklagten I. auf eine Anfrage des Generalbundesanwalts (Rn. 14) der Tendenz nach die Richtigkeit des im Hauptverhandlungsprotokoll dokumentierten Verfahrensgangs bestätigt, indem er (Rn. 15) ausgeführt hatte, „er sei sich sicher, dass er am ersten Hauptverhandlungstag erklärt habe, dass sein Klient die Vorwürfe im Wesentlichen einräume und dieser das bestätigt habe; `eine detaillierte Einlassung` sei indes erst am zweiten Hauptverhandlungstag abgegeben worden.“

bb) Diesen Ausführungen sollte aus Sicht des *Senats* letztlich keine durchgreifende Bedeutung zukommen. Das folgte für ihn (Rn. 9) im revisionsrechtlichen Ausgangspunkt seiner Prüfung aus dem in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, daß die Beweiskraft des Protokolls entfällt, wenn und soweit sich Vorsitzender oder Urkundsbeamter nachträglich zugunsten des Revisionsführers vom Protokollinhalt distanzieren.<sup>12</sup> Das war vorliegend geschehen. Einer der Verteidiger hatte nämlich – offenbar vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist – unter Beifügung anwaltlicher Versicherungen eine Berichtigung des Protokolls dahingehend begehrt,

„dass er die `Besetzungsrüge` bereits zu Beginn der Hauptverhandlung habe erheben wollen, ihm das Wort dazu nicht erteilt worden sei, auf sein Drängen dieser Umstand und die Zusicherung des Vorsitzenden, dass dem Angeklagten K. durch die spätere Antragstellung keine Nachteile entstehen würden, in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommen worden seien und er sodann den Besetzungseinwand vor der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache – eine Einlassung eines Angeklagten habe es am ersten Hauptverhandlungstag nicht gegeben – erhoben habe. Zur Glaubhaftmachung überreichte er anwaltliche Versicherungen von sich selbst und den anderen drei Verteidigern der Angeklagten.“ (Rn. 10)

Wäre es so gewesen, wäre der Besetzungseinwand rechtzeitig angebracht worden. Der Vorsitzende wies diesen Antrag mit der lapidaren Begründung zurück, weder er noch die Urkundsbeamtin hätten nach Ablauf von sechs Monaten eine konkrete Erinnerung an den Verfahrensgang an jenem Hauptverhandlungstag (Rn. 10). Mit den hiervon unbeirrt den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO geltend machenden Revisionsbegründungen war gegen den Vorsitzenden der Vorwurf der Protokollfälschung erhoben worden. Das motivierte ihn zur Abgabe einer dienstlichen Erklärung, mit der er sich weiter auf seine und der Urkundsbeamtin Erinnerungslosigkeit berief. Hiermit ließ er es freilich nicht bewenden. Etwas

<sup>10</sup> Die vom *Senat* (Rn. 18) als Begründung zitierten Entscheidungen betreffen gerade keine Präklusionsfälle (BGH 1 StR 368/03 - Beschluß vom 05.11.2003 = HRRS 2004 Nr. 34, Rn. 3 ff.; 3 StR 460/06 - Beschluß vom 24.01.2006 = HRRS 2006 Nr. 279, Rn. 3 f.), in denen der Vorrang der Sachleitungsbefugnis (§ 238 Abs. 1 StPO) sich jedenfalls nicht von selbst versteht. Die unter II. 2. b) gewürdigten Erwägungen des *Senats* könnten die Problematik möglicherweise ausreichend entschärfen.

<sup>11</sup> Da vorliegend die Gefahr einer Protokollrüge nicht bestand und gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO möglicherweise auch das Schicksal des Berichtigungsantrages vorzutragen war, empfahl es sich durchaus, das Protokoll mit der Revisionsbegründung vorzutragen.

<sup>12</sup> Z.B. Güntge, in: S/S/W a.a.O. (Fn. 1) § 274, Rn. 8 m.w.N.



indigniert berichtet der *Senat* (Rn. 11) über den weiteren Inhalt dieser Erklärung:

„Nach weiteren Erwägungen erklärte er, er könne sich eine objektiv unzutreffende Protokollierung zwar nicht vorstellen, wenn eine solche aber vorliege, handele es sich nicht um eine bewusste Falschbeurkundung, sondern lediglich um eine nachlässige Protokollierung. Er halte es indes `allenfalls für denkbar`, dass er nach der Belehrung der Angeklagten erklärt habe, infolge der vorgerückten Zeit sollten die Einlassungen der Angeklagten bzw. die Gelegenheit dazu auf den zweiten Hauptverhandlungstag verschoben werden, und der Verteidiger des ehemaligen Mitangeklagten I. daraufhin mit dessen Zustimmung eine geständige Einlassung seines Mandanten lediglich angekündigt habe. Dies könne die Protokollführerin möglicherweise als Einlassung zur Sache gewertet und entsprechend protokolliert haben, was ihm bei der späteren Lektüre des Protokolls nicht aufgefallen sei.“

Diese Ausführungen des Kammervorsitzenden machten indes für das *Senat* (Rn. 12) den Weg frei, sich für die Prüfung der tatsächlichen Grundlagen der Verfahrensrüge von den Feststellungen des Hauptverhandlungsprotokolls zu lösen. Dem angesichts der vom *Senat* (Rn. 12) zitierten, einschlägigen Rechtsprechung eher befremdlichen Rettungsversuch des Generalbundesanwalts, darauf abzuheben, die Urkundsbeamten hätten das Protokoll immerhin nicht ausdrücklich als unrichtig bezeichnet, verweigerte er sich, um in der gebotenen Deutlichkeit<sup>13</sup> aufzuzeigen, bei unvoreingenommener Betrachtungsweise (Rn. 12: „...auf rationaler Basis...“) könnten die gewundenen Ausführungen des Vorsitzenden nur dahingehend verstanden werden, er sei nicht mehr von der Richtigkeit des von ihm mitunterzeichneten Protokollinhalts überzeugt.

cc) Damit hatte der *Senat* (Rn. 13 ff.) in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob im Freibeweisverfahren<sup>14</sup> die Richtigkeit des Sachvortrags der materiell begründeten (Rn. 19 ff.) Verfahrensrüge zur Zulässigkeitsvoraussetzung der rechtzeitigen Beachtung der Beanstandungsobliegenheit (§ 222b Abs. 1 StPO) nachgewiesen werden konnte. Diese Frage bejaht der *Senat* (a.a.O. Rn. 14) überzeugend

<sup>13</sup> Rn. 12: „Der Vorsitzende der Strafkammer hält ausweislich der Ausführungen in seiner dienstlichen Erklärung den vom Protokoll abweichenden Ablauf der Hauptverhandlung ausdrücklich für denkbar, er hält es insoweit für möglich, dass die Protokollführerin die bloße Ankündigung einer Einlassung irrtümlich als Abgabe einer solchen protokolliert habe und ihm dies vor Unterzeichnung des Protokolls nicht aufgefallen sei. Dass er sich eine objektiv unrichtige Protokollierung gleichwohl nicht vorstellen kann, ist demgegenüber schon deshalb ohne maßgebende Bedeutung, weil er gerade keine konkrete Erinnerung mehr an den Ablauf des Hauptverhandlungstages hat. Im Ergebnis hat sich der Vorsitzende Richter damit vom Protokollinhalt in dem Sinne distanziert, dass er einen anderen Ablauf als den protokollierten jedenfalls nicht ausschließen kann.“

<sup>14</sup> Zu dessen Leistungsfähigkeit kritisch *Börner* a.a.O. (Fn. 4) S. 261 ff.

und nimmt hierbei auch in den Blick, daß die Kammer selbst den Besetzungseinwand auch nicht etwa – wozu sie ggfls. verpflichtet gewesen wäre<sup>15</sup> – als unzulässig behandelt, sondern als unbegründet zurückgewiesen hatte. Wörtlich:

„Aufgrund der auch im Revisionsverfahren vorgelegten anwaltlichen Versicherungen<sup>16</sup> der Verteidiger der Angeklagten und der durch den Generalbundesanwalt eingeholten Mitteilung des Verteidigers des ehemaligen Mitangeklagten I., Rechtsanwalt Dr. S., ist der *Senat* jedenfalls davon überzeugt, dass am ersten Hauptverhandlungstag vor Erhebung des Besetzungseinwands durch Rechtsanwalt W. eine Einlassung des ehemaligen Mitangeklagten I. nicht abgegeben, sondern – entsprechend den Erwägungen in der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden der Strafkammer – nur angekündigt worden ist. Dies steht mit den anwaltlichen Versicherungen aller Verteidiger im Einklang, nach denen eine Einlassung eines Angeklagten am ersten Hauptverhandlungstag nicht abgegeben worden sei.“

Die oben zitierte weitergehende Erklärung des Rechtsanwaltes Dr. S. hält der *Senat* (Rn. 16) „angesichts des geschilderten Ablaufs und der Pauschalität der Erklärung, die Vorwürfe würden `im Wesentlichen` eingeräumt“, ohne weiteres mit seiner Feststellung für vereinbar, „dass eine Einlassung des ehemaligen Mitangeklagten I. damit am ersten Hauptverhandlungstag lediglich für den nächsten Hauptverhandlungstag angekündigt, nicht aber bereits abgegeben worden ist.“ Eine weitergehende Sachaufklärung sieht der *Senat* (Rn. 16) nicht als veranlaßt an und verweist indiziell auf das (angesichts des erhobenen Vorwurfs der Protokollfälschung allerdings kaum nachvollziehbare<sup>17</sup>) Unterbleiben der Abgabe einer Revisionsgegengerklärung durch die örtliche Staatsanwaltschaft, um mit Recht abschließend folgende antizipierende Beweiswürdigung vorzunehmen:

„Nachdem der Vorsitzende der Strafkammer und die Protokollführerin keine Erinnerung mehr an die Abläufe des Hauptverhandlungstages (...) , sieht der *Senat* von der Einholung weiterer dienstlicher Erklärungen, etwa der Beisitzer, der Schöffen oder der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft ab: Da schon die Urkundspersonen sich nicht mehr an die konkreten, von ihnen zu beurkundenden Abläufe erinnern können, steht nicht zu erwarten, dass die Verfahrensbeteiligten, die weniger Veranlassung hatten, sich die genauen Abläufe einzuprägen, zur Sachaufklärung beitragen könnten.“

<sup>15</sup> Z.B. *Grube*, in: S/S/W a.a.O. (Fn. 1) § 222b, Rn. 23.

<sup>16</sup> Dies belegt einmal mehr, wie wichtig es ist, daß Verteidiger während der Hauptverhandlung die Erstellung einer auch in prozessualer Hinsicht aussagekräftigen Mitschrift als Grundlage derartiger Erklärungen sicherstellen.

<sup>17</sup> Vgl. zur Funktion der staatsanwaltschaftlichen Gegengerklärung z.B. *Frisch*, in: SK, StPO, 4. Aufl. (2014), § 347, Rn. 8 m.w.N.

b) Der *Senat* läßt es hiermit allerdings nicht bewenden, sondern äußert sich auch zu der Frage, welchen Pflichten sich der Vorsitzende ausgesetzt gesehen haben könnte, hätte er von seiner eingangs erwähnten Befugnis Gebrauch gemacht hatte, einen befristungsbedrohten Antrag nicht sofort entgegenzunehmen. Trifft ihn nicht gleichsam aus prozessualer Ingerenz die Verpflichtung, den Antragstellern zum nächstmöglichen Zeitpunkt innerhalb der Frist ausdrücklich „von sich aus das Wort zur Erhebung der angekündigten, aber auf sein Betreiben zurückgestellten Besetzungseinwände zu erteilen“ (Rn. 18)? Daß hierfür schon nach dem prozessualen Ablauf gute Gründe streiten, hebt der *Senat* (Rn. 18) anschaulich hervor:

„Es ist kein Grund ersichtlich, aus dem die Verteidiger der Angeklagten von sich aus auf die Erhebung der Besetzungseinwände vor Verlesung der Anklageschrift hätten verzichten und stattdessen diese nur hätten ankündigen sollen; der Vorsitzende Richter hat in seiner dienstlichen Erklärung – schon aufgrund seiner fehlenden Erinnerung – nicht in Abrede gestellt, die Verteidiger zur Zurückstellung der Besetzungseinwände gebracht zu haben. Hätte bei einem solchen Verfahrensablauf aber der Vorsitzende Richter von sich aus auf die Besetzungseinwände zurückkommen müssen, hätte er dies auch zum gebotenen Zeitpunkt und damit vor Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache tun müssen.“

Der *Senat* (Rn. 18 a.E.) deutet mit Blick hierauf nicht nur überzeugend an, eine Verletzung dieser Pflicht wäre mit der prozessualen Fürsorgepflicht<sup>18</sup> nicht zu vereinbaren, sondern erwägt ausdrücklich und insoweit wohl verfahrensrechtliches Neuland betretend, es könne in diesem Fall deshalb zweifelhaft erscheinen, „den Angeklagten die verspätete Erhebung des Besetzungseinwandes anzulasten und sie mit der Rüge nach § 338 Nr. 1 StPO auszuschießen.“ Alles andere liefe allerdings auch auf eine Einladung an den Tatrichter hinaus, durch eine listige Verfahrensgestaltung Beanstandungsmöglichkeiten des Angeklagten leerlaufen zu lassen.<sup>19</sup>

Das dürfte im Ergebnis erst recht dann gelten, wenn der Vorsitzende – wie in dem unter I. geschilderten Prozeß von der Verteidigung in den Raum gestellt – das Verfahren so gestaltet, daß praktisch das „Hineinrutschen“ der Verteidigung, also die fristgerechte Beanstandung bzw. Antragsanbringung in der Hauptverhandlung, vereitelt wird. Allerdings werden Verteidiger sehr sorgfältig zu prüfen haben, ob zur Vermeidung derartiger prozessualer Risiken bei für die spätere Erhebung von Revisionsrügen essentiellen, fristgebundenen Beanstandungen, die genau-

<sup>18</sup> Dazu z.B. *Beulke*, in: S/S/W a.a.O. (Fn. 1) Einleitung, Rn. 75.

<sup>19</sup> Bemerkenswert ist, daß offenbar erst der harsche Vorwurf der Protokollfälschung durch die Revisionsverteidigung den Vorsitzenden veranlaßt hatte, mit halbwegs offenen Karten zu spielen. Möglicherweise war er vorher unterschwellig von der Vorstellung beherrscht, der Verweis auf die allseitige Amnesie sei nicht unbehelflich, da nach revisionsrechtlich vorherrschender Auffassung (vgl. *Frisch* a.a.O. (Fn. 17) § 337, Rn. 75 f.) ein Verfahrensverstoß durch den Beschwerdeführer zu beweisen ist.

so wirksam auch vorab außerhalb der Hauptverhandlung angebracht werden können, dieser sicherere, da von der Dynamik der Hauptverhandlung unabhängige Weg beschritten werden sollte. Das gilt erst recht dann, wenn mit ihnen – wie hier – Grundrechtsverletzungen durch die Strafjustiz (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) entgegengetreten werden soll.<sup>20</sup>

### III.

Ist damit alles gut? Belegt die im Kern überzeugend begründete Entscheidung des *Senats*, daß die einleitend in Erinnerung gerufenen Bedenken gegen manch neuere Tendenz in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung nur womöglich verteidigertypischem Alarmismus geschuldet sind? Wird es der BGH schon richten?

Daß vorliegend der (vorgeschützte) Erinnerungsverlust der Urkundspersonen im Ergebnis nicht zu einem revisionsrechtlichen Problem wurde, die materiell begründete Verfahrensrüge also durchgreifen konnte, war nicht selbstverständlich. Es bedarf wenig an Vorstellungskraft, um zu ermessen, wie – etwa mit schlichtem Hinweis auf die Beweisproblematik – andere Revisionsgerichte sich dieses Falles angenommen haben könnten.

Vor allem aber: Es ist eine der Verdienste der gedankenreichen Habilitationsschrift *René Börners*, auf die Gefahr aufmerksam gemacht zu haben, die entsteht, wenn in die Auslegung strafverfahrensrechtlicher Normen das „Weltbild des redlichen Strafrichters“<sup>21</sup> Einzug hält. Diese Perspektive einzunehmen, ist fatal: Sie verstellt den Blick darauf, daß Förmlichkeiten eine notwendige Bedingung „zur Eindämmung der auf Seiten des Gerichts liegenden Gefahren für den Wahrheitsanspruch und die Akzeptanz der Strafrechtspflege“<sup>22</sup> sind, glaubt doch der redliche Strafrichter, jede ihn beschränkende Form sei letztlich pure Förmerei, weshalb ihm die Einsicht verschlossen zu bleiben droht, daß „gerade das Gericht als solches eine maßgebliche Fehlerquelle ist“.<sup>23</sup>

Wie anders soll man denn – jedenfalls bei wohlwollender Betrachtungsweise – das Verhalten des Landgerichts in Wuppertal – bezogen sowohl auf die Handhabung des Protokolls als auch die Bestimmung des gesetzlichen Richters – interpretieren?

<sup>20</sup> Daß ein Prozeßbeginn mit einer den Tatrichter überraschenden Antragspringflut geeignet sein könnte, das Mandanteninteresse zu befördern, dürfte regelmäßig allenfalls anwaltlichem Kinderglauben geschuldet sein (und zudem bei Strafrichtern – aller Abwegigkeit derartiger Vorstellungen zum Trotz – schwarze rechtspolitische Phantasien über eine ins Zwischenverfahren vorverlagerte Präklusion wecken). Daß Anträge außerhalb der Hauptverhandlung den Fortgang des Verfahrens weitergehend blockieren können (arg. § 29 Abs. 2 StPO), ist demgegenüber als gesetzlich vorgesehene Folge hinzunehmen.

<sup>21</sup> A.a.O. (Fn. 4) S. 189.

<sup>22</sup> A.a.O. (Fn. 4) S. 190.

<sup>23</sup> A.a.O. (Fn. 4) S. 190. Dazu paßt die Beobachtung, daß man kaum sagen können wird, innerhalb der Strafjustiz sei die fundierte Studie von *Thomas Darnstädt* (*Der Richter und sein Opfer – wenn die Justiz irrt*, 2013) nachvollziehbar selbstkritisch rezipiert worden. Deren Interesse an der vielfach billigen Polemik *Joachim Wagners* (*Vorsicht Rechtsanwalt*, 2014) erscheint jedenfalls deutlich ausgeprägter.

# Polizeiliche Vernehmung ohne Pflichtverteidiger statt unverzüglicher Vorführung vor den Haftrichter

Besprechung von BGH HRRS 2014 Nr. 1114

Von Wiss. Mit. Dr. Peter Kasiske, München

## I. Einleitung

§ 115 Abs. 1 StPO sieht vor, dass ein Beschuldigter nach seiner Ergreifung aufgrund eines Haftbefehls unverzüglich dem Haftrichter vorzuführen ist. Seit 2009 führt die Aufrechterhaltung des Haftbefehls durch den Haftrichter zwingend dazu, dass dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist, sofern er bislang noch unverteidigt ist. In der hier zu besprechenden Entscheidung<sup>1</sup> beschäftigt sich der BGH mit der Frage, welche Folgen es hat, wenn noch vor der Vorführung vor den Haftrichter eine polizeiliche Vernehmung ohne anwaltlichen Beistand durchgeführt wird, und unter welchen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen.

## II. Verfahrensgeschehen

Die Angeklagte war am 5. März 2013 festgenommen worden. Gegen sie war Haftbefehl wegen eines mehr als 10 Jahre zurückliegenden Mordes erlassen worden, nachdem ein DNS-Abgleich Übereinstimmungen mit am Tatopfer abgenommenem Spurenmaterial ergeben hatte. Nach der Festnahme verbrachte man die Angeklagte zunächst zur Mordkommission. Dort wurde sie zweimal polizeilich vernommen. Erst danach erfolgte die Vorführung vor den Haftrichter. Dieser ordnete den Vollzug des Haftbefehls an und bestellte der Angeklagten einen Pflichtverteidiger. Bei den Vernehmungen durch die Polizei hatte sie nach ordnungsgemäßer Belehrung erklärt, keinen Anwalt zu benötigen. In der Hauptverhandlung wurden die Polizeibeamten und der Ermittlungsrichter entgegen dem Widerspruch des Verteidigers als Zeugen vernommen. Mit der Revision rügte die Verteidigung einen Verstoß gegen §§ 163a Abs. 3 StPO, 136 Abs. 2, 141 Abs. 3 S. 2 StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, weil die Vernehmungen durch Polizei und Haftrichter ohne vorherige Beordnung eines Pflichtverteidigers stattgefunden hatten. Der Rüge blieb vor dem 5. Strafsenat des BGH der Erfolg versagt.

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114.

## III. Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Beantragung einer Pflichtverteidigerbestellung

Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung zunächst seine außerordentlich restriktive Linie, was die Bestellung von Pflichtverteidigern im Ermittlungsverfahren angeht. Nach § 141 Abs. 3 S. 1 StPO kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft bereits im Vorverfahren ein Pflichtverteidiger bestellt werden. Dabei sieht das Gesetz in § 141 Abs. 3 S. 2 StPO die Beantragung durch die Staatsanwaltschaft bereits dann vor, wenn von einer notwendigen Verteidigung im Hauptverfahren auszugehen ist. Damit wäre eigentlich ein staatsanwaltschaftlicher Beordnungsantrag immer dann geboten, wenn aus Sicht der Staatsanwaltschaft ein dringender Tatverdacht hinsichtlich eines Verbrechens besteht, da dann für das Hauptverfahren gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist.<sup>2</sup> Der BGH sieht es aber nicht nur als zulässig an, wenn die Staatsanwaltschaft mit der Beantragung der Pflichtverteidigerbestellung so lange abwartet, bis der dringende Tatverdacht durch eine weitere Vernehmung abgeklärt werden kann.<sup>3</sup> Über den Wortlaut des § 141 Abs. 3 S. 2 StPO hinaus<sup>4</sup> fordert der BGH für eine Antragspflicht der Staatsanwaltschaft zudem neben einem abgeklärten dringenden Tatverdacht eines Verbrechens auch noch, dass der Beschuldigte tatsächlich der Mitwirkung eines Verteidigers bedürfe<sup>5</sup> bzw. diese bereits im Vorverfahren zur effektiven Wahrnehmung der Verteidigungsinteressen des Beschuldigten unerlässlich sein müsse.<sup>6</sup> Die Schwelle, ab der eine Mitwirkung unerlässlich sein soll, setzt der BGH dabei ausgesprochen hoch an. So sah er in der Entscheidung BGHSt 47, 233 eine

<sup>2</sup> Mehle, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren (2006), S. 252; ders., NJW 2007, 969, 974; Sowada NStZ 2005, 1, 4; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 19 Rn. 42; wohl auch Lüderssen/Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 141 Rn. 24 a, die eine Antragspflicht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und dem Gebot konventionskonformer Auslegung ableiten wollen.

<sup>3</sup> BGHSt 47, 172, 176.

<sup>4</sup> Vgl. Neuhaus JuS 2001, 18, 21.

<sup>5</sup> BGHSt 47, 172, 176.

<sup>6</sup> BGHSt 47, 233, 236 f.

effektive Verteidigung auch ohne frühzeitige Beiordnung eines Pflichtverteidigers gewährleistet, obwohl sich die 20jährige, zudem schwangere und kaum Deutsch sprechende Angeklagte gegen den Vorwurf eines versuchten Mordes zu verteidigen hatte. Auch im vorliegenden Fall war die Tatsache, dass die Angeklagte mit einem Mordvorwurf konfrontiert war und bislang noch nie mit der Justiz zu tun hatte für den 5. Strafsenat kein Grund, eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Beantragung einer Pflichtverteidigung anzunehmen.<sup>7</sup> Eine zwingend gebotene Pflichtverteidigerbestellung bereits im Ermittlungsverfahren bleibt somit für den BGH weiterhin eine seltene Ausnahme. Sie soll beispielsweise dann angezeigt sein, wenn die ermittelungsrichterliche Vernehmung eines Belastungszeugen gemäß § 168c Abs. 3 S. 1 in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt werden soll. Hier erzwingt laut BGH der Grundsatz des fairen Verfahrens die Bestellung eines Pflichtverteidigers bereits im Vorverfahren, damit dieser an der Zeugenvernehmung teilnehmen und so das Konfrontationsrecht für den Beschuldigten wahrnehmen kann.<sup>8</sup>

Auch aus der Tatsache, dass die Beschuldigte bereits verhaftet worden war, lässt sich für den BGH im vorliegenden Fall nicht ableiten, dass ihr ein Pflichtverteidiger zur Seite zu stellen gewesen wäre. Seit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts von 2009 ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO zwar zwingend vorgeschrieben, wenn gegen den Beschuldigten Untersuchungshaft vollstreckt wird. In diesem Fall hat die Bestellung gemäß § 141 Abs. 3 S. 4 StPO unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung zu erfolgen. Laut BGH beginnt die Vollstreckung dabei aber erst mit der Entscheidung des Haftrichters zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft nach § 115 Abs. 4 S. 1 StPO und nicht etwa schon mit der Festnahme.<sup>9</sup> Danach wäre auch die Festnahme aufgrund eines bereits erlassenen Haftbefehls zunächst einmal nur vorläufig, bis der Haftrichter im Vorführungstermin endgültig über die Vollstreckung des Haftbefehls beschließt.<sup>10</sup> Dieses Ergebnis mutet angesichts des Wortlauts des § 115 Abs. 4 StPO allerdings etwas seltsam an. Denn danach ordnet der Haftrichter gegebenenfalls die Aufrechterhaltung der Haft an, was eigentlich nur einen Sinn ergibt, wenn die Vollstreckung der Untersuchungshaft schon vor dem Vorführungstermin, nämlich mit der Festnahme, begonnen hat. Die Gesetzesbegründung lässt zwar den Schluss zu, dass es tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass eine Pflichtverteidigerbestellung erst ab dem Zeitpunkt der Verkündung des Haftbefehls durch den Richter nach § 115 Abs. 4 S. 1 geboten sein soll.<sup>11</sup> In der Sache überzeugend ist dieses Ergebnis aber nicht, da der Beschuldigte bereits in der Vorführungsverhandlung dringend des Beistands eines Verteidigers bedarf.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114 Rz. 11.

<sup>8</sup> BGHSt 46, 93, 97 ff.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114 Rz. 10.

<sup>10</sup> Wohlers StV 2010, 151, 152.

<sup>11</sup> BT-Drs. 16/13097 S. 19; zum Gesetzgebungsverfahren vgl. Jahn, in: FS Rissing-van Saan (2011), S. 275, 276 ff.

Da er bereits einen Gesetzesverstoß verneint hat, hatte der 5. Strafsenat hier keinen Anlass, dazu Stellung zu nehmen, welche Rechtsfolgen denn aus einem rechtswidrigen Unterlassen des staatsanwaltschaftlichen Beiordnungsantrages erwachsen würden. In einer früheren Entscheidung hat der BGH ein Verwertungsverbot verneint und lediglich eine besonders kritische Würdigung der unter solchen Bedingungen erlangten Beweise verlangt.<sup>12</sup> Es ist daher nicht zu erwarten, dass sich der BGH in der Konstellation einer ohne Pflichtverteidiger durchgeführten Beschuldigtenvernehmung zu einem Verwertungsverbot durchringen könnte, zumal wenn der Beschuldigte wie hier nach korrekter Belehrung ausdrücklich erklärt, keinen Verteidiger zu benötigen.

## IV. Willkürlicher Verstoß gegen § 115 Abs. 1 StPO

Ein Verwertungsverbot könnte hier aber auch noch aus einem weiteren Grund in Betracht kommen, auf den sich die Revision zwar nicht gestützt hat, dem der BGH in seiner Entscheidung gleichwohl einige Aufmerksamkeit widmet: Die Polizeibeamten hatten die Beschuldigte nämlich – sogar zweimal – vernommen, bevor sie sie dem Haftrichter vorführten. Der BGH sieht hierin zu Recht einen Verstoß gegen das Gebot unverzüglicher Vorführung aus § 115 Abs. 1 StPO.<sup>13</sup> Zwar hat er für den Fall der Vorführung nach vorläufiger Festnahme gemäß § 128 StPO bereits früher einmal entschieden, dass eine polizeiliche Vernehmung vor der Vorführung zulässig sein kann, um so für die Haftentscheidung wesentliche Umstände zu ermitteln.<sup>14</sup> In einem solchen Fall ist aber auch noch kein Haftbefehl erlassen und der Haftrichter wird bei der Vorführung erstmalig mit dem Sachverhalt konfrontiert, ohne auf vorangegangene Ermittlungsergebnisse zurückgreifen zu können.

Anders liegt es bei einer Vorführung gemäß § 115 Abs. 1 StPO, denn in diesem Fall liegt bereits ein Haftbefehl vor. Die die Haft begründenden Tatsachen wurden schon richterlich geprüft, häufig durch denselben Richter, der auch den Vorführungstermin durchführt. Es besteht dann kein Bedarf, durch eine vorherige polizeiliche Vernehmung Materialien für die Entscheidung des Haftrichters zu sammeln. Der Gesetzgeber hat die Entscheidung über die Untersuchungshaft bewusst an den Richter übertragen und ihn in § 128 Abs. 1 S. 2 StPO und § 115 Abs. 2 StPO auch verpflichtet, den Beschuldigten selbst zu vernehmen. Er soll sich also gerade selbst ein Bild von ihm und seinen Angaben zum Tatvorwurf machen und sich nicht auf polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Vorarbeiten verlassen. Die richterliche Vernehmung soll sicherstellen, dass der Verhaftete rechtliches Gehör vor einer unabhängigen Instanz findet, die zuvor nicht seine Verfolgung und Überführung betrieben hat, und er so die

<sup>12</sup> BGHSt 46, 93, 103; kritisch dazu *Beulke*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO*, 2014, § 141 Rn. 21; *Mehle NJW* 2007, 969, 974; *Roxin/Schünemann* (o. Fn. 2), § 24 Rn. 39; für ein Verwertungsverbot auch *AG Hamburg StV* 2004, 11.

<sup>13</sup> BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114 Rz. 12.

<sup>14</sup> BGH *NJW* 1990, 1188.

Gelegenheit enthält, die Haft- und Verdachtsgründe zu entkräften, was nach § 115 Abs. 3 S. 2 ja gerade auch wesentlicher Zweck der richterlichen Vernehmung ist. Dagegen wird die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung in der Praxis regelmäßig konfrontativ durchgeführt und hat aus Sicht der Polizei trotz § 136 Abs. 2 StPO normalerweise zum Ziel, den Beschuldigten zu einem Geständnis zu bewegen oder zumindest seiner Überführung dienliche Angaben zu gewinnen. Schon im Fall des § 128 StPO ist es daher entgegen der Auffassung des BGH höchst zweifelhaft, ob eine vorangehende polizeiliche Vernehmung zulässig ist.<sup>15</sup> Im Fall des § 115 StPO ist sie es aber in keinem Fall.<sup>16</sup>

Welche Rechtsfolgen ergeben sich nun bei einem Verstoß gegen § 115 Abs. 1 StPO? Nach Ansicht des 5. Strafsenats käme ein Beweisverwertungsverbot nur dann in Betracht, wenn die Beamten die Vorführung gezielt deshalb verzögert hätten, um die Bestellung eines Pflichtverteidigers durch den Haftrichter zu umgehen.<sup>17</sup> Für ein solches Motiv wollte der Senat im vorliegenden Fall aber keine Anhaltspunkte erkennen. Vielmehr lag seiner Auffassung nach die Annahme nahe, dass die Beamten in bloßer Verkennung des § 115 Abs. 1 StPO bestrebt gewesen waren, dem zuständigen Gericht eine tragfähige Grundlage für seine Entscheidung über den Vollzug der Untersuchungshaft zu vermitteln. Bereits diese Interpretation des Verfahrensgeschehens ist aber kaum überzeugend. Denn es erscheint durchaus zweifelhaft, dass die Verzögerung nur dem hehren Ziel dienen sollte, dem Haftrichter seine Entscheidung zu erleichtern. Das kann entgegen der Begründung des BGH auch nicht daraus gefolgert werden, dass es dem Haftrichter ohnehin gestattet gewesen wäre, die Vernehmung in Abwesenheit eines Verteidigers durchzuführen. Denn Ziel des polizeilichen Verhörs dürfte nicht gewesen sein, die Voraussetzungen der Untersuchungshaft abzuklären, sondern vor allem, durch ein protokolliertes Geständnis Fakten für das weitere Verfahren und die Grundlagen für eine spätere Verurteilung zu schaffen, auch wenn die Angeklagte nach Hinzuziehung eines Verteidigers dann die Aussage verweigern sollte.

Vor allem aber überspannt der BGH hier die Anforderungen an die Feststellung eines willkürlichen Verfahrensverstößes, wenn er eine Absicht der Beamten dahingehend fordert, durch die Verzögerung der Vorführung eine Pflichtverteidigerbestellung zu vereiteln. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zieht ein bewusster und willkürlicher Verstoß gegen Verfahrensvorschriften, bei dem grundrechtliche Sicherungen planmäßig außer Acht gelassen werden, zwangsläufig ein Beweisverwertungsverbot nach sich.<sup>18</sup> Maßgeblich ist damit allein, ob den Beamten bewusst war, dass sie sich durch

ihr Vorgehen über Verfahrensvorschriften hinwegsetzen, die dem Schutz der Grundrechte des Betroffenen dienen. Eine darüber hinausgehende Absicht, dem Beschuldigten seine Rechte vorzuenthalten, ist nicht erforderlich. Denn ein behördliches Verhalten, das sich bewusst über das geltende Recht hinwegsetzt, wäre auch dann willkürlich, wenn es mit dem Ziel erfolgte, den Beschuldigten zu begünstigen.

Ein willkürlicher Verstoß wäre daher allenfalls dann ausgeschlossen, wenn den Beamten nicht bewusst gewesen wäre, dass sie sich durch ihr Verhalten über das geltende Recht hinwegsetzen, so dass sie gleichsam einem Verbotsirrtum unterlagen. Für eine solche Verkennung der Rechtslage könnte hier allenfalls sprechen, dass die Rechtsprechung in Fällen des § 128 StPO eine polizeiliche Vernehmung vor der Vorführung zur Verdachtsabklärung gestattet. Andererseits sind der BGH und praktisch die gesamte Kommentarliteratur einhellig der Auffassung, dass im Falle der Vorführung nach bereits erlassenen Haftbefehl gemäß § 115 Abs. 1 StPO eine vorherige Vernehmung nicht zulässig ist. Dafür, dass den Polizeibeamten hier § 115 Abs. 1 StPO und seine Bedeutung bekannt waren, spricht außerdem, dass es sich bei ihnen um Mitglieder einer Mordkommission handelte, die regelmäßig besonders qualifiziert und erfahren sind.

Einem Verwertungsverbot steht auch nicht entgegen, dass trotz der Verzögerung die Vorführung vor dem Haftrichter noch innerhalb der Frist des Art. 104 Abs. 3 GG erfolgte.<sup>19</sup> Denn an dem willkürlichen Übergehen des § 115 Abs. 1 StPO ändert dies nichts. Wie in den Fällen des Verstoßes gegen den – ebenfalls grundgesetzlich verbürgten – Richtervorbehalt bei der Anordnung von Durchsuchungen in § 105 StPO ist das Verwertungsverbot die Folge einer willkürlichen Missachtung von durch die Verfassung vorgegebenen Verfahrensstrukturen, die ihrerseits im Dienste eines „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ stehen. Zwar besteht der Schutzzweck des § 115 StPO primär darin, den Verhafteten vor einem ungerichtfertigen Eingriff in seine persönliche Freiheit zu bewahren und ihm rechtliches Gehör zu gewähren, und nicht im Schutz vor verfrühten polizeilichen Vernehmungen. Der Grundrechtsschutz durch Verfahren beinhaltet aber – wie der BGH hier selbst feststellt – auch den Aspekt, dass die richterliche Vorführung gegebenenfalls zur Bestellung eines Pflichtverteidigers führt, der dann auch Einfluss auf weitere Vernehmungen nehmen kann.<sup>20</sup> Dass die Vorführung dann doch noch innerhalb der Frist des Art. 104 Abs. 3 GG stattgefunden hat, kann den vorangegangenen Verfahrensverstöß folglich ebenso wenig heilen, wie eine Missachtung des Richtervorbehalts bei Durchsuchungen nach § 105 StPO dadurch aus der Welt geschafft werden kann, dass das Gericht nachträglich die Durchsuchung bestätigt und sie bei rechtzeitiger Einschaltung auch selbst angeordnet hätte.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Ebenso *Nelles* StV 1992, 385, 387 f.

<sup>16</sup> BGH NJW 1990, 1188; StV 1995, 283. A.A. jedoch *Wankel*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 57. EL 2010, § 115 Rn. 5 mit der zweifelhaften Begründung, bei einer polizeilichen Vernehmung handele es sich nicht um eine Beweiserhebung.

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114 Rz. 13.

<sup>18</sup> BVerfGE 113, 29, 61; BVerfG NJW 2006, 2684, 2686; NStZ 2011, 103, 105 = HRRS 2010 Nr. 1128. Ebenso BGH NStZ 2012, 104 = HRRS 2011 Nr. 1221.

<sup>19</sup> So aber BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114 Rz. 14.

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 20.10.2014 - 5 StR 176/14 = HRRS 2014 Nr. 1114 Rz. 12.

<sup>21</sup> Vgl. dazu BGHSt 51, 285, 295 f. = HRRS 2007 Nr. 463; *Roxin* NStZ 1995, 465, 467 f.

## V. Fazit

Die Entscheidung bestätigt zum einen die restriktive Linie der Rechtsprechung, was die Notwendigkeit einer Pflichtverteidigerbestellung im Vorverfahren angeht. Der Staatsanwaltschaft wird somit entgegen der Wertung in § 141 Abs. 3 S. 2 StPO weiterhin praktisch freie Hand eingeräumt, ob sie bereits im Vorverfahren eine Beiordnung beantragt. Im Hinblick auf § 115 Abs. 1 StPO stellt die Entscheidung klar, dass die Vorführung vor den Haft-

richter nicht durch weitere Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere Vernehmungen des Beschuldigten, verzögert werden darf. Ein willkürlicher Verstoß führt grundsätzlich auch zu einem Verwertungsverbot. Allerdings stellt der 5. Strafsenat hier im Ergebnis der Kriminalpolizei einen Freibrief für die Missachtung des Gebots der unverzüglichen Vorführung aus, wenn er die Willkürlichkeit des Verstoßes von einer subjektiven Schädigungsabsicht abhängig machen will, die sich in der Praxis kaum jemals nachweisen lassen wird.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Was bedeutet die Rechtsprechungsänderung des BGH zum „Absatzerfolg“ für die Absatzhilfe?

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2013 Nr. 700, BGH HRRS 2013 Nr. 701 und BGH HRRS 2014 Nr. 184

Von Staatsanwalt Jan Dehne-Niemann, Schwetzingen\*

## I. Einleitung

Mit Beschluss vom 22.10.2013 hat sich der 3. Strafsenat des BGH nach vorangegangener konsensbildender Anfrage<sup>1</sup> (§ 132 GVG) bei den übrigen Strafsenaten<sup>2</sup> von dem traditionsreichen Standpunkt verabschiedet, den zu § 259 StGB a.F. schon das Reichsgericht vertreten hatte<sup>3</sup>, wonach die Tatmodalität des Absetzens keinen Absatzerfolg im Sinne einer Weiterverschiebung der deliktisch erlangten Sache voraussetze.<sup>4</sup> Nunmehr soll das Gegenteil gelten, ein vollendetes Absetzen also nur dann vorliegen, wenn es zu einer Weitergabe der Sache an einen Abnehmer

gekommen ist.<sup>5</sup> Dass diese in der Literatur trotz einiger Gegenstimmen<sup>6</sup> ganz überwiegend vertretene<sup>7</sup> erfolgsorientierte Auslegung („Erfolgstheorie“) des Absetzens teleologisch und systematisch zutrifft und unter der Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG allein richtig ist, hat der 3. Strafsenat bereits im Anfragebeschluss vom 14.05.2013 mustergültig begründet und bedarf keiner weiteren Darlegung. Allenfalls wäre angesichts der überwältigenden argumentativen Übermacht der „Erfolgstheorie“, der sich die Senate nunmehr einmütig angeschlossen haben, zu

\* Der Verfasser ist Staatsanwalt und derzeit als Dozent an die Hochschule für Rechtspflege Schwetzingen abgeordnet.

<sup>1</sup> BGH, 3. Senat, Beschluss vom 14.05.2013 – 3 StR 69/13, NStZ 2013, 584 = HRRS 2013 Nr. 700 m. Anm. Jahn JuS 2013, 1044; Jäger JA 2013, 951; Theile ZJS 2014, 458.

<sup>2</sup> BGH, 1. Senat, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 ARs 6/13 = wistra 2013, 428 = NZWiSt 2014, 154 = HRRS 2013 Nr. 701 = BeckRS 2013, 15726; BGH, 2. Senat, Beschluss vom 15.08.2013 – 2 ARs 299/13 = HRRS 2013 Nr. 872 = BeckRS 2013, 15924; BGH, 4. Senat, Beschluss vom 8. Oktober 2013 – 4 ARs 7/13 = HRRS 2013 Nr. 975 = BeckRS 2013, 17708; BGH, 5. Senat, Beschluss vom 20. August 2013 – 5 ARs 34/13 = HRRS 2013 Nr. 921.

<sup>3</sup> Vgl. RGSt 5, 241, 242 f.; RGSt 40, 199; RGSt 55, 58, 59; RGSt 56, 191 f. unter Bezugnahme auf die seinerzeit fehlende Versuchsstrafbarkeit.

<sup>4</sup> BGHSt 26, 358; BGHSt 29, 242 f.; BGH NStZ 1990, 539; vgl. auch BGHSt 43, 110.

<sup>5</sup> BGH, 3. Senat, Beschluss vom 22.10.2013, NJW 2014, 951 = wistra 2014, 185 = NZWiSt 2014, 154 m. Anm. Beckemper NZWiSt 2014, 155 (zur Frage nach dem Erfordernis eines Absatzerfolges bei Steuerhhehlerei) = HRRS 2014 Nr. 184; bereits jetzt ständige (neue) Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss vom 27.03.2014 – 341/13 = HRRS 2014 Nr. 501; Beschluss vom 07.05.2014 – 1 StR 150/14 = HRRS 2014 Nr. 612.

<sup>6</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 36. Aufl. (2013), Rn. 864 (anders nun 37. Aufl. [2014], Rn. 864); Rosenau NStZ 1999, 352; D. Meyer MDR 1975, 721 f.

<sup>7</sup> Berz Jura 1980, 65; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 1157; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 2012, § 47 Rn. 27; Krack NStZ 1998, 462; Schönke/Schröder-Stree/Hecker StGB, 29. Aufl. 2014, § 259 Rn. 29. Eingehend zum Meinungsstand Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 12. Aufl. 2013, S. 215 ff. m. zahlr. w.N.

fragen, warum der überfällige Meinungswandel am BGH so lange auf sich warten ließ.<sup>8</sup>

Indes erledigt die Entscheidung des 3. *Senats* nur einen Teilaspekt dieses Jahrhundertproblems.<sup>9</sup> Aufmerken lässt ein obiter dictum des 3. *Senats*, wonach auch die vollendete Absatzhilfe einen Absatzerfolg – im Folgenden: „Absatzhilfeeferfolg“ – voraussetzen soll. Zu einer solchen Aussage – die sich schon im Anfragebeschluss findet<sup>10</sup> – bestand mangels Entscheidungserheblichkeit eigentlich kein Anlass, musste sich der Senat doch nur mit der Revision eines Absatzehlers befassen. Der Grund dafür, dass der 3. *Senat* seine Auffassung nun nochmals bekräftigt, dürfte in dem auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung<sup>11</sup> zur Absatzhilfe liegenden, vom 1. *Strafsenat*<sup>12</sup> ebenfalls obiter geäußerten Standpunkt zu sehen sein, dass mit der Erfolgsbezogenheit des Absetzens nicht zugleich ausgemacht ist, dass diese auch für das Absetznhelfen zu gelten habe.

## II. Zur Einordnung der Entscheidung

### 1. Erwägungen des 3. Strafsenats

Anders als der 2. *Senat*, der im Anfrageverfahren die bisherige Rechtsprechung zum Absatzerfolg als „mit dem Wortlaut kaum vereinbar“ bezeichnet und damit implizit einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip eingeräumt hatte, hat der 3. *Senat* zwar auf den Wortlaut des Absetzens abgestellt, die insoweit auslegungsrelevanten Normen – Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB – nicht genannt und nur festgestellt hat, für ein erfolgsbezogenes Verständnis des Absetzens spreche der Wortlaut.<sup>13</sup> Zu einem Verdikt der Wortlautwidrigkeit über das erfolgsneutrale Absatzverständnis hat der 3. *Senat* sich nicht verstehen können. Hierfür dürften Gründe des Eigenschutzes maßgeblich sein, denn der *Senat* hätte andernfalls näher begründen müssen, weshalb eine langewährende ständige Rechtsprechung aller Senate nun auf einmal und vor allem erst jetzt als grundgesetzwidrig verworfen wird. Ungeachtet dessen ist darauf zu beharren, dass ein erfolgsneutrales Verständnis des Absetzens einen Verstoß gegen das Analogieverbot darstellt. Absetzen ist nun

einmal mehr als eine auf Absatz gerichtete Tätigkeit, nämlich geglückter Absatz.<sup>14</sup>

Demgegenüber steht allein unter Wortlautgesichtspunkten das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG einem erfolgsneutralem Verständnis der Modalität des Absetzenshelfens nicht entgegen. Das eigene normwidrige Verhalten des beim Absetzen des Vortäters Helfenden besteht nicht in einem strikt am Gelingen der Weiterverchiebung zu messenden „Absetzen“, sondern in einem „Helfen“; das Absetzen stellt nur den Bezugspunkt des normwidrigen Helfens dar. Ein „Helfen“ kann alltags-sprachlich ohne weiteres als bloße Tätigkeit verstanden werden,<sup>15</sup> und insbesondere kann Hilfe auch zu einem nicht geglückten Handeln und damit zu einem nicht gelungenen Absetzen geleistet werden<sup>16</sup>. In ganz ähnlichem Sinne hatte – worauf der 3. *Senat* zum Absetzen hinweist<sup>17</sup> – schon das *Reichsgericht* auf einen Absatzerfolg auch deshalb verzichtet, weil in der bis 1975 geltenden Fassung des § 259 StGB ein (angeblich) handlungsbezogen zu verstehendes „Mitwirken zum Absatz“ unter Strafe stand und es für ein Mitwirken nicht darauf ankomme, ob der Absatz gelingt.<sup>18</sup> Deshalb ist es für die Vollendung des „Absetzenshelfens“ – rein grammatisch betrachtet – irrelevant, ob die Absatzbemühungen des Unterstüzten gelungen sind; anders als das schon begrifflich erfolgsbezogene Absetzen verlangt die Absatzhilfe eine erfolgreiche Verschiebung des bemakelten Sachbesitzes unter Wortlautgesichtspunkten (Art. 103 Abs. 2 GG) gerade nicht.<sup>19</sup>

Entsprechend dieser Wortlautoffenheit der Absatzhilfe hat der 3. *Senat* für die Erfolgsbezogenheit der Absatzhilfe denn auch nicht primär auf den Wortlaut des § 259 StGB abgestellt – die Wortlauerwägungen des 3. *Senats* betreffen in der Sache ausschließlich das Absetzen –, sondern zur Absatzhilfe insbesondere die im Verhältnis zum Verschaffungsgehilfen bestehenden Strafrahmengereimtheiten – das Fehlen einer dem § 27 Abs. 2 StGB entsprechenden obligatorischen Strafmilderung – und die Verstärkung dieser Ungereimtheiten durch die Versagung der fakultativen Strafmilderung des § 23 Abs. 2 StGB

<sup>8</sup> Für diesen Meinungswandel gab es allerdings in der jüngeren Judikatur des BGH gewisse Anhaltspunkte, vgl. BGH NStZ 2008, 152, 153; BGH BeckRS 2010, 05000. Teilweise wurde auch bereits das Erfordernis der konkreten Eignung zur Aufrechterhaltung oder Vertiefung der rechtswidrigen Besitzlage (BGHSt 43, 110 = BGH NStZ 1997, 493) als Annäherung der Rechtsprechung an die „Erfolgstheorie“ aufgefasst, vgl. Krack NStZ 1998, 462; Zieschang Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 409.

<sup>9</sup> Vgl. auch Jahn Jus 2013, 1045, der von einem „Ewigkeitsproblem“ spricht.

<sup>10</sup> BGH, 3. *Senat*, Beschluss vom 14.05.2013 – 3 StR 69/13, NStZ 2013, 584 = HRRS 2013 Nr. 700 Rn. 10.

<sup>11</sup> BGHSt 26, 3, 361 f.; BGHSt 43, 111; BGH NStZ 2008, 152; BGH wistra 2006, 17.

<sup>12</sup> 1. *Senat*, Beschluss vom 21.08.2013, Rn. 2.

<sup>13</sup> BGH, 3. *Senat*, Beschluss vom 14.05.2013 – 3 StR 69/13, NStZ 2013, 584 = HRRS 2013 Nr. 700 Rn. 9.

<sup>14</sup> Vgl. bereits OLG Köln NJW 1975, 988 sowie die vereinzelt gebliebene Entscheidung BGH NJW 1976, 1699.

<sup>15</sup> Zieschang Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 409 (der jedoch auch ein erfolgsneutrales Verständnis des Absetzens für noch wortlautkonform hält).

<sup>16</sup> So schon die bisherige Rechtsprechung zur Absatzhilfe, vgl. BGHSt 26, 359 ff. sowie insbesondere BGH NJW 1976, 1699, wo zwischen erfolgsbezogen zu verstehendem Absetzen und erfolgsneutralem Absetznhelfen unterschieden wurde.

<sup>17</sup> BGH, 3. *Senat*, Beschluss vom 22.10.2013, NJW 2014, 951 = HRRS 2014 Nr. 184.

<sup>18</sup> RGSt 5, 241, 242 f.: nicht Mitbewirkung des Absatzes, sondern Mitwirkung zum Absatz; ähnlich RGSt 56, 192; zust. etwa Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969, S. 373; Metzger/Blei, Strafrecht Studienbuch II, 9. Aufl. 1966, S. 174; dagegen für ein erfolgsorientiertes Verständnis schon des Mitwirkens zum Absatz Frank, StGB, 18. Aufl. 1931, § 259 IV 3; Schönke/Schröder, StGB, 15. Aufl. 1970, § 259 Rn. 40.

<sup>19</sup> Vgl. auch BGH NJW 1976, 1699, wonach nur an das Absetzen, nicht aber an die Absatzhilfe sprachlich einen geglückten Absatz im Sinne eines „Absatzerfolges“ erfordere.

hervorgehoben:<sup>20</sup> „Kommt (...) dem Absatzhelfer im Vergleich zum Gehilfen des Ankäufers schon die zwingende Strafrahmenschiebung des § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht zugute, sollte dies nicht noch dadurch verstärkt werden, dass ihm die Möglichkeit einer solchen nach § 23 Abs. 2 StGB zusätzlich genommen wird.“<sup>21</sup>

So sehr dem 3. Senat im Ergebnis beizustimmen ist, so sehr fordert diese teleologische Erwägung Widerspruch heraus, weil hier die unterschiedlichen Funktionen der Strafrahmensmilderungen des § 27 Abs. 2 StGB einerseits und des § 23 Abs. 2 StGB andererseits konfundiert werden. Der Milderung nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB liegt eine gegenüber der Täterschaft qualitativ erhebliche Minderung des Handlungsunrechts zugrunde, bei § 23 Abs. 2 StGB geht es dagegen um eine regelmäßig auftretende Unrechtsabsenkung wegen fehlenden Erfolgseintritts, mithin um eine quantitative Unrechtsminderung. Dass dem Absatzhelfer die Strafrahmensmilderung aus § 27 Abs. 2 S. 2 StGB nicht zugute kommen soll, beruht auf einer jedenfalls im Ausgangspunkt hinzunehmenden gesetzgeberischen Entscheidung, durch die nach gängigem Verständnis eine materielle Beihilfehandlung tatbestandlich vertypt und dem Täterschaftsstrafrahmen des § 259 StGB unterstellt worden ist.<sup>22</sup> § 23 Abs. 2 StGB kann deshalb nicht die Funktion zukommen, die im Bereich der Absatzhilfe fehlende Strafzumessungsvergünstigung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB auszugleichen<sup>23</sup>. Für die Frage, ob auch die Vollendung der Absatzhilfe einen „Absatzhilferfolg“ voraussetzt (und ob bei seinem Fehlen § 23 Abs. 2 StGB eingreift), ist die Versagung einer Strafrahmensmilderung nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB ohne Belang; wer deren Fehlen bei der Absatzhilfe bemängelt,<sup>24</sup> der mag diesem Missstand durch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift oder bei der konkreten Strafzumessung Rechnung tragen.<sup>25</sup>

## 2. Wertungsvergleiche und Wortlautunterschiede im Verhältnis von Absetzen und Absetznhelfen

a) Von argumentativer Bedeutung ist die Vorschrift des § 23 Abs. 2 StGB aber im Verhältnis der Absatzhilfe zum Absetzen, also gleichsam im Binnenverhältnis der Absatzmodalitäten. Auf der Grundlage der nunmehr erfolgsorientierten Rechtsprechung zum Absetzen hätte ein erfolgsneutrales Verständnis des Absetznhelfens die Konsequenz, dass der Absatzhelfer einem schärferem Strafrahmensregime unterliegt als der Absetzer, weil bei unterbliebener Weitergabe der Vortatbeute nur der Absetzer, nicht aber der Absatzhelfer in den Genuss der

fakultativen Strafrahmensmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB käme.<sup>26</sup>

Dabei entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass die Ungereimtheit dieses Ergebnisses von der bisherigen Rechtsprechung argumentativ gleichsam umgekehrt verwendet wurde, um ein erfolgsneutrales Verständnis auch des Absetzens zu rechtfertigen, weil es wertungswidersprüchlich sei, den unselbständig agierenden Absatzhelfer durch einen früheren Vollendungszeitpunkt strenger als den selbständigen Absetzer zu bestrafen.<sup>27</sup> Argumentationstheoretisch liegt der Auflösung dieses Wertungswiderspruchs durch ein erfolgsneutrales Verständnis beider Absatzmodalitäten ein argumentum a maiore ad minus zugrunde,<sup>28</sup> dem es indes an einer belastbaren Basis fehlt: Art. 103 Abs. 2 GG zieht der Beseitigung von Wertungswidersprüchen eine Grenze, wo – wie der 3. Senat zur Modalität des Absetzens nunmehr zutreffend erkannt hat – dies eine Überschreitung der Wortlautgrenze mit sich brächte. Zudem handelt es sich bei der Absatzhilfe gegenüber dem Absetzen schon nicht um ein einfaches minus, denn der täterschaftlich handelnde Absetzer und der quasihilfenschaftlich agierende Absatzhelfer verstoßen gegen verschiedene Verhaltensnormen. Während der Absetzer als Täter ein rechtlich geschütztes Interesse unmittelbar verletzt, stellt die unterstützende Hilfeleistung des Absatzhelfers lediglich einen akzessorischen, d.h. über den Quasihaupttäter-Vortäter verlaufenden Rechtsgutsangriff und damit eine bloße Gefährdungshandlung dar.<sup>29</sup> Bei dem Verbot des (quasihilfenschaftlichen) Absetznhelfens handelt es sich gegenüber dem Verbot des Absetzens somit um ein aliud, nicht um ein minus.

Dogmengeschichtlich steht das verfehltete Verständnis von der Absatzhilfe als einem minus gegenüber dem maius des Absetzens in der Tradition eines überwundenen Standpunktes, der in jedem Absetzen zugleich auch eine Absatzhilfe erblickte. Dem lag die Vorstellung zugrunde, dass jedes selbständige Absetzen zugleich auch eine Hilfe für den beim Absatz nicht in Erscheinung tretenden Vortäter darstelle und sich Absetzen und Absetznhelfen nur graduell, nämlich in der Intensität der geleisteten Hilfe, unterscheiden.<sup>30</sup> Der „Clou“ dieser Ansicht bestand darin, dass bei Fehlen eines Absatzerfolges stets auf das erfolgsneutrale Absetznhelfen zurückgegriffen

<sup>20</sup> Dazu schon OLG Köln NJW 1975, 987; Stree, GA 1961, 42 sowie Schröder JZ 1969, 33; Küper JuS 1975, 635 f.; Fezer NJW 1975, 1982; Schall Jus 1977, 181.

<sup>21</sup> 3. Senat, Beschluss vom 22.10.2013, NJW 2014, 951 = HRRS 2014 Nr. 184.

<sup>22</sup> Vgl. Küper NJW 1977, 58; Fezer NJW 1975, 1982.

<sup>23</sup> Jäger JA 2013, 952.

<sup>24</sup> Krit. Freund GA 1999, 527 m. Fn. 68.

<sup>25</sup> Für eine analoge Anwendung des § 27 Abs. 2 StGB auf den Strafrahmen der Absatzhilfe etwa NK-Altenhain, 4. Aufl. (2013) § 259 Rn. 80; SK-Hoyer, § 259 Rn. 39 u. 48; nicht überzeugend deshalb Theile ZJS 2014, 459, 461.

<sup>26</sup> Vgl. Küper NJW 1977, 58; Franke NJW 1977, 857.

<sup>27</sup> BGHSt 27, 45, 50 f.

<sup>28</sup> Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. (2014), S. 165.

<sup>29</sup> Zur normtheoretischen Selbständigkeit der vom Teilnehmer übertretenen Verhaltensnorm vgl. eingehend Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (1997) S. 48 f., 127 ff. Dass ein Teilnehmer die in den Deliktstatbeständen des Besonderen Teils umschriebenen Verhaltensnormen nicht selbst verletzt gestehen etwa Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 22/7; Küper GA 1974, 326 f.; Samson Festschrift für Peters, 1974, S. 134 zu. Wird demgegenüber das Verhaltensunrecht auch der Teilnahme in der Verletzung des vom Rechtsgut ausgehenden Achtungsanspruchs erblickt und damit Täterschaft wie Teilnahme einheitlich mit dem Ziel des Rechtsgüterschutzes begründet, so liegt dem contra legem ein verkappter Einheitstäterbegriff zugrunde, vgl. Küper ZStW 105 (1993), 472.

<sup>30</sup> D. Meyer JR 1977, 81.



werden könne. Diese in einem Einzelfall auch vom *Generalbundesanwalt* vertretene Sicht,<sup>31</sup> die in den Gesetzesmaterialien keinerlei Rückhalt hatte und von der Rechtsprechung auch nicht adaptiert wurde,<sup>32</sup> verkennt die Lückenschließungsfunktion der Absatzhilfe, die ihre Existenzberechtigung ausschließlich aus der Tatbestandslosigkeit des Vortäterabsetzens bezieht, und damit zugleich die Eigenständigkeit des Absetzens.<sup>33</sup>

b) Rein grammatisch legen die unterschiedlichen Anforderungen, die der Wortlaut des erfolgsbezogenen Absetzens einerseits und des handlungsbezogenen (Absetzen-)Helfens andererseits an das Vorliegen eines Absatz(hilfe)erfolges stellt, die Unterstellung des Absatzhelfers unter ein schärferes Strafraumenregime (d.h. ohne fakultative Milderung gemäß § 23 Abs. 2 StGB) allerdings durchaus nahe.<sup>34</sup> Auch an anderer Stelle soll, wenn das Gesetz unter Verwendung eines Begriffs wie „Hilfeleisten“ o.ä. beihilfeähnliche Verhaltensweisen als Tathandlung umschreibt, ein schlichtes unterstützendes Tätigwerden ausreichen.<sup>35</sup> So entspricht es ganz überwiegender Ansicht, dass unter „Hilfe leistet“ i.S.d. § 257 Abs. 1 StGB eine zur Vorteilssicherung objektiv geeignete Tätigkeit zu verstehen ist, ohne dass es auf eine tatsächliche Besserstellung des zu Begünstigenden ankäme.<sup>36</sup> Den Begriff des Helfens als schlicht tätigkeitsbezogen zu verstehen entspricht also durchaus der begrifflichen Üblichkeit des StGB. Liegt das als misslich empfundene Ergebnis eines schärferen Strafraumenregimes des Absetzenshelfens damit sozusagen in der Natur der vom Gesetzgeber gewählten Tatbestandsformulierung, so muss das wortlauteinschränkende Erfordernis eines Absatz(hilfe)erfolges für die Absatzhilfe auf andere Weise begründet werden.

Eine solche Begründung muss – schon vor der Thematisierung des Absatzhilfeeerfolges (nachfolgend II. 3.) – bei einem noch grundsätzlicheren Problem ansetzen: Von einem absatzerfolgsorientierten Verständnis der Absatzhilfe kann überhaupt nur die Rede sein, wenn man als erfolgsabhängig nicht das Helfen (die Tathandlung des Absatzhelfers) ansieht, sondern vielmehr das (tatbestandslose) „Absetzen“ durch den Vortäter als den Bezugspunkt der zu leistenden Hilfe. Weshalb soll es aber bei der Absatzhilfe auf das Handeln des Vortäters und dessen Gelingen überhaupt ankommen, wenn doch das eigene tatbestandsmäßig-normwidrige Verhalten des

Absatzhelfers in der bloßen Unterstützung des Vortäters, eben in einem erfolgsneutralen „Helfen“ besteht und gerade nicht in der Absatzhandlung des unterstützten Vortäters (nachfolgend II. 2.)? Dass entgegen der Wortlautauslegung für die Vollendung der Absatzhilfe nicht schon der Abschluss der Hilfeleistungshandlung des Absatzgehilfen oder gar deren Beginn (im Sinne eines unechten Unternehmensdelikts) maßgeblich sein soll, sondern erst das „Absetzen“ des Vortäters und dessen Vollendung, bedarf zunächst einer Auseinandersetzung mit der Normstruktur der Absatzhilfe (nachfolgend II. 1.) und ist mit einem bloßen Verweis auf die Ähnlichkeit beider Handlungsmodalitäten<sup>37</sup> nicht erklärt. Weil eine – wengleich eher beiläufige – Bemerkung des 3. *Senats* Anlass zu der Annahme gibt, der 3. *Senat* halte grundlegende Änderungen im Deliktsstufengefüge (auch) des Absetzenshelfens für angezeigt, hat die Untersuchung nicht nur den Vollendungszeitpunkt der Absatzhilfe, sondern darüber hinaus auch den frühesten Zeitpunkt deliktischer Relevanz – den Versuchsbeginn – in den Blick zu nehmen (nachfolgend II. 4.).

## II. Folgerungen aus der Normstruktur des Absetzenshelfens

### 1. Die Lückenschließungsfunktion der Absatzhilfe

Für die Beantwortung der soeben aufgeworfenen Frage, warum für die Vollendung des Absetzenshelfens nicht der bloße Vollzug der Hilfhandlung, sondern das Absetzen des unterstützten Vortäters und dessen Perfektion maßgeblich ist, bedarf es einer Besinnung auf die Funktion der Absatzhilfe. Diese Hehlereimodalität soll in ihrem begrenzten Anwendungsbereich diejenigen – und nur diejenigen<sup>38</sup> – Lücken schließen, die dadurch entstehen, dass der absetzende Vortäter im Verhältnis zu sich selbst kein „anderer“ i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB und daher die von ihm veranlasste Weiterverschiebung der Beute nicht nach § 259 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig ist, so dass es für den Unterstützenden an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlt.<sup>39</sup> Handelt es sich daher bei der Absatzhilfe – so lautet eine gängige Beschreibung – *materiell* um ein gehilfenschaftlich-unterstützendes, nicht um täterschaftlich-tatherrschaftliches Handeln, das nur formal tatbestandlich-täterschaftlich verselbständigt ist, so ist für ihre Auslegung ein an der Zurechnungsstruktur der Beihilfe orientiertes Verständnis der Absatzhilfe angezeigt,<sup>40</sup> weil die Strafbarkeit der Absatzhilfe so weit reichen muss, aber immer auch nur so weit reichen darf, wie es der Fall wäre, wenn der Vortäter als Absetzer und der diesen beim „Absetzen“ Unterstützende als dessen Gehilfe (§ 27 StGB) zu bestrafen wären. Die Erkenntnis,

<sup>31</sup> GBA bei BGH NJW 1976, 1699.

<sup>32</sup> BGHSt 27, 358; BGH JR 1977, 125.

<sup>33</sup> Vgl. Küper NJW 1977, 58: „mit Sinngehalt und Beziehungsverhältnis des beiden Begehungsformen nicht vereinbar.“

<sup>34</sup> Weshalb BGH NJW 1976, 1699 und BGH NJW 1976, 1901 dieses Ergebnis hinzunehmen müssen glaubten („kriminalpolitisch billigenwerte ... Ergebnisse“) und dies zusätzlich mit der angeblich besonders gefährlichen Unterstützung gerade des Vortäters bei dessen Absatzbemühungen begründeten.

<sup>35</sup> BGH NJW 1976, 1901.

<sup>36</sup> Zum Streitstand zu § 257 Abs. 1 StGB vgl. die Darstellung bei Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. (2013), 37. Problem, S. 203 ff. m. zahlr. w.N.; eingehend ferner Geppert Jura 1980, 592 ff. m.w.N.; abweichend SK-Hoyer, § 257 Rn. 18 (graduelle Besserstellung durch Restitutionserschwerung); Zieschang FS Küper, 2007, 734 (konkrete Gefährlichkeit erforderlich); Dehne-Niemann ZJS 2009, 148 ff.

<sup>37</sup> Vgl. aber BGH NJW 1977, 206; Franke NJW 1977, 857; Theile ZJS 2014, 459; Stree JuS 1976, 143; NK-Altenhain, 4. Aufl. (2013), § 259 Rn. 49, 54; vgl. auch den Anfragebeschluss des 3. *Senats* vom 14.05.2013 – 3 StR 69/13, NStZ 2013, 584 = HRRS 2013 Nr. 700 („für Absatzhilfe könnte sodann nichts anderes gelten“).

<sup>38</sup> BGH NJW 1976, 1901.

<sup>39</sup> Z.B. BGHSt 26, 362; BGH GA 1984, 427 f.; BGH NStZ 2009, 161; LK-T. Walter, 12. Aufl. (2012), § 259 Rn. 58.

<sup>40</sup> Berz Jura 1980, 66; Zieschang GS Schlüchter, S. 410.

dass es sich bei der Absatzhilfe nicht um eine gleichsam automatisch im Gleichlauf mit dem Absetzen auszulegende Tatmodalität, also gerade nicht um ein Absetzen minderer Art handelt, sondern um eine tatbestandlich verselbständigte Form der Beihilfe zum nicht tatbestandsmäßigen Absetzen des Vortäters, die durchaus eigenen Regeln folgen kann, beruht damit nicht nur auf den erwähnten unterschiedlichen Wortlautanforderungen, sondern auch auf der Einsicht in die Zurechnungsstruktur der Absatzhilfe.

## 2. Beihilfeähnlichkeit der Absatzhilfe: Keine Verselbständigung der Unterstützungshandlung des Absatzhelfers, sondern akzessorische Bindung an das Vorliegen einer Quasihaupttat

Einen halben Schritt in die richtige Richtung zu einer funktionsgerechten Auslegung der Absatzhilfe hat der 3. Senat durchaus getan, indem er mit der Zitierung des § 27 StGB den Beihilfecharakter der Absatzhilfe akzentuiert hat. Allerdings darf man es anders als der 3. Senat nicht bei der Beseitigung vermeintlicher Wertungswidersprüche im Rechtsfolgenbereich (§ 27 Abs. 2 StGB) belassen, sondern muss die Zurechnungsstruktur der Beihilfe bereits auf der Tatbestandsseite der Vorschrift berücksichtigen: Aus dem Gleichlauf der Zurechnungsstrukturen von Beihilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) und Absetzhelfen (§ 259 Abs. 1 StGB) ergibt sich, dass der bloße Vollzug der den Vortäter unterstützenden Absatzhilfehandlung zwar notwendig ist – immerhin liegt der Verhaltensnormverstoß eines Gehilfen und dementsprechend auch des Absatzhelfers in seiner eigenen Unterstützungshandlung –, dass die Hilfehandlung aber für sich genommen zur Begründung von Beihilfeunrecht nicht hinreicht. Beihilfe – auch in der tatbestandlich vertypen Form der Absatzhilfe – ist akzessorisch, so dass es für die Bewertung des Beihilfeunrechts stets auch auf die Haupttat und deren Realisierungsgrad ankommt. Eine isolierte Beihilfehandlung, der keine Haupttat korrespondiert, stellt als bloßer Beihilfeversuch eine nicht tatbestandliche Vorbereitungshandlung dar (arg. § 30 StGB; näher unten II. 4.). Mit Blick auf die Beihilfeähnlichkeit der Absatzhilfe und die daraus resultierende bloße Lückenschließungsfunktion lässt es sich deshalb nicht begründen, für die Vollendung der Absatzhilfe allein auf die Vornahme einer eigenen Hilfeleistungshandlung des Absatzgehilfen unter völliger Ausblendung der „Quasihaupttat“ (der tatbestandslosen Absatzhandlung des Vortäters) abzustellen. Andernfalls würde dem Absatzgehilfen das Privileg der Straflosigkeit des Beihilfeversuchs genommen, ohne dass hierfür ein plausibler Grund zu ersehen ist.<sup>41</sup> Demgemäß war die bisherige Rechtsprechung des BGH, wonach vollendete Absatzhilfe schon mit Vornahme einer absatzvorbereitenden Handlung im Vorfeld und unabhängig von der Weitergabe der inkriminierten Sache durch den Vortäter gegeben sein sollte,<sup>42</sup> mit der Beihilfestruktur der Absatzhilfe und

ihrer schieren Lückenschließungsfunktion nicht zu vereinbaren; sie verwandelte die „quasiakzessorisch“-beihilfeähnliche Absatzhilfe in ein verselbständigt unechtes Unternehmensdelikt.

Es verdient deshalb Beifall, dass der 3. Senat nunmehr einräumt, die „bisherige Rechtsprechung“ habe (...) „– systemwidrig – die Versuchsstrafbarkeit im Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe weitestgehend leerlaufen“ lassen. Dieser recht allgemein gehaltenen Aussage kann – bei aller gebotenen Vorsicht mit einem obiter dictum – immerhin entnommen werden, dass der 3. Senat den Zuschnitt der Deliktsverwirklichungsstufen nicht nur im Vollendungsbereich, sondern auch bei der Vorstufe des Versuchs ändern und diesem einen klarer konturierten Anwendungsbereich zuweisen möchte. Dem von dem Senat angesprochenen Missstand – der Hochstufung von bloßen Vorbereitungshandlungen zur vollendeten Absatzhilfe und dem dadurch bedingten Leerlauf der Versuchsstadien (§§ 259 Abs. 3, 22 StGB) – lässt sich indes nicht allein mittels der Etablierung des Erfordernisses eines Absatz(hilfe)erfolges begegnen, denn diesem kommt unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung allein die Funktion einer Abgrenzung von Versuch und Vollendung zu; wie der Senat richtig erkennt, erschöpft sich hierin seine Bedeutung: „(...) durch das Erfordernis eines Absatzerfolges wird eine klare Grenze zwischen den Stadien vor und nach Vollendung geschaffen.“ Dass der 3. Senat überhaupt ohne erkennbare Notwendigkeit Änderungen im Bereich der Deliktsstufenzuordnung über den Vollendungszeitpunkt hinaus für geboten hält, überrascht beim ersten Zusehen, ist doch mit dem Erfordernis des Absatzerfolges über den für den Absatzhilfeversuch viel wesentlicheren Beginn des deliktischen Relevanzzeitraums (im Verhältnis zur straflosen Tatvorbereitung), scheinbar nichts ausgesagt; der Zeitpunkt des Absatzhilfeversuchsbeginns hat mit dem Vollendungszeitpunkt für sich genommen nichts zu tun. Sollte die Äußerung des 3. Senats zu den Deliktsstufen allerdings allein dahin zu verstehen sein, dass der bisherige, weit ins Vorbereitungsstadium vorverlagerte Vollendungszeitpunkt künftig ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB und damit den Zeitpunkt des Versuchsbeginns markieren soll, so wäre der dogmatische Gewinn der Entscheidung des 3. Senats insgesamt eher gering (dazu unten 4.).

## 3. Akzessorische Bindung der Absatzhilfe an den Verwirklichungsgrad des „Quasiabsetzens“ als Grund für das Erfordernis eines Absatzerfolges auch bei der Absatzhilfe

a) *Allein* mit der Bezugnahme auf die Beihilfeähnlichkeit der Absatzhilfe und auf ihre bloße Lückenschließungsfunktion ist das Erfordernis eines Absatzhilfeerfolges jedoch noch nicht hinreichend begründet; mehr als dass überhaupt eine dem Absatzgehilfen „quasiakzessorisch“ zuzurechnende Handlung des Vortäters vorliegen muss, lässt sich aus dem vorstehend entwickelten quasiakzessorischen Verständnis der Absatzhilfe nämlich – vorläufig – nicht herleiten. So hat insbesondere Roth – (nur

<sup>41</sup> Vgl. Küper JuS 1975, 636; ders. NJW 1977, 58 f.; Rudolphi JA 1981, 93; Roth JA 1988, 205.

<sup>42</sup> BGHSt 33, 44, 47 f.; BGH NJW 1978, 2042; BGH NJW 1990, 2897, 2898.

im Ausgangspunkt zu Recht – darauf hingewiesen, dass vollendete Beihilfe gemäß § 27 Abs. 1 StGB nicht mehr voraussetzt als eine versuchte Haupttat<sup>43</sup>. Übertragen auf die Absatzhilfe läge vollendete Absatzhilfe (erst, aber auch immer) schon dann vor, wenn der unterstützte Vortäter – untechnisch gesprochen – zum „Absatz“ entsprechend § 22 StGB „unmittelbar angesetzt“ hat.<sup>44</sup> Der gesetzgeberischen Intention bei der Schaffung der Absatzhilfe – Vermeidung von Strafbarkeitslücken, die bei der Unterstützung des Vortäterabsatzes entstehen – wäre mit einem solchen, strikt an der Begriffsbestimmung des § 27 Abs. 1 StGB orientierten Verständnis immerhin Rechnung getragen.

Gleichwohl wäre es verfehlt, im vorerwähnten Sinne *Roths* für eine vollendete Absatzhilfe auf den Vollendungszeitpunkt des § 27 Abs. 1 StGB abzustellen und für eine vollendete Absatzhilfebehandlung nur eine versuchte Quasi-Haupttat zu verlangen. Bei näherer Betrachtung entbehrt *Roths* Annahme, inhaltlich handele es sich bei vollendeter Beihilfe zum Versuch um eine vollendete Tat, die ihre Entsprechung in einer vollendeten Absatzhilfe finden könnte, einer tragfähigen Grundlage. Bei näherer Betrachtung entbehrt *Roths* Annahme, inhaltlich handele es sich bei vollendeter Beihilfe zum Versuch um eine vollendete Tat, die ihre Entsprechung in einer vollendeten Absatzhilfe finden könnte, einer tragfähigen Grundlage. Ein vollendetes Delikt ist die Beihilfe zum Versuch nämlich nur bei *formaler Betrachtung*; *materiell* stellt sie gerade kein vollendetes Delikt, sondern einen deliktsstufenmäßigen Hybriden dar, auf dessen rechtliche Behandlung die fehlende Vollendung der Haupttat erheblichen Einfluss hat, wie sich an der Rechtsfolgenanbindung an den fakultativ gemäß § 23 Abs. 2 StGB zu mildernden Strafrahmen der Haupttat zeigt sowie ferner daran, dass trotz formal vollendeter Beihilfe dem Gehilfen eine Rücktrittsmöglichkeit nach § 24 Abs. 2 StGB bis zur Vollendung der Haupttat offensteht. Diese rechtsfolgenmäßige Anlehnung an den Versuch und die an sich systemfremde Möglichkeit eines Rücktritts trotz formaler Vollendung rechtfertigt die Einschätzung, dass der vollendete Beihilfeversuch der Deliktsstufe des Versuchs zumindest erheblich näher steht als derjenigen der Vollendung. Materiell vollendet ist die Beihilfe somit erst mit der Vollendung ihrer Bezugstat.

Wegen ihrer Beihilfeverwandtschaft kann für die Absatzhilfe nichts anderes gelten. Dass die Übertragung dieser allgemeinen Erwägungen auf die Absatzhilfe einzig sachgerecht ist, zeigt auch ein Wertungsvergleich, der dem oben (II. 2. a]) angestellten Wertungsvergleich zwischen den Vollendungszeitpunkten des Absetzens und des Absetzenhelfens ähnelt, sich aber anders als dieser an der Beihilfestruktur der Absatzhilfe orientiert, indem als

<sup>43</sup> Roth JA 1988, 206 (bei gleichzeitiger Anwendung der §§ 24 Abs. 2, 27 Abs. 2 StGB im Wege des Analogieschlusses). Allgemein zur versuchten Haupttat als hinreichendem Erfolgswert der Teilnahme M.-K. Meyer GA 1979, 260; Letz-gus, Vorstufen der Beteiligung - Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit (1972), S. 23, 65; Rudolphi Festschrift für Jescheck, 1985, S. 576.

<sup>44</sup> So dürfte auch BGHSt 2, 137 = BGH NJW 1952, 515 zu verstehen sein, wonach – für die vollendete Absatzhilfe – eine Tätigkeit zu verlangen sei, die für den Vortäter den Beginn des Absetzens darstelle.

kommensurable Größe die zum Absetzen geleistete Beihilfe (§§ 259, 27 StGB) herangezogen wird: Wollte man strikt wortlautgetreu und unter Ausblendung der soeben angestellten Überlegungen nur für die Vollendung des Absetzens, nicht aber auch für die Absatzhilfe eine gelungene Weiterverschiebung der inkriminierten Beute verlangen, so ergäben sich Brüche in den Vollendungszeitpunkten des Absetzenhelfens einerseits und der Beihilfe zum Absetzen andererseits. Während bei Unterstützung eines vom Vortäter verschiedenen *Absetzers* in direkter Anwendung der §§ 259, 27 StGB erst bei einer gelungenen Weitergabe der inkriminierten Sache aus dem Vollendungsstrahnen zu ahnden wäre, käme es darauf für die Anwendung des Vollendungsstrahmens bei der Unterstützung des Vortäters nicht an. Für dieses ungereimte Ergebnis ist ein sachlicher Grund nicht erkennbar; der Perpetuierungsgedanke als Strafgrund der Hehlerei ist auch für die Quasi-Haupttat des Vortäters und damit auch für die Absatzhilfe von Bedeutung. Wer hingegen bereits die Unterstützung eines erfolglosen Absatzversuch des Vortäters als vollendete Absatzhilfe ahnden möchte, der degradiert die Absatzhilfe strukturell zur Beihilfe zu einem unechten Unternehmensdelikt und höhlt für die Absatzhilfe die Versuchs- und Rücktrittsvorschriften (§§ 22, 23 Abs. 2, 24 Abs. 2 StGB) aus.

Aus der Beihilfestruktur der Absatzhilfe ergibt sich bei konsequent materieller Betrachtung somit nicht nur ihre Abhängigkeit von dem Vorliegen einer Quasi-Haupttat überhaupt (formale Quasiakzessorietät), sondern auch, dass sich der Verwirklichungsgrad der Absatzhilfe nach dem Stadium der Verwirklichung der Quasi-Haupttat bemisst (materielle Quasiakzessorietät, Identität der Verwirklichungsstufen). Konkret geht es für die Vollendung der Absatzhilfe um die Frage, ob dem tatbestandslos agierenden Vortäter der Weiterverschiebung der Beute unter Mitwirkung des Absatzhelfers in einer Weise gelungen ist, die für einen Absetzer eine vollendete Absatztat darstellen würde. Nur wenn dies der Fall ist, ist strukturell Beihilfe zum (vollendeten) „Absatz“ des Vortäters und damit vollendete Absatzhilfe gegeben.

b) Erst an dieser Stelle – nämlich bei der Bewertung des dem Absatzhelfer quasi-akzessorisch zuzurechnenden „Absetzens“ des Vortäters – gewinnen in einem *zweiten Schritt* die hier nicht zu wiederholenden systematischen und teleologischen Argumente des 3. *Senats* zum Erfordernis einer geglückten Weiterverschiebung der bemakelten Sache ihre Bedeutung auch und gerade für das Absetzenhelfen. Hat der Vortäter sich erfolglos um die Weitergabe der Beute bemüht und hätte er, wäre er nicht der Vortäter, dabei in Anwendung allgemeiner Regeln zum Absatz „unmittelbar angesetzt“ (§ 22 StGB), so liegt strukturell Beihilfe zum „Absatzversuch“ des Vortäters vor, die als versuchte Absatzhilfe (§§ 259 Abs. 3, 22 StGB) zu bewerten ist. Hinsichtlich der Quasi-Haupttat und damit quasi-akzessorisch auch für die Absatzhilfe haben die vom 3. *Senat* angestellten systematisch-teleologischen Überlegungen keine geringere Bedeutung als für das Absetzen.

Gemessen an der Bedeutung der Entscheidungen, mit denen eine weit über hundert Jahre alte Rechtsprechung zu Grabe getragen wird, ist die Begründung allerdings recht knapp ausgefallen; insbesondere zur Bedeutung des

Perpetuierungsgedankens erföhre man gerne mehr, zumal sich der 3. Senat nicht mit dem Einwand auseinandergesetzt hat, die Perpetuierung einer rechtswidrigen Besitzlage sei auch in der Hand des Absetzenden bzw. des beim Absetzen Helfenden möglich, weshalb ein vollendeter Absatz keine Weiterverschiebung der inkriminierten Sache verlange.<sup>45</sup> Dieses Argument trägt ein erfolgsneutrales Verständnis des Absetzenshelfens (und des Absetzens) indessen nicht. Ginge es dem Hehlereitabstand nur um die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage in der Hand eines vom Vortäter verschiedenen Hehlers, so hätte sich das Gesetz mit der Pönalisierung von Verhaltensweisen wie Verwahren, Verbergen, An-sichbringen oder Verheimlichen begnügen können; der Erfassung irgendwelcher Absatzbemühungen hätte es nicht bedurft. Solche Verhaltensweisen sind unter der heutigen Gesetzesfassung allenfalls als Begünstigung (§ 257 StGB) oder Geldwäsche (§ 261 StGB) strafbar, nicht jedoch als Hehlerei. Damit beweist das Argument von der Perpetuierung der Besitzlage beim Absatzhehler gleichsam zu viel, weil es – gemessen an seinem Ausgangspunkt – schon die Existenzberechtigung der Merkmale Absetzen und Absetzenhelfen in Frage stellt.

#### 4. Zum Versuchsbeginn bei der Absatzhilfe

Weitaus weniger eindeutig als zum Erfordernis eines Absatzhilfeerfolges hat sich der 3. Senat zur Frage des Beginns des Absatzhilfeversuchs verhalten. Zwar hat der Senat bemängelt, die „bisherige Rechtsprechung“ habe „– systemwidrig – die Versuchsstrafbarkeit im Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe weitestgehend leerlaufen“ lassen; allerdings lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen, auf welche Weise der Senat dem Absatzhilfeversuch einen klarer als bislang konturierten Anwendungsbereich zuweisen möchte. Auf der Hand liegt, dass sich wegen der Beihilfeverwandtschaft der Absatzhilfe der Zeitpunkt des Versuchsbeginns der Absatzhilfe nicht unter Anwendung der Unmittelbarkeitsformel des § 22 StGB beantworten lässt; die Bestimmung des Versuchsbeginns, die aus der Zurechnungsstruktur der Absatzhilfe heraus entwickelt werden muss, ist durch die bisherigen Überlegungen aber schon vorgezeichnet.

Beihilfehandlungen werden erst deliktisch relevant, wenn der Haupttäter in das Stadium des Versuchs gelangt; erst dann liegt eine beihilfefähige Haupttat vor (die Strafbarkeit des Haupttatversuchs einmal vorausgesetzt). Versuchte Beihilfe ist nicht tatbestandsmäßig (arg. § 30 Abs. 1 StGB). Hat man sich ihrer schieren Lückenschließungsfunktion wegen bei der Auslegung der Absatzhilfe möglichst nahe an allgemeinen Beihilfegrundsätzen zu orientieren, so ist die Akzessorietät der Beihilfe auch auf den Versuchsbeginn der Absatzhilfe zu erstrecken. Wenn das Absetzen des Vortäters eine von § 259 Abs. 1 StGB tatbestandlich erfasste Haupttat darstellte, so würde der Gehilfe einer entsprechenden „Absatzhehlerei“ erst mit dem Versuchsbeginn des Vortäterabsatzes in ein strafbares Deliktstadium gelangen (§§ 259, 22, 27 StGB). Wenn und weil die Strafbarkeit der Absatzhilfe ihre Existenzberechtigung ausschließlich aus der Tatbestandslosigkeit des Vortäterabsetzens bezieht, liegt es nahe, den

Versuch der Absatzhilfe auch erst mit der Vornahme einer auf Absatz gerichteten, nach allgemeinen Regeln (§ 22 StGB) den Versuch eines Absetzens darstellenden Handlung des Haupttäters beginnen zu lassen.<sup>46</sup> Erforderlich ist also ein dem Absatzgehilfen quasiakzessorisch zuzurechnender (freilich tatbestandsloser) „Absatzversuch“ des Haupttäters. Dafür ist erforderlich, dass die Bemühungen des Vortäters um Weiterverschiebung der inkriminierten Sache für einen von dem Vortäter personenverschiedenen Absetzer ein unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB) zu einer Absatzhandlung darstellen würden.<sup>47</sup> Fehlt es an einem solchen Quasi-Versuchsbeginn des Vortäters, so entspricht der Verwirklichungsgrad der Absatzhilfe mangels einer Quasi-Haupttat strukturell allenfalls einer (tatbestandslosen) versuchten Beihilfe und damit einer straflosen Vorbereitungshandlung.

Somit können wegen der Koppelung der Absatzhilfe an das Erfordernis einer Quasihaupttat weder eine begonnene noch eine abgeschlossene Unterstützungshandlung isoliert für sich genommen als versuchte Absatzhilfe (§§ 259 Abs. 3, 22 StGB) verstanden werden.<sup>48</sup> Wollte man demgegenüber für den Beginn des Absatzhilfeversuchs auf den Zeitpunkt des Anfangs oder des Abschlusses der Unterstützungshandlung abstellen, so wird das Problem der Bestrafung des im deliktischen Vorbereitungsbereich liegenden Beihilfeversuchs lediglich auf die Ebene des Absatzhilfeversuchs verschoben<sup>49</sup> und der dogmatische Gewinn eines erfolgsorientierten Absatzverständnisses dort wieder verspielt.<sup>50</sup> Zwar lässt sich eine erfolgsorientierte Auslegung des Absetzenhelfens prinzipiell auch mit einem solchen nicht quasiakzessorischen Verständnis der Vorschrift vereinbaren; ihm wäre allerdings eine zeitlich gestreckte Versuchsphase eigentümlich, die vom Beginn der Unterstützungshandlung des Absatzhelfers bis unmittelbar vor die Weiterverschiebung der inkriminierten Sache reichen würde. Wäre dies allein noch kein zwingender Einwand gegen eine Kombination von quasiakzessorietätsgelöstem Versuchs- und erfolgsorientiertem Vollendungsverständnis, so hätte eine solche Hybridform aus akzessorischer Vollendungs- und akzessorietätsgelöster Versuchsbestimmung die schwer einsehbare und als misslich zurückzuweisende Konsequenz, dass der Versuch des Absatzgehilfen zeitlich unter Umständen deutlich vor dem des Absetzers beginnt, ja einen letzteren nicht einmal zwingend erfordert. Im Grunde wird bei einem solchen quasiakzessorietätsgelösten Versuchsverständnis dem eine Abweichung vom erfolgsneutralen

<sup>46</sup> Stree GA 1961, 33, 44; Küper JuS 1975, 634, 637; Freund/Bergmann JuS 1991, 221, 224; Paeffgen JR 1996, 346, 347.

<sup>47</sup> Vgl. bereits BGH NJW 1989, 1490 (Hinzutreten von Umständen erforderlich, „die für den Vortäter den Beginn des Absetzens bedeuten“).

<sup>48</sup> So aber noch BGH NStZ 2003, 32, 34; vgl. auch BGH NStZ 1994, 396; BGH wistra 2006, 17; in einem dem Text entgegengesetzten Sinne auch etwa Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 259 Rn. 19 (Anwendung allgemeiner Versuchsregeln); Samson, Strafrecht II, 5. Aufl. (1985), S. 244 („unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandserfüllung“); LK-T. Walter, § 259 Rn. 89.

<sup>49</sup> Roth JA 1988, 205.

<sup>50</sup> Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 11 (Auflösung der Konturen der Erfolgstheorie auf der Versuchsebene).

<sup>45</sup> Vgl. Rosenau NStZ 1999, 353.

Wortlaut der Absatzhilfe überhaupt erst rechtfertigenden Gesichtspunkt, dass es auf die Vollendung der Quasihaupttat auch und gerade wegen der Quasiakzessorietät ankommt, für den Versuch der Absatzhilfe eine Absage erteilt. Eine solche Vernachlässigung strukturprägender Anforderungen auf der Versuchsebene ist auch unter Berücksichtigung der selbständigen Versuchsstrafbarkeitsanordnung aus § 259 Abs. 3 StGB in hohem Maße erklärungsbedürftig und jedenfalls beim gegenwärtigen Diskussionsstand nicht einmal im Ansatz begründet.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse lässt es mindestens begriffliche Genauigkeit vermissen, dass der 3. Senat die Wendung „soweit der Täter zum Absetzen (oder der Absatzhilfe) unmittelbar angesetzt hat, die dann angemessene Versuchsstrafbarkeit zum Tragen kommt (...)“<sup>51</sup> gebraucht hat; denn anders als es die beiläufige Formulierung des *Senats* zum Ausdruck bringt, reicht es für eine versuchte Absatzhilfe nicht hin, dass der Absatzgehilfe zu seiner Unterstützungshandlung unmittelbar ansetzt, sondern ist erforderlich, dass der Vortäter einen (tatbestandslosen) Absatzversuch unternimmt, in dem die Hilfehandlung des Absatzhelfers wirksam geworden ist. Können somit weder eine begonnene noch eine abgeschlossene isolierte Unterstützungshandlung als versuchte Absatzhilfe verstanden werden,<sup>52</sup> so hat 3. Senat mit der Rede vom unmittelbaren Ansetzen zur Absatzhilfe einen Unbegriff verwendet.

Ob die *Senate* des BGH dem hier dargelegten, aus Gründen virtueller Akzessorietät zwingend an dem Erfordernis eines Vortäterabsatzversuchs orientierten Verständnis der versuchten Absatzhilfe folgen werden, lässt sich derzeit nicht absehen. Immerhin hat die Rechtsprechung dieses Verständnis einzelnen Entscheidungen schon zugrundegelegt,<sup>53</sup> es hat sich aber nicht allgemeingültig durchsetzen können.<sup>54</sup> Wer – wie aber jedenfalls im Ergebnis nunmehr der 3. Senat – auf der Vollendungsebene implizit ein quasiakzessorisches Verständnis der Absatzhilfe pflegt, kann dieses aber auf der Versuchsebene nicht ohne Weiteres ignorieren.

Ob dem 3. Senat diese dogmatische Konsequenz des Absatzhilfeerfolgserfordernisses und dessen ganze Tragweite für den Bereich des Absatzhilfeversuchs bei Fassung des Anfragebeschlusses und bei der endgültigen Entscheidung vor Augen stand, lässt sich den Entscheidungen nicht entnehmen. *Dagegen* spricht allerdings, dass der Senat – wenn auch in einem bloßen Klammerzusatz und erkennbar ohne Problembewusstsein – von einem

unmittelbaren Ansetzen zur Absatzhilfe gesprochen hat, auf das es aus Gründen virtueller Akzessorietät nicht ankommt, sowie ferner aus der außerordentlich zweifelhaften Subsumtion des konkreten Falles: Wenn – wie der Senat bei der Schuldspruchberichtigung offenbar vorausgesetzt hat – bereits mit ausgesprochen veräußerungsfernen Verhaltensweisen wie dem Fertigen von Fotografien und der Suche nach Absatzgehilfen ein unmittelbares Ansetzen zum Absetzen zu verzeichnen sein soll,<sup>55</sup> besteht wenig Hoffnung, dass sich der Senat ausgerechnet bei der Absatzhilfe um eine enge und insbesondere quasiakzessorische Auslegung bemühen wird.

#### IV. Konsequenzen eines beihilfeorientierten Verständnisses der Absatzhilfe für die Strafraumenwahl

Wegen der materiellen Beihilfeähnlichkeit der Absatzhilfe sowie mit Blick auf den Gleichlauf der Zurechnungsstrukturen von Absatzhilfe und von Beihilfe zum Absetzen stellt sich allerdings die Frage nach dem Grund für das Fehlen einer Strafmilderung entsprechend den §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB mit erneuter und erhöhter Dringlichkeit. Handelt es bei der Absatzhilfe sachlich um eine lediglich unterstützende Verhaltensweise und damit um einen von dem die Sachverschiebung bewirkenden täterschaftlichen Absatz grundlegend zu unterscheidenden Verhaltensnormverstoß, so besteht insoweit kein Unterschied gegenüber der Beihilfe zum Absetzen; in beiden Fällen wird die Sachverschiebung und damit die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage unmittelbar von einer anderen Person vorgenommen. Unter der Geltung des Regressverbotes schliesse dies an sich eine *täterschaftliche* Zurechnung des jeweils unterstützenden Handelns aus. Dass die Entfernung des Absatzhelfers (§ 259 StGB) vom Perpetuierungsakt mit der des Gehilfen zum Absatz (§§ 259, 27 StGB) identisch ist, spricht dafür, wenigstens auf Strafzumessungsebene die materielle Beihilfeähnlichkeit der Absatzhilfe zur Geltung zu bringen und die Strafe des Absatzhelfers dem entsprechend §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen zu entnehmen.

Allein mit dem Perpetuierungsgedanken lässt sich eine ungemilderte Anwendung des auf die täterschaftliche Begehung zugeschnittenen Strafraumens des § 259 StGB folglich nicht plausibel machen. Die Heranziehung des Täterstrafrahmens für das Absetzenhelfen ist allenfalls dann ohne Ungereimtheiten durchführbar, wenn man – neben dem Perpetuierungsdogma – der Hehlerei die Durchsetzung allgemeiner Sicherheitsinteressen als weiteren Strafgrund subintelligiert. Bei einer solchen in mannigfaltigen Spielarten vertretenen Sicht geht es der Hehlerei in erster Linie um die generalpräventive Stärkung der durch die Vortat übertretenen Verhaltensnorm; das Unrecht der Hehlerei liegt dabei (auch) darin, dass die Bereitschaft des Absatzhelfers zur Weiterverschiebung der Beute einen Anreiz für die Begehung der Vortat

<sup>51</sup> BGH, 3. Senat, Beschluss vom 22.10.2013, NJW 2014, 951 = HRRS 2014 Nr. 184 (*kursive* Hervorhebung vom Verfasser, Klammersetzung original).

<sup>52</sup> So aber noch BGH NStZ 2003, 32, 34; vgl. auch BGH NStZ 1994, 396; BGH wistra 2006, 17; in dem Text entgegengesetzten Sinne auch etwa Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 259 Rn. 19 (Anwendung allgemeiner Versuchsregeln); Samson, Strafrecht II, 5. Aufl. (1985), S. 244 („unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandserfüllung“); LK-T. Walter, § 259 Rn. 89.

<sup>53</sup> BGH NJW 1989, 1460; BGH NStZ 1993, 283.

<sup>54</sup> Vgl. NK-Altenhain, 4. Aufl. (2013), § 259 Rn. 56 m.w.N. („unüberschaubare Kasuistik“ bei „nicht ... offengelegte(r) Richtungsänderung“).

<sup>55</sup> Vgl. demgegenüber etwa MüKo-StGB-Lauer, 1. Aufl., § 259 Rn. 117: Versuchsbeginn des Absetzens erst mit unmittelbarem Ansetzen zur Übertragung der Verfügungsgewalt.

bietet.<sup>56</sup> Das der Absatzhilfe – wie auch den sonstigen Hehlereihandlungen – zugrunde liegende Verbot, für einen anderen nach dessen erfolgreicher Tat tätig zu werden, lässt sich bei einem solchen Verständnis nur sinnvoll auf einen anderen als den Vortäter beziehen; denn der Vortäter ist ja bereits aus der durch die Vortat übertretenen Norm zu bestrafen, wodurch diese hinreichende generalpräventive Stärkung erfährt. Da bezüglich des Vortäters die generalpräventive Stärkung der Vortatnorm in der Bestrafung des Vortäters nach der Vortatsanktionsnorm besteht,<sup>57</sup> so kann der Vortäter – anders als ein an der Vortat (täterschaftlich) Unbeteiligter – die verletzte Vortatverhaltensnorm nicht in der von § 259 StGB erfassten nachtatlichen Weise angreifen. Absatzbemühungen des Vortäters nach Abschluss der Vortat sind von diesem Standpunkt aus gleichsam hehlereiindifferent.

Bei einem solchen Verständnis vom tauglichen Täterkreis der Hehlerei steht materiell betrachtet der Absatzhelfer der durch die Vortat verletzte Verhaltensnorm näher als der Gehilfe des Absetzers: Der an der Vortat nicht (täterschaftlich) beteiligte Absetzer fügt der durch die Vortat verletzte Verhaltensnorm durch seine Absatztätigkeit gleichsam eine Sekundärverletzung zu, indem er sich mit dem Vortäter solidarisiert, weshalb die Zurechnung unterstützender Verhaltensweisen als täterschaftlich an dem im deutschen Strafrecht geltenden restriktiven Täterbegriff und dem sich daraus ergebenden Regressverbot scheitert; solche Unterstützungshandlung können nur als Beihilfe zum Absetzen bestraft werden (§§ 259, 27 StGB). Demgegenüber findet das Regressverbot bei der Absatzhilfe keine Anwendung, weil das Handeln des Vortäters mangels einer Sekundärverletzung der Vortatnorm nicht unter den Tatbestandstypus der Hehlerei gefasst werden und damit der Vortäter als ein nach § 259 StGB untaugliches Tatsubjekt einer Zurechnung von Unterstützungshandlung als täterschaftlich nicht im Wege stehen kann. Allein in einem solchen Verständnis vom Wesen der Hehlerei – dessen Implikationen hier nicht abschließend erörtert werden können – lässt sich

<sup>56</sup> Vgl. *Miehe* Festschrift für Honig (1970), S. 105 f.; *Lenckner* JZ 1973, 797; *Rudolphi* JA 1981, 4 f.; *Hartmut Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips (1991), S. 181; krit. u. m.w.N. aus dem älteren Schrifttum *Küper*, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung (1989), S. 45 f.

<sup>57</sup> *Miehe* Festschrift für Honig (1970), S. 125.

die innere Rechtfertigung dafür finden, dass der Gesetzgeber von der Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB auf die Absatzhilfe abgesehen hat.

## V. Zusammenfassung

Anders als die Hehlereimodalität des Absetzens verlangt das Absetzenhelfen nicht schon dem Wortlaut nach (Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB) eine als Absatzerfolg zu bezeichnenden Weiterverschiebung der inkriminierten Sache. Dass es für die Vollendung der Absatzhilfe überhaupt auf die Quasihaupttat ankommt und nicht lediglich auf eine perfekt vollzogene Hilfeleistung, lässt sich nur mit einem quasiakzessorischen Verständnis der Absatzhilfe begründen. Weil die Absatzhilfe als beihilfeverwandte Hehlereimodalität eine Quasi-Absatztat des Vortäters verlangt und weil sich der Verwirklichungsgrad der quasiakzessorisch-beihilfeverwandten Absatzhilfe nach demjenigen der Quasihaupttat richtet, gründet das Erfordernis eines Absatzerfolges auf systematisch-teleologischen Erwägungen. Ob und in welchem Umfang die Rechtsprechung das Absetzenhelfen künftig strikt beihilfeähnlich-akzessorisch auslegen wird, steht auch mit Blick auf die schon zum Erfordernis des Absatzhilfeerfolges offenbar abweichende Ansicht des *1. Senats* in den Sternen.

Jedenfalls kann eine konsequent zu Ende gedachte Anwendung der Beihilfeähnlichkeit und des daraus folgenden Prinzips der Quasiakzessorietät sich einer analogen Anwendung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB auf den Strafraumen der Absatzhilfe immerhin dann nicht verschließen, wenn der Strafgrund der Hehlerei (ausschließlich) im Perpetuierungsdogma liegen soll. Eine Gleichstellung der Strafraumen des Absetzens und der Absatzhilfe lässt sich demgegenüber allenfalls dann rechtfertigen, wenn man den Strafgrund der Hehlerei auch in der generalpräventiven Stärkung der durch die Vortat verletzte Verhaltensnorm sieht. Auch insoweit bleibt abzuwarten, ob die *Senate* des *BGH* den nächsten Schritt zu einer konsequent beihilfeorientierten Auslegung des Absetzenhelfens vollziehen und diesem Strukturprinzip gegebenenfalls auch auf der Ebene der Strafraumenwahl zur Geltung verhelfen.

# Zu Rechtsgut und Tatbestandsvoraussetzungen der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht (§ 171 StGB)

Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 920/14 vom 15.10.2014 = HRRS 2015 Nr. 3

Von Wiss. Mitarbeiter Georg Köpferl, LMU München

## I. Problemaufriss

In dem hier zu besprechenden Nichtannahmebeschluss<sup>1</sup> hatte das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der Strafnorm des § 182 Abs. 1 des Hessischen Schulgesetzes (HSchG)<sup>2</sup> zu entscheiden, nach der derjenige bestraft wird, der einen anderen der Schulpflicht dauernd oder hartnäckig wiederholt entzieht. In diesem Zusammenhang waren auch Überlegungen über den Tatbestand des § 171 StGB anzustellen, da zu prüfen war, ob die genannte Strafnorm des HSchG schon formell verfassungswidrig ist, sofern der Bundesgesetzgeber mit Erlass des § 171 StGB abschließend auch die strafrechtliche Sanktionierung von Schulpflichtverletzungen geregelt hat. Er hätte damit von seiner konkurrierenden Zuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Gebrauch gemacht, so dass die Landeskompetenz für die Schaffung einer Strafnorm besagten Inhalts nach Art. 72 GG verdrängt wäre. Um diese – im Ergebnis verneinte – Frage zu beantworten, musste das Bundesverfassungsgericht die Reichweite des Tatbestandes der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gemäß § 171 StGB bestimmen und dabei erstmals zum Rechtsgut und den Tatbestandsvoraussetzungen dieser Strafnorm Stellung nehmen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts trägt wenig zur Konturierung eines Tatbestandes, mit dem zahlreiche Auslegungsprobleme verbunden sind, bei und ist deshalb kritisch zu sehen.

## II. Verfassungsmäßigkeit des § 171 StGB

Wenngleich das Bundesverfassungsgericht nicht ausdrücklich zur materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 171 StGB Stellung nimmt, so ist doch aufgrund der Tatsache, dass es sich ausführlich mit einer möglichen Sperrwirkung der Vorschrift für landesrechtliche Strafnormen beschäftigt, davon auszugehen, dass es den

Straftatbestand trotz der z. T. wenig bestimmten Tatbestandsmerkmale für verfassungsgemäß hält.

## III. Rechtsgut und Tatbestandsvoraussetzungen des § 171 StGB

Das Bundesverfassungsgericht äußert sich in seiner Entscheidung insbesondere zum geschützten Rechtsgut des § 171 StGB. Die in der Literatur vorgeschlagenen Rechtsbegriffe dürften sich dahingehend zusammenfassen lassen, dass die Vorschrift die gesunde körperliche und psychische Entwicklung von Jugendlichen unter 16 Jahren schützt.<sup>3</sup> Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung des Rechtsguts in der strafrechtlichen Literatur bezeichnet das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung als geschütztes Rechtsgut sowohl das „körperliche Wohlergehen als auch die sittliche und geistige Entwicklung des Schutzbefohlenen, insbesondere ihn zu künftigem Legalverhalten zu erziehen und ihm die Fähigkeit zu vermitteln, Lebensaufgaben unter Berücksichtigung des geltenden Normensystems zu bewältigen“.<sup>4</sup> Diese Rechtsbegriffsbestimmung des Bundesverfassungsgerichts vermag nicht zu überzeugen.

<sup>3</sup> Dippel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 6. Band, 12. Aufl. (2010), § 171 Rn. 3; Ritscher, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 2. Aufl. (2012), § 171 Rn. 2; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, 4. Aufl. (2013), § 171 Rn. 5; Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 171 Rn. 1; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. (2014), § 171 Rn. 1; Fischer, Strafgesetzbuch, 62. Aufl. (2015), § 171 Rn. 2.

<sup>4</sup> BVerfG NJW 2015, 44, 45 = HRRS 2015 Nr. 3 Rn. 18.

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2015, 44 = HRRS 2015 Nr. 3.

<sup>2</sup> Gesetz vom 14. Juni 2005 (GVBl. I S. 441), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Dezember 2012 (GVBl. S. 645).

## 1. Das „körperliche Wohlergehen“ als Rechtsgut des § 171 StGB?

Wenig plausibel ist die Entscheidung schon hinsichtlich der Feststellung, geschütztes Rechtsgut sei das „körperliche Wohlergehen“. Wie dies mit dem Wortlaut der Vorschrift, die von körperlicher Entwicklung spricht, zusammenpassen soll, bleibt unklar. Mit dem körperlichen Wohlergehen kann nur ein konkreter Zustand zu einem konkreten Zeitpunkt gemeint sein, während die körperliche Entwicklung einen Prozess beschreibt.<sup>5</sup> Der vom Bundesverfassungsgericht verwendete Begriff weist deshalb in eine falsche Richtung und sollte bei der Rechtsbegriffsbestimmung nicht herangezogen werden.

Ähnlich problematisch ist die Formulierung, die Vorschrift bezwecke, „Kinder in ihrer körperlichen und psychischen Integrität zu schützen (...), indem (!) sie vor einem Abgleiten in ein Kriminelles- bzw. Prostituiertenmilieu bewahrt bleiben sollten.“<sup>6</sup> Dies könnte insofern missverstanden werden, als auch hierdurch der Aspekt der körperlichen und psychischen Integrität und nicht der der körperlichen und psychischen Entwicklung betont wird. Des Weiteren scheint mit dieser Formulierung ein zu enges Verständnis der Vorschrift befördert zu werden, da hierdurch der Eindruck entstehen könnte, die Vorschrift wolle ausschließlich vor den Gefahren für die körperliche und psychische Entwicklung schützen, die mit dem Abgleiten in die genannten Milieus verbunden sind.

## 2. Die „sittliche Entwicklung“ als Rechtsgut des § 171 StGB?

Bedenklich ist aber vor allem, wenn das Bundesverfassungsgericht die „sittliche und geistige Entwicklung des Schutzbefohlenen, insbesondere ihn zu künftigem Legalverhalten zu erziehen und ihm die Fähigkeit zu vermitteln, Lebensaufgaben unter Berücksichtigung des geltenden Normensystems zu bewältigen“ als Rechtsgut des Tatbestandes anerkennt.<sup>7</sup> Hieran ist insbesondere schwer nachvollziehbar, warum das Bundesverfassungsgericht nicht von der psychischen Entwicklung als geschütztes Rechtsgut spricht, sondern von der sittlichen und geistigen Entwicklung, was im Hinblick auf die sittliche Entwicklung als hoch problematisch anzusehen ist. Zwar stellt das Bundesverfassungsgericht die Erziehung zu künftigem Legalverhalten heraus, durch die verwendete Formulierung („insbesondere“) wird aber deutlich, dass die sittliche Entwicklung auch im Allgemeinen Rechtsgut des § 171 StGB sein soll.

a) Diese Rechtsbegriffsbestimmung verwundert schon deshalb, da § 171 StGB seit der Neugestaltung des Tatbestandes durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23.11.1973 (4. StrRG)<sup>8</sup> das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung des „sittlichen Wohls“ gerade

nicht mehr enthält. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass das Merkmal der Gefährdung des sittlichen Wohls „zu unbestimmt ist und die Praxis in unerträgliche Auslegungsschwierigkeiten bringt“<sup>9</sup>, eine Einschätzung, die auch die Verfasser des Alternativentwurfs teilten und deshalb die ersatzlose Streichung der Vorschrift empfahlen.<sup>10</sup> Dem ist der Gesetzgeber freilich nicht gefolgt, sondern hielt stattdessen „zum Schutz der Kinder und Jugendlichen eine Strafvorschrift gegen die gröbliche Vernachlässigung der Fürsorge- und Erziehungspflicht (für) unerlässlich“.<sup>11</sup> Um den Bestimmtheitsproblemen Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber schließlich, nachdem man sich gegen die noch im Regierungsentwurf enthaltenen Tatbestandsalternativen der Gefahr der „körperlichen Verwahrlosung“ und der Gefahr der „kriminellen Verwahrlosung“ entschieden hatte<sup>12</sup>, die nun geltende Tatbestandsfassung geschaffen. Man war dabei der Auffassung, mit dem Wort „psychisch“ werde klargestellt, „daß die Vorschrift (...) keinen Bezug zu einer bestimmten sittlichen Ordnung haben soll, daß sie vielmehr mit diesem Merkmal nur Verantwortlichkeiten für solche Fehlentwicklungen treffen will, die mit medizinisch-psychologischen Kriterien zu erfassen sind.“<sup>13</sup> Selbst den Begriff „seelisch“ sah man als problematisch an, da er im Sprachgebrauch „mit emotionalen und ideologischen Beziehungen behaftet“ sei, so dass er die notwendige Einengung nicht bringen werde.<sup>14</sup>

Dem Bundesverfassungsgericht ist aber zuzugeben, dass auch in der strafrechtlichen Literatur teilweise die Ansicht vertreten wird, die sittliche Entwicklung gehöre zur psychischen Entwicklung.<sup>15</sup> Dies wird damit begründet, dass durch § 171 StGB der Entwicklungsprozess, in dem sich die seelischen Fähigkeiten zur Bewältigung der Lebensaufgaben herausbilden, geschützt werden soll und hierfür auch Voraussetzung sei, dass der Schutzbefohlene in die Gemeinschaft und ihr soziales Normensystem, soweit es sich dabei um einen Grundbestand gemeinsamer Überzeugungen handelt, hineinwächst.<sup>16</sup>

b) Dieser Auffassung kann aber nicht zugestimmt werden. Sie ist zweierlei Einwänden ausgesetzt.

aa) Zunächst ist es durchaus fraglich, ob der Begriff „psychische Entwicklung“ seinem Wortsinn nach auch die „sittliche Entwicklung“ beinhaltet. Zwar wird man nicht sagen können, dass durch eine Auslegung des Begriffes in diesem Sinne bereits die Wortlautgrenze überschritten ist, so dass eine mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbare Analogie vorläge. Allerdings ist zu beachten, dass sich der mögliche Wortsinn aus der Sicht des rechtsunterwor-

<sup>9</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 15 (linke Spalte).

<sup>10</sup> Alternativentwurf, BT Sexualdelikte (1968), S. 69.

<sup>11</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 16 (linke Spalte).

<sup>12</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 16.

<sup>13</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 16 (rechte Spalte).

<sup>14</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 16 (rechte Spalte).

<sup>15</sup> So *Dippel* (Fn. 3), § 171 Rn. 17; *Lenckner/Bosch* (Fn. 3), § 171 Rn. 7; weitaus restriktiver *Ritscher* (Fn. 3), § 171 Rn. 14; stark einschränkend auch *Wittig* (Fn. 3), § 171 Rn. 11.

<sup>16</sup> So *Lenckner/Bosch* (Fn. 3), § 171 Rn. 7; vgl. auch *Dippel* (Fn. 3), § 171 Rn. 17.

<sup>5</sup> Zum Begriff der Entwicklung vgl. *Bohnert*, ZStW 117 (2005), 290, 295.

<sup>6</sup> BVerfG NJW 2015, 44, 46 = HRRS 2015 Nr. 3 Rn. 24.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2015, 44, 45 = HRRS 2015 Nr. 3 Rn. 18.

<sup>8</sup> BGBl. I, S. 1725, 1726.



fenen Bürgers bestimmt.<sup>17</sup> Der allgemeine Sprachgebrauch dürfte aber wohl dahingehen, dass zwischen den Begriffen „sittlich“ und „psychisch“ eine klare Unterscheidung vorgenommen wird und nicht der eine Bestandteil des anderen ist. Wenn unter Psyche die „Gesamtheit des menschlichen Fühlens, Empfindens und Denkens; Seele“ verstanden wird<sup>18</sup>, dann kann mit „psychischer Entwicklung“ nur ein Prozess gemeint sein, der die Ausbildung der seelischen und intellektuellen Fähigkeiten des Menschen betrifft. Unter dem Begriff Sitte versteht man dagegen die „Gesamtheit von Normen, Grundsätzen und Werten, die für die Gesellschaft grundlegend sind“.<sup>19</sup> Mit „sittlicher Entwicklung“ kann deshalb nur der Vorgang der Verinnerlichung dieser gesellschaftlichen Normen, Grundsätze und Werte bezeichnet werden. Damit handelt es sich um verschiedene Aspekte der Entwicklung zum erwachsenen Menschen, die nicht ohne weiteres in eins gesetzt werden können.

bb) Darüber hinaus wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass es kaum möglich sein dürfte, die sozialetischen Normen, die den Schutzbefohlenen zur Bewältigung der Lebensaufgaben befähigen sollen, rechtssicher zu definieren.<sup>20</sup> In freiheitlichen Gesellschaften sind die Begründung und die Inhalte moralischer Regeln verschieden und stehen im Wettbewerb der politischen und weltanschaulichen Gruppen.<sup>21</sup> Mit der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Rechtsgutsbestimmung wird die Vorschrift des § 171 StGB erneut mit einer tatbestandlichen Unbestimmtheit befrachtet, die der Gesetzgeber gerade beseitigen wollte.

Im liberalen Verfassungsstaat wird aber „ein Kernbereich der sozialetischen Prinzipien vom Recht geschützt“.<sup>22</sup> Allenfalls die Internalisierung dieses „ethischen Minimums“ kann als Grundbedingung der Lebensaufgabe, die der Schutzbefohlene zu bewältigen hat, angesehen werden. Das scheint aber auch der Gesetzgeber erkannt zu haben, denn er hat als Taterfolg ja die „Gefahr eines kriminellen Lebenswandels“ in den Tatbestand aufgenommen. Damit soll aber gerade gewährleistet werden, dass der Schutzbefohlene durch Fürsorge und Erziehung den Grundbestand – aber nur diesen – des sozialetischen Normensystems der Gemeinschaft verinnerlicht. Indem das Gesetz ausdrücklich auch die „Gefahr der Prostitution nachzugehen“ nennt, hat der Gesetzgeber darüber hinaus einen für ihn, neben der Internalisierung der durch die Strafgesetze beschriebenen Mindestbedingungen menschlichen Zusammenlebens, wesentlichen Gesichtspunkt einer sittlichen Entwicklung benannt. Ob man das Nachgehen der Prostitution noch als Fehlentwicklung bezeichnen mag, sei hier dahingestellt,<sup>23</sup> jeden-

falls ist nicht zu erklären, inwieweit eine schwer zu konkretisierende „allgemeine“ sittliche Entwicklung zu berücksichtigen sein soll, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich zwei Aspekte dieser Entwicklung benennt, sonst aber auf eine Regelung verzichtet.

Es ist zwar einzugestehen, dass sich solch eine Interpretation des Tatbestandes nur schwer mit der Gesetzesbegründung belegen lässt, denn der Gesetzgeber war wohl der Ansicht, dass ein „derartiges Abgleiten (in die Kriminalität oder Prostitution) in aller Regel Ausdruck eines psychischen Schadens“ sei.<sup>24</sup> Allerdings ist diese Auffassung zu den beiden genannten Gefährerfolgsalternativen insofern widersprüchlich, als diese schwer mit der Tatbestandsfassung des § 171 StGB zu vereinbaren ist, da hierdurch gerade eine Alternativität der Gefährerfolge zum Ausdruck gebracht wird. Zudem wollte auch der Gesetzgeber nicht ausschließen, dass „ein Abgleiten in die Kriminalität oder Prostitution selbst bei unter Sechzehnjährigen in Einzelfällen von den Gerichten nicht mit einem psychischen Schaden in Verbindung gebracht wird.“<sup>25</sup> Auch der Gesetzgeber hat demnach durchaus erkannt, dass die Tatbestandsmerkmale „Gefahr eines kriminellen Lebenswandels“ und „Gefahr der Prostitution nachzugehen“ nicht unbedingt mit einer Gefahr für die psychische Entwicklung gleichzusetzen sind. Weitaus bedeutsamer dürfte für die Interpretation der Gefährerfolge deshalb sein, dass durch die Novellierung des Tatbestandes die mit dem Tatbestandsmerkmal „sittliches Wohl“ verbundenen, auch verfassungsrechtlich problematischen, Auslegungsschwierigkeiten beseitigt werden sollten.

Auch unter systematischen Gesichtspunkten scheint es deshalb überzeugender, eine sittliche Entwicklung im Allgemeinen nicht als Teil der psychischen Entwicklung anzusehen. Eine Gefahr, dass der Schutzbefohlene in seiner psychischen Entwicklung geschädigt wird, ist deshalb nur dann zu bejahen, wenn die Fehlentwicklung mit medizinisch-psychologischen Kriterien zu erfassen ist.<sup>26</sup> Auch damit sind Auslegungsschwierigkeiten verbunden, die hier aber nicht weiter erläutert werden können.<sup>27</sup>

c) Aufgrund dieser Erwägungen überzeugen die durch das Bundesverfassungsgericht angestellten Überlegungen zum Rechtsgut des § 171 StGB nicht. Die Auslegung des Begriffs der psychischen Entwicklung ist bereits mit Unsicherheiten verbunden, die durch eine Einbeziehung der sittlichen Entwicklung gerade vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG nicht noch verstärkt werden sollten. Eine sittliche Entwicklung im Allgemeinen darf deshalb weder für die Rechtsgutsbestimmung noch bei der Auslegung des Tat-

<sup>17</sup> Vgl. nur *Dannecker*, in *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 1. Band, 12. Aufl. (2007), § 1 Rn. 250.

<sup>18</sup> Duden, *Das Bedeutungswörterbuch*, 4. Aufl. (2010), S. 733.

<sup>19</sup> Duden (Fn. 18), S. 858.

<sup>20</sup> *Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Stand: September 2014, § 171 Rn. 6; vgl. auch *Knauer*, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht* (2013), S. 195.

<sup>21</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 7. Aufl. (2013), Rn. 402.

<sup>22</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 21), Rn. 408.

<sup>23</sup> Vgl. *Frommel* (Fn. 3), § 171 Rn. 9.

<sup>24</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 16 (linke Spalte). In diesem Sinne auch *Fischer* (Fn. 3), § 171 Rn. 9, der kriminellen Lebenswandel und Prostitution als Beispielfälle der psychischen Gefährdung ansieht; ähnlich *Frommel* (Fn. 3), § 171 Rn. 9, die von Regelbeispielen spricht.

<sup>25</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 16 f.

<sup>26</sup> In diesem Sinne auch *Knauer* (Fn. 20), S. 195; dies als zu eng ablehnend *Lenckner/Bosch* (Fn. 3), § 171 Rn. 7.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu demnächst *Wittig*, FS Heintschel-Heinegg (2015) (noch unveröffentlicht).

bestandsmerkmals „psychische Entwicklung“ eine Rolle spielen.

werden, dass sie auch die Gefahr einer Schädigung seiner psychischen Entwicklung begründen.<sup>29</sup>

### IV. Schulpflichtverletzung und § 171 StGB

### V. Fazit

Im Hinblick auf die dem Nichtannahmebeschluss zugrundeliegende Problematik der Schulpflichtverletzung dürfte die Entscheidung schließlich dahingehend zu verstehen sein, dass das Bundesverfassungsgericht Zweifel hat, ob hierdurch der Tatbestand des § 171 StGB tatsächlich verwirklicht werden kann.<sup>28</sup> Zumindest diesem Befund kann zugestimmt werden, da allein bei einem Verhindern des Schulbesuchs nur in Ausnahmefällen derart gravierende Auswirkungen auf die intellektuellen Fähigkeiten des Schutzbefohlenen zu befürchten sein

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist im Hinblick auf die Bestimmung des geschützten Rechtsguts des § 171 StGB abzulehnen. Das körperliche Wohlergehen und die sittliche Entwicklung gehören nicht zu den geschützten Rechtsgütern des Tatbestandes. Die Rechtsgutsüberlegungen des Bundesverfassungsgerichts tragen deshalb nichts zur Konturierung eines schwer handhabbaren Tatbestandes bei. Letztendlich kann damit nur den Zweifeln des Bundesverfassungsgerichts, dass schon das bloße Verhindern des Schulbesuchs den Tatbestand des § 171 StGB erfüllt, zugestimmt werden.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2015, 44, 46 = HRRS 2015 Nr. 3 Rn. 24.

<sup>29</sup> A.A. Wittig (Fn. 3), § 171 Rn. 8.

#### 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.

## **85. BVerfG 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (BGH / LG Berlin)**

Tatprovokation durch polizeilichen Lockspitzel; Einfuhr und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Rechtsstaatsprinzip (Recht auf ein faires Verfahren; Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege; polizeiliche Vertrauensperson; Verfahrenshindernis nur in Ausnahmefällen; Kompensation auf der Ebene der Strafzumessung als Regelfall; konkrete Bezifferung des Strafnachlasses); konventionsfreundliche Gesetzesauslegung (Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR; Fairnessgebot; Unzulässigkeit der Verfahrensdurchführung; Beweisverwertungsverbot; Vereinbarkeit der Strafzumessungslösung mit Konventionsrecht).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 152 Abs. 1 GVG

## **86. BVerfG 2 BvR 713/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. November 2014 (Brandenburgisches OLG / LG Frankfurt (Oder))**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; ausreichende Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Gefährlichkeitsprognose; Sachverständigengutachten; Verhältnismäßigkeit einer Fortdauerentscheidung bei fehlenden Behandlungsaussichten; Heilungsaussichten; mangelnde Therapiebereitschaft); Garantie des gesetzlichen Richters (Gewähr der Neutralität und Unparteilichkeit; abschließender Charakter der gesetzlichen Ausschließungsgründe).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 23 StPO; § 24 StPO

## **87. BVerfG 2 BvR 1820/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. November 2014 (OLG Frankfurt am Main)**

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; türkischer Staatsangehöriger; Angriff auf Computernetzwerke von

Finanzdienstleistern; Willkürmaßstab; Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit; Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen; Gebot der Verhältnismäßigkeit als unabdingbarer verfassungsrechtlicher Grundsatz; grundsätzliche Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen; Begründungsanforderungen an eine Auslieferungsentscheidung; einzelfallbezogene Bestimmung der zu erwartenden Strafe; Möglichkeit, die Freiheit wiederzuerlangen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; § 129 Abs. 1 StGB; § 202a StGB; § 263a StGB; § 73 Satz 1 IRG; Art. 2 Abs. 1 AuslieferungsV-USA

## **88. BVerfG 2 BvR 2419/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Kiel / AG Kiel)**

Durchsuchung bei einem zahnärztlichen Gutachter wegen des Verdachts des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse (Anforderungen an den Tatverdacht; Anfangsverdacht und bloße Vermutungen; keine Abänderung des Verdachts im Beschwerdeverfahren nach Vollzug der Durchsuchung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Art. 13 Abs. 1 GG; § 278 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

## **89. BVerfG 2 BvR 2774/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. November 2014 (Brandenburgisches OLG)**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Abwägung im Einzelfall; Gefährlichkeitsprognose; „rechtliche Fehleinweisung“; Überschreitung von Überprüfungsfristen); Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 67e Abs. 2 StGB; § 37 BbgPsychKG

## **90. BGH 1 StR 242/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Nürnberg-Fürth)**

Mitteilung über Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilungspflicht).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO

## **91. BGH 1 StR 31/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG München II)**

BGHSt; Falschbeurkundung im Amt (Begriff der öffentlichen Urkunde: Umfang des öffentlichen Glaubens, strenger Maßstab; Zulassungsbescheinigung Teil II).  
§ 348 Abs. 1 StGB

**92. BGH 2 StR 132/14 – Urteil vom 26. November 2014 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf Heilungserfolg: Therapieunwilligkeit als Kriterium).  
§ 64 Satz 2 StGB

**93. BGH 2 StR 170/13 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Koblenz)**

Spezialitätsgrundsatz (Fortfall der Bindung durch Verweilen im Bundesgebiet; Vorlagepflicht zum EuGH); tatrichterliche Beweiswürdigung.  
§ 83h Abs. 1 Nr. 1; Abs. 2 Nr. 1 IRG; § 261 StPO

**94. BGH 2 StR 170/14 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Köln)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Anforderungen an die Urteilsbegründung).  
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StGB

**95. BGH 2 StR 186/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Darmstadt)**

Unerlaubtes bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff der Bande; Begriff des Handeltreibens: Weiterbeförderung von Rauschgifterlösen an Hintermänner).  
§ 30a Abs. 1 BtMG

**96. BGH 2 StR 239/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Aachen)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei unterstelltem Erfahrungssatz.  
§ 261 StPO

**97. BGH 2 StR 54/14 – Urteil vom 26. November 2014 (LG Frankfurt a.M.)**

Bedingter Tötungsvorsatz (umfassende Gesamtwürdigung durch Tatrichter).  
§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

**98. BGH 2 StR 297/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).  
§ 63 StGB; § 62 StGB

**99. BGH 2 StR 375/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (widerlegte Aussagen des Angeklagten als Schuldindiz).  
§ 261 StPO

**100. BGH 2 StR 381/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Gera)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

**101. BGH 2 StR 509/13 – Urteil vom 22. Oktober 2014 (LG Köln)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Einwirken auf das Kind durch Zeigen pornographischer Darstellungen: Begriff der pornographischen Darstellung, Begriff des Einwirkens).  
§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB

**102. BGH 4 StR 213/14 – Urteil vom 4. Dezember 2014 (LG Coburg)**

BGHSt; Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen; Anwendbarkeit auf Delikte, die Allgemeinrechtsgüter schützen); Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (geschütztes Rechtsgut).  
§ 46a Nr. 1 StGB; § 315b StGB

**103. BGH 4 StR 335/14 – Beschluss vom 3. Dezember 2014 (LG Münster)**

Unerlaubte Gewaltausübung über Kriegswaffen (Verhältnis zu sonstigen strafbaren Verstößen gegen das KWKG).  
§ 22a Abs. 1 Nr. 6 KWKG

**104. BGH 4 StR 60/14 – Urteil vom 4. Dezember 2014 (LG Dortmund)**

BGHSt; Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter: Voraussetzungen einer Feststellung im Urteil; Anordnung des Verfalls gegen Dritte: Voraussetzungen).  
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 3 StGB

**105. BGH 4 StR 92/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Benutzung eines Mobiltelefons beim Führen eines Kraftfahrzeugs (Begriff des Fahrzeugführers: begleitender Fahrlehrer).  
§ 23 Abs. 1a StVO; § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG.

**106. BGH 4 StR 342/14 – Beschluss vom 3. Dezember 2014 (LG Essen)**

Besitzverschaffung an kinderpornographischen Schriften (Begriff der kinderpornographischen Schrift; Tateinheit bei Empfang mehrerer Bilddateien über das Internet).  
§ 184g Abs. 4 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

**107. BGH 4 StR 381/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Magdeburg)**

Angeklagte Tat (Veränderung des Geschehensbilds im Laufe des Verfahrens); tatrichterliche Beweiswürdigung (Abweichung von Ergebnissen eines Sachverständigen-gutachtens).  
§ 264 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

**108. BGH 4 StR 427/14 – Beschluss vom 19. November 2014 (LG Paderborn)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung („Aussage gegen Aussage“-Konstellationen, Anforderungen an die Urteilsbegründung).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

**109. BGH 4 StR 457/14 – Urteil vom 18. Dezember 2014 (LG Hagen)**

Verhängung von Jugendstrafe (Voraussetzungen: Schwere der Schuld im Einzelfall); Bemessung der Jugendstrafe.  
§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 JGG

**110. BGH 4 StR 468/14 – Urteil vom 18. Dezember 2014 (LG München II)**

Beschränkung der Revision (Auslegung der Revisionsbegründung durch das Revisionsgericht).  
§ 344 Abs. 1 StPO

**111. BGH 4 StR 473/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Frankenthal)**

Gleichzeitiger unerlaubter Besitz von Waffen und Munition (Tateinheit).  
§ 52 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 lit b) WaffG; § 52 Abs. 1 StGB

**112. BGH 4 StR 477/14 – Beschluss vom 4. Dezember 2014 (LG Detmold)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern.  
§ 176a StGB

**113. BGH 4 StR 486/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Münster)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (nachträgliche Bildung einer Gesamtgeldstrafe: Ermessen des Gerichts).  
§ 55 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

**114. BGH 4 ARs 21/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (BGH)**

Anfrageverfahren; Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (erforderliche Belehrung des Zeugen über Reichweite des Bewertungsverbots bei erster Vernehmung).  
§ 252 StPO; § 52 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

**115. BGH 1 StR 265/14 – Urteil vom 2. Dezember 2014 (LG Karlsruhe)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 StPO

**116. BGH 1 StR 471/14 – Beschluss vom 15. Januar 2015 (LG Konstanz)**

Offensichtliches Schreibversehen.  
§ 267 StPO

**117. BGH 1 StR 515/14 – Beschluss vom 16. Dezember 2014 (LG Regensburg)**

Begründung des Hangs bei der Sicherungsverwahrung (zulässiges Verteidigungsverhalten; Ermessensausübung; Annahme oder Ablehnung von Therapieangeboten)  
§ 66 Abs. 2 und 3 Satz 2 StGB aF

**118. BGH 2 StR 115/14 – Beschluss vom 2. Dezember 2014 (LG Frankfurt a. M.)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf eines Tötungsdelikts und einer gefährlichen Körperverletzung zulasten eines betäubungsmittelabhängigen Angeklagten.  
§ 212 StGB; § 224 StGB; § 261 StPO

**119. BGH 2 StR 183/14 – Beschluss vom 8. Januar 2015 (LG Köln)**

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

**120. BGH 2 StR 262/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Hanau)**

Übersehene vorrangige Berücksichtigung des vertypen Milderungsgrundes (minder schwerer Fall des Totschlages).

§ 50 StGB; § 213 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**121. BGH 2 StR 300/14 – Beschluss vom 4. November 2014 (LG Erfurt)**

Fehlerhafte Strafrahenwahl beim unerlaubten Handel-treiben mit Betäubungsmitteln (Anwendung des Doppel-verwertungsverbots auf die Gesamtwürdigung bei Regel-beispielen).

§ 29 Abs. 3 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

**122. BGH 2 StR 44/14 – Beschluss vom 26. November 2014**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**123. BGH 2 StR 361/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Marburg)**

Darzuliegende Gesetzesverletzung (Revision der Nebenklage); mangelnde Nebenklagebefugnis bei Schwangerschaftsabbruch.

§ 400 StPO; § 395 StPO

**124. BGH 2 StR 417/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Frankfurt a.M.)**

Erweiterter Verfall (Feststellungen).  
§ 73d Abs. 1 StGB

**125. BGH 2 StR 608/12 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Bonn)**

Grenzen der Revisionserstreckung; Beihilfe (Beihilfe zur Beihilfe).

§ 357 StPO; § 27 StGB

**126. BGH 2 ARs 401/14 (2 AR 270/14) – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**127. BGH 4 StR 245/14 – Beschluss vom 5. November 2014 (LG Dortmund)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**128. BGH 4 StR 292/14 – Beschluss vom 3. Dezember 2014 (LG Münster)**

Überschießende Adhäsionsentscheidung (Antragsgrundsatz: Beantragung von Schmerzensgeld; Tenorierung).

§ 404 Abs. 1 StPO

**129. BGH 4 StR 323/14 (4 StR 324/14) – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Dortmund)**

BGHR; Fortgeltung der Rechtsprechung zur Insolvenzverschleppung durch den faktischen Geschäftsführer.

§ 15a Abs. 4 InsO

**130. BGH 4 StR 361/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Konstanz)**

Darzuliegende Gesetzesverletzung (Revision der Nebenklage).

§ 400 StPO

**131. BGH 4 StR 398/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Münster)**

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit beim Betrug (Teilidentität der Handlungen).

§ 263 StGB; § 52 StGB

**132. BGH 4 StR 406/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Bielefeld)**

Vorwurf des unerlaubten Besitzes von nicht geringen Mengen an Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport; Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport durch Erwerb und Vorrätighalten (Abgabe).

§ 4 Abs. 17 AMG; § 96 AMG

**133. BGH 4 StR 479/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Hagen)**

Strafzumessung (mangelnde Feststellungen zu einer vorgeworfenen Vorbestraftheit).

§ 46 StGB

**134. BGH 4 StR 511/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**135. BGH 4 StR 520/14 – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Essen)**

Mangelndes Beruhen auf der Gesetzesverletzung bei ausgebliebener Negativmitteilung bei unzweifelhafter dienstlicher Erklärung der Vorsitzenden der Strafkammer (Abgrenzung von Mutmaßungen).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 257c StPO

**136. BGH 4 StR 556/14 – Beschluss vom 17. Dezember 2014 (LG Essen)**

Konkurrenzen unter den Brandstiftungsdelikten (fahrlässige Brandstiftung; vorsätzliche schwere Brandstiftung; Gefahr einer Gesundheitsschädigung).

§ 306d Abs. 1 2. Alternative StGB; § 306a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 52 StGB

**137. BGH 4 ARs 20-2/14 (2 StR 105/14) – Beschluss vom 18. November 2014 (BGH)**

Kompetenzstreit innerhalb des Bundesgerichtshofs (Vorlage an das Präsidium des BGH; Abgabe einer Strafsache 2 StR 105/14 nach Beginn der Revisionshauptverhandlung; Auslegung des Geschäftsverteilungsplans).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG

**138. BGH 4 ARs 20-1/14 (2 StR 104/14) – Beschluss vom 18. November 2014 (BGH)**

Kompetenzstreit innerhalb des Bundesgerichtshofs (Vorlage an das Präsidium des BGH; Abgabe einer Strafsache 2 StR 105/14 nach Beginn der Revisionshauptverhandlung; Auslegung des Geschäftsverteilungsplans).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG

**139. BGH 4 StR 323/14 (4 StR 324/14) – Beschluss vom 18. Dezember 2014 (LG Dortmund)**

BGHR; Fortgeltung der Rechtsprechung zur Insolvenzverschleppung durch den faktischen Geschäftsführer.

§ 15a Abs. 4 InsO

Der faktische Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann Täter einer Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4 InsO sein. (BGHR)

**140. BGH 3 StR 167/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (OLG Hamburg)**

Zuwiderhandlung gegen ein Bereitstellungsverbot eines unmittelbar geltenden Rechtsaktes der Europäischen Union („Iran-Embargo“; Ausfuhrverbot); gewerbsmäßige Ausfuhr von Gütern ohne Genehmigung; Beihilfe (Gehilfenvorsatz; notwendiger Grad der Konkretisierung der Haupttat); Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge (Bestimmtheit des abgelehnten Beweisantrags; Darlegung der den Verstoß enthaltenden Tatsachen; inhaltliche Überprüfbarkeit der erhobenen Rüge); Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (mangelndes Beruhen); Embargovorschriften als Zeitgesetze; Günstigkeitsvergleich nach Neufassung des Außenwirtschaftsgesetzes; Konkurrenzen im Außenwirtschaftsrecht.

§ 34 AWG a.F.; § 18 AWG n.F.; Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 423/2007 in der Fassung der VO (EU) Nr. 532/2010; Art. 16 Abs. 3 VO (EU) Nr. 961/2010; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB

**141. BGH 3 StR 212/12 – Beschluss vom 14. November 2014**

Unzulässige Gegenvorstellung.

§ 296 StPO

**142. BGH 3 StR 257/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Wuppertal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**143. BGH 3 StR 321/14 – Beschluss vom 15. Oktober 2014 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen vom Teilfreispruch (Erschöpfung des Eröffnungsbeschlusses; abweichende konkurrenzrechtliche Beurteilung gegenüber der Anklage); fehlende konkrete Bezeichnung der Einziehungsgegenstände.

§ 260 StPO; § 74 StGB

**144. BGH 3 StR 329/14 – Urteil vom 16. Oktober 2014 (LG Oldenburg)**

Anordnung der Unterbringungsmaßregel gegenüber einem bereits Untergebrachten; Bedeutung der Urteilsfeststellungen für die Überzeugungsbildung der Strafvollstreckungskammer trotz Absehens von der Unterbringung.

§ 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 260 StPO; § 267 StPO

**145. BGH 3 StR 334/14 – Urteil vom 27. November 2014 (LG Mönchengladbach)**

Anforderungen an die Urteilsbegründung beim Freispruch (fehlende Darlegung der für erwiesen erachteten Tatsachen).

§ 267 StPO; § 261 StPO

**146. BGH 3 StR 355/14 – Beschluss vom 30. Oktober 2014 (LG Lüneburg)**

Verwerfung der sofortigen Beschwerde gegen Kostenentscheidung sowie gegen die Versagung einer Entschädigung als unbegründet.

§ 304 StPO; § 311 StPO; § 464 StPO

**147. BGH 3 StR 355/14 – Urteil vom 30. Oktober 2014 (LG Lüneburg)**

Rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

**148. BGH 3 StR 355/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Lüneburg)**

Entschädigung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen; Verwerfung der sofortigen Beschwerde.

§ 304 StPO; § 311 StPO; § 464 Abs. 3 StPO; § 8 Abs. 3 StrEG

**149. BGH 3 StR 438/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Stade)**

Rechtsfehlerhafte Verfallsanordnung wegen entgegenstehender auf Rückgewähr gerichteter Ersatzansprüche Verletzter.

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

**150. BGH 3 StR 451/14 – Beschluss vom 11. November 2014 (LG Mönchengladbach)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (fehlende Feststellungen zum Ladezustand einer Gaspistole; Feststellung der Bauweise aufgrund der Typenbezeichnung); Tatbegriff bei der betäubungsmittelstrafrechtlichen Aufklärungshilfe (Abgrenzung zum strafprozessualen Tatbegriff).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 31 BtMG; § 264 StPO

**151. BGH 3 StR 462/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Stade)**

Verbot nachteiliger Schlüsse aus dem Umstand, dass der Angeklagte sich erst spät im Verfahren erstmals zur Sache einlässt.

§ 136 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

**152. BGH 3 StR 488/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Lüneburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**153. BGH 3 StR 497/14 – Beschluss vom 11. November 2014 (LG Trier)**

Erfolgreiche Rüge der fehlenden Belehrung über mögliche Abweichungen des Gerichts von einer in Aussicht gestellten Verständigung (Abgrenzung zur „Protokollrüge“).

§ 257c Abs. 5 StPO

**154. BGH 3 StR 508/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Duisburg)**

Rechtsfehlerhafter Maßregelausspruch aufgrund fehlender Mitteilung der voraussichtlichen Dauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB; § 67d Abs. 1 Satz 1 StGB

**155. BGH 5 StR 136/14 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Kiel)**

Vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum beim Abrechnungsbetrug (Zytostatika-Lösungen; Fertigarzneimittel; Rezepturarzneimittel; Fehlende Zulassungsfähigkeit als Bezugspunkt des objektiven Betrugstatbestandes; Irrtum über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung; Subsumtionsirrtum); Erklärungswert bei Inbezugnahme der sog. „Lauer-Taxe“; Anforderungen an die Begründung beim freisprechenden Urteil; Beweiswürdigung; Ablehnung von Beweisanträgen (tatsächliche Bedeutungslosigkeit; Unzulässigkeit der Beweiserhebung); Umfang der Qualitätsprüfung bei Fertigarzneimitteln.

§ 263 StGB; § 16 StGB; § 244 StPO; § 260 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 78 AMG; § 95 AMG; § 96 AMG; § 12 Abs. 1 ApBetrO

**156. BGH 5 StR 405/13 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Braunschweig)**

Abrechnungsbetrug bei Zytostatika-Lösungen (Eignung zur Irreführung als Voraussetzung des Täuschungsgegenstandes; Fertigarzneimittel; Rezepturarzneimittel; Verwendung nicht zugelassener ausländischer Fertigarzneimittel; konkludente Erklärung anspruchsbegründender Tatsachen durch Abrechnung; Lauer-Taxe).

§ 263 StGB; § 10 AMG; § 21 Abs. 1 AMG; § 27 Abs. 1 SGV V; § 31 Abs. 1 SGB V; § 11 ApoG; § 4 AMPreisV; § 5 AMPreisV; § 1a Abs. 8 ApBetrO; § 7 ApBetrO; § 35 ApBetrO

**157. BGH 5 StR 413/14 – Urteil vom 10. Dezember 2014 (LG Göttingen)**

Rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung bei Freispruch vom Mordvorwurf.

§ 261 StPO; § 211 StGB

**158. BGH 5 StR 422/14 – Urteil vom 9. Dezember 2014 (LG Berlin)**

BGHSt; schmerzhafte anale Penetrationshandlungen gegenüber Kindern als schwere körperliche Misshandlung.

§ 176a Abs. 5 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a StGB

**159. BGH 5 StR 431/14 – Beschluss vom 26. November 2014 (LG Chemnitz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**160. BGH 5 StR 454/14 – Beschluss vom 27. November 2014 (LG Zwickau)**

Rechtsfehlerhafte Unterbringungsanordnung (unzureichende Begründung der Erfolgsaussicht).

§ 64 StGB

**161. BGH 5 StR 468/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Kiel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**162. BGH 5 StR 490/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**163. BGH 5 StR 495/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Dresden)**

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

**164. BGH 5 StR 496/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Dresden)**

Bewertungseinheit im Betäubungsmittelstrafrecht.  
§ 29 BtMG; § 52 StGB

**165. BGH 5 StR 509/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringungsanordnung (eine hangbedingte schwere Gewalttat als ausreichender Beleg für die Gefahr künftiger erheblicher Taten).  
§ 64 StGB

**166. BGH 5 StR 518/14 – Beschluss vom 12. Januar 2015 (LG Itzehoe)**

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

**167. BGH 5 StR 525/14 – Beschluss vom 11. Dezember 2014 (LG Lübeck)**

Nachholung der Festsetzung von Einzelfreiheitsstrafen.  
§ 354 Abs. 1 StPO

**168. BGH 5 StR 527/14 – Beschluss vom 25. November 2014 (LG Kiel)**

Rechtsfehlerhafte täterbelastende Anwendung der Neuregelung der „Aufklärungshilfe“ unter Verstoß gegen das „Meistbegünstigungsprinzip“ (kein Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen aufgeklärter und begangener Tat nach altem Recht).  
§ 46b StGB; § 2 Abs. 3 StGB

**169. BGH 5 StR 530/14 – Beschluss vom 12. Januar 2015 (LG Braunschweig)**

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

**170. BGH 5 StR 538/14 – Beschluss vom 9. Dezember 2014 (LG Flensburg)**

Erörterungsmangel aufgrund fehlender Erörterung der möglichen Gesamtstrafenfähigkeit von Vorverurteilungen.  
§ 267 StPO; § 55 StGB

**171. BGH 5 StR 561/14 – Beschluss vom 10. Dezember 2014 (LG Zwickau)**

Unzulässigkeit der Revision der Nebenklägerin.  
§ 400 Abs. 1 StPO