

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, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. 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 Rübent-

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

Dr. *Frauke Rostalski*, Marburg – **Der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung bei (freisprechendem) Urteil** Zugl. Bespr. zu EGMR HRRS 2015 Nr. 525 S. 315

Alix Schlüter, Bucerius Law School, Hamburg – **Passive Sterbehilfe vor dem EGMR im Fall Lambert – Das „Gewissen Europas“ vor dem non liquet** S. 327

Wiss. Mit. *Fabian Afshar*, Bucerius Law School, Hamburg – **Der hinreichende Inlandsbezug für § 6 Nr. 5 StGB** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2015 Nr. 544 S. 331

Dr. *Sebastian Sobota*, Mainz – **Zur Strafrahenwahl beim Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonderem gesetzlichen Milderungsgrund** S. 339

Vanessa Saam, Tübingen – **„Schwarze Kassen“ und Untreuestrafbarkeit** S. 345

Entscheidungen

EGMR **Lebensschutz bei streitigem Todeswillen des Patienten (Lambert u.a. v. Frankreich)**

BVerfG **Effektive Durchsetzung des Richtervorbehalts**

BVerfG **Unzureichende Schätzung bei der Geldstrafe**

BGHSt **Notwehr: Rechtswidrigkeit bei hoheitlichem Handeln**

BGHSt **Sexueller Missbrauch von behördlich verwahrten Kindern**

BGHSt **Begriff der Asche bei der Störung der Totenruhe**

BGHSt **Unwirksamer Eröffnungsbeschluss bei falscher Besetzung**

BGHSt **Zweistufige Prüfung bei Amtsträgern anderer EU-Staaten**

BGH **Kein Verfahrenshindernis bei Tatprovokation**

BGHR **Überdehnung des § 81a Abs. 3 Hs. 1 StPO**

Die Ausgabe umfasst 129 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, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. 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, August/September 2015, Ausgabe

8-9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

689. EGMR Nr. 46043/14 (Großen Kammer) – Urteil vom 5. Juni 2015 (Lambert u.a. v. Frankreich)

Schutzpflichten gegenüber dem Leben eines Patienten mit apallischem Syndrom bei der Feststellung des mutmaßlichen Lebenswillens (Behandlungsabbruch bei unangemessener künstlicher Lebensverlängerung; passive Sterbehilfe; Verfahren zur Feststellung des Willens und der dauerhaften Erkrankung; Autonomie; margin of appreciation); Individualbeschwerde (Beschwerdebefugnis; Opferbegriff: Erweiterung auf Angehörige beim Schutz des Lebens eines Bewusstlosen im Gegensatz zur Geltendmachung der Patientenrechte im eigenen Namen); ablehnendes Sondervotum HAJIYEV, ŠIKUTA, TSOTSORIA, DE GAETANO AND GRITCO.

Art. 2 EMRK; Art. 1 EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; § 212 StGB; § 13 StGB; § 1901a BGB

1. Die Schutzpflichten gegenüber dem menschlichen Leben gemäß Art. 2 EMRK stehen einem tödlich wirkenden Behandlungsabbruch zulasten eines dauerhaft bewusstlosen Patienten nicht stets entgegen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die vom behandelnden Mediziner befürwortete Ernährungseinstellung auf einem sorgfältigen Verfahren zur Feststellung der dauerhaften Bewusstlosigkeit und des mutmaßlichen Willens des Patienten hinsichtlich der Lebensverlängerung beruht, das auf einem gesetzlichen Rahmen fußt, insbesondere die Angehörigen des Patienten einbezieht und Rechtsschutz gewährt. Die Staaten können hierbei im Einzelnen ange-

sichts eines fehlenden Konsenses in den Vertragsstaaten einen erheblichen Beurteilungsspielraum (margin of appreciation) in Anspruch nehmen.

2. Eine Verfügung des Patienten, mit der er vor dem Eintritt der Bewusstlosigkeit die Einstellung der weiteren Behandlung angeordnet hat, ist für die Beendigung einer Behandlung nicht stets erforderlich.

3. Der Wille des Patienten muss auch im Fall der bleibenden Bewusstlosigkeit im Zentrum der erforderlichen Entscheidungsfindung stehen. Deshalb sind auch – insbesondere unwidersprochene – Bekundungen über die Einschätzung lebensverlängernder Maßnahmen, die mündlich gegenüber Familienmitgliedern oder nahen Freunden geäußert worden sind, in die Entscheidung einzustellen.

4. Die Eltern und die Geschwister eines bewusstlosen Patienten, über dessen fortgesetzte Behandlung zu entscheiden ist, sind nicht in seinem Namen, sondern in ihrer Position als Angehörige berechtigt, eine Verletzung der staatlichen Schutzpflichten zugunsten des Lebens des Patienten geltend zu machen.

693. BVerfG 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 16. Juni 2015 (OLG 1 / LG Hamburg / AG Hamburg)

Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden für die Anordnung von Wohnungsdurchsuchungen (Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung; Richtervorbehalt für Durchsuchungsanordnungen; wirksame präventive Kontrolle durch den Richter; richterlicher Bereitschaftsdienst; Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden als Ausnahmefall; Zulässigkeit mündlicher Durchsuchungsanordnungen; Gefahr im Verzug; enge Auslegung; unbestimmter Rechtsbegriff; drohender Beweismittelverlust; einzelfallbezogene Prüfung; Pflicht zur Dokumentation; Entfallen der Eilkompetenz mit Befassung des Richters; Übergang der Verantwortung auf den Richter; kein Wiederaufleben der Eilkompetenz bei ausbleibender richterlicher Entscheidung; Neubegründung der Eilkompetenz durch neue Umstände; „überholende Kausalität“; keine Eilkompetenz wegen Organisationsdefiziten der Justiz); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 304 Abs. 1 StPO; § 152 GVG

1. Aus Art. 13 GG ergibt sich die Verpflichtung des Staates, eine effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts zu gewährleisten. (BVerfGE)

2. Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden. (BVerfGE)

3. Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann nur dann neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht. (BVerfGE)

4. Auf die Ausgestaltung der justizinternen Organisation kann die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden nicht gestützt werden. (BVerfGE)

5. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen – zu denen insbesondere auch Wohnungsdurchsuchungen gehören – fort, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt typischerweise auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung vorgesehenen Instanz kaum erlangen kann. (Bearbeiter)

6. Dem Gewicht des mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in die räumliche Privatsphäre entspricht es, dass die Anordnung der Durchsuchung grundsätzlich dem Richter als einer unabhängigen und neutralen Instanz vorbehalten ist. Dieser muss dafür Sorge tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Durchsuchung genau beachtet werden. (Bearbeiter)

7. Die für die Organisation der Gerichte und die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organe haben für eine sachliche und personelle Ausstattung der Gerichte zu sorgen, die eine wirksame präventive richterliche Kontrolle von Wohnungsdurchsuchungen sicherstellt. (Bearbeiter)

8. Zu den Anforderungen an einen dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Richtervorbehalts entsprechenden richterlichen Bereitschaftsdienst gehört die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden, sowie während der Nachtzeit jedenfalls bei einem Bedarf, der über den Ausnahmefall hinausgeht. (Bearbeiter)

9. Gegenüber der präventiven richterlichen Zuständigkeit für Durchsuchungsanordnungen ist die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden nachrangig; richterliche und nicht-richterliche Durchsuchungsanordnung stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die Ermittlungsbehörden haben sich regelmäßig um eine richterliche Eilanordnung zu bemühen, bevor sie die Eilkompetenz in Anspruch nehmen. (Bearbeiter)

10. Jedenfalls in einfach gelagerten Fällen ist die Vorlage schriftlicher Unterlagen zur Herbeiführung einer richterlichen Eilentscheidung nicht erforderlich. In solchen Fällen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn der zuständige Richter allein aufgrund mündlich übermittelter Informationen entscheidet und die Durchsuchung auch mündlich anordnet, sofern er diese Anordnung zeitnah schriftlich dokumentiert. (Bearbeiter)

11. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Gefahr im Verzug, welche die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden eröffnet, ist eng auszulegen. Voraussetzung ist, dass eine richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass die Gefahr eines Beweismittelverlusts droht. Die Ermittlungsbehörden dürfen sich dabei nicht auf spekulative Erwägungen oder allgemeine Erfahrungssätze berufen, sondern müssen die konkreten Umstände des Einzelfalls in Rechnung stellen. (Bearbeiter)

12. Um den aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgenden Anforderungen zu genügen, müssen die Ermittlungsbehörden bei Inanspruchnahme der Eilkompetenz die Umstände des Einzelfalls dokumentieren, um eine wirksame gerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Voraussetzungen einer Gefahr im Verzug erfüllt waren. (Bearbeiter)

13. Haben die Ermittlungsbehörden den Ermittlungsrichter mit der Sache befasst, ist für eine Inanspruchnahme der Eilkompetenz kein Raum mehr. Die Eilkompetenz entfällt, sobald die Staatsanwaltschaft dem zuständigen Richter den Antrag tatsächlich unterbreitet hat, so dass dieser in die Sachprüfung eintreten kann, unabhängig davon, wann der Richter mit der Prüfung beginnt. (Bearbeiter)

14. Mit seiner Befassung ist der Richter allerdings verpflichtet, den Antrag umgehend unter allen relevanten Gesichtspunkten zu prüfen und eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Dabei hat er auch darüber zu befinden, wie lange er den Antrag prüft, ob es vor seiner Entscheidung weiterer Sachaufklärung bedarf und in welcher Form ihm die Entscheidungsgrundlagen vermittelt werden sollen. Insoweit obliegt ihm auch die Abwägung und Entscheidung, ob und inwieweit durch den von ihm zu verantwortenden Prüfungsvorgang möglicherweise der Ermittlungserfolg gefährdet wird. (Bearbeiter)

15. Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden lebt auch dann nicht wieder auf, wenn nach Befassung des Richters die Gefahr eines Beweismittelverlusts eintritt, etwa weil der Richter die Vorlage von Unterlagen fordert, Nachermittlungen anordnet oder – gleich aus welchen Gründen – noch nicht in der Sache entschieden hat. (Bearbeiter)

16. Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann allerdings neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, welche sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und welche die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründen, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht („überholende Kausalität“). (Bearbeiter)

690. BVerfG 2 BvR 67/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Juni 2015 (OLG Karlsruhe / AG Achern)

Verfassungswidrige Bemessung der Tagessatzhöhe (Gebot schuldangemessenen Strafens; Willkürverbot; Schätzung des Nettoeinkommens; Erfordernis einer konkreten Feststellung der Schätzungsgrundlagen; Schätzung „ins Blaue hinein“).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 40 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 40 Abs. 3 StGB

1. Bei der Strafzumessung haben die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall zu beachten. Ein verfassungsgerichtliches Eingreifen kommt dabei allerdings erst in Betracht, wenn sich eine Entscheidung von einem gerechten Schuldausgleich so weit entfernt, dass sie sich als objektiv willkürlich darstellt.

2. Die Bemessung der Höhe des einzelnen Tagessatzes einer Geldstrafe gehört nur im weiteren Sinne zur Strafzumessung, weil sie sich nicht am Maß der Schuld orientiert, sondern der Herstellung einer Opfergleichheit dient; gleichwohl ist sie verfassungsrechtlich ebenfalls am Maßstab objektiver Willkür zu messen.

3. Die Schätzung des monatlichen Gehalts einer Angeklagten setzt die konkrete Feststellung der Schätzungsgrundlagen voraus. Sie ist objektiv willkürlich, wenn das Gericht lediglich feststellt, die Angeklagte sei Verkehrspilotin und nicht arbeitslos, und auf dieser Grundlage das Nettoeinkommen gleichsam „ins Blaue hinein“ auf 2.400,- Euro schätzt, ohne im Ansatz aufgeklärt zu haben, ob die Angeklagte gegenwärtig einer mit einer festen Vergütung verbundenen Beschäftigung nachgeht.

694. BVerfG 2 BvR 2954/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Mai 2015 (OLG Hamm / LG Bochum)

Vollstreckung einer durch den Internationalen Gerichtshof für das ehemalige Jugoslawien verhängten Freiheitsstrafe im Inland (Vollstreckungshilfe; verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen; Wesensgehalt der Grundrechte; Menschenwürde; Schuldgrundsatz; Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden; grundsätzliche Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen; Übertragung vollstreckungsrechtlicher Entscheidungen auf den Gerichtshof; Pflicht zur Herbeiführung einer Entscheidung des Gerichtshofs; Resozialisierungsgebot; Behandlungsvollzug; Vollzugsdefizite; Gleichbehandlungsgrundsatz; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Einzelfallgesetz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 24 Abs. 1 GG; § 5 Abs. 2 YUGStrGHG; § 41 IStGHG; § 42 IStGHG; § 46 IStGHG; § 47 IStGHG; § 38 Abs. 2 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

1. Bei der Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen, zu denen auch der Internationale Gerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (im Folgenden: Gerichtshof) zählt, dürfen die dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes zugrunde liegenden Rechtsprinzipien in ihrem Wesensgehalt nicht relativiert werden.

2. Zu gewährleisten sind insbesondere Achtung und Schutz der Menschenwürde. Aus dieser folgt neben dem Schuldprinzip und dem Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Strafen, dass niemandem die Freiheit entzogen werden darf, ohne dass für ihn die realistische Chance besteht, ihr wieder teilhaftig werden zu können.

3. Angesichts der grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit selbst der lebenslangen Freiheitsstrafe ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass sich die Bundesrepublik zur Vollstreckung durch den Gerichtshof rechtskräftig verhängter Freiheitsstrafen verpflichtet hat, soweit diese die Dauer von 30 Jahren nicht überschreiten. Wie in Auslieferungssachen gilt insoweit, dass die Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen grundsätzlich zu achten sind, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen.

4. Es begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass dem Gerichtshof gesetzlich die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Fortdauer der Vollstreckung einer von ihm verhängten Strafe sowie für andere vollstreckungs- oder vollzugsrechtliche Entscheidungen übertragen worden ist, die zu einem Aufenthalt des Verurteilten außerhalb der Vollzugsanstalt ohne Bewachung führen können. Eine vollstreckungsrechtliche Gleichbehandlung mit auf der Grundlage innerstaatlicher Verurteilungen Inhaftierten ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

5. Zur Herbeiführung einer Entscheidung des Gerichtshofs sind die nationalen Gerichte nur gehalten, wenn nach den innerstaatlichen Regelungen eine Unterbrechung oder Beendigung der Vollstreckung in Betracht kommt. Ist dies nicht der Fall, so verletzt eine unterbliebene Vorlage jedenfalls nicht den Wesensgehalt der Grundrechte des Verurteilten. Möglichen Vollzugsdefiziten kann der Verurteilte mit innerstaatlichen Rechtsbehelfen entgegenreten, ohne dass insoweit eine Entscheidung des Gerichtshofs herbeizuführen ist.

6. Der Verzicht innerstaatlicher Gerichte auf eine Entscheidung über die Fortdauer der Vollstreckung einer von dem Gerichtshof verhängten Strafe berührt den Verurteilten nicht in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz, weil diese Entscheidung nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen, sondern auf den Gerichtshof übertragen ist.

7. Die Regelung über die Vollstreckungshilfe ist kein unzulässiges Einzelfallgesetz, weil sie abstrakt generell formuliert ist und einen wenngleich gegenwärtig begrenzten, so doch offenen Personenkreis erfasst und in einer unbestimmten, nicht vorhersehbaren Zahl von Fällen anzuwenden ist.

691. BVerfG 2 BvR 965/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Juni 2015 (OLG Frankfurt am Main)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; türkischer Staatsangehöriger; Weiterlieferung in die Türkei; Zerteilung des Auslieferungsverfahrens; Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zulässigkeitsverfahren; außenpolitischer Entscheidungsspielraum der Bundesregierung im Bewilligungsverfahren; Sonderregelung für Auslieferungen an Mitgliedstaaten der Europäischen Union; gerichtliche Überprüfung der Bewilligungsentscheidung bei über die Zulässigkeitsentscheidung hinausgehendem Regelungsgehalt).

Art. 1 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 12 IRG; § 79 IRG

1. Zur Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes gehört es, dass dem Richter eine hinreichende Prüfungsbefugnis hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Seite eines Streitfalls zukommt, damit er einer Rechtsverletzung auch abhelfen kann. Abhängig von der Art der zu prüfenden Maßnahme kann dabei jedoch wegen Gestaltungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen eine unterschiedliche Kontrolldichte zugrunde zu legen sein.

2. Die Zerteilung des deutschen Auslieferungsverfahrens führt dazu, dass dem Verfolgten im Zulässigkeitsverfahren, in welchem die rechtlichen Voraussetzungen der Auslieferung geklärt werden, präventiver Rechtsschutz zu gewähren ist. Demgegenüber unterliegen Entscheidungen im nachfolgenden Bewilligungsverfahren, das die Berücksichtigung außen- und allgemeinpolitischer Aspekte des jeweiligen Falles ermöglichen soll, allenfalls eingeschränkt der gerichtlichen Überprüfung.

3. Sofern das Oberlandesgericht im Rahmen der Zulässigkeitsentscheidung alle subjektiven öffentlichen Rechtspositionen des Verfolgten umfassend berücksichtigt hat, verbleibt der Bewilligungsbehörde – ungeachtet ihrer aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Pflicht zur eigenen Rechtmäßigkeitskontrolle und etwaiger völkerrechtlicher Bindungen – ein weiter außenpolitischer Entscheidungsspielraum.

4. Abweichendes gilt bei Auslieferungen an Mitgliedstaaten der Europäischen Union, bei denen die Bewilligung aufgrund der insoweit einschlägigen speziellen gesetzlichen Regelungen den Charakter einer die gesetzlichen Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff gegenüber dem Verfolgten konkretisierenden Maßnahme erlangt, die wegen Art. 19 Abs. 4 GG der gerichtlichen Kontrolle unterliegen muss.

5. Einer isolierten gerichtlichen Überprüfung der Bewilligungsentscheidung auch im Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten bedarf es, wenn diese über die Zulässigkeitsentscheidung hinausgeht, so dass das Oberlandesgericht nicht alle subjektiven öffentlichen Rechte des Verfolgten berücksichtigen konnte. Dies gilt etwa dann, wenn die Bundesregierung im Bewilligungsverfahren der Weiterlieferung an einen Drittstaat zustimmt, die bislang nicht Gegenstand des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens war (Folgeentscheidung zum Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. November 2014 – 2 BvR 1820/14 [= HRRS 2015 Nr. 87]).

692. BVerfG 2 BvR 1180/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Juli 2015 (Thüringer OLG / LG Mühlhausen)

Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit; gerichtliche Zustimmung; Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Dauer; Verhältnismäßigkeit; Bestimmtheit des Zustimmungsbeschlusses; Art und Weise der Behandlung; Begründungsanforderungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung; Antrag auf gerichtliche Entscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 29 Abs. 5 ThürMRVG; § 312 Satz 2 FamFG; § 323

FamFG; § 329 FamFG; § 109 StVollzG; § 138 Abs. 3 StVollzG

1. Bei der medizinischen Zwangsbehandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten mit Neuroleptika handelt es sich um einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit.
2. Den sich hieraus ergebenden Anforderungen wird eine Gerichtsentscheidung nicht gerecht, welche die Zustimmung zur Verlängerung einer Zwangsbehandlung für eine Dauer von zwei Jahren erteilt, obwohl eine Zustimmung nach der gesetzlichen Regelung jeweils nur für sechs Wochen erteilt werden darf.
3. Ein Beschluss über die Zustimmung zu einer Zwangsbehandlung oder deren Verlängerung genügt den verfas-

sungsrechtlichen Anforderungen außerdem nur, wenn sich ihm – über die bloße Nennung der zu verabreichenden Medikamente hinaus – Einzelheiten zur Art und Weise der Behandlung entnehmen lassen und wenn erörtert wird, inwieweit der Beschwerdeführer krankheitsbedingt nicht in der Lage war, die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahmen zu erkennen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

4. Gegen die Anordnung von Zwangsbehandlungsmaßnahmen durch einen Arzt sowie gegen deren Durchführung steht einem im Maßregelvollzug Untergebrachten der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu. Diesen Rechtsweg hat er vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zu erschöpfen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

764. BGH 1 StR 606/14 – Urteil vom 9. Juni 2015 (LG Stuttgart)

BGHSt; Notwehr (Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem Handeln: strafrechtsautonome Bestimmung der Rechtmäßigkeit, Durchsetzung einer Abschiebung); Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Rechtmäßigkeit der Diensthandlung; strafrechtsautonome Bestimmung; Erlaubnistatbestandsirrtum); Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz: Voraussetzungen); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit). § 32 Abs. 2 StGB; § 113 Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 46 StGB

1. Zur Rechtswidrigkeit des Angriffs im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB bei hoheitlichem Handeln. (BGHSt)
2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Rechtmäßigkeit des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt – sowohl bezüglich § 32 Abs. 2 StGB als auch § 113 Abs. 3 StGB – weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets (meist des materiellen Verwaltungsrechts) noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht. Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass „die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten“ gegeben sind, „er also örtlich und sachlich zuständig“ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein – ihm ggf. eingeräumtes – Ermessen pflichtgemäß ausübt (vgl.

BGHSt 4, 161, 164). Befindet sich allerdings der Hoheitsträger in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung, handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes, so ist sein Handeln rechtswidrig (vgl. BGHSt 21, 334, 363). (Bearbeiter)

3. Die Grenzen der Pflicht zur Duldung einer nach den maßgeblichen außerstrafrechtlichen Rechtsvorschriften rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme sind dort erreicht, wo diese mit dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) schlechthin unvereinbar sind (vgl. BVerfG NJW 1991, 3023). Das ist jedenfalls bei Willkür und bei Nichtigkeit des Verwaltungshandelns der Fall). Bei der Verwaltungsvollstreckung endet die Duldungspflicht des Betroffenen auch bei der Nichtigkeit von Verwaltungsakten im Schweregrad entsprechenden Verletzungen der Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung. Das Handeln ist dann stets rechtswidrig im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB. (Bearbeiter)

4. Diese Auslegung des einfachen Gesetzesrechts mit der teilweisen Ablösung des strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB (und § 113 Abs. 3 StGB) von der Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns nach Maßgabe der jeweils einschlägigen außerstrafrechtlichen Rechtsvorschriften ist entgegen der von Teilen der Strafrechtswissenschaft vorgetragenen Kritik verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. (Bearbeiter)

5. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat bedingten Tötungsvorsatz, wer den Eintritt des Todes als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns

erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen getrennt voneinander geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen. In die Prüfung sind dabei neben der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung und der konkreten Angriffsweise des Täters auch seine psychische Verfassung bei Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen (vgl. BGH NJW 2014, 3382, 3383). (Bearbeiter)

6. Bei einer generell lebensgefährlichen Gewalttat, die spontan, unüberlegt und in affektiver Erregung begangen wird, kann aus dem Wissen um den möglichen Eintritt des Todes nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten auf eine billigende Inkaufnahme des Erfolgseintritts geschlossen werden (vgl. BGH NJW 2014, 3382, 3383 mwN). (Bearbeiter)

725. BGH 5 StR 75/15 – Urteil vom 17. Juni 2015 (LG Berlin)

Tötungsvorsatz (gefährliche Gewalthandlung; vorsatzkritische Umstände bei der Annahme von Tötungsvorsatz hinsichtlich des eigenen Kindes; vorwegnehmende Billigung des Endes eines Krankheitsprozesses; Verdeckungsmord durch Unterlassen); Strafraumenverschiebung beim Unterlassen.

§ 261 StPO; § 13 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB

Die Billigung des Todes des eigenen Kindes setzt regelmäßig die Überschreitung einer besonders hohen Hemmschwelle voraus. Sofern die Angeklagte keine Kenntnis von der Ursache eines auch für Laien erkennbar schwerwiegenden Krankheitszustandes des Kindes hat (hier: Gewalthandlung des Lebensgefährten), ist in vorsatzkritischer Hinsicht zu prüfen, ob die begründete Hoffnung bestand, der Tod werde nicht eintreten. Die Annahme von Eventualvorsatz erfordert in einem solchen Fall, dass das tödliche Ende der Krankheit geistig vorweggenommen und gebilligt wird.

701. BGH 3 StR 89/15 – Urteil vom 28. Mai 2015 (LG Düsseldorf)

Fehlende Freiwilligkeit des Rücktritts bei panischem Abbruch der Tat (Erfordernis einer willensgesteuerten Entscheidung); Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs (Akzeptanz des Ausgleichs durch da Opfer; ausnahmsweise fehlendes schutzwürdiges Interesse bei Weigerung); Strafraumenwahl beim Zusammen treffen von Milderungsgründen.

§ 24 StGB; § 46a StGB; § 49 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

Stehen äußere Umstände einer Tatvollendung nicht entgegen, kann es gleichwohl an der Freiwilligkeit des Abbruchs der weiteren Tatausführung fehlen, wenn willensunabhängige Tatumstände das Weiterhandeln unmöglich machen. Solche können gegeben sein, wenn der Täter an der weiteren Tatbegehung wegen unwiderstehlicher innerer Hemmungen, etwa infolge Schocks oder seelischen Drucks (hier: Panikreaktion) gehindert ist. Entscheidend ist in diesen Fällen, ob der Täter „Herr

seiner Entschlüsse“ bleibt und die Ausführung seines Tatplans noch für möglich hält.

815. BGH 4 StR 509/14 – Urteil vom 2. Juli 2015 (LG Magdeburg)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung: objektive ex-ante-Betrachtung; Gebotenheit: Notwehrprovokation); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 32 StGB; § 261 StPO

1. Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn es sich bei ihr um das mildeste zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führende Mittel handelt, das dem Angegriffenen oder seinem Helfer in der konkreten Situation zur Verfügung stand (st. Rspr.). Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden (vgl. BGH StraFo 2014, 29).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung unter anderem dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind (vgl. BGHSt 26, 143, 145). Darüber hinaus vermag auch bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGHSt 42, 97, 100).

784. BGH 2 StR 473/14 – Urteil vom 3. Juni 2015 (LG Gießen)

Notwehr (Gebotenheit der Notwehrhandlung: Einschränkung des Notwehrrechts bei sonstiger Notwehrprovokation); Notwehrexzess (kein Ausschluss durch Provokation der Notwehrlage).

§ 32 StGB; § 33 StGB

1. Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden. Auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel muss der Angegriffene grundsätzlich nur dann zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unter den gegebenen Umständen unzweifelhaft ist und

genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Angesichts der schweren Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos dürfen an die regelmäßig in einer zuge-spitzten Situation zu treffende Entscheidung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden (vgl. BGH NStZ 2012, 272, 274).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht jedoch dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt (vgl. BGH NStZ 2009, 626, 627), wenn mithin zwischen dem sozialetisch zu missbilligenden Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGHSt 42, 97, 100).

3. Wer durch ein solchermaßen sozialetisch zu beanstandendes Vorverhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert hat, darf nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen, auch wenn er den Angriff nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur Trutzwehr mit einer lebensgefährdenden Waffe erst übergehen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt (vgl. BGHSt 26, 143, 145).

4. § 33 StGB entfällt nicht schon, wenn der Täter den Angriff aus rechtlichen Gründen provoziert hat oder wenn er sich dem Angriff hätte entziehen können. Für seine Anwendung ist vielmehr grundsätzlich auch dann Raum, wenn infolge der von dem Angegriffenen schuldhaft mitverursachten Notwehrlage ein nur eingeschränktes Notwehrrecht nach § 32 StGB besteht, sofern der Täter die Grenzen der (eingeschränkten) Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet (vgl. BGHSt 39, 133, 140).

797. BGH 4 StR 92/15 – Beschluss vom 21. April 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Rechtfertigung durch Besitzkehr (keine Besitzschutzrechte bei strafbarem Besitz); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung von Leib und Leben; Darstellung im Urteil); Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs; Beurteilung nach Rücktrittshorizont des Täters); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang zum übermäßigen Konsum von Betäubungsmitteln und Tat; hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg).

§ 859 Abs. 2 BGB; § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; § 315b Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 64 StGB

1. Die Besitzschutzrechte und damit auch die Besitzkehr nach § 859 Abs. 2 BGB sind Ausdruck eines allgemeinen

Friedensschutzes, indem sie die auf dem Besitz beruhende vorläufige Güterzuordnung aufrecht erhalten (vgl. BGH NJW 2001, 1865, 1867). Für ihre Anwendung ist aber kein Raum, wenn der konkrete Besitz als solcher, wie beim unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln, bei Strafe verboten ist und eine im Anschluss an eine Besitzzentziehung geübte Besitzkehr deshalb erneut zu einer strafrechtswidrigen Besitzlage führen würde.

2. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in § 315b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat (vgl. BGH NStZ 2015, 278). Hierzu sind konkrete Feststellungen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass durch die Tathandlung ein so hohes Verletzungs- oder Schädigungsrisiko begründet worden ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt. Die Gefährdung des dem Täter nicht gehörenden, aber als Tatwerkzeug benutzten Fahrzeugs genügt dazu nicht (vgl. BGH NStZ 1992, 233, 234).

3. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung allenfalls Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann, sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 239, 240).

4. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten vgl. BGH NStZ-RR 2012, 239, 240).

5. Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, sodass sich das Geschehen aus der Perspektive eines Dritten nicht mehr als ein einheitlicher Lebenssachverhalt darstellen würde (vgl. BGHSt 39, 221, 232).

707. BGH 3 StR 181/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Verden)

Verhältnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei der Prüfung der Schuldfähigkeit (tatsächliches Fehlen der Einsicht; Vorwerfbarkeit; vorhandene Unrechtseinsicht trotz eingeschränkter Einsichtsfähigkeit); natürlicher Tatvorsatz; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Nimmt der Tatrichter eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit des Täters an, so muss er darüber befinden, ob diese sodann zum Fehlen der Unrechtseinsicht geführt oder ob der Täter gleichwohl das Unrecht der Tat eingesehen hat. Hat ihm die Einsicht gefehlt, so ist weiter zu prüfen, ob ihm dies zum Vorwurf gemacht werden kann.

2. Fehlt es an der Vorwerfbarkeit des Fehlens der Einsichtsfähigkeit, so ist auch bei nur verminderter Einsichtsfähigkeit nicht § 21 StGB, sondern § 20 StGB anwendbar. Nur wenn dem Täter die Einsicht gefehlt hat, dies ihm aber zum Vorwurf gemacht werden kann, liegen die Voraussetzungen des § 21 StGB in den Fällen verminderter Einsichtsfähigkeit vor.

3. Hat dagegen der Angeklagte ungeachtet seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns zum Tatzeitpunkt tatsächlich eingesehen, so ist seine Schuld nicht gemindert und § 21 StGB im Hinblick auf die verminderte Einsichtsfähigkeit nicht anwendbar. Im Gegensatz dazu führt erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit ohne Weiteres zur Anwendung des § 21 StGB.

4. Die Anwendung des § 21 StGB kann daher nicht auf beide Alternativen – erheblich verminderte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit – zugleich gestützt werden. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen hat der Tatrichter sich vielmehr Klarheit darüber zu verschaffen, welche Alternative des § 21 StGB vorliegt.

782. BGH 2 StR 444/14 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG Aachen)

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen einer krankhaften seelischen Störung durch Alkoholkonsum: Gesamtwürdigung des Täterverhaltens, Indizwert der Blutalkoholkonzentration).

§ 21 StGB

1. Zwar gibt es keinen gesicherten Rechts- oder Erfahrungssatz, wonach ab einer bestimmten Höhe der Blutalkoholkonzentration ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien regelmäßig vom Vorliegen einer krankhaften seelischen Störung auszugehen ist. Bei einem Wert von über 2 ‰ ist eine erhebliche Herabsetzung der Hemmungsfähigkeit aber je nach den Umständen des Einzelfalles in Betracht zu ziehen, naheliegend oder gar in hohem Maße wahrscheinlich (vgl. BGHSt 43, 66, 75 f.). Bei Tötungsdelikten ist ab einer Blutalkoholkonzentration von 2,2 ‰ eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit in Betracht zu ziehen.

2. Für die Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, kommt es demnach – gesamt würdigend – sowohl auf die Höhe der Blutalkoholkonzentration als auch auf die psychodiagnostischen Kriterien an (vgl. BGHSt 43, 66, 75 f.). Dabei steht das Fehlen von Ausfallerscheinungen einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit nicht unbedingt entgegen; gerade bei alkoholgewöhnten Tätern können äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit durchaus weit auseinander fallen (vgl. BGH NStZ 2007, 696).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

715. BGH 3 StR 532/14 – Beschluss vom 28. April 2015 (LG Osnabrück)

BGHSt; sexueller Missbrauch von behördlich Verwahrten (Kinder; Jugendliche; Minderjährige; Hilfe zur Erziehung; stationäre Unterbringung; Heim; Entscheidung des Sorgeberechtigten; Anordnung; Strafbedürfnis); fehlgeschlagener Versuch.

§ 174a Abs. 1 StGB; § 27 SGB VIII; § 34 SGB VIII; § 24 StGB

1. Ein Minderjähriger wird grundsätzlich nicht im Sinne des § 174a Abs. 1 StGB auf behördliche Anordnung verwahrt, wenn er sich in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung befindet, wie sie § 34 SGB VIII vorsieht. (BGHSt)

2. Die Entscheidung, eine stationäre Jugendhilfemaßnahme für ein Kind oder einen Jugendlichen in Anspruch zu nehmen, obliegt allein dem Sorgeberechtigten, vorrangig den Eltern. Eine gesetzliche Grundlage für die Unterbringung Minderjähriger – und damit den Anknüp-

fungspunkt für eine behördliche „Anordnung“ i.S.d. § 174a Abs. 1 StGB – enthält § 34 SGB VIII nicht. (Bearbeiter)

3. Das Schutzbedürfnis der in Heimen untergebrachten Kinder und Jugendlichen, deren Situation unter anderem durch eingeschränkte Fortbewegungsmöglichkeit und existenzielle Abhängigkeit vom Personal gekennzeichnet sein kann, mag womöglich ein Strafbedürfnis darstellen, auf das der Tatbestand des § 174a Abs. 1 StGB indes gerade nicht erstreckt worden ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik ausdrücklich darauf verzichtet, die Einrichtungen der freiwilligen Erziehungshilfe in den Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB einzubeziehen (BT-Drucks. VI/3521, S. 26 f.). (Bearbeiter)

724. BGH 5 StR 71/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Hamburg)

BGHSt; Störung der Totenruhe (Begriff der Asche; Verbrennungsrückstände; Zahngold; Sachqualität abge-

trennter Teile; Pietätsempfinden; Wortlaut; allgemeiner Sprachgebrauch; Gesetzgebungsgeschichte; Sinn und Zweck); Förderung mehrerer rechtlich selbständiger Haupttaten durch eine Beihilfehandlung; Zeitpunkt der Beihilfe; Feststellungen zum erlangten Etwas bei entgegenstehenden Ansprüchen Verletzter; mildestes Gesetz.

§ 168 Abs. 1 StGB; § 27 StGB; § 8 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Zur „Asche“ im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB gehören sämtliche nach der Einäscherung verbleibende Rückstände, d.h. auch die vormals mit einem Körper fest verbundenen, nicht verbrennbaren Bestandteile. (BGHSt)

2. Insbesondere handelt es sich bei Zahngold um „Asche“ im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB. Diese Auslegung ist mit dem allgemeinen Sprachgebrauch zu vereinbaren und überschreitet nicht die äußerste Wortlautgrenze. Für sie streiten zudem historische, systematische und teleologische Erwägungen. (Bearbeiter)

3. Schutzgüter des § 168 Abs. 1 StGB sind jedenfalls das Pietätsgefühl der Allgemeinheit sowie der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten. Dabei sind der Körper des verstorbenen Menschen sowie auch seine Verbrennungsreste in ihrer Gesamtheit zu schützen. Diese sind auch nicht deshalb weniger schutzbedürftig, weil vom verstorbenen Menschen abgetrennte Teile, wie etwa Zahngold nach dem Verbrennungsvorgang, ebenso wie abgetrennte Teile des lebenden Körpers mit der Abtrennung Sachqualität erlangen. (Bearbeiter)

714. BGH 3 StR 498/14 – Urteil vom 13. Mai 2015 (LG Koblenz)

Rechtsbeugung („Sperrwirkung“; nachträgliches Abändern der Ratenhöhe bei Verurteilung zur Geldstrafe; Niederschrift der Urteilsformel; Begriff der „Leitung einer Rechtssache“; elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege); Urkundenfälschung (Niederschrift der Urteilsformel als Urkunde; Unzulässigkeit der Abänderung durch den erkennenden Richter nach der Urteilsverkündung); Falschbeurkundung (Hauptverhandlungsprotokoll keine öffentliche Urkunde).

§ 339 StGB; § 267 StGB; § 271 StGB; § 348 StGB; § 268 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Die verfassungsrechtlich gewährleistete richterliche Unabhängigkeit erfordert keine „Sperrwirkung“ des Rechtsbeugungstatbestandes dergestalt, dass diese sich auch auf ein Handeln des Richters erstreckt, das nicht erst im Zusammenhang mit einer nach außen hin zu treffenden Entscheidung, Anordnung oder Maßnahme der Verhandlungsleitung zur Erfüllung eines Straftatbestands führt, sondern bereits für sich alleine gegen Strafgesetze verstößt.

2. Der Richter, der nachträglich die Niederschrift der Urteilsformel (§ 268 Abs. 2 Satz 1 StPO) abändert, handelt regelmäßig „bei der Leitung einer Rechtssache“ i.S.d. § 339 StGB.

3. In dem nachträglichen Abändern der Ratenhöhe in der Niederschrift der Urteilsformel ist in der Regel kein den

Vorwurf der Rechtsbeugung begründender schwerer und elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege (dazu zuletzt BGH HRRS 2013 Nr. 767) zu sehen, da es schon objektiv an einem Bezug zum Kern der Verurteilung des Angeklagten fehlt. Zudem steht es der Annahme einer tatbestandsmäßigen Rechtsbeugung entgegen, wenn der Handelnde in subjektiver Hinsicht einen von ihm erkannten offensichtlichen Fehlgriff bei der Bemessung der Höhe der Raten rückgängig machen will.

4. Verändert ein Richter nachträglich die Höhe der auf eine ausgeurteilte Geldstrafe zu zahlenden Raten in der Niederschrift der Urteilsformel, verwirklicht er hierdurch hingegen regelmäßig den Tatbestand der Urkundenfälschung unter Missbrauch einer Stellung als Amtsträger. Denn jedenfalls mit dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung ist die Niederschrift auch der Abänderung durch den erkennenden Richter entzogen. Der Bestrafung wegen Urkundenfälschung steht in diesem Fall eine „Sperrwirkung“ des § 339 StGB (vgl. Leitsatz 1) nicht entgegen.

705. BGH 3 StR 171/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Mainz)

Keine Begehung der gefährlichen Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich bei mehreren jeweils nur einem Täter gegenüberstehende Opfern; Mittäterschaft; räuberische Erpressung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

An einer Begehung der gefährlichen Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) fehlt es, wenn sich mehrere Opfer jeweils nur einem Angreifer ausgesetzt sehen, ohne dass die Positionen ausgetauscht werden. In diesem Fall stehen dem jeweiligen Opfer die Beteiligten gerade nicht gemeinschaftlich gegenüber und es fehlt damit es an dem Grund für die Strafschärfung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, der in der erhöhten abstrakten Gefährlichkeit der Tat liegt, weil einem Geschädigten mehrere Angreifer körperlich gegenüber stehen und er deshalb in seiner Verteidigungsmöglichkeit tatsächlich oder vermeintlich eingeschränkt ist.

697. BGH 3 StR 45/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Krefeld)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten; Lastschriftverfahren; Zulassung zum Einzugsermächtigungsverfahren; Eingabe einer Ziffer zur Bestimmung des anzuwendenden Verfahrens); Beurteilung der Richtigkeit einer Einlassung (Zweifelsatz; Gesamtergebnis der Beweisaufnahme).

§ 263a StGB; § 261 StPO

1. Es fehlt an einer unbefugten Verwendung von Daten gem. § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB, wenn zum einen der Zahlungsdienstleister von der Inkassostelle grundsätzlich zur Durchführung des Einzugsermächtigungsverfahrens zugelassen wurde und zum anderen die Kunden ihre Kontodaten freiwillig preisgegeben haben. Insoweit besteht kein Unterschied zu den Fallgestaltungen, in denen eine EC-Karte durch ihren Inhaber vertragswidrig oder eine vom Berechtigten einem Dritten überlassene EC-Karte absprachewidrig eingesetzt wird.

2. Der Senat kann offenlassen, ob er der Auffassung des 1. Strafsenats folgen könnte, wonach in der Eingabe einer Ziffer zur Bestimmung des anzuwendenden Lastschriftverfahrens regelmäßig eine Erklärung über die Tatsache der Ermächtigung hierzu liege (vgl. BGH HRRS 2013 Nr. 339), oder ob es sich insoweit lediglich um einen Steuerungscode handelt, der als solcher weder richtig noch unrichtig sein kann.

3. Ein Gericht ist aufgrund des Zweifelssatzes nicht gehalten, Einlassungen der Angeklagten, für deren Richtigkeit es keine zureichenden Anhaltspunkte gibt, ohne Weiteres als unwiderlegt hinzunehmen, nur weil es für das Gegenteil keine unmittelbaren Beweise gibt. Vielmehr muss die Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Behauptung aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme gewonnen werden.

702. BGH 3 StR 9/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Stade)

Betrug (Notwendigkeit konkreter Feststellungen zu Person und Vorstellungsinhalt des Verfügenden bei arbeitsteilig tätigen Unternehmen); Kennzeichnung der Straftat mit anschaulichen Worten in der Urteilsformel.

§ 263 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

Bei Betrugstaten zum Nachteil arbeitsteilig tätiger Unternehmen sind regelmäßig Feststellungen dazu erforderlich, wer auf welcher Grundlage und mit welchen Vorstellungen irrtumsbedingt über das Vermögen verfügt hat. Die Irrtumsfrage kann sich insbesondere dann als problematisch erweisen, wenn Vorgesetzte oder Organe einer juristischen Person bessere Erkenntnisse als der irrende Verfügende gehabt und unter Verstoß gegen ihre Pflichten eine entsprechende Information oder Weisung zur Verhinderung der Verfügung unterlassen haben.

807. BGH 4 StR 190/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Essen)

Gewerbsmäßige Urkundenfälschung (mittelbarer Vorteil des Täters).

§ 267 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

1. Es ist für eine gewerbsmäßige Urkundenfälschung nicht erforderlich, dass der Täter seine Einnahmen unmittelbar aus der Urkundenfälschung selbst erzielen muss. Es reicht vielmehr aus, wenn die Urkundenfälschungen dazu dienen sollen, durch andere vom Täter oder Dritten beabsichtigte Straftaten Gewinn zu erzielen (vgl. BGH wistra 1999, 465).

2. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass zur Begründung von Gewerbsmäßigkeit ein mittelbarer Vorteil des Täters ausreicht, wenn er ohne weiteres darauf zugreifen kann oder sich selbst geldwerte Vorteile aus den Taten über Dritte verspricht. Einen mittelbaren Vorteil erlangt der Täter auch dann aus der Tat, wenn diese nicht selbst direkt zu einer Einnahme führt, aber notwendige Zwischenstufe für eine Handlung ist, aus der Einnahmen erzielt werden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Urkundenfälschung selbst unmittelbar der Gewinnerzielung dient, etwa bei der Herstellung einer unechten Ur-

kunde oder der Verfälschung einer echten Urkunde gegen Bezahlung.

726. BGH 5 StR 80/15 – Urteil vom 2. Juni 2015 (LG Braunschweig)

Erpresserischer Menschenraub (stabilisierte Bemächtigungslage); Geiselnahme; Vergeltungsbedürfnis als Strafzumessungsgrund.

§ 239a StGB; § 239b StGB; § 46 StGB

1. Eine Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter die physische Herrschaftsgewalt über das Opfer gewonnen, eine stabile Bemächtigungslage geschaffen und diese Lage zu einer Erpressung oder zum Raub ausgenutzt hat. Zwar muss der stabilisierten Bemächtigungslage mit Blick auf das Vermögensdelikt eigenständige Bedeutung zukommen. Damit ist aber nur gemeint, dass sich über die in jeder mit Gewalt oder Drohungen verbundenen Nötigungshandlung liegende Beherrschungssituation hinaus eine weiter gehende Drucksituation aus der stabilen Bemächtigungslage ergeben haben muss.

2. In einem menschlich verständlichen Vergeltungsbedürfnis nach einer Provokation kann ein Strafmilderungsgrund liegen. Der Beweggrund der Vergeltung ist jedoch nicht stets strafmildernd. Wer erst nach längerer Zeit Vergeltung übt, steht einem Täter, der auf der Stelle zur Vergeltungstat hingerissen worden ist, nicht gleich. Artet der Beweggrund in reine Rachsucht aus, so kann darin ein strafschärfender niedriger Beweggrund liegen.

785. BGH 2 StR 488/14 – Beschluss vom 13. Mai 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Gefährliche Körperverletzung (Begriff des gefährlichen Werkzeugs: Straßenschuh).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StGB

Ein Straßenschuh von üblicher Beschaffenheit ist regelmäßig als gefährliches Werkzeug anzusehen sei, wenn damit einem Menschen gegen den Kopf getreten wird.

710. BGH 3 StR 193/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Hannover)

Besonders schwere räuberische Erpressung (schwere körperliche Misshandlung bei der Tat; finale Verknüpfung von Misshandlung und Erzwingung der Vermögensverfügung bzw. Sicherung der Beute).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

Das Tatbestandsmerkmal „bei der Tat“ in § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) StGB bezieht sich auf die finale Verknüpfung von Gewalt und Vermögensverfügung, durch die die Erpressungsdelikte geprägt sind. Es ist daher nur erfüllt, wenn die schwere körperliche Misshandlung zur Erzwingung der Vermögensverfügung oder zumindest zur Sicherung der Beute verübt wird. Ein schlichter räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen einer räuberischen Erpressung und einer schweren Misshandlung genügt hierfür hingegen nicht (vgl. bereits BGH HRRS 2009 Nr. 400). Das gilt unabhängig davon, ob die Misshandlung der Erpressung zeitlich nachfolgt oder aber ihr vorausgeht.

695. BGH 3 StR 113/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Stade)

Subsidiarität der Unterschlagung bei einem durch dieselbe Tat verwirklichten Diebstahl (vorgetäuschter Raub; Alleingewahrsam); Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Zulässigkeit der Rüge; Verlesung eines Attests; Erforderlichkeit der Vernehmung des Zeugen; Einverständnis; fehlender Gerichtsbeschluss; Kenntnis der Verfahrensbeteiligten von Grund und Umfang der Verlesung; Anordnung durch den Vorsitzenden; Beruhen).

§ 242 StGB; § 246 StGB; § 251 StPO; § 337 StPO

1. Werden bei einem vorgetäuschten Überfall auf eine Tankstelle Gegenstände entwendet, an denen der in die Tat eingeweihte Kassierer Alleingewahrsam hat (hier: Bargeld), sowie solche, bzgl. derer dies nicht der Fall ist (hier: Zigaretten), steht einer Verurteilung wegen der durch die Zueignung jener Gegenstände verwirklichten Unterschlagung die Subsidiaritätsklausel (§ 246 Abs. 1 StGB) entgegen.

2. Ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 251 Abs. 4 S. 1 StPO (hier: durch die fehlende Anordnung der Verlesung eines ärztlichen Attests im Beschlusswege) kann ausgeschlossen sein, wenn den Verfahrensbeteiligten Grund und Umfang der Verlesung bekannt und damit die der Anordnung der Verlesung zu Grunde liegenden Erwägungen rechtlich überprüfbar sind. Wird die Verlesung lediglich durch den Vorsitzenden angeordnet, muss hinzukommen, dass die persönliche Vernehmung der Person, von der die Erklärung stammt, nicht zur weiteren Aufklärung hätte beitragen können.

806. BGH 4 StR 188/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Traunstein)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert: Beinahe-Unfall; Einsetzen eines Fahrzeugs als Waffe: Erforderlichkeit eines zumindest bedingten Schädigungsvorsatzes); Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (besonders schwerer Fall: Kfz als gefährliches Werkzeug, Gefahr des Todes durch zu schnelles Zufahren auf eine Person).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 113 Abs. 2 StGB

1. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in § 315b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat (vgl. BGH NStZ 2015, 278).

2. Dies ist der Fall, wenn die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt hat, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing (sog. Beinahe-

Unfall), ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht (vgl. BGH NStZ 2013, 167).

3. Bei Vorgängen im fließenden Verkehr muss zu einem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrseindlicher Absicht ferner hinzukommen, dass das Fahrzeug mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz missbraucht wurde (vgl. BGH NStZ 2014, 86).

4. Ein Kfz kann zwar nicht als „Waffe“ im Sinne des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB angesehen werden (vgl. BVerfG, NJW 2008, 3627, 3629). Es kommt aber als „gefährliches Werkzeug“ in Betracht (vgl. BGH NStZ 2000, 530).

5. Das Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB setzt eine bedingt vorsätzlich herbeigeführte konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung voraus, die durch eine Gewalttätigkeit herbeigeführt worden sein muss. Als eine solche Gewalttätigkeit kann zwar auch das schnelle Zufahren auf eine Person in Betracht kommen. Die konkrete Gefahr muss aber mit bestimmten Tatsachen belegt werden.

773. BGH 2 StR 75/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Köln)

Zuhälterei (Tatbestandsvoraussetzungen: Überwachen der Prostitutionsausübung, Bestimmen der Umstände der Prostitutionsausübung, sonstige Maßnahmen gegen die Aufgabe der Prostitution).

§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht, Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält. In allen Varianten muss vom Täter ein bestimmender Einfluss auf das Opfer genommen werden; eine bloße Unterstützung der Prostitutionsausübung reicht nicht aus. Erforderlich ist vielmehr ein Verhalten des Täters, das geeignet ist, die Prostituierte in Abhängigkeit von ihm zu halten, ihre Selbstbestimmung zu beeinträchtigen, sie zu nachhaltiger Prostitutionsausübung anzuhalten oder ihre Entscheidungsfreiheit in sonstiger Weise nachhaltig zu beeinflussen (vgl. BGHSt 48, 314, 317). Kontrollmaßnahmen, wie sie auch einem Arbeitgeber möglich sind, müssen von dirigierenden Handlungen im Sinne des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB abgegrenzt werden (vgl. BGH NStZ 2010, 274).

2. Beim Überwachen im Sinne der ersten Variante des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB geht es um eine andauernde Kontrolle der Geldeinnahmen, der Buchführung und der Preisgestaltung für die sexuellen Dienstleistungen, die eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Prostituierten bewirken kann, welche ihr eine Lösung aus der Prostitution erschwert.

3. Das Bestimmen der Umstände der Ausübung der Prostitution muss zur Erfüllung des Tatbestands gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 2. Var. StGB in einer Weise erfolgen, dass sich die Prostituierte den Weisungen nicht entziehen kann. Freiwilliges Akzeptieren von Bedingungen schließt dirigierende Zuhälterei in diesem Sinne aus.

4. Die dritte Variante des § 181a Abs.1 Nr. 2 StGB liegt schließlich vor, wenn der Täter, der Beziehungen zu der Prostituierten unterhält und um des eigenen Vermögensvorteils willen handelt, Maßnahmen ergreift, welche das Opfer davon abhalten sollen die Prostitution aufzugeben. Erfasst werden hiervon nur Vorkehrungen, die das Opfer in seiner Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen geeignet und darauf gerichtet sind, ihm den Weg aus der Prostitution zu verbauen (vgl. BGH NStZ 2014, 453, 455).

768. BGH 2 StR 30/15 – Urteil vom 24. Juni 2015 (LG Köln)

Gefährliche Körperverletzung (Begriff des gefährlichen Werkzeugs).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Ein Gegenstand ist nach der Rechtsprechung nur dann ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn er neben der objektiven Beschaffenheit des

Werkzeugs und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (st. Rspr.)

794. BGH 4 StR 46/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Kaiserslautern)

Vergewaltigung (Tateinheit bei mehrfach hintereinander begangenen Vergewaltigungen).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

Für die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei mehrfach hintereinander begangenen Vergewaltigungen kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblich darauf an, ob der Nötigung des Tatopfers ein einheitliches Tun des Angeklagten zugrunde liegt. Bei einheitlicher Gewaltanwendung liegt ebenso wie bei fortgesetzter oder fortwirkender Drohung trotz mehrfach dadurch erzwungener Beischlafhandlungen nur eine Tat im Rechtssinne vor (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 235).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

744. BGH 1 StR 152/15 – Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG München I)

Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (keine besondere Schwere der Schuld: Berücksichtigung sonstiger strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ohne gesonderte Anklage).

§ 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

Bei der Bewertung sonstiger strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ohne gesonderte Anklage – bei Beachtung der Unschuldsvermutung und der Vermeidung einer Doppelbestrafung – kann es in aller Regel nur darum gehen, Umstände festzustellen, die wegen ihrer engen Beziehung zur Tat als Anzeichen für Schuld oder Gefährlichkeit des Täters verwertbar sind. Diese durch Sinn und Zweck von § 46 Abs. 2 StGB gezogene Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn es an dem notwendigen inneren Zusammenhang mit dem angeklagten Tatvorwurf fehlt (vgl. BGH NStZ 2014, 202 mwN).

704. BGH 3 StR 157/15 – Urteil vom 2. Juli 2015 (LG Verden)

Verfall (Bruttoprinzip; erlangtes Etwas; Verfügungsgewalt; Unbeachtlichkeit der beabsichtigten Aufteilung unter mehreren Beteiligten; Härtefallprüfung); Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung von Beweismäßigkeit und Strafzumessung; gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern.

§ 73 StGB; § 73c StGB; § 261 StPO; § 46 StGB; § 97 AufenthG

1. Das sog. „Bruttoprinzip“ im Verfallsrecht bedeutet, dass nicht bloß der Gewinn, sondern grundsätzlich alles,

was der Täter für die Tat oder aus ihr erhalten hat, für verfallen zu erklären ist. Wirtschaftlich erlangt ist ein Gegenstand oder Wert im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB dabei, sobald dieser unmittelbar aus der Tat in die eigene Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist.

2. Erlangt der Täter im Zuge seiner Entlohnung für die Begehung einer Straftat – hier: Einschleusen von Ausländern – die Verfügungsgewalt über einen Geldbeitrag, so ist dieser regelmäßig insgesamt für verfallen zu erklären, selbst wenn nach den Abreden der Beteiligten letztlich nur ein geringer Teil des Geldes beim Täter verbleiben soll. Dies kann allenfalls im Rahmen einer Härtefallprüfung nach § 73c StGB zu berücksichtigen sein.

804. BGH 4 StR 167/15 – Beschluss vom 3. Juni 2015 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters).

§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB ist eine den Betroffenen außerordentlich beschwerende Maßnahme. Nur Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinragen, rechtfertigen eine Unterbringung gemäß § 63 StGB (vgl. BVerfGE 70, 297, 312). Auch muss aufgrund einer umfassenden Würdigung von Tat und Täter eine höhere oder doch bestimmte, jedenfalls über die bloße Möglichkeit hinausreichende Wahrscheinlichkeit zu bejahen sein, dass der schuldunfähige Täter infolge seines Zustandes weitere erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

2. Die notwendige Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlass-tat(en) zu entwickeln (st. Rspr.).

808. BGH 4 StR 196/15 – Beschluss vom 17. Juni 2015 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begehung der Tat im Zustand der (verminderten) Schuldunfähigkeit; Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt unter anderem die positive Feststellung voraus, dass der Beschuldigte eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit begangen hat. Hierfür muss vom Tatgericht im Einzelnen dargelegt werden, wie sich die festgestellte, einem Merkmal von §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstaten auf den entsprechenden psychischen Zustand zurückzuführen sind (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 306, 307). Insoweit ist insbesondere zu untersuchen, ob in der Person des Beschuldigten oder in seinen Taten letztlich nicht nur Eigenschaften und Verhaltensweisen hervortreten, die sich im Rahmen dessen halten, was bei schuldfähigen Menschen anzutreffen und übliche Ursache für strafbares Verhalten ist (vgl. BGH NStZ 1997, 383).

810. BGH 4 StR 215/15 – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Essen)

Minderschwerer Fall des schweren Raubs (Verhältnis zu vertypten Strafmilderungsgründen).

§ 250 Abs. 3 StGB; § 49 StGB

Treffen allgemeine Milderungsgründe und ein vertypter Milderungsgrund zusammen, ist zunächst zu prüfen, ob allein die allgemeinen Milderungsgründe zur Annahme eines minder schweren Falls führen, da der vertypte Milderungsgrund dann für eine Strafrahmenermilderung nach § 49 StGB noch nicht verbraucht ist. Erst wenn nach

einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungstatsachen das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen ist, ist bei der weiter gehenden Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, der gesetzlich vertypte Strafmilderungsgrund zusätzlich heranzuziehen.

698. BGH 3 StR 52/15 – Beschluss vom 28. April 2015 (LG Koblenz)

Adhäsionsentscheidung (Grenzen der gesamtschuldnerischen Haftung bei nicht vom gemeinsamen Vorsatz umfassten Handlungen eines Mittäters; Schmerzensgeld; Körperverletzung; Abänderung der Adhäsionsentscheidung im Revisionsverfahren; keine Zurückverweisung ausschließlich zur Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes).

§ 830 Abs. 1 BGB; § 840 Abs. 1 BGB; § 406 StPO; § 223 StGB; § 224 StGB

Bei der Prüfung der Frage, inwieweit sich ein Beteiligter im Sinne des § 830 Abs. 1 BGB als Mittäter an einer die zivilrechtliche Haftung begründenden deliktischen Verhaltensweise beteiligt hat, begrenzt die Reichweite des gemeinsamen Tatplanes auch den Umfang der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 840 Abs. 1 BGB. Erweist sich im Rahmen einer räuberischen Erpressung der Einsatz von Gewalt daher als Exzess eines Mittäters, so kann dies bei der Bemessung der Höhe des von den übrigen Mittätern zu zahlenden Schmerzensgeldes nicht berücksichtigt werden.

769. BGH 2 StR 32/15 – Beschluss vom 28. Mai 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Strafzumessung (Berücksichtigung später begangener Straftaten).

§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

Die straferschwerende Berücksichtigung später begangener Straftaten ist rechtlich nur dann unbedenklich, wenn der Angeklagte bereits zum Zeitpunkt der Tat zur Begehung weiterer Straftaten entschlossen war oder wenn die spätere Tatbegehung auf seine besondere Rechtsfeindlichkeit schließen ließe (vgl. BGH wistra 2002, 21).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

770. BGH 2 StR 45/14 – Urteil vom 20. Mai 2015 (LG Frankfurt a. M.)

BGHSt; Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Besetzung der Strafkammer; Folge einer fehlerhaften Besetzung; Verfahrenshindernis); Beschluss über die Besetzung der Strafkammer (Zuständigkeit der Strafkammer in der Besetzung, die außerhalb der Hauptverhandlung zuständig ist).

Art. 101 Abs. 1 Satz GG; § 76 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

1. Beschließt die Strafkammer in der Hauptverhandlung mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen, dass das Hauptverfahren hinsichtlich einer weiteren Anklage eröffnet wird, die Strafkammer mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt ist und das Verfahren hinzuver-

bunden wird, sind der Eröffnungsbeschluss und die Besetzungsentscheidung unwirksam. Ersteres führt zu einem Verfahrenshindernis für den neuen Verfahrensgegenstand. Im Übrigen kann die Besetzung der Strafkammer mit einer Verfahrensrüge beanstandet werden (Fortführung von BGHSt 50, 267). (BGHSt)

2. Gesetzlicher Richter ist nicht nur das sachlich zuständige Gericht und der geschäftsplanmäßig zuständige Spruchkörper, sondern jeder zur Mitwirkung berufene Richter (vgl. BVerfGE 95, 322, 329). (Bearbeiter)

3. Für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist die Strafkammer in der Besetzung zuständig, die außerhalb der Hauptverhandlung zu entscheiden hat, also mit drei Berufsrichtern (§ 76 Abs. 1 GVG). Schöffen können am Eröffnungsbeschluss nicht mitwirken, da sie mangels Aktenkenntnis nicht das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts beurteilen können (vgl. BGHSt 50, 267, 271). (Bearbeiter)

4. Auch dann, wenn eine zunächst unterbliebene Eröffnungsentscheidung erst in der Hauptverhandlung nachgeholt werden soll, muss die Strafkammer in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung entscheiden (vgl. BGH NStZ 2014, 664). (Bearbeiter)

5. Die Entscheidung über die Besetzung der Strafkammer im Sinne von § 76 Abs. 2 GVG, erfolgt stets in der Besetzung, die außerhalb der Hauptverhandlung zu entscheiden hat. (Bearbeiter)

816. BGH 4 StR 555/14 – Beschluss vom 20. Mai 2015 (LG Freiburg)

BGHR; Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters (kein Rückgriff auf zu anderen Zwecken entnommene Körperzellen: auch bei richterlicher Anordnung, kein zwingendes Beweisverwertungsverbot).

§ 81g Abs. 3 Satz 1 StPO; § 81a Abs. 3 StPO; § 261 StPO.

1. Die Untersuchung von zu anderen Zwecken entnommenen Körperzellen, um sie zur Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren zu verwenden, ist durch die Verwendungsregelung des § 81a Abs. 3, 1. Halbsatz StPO nicht gedeckt. (BGH)

2. Fehlt eine schriftliche Einwilligungserklärung des Betroffenen für die Erhebung des DNA-Identifizierungsmusters zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren, ist nach § 81g Abs. 3 Satz 1 StPO die Entnahme der hierfür erforderlichen Körperzellen in der Regel richterlich anzuordnen. Ein Rückgriff auf bereits vorher zu anderen Zwecken erhobene Körperzellen ist in § 81g StPO nicht vorgesehen und kann dementsprechend durch die Anordnung nach § 81g Abs. 3 Satz 1 StPO nicht legitimiert werden. Einem solchen Rückgriff steht vielmehr die Regelung des § 81a Abs. 3 StPO entgegen. (Bearbeiter)

3. Nach der – verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden (vgl. BVerfG, NJW 2012, 907, 910 f.) – ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt nicht jeder

Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der dadurch erlangten Erkenntnisse. Vielmehr ist je nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstreitenden Interessen zu entscheiden (sog. Abwägungslehre). (Bearbeiter)

4. Bedeutsam sind dabei insbesondere die Art und der Schutzzweck des etwaigen Beweiserhebungsverbots sowie das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstosses, das seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt wird. Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass die Annahme eines Verwertungsverbots ein wesentliches Prinzip des Strafverfahrensrechts – den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind – einschränkt. Aus diesem Grund stellt ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme dar, die nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Letzteres ist insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden, in Betracht zu ziehen (st. Rspr). (Bearbeiter)

743. BGH 1 StR 128/15 – Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG Stuttgart)

Rechtstaatswidrige Tatprovokation (Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren: Gesamtbetrachtung; Rechtsfolge: kein Gebot eines Verfahrenshindernisses auch bei konventions- und verfassungskonformer Auslegung; Anforderungen an die Revisionsbegründung: kein Übernahme der vom EGMR aufgestellten Beweislastumkehr; Voraussetzungen: erhebliche Intensivierung der Tatgeneigtheit, Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EGMR); Protokollierung der Hauptverhandlung (Einlassung des Angeklagten als wesentliche Förmlichkeit).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (vgl. BGHSt 32, 345, 350 ff).

2. Art. 6 Abs. 1 EMRK in der Auslegung durch den EGMR fordert bei einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses. Solange die von Art. 6 Abs. 1 EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlässt es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern sind.

3. Das Grundgesetz gebietet die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Konsequenz einer mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbaren Tat-

provokation durch Polizeibeamte oder den Polizeibehörden zuzurechnende Personen ebenfalls nicht. Das Bundesverfassungsgericht erachtet eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren erst dann als gegeben, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 64, 135, 145 f.). In die Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionsstüchtigen Strafrechtspflege einzubeziehen (vgl. BVerfGE 122, 248, 272).

4. Die gesetzlichen Anforderungen an die Revisionsbegründung aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten auch bei einer (Verfahrens)Rüge der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG.

5. Zwar hält der EGMR bei nicht völlig unplausiblen („not wholly improbable“) Vorwurf des Angeklagten einer Tatprovokation die Staatsanwaltschaft für verpflichtet, den Beweis des Fehlens einer solchen zu führen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des auch in seiner Auslegung durch den Bundesgerichtshof mit dem Grundgesetz vereinbaren § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (vgl. BVerfGE 112, 185, 209 f.) und ihres Zwecks, einer Überlastung der Revisionsgerichte vorzubeugen, besteht jedoch keine Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung, weil diese mit den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vereinbar wäre.

6. Der Bundesgerichtshof nimmt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation dann an, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGHSt 47, 44, 47).

7. Ein tatprovokierender Lockspitzel ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist (vgl. BGH NStZ 2014, 277, 279 Rn. 34 mwN). Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation. Ebenso fehlt es an einer Provokation, wenn die Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt (vgl. BGHSt 47, 44, 47).

8. Im Hinblick auf eine mögliche polizeiliche Tatprovokation aufgrund einer Intensivierung der Tatplanung hängt die Bewertung der Erheblichkeit der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel auch von dem zum Zeitpunkt der Einwirkung bereits bestehenden Tatverdacht ab. Je stärker der Verdacht ist, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle zu einer Tatprovokation erreicht wird (vgl. BGHSt 47, 44, 49).

9. An diesen Kriterien hält der Senat unter gebotener Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR zu den Voraussetzungen der mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbaren polizeilichen Provokation fest. Die die Rechtsprechung des EGMR in der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK prägenden Voraussetzungen der Tatprovokation werden in der Judikatur des Bundesgerichtshofs abgebildet. Maßgeblich ist jeweils vor allem das Vorhandensein einer Tatgeneigtheit, das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Tatverdachts gegen den Betroffenen sowie die Art und die Intensität der dem Staat zurechenbaren Einwirkung auf diesen.

10. Es besteht keine Verpflichtung des Tatgerichts eine schriftliche Erklärung des Angeklagten als Anlage zum Protokoll zu nehmen (vgl. BGH NStZ 2009, 173). Gemäß § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO ist lediglich der Umstand, dass der Angeklagte sich zur Sache eingelassen hat, als wesentliche Förmlichkeit in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen. Der Inhalt seiner Einlassung ist dagegen gerade keine wesentliche Verfahrensförmlichkeit.

716. BGH 3 StR 569/14 – Beschluss vom 12. Mai 2015 (OLG Düsseldorf)

Unzulässige Änderung des Geschäftsverteilungsplans durch Einzelzuweisung eines Verfahrens (gesetzlicher Richter; abstrakt-generelle Vorgaben; Änderung des Geschäftsverteilungsplans im laufenden Geschäftsjahr; Eignung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs; erkennbare dauerhafte Überlastung; anhängige Verfahren; Gesamtkonzept zum Belastungsausgleich; Beschleunigungsgebot; Haftsache; Besetzungsrüge).

§ 21e Abs. 3 Satz 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Ist die Überlastung eines Senats auf unbestimmte Zeit bereits kurz nach der Aufstellung eines Geschäftsverteilungsplans absehbar, ist die Zuweisung eines einzelnen Verfahrens an einen anderen Senat regelmäßig nicht geeignet, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen. Eine solche Maßnahme kann daher vor Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG regelmäßig keinen Bestand haben. Ob grundsätzlich Fälle vorstellbar sind, in denen die Einzelzuweisung eines speziellen Verfahrens mit dem Prinzip des gesetzlichen Richters vereinbar ist, kann dahinstehen.

2. Das Gebot, den zur Entscheidung berufenen Richter so eindeutig wie möglich im Voraus zu bestimmen, schließt eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans im laufenden Geschäftsjahr nicht grundsätzlich aus. In Ausnahmefällen kann sogar eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans zulässig sein, die ausschließlich bereits anhängige Verfahren überträgt, wenn nur so dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot insbesondere in Haftsachen angemessen Rechnung getragen werden kann und die Eignung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs gegeben ist.

3. Da eine Überleitung bereits anhängiger Verfahren, bei denen schon eine anderweitige Zuständigkeit konkretisiert und begründet war, in die Zuständigkeit eines ande-

ren Spruchkörpers erhebliche Gefahren für das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters in sich birgt, bedarf es in solchen Fällen zudem einer umfassenden Dokumentation und Darlegung der Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern und rechtfertigen, um den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung auszuschließen.

813. BGH 4 StR 267/11 – Beschluss vom 1. Juni 2015

Festsetzung einer Pauschgebühr (besonderer Umfang oder besondere Schwierigkeit des Verfahrens: keine Berücksichtigung von persönlichen Umständen).

§ 51 Abs. 1 Satz 1 RVG

1. Gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 RVG ist Voraussetzung der Bewilligung einer Pauschgebühr, die über die gesetzlichen Gebühren hinausgeht, dass diese wegen des besonderen Umfangs oder der besonderen Schwierigkeit der Sache bzw. des betroffenen Verfahrensabschnitts nicht zumutbar ist. Die Bewilligung einer Pauschgebühr stellt dabei die Ausnahme dar; die anwaltliche Mühewaltung muss sich von sonstigen – auch überdurchschnittlichen Sachen – in exorbitanter Weise abheben.

2. Bei der Beurteilung ist ein objektiver Maßstab zu Grunde zu legen (vgl. BVerfG, NJW 2005, 1264, 1265 mwN). Entscheidend ist, ob die konkrete Strafsache selbst umfangreich war und infolge dieses Umfangs eine zeitaufwändigere, gegenüber anderen Verfahren erhöhte Tätigkeit des Verteidigers erforderlich geworden ist. Dabei ist nur der Zeitaufwand berücksichtigungsfähig, der allein aus verfahrensbezogenen Tätigkeiten des Pflichtverteidigers herrührt, nicht hingegen solcher, der seinen Grund in nur verteidigerbezogenen/persönlichen Umständen hat.

712. BGH 3 StR 202/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Koblenz)

Unterbrechung der Hauptverhandlung von mehr als drei Wochen (Verlesung eines Attests; Erkrankung eines Zeugen; Verhandlung zur Sache; Förderung des Verfahrens in der Sache; Befassung mit Verfahrensfragen; unvorhersehbare Ereignisse; Konzentrationsmaxime)

§ 229 StPO

1. Eine Hauptverhandlung wird fortgesetzt i.S.d. § 229 Abs. 4 S. 1 StPO, wenn zur Sache verhandelt und das Verfahren gefördert wird. Das kann auch in der Befassung lediglich mit Verfahrensfragen zu sehen sein, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann (st. Rspr., vgl. zum Ganzen etwa BGH HRRS 2014 Nr. 213). Dagegen reicht es nicht aus, wenn lediglich geprüft und erörtert wird, ob eine – weitere – Unterbrechung der Hauptverhandlung notwendig ist und wann diese gegebenenfalls fortgesetzt werden kann.

2. Der Senat kann offen lassen, ob er der Ansicht beitreten könnte, dass die Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO auch dann gewahrt ist, wenn die für den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene weitere Förderung des Verfahrens in der Sache infolge unvorhersehbarer

Ereignisse nicht stattfinden kann (so BGH HRRS 2009 Nr. 76), was insbesondere mit Blick auf die Konzentrationsmaxime als wesentlichem Zweck des § 229 StPO zweifelhaft sein könnte. Jedenfalls kann die bloße Bekanntgabe der Erkrankung eines Zeugen nicht als Fortsetzung der Hauptverhandlung gewertet werden, da die Auswirkungen der Erkrankung eines Verfahrensbeteiligten insoweit in § 229 Abs. 3 StPO abschließend geregelt sind.

767. BGH 2 StR 29/15 – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Mühlhausen)

Eröffnungsbeschluss (Form: regelmäßige Erforderlichkeit einer schriftlichen Niederlegung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtlich Beweiswürdigung).

§ 203 StPO; § 261 StPO

Zwar enthält die Strafprozessordnung keine spezielle Formvorschrift für den Eröffnungsbeschluss; dennoch bedarf es im Hinblick auf seine Bedeutung als Grundlage des Hauptverfahrens und mit Rücksicht auf die Feststellbarkeit der Beschlussfassung regelmäßig einer schriftlichen Niederlegung der Entscheidung. Erforderlich ist aus Gründen der Rechtsklarheit, dass die Urkunde aus sich heraus oder in Verbindung mit sonstigen Urkunden mit Sicherheit erkennen lässt, dass die zuständigen Richter die Eröffnung des Hauptverfahrens tatsächlich beschlossen haben. Das Fehlen eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses führt zu einem Verfahrenshindernis.

762. BGH 1 StR 579/14 – Beschluss vom 25. Juni 2015 (LG Kassel)

Unterbrechung der Verjährung (Reichweite der Unterbrechungswirkung bei Strafverfahren wegen mehrerer Taten); Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Begriff des Verständigungsgesprächs; Beruhen des Urteils auf Nichtmitteilung von Verständigungsgesprächen mit einem Mitangeklagten).

§ 78c Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Wird in einem Strafverfahren wegen einer Vielzahl von Taten ermittelt, erstreckt sich die Unterbrechungswirkung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auf alle Taten, die Gegenstand des Verfahrens sind. Dies ist lediglich dann nicht der Fall, wenn der – insoweit maßgebliche – Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden auf eine oder mehrere Taten beschränkt ist. Für die Bestimmung des Verfolgungswillens ist der Zweck der Untersuchungshandlung maßgeblich. Ergibt sich dieser nicht bereits aus deren Wortlaut, ist namentlich auf den Sach- und Verfahrenszusammenhang abzustellen (vgl. BGH wistra 2006, 421;). In Zweifelsfällen ist der Akteninhalt zur Auslegung heranzuziehen (vgl. BGHSt 56, 146, 152 f.).

2. Ein verständigungsbezogenes Gespräch ist von sonstigen zur Verfahrensförderung geeigneten Erörterungen zwischen den Verfahrensbeteiligten abzugrenzen, die nicht auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung gerichtet sind. Solche Gespräche sind lediglich Ausdruck eines transparenten kommunikativen Verhandlungsstils. Auch der Gesetzgeber hielt die Mitteilung einer Ober- und

Untergrenze der nach dem Verfahrensstand vorläufig zu erwartenden Strafe durch das Gericht für ein Beispiel einer offenen Verhandlungsführung (vgl. BGH NSTz 2011, 590, 591).

3. Durch die unzureichende Mitteilung und Protokollierung von Verständigungsgesprächen, die allein Mitangeklagte betroffen haben, ist ein Angeklagter aber im Regelfall nicht in seinen Rechten betroffen (vgl. BVerfG NSTz 2014, 528).

747. BGH 1 StR 7/15 – Beschluss vom 9. Juli 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Recht auf den gesetzlichen Richter; Begründung des Antrags: völlig ungeeignete Begründung; keine Wiederholung von Befangenheitsanträgen); Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Nachholung von Verfahrensrügen bei bereits formgerecht begründeter Revision).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 26a Abs. 1 StPO; § 44 StPO

1. Das Vorbringen eines Angeklagten, das zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, steht dem gänzlichen Fehlen einer Begründung nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO gleich (vgl. BGH NSTz 2014, 725 f.).

2. Bei der Prüfung, ob die für eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gegebene Begründung in dem genannten Sinne völlig ungeeignet ist, muss allerdings Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in den Blick genommen werden, weil von der richterlichen Beurteilung des Ablehnungsgesuchs als zulässig oder unzulässig die Zusammensetzung der Richterbank abhängt. Die Vorschrift des § 26a StPO ist deshalb eng auszulegen (vgl. BVerfG NJW 2005, 3410).

3. Eine Wiederholung der Ablehnung aus demselben Grund ist unzulässig.

4. Für die Nachholung von Verfahrensrügen der bereits formgerecht begründeten Revision, kann dem Angeklagten, der mit seinem Verteidiger in der Hauptverhandlung anwesend war, Wiedereinsetzung grundsätzlich nicht bewilligt werden.

771. BGH 2 StR 46/14 – Urteil vom 20. Mai 2015 (LG Aachen)

Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignet (Antrag auf Beauftragung eines Sachverständigen); Hehlerei.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 259 Abs. 1 StGB

Völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Sachverständiger als Beweismittel nur dann, wenn das Gericht ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, dass sich mit ihm die Beweistatsache nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt.

751. BGH 1 StR 207/15 – Beschluss vom 24. Juni 2015 (LG Ravensburg)

Urteilszustellung (Formlosigkeit der Zustellungsanordnung).

§ 36 Abs. 1 Satz 1 StPO

Die Anordnung der Zustellung durch den Vorsitzenden ist an eine besondere Form nicht gebunden; sie kann sowohl schriftlich als auch mündlich getroffen werden. In Anbetracht ihrer Bedeutung für die Wirksamkeit der Zustellung muss sie im Zeitpunkt der Zustellung aktenkundig, im Falle einer mündlichen Anweisung in einem Vermerk der Geschäftsstelle festgehalten sein.

793. BGH 4 StR 40/15 – Beschluss vom 6. Mai 2015 (LG Bochum)

Belehrung über Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von einer Verständigung (Schutzzweck; kein Beruhen auf unterbliebener Belehrung bei nicht zu Stande gekommener Verständigung).

§ 257c Abs. 5 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO soll sicherstellen, dass der Angeklagte vor Eingehen einer Verständigung, deren Bestandteil das Geständnis ist, vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung an der Verständigung informiert ist. Denn nur so ist gewährleistet, dass er autonom darüber entscheiden kann, ob er von seiner Freiheit, die Aussage zu verweigern (weiterhin) Gebrauch macht oder sich auf eine Verständigung einlässt (vgl. BVerfGE 133, 168, 237). Der von der gesetzlichen Regelung bezweckte Schutz vor Ablegung eines übereilten Geständnisses ist durch eine unterbliebene Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO indes dann nicht berührt, wenn der Angeklagte gerade kein Geständnis ablegt.

753. BGH 1 StR 217/15 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG München II)

Aufhebung des Urteils im Strafausspruch (Umfang der Aufhebung der Feststellungen: Nachtatgeschehen).

§ 353 Abs. 2 StPO

1. Hebt das Revisionsgericht nach § 353 Abs. 2 StPO ein Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf, bezieht sich diese Aufhebung auf alle diejenigen tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen, die ausschließlich für den Strafausspruch bedeutsam sind, also weder die Schuldfrage noch als doppelrelevante Umstände zugleich die Schuld- oder Straffrage (oder eine andere Rechtsfolge) betreffen (vgl. BGH NSTz 2015, 182, 183).

2. Gehört– das Nachtatgeschehen nicht zum Tatgeschehen im eigentlichen Sinne, sondern ist es lediglich für den Rechtsfolgenausspruch bedeutsam, erfasst die Aufhebung der zum Strafausspruch gehörenden Feststellungen auch die Feststellungen zum Nachtatgeschehen. Der neue Tatrichter muss in diesem Fall zum Nachtatgeschehen selbst Beweis erheben und eigene Feststellungen treffen.

813. BGH 4 StR 267/11 – Beschluss vom 1. Juni 2015

Festsetzung einer Pauschgebühr (besonderer Umfang oder besondere Schwierigkeit des Verfahrens: keine Berücksichtigung von persönlichen Umständen).

§ 51 Abs. 1 Satz 1 RVG

1. Gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 RVG ist Voraussetzung der Bewilligung einer Pauschgebühr, die über die gesetzli-

chen Gebühren hinausgeht, dass diese wegen des besonderen Umfangs oder der besonderen Schwierigkeit der Sache bzw. des betroffenen Verfahrensabschnitts nicht zumutbar ist. Die Bewilligung einer Pauschgebühr stellt dabei die Ausnahme dar; die anwaltliche Mühewaltung muss sich von sonstigen – auch überdurchschnittlichen Sachen – in exorbitanter Weise abheben.

2. Bei der Beurteilung ist ein objektiver Maßstab zu Grunde zu legen (vgl. BVerfG, NJW 2005, 1264, 1265 mwN). Entscheidend ist, ob die konkrete Strafsache selbst umfangreich war und infolge dieses Umfangs eine zeitaufwändigere, gegenüber anderen Verfahren erhöhte Tätigkeit des Verteidigers erforderlich geworden ist. Dabei ist nur der Zeitaufwand berücksichtigungsfähig, der allein aus verfahrensbezogenen Tätigkeiten des Pflichtverteidigers herrührt, nicht hingegen solcher, der seinen Grund in nur verteidigerbezogenen/persönlichen Umständen hat.

799. BGH 4 StR 111/15 – Beschluss vom 2. Juni 2015 (LG Landshut)

Trunkenheit im Verkehr (Fahrunsicherheit aufgrund von Alkoholkonsum: Indizwirkung der Blutalkoholkonzentration); Ablehnung eines Beweisantrages wegen Wahrunterstellung.

§ 316 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Der Nachweis einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit kann nicht allein durch einen bestimmten Blutwirkstoffbefund geführt werden kann (vgl. BGHSt 44, 219, 222). Gesicherte Erfahrungswerte, die es erlauben würden, bei Blutwirkstoffkonzentrationen oberhalb eines bestimmten Grenzwertes ohne weiteres auf eine rauschmittelbedingte Fahrunsicherheit zu schließen, bestehen nach wie vor nicht. Es bedarf daher neben dem positiven Blutwirkstoffbefund noch weiterer aussagekräftiger Beweisanzeichen, die im konkreten Einzelfall belegen, dass die Gesamtleistungsfähigkeit des betreffenden Kraftfahrzeugführers soweit herabgesetzt war, dass er nicht mehr fähig gewesen ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, auch bei Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern.

2. Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung, der nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt, und der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schließen einander aus (vgl. BGH StV 2007, 18, 19).

750. BGH 1 StR 198/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Mannheim)

Gewährung des letzten Wortes (erneuter Eintritt in die Verhandlung; Voraussetzungen, Negativmitteilung über Verständigungsgespräche).

§ 258 Abs. 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

1. Dem Angeklagten ist nach § 258 Abs. 2 StPO nur dann erneut das letzte Wort zu gewähren, wenn nach der Schließung der Beweisaufnahme nochmals in die Verhandlung eingetreten worden ist. Der Wiedereintritt liegt nicht nur in jeder Prozesshandlung, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme fällt, sondern bereits in jeder Handlung, in der sich der Wille des Gerichts zum Weiterverhandeln in der Sache zeigt.

2. Werden nach dem letzten Wort ausschließlich Vorgänge erörtert, die auf die gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss haben können, besteht keine Verpflichtung nach § 258 Abs. 2 StPO (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 15). Eine Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO stellt deshalb keinen Wiedereintritt in die Verhandlung dar.

761. BGH 1 StR 429/14 – Beschluss vom 20. Mai 2015 (LG Essen)

Widerruf des Verzichts auf ein Zeugnisverweigerungsrecht (Verwertbarkeit vorher in der Hauptverhandlung gemachter Angaben).

§ 52 Abs. 3 Satz 2 StPO

Der Widerruf des Verzichts auf ein Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung führt nicht zur Unverwertbarkeit der davor getätigten Angaben des Zeugen in der Hauptverhandlung (vgl. BGHSt 2, 99, 107).

780. BGH 2 StR 398/14 – Beschluss vom 29. April 2015 (LG Gera)

Angeklagte Tat als Grenze der Urteilsfindung (angeklagter Tatzeitraum).

§ 155 Abs. 1 StPO; § 264 Abs. 1 StPO

Soweit einzelne Taten nicht nach anderen Merkmalen individualisierbar sind, werden die tatsächlichen Grenzen der Urteilsfindung im Sinne der §§ 155, 264 StPO wesentlich durch den angeklagten Tatzeitraum bestimmt.

789. BGH 2 ARs 54/15 (2 AR 35/15) – Beschluss vom 25. Juni 2015

Nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung (Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer: Bezirk der Strafanstalt, in der der Verurteilte aufgenommen ist).

§ 453 Abs. 1 StPO; § 462 Abs. 1 Satz 1 StPO

Gemäß § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO ist für die nach § 453 StPO zu treffenden Entscheidungen die Strafvollstreckungskammer zuständig, in deren Bezirk die Strafanstalt liegt, in die der Verurteilte zu dem Zeitpunkt, in dem das Gericht mit der Sache befasst wird, aufgenommen ist. „Aufgenommen“ im Sinne des § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO ist ein Verurteilter, wenn er sich in der betreffenden Vollzugseinrichtung tatsächlich und nicht nur vorübergehend, wie etwa im Rahmen einer Verschiebung oder zum Zwecke einer medizinischen Untersuchung aufhält.

796. BGH 4 StR 91/15 – Beschluss vom 1. Juni 2015 (LG Bochum)

Mitteilung über Verständigungsgespräche (kein Beruhen des Urteils auf fehlender Negativmitteilung, wenn tatsächlich keine Verständigungsgespräche geführt wurden).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht das Urteil nicht auf einer fehlenden Mitteilung, dass keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben („Negativattest“), wenn es solche tatsächlich nicht gegeben hat (st. Rspr). Erst recht ist ein Beruhen des Urteils auszuschließen, wenn die zutreffende Mitteilung verspätet noch erfolgt ist.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

759. BGH 1 StR 399/14 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG München I)

BGHSt; Bestechung von Amtsträgern eines anderen EU-Mitgliedstaats (zweistufige Bestimmung der Amtsträgerstellung: Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, kein Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz und Grundsatz der Volkssouveränität).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 82 EUV; Art. 67 EUV; § 332 Abs. 1 StGB; § 11 StGB; Art. 2 § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EUBestG

1. Eine Bestrafung wegen Bestechlichkeit eines Amtsträgers eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union setzt eine zweistufige Prüfung der Amtsträgerschaft voraus. Zunächst ist seine Stellung nach dem Recht des anderen Mitgliedstaats zu beurteilen und bejahendenfalls (kumulativ) nach deutschem Recht. (BGHSt)

2. Dies setzt den im europäischen Rechtsraum geltenden Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 EUV, Art. 67 AEUV) um. Das Rechtssystem des betroffenen Mitgliedstaates findet durch die Zugrundelegung seines materiellen Rechtsverständnisses Eingang in die deutsche Rechtssetzung, erfährt zum Schutz des innerstaatlichen Primärrechts aber im Sinne eines sich wechselseitig ergänzenden Konzepts gegebenenfalls eine Beschränkung durch die deutsche Begriffsbestimmung. (Bearbeiter)

3. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Auslegung bestehen nicht. (Bearbeiter)

4. Um eine Blankettnorm, die mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Bestrafungsrisikos für den Bürger nicht hinreichend Rechnung trägt, handelt es sich bei Art. 2 § 1 Abs. 1 Nr. 2 EUBestG nicht. Tragweite und Anwendungsbereich der Vorschrift sind klar erkennbar; jedermann kann vorhersehen, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. (Bearbeiter)

5. Die hinreichende Bestimmtheit der Norm folgt bereits daraus, dass sich ihre Reichweite schon alleine durch die deutschen Strafbarkeitsvoraussetzungen gemäß Art. 2 § 1 Abs. 1 Nr. 2 EUBestG, welche den Begriff des Amtsträgers im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB einschließen, für jedermann erkennbar absehen lässt. Die zusätzliche Geltung ausländischen Rechts kann daneben die Tatbestandsmäßigkeit allenfalls entfallen lassen, sich aber nicht strafbarkeitserweiternd auswirken. Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ist deshalb ausgeschlossen. (Bearbeiter)

6. Auch ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ist nicht etwa deshalb zu besorgen, weil zur Prüfung der gesetzlichen Merkmale deutschen Rechts ausländische

Vorschriften herangezogen werden müssen. Die Ausübung der Strafgewalt bedarf zwar der Legitimation durch das Staatsvolk, welche durch die Gesetze eines ausländischen Staates nicht bewirkt werden kann. Ausländisches Recht kann aber zur Anwendung gelangen, wenn deutsche Rechtsnormen darauf verweisen und es damit für maßgeblich erklären. Für die betreffende ausländische Vorschrift gelten dann gleichermaßen die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG. (Bearbeiter)

754. BGH 1 StR 235/14 – Beschluss vom 29. April 2015 (LG Mannheim)

Besonders schwerer Fall von Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (unlautere Bevorzugung: subjektiver Maßstab; Begriff des Vorteils und Vorteil von großem Ausmaß: individuelle Bestimmung nach der Eigenschaft, den Vorteilsnehmer zu korrumpieren); wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Strafbarkeit von vertikalen Absprachen; Submissionsabsprachen); Fortsetzung der Hauptverhandlung ohne den Angeklagten (eigenmächtiges Fernbleiben des Angeklagten: Beweislast des Gerichts; Anforderungen an den Revisionsvortrag); Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen als nicht erforderlich (Begründung); Pflicht zur Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Beruhen bei mit einem Mitangeklagten geführten Verständigungsgesprächen; Anforderungen an die Revisionsbegründung).

§ 299 Abs. 1 StGB; § 300 Nr. 1 StGB; § 298 Abs. 1 StGB; § 231 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1. Vorteil im Sinne des § 299 StGB ist jede Leistung, auf die der Empfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. Ein solcher Vorteil kann bereits in dem Abschluss eines Vertrages liegen.

2. Schutzzweckspezifisch ist ein Vorteil in großem Ausmaß nach § 300 Abs. 1 Nr. 1 StGB erreicht, wenn der Vorteil besonders geeignet ist, den Vorteilsnehmer zu korrumpieren. Dies erfordert eine Berücksichtigung einzelfallbezogener Umstände. Denn anders als die nach objektiven Maßstäben zu bestimmenden Merkmale des großen Ausmaßes bei Betrug und Steuerhinterziehung ist der Anreiz für Korruptierbarkeit abhängig von den jeweiligen Verhältnissen des Vorteilnehmers, mithin von individuellen Kriterien. Die Bestimmung hat sich nur auf die Höhe des Vorteils und nicht auf den Umfang der Bevorzugung zu beziehen.

3. Ob es im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der Anwendung der kodifizierten Strafzumessungsregel den

noch der Festlegung einer betragsmäßig festgelegten Untergrenze als Begrenzung für den Einfluss individueller Kriterien bedarf, braucht der Senat im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden.

4. Die Vorschrift des § 299 StGB setzt eine Unrechtsvereinbarung dergestalt voraus, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung angenommen bzw. gewährt wird (vgl. BGH NStZ 2014, 42, 43 f). Bevorzugung in diesem Sinne bedeutet dabei die sachfremde Entscheidung zwischen zumindest zwei Bewerbern, setzt also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraus.

5. Hierbei genügt es aber, wenn die zum Zwecke des Wettbewerbs vorgenommenen Handlungen nach der Vorstellung des Täters geeignet sind, seine eigene Bevorzugung oder die eines Dritten im Wettbewerb zu veranlassen. Danach ist das Tatbestandsmerkmal der Bevorzugung im Wettbewerb subjektiviert; es reicht aus, wenn nach der Vorstellung des Täters der Wettbewerb unlauter beeinflusst werden soll. Zur Erfüllung des Tatbestandes braucht weder die vereinbarte Bevorzugung noch die objektive Schädigung eines Mitbewerbers tatsächlich eintreten.

6. Über den Wortlaut des § 231 Abs. 2 StPO hinaus darf eine unterbrochene Hauptverhandlung nur dann ohne den Angeklagten fortgesetzt werden, wenn dieser ihr eigenmächtig ferngeblieben ist, d.h. ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt hat (vgl. BGHSt 37, 249, 251). Dabei obliegt es nicht dem Angeklagten, glaubhaft zu machen, dass sein Ausbleiben nicht auf Eigenmächtigkeit beruht, diese ist ihm vielmehr nachzuweisen (vgl. BGHSt 10, 304, 305).

7. Das Revisionsgericht hat zwar ausgehend vom Kenntnisstand zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung die Frage der Eigenmächtigkeit gegebenenfalls im Freibeweis zu überprüfen, jedoch – wie auch sonst bei behaupteten Verletzungen von Vorschriften über das Verfahren – nur auf der Grundlage eines entsprechenden Revisionsvortrags (vgl. BGH StV 1984, 326).

8. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteter Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist (§ 244 Abs. 2 StPO). Dabei ist das Gericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären.

9. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags, als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden (st. Rspr).

10. Durch die unzureichende Mitteilung und Protokollierung von Verständigungsgesprächen, die allein Mitangeklagte betroffen haben, ist der Beschwerdeführer im Regelfall nicht in seinen Rechten betroffen (vgl. BVerfG StV 2014, 649).

756. BGH 1 StR 368/14 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Stuttgart)

Verfall (Begriff des Erlangten: Maßgeblichkeit des Zwecks der Strafvorschrift, hier: fahrlässiges Erbringen von Zahlungsdienstleistungen ohne Erlaubnis; Absehen vom Verfall wegen unbilliger Härte: Nochvorhandensein des Erlangtem im Vermögen des Täters; Vorliegen einer unbilligen Härte); fahrlässiges Erbringen von Zahlungsdienstleistungen ohne Erlaubnis (Genehmigungsbedürftigkeit hybrider Unternehmen: richtlinienkonforme Auslegung; kein Verbotsgesetz).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 31 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ZAG; § 134 BGB

1. Aus der Tat „erlangt“ im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. BGHSt 52, 227, 246 Rn. 92).

2. Bei der Bestimmung dessen, was „aus der Tat erlangt“ ist (§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB), ist zu prüfen, welchen geschäftlichen Vorgang die Strafvorschrift nach ihrem Zweck verhindern will, was also letztlich strafbewehrt ist. Nur der aus diesem Vorgang gezogene Vorteil ist dem Täter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erwachsen.

3. Soweit das Geschäft bzw. seine Abwicklung an sich verboten und strafbewehrt ist, unterliegt der gesamte hieraus erlangte Erlös dem Verfall. Ist dagegen strafrechtlich nur die Art und Weise bemakelt, in der das Geschäft ausgeführt wird, ist nur der hierauf entfallende Sondervorteil erlangt (vgl. BGHSt 57, 79, 84 mwN).

4. Diese Grundsätze gelten auch in den Fällen, in denen die geschäftliche Tätigkeit einem Genehmigungsvorbehalt unterliegt, den der Täter in strafbarer Weise umgeht. Erreicht er hierdurch, dass er ein nicht genehmigungsfähiges Geschäft abschließen und/oder erfüllen sowie daraus entsprechende Vermögenszuwächse erzielen kann, unterliegen diese uneingeschränkt dem Verfall. Hatte er dagegen einen Anspruch auf die Genehmigung, so bemakelt die Rechtsordnung nicht den Abschluss oder die Erfüllung des Vertrags. Vielmehr soll durch die Strafbewehrung allein die Umgehung der Kontrollbefugnisse der Genehmigungsbehörde sanktioniert werden. Erlangt ist in diesem Fall nur der durch das nicht durchgeführte Genehmigungsverfahren erwachsene Sondervorteil in Gestalt des ersparten Aufwands (vgl. BGHSt 57, 79, 84 f. mwN).

5. Zahlungsdienste ohne Erlaubnis (§ 31 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ZAG) erbracht, ist die Vereinbarung und Durchführung des Zahlungsdienstes strafrechtlich bemakelt. Dazu gehört der gesamte Geldkreislauf, der mit dem Angebot und der Auszahlung an den Kunden durch das EC-Cash-Terminal beginnt und mit dem Eingang der Gutschrift auf dem Konto der Verfallsbeteiligten endet.

6. Der Wert des Erlangten ist noch im Vermögen des Täters vorhanden, wenn das Nettovermögen des Betroffenen den Wert des Erlangten zumindest erreicht. Deshalb scheidet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB von vorneherein aus, solange und soweit der Betroffene über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem Verfallsbetrag zurückbleibt (vgl. BGHSt 48, 40, 42 mwN).

7. Für den unbestimmten Rechtsbegriff der unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB ist nach ständiger Rechtsprechung maßgebend, ob die Anordnung den Betroffenen empfindlich treffen und Grundsätze der Billigkeit sowie das Übermaßverbot verletzen und damit „schlechthin ungerecht“ erscheinen würde. Diese Umschreibung eröffnet dem Tatgericht einen weiten Beurteilungsspielraum. Es obliegt im Wesentlichen seiner Bewertung, ob eine unbillige Härte vorliegt. Die Gewichtung der hierfür maßgeblichen Umstände ist der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen (vgl. BGHSt 57, 79, 87 mwN).

8. Besteht die Hauptaktivität eines Unternehmens nicht darin, Zahlungsdienste zu erbringen (sog. hybride Unternehmen), sind sie nach dem ZAG Zahlungsinstitute, soweit sie Zahlungsdienste gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Diese Rechtslage steht im Einklang mit der Zahlungsdiensterichtlinie; denn auch sie erfasst hybride Unternehmen als Zahlungsinstitut.

9. Bei der Umsetzung einer Richtlinie besteht regelmäßig die Vermutung, dass der Gesetzgeber den Willen hatte, die Richtlinie korrekt umzusetzen.

10. Erwägungsgründe eingangs einer Richtlinie sind Ausdruck des historischen Willens des Gesetzgebers und der mit der erlassenen Richtlinie angestrebten Ziele, nicht aber sind sie deren rechtsverbindlicher Bestandteil. Sie können aber bei Auslegungsbedürftigkeit der Richtlinie zur Auslegung herangezogen werden. Maßgeblich ist jedoch zunächst die konkrete Ausformung des Willens des Gesetzgebers in den Artikeln der Richtlinie.

11. Bei § 31 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ZAG handelt es um kein Verbotsgesetz nach § 134 BGB.

749. BGH 1 StR 99/14 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG München II)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Grundstoffen, die zur unerlaubten Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet werden sollen (Ausnahme für Grundstoffe als Wirkstoff eines Arzneimittels: auch bei leichter Extrahierbarkeit, hier: Pseudoephedrin); Vorlageverfahren zum EuGH.

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2001/83/EG; Art. 2 lit. a) Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a) Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 111/2005; § 267 Abs. 3, Abs. 4 AEUV

1. Bei dem Wirkstoff Pseudoephedrin handelt es sich, wenn er Wirkstoff eines Arzneimittels im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel [ABl. EU Nr. L 311 vom 28. November 2001 S. 67] ist, nicht um einen „Grundstoff“ im Sinne von § 1 Nr. 1 und § 3 GÜG.

2. Dies gilt bei Grundstoffen, die Wirkstoff eines Arzneimittels sind, auch, wenn der Wirkstoff leicht verwendet oder leicht und wirtschaftlich aus dem Medikament extrahiert werden kann.

758. BGH 1 StR 388/13 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG München II)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Grundstoffen, die zur unerlaubten Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet werden sollen (Ausnahme für Grundstoffe als Wirkstoff eines Arzneimittels: auch bei leichter Extrahierbarkeit, hier: Pseudoephedrin); Vorlageverfahren zum EuGH.

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2001/83/EG; Art. 2 lit. a) Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a) Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 111/2005; § 267 Abs. 3, Abs. 4 AEUV

1. Bei dem Wirkstoff Pseudoephedrin handelt es sich, wenn er Wirkstoff eines Arzneimittels im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel [ABl. EU Nr. L 311 vom 28. November 2001 S. 67] ist, nicht um einen „Grundstoff“ im Sinne von § 1 Nr. 1 und § 3 GÜG.

2. Dies gilt bei Grundstoffen, die Wirkstoff eines Arzneimittels sind, auch, wenn der Wirkstoff leicht verwendet oder leicht und wirtschaftlich aus dem Medikament extrahiert werden kann.

760. BGH 1 StR 426/13 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG München II)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Grundstoffen, die zur unerlaubten Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet werden sollen (Ausnahme für Grundstoffe als Wirkstoff eines Arzneimittels: auch bei leichter Extrahierbarkeit, hier: Pseudoephedrin); Vorlageverfahren zum EuGH.

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2001/83/EG; Art. 2 lit. a) Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a) Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 111/2005; § 267 Abs. 3, Abs. 4 AEUV

1. Bei dem Wirkstoff Pseudoephedrin handelt es sich, wenn er Wirkstoff eines Arzneimittels im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel [ABl. EU Nr. L 311 vom 28. November 2001 S. 67] ist, nicht um einen „Grundstoff“ im Sinne von § 1 Nr. 1 und § 3 GÜG.

2. Dies gilt bei Grundstoffen, die Wirkstoff eines Arzneimittels sind, auch, wenn der Wirkstoff leicht verwendet oder leicht und wirtschaftlich aus dem Medikament extrahiert werden kann.

748. BGH 1 StR 76/15 – Beschluss vom 24. Juni 2015 (LG Deggendorf)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitnehmers; gleichzeitiges Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen und Arbeitnehmerbeiträge: einheitliche Tat nach § 266a Abs. 1 StGB).

§ 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB

1. Ob eine Person Arbeitgeber ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt. Arbeitgeber ist danach derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, wobei besondere Bedeutung dem Weisungsrecht sowie der Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers zukommt. Entscheidend sind hierbei allein die tatsächlichen Gegebenheiten (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 278). Grundsätzlich ist der Wille der Vertragsparteien zwar ausschlaggebend, eine nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehende Sozialversicherungspflicht können die Beteiligten jedoch nicht durch abweichende Vertragsgestaltung umgehen. Maßgeblich ist eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (vgl. BGH NStZ 2014, 321, 322).

2. Nach der Rechtsprechung des Senats liegt bei gleichzeitigem Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen nach § 266a Abs. 1 StGB und Arbeitgeberbeiträgen nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB keine Tateinheit, sondern eine einheitliche Tat vor, bei der die zusätzliche Verwirklichung von § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB lediglich im Rahmen des Schuldumfangs Berücksichtigung findet (BGH wistra 2010, 408).

713. BGH 3 StR 219/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Düsseldorf)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (tatsächliche Verfügbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland; „Bodypacker“; Transit; vorübergehender Aufenthalt).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

Eingeführt ist ein Betäubungsmittel, wenn es aus dem Ausland über die Grenze in das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gebracht wird, wobei das Delikt mit dem Passieren der Grenze vollendet ist. In Abgrenzung zur Durchfuhr (§ 29 Abs. 1 Nr. 5 BtMG) verlangt die Tatmodalität der Einfuhr dabei, dass dem Täter das Betäubungsmittel in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich zur Verfügung steht. Diese Voraussetzung liegt auch vor, wenn der Täter die Droge verschluckt hat (Bodypacker), deren Bestimmungsort im Ausland liegt und der Aufenthalt im Inland aufgrund des gewählten Transportweges nur vorübergehend ist.

752. BGH 1 StR 211/15 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG Bayreuth)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mitsichführen von Gegenständen, die zur Verletzung von Personen geeignet sind; Zeitpunkt des Mitsichführens bei mehreren Einzelakten der Tat).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Ein Mitsichführen von Gegenständen, die zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind, im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG liegt dann vor, wenn der Täter gefährliche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann (vgl. BGH NStZ 1997, 137). Hierfür genügt, dass die gefährlichen Gegenstände dem Täter in irgendeinem Stadium des Tathergangs zur Verfügung stehen, d.h. so in seiner räumlichen Nähe sich befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (vgl. BGHSt 52, 89, 93).

2. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es nach ständiger Rechtsprechung zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand des Mitsichführens eines gefährlichen Gegenstands nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist. Ebenso liegt Mitsichführen vor, wenn der Täter einen gefährlichen Gegenstand allein bei Vor- oder Zwischenverhandlungen griffbereit zur Verfügung hat.

708. BGH 3 StR 182/15 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Hildesheim)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Diebstahl von Betäubungsmitteln zur Weitergabe an einen Dritten; kein eigenes Umsatzgeschäft; Beschränkung auf Abholung und Transport).

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

Wer Betäubungsmittel stiehlt, um sie an einen Dritten weiterzugeben, der damit seinerseits ein Umsatzgeschäft beabsichtigt, ist jedenfalls dann regelmäßig nicht Mittäter eines von dem Dritten begangenen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, wenn er eine nicht am Marktpreis ausgerichtete Belohnung für die Beschaffung der Betäubungsmittel erhält und im Übrigen kein Interesse an dem Umsatzgeschäft des Dritten hat.

802. BGH 4 StR 144/15 – Beschluss vom 2. Juni 2015 (LG Hagen)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzungen einer Mittäterschaft; Anstiftung; Abgrenzung zur psychischen Beihilfe).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 26 Abs. 1 StGB

Voraussetzung einer mittäterschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln ist es, dass der Täter dabei einen Tatbeitrag erbringt, der sich bei wertender Betrachtung nicht bloß als Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der zur Tatbestandsverwirklichung führenden Tätigkeit aller Mitwirkenden darstellt, und die Tathandlungen der anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheinen lässt. Wesentliche Anhaltspunkte für die Täterschaft sind dabei der Grad seines Tatinteresses, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft und der Wille dazu, die in eine wertende Gesamtbetrachtung einzubeziehen sind. Entscheidender Bezugspunkt bei allen diesen Merkmalen ist der Einfuhrvorgang selbst (vgl. NStZ 2015, 346).

795. BGH 4 StR 59/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Dortmund)

Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht bei Aburteilung mehrerer, in verschiedenen Altersstufen begangener Taten (Schwergewicht der Taten).

§ 32 JGG

1. Bei gleichzeitiger Aburteilung von Taten, auf die teils Jugendstrafrecht, teils allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre, ist entsprechend dem Schwergewicht der Taten entweder nur nach Jugendstrafrecht oder nach Erwachsenstrafrecht zu verurteilen.

2. Welches Recht einheitlich auf mehrere in verschiedenen Altersstufen begangene Taten anzuwenden ist, richtet sich danach, wo deren Schwergewicht liegt. Dies hat der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Lässt sich nicht eindeutig erkennen, dass das Schwergewicht bei den vom Angeklagten als Heranwachsender begangenen und nach Jugendstrafrecht zu beurteilenden Straftaten liegt, so ist für alle Taten allgemeines Strafrecht anzuwenden (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 324).

Aufsätze und Anmerkungen

Der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung bei (freisprechendem) Urteil

Zugleich Besprechung von EGMR Nr. 48144/09 – Urteil vom 15. Januar 2015 (Cleve v. Deutschland) = HRRS 2015 Nr. 425

Von Dr. Frauke Rostalski, Marburg

In der Entscheidung Nr. 48144/09 – Urteil vom 15. Januar 2015 (Cleve v. Deutschland) befasst sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Gerichtshof) neuerlich mit dem Geltungsbereich der Unschuldsvermutung. Sie bietet Anlass, sich den allgemeinen Fragen der Erstreckung des Schutzbereichs der Unschuldsvermutung auf die Gründe eines (freisprechenden) Strafurteils sowie der in diesem Zusammenhang relevanten Abgrenzung zwischen bloßen Verdachtsäußerungen und Schuldfeststellungen zu widmen. Im Anschluss werden die Ergebnisse auf den durch den Gerichtshof zu entscheidenden Fall übertragen.

I. Die Entscheidung EGMR Nr. 48144/09 – Urteil vom 15. Januar 2015 (Cleve v. Deutschland)

Der Entscheidung des Gerichtshofs liegt ein freisprechendes Urteil des LG Münster aus dem Jahr 2008 zugrunde (1 KLs 5/08). In dem damaligen Verfahren wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, sich in 15 Fällen des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen sowie des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern schuldig gemacht zu haben (§§ 176a, 174 StGB). Tatopfer sei die im März 1994 geborene Tochter des Beschwerdeführers, die er in der Nähe von Senden insgesamt 13 Mal in seinem Pkw und zwei Mal in einer Ferienwohnung vergewaltigt haben soll. Der Verurteilung des Beschwerdeführers stand nach Auffassung des LG Münster ein mangeln-

der Tatnachweis entgegen. Der den Tatvorwurf bestreitende damalige Angeklagte wurde im Verfahren ausschließlich durch die Aussage seiner Tochter belastet. Wenngleich das Gericht deren Glaubwürdigkeit angesichts der Authentizität ihres Aussageverhaltens nicht anzweifelte, gelangte es dennoch nicht zu einer die Verurteilung rechtfertigenden Überzeugung im Hinblick auf den Tathergang. Insbesondere scheiterte dies an aus Sicht des Gerichts verbleibenden Unstimmigkeiten in den Aussagen der Zeugin, die sich etwa auf die Anzahl der Taten, den Tatort sowie deren genauen Zeitrahmen bezogen. Darüber hinaus fehlte es der Aussage der Zeugin nach Auffassung des Gerichts an hinreichender Detailgetreue bezüglich der konkreten Art und Weise der Taten. In seinen Urteilsgründen führt es dazu aus: „... Zusammengefasst sind Anhaltspunkte einer Suggestion (der Zeugin seitens Dritter, Anm. d. Verf.) für die Kammer nicht ersichtlich. So geht die Kammer im Ergebnis davon aus, dass das von der Zeugin geschilderte Kerngeschehen einen realen Hintergrund hat, nämlich dass es tatsächlich zu sexuellen Übergriffen des Angeklagten zu Lasten seiner Tochter in seinem Auto gekommen ist. Die Taten ließen sich aber dennoch weder ihrer Intensität noch ihrer zeitlichen Einordnung nach in einer für eine Verurteilung hinreichenden Art und Weise konkretisieren. Die Inkonstanzen in den Aussagen der Zeugin waren so gravierend, dass konkrete Feststellungen nicht getroffen werden konnten.“¹ Im Ergebnis sprach das LG Münster

¹ Übersetzung nach Gaede, s. Leitsätze zu EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 13.

den Beschwerdeführer und damaligen Angeklagten daher von sämtlichen Tatvorwürfen frei.

Gegen das Urteil legte der Beschwerdeführer noch im Dezember 2008 Verfassungsbeschwerde ein. Darin rügte er, durch die wörtlich zitierte Äußerung in den Urteilsgründen des LG Münster in seinem Recht auf ein faires Verfahren, seinem Persönlichkeitsrecht und seiner Menschenwürde verletzt worden zu sein. Das Bundesverfassungsgericht lehnte die Befassung mit der Beschwerde indes ab (2 BvR 2499/08). In der Folge wandte sich der Beschwerdeführer mit einer Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) an den Gerichtshof. Zur Begründung führte er aus, dass die umstrittene Äußerung des LG Münster einer Schuldfeststellung gleichkomme und daher gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK verstoße. Umfasst sei davon auch der Schutz vor Äußerungen des Gerichts, die über eine bloße Beschreibung eines verbleibenden Tatverdachts hinausgehen und auf diese Weise den Freispruch relativieren. Anderenfalls könnten sonstige staatliche Stellen oder die Öffentlichkeit trotz des Freispruchs von der Schuld des Angeklagten ausgehen, was im Fall des Beschwerdeführers tatsächlich eingetreten sei: Im Sorgerechtsverfahren habe ihm das Familiengericht unter Bezugnahme auf die umstrittenen Äußerungen des LG Münster jedweden Umgang mit seiner Tochter untersagt.²

Die Regierung Deutschlands trat der Beschwerde mit der Auffassung entgegen, die Unschuldsvermutung entfalte keine Geltung für die Gründe eines Strafurteils.³ Sie sei ausschließlich formeller Natur, weshalb der Angeklagte zwar bei mangelndem Tatnachweis trotz verbleibender (erheblicher) Verdachtsmomente ein Anrecht auf einen Freispruch habe, nicht aber weitere Rechte in Bezug auf die Urteilsgründe geltend machen könne. Anders als bei einem Freispruch infolge nachgewiesener Unschuld des Angeklagten werde dieser bei einem Freispruch aus Mangel an Beweisen allerdings nicht moralisch rehabilitiert. Auch aus Art. 6 Abs. 2 EMRK leite sich kein Recht ab, in solch einem Fall von jedweden Verdacht befreit zu werden. Vielmehr entspreche es den Vorgaben der §§ 244 Abs. 2, 261 StPO, dass das Gericht sämtlichen entscheidungserheblichen Überlegungen in seinem Urteil Ausdruck verleihe. Nicht zuletzt komme darin ein rechtsstaatliches Interesse an der Überprüfbarkeit des Urteils zum Ausdruck. Im Fall eines Freispruchs wegen mangelnden Tatnachweises müssten diese Überlegungen daher insbesondere die Erklärung enthalten, warum sich der Verdacht gegen den Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht in einem eine Verurteilung rechtfertigenden Maße bestätigt habe. Entlastende Beweise seien darin gegen belastende Beweise abzuwägen. Nicht zuletzt habe es der Beschwerdeführer versäumt, sich gesondert gegen die Entscheidung des Familiengerichts zu wenden.

² Darüber hinaus führte der Beschwerdeführer an, von ihm initiierte Verfahren gegen die Mutter seiner Tochter seien seitens der zuständigen Strafverfolgungsbehörde unter Rekurs auf die umstrittene Äußerung in den Urteilsgründen des LG Münster beendet worden. Zudem bleibe er infolge dieser Formulierung dauerhaft in den Augen der Öffentlichkeit stigmatisiert, EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 48.

³ S. EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 31, 49 ff.

Demgegenüber teilt der Gerichtshof die Einschätzung des Beschwerdeführers in Bezug auf die Verletzung der Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK. Zur Begründung führt er zunächst allgemein aus, dass die Gründe als ein einheitliches Ganzes in Verbindung mit der Urteilsformel zu sehen seien.⁴ Eine künstliche Trennung dieser beiden Bestandteile des Strafurteils sei nicht möglich. Der Schutzbereich der Unschuldsvermutung ende grundsätzlich im Anschluss an einen ordentlichen Schuldnachweis. Allerdings soll die Unschuldsvermutung selbst im Fall der Verurteilung weiterhin Geltung entfalten in Bezug auf Behauptungen, die ihrer Natur und ihrem Ausmaß nach dem Aufbringen eines neuen Vorwurfs gleichkommen.⁵ In Ermangelung eines Schuldnachweises sei der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung bei einem Freispruch demgegenüber zeitlich nicht begrenzt. In diesem Zusammenhang erachtet es der Gerichtshof als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK, gegenüber einer freigesprochenen Person – selbst im Fall des Freispruchs aus mangelndem Tatnachweis – jedwede Verdächtigung von Schuld zu äußern (“voicing of any suspicions of guilt”).⁶ Dies betreffe auch solche Äußerungen, die sich allein in den Urteilsgründen finden. Dem Gericht sei es zwar nicht untersagt, einen verbleibenden Verdacht gegen den Angeklagten festzuhalten. Insoweit komme es aber entscheidend auf die Differenzierung zwischen der bloßen Beschreibung eines Zustands des (verbleibenden) Verdachts (“description of a ‘state of suspicion’”) und der Feststellung von Schuld (“finding of guilt”) in Abwesenheit einer endgültigen Überzeugung an.⁷ Allein letztere bedeute eine Verletzung der Unschuldsvermutung, die mithin dann angenommen werden könne, wenn die Urteilsgründe die Meinung widerspiegeln, dass der Angeklagte tatsächlich schuldig sei. Insoweit komme es maßgeblich auf die Sprache an, die der Entscheidungsträger verwendet.⁸

Darüber hinaus sei es im Sinne der Effektivität und Praktikabilität der Unschuldsvermutung erforderlich, diese nicht lediglich in einem schwebenden Strafverfahren zur Anwendung zu bringen. Vielmehr schütze sie auch denjenigen, der von einem strafrechtlichen Vorwurf freigesprochen bzw. in Bezug auf den ein Strafverfahren anderweitig beendet wurde, davor, seitens öffentlicher Stellen so behandelt zu werden, als ob er der ihm vorgeworfenen Taten schuldig sei.⁹ Was nämlich nach Auffassung des Gerichtshofs ab dem Zeitpunkt der Beendigung eines Strafverfahrens seinerseits auf dem Spiel stehe, seien der Ruf der betreffenden Person und deren Wahrnehmung in der Öffentlichkeit.¹⁰ Aus diesem Grund müsse die Urteilsformel von jeder staatlichen Autorität res-

⁴ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 35. S. ferner EuGRZ 1987, 399, 403 (Lutz/Deutschland).

⁵ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 38.

⁶ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 37.

⁷ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 54.

⁸ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 55. S. bereits EuGRZ 1983, 475 (Minelli/Schweiz).

⁹ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 36, 63: Insoweit bestünden gewisse Überschneidungen der Schutzbereiche von Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens); s. ferner bereits EGMR NJOZ 2014, 1834, 1836 (Allen/Vereinigtes Königreich).

¹⁰ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 36; NJOZ 2014, 1834, 1836 (Allen/Vereinigtes Königreich).

pektiert werden, die in irgendeiner Form auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Person Bezug nehmen.

Hierauf aufbauend zieht der Gerichtshof für den in Rede stehenden Fall folgende Rückschlüsse:¹¹ Isoliert betrachtet erscheine die umstrittene Äußerung des LG Münster als Aussage, dass das Gericht den Beschwerdeführer des sexuellen Missbrauchs seiner Tochter für schuldig erachte. Zwar war das Gericht nach nationalem Recht verpflichtet, sowohl belastende als auch entlastende Beweise in seine Beurteilung einzubeziehen. Zudem verwende es in der umstrittenen Äußerung der Urteilsgründe den Begriff des „sexuellen Übergriffs“, nicht aber des sexuellen Missbrauchs. Insoweit sei aus Sicht des Gerichtshofs zu berücksichtigen, dass es sich dabei um einen allgemeinen, nicht-juristischen Begriff handele, der insbesondere nicht in der gesetzlichen Definition der Straftaten der §§ 174, 176a StGB enthalten ist. Für sich genommen sei dieser mithin nicht geeignet, eine Aussage über die rechtliche Relevanz des Verhaltens zu treffen. Gleichwohl sei die umstrittene Äußerung klar und bedingungslos formuliert. Im Kontext des Vorwurfs des sexuellen Missbrauchs seiner Tochter vor allem in seinem Pkw vermittele die Formulierung bei dem Leser den Eindruck, dass der Beschwerdeführer tatsächlich des sexuellen Missbrauchs schuldig sei.

Weiter führt der Gerichtshof aus, dass zwar das Verfahren vor dem Familiengericht nicht Gegenstand der anhängigen Beschwerde sei. Gleichwohl müsse es unter Berücksichtigung der möglichen Bedeutung der Gründe eines Strafurteils für Folgeverfahren unbedingt vermieden werden, darin Ausführungen vorzunehmen, die es nahelegen, dass das Gericht den Angeklagten als schuldig erachte, obgleich es an einer formellen Schuldfeststellung fehlt.¹² Im Ergebnis hält der Gerichtshof daher fest, dass die umstrittene Äußerung des LG Münster über die bloße Beschreibung eines (verbleibenden) Zweifels hinausgehe, indem darin eine unglückliche Sprache („unfortunate language“) verwendet werde.¹³ Die Äußerung setze sich damit in Widerspruch zu dem freisprechenden Urteilstenor. Weil sie einer Schuldfeststellung in Bezug auf die Taten, die dem Beschwerdeführer in dem damaligen Verfahren zum Vorwurf gemacht wurden, gleichkomme, liege darin eine Verletzung der Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK.

II. Potentieller Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch Ausführungen in den Gründen eines Strafurteils

Die Entscheidung des Gerichtshofs steht in einer Reihe mit früheren Richtersprüchen, in denen die in Art. 6 Abs. 2 EMRK implementierte Unschuldsvermutung neuerlich gestärkt wurde.¹⁴ Besonderes Interesse weckt das Urteil unter zwei Gesichtspunkten: So dehnt der Gerichtshof

¹¹ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 57 ff.

¹² EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 63.

¹³ EGMR HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 65.

¹⁴ S. nur den Überblick bei EGMR NJOZ 2014, 1834, 1836 f. (Allen/Vereinigtes Königreich); zur Rechtsprechung des BVerfG etwa NJW 1990, 2741 m.w.N. Vgl. ferner *Demko* HRRS 2007, 286 ff.

den Schutzzumfang der Unschuldsvermutung ausdrücklich auf die Gründe eines (freisprechenden) Strafurteils aus.¹⁵ Insoweit erstreckt er seine frühere Rechtsprechung, wonach Entscheidungsgründe und Tenor etwa bei Einstellungsbeschlüssen oder einem abgeschlossenen Gerichtsverfahren nachfolgenden Entscheidungen nicht voneinander getrennt werden können, ausdrücklich auf das (freisprechende) Urteil.¹⁶ Anschließend betont er wiederum in Anlehnung an frühere Judikate,¹⁷ dass es für die Frage einer etwaigen Verletzung der Garantie des Art. 6 Abs. 2 EMRK entscheidend auf die Differenzierung zwischen einer bloßen Verdachtsäußerung und einer Schuldfeststellung ankommt. Dabei arbeitet der Gerichtshof Grundsätze heraus, aus denen sich eine Verletzung der Unschuldsvermutung aus Äußerungen in den Urteilsgründen ergeben könne.

1. Erstreckung des Schutzzumfangs der Unschuldsvermutung auf die Gründe eines Strafurteils

Zustimmung verdient der Gerichtshof zunächst im Hinblick auf die Erstreckung des Schutzzumfangs der Unschuldsvermutung auf die Gründe eines (freisprechenden) Strafurteils. In Art. 6 Abs. 2 EMRK heißt es: „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt sich hierbei um einen besonderen Aspekt des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Verfahren.¹⁸ In Deutschland ergibt sich dies aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, weshalb die Unschuldsvermutung Verfassungsrang genießt.¹⁹ Geschützt wird davon

¹⁵ In EGMR NJW 2015, 37 (Karaman/Deutschland) geht es noch um die Gründe eines Strafurteils, das in einem Strafverfahren gegen Mitverdächtige des Beschwerdeführers ergeht.

¹⁶ Vgl. zur bisherigen Rechtsprechung etwa EGMR NJW 1988, 3257, 3258 (Englert/Deutschland); NJW 2006, 1113, 1114 (L./Deutschland); NJW 2011, 1789 (Poncellet/Belgien) sowie die Zusammenfassung in NJOZ 2014, 1834, 1836 (Allen/Vereinigtes Königreich) einschließlich der dortigen Entscheidung. Vgl. außerdem zur potentiellen Verletzung der Unschuldsvermutung durch die Entscheidungsgründe eines Einstellungsbeschlusses BVerfG NJW 1987, 2427; NStZ 1990, 598, 599.

¹⁷ S. zur Differenzierung von Verdachtsäußerungen gegenüber Schuldfeststellungen bereits EGMR EuGRZ 1982, 297, 302 (Adolf/Österreich); EuGRZ 1987, 399, 403 (Lutz/Deutschland); EuGRZ 1987, 410, 414 (Nölkenbockhoff/Deutschland); NJW 1988, 3257, 3258 (Englert/Deutschland); NJOZ 2014, 1834, 1838 f. (Allen/Vereinigtes Königreich); EuGRZ 1983, 475 (Minelli/Schweiz). Vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Westerdiek* EuGRZ 1987, 393 ff.

¹⁸ EGMR EuGRZ 1980, 667, 674 (Deweert/Belgien); NStZ 2004, 159, 160 (Böhmer/Deutschland) m.w.N. S. ferner BVerfG NJW 1987, 2427. Zur Kritik an dieser Einordnung vgl. SK-StPO/Paeffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 Rn. 175 m.w.N.

¹⁹ BVerfGE 22, 254, 265; 82, 106, 114; BVerfG NJW 1987, 2427; NJW 1990, 2741; NStZ-RR 1996, 45, 46. S. ferner *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 58. Aufl. (2015), Art. 6 MRK Anh. 4 Rn. 12; SK-StPO/Paeffgen (Fn. 18), Art. 6 Rn. 176; *dens.*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des

nicht lediglich der Angeklagte, sondern bereits der Beschuldigte im Verlauf des Ermittlungsverfahrens.²⁰ Die Unschuldsvermutung garantiert, dass jedwede Maßnahme, die das Vorliegen von Schuld zur Voraussetzung hat, bis zu deren Nachweis in einem ordnungsgemäßen Verfahren in der dafür vorgeschriebenen Form unterbleibt.²¹ Der materielle Gehalt der Unschuldsvermutung lässt sich damit als Kehrseite des rechtsstaatlichen Gebots verstehen, dass Strafe erst im Anschluss an die Durchführung des dafür vorgesehenen staatlichen Verfahrens verhängt werden darf.²² Ihr Schutz endet daher grundsätzlich mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beschuldigten.²³ In seiner Entscheidung konkretisiert der Gerichtshof nunmehr den Schutzzumfang der Unschuldsvermutung weiter, indem er ihn auf die Ausführungen in den Urteilsgründen erstreckt. Dies betrifft nach seiner Auffassung sowohl freisprechende als auch solche Urteile, in denen die Schuld des Angeklagten festgestellt wird. Werde der Angeklagte zu Strafe verurteilt, könne sich eine Verletzung der Unschuldsvermutung gleichwohl aus Formulierungen in den Urteilsgründen ergeben, die ihrer Natur und ihrem Ausmaß nach einem neuen Fehlverhaltensvorwurf gleichkommen.²⁴

a) Eingriffscharakter des Schuldspruchs

Dieser zutreffenden Auffassung des Gerichtshofs liegt die Einsicht zugrunde, dass gerichtliche Schuldvorwürfe für sich genommen einen belastenden Eingriff in Rechte des Einzelnen darstellen.²⁵ Es handelt sich dabei nicht lediglich um ein paar richterliche Worte, die den Rechtsstatus des Angeklagten bzw. Beschuldigten als Bürger unberührt lassen.²⁶ Dies gilt zunächst für den Schuldspruch. In einem rechtsstaatlichen Tatstrafrecht dient Strafe der Reaktion auf ein rechtlich relevantes Fehlverhalten des Einzelnen. Der Delinquent verstößt gegen eine rechtliche Verhaltensnorm und stellt auf diese Weise deren Geltungskraft jedenfalls punktuell für sich in Frage. Durch

Strafe teilt ihm die Gesellschaft ihre Antwort mit: Sie will an ihrem Recht und dessen Normen festhalten.²⁷ Insofern sind die Straftat des Einzelnen in Gestalt des Verhaltensnormverstoßes und die strafende Reaktion der Gesellschaft als Vorgang der Kommunikation einzustufen. Strafe sieht daher in jedem Fall einen *Schuldspruch* gegenüber dem Einzelnen vor. In den meisten Fällen tritt neben diesen wesentlichen Bestandteil der Strafe ein zusätzliches Übel in Gestalt staatlicher Beeinträchtigung körperlicher bzw. pekuniärer Freiheit.²⁸ Dabei nimmt der Schuldspruch im Vorgang der Bestrafung eine hervorgehobene Bedeutung ein. In ihm liegt der Kern gesellschaftlicher Antwort auf die Infragestellung der übertretenen Verhaltensnorm. Der auf diese Weise initiierte Kommunikationsakt findet seine notwendige Reaktion vorrangig im Schuldspruch, der das Verhalten des Täters als rechtlich falsch beurteilt und ihm mitteilt, dass die Gesellschaft weiterhin an ihrem Recht festhält.

Demgegenüber vermag etwa die jüngst seitens *Stuckenberg* vertretene Differenzierung zwischen dem Schuldspruch als reiner Bestätigung bzw. neutraler Feststellung eines Fehlverhaltens und dem Strafübel als ausschließliches Element von Strafe nicht zu überzeugen. *Stuckenberg* meint, nicht im Schuldspruch, sondern allein „in der Sanktion, der notwendigen Expressivität des Straf Schmerzes“ liege die „Gegenrede“ gegenüber dem Verhaltensnormverstoß des Einzelnen. Der Schuldspruch sei damit lediglich die Voraussetzung von Strafe, sodass dieser selbst nicht Strafe sein könne. Eine Bestätigung seiner Position erblickt er etwa in dem Umstand, dass das Gesetz in § 60 StGB ein „Absehen von Strafe“ vorsieht, wenngleich ein Schuldspruch ergeht.

Indessen ist bereits *Stuckenbergs* Verweis auf die Gesetzesfassung von § 60 StGB wenig stichhaltig. Sofern das Gesetz ein Absehen von Strafe anordnet, gleichwohl aber den Schuldspruch vorsieht, muss § 60 als Sonderfall bzw. „Sanktionsform eigener Art“²⁹ eingestuft werden. Rückschlüsse auf das allgemeine Verhältnis von Freiheits- und Geldstrafe gegenüber dem Schuldspruch lassen sich daraus nicht ziehen.³⁰ Kritik verdient aber vor allem *Stucken-*

Untersuchungshaft-Rechts (1986), S. 58 ff.; *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1998), S. 546.

²⁰ Satzger/Schluckebier/Widmaier/Beulke, StPO, Strafprozessordnung, Kommentar, 1. Aufl. (2014), Einleitung Rn. 60; *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung (Fn. 19), Art. 6 MRK Anh. 4 Rn. 12; *Graf/Valerius*, Strafprozessordnung, 2. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rn. 31.

²¹ BVerfG NJW 1987, 2427, 2428; NJW 1990, 2741; BGH NJW 1975, 1829, 1831.

²² In diesem Sinne bereits *Stuckenberg*, Untersuchungen (Fn. 19), S. 521, 531.

²³ S. BVerfG NJW 1973, 1226, 1230; SK-StPO/Paeffgen (Fn. 18), Art. 6 Rn. 182 m.w.N. sowie der zutreffenden Auffassung, dass ein Geständnis den Eintritt der Rechtskraft nicht ersetzen kann. Vgl. EGMR NJOZ 2014, 1834, 1837 (Allen/Vereinigtes Königreich).

²⁴ HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 38.

²⁵ Vgl. dazu *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung (1983), S. 16 („Der Schuldspruch hat insofern selbständige, strafende Bedeutung, als er mehr ist als eine bloße Voraussetzung des eigentlichen Strafausspruchs.“); *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I, 2. Aufl. (1964), Rn. 318; *Tiedemann*, Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre (1969), S. 16 f. („Repressivwirkung bereits des Schuldspruchs“).

²⁶ Die Formulierung lehnt sich an *Stuckenberg* JZ 2015, 714, 715 m. Fn. 9 an.

²⁷ S. ausführlich dazu *Timm*, Gesinnung und Straftat – Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht (2012), S. 55 ff. So auch *Freund*, in: Wolter/Freund, Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem (1996), S. 43, 48 f.; *ders.* GA 1995, 4, 7 f.; *Frisch*, in: Canaris u. a., 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV (2000), S. 269, 278 f., 307; *ders.*, in: Wolter, 140 Jahre Goldammer’s Archiv für Strafrecht (1993), S. 1, 20 ff.; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 52, 156, 167; *Hegel*, Werke 7., Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, hrsg. v. Moldenhauer, 1. Aufl. (1986), § 97 ff.; *Jakobs*, in: Neumann/Schulz, Verantwortung in Recht und Moral (2000), S. 57, 59 f.; *ders.*, in: Siller/Keller, Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart (1999), S. 135 ff.; *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie (1997), S. 111 ff.

²⁸ Diese zusätzliche Folge ist nicht zwingend, wie allein die Vorschrift des § 59 StGB zur Verwarnung mit Strafvorbehalt eindrucksvoll zeigt. S. dazu noch unten Fn. 30.

²⁹ BeckOK/StGB/Heitschel-Heinegg, § 60 Rn. 2 (Stand: 08.02.2015).

³⁰ Zutreffend weist *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 17 f. in Bezug auf § 59 StGB darauf hin, dass die Zielset-

bergs verfehlte Konzeption von Strafe als ausschließliche Übelzufügung, für die der Schuldspruch lediglich eine Feststellungsvoraussetzung darstellt. Dabei übersieht er zunächst, dass die Voraussetzung für das Eingreifen von Strafe nicht etwa der Schuldspruch, sondern die Erfüllung der Sanktionsnorm ist: Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen eines Diebstahls vorliegen, liegt *hierin* die Bedingung für das Eingreifen von Strafe. Der Schuldspruch gehört dann aber bereits zur Rechtsfolge und ist nicht lediglich neutrale Feststellungsvoraussetzung. Insofern ist zwingend zu berücksichtigen, dass mit dem Schuldspruch ein *Vorwurf* gegenüber dem Täter verbunden ist.³¹ Dieser beinhaltet den zentralen Kommunikationsakt der Gesellschaft mit dem sich fehlerhaft verhaltenden Einzelnen. Ihm wird stellvertretend durch das Gericht mitgeteilt, dass sich die Gesellschaft gegen die Aussage wendet, die er in seinem Fehlverhalten zum Ausdruck bringt: Die Gemeinschaft hält trotz des Normverstößes an der fortdauernden Geltungskraft der übertretenen Norm fest und widerspricht der Rechtsanmaßung des Einzelnen, der meint, seine eigenen Maximen über diejenigen des Rechts stellen zu dürfen.³² Hierin liegt aber ein Rechtseingriff in den Status des Bürgers, der sich insbesondere als Unschuldiger, aber auch bei nicht ordnungsgemäß geführtem Tatnachweis dagegen wehren kann.³³

zung des Gesetzgebers, den zu Verwarnenden vom Strafmarkel freizuhalten, insoweit nicht aufgegangen ist, als bereits in dem Schuldspruch ein „pönales Element“ liegt, das die Missbilligung der Tat zum Ausdruck bringt – die Missbilligung fällt mithin lediglich weniger erheblich aus als bei zusätzlicher Verhängung eines (ggf. zur Bewährung ausgesetzten) Strafübels. Ebenso zutreffend führt er zu § 60 aus, dass das darin vorgesehene „Schuldigsprechen“ seinerseits ein Unwerturteil über das Verhalten des Täters beinhaltet; so bereits *Maiwald* ZStW 83 (1971), 663, 680. Insoweit zustimmend *Wagner GA* 1972, 34, 36.

³¹ Offenbar möchte selbst *Stuckenberg* der Strafe ihren Vorwurfscharakter nicht absprechen. Sofern nämlich, wie *Stuckenberg* JZ 2015, 714, 715 m. Fn. 9 selbst ausführt, „das Gewicht der Strafe (...) in der Größe der Rechtseinbuße“ liegt, „die das Maß des gesellschaftlichen Tadels verkörpert“, wird deutlich, dass es sich bei dem jeweiligen Übel in Gestalt von Freiheits- oder Geldstrafe lediglich um eine fühlbare Umsetzung und nachdrückliche Verstärkung des mit dem Schuldspruch erhobenen rechtlichen Vorwurfs selbst handelt. Dann kann aber der Schuldspruch nicht bloße Voraussetzung von Freiheits- oder Geldstrafe als Rechtsfolge sein. S. dazu bereits *Freund/Rostalski* JZ 2015, 164 f. sowie 716 f.

³² Dabei kommt es im Übrigen auch nicht darauf an, ob der Betreffende den Widerspruch subjektiv als erschütternd wahrnimmt oder nicht. Mit *Stuckenbergs* JZ 2015, 714, 715 Rekurs darauf, wie „robustere Gemüter“ oder „zunftstolze Berufskriminelle“ die öffentliche Missbilligung des Schuldspruchs subjektiv empfinden, ließe sich selbst der Strafcharakter von Freiheitsstrafe in Abrede stellen: Immerhin könnte der eine oder andere „Berufskriminelle“ diese als Adeltung seiner Person wahrnehmen oder aber als erwünschte räumliche Zusammenkunft mit Gleichgesinnten oder – in Orientierung an dem bekannten Schlagwort von Strafanstalten als „Hochschulen des Verbrechens“ (v. *Liszt*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 1 (1905), S. 290, 347) – sogar als Qualifizierungsstation der eingeschlagenen kriminellen Laufbahn. S. insoweit schon *Freund/Rostalski* JZ 2015, 716, 717.

³³ S. zu der für die Rechtsmitteleinlegung bedeutsamen „Beschwer“ bereits durch den (bloßen) Schuldspruch etwa *Kai-*

b) Eingriffscharakter sonstiger Schuldfeststellungen in den Urteilsgründen

Die Erkenntnis, dass der Schuldspruch seinerseits einen belastenden Eingriff in die Rechte des Einzelnen darstellt, zeitigt Folgen für die Qualifizierung sonstiger Schuldfeststellungen, wie sie sich etwa in den Urteilsgründen finden können. Auch solche Äußerungen weisen grundsätzlich den Charakter eines Eingriffs in die Rechte des Angeklagten auf.³⁴ Grund dafür ist, dass das Strafurteil in seiner Funktion als Kommunikationsakt gegenüber dem Einzelnen notwendig als einheitliches Ganzes zu sehen ist. Insoweit ist dem Gerichtshof zuzustimmen, der sich gegen eine Abtrennung etwa des Tenors von den Urteilsgründen ausspricht. Die Urteilsformel steht (zeitlich) am Ende des Vorgangs der Urteilsfindung durch das Gericht. Die Gründe zeichnen demgegenüber den Weg nach, den das Gericht bis zu seiner finalen Entscheidung gegangen ist. Dabei geht es primär darum, dem Angeklagten verständlich zu machen, welche Faktoren für die Entscheidung ausschlaggebend waren.³⁵ Die Gründe dienen damit nicht zuletzt der Rechtfertigung des gesamten Verfahrens einschließlich des abschließenden Urteilspruchs gegenüber dem Angeklagten und der Rechtsgemeinschaft, die ihrerseits ein Interesse an der Rechtmäßigkeit staatlicher Maßnahmen hat.³⁶ Vor diesem Hintergrund kommt ihnen in der Kommunikation mit dem Angeklagten eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Aufgrund der hohen Eingriffsintensität von Strafe als „schärfstes Schwert des Staates“ müssen von Rechts wegen besondere Anforderungen an die Verständlichkeit der gerichtlichen Ent-

ser, Die Beschwer als Voraussetzung strafprozessualer Rechtsmittel (1993), S. 159 f.: „An der Existenz einer Norm, die einen Schuldspruch nur bei Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere also Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, erlaubt, kann in Anbetracht des nullum-crimen-Satzes kein Zweifel bestehen. Auch eignen dem Schuldspruch [...] die für die Zulassung eines Rechtsmittels erforderlichen Rechtswirkungen [...]: Mit dem Eintreten materieller Rechtskraft kommt der Schuldspruchentscheidung eine Feststellungswirkung in bezug auf die Schuld (sowie gegebenenfalls eine entsprechende Gestaltungswirkung in bezug auf die Rechtsstellung des Angeklagten) zu.“

³⁴ Insoweit stellt bereits *BVerfG NJW* 1987, 2427 in Bezug auf Schuldfeststellungen in den Entscheidungsgründen eines Einstellungsbeschlusses zutreffend fest: „Ein derartiger richterlicher Spruch zur Schuldfrage hat Gewicht, auch wenn er dem Betroffenen im Rechtsverkehr nicht vorgehalten werden darf.“ S. außerdem *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 20; *BVerfGE* 28, 151, 160 f. Ablehnend freilich *Paulus* NStZ 1990, 600, der meint, bei Einstellungsentscheidungen nach §§ 153, 153a StPO werde nicht eine etwaige Schuldzuweisung, sondern lediglich die Auferlegung von Kosten- und Auslagengebühren als beschwerend empfunden. Er liegt damit auf einer Linie mit der Position *Stuckenbergs* zum Schuldspruch, weshalb ihm seinerseits die in diesem Zusammenhang geäußerte Kritik entgegen zu halten ist.

³⁵ Den Verfahrensbeteiligten soll gezeigt werden, dass Recht gesprochen wurde, s. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. (2014), § 50 Rn. 4 (vgl. dort auch zu den weiteren Funktionen der Urteilsgründe); *Peters*, Strafprozess, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. (1981), S. 450. Vgl. allgemein in diesem Sinne *Müller-Dietz* ZStW 93 (1981), 1177, 1187.

³⁶ Vgl. *Pfeiffer*, Strafprozeßordnung, 5. Aufl. (2005), § 267 Rn. 1.

scheidung gestellt werden. Die Infragestellung des Rechts seitens des Delinquenten muss in nachvollziehbarer Weise beantwortet werden.³⁷ Dem würde es aber nicht entsprechen, teilte das Gericht dem Angeklagten lediglich das *Ergebnis* seiner Entscheidung über die rechtliche Bewertung seines Verhaltens (Missbilligung oder Nichtmissbilligung) mit. Vielmehr ist es erforderlich und folgerichtig im deutschen Strafverfahrensrecht in § 267 StPO vorgesehen, dass Strafurteile Gründe enthalten müssen, die dem Angeklagten eröffnet werden.³⁸ Anderenfalls könnte das gegenüber einem Bürger verhängte Urteil seine rechtsstaatliche Funktion der Wiederherstellung des Rechts im Wege des Ausgleichs eines begangenen Verhaltensnormverstoßes oder aber im Wege des Freispruchs nicht sinnvoll erfüllen. Die Antwort auf das Fehlverhalten des Betroffenen fiele ungerechtfertigt verkürzt aus und liefe damit Gefahr, von diesem in ihrem Bedeutungsgehalt nicht vollständig erfasst zu werden.³⁹ Kurz: Sofern der Angeklagte die staatliche Reaktion auf sein Verhalten nicht nachvollziehen kann, stellt sich diese für ihn als willkürlicher Akt der Gewalt dar. Dies ist indes nicht mit dem Bürgerverständnis eines freiheitlich verfassten Gemeinwesens in Einklang zu bringen, das ihn als prinzipiell vernunftbegabte Person würdigt.⁴⁰ Die schriftliche Begründung eines Urteils trägt diesem Bild hingegen Rechnung und nimmt daher eine hervorgehobene Stellung in dem Gesamtvorgang der Kommunikation mit dem Einzelnen infolge eines etwaigen Verhaltensnormverstoßes ein.

³⁷ Vgl. dazu Pfeiffer, Strafprozessordnung (Fn. 36), § 267 Rn. 2. S. BGH NJW 1985, 1089 f.; NStZ 1992, 49, 50; NJW 1982, 589; NStZ-RR 2000, 304. Freilich sind hier wiederum keine überzogenen Anforderungen an die Verständlichkeit der Gründe zu stellen: Das Urteil muss aus sich heraus nachvollziehbar sein, nicht aber jedweden (un-)denkbaren Missverständnis begegnen.

³⁸ Gemäß § 268 StPO bildet auch die Urteilsverkündung eine Einheit, die sich aus der Verlesung der Urteilsformel und der Eröffnung der Urteilsgründe zusammensetzt. In der Konsequenz wird der Angeklagte mehrheitlich als bei der Verkündung nicht anwesend erachtet, sofern er sich nach Verlesung der Urteilsformel vor dem Ende der Eröffnung der Urteilsgründe aus dem Saal entfernt hat, BGH NStZ 2000, 498; OLG Stuttgart NStZ 1986, 520; ablehnend freilich Paulus NStZ 1986, 521 unter Hinweis darauf, dass dem Angeklagten eine Verzichtsmöglichkeit zusteht, die ein Anwesenheitsurteil auch bei vorzeitiger Entfernung zur Folge hat.

³⁹ Anders verhält es sich ausschließlich in den in § 267 Abs. 4, 5 S. 2 StPO enthaltenen Konstellationen, die die Möglichkeit der Abfassung verkürzter Urteilsgründe vorsehen. Voraussetzung dafür ist entweder der Verzicht aller zur Anfechtung Berechtigten auf ein Rechtsmittel oder das Unterlassen einer Rechtsmitteleinlegung innerhalb der dafür vorgesehenen Frist. Freilich liegt dies auf einer Linie mit dem im Text Gesagten: In den gesetzlich normierten Fällen ist von einer (immerhin konkludenten) Zustimmung der Beteiligten mit der verkürzten Fassung der Urteilsgründe auszugehen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass eine Zustimmung allein auf der Basis der Einsicht in die für die Entscheidung des Gerichts sprechenden Gründe erfolgt. Der im Urteil zum Ausdruck kommende Vorgang der Kommunikation ist mithin bereits im Wege der Verkündung der Urteilsgründe erfolgreich gewesen, weshalb auf deren vollständige schriftliche Abfassung verzichtet werden kann. – Kritisch zu abgekürzten Urteilsgründen, Peters, Strafprozeß (Fn. 35), S. 456.

⁴⁰ S. Timm, Gesinnung und Straftat (Fn. 27), S. 66.

Die Antwort auf die Frage, ob Schuldfeststellungen in den Urteilsgründen ihrerseits einen Eingriffscharakter aufweisen, ist damit schnell gegeben: Weil die Gründe einen wesentlichen Bestandteil des Kommunikationsvorgangs zwischen dem Delinquenten und der Rechtsgemeinschaft ausmachen, gilt für Schuldzuweisungen, die sich darin finden, nichts anderes als für den Schuldspruch als Teil der Urteilsformel. Bei beiden handelt es sich um einen belastenden Eingriff in die Rechte des Einzelnen. Vor diesem Hintergrund ist es auch denkbar, dass sich trotz der ordnungsgemäßen Verurteilung des Angeklagten in den Urteilsgründen eine Verletzung der Unschuldsvermutung findet. Wie der Gerichtshof zutreffend ausführt, kann sich diese allerdings nicht auf solche Schuldfeststellungen beziehen, die letztlich in eine Verurteilung des Angeklagten gemündet sind. Im Hinblick darauf endet der Schutz durch Art. 6 Abs. 2 EMRK mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beschuldigten.⁴¹ Anders verhält es sich aber in Bezug auf Schuldfeststellungen, die sich nicht auf den Fehlverhaltensvorwurf beziehen, dessen ordnungsgemäß geführter Nachweis zur Verurteilung des Angeklagten geführt hat. Trifft das Gericht also etwa Äußerungen, die seine Schuld im Hinblick auf eine andere Tat feststellen, liegt hierin ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung. Ebenso verhält es sich, wenn diejenige Tat, die Gegenstand der Verurteilung ist,⁴² in den Urteilsgründen abweichend rechtlich beurteilt wird, sofern dies eine über den Schuldspruch hinausgehende Strafbarkeit des Angeklagten beinhaltet.⁴³ Daran ändert sich nichts durch die Durchführung der Hauptverhandlung: Sofern das Gericht in einer die Verurteilung rechtfertigenden Weise von der Schuld des Betroffenen überzeugt ist, muss es diesen wegen der in Rede stehenden Tat schuldig sprechen.⁴⁴ Anderenfalls haben entsprechende Äußerungen zu unterbleiben, da sie ihrerseits einen belastenden Eingriff in die Rechte des Angeklagten begründen, der sich im Lichte der Unschuldsvermutung nicht legitimieren lässt.

2. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch Schuldfeststellungen in den Gründen eines freisprechenden Urteils

Der hier besprochenen Entscheidung des Gerichtshofs lag allerdings ein freisprechendes Urteil zugrunde. Insofern kann zunächst festgehalten werden, dass gerade in einem Freispruch aufgrund mangelnden Tatnachweises der Unschuldsvermutung Rechnung getragen wird, deren „Kernbestand“ im Grundsatz in dubio pro reo zu sehen ist.⁴⁵ Gleichwohl kommen nach den voranstehend darge-

⁴¹ S. dazu bereits die Nachweise oben Fn. 23.

⁴² Vgl. zum – problematischen – prozessualen Tatbegriff der Rechtsprechung etwa RGSt 5, 249, 250 f.; BGHSt 10, 396, 397; 23, 141, 144 f.; 35, 60, 61 f.; 45, 211, 212 f.

⁴³ In beiden Fällen würde das Verfahrensergebnis nachträglich entwertet, indem sich das Gericht in Widerspruch zu seiner tenorierten Entscheidung setzt (Stuckenberg, Untersuchungen [Fn. 19], S. 531 benennt dieses Kriterium als einen wesentlichen Schutzaspekt der Unschuldsvermutung).

⁴⁴ In Abhängigkeit von dem Anklagevorwurf bedarf es ggf. vorab des Verfahrens nach § 266 StPO.

⁴⁵ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 35), § 11 Rn. 1. S. freilich SK-StPO/Paeffgen (Fn. 18), Art. 6 Rn. 183

legten Grundsätzen selbst im Fall eines freisprechenden Urteils Verletzungen der Unschuldsvermutung in Betracht. Diese können sich wiederum aus der Formulierung der Urteilsgründe ergeben. Zu denken ist dabei zuvörderst an solche Ausführungen, die sich inhaltlich in Widerspruch zu dem freisprechenden Tenor setzen, indem sie eine gerichtliche Schuldfeststellung immerhin vermuten lassen. In diesem Zusammenhang kommt es – wie bereits der Gerichtshof zutreffend erkennt – entscheidend darauf an, ob das Gericht sich in seinen Gründen lediglich mit der Darlegung eines verbleibenden Tatverdachts gegen den Angeklagten auseinandersetzt oder ob sich darin Äußerungen finden, die eine Schuldfeststellung nahelegen. Im Zentrum der Frage nach einer etwaigen Verletzung der Unschuldsvermutung steht mithin die (schwierige) Abgrenzung zwischen bloßen Beschreibungen eines Verdachts und unzulässigen Schuldfeststellungen.

a) Rein gradueller Unterschied des Wahrscheinlichkeitsurteils zwischen Verdachtsbeschreibung und Schuldfeststellung

Diese ist bereits in der gesetzlichen Fassung des § 267 Abs. 5 S. 1 StPO angelegt. Danach müssen die Urteilsgründe im Fall eines Freispruchs ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist. Sofern der Angeklagte wie in dem dem Gerichtshof zur Entscheidung vorliegenden Fall aus tatsächlichen Gründen freigesprochen wird, ist das Gericht folglich gleichwohl gehalten, sowohl diejenigen Tatsachen zu benennen, die es als erwiesen erachtet, als auch die aus seiner Sicht nicht erwiesenen. Insbesondere hat eine Auseinandersetzung mit der Frage zu erfolgen, weshalb die erwiesenen Tatsachen zum Nachweis des Anklagevorwurfs nicht ausreichen.⁴⁶ Erforderlich ist daher eine Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen die Täterschaft des Angeklagten sprechenden Umstände.⁴⁷

Freilich gerät das erkennende Gericht jedenfalls dann nicht in die Schwierigkeit, sich in einer unter dem Blickwinkel der Unschuldsvermutung problematischen Weise mit nach der Beweisaufnahme verbleibenden Verdachtsmomenten gegen den Angeklagten auseinanderzusetzen, wenn sich diese vollständig aufgelöst haben. In einem solchen Fall stellt sich nicht die Frage nach einer Abgrenzung von Verdachtsäußerungen und Schuldfeststellungen, da bereits erstere widerlegt wurden. Anders verhält es sich allerdings, wenn wie im hier in Rede stehenden Fall der Angeklagte aus Mangel an Beweisen freigesprochen wird. Einem solchen Freispruch ist es wesenseigen, dass selbst nach Abschluss der Beweisaufnahme Zweifel verbleiben, ob der Angeklagte die Voraussetzungen eines

Strafgesetzes erfüllt hat – sich also strafbar gemacht hat. Es gehört in diesen Konstellationen zu dem originären Entscheidungsfindungsprozess des Gerichts, dass es trotz solcher Zweifel nicht zu der Überzeugung der Schuld des Angeklagten gelangt ist. In den Urteilsgründen muss dem aber Ausdruck verliehen werden, sodass sich die Problematik der ordnungsgemäßen Abgrenzung zwischen (zulässiger) Verdachtsäußerung und unzulässiger (Schuldfeststellung) stellt.

Indessen gelingt diese weniger eindeutig, als es jedenfalls aus Sicht praktischer Rechtsanwendung wünschenswert wäre. Eine Hilfe bietet die Vergewisserung der inhaltlichen Bestimmung beider Termini. Dabei kennt das Gesetz den Begriff des Tatverdachts zunächst als Legitimationserfordernis verschiedener strafverfahrensrechtlicher Maßnahmen. So soll für den etwa in § 170 StPO für die Anklageerhebung erforderlichen hinreichenden Tatverdacht die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichen.⁴⁸ Daneben verlangt etwa § 112 StPO für die Anordnung der Untersuchungshaft einen gegen den Beschuldigten vorliegenden dringenden Tatverdacht, der immerhin eine große Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung voraussetzt.⁴⁹ Wengleich der für die Maßnahmen der Ermittlungsbehörden erforderliche Tatverdacht diese Wahrscheinlichkeit auf die spätere Verurteilung des Angeklagten richtet, lassen sich gleichwohl Rückschlüsse auf den Verdachtsbegriff im Rahmen der Urteilsgründe ziehen. Das Gericht hat sich in Strafsachen mit der Frage zu befassen, ob der Angeklagte sich derjenigen Straftat schuldig gemacht hat, die ihm seitens der Anklage vorgeworfen wird. In diesem Kontext lässt sich der gerichtliche Verdacht daher als die bei verständiger Würdigung der Sachlage berechnete Annahme definieren, dass sich eine Straftatbegehung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ereignet hat.

Demgegenüber setzt die Feststellung von Schuld voraus, dass das Gericht im Rahmen des dafür vorgesehenen Verfahrens zu einer entsprechenden Überzeugung gelangt ist, § 261 StPO. In den Worten des Bundesgerichtshofs kann eine Verurteilung daher ausschließlich auf der persönlichen Gewissheit des entscheidenden Gerichts beruhen, gegenüber der keine vernünftigen Zweifel mehr aufkommen.⁵⁰ Freilich verdient eine solche Versubjektivierung der Begriffe ihrerseits Kritik. Sachlich kann es ausschließlich darauf ankommen, ob der für eine Verurteilung rechtsgenügende Beweis erbracht ist, wofür die subjektive Überzeugung des Gerichts weder erforderlich noch ausreichend ist.⁵¹ Bereits anhand der inhaltlichen Bestimmung des Begriffs der Überzeugung seitens der Rechtsprechung zeigt sich aber jedenfalls, dass damit keine „absolute Sicherheit“ im Hinblick auf das tatsächliche Geschehen gemeint ist. Im Gegenteil sollen nach höchstrichterlichen Maßstäben keine „überspannten

dazu, dass keine Identifizierung der Unschuldsvermutung mit dem in dubio-Grundsatz besteht.

⁴⁶ S. etwa BGH NStZ 2009, 512 = HRRS 2009 Nr. 480; NStZ 2010, 529 = HRRS 2010 Nr. 449; NStZ-RR 2013, 117 f. = HRRS 2013 Nr. 210; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung/Kuckein, 7. Aufl. (2013), § 267 Rn. 41 m.w.N. BGH Urt. v. 3.8.2011 – 2 StR 167/11 = BeckRS 2011, 21912 = HRRS 2011 Nr. 1052; BeckOK/StPO/Peglau, § 267 Rn. 51 (Stand: 15.01.2015).

⁴⁸ BGHSt 15, 155, 158; BeckOK/StPO/Gorf, § 170 Rn. 2 ff. m.w.N. (Stand: 15.01.2015).
⁴⁹ BGHSt 38, 276, 278; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung/Graf, 7. Aufl. (2013), § 112 Rn. 3.
⁵⁰ BGH NJW 1951, 122; s. dazu BeckOK/StPO/Eschelbach, § 261 Rn. 42 m.w.N. (Stand: 15.01.2015).
⁵¹ S. zur ausführlichen Kritik Freund, Meyer-Goßner-FS (2001), S. 409 ff.

Anforderungen“ an das Zustandekommen der richterlichen Überzeugung gestellt werden.⁵² Vor dem Hintergrund, dass es ein „absolut sicheres Wissen“ nicht geben kann, genüge hingegen ein Maß an Sicherheit, das relevante Zweifel ausschliesse. Damit zeigt sich, dass es sich bei der für eine Verurteilung erforderlichen Überzeugung lediglich um eine weitere Steigerung des bei verständiger Würdigung der Sachlage berechtigterweise anzunehmenden Verdachts des Gerichts von der Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Straftatbegehung handelt. Dieser muss sich nunmehr soweit verdichtet haben, dass ernstzunehmende Bedenken der Verurteilung nicht weiter entgegenstehen. In der Folge bietet sich demjenigen, der sich die Frage nach der Abgrenzung von Verdachtsäußerung und Schuldfeststellung stellt, ein Bild voller Licht und Schatten: Was in der Theorie von bestechender Klarheit ist, droht in der Praxis, nahtlos ineinander überzugehen – und erschwert damit erheblich die Wahrung rechtsstaatlicher Vorgaben im Umgang mit dem Angeklagten eines Strafverfahrens.

b) Kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch bloße gerichtliche Verdachtsäußerungen

Dieser Schwierigkeit entzieht sich freilich, wer bereits richterliche Verdachtsäußerungen in freisprechenden Urteilen als unvereinbar mit der Unschuldsvermutung brandmarkt.⁵³ So verleiht etwa *Kühl* der Unschuldsvermutung den Gehalt eines Verbots „strafähnlicher Diskriminierung“, durch das auch derjenige, der seine Unschuld nicht beweisen kann, vor Belastungen durch die Urteilsgründe des Freispruchs geschützt werde.⁵⁴ Obgleich Verdachtsäußerungen staatlicher Organe im Verlauf eines Ermittlungsverfahrens den Beschuldigten diskriminieren, seien diese für die Verbrechensaufklärung unvermeidlich und daher gerechtfertigt.⁵⁵ Anders verhalte es sich jedoch

in Bezug auf richterliche Verdachtsbekundungen in einem freisprechenden Urteil. Von dem Gericht werde lediglich erwartet, dass es sich eine Überzeugung im Hinblick auf die Schuld des Angeklagten bilde.⁵⁶ Verdachtsäußerungen seien mithin nach Abschluss des Verfahrens überflüssig, zumal sie nicht länger der Verbrechensaufklärung dienen – schließlich seien keine weiteren Aufklärungsmaßnahmen dahingehend vorgesehen. Vor diesem Hintergrund komme einer richterlichen Verdächtigung in den Gründen eines freisprechenden Urteils ein „Strafcharakter“ zu: „(...) sie schafft nach Abschluß eines Strafverfahrens einen Schwebezustand für den Freigesprochenen, der ihn nicht von dem Odium des Verdachts, der Anlaß für das Strafverfahren war, befreit.“⁵⁷ Für den Freigesprochenen ergebe sich hieraus eine strafähnliche Belastung, da entsprechende Verdachtsäußerungen „nahezu die gleiche Mißbilligung gerichtlicherseits zum Ausdruck bringen und gesellschaftlich bewirken, wie dies Verurteilungen tun.“⁵⁸ Weil der Freigesprochene nicht mit dem „Makel“ einer möglichen bzw. gar wahrscheinlichen Täterschaft belastet werden dürfe, haben entsprechende gerichtliche Äußerungen in den Urteilsgründen nach *Kühl* daher zu unterbleiben.

Allerdings verkennt *Kühl* in seiner Überbetonung des Schutzes vor jedweder Diskriminierung durch die Gründe eines freisprechenden Urteils deren hohe Bedeutung in der Legitimation des gesamten Verfahrens gegenüber dem Angeklagten und der Rechtsgemeinschaft. Wie an früherer Stelle betont, dienen die Ausführungen in den Urteilsgründen der Nachzeichnung des Entscheidungsfindungsprozesses seitens des Gerichts. Im Fall eines Freispruchs aus Mangel an Beweisen heißt dies notwendig, dass das Gericht sich mit verbleibenden Verdachtsmomenten, die jedoch nicht zur Annahme eines rechtsgenügenden Beweises hingereicht haben, auseinandersetzen muss. Alternativ käme auf der Basis der Argumentation *Kühls* lediglich in Betracht, dass das Gericht zu den Gründen schweigt, die es zu seiner Entscheidung bewegen haben – oder aber gar Ausführungen vornimmt, die nicht dem wahren Verfahrensausgang entsprechen. Beides ist vor dem Hintergrund der rechtsstaatlich notwendigen Kommunikation zwischen dem Angeklagten und der Rechtsgemeinschaft nicht hinnehmbar.

In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass gerichtliche Verdachtsäußerungen in den Gründen des freisprechenden Urteils gegenüber dem Angeklagten eine Entlastungswirkung zeitigen: So enthalten sie gerade die Aussage, dass strafrechtliche Schuld nicht festgestellt werden konnte. Im Strafrecht kommt es aber ausschließlich darauf an. Für den Betroffenen erwächst aus der Durchführung eines Strafverfahrens gegen ihn, das letztlich in einem Freispruch geendet ist, nicht ein Anrecht auf die Wiederherstellung seines früheren „makellosen“ Rufs.⁵⁹ Wer entsprechend argumentiert, dehnt den

⁵² BGH NJW 1951, 83; NJW 1951, 122. Vgl. insoweit bereits *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar (Fn. 25), Rn. 373.

⁵³ *Appl*, Die strafschärfende Verwertung von nach §§ 154, 154a StPO eingestellten Nebendelikten und ausgeschiedenen Tatteilen bei der Strafzumessung (1987), S. 175 f.; *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 21 ff.; *ders.* NJW 1984, 1264, 1268; *Vogler* ZStW 89 (1977), 761, 784 ff. In diese Richtung ferner *Peters*, Strafprozeß (Fn. 35), S. 457, der die Feststellung, dass der Freispruch lediglich mangels Beweises erfolgt, für unzulässig erachtet. In Bezug auf Einstellungsentscheidungen ausdrücklich zustimmend *Demko* HRRS 2007, 286, 290; *Haberstroh* NSTz 1984, 289, 294. – Weniger eindeutig formuliert *Stuckenberg*, Untersuchungen (Fn. 19), S. 538, der zwar für den Fall, dass die Straffolge nicht herbeigeführt werden kann, eine „möglichst vollständige Rehabilitierung“ fordert, „um den schon mit der Verdächtigung eines Bürgers unweigerlich verbundenen Makel zu tilgen“, sich aber nicht explizit gegen gerichtliche Verdachtsäußerungen in den Gründen eines freisprechenden Urteils ausspricht. Angesichts des rechtsstaatlichen Gebots der Abfassung von Urteilsgründen, die dem wahren Verfahrenshergang entsprechen, liegt diese Option offensichtlich nicht im Bereich des Möglichen.

⁵⁴ *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 23. – Vgl. *Stuckenberg*, Untersuchungen (Fn. 19), S. 493 zu der zutreffenden Kritik, dass in der Konzeption *Kühls* eine Vielzahl nicht strafrechtlicher Eingriffe trotz deren unumstritten diskriminierender Wirkung unbeachtet bleibt.

⁵⁵ *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 25; *ders.* NJW 1984, 1264, 1268. S. zur Belastungswirkung des Verdachts ferner *Müller-Dietz* ZStW 93 (1981), 1177, 1218 f. sowie *Köster*,

Die Rechtsvermutung der Unschuld (1979), S. 113 (hier freilich auf die *absolutio ab instantia* bezogen).

⁵⁶ *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 26.

⁵⁷ *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 27.

⁵⁸ *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 29.

⁵⁹ Insoweit ist auch die Rechtsprechung des EGMR zu kritisieren, die der Wahrung des Rufs des Beschuldigten eine Bedeutung im Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 2 EMRK einräumt, s. nur HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 36.

Schutzumfang der strafrechtlichen Unschuldsvermutung unzulässig in einen vorstrafrechtlichen Bereich aus. Dem liegt in Bezug auf *Kühl* die (Fehl-)Vorstellung zugrunde, dass Zweck von Strafe die „sozialethische Missbilligung“ des Täterverhaltens sei.⁶⁰ Wer die funktionale Bestimmung von Strafe dergestalt fasst, muss im Umkehrschluss den Geltungsbereich der Unschuldsvermutung seinerseits weit über den des Rechts ausdehnen. Allerdings ist der Annahme, Strafe müsse einen *sozialethischen* Tadel gegenüber dem Straftäter formulieren, entschieden entgegenzutreten.⁶¹ Ein solches Unwerturteil über den Einzelnen entfernt sich in unzulässiger Weise von der mit Strafe berechtigterweise verfolgten staatlichen Aufgabenzuordnung. Der Tadel kann allenfalls seitens des Täters als (auch) sozialethischer *empfunden* werden – keinesfalls ist dies legitimatorisch intendiert: Die Kommunikation im Akt der Bestrafung ist ausschließlich auf den *rechtlichen* Bereich begrenzt.⁶² In die Gefilde spezifischer Moral-

vorstellungen darf Strafe nicht vordringen, was im Umkehrschluss unter Wahrung des rechtsstaatlichen Erfordernisses inhaltlich zutreffender und umfassender Urteilsgründe ebenfalls für den Schutzumfang der Unschuldsvermutung gilt.

c) Kriterien für die Abgrenzung zwischen Verdachtsbeschreibung und Schuldfeststellung im Einzelfall

Für den potentiellen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch Ausführungen in den Gründen eines freisprechenden Strafurteils bleibt es damit bei der Maßgeblichkeit der Differenzierung zwischen bloßen Verdachtsbeschreibungen und (unzulässigen) Schuldfeststellungen. Gerade weil aber die Grenzziehung weniger eindeutig verläuft, als dies wünschenswert wäre, muss der Sinngehalt einer gerichtlichen Äußerung in den Urteilsgründen im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher zur Verfügung stehender Informationen überprüft werden. Dabei kommt es in besonderem Maße auf die sprachliche Wendung an, deren sich das Gericht bedient.⁶³ Ist hier die Rede von „Schuld“, kann dies ein starker Beleg dafür sein, dass es dem Gericht nicht lediglich um die Beschreibung eines verbleibenden Verdachts gegangen ist. Dennoch ist selbst in diesen Fällen Vorsicht geboten.⁶⁴ Durchaus denkbar erscheint, dass trotz der vermeintlich

⁶⁰ *Kühl*, Unschuldsvermutung (Fn. 25), S. 24 ff. Kritisch äußert sich insoweit auch *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts (1988), S. 91.

⁶¹ Dafür, dass Strafe einen Tadel gegenüber dem Straftäter enthält, spricht sich nachdrücklich *Duff*, in: Schönemann u.a., Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (1996), S. 181, 189 aus. Vgl. außerdem *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldpruch und Strafe (1992), S. 86; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 114 ff.; *dies./v. Hirsch* GA 1995, 261, 275; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte (1989), S. 154; *v. Hirsch* ZStW 94 (1982), 1048, 1069 ff. S. zur sozialethischen Missbilligung des Täterverhaltens verkörpert im Strafausspruch noch BVerfGE 96, 245, 249 m.w.N.; BVerfG NJW 2004, 739, 744 = HRRS 2004 Nr. 166; BGH NJW 2000, 1427, 1427; *Kühl* ZStW 116 (2004), 870, 876 ff.; *dens.*, Lampe-FS (2003), S. 439, 441 f. sowie die Ausführungen und Fülle an Nachweisen bei *Frisch*, in: Schönemann u.a., Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (1996), S. 125, 134 m. Fn. 63, 57; *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren (2008), S. 244 ff. insb. m. Fn. 37 ff., der sich selbst freilich dagegen ausspricht, in staatlicher Strafe einen Tadel „im Namen der Sozialethik“ zu sehen. In diese Richtung äußern sich kritisch bereits *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen u.a., Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1. Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik (1975), S. 266 ff., 281 ff. Ohnedies ist selbst bei Verwendung der Begrifflichkeit des „sozialethischen“ Tadels nicht pauschal der Vorwurf einer Moralisierung durch Strafe zu erheben, sondern im Einzelfall die Wahrung der notwendigen Grenzziehung zwischen Moral und Recht zu prüfen (beispielsweise verwendet *Hörnle*, Schönemann-FS (2014), 93, 104 die Begriffe Tadel und Vorwurf synonym und lässt dabei keine Ethisierung des Rechts erkennen). Der Terminus kann sich dabei gleichwohl immerhin als störend auswirken: Geht es dem jeweiligen Autor allein um die rechtliche Missbilligung eines Verhaltens, ist insoweit auch eine sprachlich eindeutige Kennzeichnung vorzugswürdig. Die Rede vom sozialethischen Tadel erfüllt dieses Credo aber nicht in optimaler Weise.

⁶² In diesem Zusammenhang ist die scharfe Kritik seitens *Haas*, Strafbegriff (Fn. 61), S. 244 ff., insbesondere S. 258 f. an der Redeweise von einer „sozialethischen Missbilligung“ des Täters bzw. eines „Tadels“ seiner Person lehrreich. S.

ferner *Grünwald*, Grundkonzeption der Tötungsdelikte, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, S. 477, 493. – Zur notwendigen Trennung von Recht und Moral s. bereits *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 27), S. 68 ff. mit den dortigen Nachweisen.

⁶³ S. EGMR NJOZ 2014, 1834, 1838 f. (Allen/Vereinigtes Königreich) mit den dortigen Nachweisen zur Rechtsprechung des Gerichtshofs; NJW 2015, 37, 39 (Karaman/Deutschland). Vgl. auch BVerfG NJW 1990, 2741, 2742; NSTz 1992, 289, 290 (keine reine Verdachtsäußerung bei der wiederholten Formulierung, die Verurteilung des Beschwerdeführers sei „nicht zweifelhaft“). S. zu öffentlichen Äußerungen der Ermittlungsbehörden bei laufenden Ermittlungsverfahren SK-StPO/Paeffgen (Fn. 18), Art. 6 Rn. 201.

⁶⁴ Vgl. EGMR NJOZ 2014, 1834, 1836 (Allen/Vereinigtes Königreich): „Je nach der Art des Verfahrens und des Zusammenhangs ist aber auch eine unglückliche Wortwahl möglicherweise nicht entscheidend.“ Ebenso wiederum EGMR NJW 2015, 37, 39 (Karaman/Deutschland). S. ferner BVerfG NJW 1990, 2741, 2743, das selbst bei der Formulierung, die Schuld des Angeschuldigten sei „in hohem Maße wahrscheinlich“ keine Verletzung der Unschuldsvermutung annimmt. Vgl. aber in diesem Zusammenhang das kritische Sondervotum des Richters *Mahrenholz* NJW 1990, 2741, 2743, der zutreffend ausführt, dass eine reine Analyse sprachlicher Formulierungen in der Rechtsprechung deutscher Gerichte sowie des EGMR keine einheitliche Linie zu Tage bringt. Jedenfalls die Verwendung des Begriffs der Schuld steht seiner Auffassung nach der Klassifizierung einer gerichtlichen Äußerung als bloße Verdachtsbeschreibung entgegen. So auch *Kühl* NJW 1984, 1264, 1268. Folgerichtig kritischer nunmehr BVerfG, Beschluss vom 28.03.2006 – 2 BvR 2059/05 (BeckRS 2006, 22728), das annimmt, die Formulierungen „Schuldnachweis“ und „Schuldfeststellung“ verböten sich „wegen ihrer auf der Hand liegenden Missverständlichkeit“. S. allgemein zur wechselhaften Judikatur des Gerichtshofs in Sachen Prüfkriterien zur Abgrenzung von Tatverdacht und Schuldfeststellung den ausführlichen Überblick bei *Demko* HRRS 2007, 286, 288 ff.

eindeutigen Terminologie anderes gemeint ist, weshalb die Einbeziehung weiterer Anhaltspunkte, die einer Interpretation Raum lassen, nicht ausbleiben darf. Ohnedies greift zu kurz, wer sich in diesem Zusammenhang ausschließlich auf eine Sprachanalyse zurückzieht: Die hohe verfassungsrechtliche Relevanz der Unschuldsvermutung gebietet es, sich nicht von dem Fehlen bzw. Vorhandensein bestimmter Signalwörter leiten zu lassen, sodass sich selbst hinter einer ausdrücklichen Beschreibung der gerichtlichen Erwägungen als „Verdachtsschilderung“ durchaus eine Schuldzuschreibung verbergen kann.

Von unweit größerem Interesse und vorrangig beachtlich ist es daher, den Sinngehalt der gerichtlichen Äußerungen näher zu beleuchten.⁶⁵ Hier kann es vor allem eine Rolle spielen, inwieweit sich in den Formulierungen rechtliche Überlegungen finden. Sofern etwa die Rede davon ist, dass bestimmte Tatsachen einem Tatbestandsmerkmal der jeweiligen Sanktionsnorm nicht genügen, spricht dies in besonderem Maße für die reine Schilderung eines verbleibenden Verdachts. Weiteren Aufschluss kann darüber hinaus eine Einbettung der Äußerung in den übrigen Inhalt der Urteilsgründe geben. Deren rein isolierte Betrachtung läuft immerhin Gefahr, den darin zum Ausdruck kommenden Bedeutungsgehalt zu verzerrern. Dabei ist in Anbetracht der erheblichen Grundrechtsrelevanz der Unschuldsvermutung ein prinzipiell strenger Maßstab anzulegen. Im Vordergrund steht der Schutz des Einzelnen vor unzulässigen Eingriffen in sein durch Art. 6 Abs. 2 EMRK gewährleistetes Recht.⁶⁶ Gleichwohl gilt es zu beachten, dass dem erkennenden Gericht immerhin die Möglichkeit gegeben werden muss, sich umfassend und in nachvollziehbarer Form mit dem gegen den Angeklagten erhobenen Vorwurf und im Anschluss an die Beweiserhebung verbliebenen Verdachtsmomenten auseinanderzusetzen, ohne dass dabei eine unmittelbare Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK im Raum steht. Die inhaltlich ordnungsgemäße Fassung der Urteilsgründe entspricht ihrerseits einem rechtsstaatli-

chen Gebot, weshalb auf sie nicht zu Gunsten des Schutzes der Unschuldsvermutung verzichtet werden darf.⁶⁷

III. Kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung in dem der Entscheidung des Gerichtshofs zugrundeliegenden Urteil

Die bisherigen Ergebnisse decken sich im Wesentlichen mit den Ergebnissen des Gerichtshofs. Gleichwohl verdient die Entscheidung in Bezug auf die konkrete Anwendung der dargelegten Grundsätze auf die streitgegenständlichen Äußerungen des LG Münster Kritik. Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung ist darin entgegen der Auffassung des Gerichtshofs nicht zu sehen.

1. Ausführungen des LG Münster als bloße (zulässige) Verdachtsäußerung

Zur Erinnerung: Im Hinblick auf die Äußerung des LG Münster in seinen Urteilsgründen ist der Gerichtshof der Auffassung, diese ginge über eine reine Beschreibung verbleibender Verdachtsmomente hinaus und käme vielmehr einer Schuldfeststellung gleich. Grund dafür sei vor allem die klare und bedingungslose Formulierung, deren sich das LG Münster bediene. Diese erwecke im Kontext des Vorwurfs des sexuellen Missbrauchs den Eindruck, der Beschwerdeführer sei dieser Tat schuldig. Freilich ist dem Gerichtshof insoweit zuzustimmen, als der Bekundung des LG Münster, es gehe im Ergebnis davon aus, „dass es tatsächlich zu sexuellen Übergriffen des Angeklagten zu Lasten seiner Tochter in seinem Auto gekommen ist“, ein eindeutiger Erklärungsgehalt zukommt. Dies wird noch dadurch unterstrichen, dass vorab „Anhaltspunkte einer Suggestion“ in der Aussage der Zeugin als „nicht ersichtlich“ abgelehnt werden.

Indessen streitet der Umstand einer klaren und bedingungslosen Formulierung eines Geschehenssachverhalts nicht für sich genommen für deren Klassifizierung als Schuldfeststellung bzw. als einer solchen entsprechend. Vielmehr kommt eine solche ausschließlich dann in Betracht, wenn sich die Überzeugung des Gerichts auf eine *strafrechtlich relevante Schuld* bezieht. Folglich müsste sich für die Annahme einer Schuldfeststellung aus der betreffenden Äußerung in den Urteilsgründen ergeben, dass das Gericht von der Erfüllung eines Straftatbestandes durch den Angeklagten ausgegangen ist. Bezieht sich die gerichtliche Überzeugung hingegen lediglich darauf, dass der Angeklagte ein Verhalten vorgenommen hat, das – trotz denkbarer Missbilligung – immerhin nicht mit Strafe bewehrt ist, so liegt hierin selbst bei besonders klarer Formulierung allein ein Verdacht.⁶⁸ Insoweit darf nicht

⁶⁵ BVerfG NJW 1990, 2741, 2742; BVerfG NStZ 1992, 289, 290. Freilich kommt es hier darauf an, wie die jeweilige gerichtliche Äußerung nach objektiven Maßstäben zu verstehen war – selbst wenn das Gericht seinen Ausführungen subjektiv eine andere Bedeutung beigemessen hat. Insoweit zu Recht kritisch in Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs etwa in der Entscheidung Englert/Deutschland Demko HRRS 2007, 286, 289. Darin stellt der Gerichtshof darauf ab, welchen Ausdruck das Gericht seiner Äußerung geben „wollte“. Hierbei kann es sich jedenfalls nicht um das ausschlaggebende Auslegungskriterium handeln.

⁶⁶ Damit lässt sich auch die seitens Demko HRRS 2007, 286, 290 aufgeworfene Frage, wie mit Äußerungen zu verfahren sei, die sich „in der Grauzone zwischen eindeutiger Feststellung und eindeutiger Ablehnung der Tatschuld“ befinden, klar beantworten: In Zweifelsfällen überwiegen die Interessen des Angeklagten daran, vor den Belastungen durch solche Äußerungen geschützt zu werden. Gerechtfertigt sind in den Gründen eines freisprechenden Urteils allein Verdachtsbeschreibungen, weshalb gerichtliche Ausführungen, die sich nicht eindeutig von Schuldfeststellungen abgrenzen lassen, bereits keine Eignung aufweisen, den legitimen Zweck einer ordnungsgemäßen Begründung des Freispruchs zu erreichen und daher nicht gerechtfertigt sind.

⁶⁷ Eine Ausnahme gilt für die gesetzlich normierten Fälle, die die Möglichkeit der Abfassung verkürzter Urteilsgründe vorsehen, vgl. schon oben Fn 39.

⁶⁸ Nicht jede rechtliche Verhaltensnorm ist strafbewehrt. S. zur notwendigen normtheoretischen Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen etwa Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. (einziger) Band (1991), S. 155 ff.; Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale

der Fehler unterlaufen, die Annahme eines bloßen Verdachts stets an eine offene, verbleibende Unsicherheiten einpreisende sprachliche Wendung zu knüpfen. Wer so verfährt, übersieht den maßgeblichen Bezugspunkt sowohl eines Verdachts als auch einer Überzeugung des Gerichts im *Strafurteil*: Die Begehung einer Straftat. Zwar beruht der Verdacht bezüglich eines spezifischen Verhaltens lediglich auf einer gewissen Wahrscheinlichkeit, die aber nicht einen solchen Grad erreicht, dass der rechtsgenügende Beweis erbracht ist. Diese graduelle Differenzierung zwischen Verdacht und Überzeugung im Hinblick darauf, ob sich ein bestimmtes Tun oder Unterlassen tatsächlich ereignet hat, bezieht sich aber im Strafurteil unweigerlich auf die Erfüllung der Voraussetzung einer Sanktionsnorm seitens des Täters. Wenn also „klar und bedingungslos“ seitens des Gerichts in seinen Gründen formuliert wird, liegt hierin lediglich dann eine Schuld feststellung, wenn diese sich auf die Begehung einer Straftat durch den Angeklagten richtet.

In der dem Gerichtshof vorliegenden Entscheidung sprechen indes gewichtige Gründe gegen die Annahme, dass sich aus der umstrittenen Äußerung des LG Münster die Feststellung strafrechtlich relevanter Schuld des Angeklagten ableiten lässt. Dies ergibt sich zunächst aus der Verwendung des Begriffs des sexuellen „Übergriffs“ seitens des LG Münster. Wie schon der Gerichtshof zutreffend einräumt, handelt es sich hierbei nicht um einen rechtlichen Terminus. Insbesondere findet er sich nicht in den entscheidungserheblichen Vorschriften der §§ 174, 176a StGB. Hingegen spricht das Gesetz an dieser Stelle von sexuellem „Missbrauch“ bzw. dem jeweils erforderlichen Tatbestandsmerkmal der „sexuellen Handlung“. Folglich war das Gericht bereits in seiner Formulierung darauf bedacht, nicht den Anschein einer Schuld feststellung zu erwecken, sondern vielmehr dem Umstand Ausdruck zu verleihen, dass es aus seiner Sicht zwar seitens des Angeklagten zu einem sexualbezogenen Verhalten gegenüber seiner Tochter gekommen ist, dieses aber gerade nicht mit der eine Verurteilung tragenden Sicherheit die Voraussetzungen der einschlägigen Sanktionsnormen erfüllt.

Für diese Einstufung der umstrittenen Äußerung des LG Münster lässt sich weiter ins Feld führen, dass das Gericht darin rechtliche Ausführungen vornimmt, die gegen die Annahme strafrechtlich relevanter Schuld sprechen. Demzufolge ließen sich die Taten insbesondere ihrer Intensität nach nicht „in einer für eine Verurteilung hinreichenden Art und Weise konkretisieren“. Somit nimmt das LG Münster an dieser Stelle eindeutig Bezug auf die Legaldefinition der sexuellen Handlung, die sich in § 184g Nr. 1 StGB findet. Sexuelle Handlungen sind danach nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut einige Erheblichkeit aufweisen. Indem das Gericht in seiner umstrittenen Äußerung darlegt, dass es nicht von einem Überschreiten der für eine sexuelle

Handlung erforderlichen Erheblichkeitsschwelle ausgeht, trifft es gerade die notwendige Unterscheidung gegenüber lediglich außerstrafrechtlichen Geschehnissen. Kurz: Weil das Gericht keine strafrechtlich relevante Schuld des Angeklagten feststellen konnte, bezieht sich seine – zugegeben eindeutige – Äußerung lediglich auf ein Verhalten, das für die strafrechtliche Bewertung außer Acht gelassen werden muss. In der Formulierung des LG Münster liegt damit lediglich die Begründung eines verbleibenden Verdachts: in Bezug auf eine Straftatbegehung durch den Angeklagten ist es trotz entsprechender Anhaltspunkte in der Aussage der Zeugin bei einem bloßen Verdacht geblieben.

Eine abweichende Beurteilung folgt entgegen der Auffassung des Gerichtshofs nicht aus dem Kontext, in dem die umstrittene Äußerung getroffen wurde. Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie im Zusammenhang mit dem Vorwurf des sexuellen Missbrauchs erfolgt ist, ändert sich nichts daran, dass die Formulierung keiner Schuld feststellung gleichkommt. Das Verfahren gegen den Beschwerdeführer vor dem LG Münster betraf gerade den Vorwurf des sexuellen Missbrauchs. Insofern handelte es sich dabei um den allein denkbaren Kontext, in dem die angegriffene Formulierung hätte getroffen werden können. In einem Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs Äußerungen zu diesem Tatvorwurf unterlassen zu müssen, garantierte zwar einen erhöhten Schutz der Unschuldsvermutung, liefe aber sonstigen rechtsstaatlichen Geboten – wie etwa der Begründung eines freisprechenden Urteils – eklatant zuwider. Der entsprechende Einwand des Gerichtshofs kann daher angesichts der notwendigen Harmonie zwischen verschiedenen rechtsstaatlichen Vorgaben im Umgang mit dem einem Strafverfahren Unterworfenen nicht überzeugen.

Abschließend bleibt es dabei: In seiner umstrittenen Äußerung gelingt dem LG Münster die notwendige Differenzierung zwischen verbleibenden Verdachtsmomenten und dem Fehlen eines rechtsgenügenden Beweises im Hinblick auf die Schuld des Angeklagten. In der klaren und bedingungslosen Formulierung des Gerichts liegt mitnichten eine „unglückliche“ sprachliche Wendung. Vielmehr bezieht sich die Aussage allein auf ein Verhalten, das keine strafrechtliche Relevanz aufweist. Dieser Erklärungsgehalt ist der Äußerung nicht zuletzt aus dem Grund eindeutig zu entnehmen, da das Gericht anschließend beschreibt, welche Umstände der sich ihm bietenden Beweislage gegen eine Verurteilung gesprochen haben. Darin wird deutlich, dass das Gericht keine Überzeugung gewonnen hat, die für die Feststellung strafrechtlich relevanter Schuld erforderlich ist. Seine Ausführungen beinhalten infolgedessen lediglich einen verbleibenden Zweifel, was in vollem Umfang mit den Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 EMRK in Einklang steht.

Straftatlehre, 2. Aufl. (2009), § 1 Rn. 5 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988), S. 77 ff., 348, 356 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat (Fn. 61), S. 132 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (1997); *Rostalski*, RW 2015, 1, 10, 19 f.; *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 27), S. 41 ff.

2. Keine abweichenden Maßstäbe für die Fassung der Urteilsgründe aufgrund sonstiger (potentieller) Negativkonsequenzen für den Angeklagten

Dem bisherigen Ergebnis steht nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer außerhalb des strafrechtlichen Verfahrens negative Konsequenzen infolge der umstrittenen Äußerung hat hinnehmen müssen. Die Rede ist hier vorrangig von der Einbeziehung der Urteilsgründe des LG Münster in die Entscheidung des Familiengerichts, das dem Beschwerdeführer den Umgang mit seiner Tochter untersagt hat.⁶⁹ Der Gerichtshof führt in diesem Zusammenhang aus, die Unschuldsvermutung schütze „den Freigesprochenen oder von einer Einstellung Betroffenen auch davor, dass staatliche Stellen ihn so behandeln, als habe er die Tat tatsächlich begangen.“⁷⁰ Ausdrücklich umfasst sei davon auch das familienrechtliche Sorgerechtsverfahren, worin der freisprechende Tenor des Strafurteils zu beachten sei.

An dieser Stelle ist nicht der Raum, auf die Grundsätze des familienrechtlichen Sorgerechtsverfahrens einzugehen. In Bezug auf die hier diskutierte Problematik einer potentiellen Verletzung der Unschuldsvermutung durch die umstrittene Äußerung des LG Münster ist allerdings festzuhalten, dass sich aus der (unzulässigen) Heranziehung der Urteilsgründe durch sonstige staatliche Stellen keine von den bereits aufgestellten Grundsätzen abweichenden Kriterien für die ordnungsgemäße Fassung der Gründe ergeben.⁷¹ Das Strafgericht ist über diese hinaus-

gehend nicht gehalten, seine Formulierung an denkbare sonstige rechtliche Konsequenzen für den Angeklagten anzupassen und aus diesem Grund etwa die Schilderung verbleibender Verdachtsmomente zu unterlassen. Freilich ließe sich in diesem Kontext die Frage aufwerfen, ob es dem Strafgericht zusteht, Feststellungen zu treffen, die unterhalb des strafrechtlich relevanten Niveaus liegen, gleichwohl aber Negativkonsequenzen für den Betroffenen zeitigen können. Nach dem bereits Gesagten folgt aber Gegenteiliges jedenfalls nicht aus der Unschuldsvermutung, die anderenfalls auf den vorstrafrechtlichen Bereich ausgedehnt würde.⁷² Im Gegenteil überwiegt gegenüber dem Bedürfnis des Einzelnen nach einer durch Urteilsgründe unter Beweis gestellten „reinen Weste“ das rechtsstaatliche Interesse an einer zutreffenden und umfassenden Begründung des Richterspruchs. Ohnehin kann sich der Einzelne gesondert rechtlich zur Wehr setzen, sofern ihm zu Unrecht aus den Gründen des Strafurteils negative Konsequenzen durch andere staatliche Stellen erwachsen.

IV. Schluss

Wie der Schuldspruch weisen sonstige Schuldfeststellungen in den Urteilsgründen einen eigenständigen Eingriffscharakter auf, da sie wesentlicher Teil der Kommunikation mit dem Angeklagten sind und ihm vor Augen führen, dass die Rechtsgemeinschaft sich gegen seine in der Straftat zum Ausdruck kommende Rechtsanmaßung wendet. Im Fall einer Verurteilung kann sich daher eine Verletzung der Unschuldsvermutung aus Äußerungen in den Urteilsgründen ergeben, die einen strafrechtlich relevanten Verhaltensvorwurf formulieren, der über den Verurteilungsgegenstand hinausgeht. Für aus Mangel an Beweisen freisprechende Urteile kommt daneben ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK in Betracht, sofern das Gericht in seinen Gründen Ausführungen trifft, die nicht lediglich einen verbleibenden Verdacht bekunden, sondern Schuld feststellen bzw. einer solchen Schuldfeststellung gleichkommen. Zwar können bereits Verdachtsäußerungen den Freigesprochenen belasten. Aus der Unschuldsvermutung folgt indes nicht ein Anrecht des Einzelnen, bei einem Freispruch aus Mangel an Beweisen von jedwedem verbleibenden Verdacht befreit zu werden. Im Gegenteil überwiegt in diesem Zusammenhang das rechtsstaatliche Interesse an der umfassenden Begründung des finalen Richterspruchs, das nicht zuletzt den schutzwürdigen Interessen des Angeklagten selbst Rechnung trägt. Insoweit darf nicht in Vergessenheit geraten, dass die Urteilsgründe neben der Urteilsformel die relevante Funktion der Kommunikation mit dem Angeklagten über den ihm von staatlicher Seite unterbreiteten Vorwurf einnehmen. Vor diesem Hintergrund verdient die Entscheidung des Gerichtshofs in ihren allgemeinen Ausführungen Zustimmung. Anders verhält es sich jedoch im Hinblick auf die konkrete Anwendung dieser Prinzipien auf die umstrittenen Äußerungen des LG Münster. Entgegen der Einschätzung des Gerichtshofs liegt hierin keine Schuldfeststellung, sondern eine bloße Darlegung verbleibender Verdachtsmomente. Dem steht

⁶⁹ Für die sonstigen Benachteiligungen, die der Beschwerdeführer als Konsequenz der umstrittenen Äußerung des LG Münster vorträgt (vgl. oben Fn. 2) gelten die im Text getroffenen Ausführungen sinngemäß.

⁷⁰ Übersetzung nach *Gaede*, s. Leitsätze zu EGMR HRRS 2015 Nr. 245. Vgl. bereits EGMR NJOZ 2014, 1834, 1836 (Allen/Vereinigt Königreich); NJW 2015, 37, 38 (Karaman/Deutschland). S. zudem SK-StPO/Paeffgen (Fn. 18), Art. 6 Rn. 191 m.w.N.

⁷¹ Im konkreten Fall ist zweifelhaft, ob es tatsächlich als unzulässig anzusehen ist, dass das Familiengericht im sorgerechtlichen Verfahren den Inhalt der Urteilsgründe des LG Münster herangezogen hat. In Betracht käme zwar, die sorgerechtlichen Konsequenzen für den Beschwerdeführer als „strafähnlich“ einzustufen (s. dazu, dass die Unschuldsvermutung auch vor Nachteilen schützt, die Schuldpruch oder Strafe gleichkommen, BVerfG NJW 1987, 2427; NJW 1990, 2741. Der Begriff wirkt freilich ob seiner Konturlosigkeit Schwierigkeiten auf. Vgl. allgemein zur unterschiedlichen inhaltlichen Ausfüllung des Begriffs der Strafähnlichkeit in diesem Zusammenhang *Stuckenberg*, Untersuchungen [Fn. 19], S. 70 ff., 492). Weil Strafe mehr ist als reine Übelzufügung (vgl. dazu schon oben B. I. 1.), wäre dies nur der Fall, wenn es sich dabei um eine Schuldzuweisung handeln würde (vgl. zur abweichenden Auffassung *Kühls* oben B. II. 2.). Wie gezeigt, liegt in der Äußerung des LG Münster aber lediglich eine Verdachtsbeschreibung, weshalb die daran anknüpfende Entscheidung des Familiengerichts ihrerseits keinem strafrechtlichen (!) Schuldpruch gleichkommt bzw. ähnelt, sofern darin das präventive Interesse am Schutz des Kindes vor einem ggf. für das Kindeswohl gefährlichen Vater im Vordergrund stand (s. dazu, dass eine unterstellte Tatbegehung als Indiz für eine vom Beschuldigten ausgehende Gefahr eingestuft werden

darf, sofern es sich um eine reversible Entscheidung handelt, *Stuckenberg*, Untersuchungen [Fn. 19], S. 541).

⁷² S. oben B. II. 2.

selbst die für den Beschwerdeführer nachteilige Entscheidung im sorgerechlichen Verfahren nicht entgegen: Für den – dem LG Münster gelungenen – Spagat zwischen (zulässigen) Verdachtsäußerungen und (unzulässig-

gen) Schuldfeststellungen in einem freisprechenden Urteil ergeben sich daraus keine abweichenden Maßstäbe.

Aufsätze und Anmerkungen

Passive Sterbehilfe vor dem EGMR im Fall Lambert – Das „Gewissen Europas“ vor dem non liquet

Anmerkung zu EGMR HRRS 2015 Nr. 689 (Fall Lambert)

Von Alix Schlüter, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Entscheidungen über das Lebensende sind für keine moralische oder rechtliche Instanz leicht – offenbar nicht einmal für das „Gewissen Europas“, so der Titel eines Sammelbandes, mit dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 2010 sein fünfzigjähriges Bestehen beging: Die Entscheidung über die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen entzweite im Fall *Lambert and others v. France* nicht nur die Familie von Vincent Lambert, der seit sieben Jahren im Wachkoma lag und künstlich ernährt wurde, sondern auch die entscheidenden Richter. Die Große Kammer entschied am 5. Juni 2015 mit zwölf zu fünf Stimmen, dass die nach einem Urteil des *Conseil d'État* geplante Einstellung der künstlichen Ernährung von Vincent Lambert keine Verletzung positiver Verpflichtungen Frankreichs aus Art. 2 EMRK darstellen würde. In *Lambert v. France* hatte der EGMR erstmals über die Konventionskonformität einer Maßnahme der passiven Sterbehilfe zu befinden. Abzuwarten bleibt, wie folgenschwer das Urteil sein wird. Denn in Streit stand nicht eine gängige Konstellation der passiven Sterbehilfe, also eine Entscheidung über die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen für eine Person, deren ausdrücklicher oder mutmaßlicher Wille auf den eigenen Tod gerichtet war, sondern vielmehr ein Dilemma tatsächlicher Ungewissheit – über die Frage nämlich, ob Vincent Lambert eine Fortsetzung der Ernährung gewünscht hätte oder nicht, waren sich Eltern und Geschwister, Ehefrau und Ärzte uneins.

Auch auf Ebene der Zulässigkeit beschritt der Gerichtshof Neuland. Er erkannte eine Beschwerdefähigkeit der Eltern und Geschwister Lamberts aus eigenem Recht unter Art. 2 EMRK an, obschon ihr Sohn bislang nicht verstorben war.

II. Der Sachverhalt

Der Großen Kammer, die nach Verweisung durch die Kammer des EGMR gem. Art. 30 EMRK, Art. 72 Abs. 1 VerfO EGMR mit dem Fall befasst war, lag folgender Sachverhalt vor: Nach einem Motorradunfall im Jahre 2008 lag der 38-jährige Vincent Lambert auf Grund gravierender Kopfverletzungen im Wachkoma, in dem er künstlich mit Nahrung und Flüssigkeit versorgt wurde, jedoch selbstständig atmen konnte. 2013 glaubte das Pflegepersonal, auf Seiten Lamberts Widerstand gegen die täglichen Versorgungsmaßnahmen wahrzunehmen.¹ In Frankreich besteht auf Basis des erst im März 2015 reformierten (umstrittenen) sog. *Leonetti*-Gesetzes die Möglichkeit, die medizinische Versorgung unheilbar kranker Personen mit deren Einwilligung einzustellen, wenn sich diese nach medizinischer Einschätzung als unverhältnismäßig, als eine „*obstination déraisonnable*“ darstellt (Article L. 1110-5). Im Fall fehlender Einwilligungsfähigkeit des Patienten ist ein kollektives Verfahren einzuleiten, an dem neben dem behandelnden Arzt zur Konsultation ein weiterer Arzt und, sofern vom Patienten benannt, dessen Vertrauensperson („*personne de confiance*“), in Ermangelung einer solchen die Familie und/oder andere dem Patienten nahe stehende Personen zu beteiligen sind (Article L. 1111-4 sowie *Code de Déontologie médicale*). Herr Lambert hatte keine Vertrauensperson benannt, eine Patientenverfügung fehlte ebenfalls. Im April 2013 entschied der behandelnde Arzt in Absprache einzig mit Lamberts Ehefrau, die Ernährung Lamberts einzustellen. Im Wege eines Eilverfahrens ordnete ein französisches Verwaltungsgericht die Fortsetzung der Ernährung an, indem es den Ausschluss der Eltern Lamberts aus dem Kollektivverfahren als schweren proze-

¹ Allerdings stellte eine in einem späteren Verfahrensschritt hinzugezogene Ärztekommision fest, dass Vincent Lambert zu derartigen (Willens-)Äußerungen physiologisch nicht mehr in der Lage war.

duralen Fehler einordnete. Im daraufhin angestrebten zweiten kollektiven Verfahren befand eine nunmehr aus sieben Ärzten, Eltern, Ehefrau und acht Geschwistern zusammengesetzte Kommission ebenfalls für einen Behandlungsabbruch. Dagegen sprachen sich im Verfahren einzig Lamberts Eltern und zwei seiner Geschwister aus; deren beim Verwaltungsgericht eingelegter Beschwerde wurde wiederum stattgegeben. Lediglich auf Basis der vereinzelt Äußerungen Lamberts seiner Frau gegenüber könne nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass Lambert einen Versorgungsabbruch gewünscht habe. Im französischen Verfahren in letzter Instanz mit der Sache befasst, entschied schließlich das oberste Verwaltungsgericht, der *Conseil d'État*, nach erneuter Hinzuziehung eines medizinischen Expertenteams für den Behandlungsabbruch. Vincents Lamberts Hirnschädigung sei irreversibel und eine Besserung seines Zustands so gut wie ausgeschlossen. Das Verfahren, auf Basis dessen auf eine Einstellung der Ernährung entschieden worden sei, habe die gesetzlich obligatorischen Voraussetzungen durch die Konsultation von sieben Ärzten sogar übererfüllt. Des Weiteren hätte die Ehefrau des Patienten glaubwürdig versichert, ihr Ehemann, wie sie selbst in einem Pflegeberuf tätig und insofern mit vergleichbaren Konstellationen vertraut, hätte, sollte er in einen Zustand erheblicher medizinischer Abhängigkeit geraten, keine künstliche Lebensverlängerung gewünscht. Alle prozeduralen Anforderungen des *Leonetti*-Gesetzes seien insofern erfüllt und die Entscheidung für einen Behandlungsabbruch sei gut begründet. Gegen das Urteil des *Conseil d'État* riefen die Eltern Lamberts und zwei seiner Geschwister den EGMR an und rügten eine drohende Verletzung der Rechte Vincent Lamberts in Artt. 2, 3 und 8 EMRK.

III. Entscheidung des EGMR

1. Prozedurale Fragen

Unter prozeduralen Gesichtspunkten stellte sich zunächst die Frage einer Prozessführungsbefugnis der Eltern Lambert für ihren Sohn. Ausweislich Art. 34 EMRK ist prinzipiell nur die Erhebung einer Beschwerde aus eigenem Recht möglich, der Beschwerdeführer muss geltend machen können, selbst Opfer einer Konventionsverletzung zu sein.² Art. 45 Abs. 3 der Verfo EGMR sieht darüber hinaus die Möglichkeit einer schriftlichen und ausdrücklichen Bevollmächtigung eines Dritten durch den Beschwerdeführer vor. Von den genannten Grundsätzen hat der EGMR in der Vergangenheit verschiedene, bislang wenig systematisierte Ausnahmen zugelassen, deren Anwendbarkeit auf die Angehörigen Lamberts er detailliert prüfte. Zur etwaigen Entbehrlichkeit einer

² EGMR Lambert und andere v. Frankreich, Urteil vom 5. Juni 2015, HRRS 2015 Nr. 689, application no. 46043/14, § 89. Zur sog. „Opfereigenschaft“ Meyer-Ladewig, EMKR Handkommentar, 3. Aufl. (2011), Art. 34 EMRK Rn. 14; Rogge, The „Victim“ Requirement in Article 25 of the European Convention on Human Rights, in: Matscher/Petzold (Hrsg.), Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in honour of Gérard J. Wiarda (1988), S. 539 – 545; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch (2012), § 13 Rn. 16.

schriftlichen Bevollmächtigung rekapitulierte der Gerichtshof zunächst die im Fallrecht entwickelten Voraussetzungen: Das Opfer ist, etwa auf Grund seines Alters oder einer Behinderung, besonders „verletzlich“; es besteht die Gefahr, dass dem Opfer ohne Zulassung der Beschwerde des Dritten keinerlei Rechtsschutz vor dem EGMR zu Teil würde und es ist ausgeschlossen, dass zwischen dem Opfer und dem Beschwerdeführer eine Interessendivergenz besteht.³ Ohne sich zu der wohl positiv zu beantwortenden Frage zu äußern, ob Vincent Lambert ein „verletzliches Individuum“ sei, war nach Auffassung des Gerichtshofs zumindest die dritte Voraussetzung nicht mit hinreichender Gewissheit erfüllt. Ob nämlich der von den Eltern Lamberts gewünschte Lebensschutz unter Art. 2 EMRK dem (hypothetischen) Willen ihres Sohnes entsprach, war ungewiss (§ 98).

Von der Frage der Bevollmächtigung zu trennen ist die Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen, die der EGMR bislang nur unter engen Voraussetzungen gestattete, nämlich für Angehörige verschwundener oder in staatlicher Kontrolle ums Leben gekommener Personen – Konstellationen, die auf Vincent Lambert ersichtlich nicht zutrafen (§ 97). Prinzipiell sind die Rechte aus Artt. 2, 3, 5, 8, 9 und 14 EMRK nach der Grundsatzentscheidung in *Sanles Sanles v. Spain*⁴ unübertragbar. Der EGMR lehnte daher im Ergebnis eine Prozessführungsbefugnis von Eltern und Geschwistern Lamberts für Vincent Lambert ab (§ 106).

Unter dem topos der „mittelbaren Betroffenheit“ hat der EGMR darüber hinaus Angehörigen oder sonstigen nahestehenden Personen direkter Opfer eines staatlichen Übergriffs eine Beschwerde in eigenem Namen gestattet, wenn die Konventionsverletzung, die das direkte Opfer erlitten hat, mit erheblichen, zumeist psychischen Belastungen für das mittelbare Opfer verbunden war.⁵ In *Koch v. Germany* – Gegenstand der Beschwerde auch dort eine Konstellation der (beantragten) Sterbehilfe – nahm der EGMR zudem eine Beschwerdeberechtigung des Ehemanns der mittlerweile verstorbenen Patientin aus eigenem Recht unter Art. 8 EMRK auf Grund der engen persönlichen Nähebeziehung der Eheleute und des nachgewiesenen persönlichen Interesses des Ehemannes am Ausgang des Verfahrens an, das dieser bereits vor den deutschen Gerichten bekundet hatte.⁶

³ Vgl. EGMR Lambert und andere v. Frankreich (Fn. 2), §§ 93 ff., mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁴ EGMR Sanles Sanles v. Spanien, Entscheidung vom 26. Oktober 2000, application no. 48335/99 (die Entscheidung enthält keine Randziffern). Bestätigt in EGMR Koch v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, application no. 497/09, § 78 = HRRS 2012 Nr. 720 = NJW 2013, 2953; EGMR Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien, Urteil vom 17. Juli 2014, application no. 47848/08, § 100.

⁵ Zur „mittelbaren Betroffenheit“ vgl. Grabenwarter/Pabel (Fn. 2), § 13 Rn. 20; Rogge (Fn. 2), S. 539, 541 ff.; Jötten, Enforced Disappearances und EMRK (2012), S. 60 ff., zur Ausweitung des Kreises möglicher Beschwerdeführer auf Angehörige insbesondere in Fällen des sog. „Verschwindenlassens“.

⁶ EGMR Koch v. Deutschland (Fn. 4), HRRS 2012 Nr. 720, § 44.

Auch in *Lambert and others v. France* konstruierte der EGMR die Beschwerdeberechtigung von Eltern und Geschwistern Lamberts schließlich über die Figur der mittelbaren Betroffenheit. Insoweit scheinen für den Gerichtshof am ehesten die Koch-Kriterien leitend gewesen zu sein. Gleichwohl bleibt die Argumentation des Gerichtshofs intransparent; es scheint, als seien die Voraussetzungen für eine mittelbare Betroffenheit in *Lambert and others v. France* weiter ausgeweitet worden. Erstaunlich ist die Zuerkennung der Beschwerdeberechtigung für die Angehörigen aus eigenem Recht zunächst insofern, als deren Beschwerdeanträge, zumindest der Dokumentation im Urteil selbst zur Folge, nur auf eine Feststellung der Verletzung der Rechte ihres Sohnes, nicht auf die Verletzung eigener Rechte gerichtet waren. Auch ist *Lambert and others v. France*, soweit ersichtlich, der erste Fall, in dem der EGMR eine mögliche eigene Verletzung von Angehörigen in Art. 2 EMRK durch den bloß drohenden, künftigen Tod des direkten Opfers angenommen hat. In § 115 skizziert der Gerichtshof kurz, es könne für die Beschwerdebefugnis von Angehörigen keinen Unterschied machen, ob, wie in Fällen der Ermordung in staatlicher Gewalt, das direkte Opfer bereits verstorben sei oder dessen Tod mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft bevorstehe. Dass die drohende Verletzung des Lebens von Vincent Lambert eine Verletzung seiner Angehörigen in deren Recht auf Leben darstellen sollte – ungeachtet ihrer mit der Situation verbundenen psychischen Belastung, die allerdings unter Art. 8 EMRK, ggf. Art. 3 EMRK zu verorten gewesen wäre, – hätte zumindest näherer Begründung bedurft.

2. Materielle rechtliche Würdigung durch den EGMR

In *Pretty v. the United Kingdom*, der Grundsatzentscheidung des EGMR zur Sterbehilfe, hatte der Gerichtshof ein Recht auf einen (selbstbestimmten) Tod aus Art. 2 EMRK als gleichsam negative Kehrseite des positiven Rechts auf Leben aus Art. 2 EMRK auf Grund von Wortlaut und Schutzzweck abgelehnt.⁷ In den Folgeentscheidungen beleuchtete der EGMR Konstellationen um (aktive) Sterbehilfe daher unter Art. 8 EMRK, verstanden als Recht auf selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit.⁸ Die auf Ebene der Zulässigkeit der Beschwerde getroffene Entscheidung für eine Beschwerdebefugnis der Angehörigen Lamberts, die einen Sterbewilligen des Patienten gerade ablehnten, verschloss der Großen Kammer freilich den Weg über Art. 8 EMRK unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung; den Ansatzpunkt der rechtlichen Würdigung durch die Große Kammer bildete mithin Art. 2 EMRK. Dieser zählt nach ständiger Rechtsprechung⁹ zu den wichtigsten, prinzipiell

⁷ EGMR *Pretty v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 29. April 2002, application no. 2346/02, § 39.

⁸ Vgl. EGMR *Haas v. Schweiz*, Urteil vom 20. Januar 2011; EGMR *Koch v. Deutschland* (Fn. 4), HRRS 2012 Nr. 720; EGMR *Gross v. Schweiz*, Entscheidung vom 14. Mai 2013, application no. 67810/10.

⁹ Vgl. nur EGMR *McCann und andere v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 27. September 1995, application no. 18984/91, § 147.

notstands- und derogationsfesten Garantien der EMRK.¹⁰ Die Parteien waren sich einig, dass zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe, letztere verstanden als – auch nach Auffassung der Eltern Lamberts – möglicherweise legitime Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen, klar zu trennen war (§§ 119 ff.). Über die Einordnung der Situation Lamberts in diese Kategorien gingen die Auffassungen der Parteien allerdings konträr auseinander; die Angehörigen sahen die Voraussetzungen für die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen anders als die Regierung als nicht gegeben an, aus ihrer Sicht komme eine Einstellung der Nahrungsversorgung einem Akt der Euthanasie gleich (§ 119). Auf Basis der vergleichsweise schlichten Begründung, das *Leonetti*-Gesetz verbiete Maßnahmen der Euthanasie und der aktiven Sterbehilfe (§§ 120, 124), kategorisierte die Große Kammer das geplante Einstellen der Ernährung Lamberts als mögliche Verletzung positiver Konventionspflichten (§ 124), womit entscheidende Weichen für die weitere Prüfung gestellt waren. Zwar gewährt der EGMR Staaten im Bereich von Schutzpflichten nicht prinzipiell einen größeren Einschätzungsspielraum (*margin of appreciation*) als im Bereich abwehrrechtlicher Konstellationen.¹¹ Konstruiert als Eingriff in Art. 2 EMRK wäre die Einstellung der Nahrungsversorgung aber unter den engen Ausnahmen des Art. 2 Abs. 1 S. 2 und Art. 2 Abs. 2 EMRK zumindest nicht zu rechtfertigen gewesen.

Die Große Kammer rekapitulierte das *case-law* zu Konstellationen der (aktiven) Sterbehilfe (§§ 137 ff.) – in denen freilich nicht Art. 2 EMRK, sondern Art. 8 EMRK Ausgangspunkt der rechtlichen Bewertung gewesen war¹² – und schloss mit der opaken Bemerkung, abgesehen von der Feststellung einer prozeduralen Verletzung des Art. 8 EMRK in *Koch v. Germany* habe er in keinem dieser Fälle auf einen Konventionsverstoß erkannt (§ 139). Leitend für die Frage, ob die Einstellung der medizinischen Versorgung mit der Konvention vereinbar sei, müssten die bislang in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sein.

Der EGMR umriss sodann zunächst *in abstracto* den Staaten in Fällen von Eingriffen in Art. 2 EMRK zukommenden *margin of appreciation* (§§ 144 ff.). Von Bedeutung sei neben der besonderen Wichtigkeit des Rechts auf Leben und der Komplexität und Sensibilität der Fragestellung der Umstand, dass eine mögliche Verletzung von positiven Konventionspflichten, nicht eine Eingriffskonstellation, in Rede stehe. Maßgeblich sei ferner, dass zwischen den Konventionsstaaten in der Frage um Beginn und Ende des Lebens kein Konsens herrsche (§ 145). Im Ergebnis müsse Frankreich ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden. Der Gerichtshof behalte sich gleichwohl vor, dessen Einhaltung im Einzelfall zu überprüfen (§ 148). Vom Beurteilungsspielraum umfasst sei nicht

¹⁰ Zu den Ausnahmen, unter denen Eingriffe in Art. 2 EMRK gerechtfertigt sein können, vgl. *Alleweldt*, *Recht auf Leben*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. (2013), Kap. 10 Rn. 57 ff.

¹¹ *Brems ZaÖRV* 1996, 240, 246.

¹² Abgesehen von der Entscheidung in EGMR *Burke v. Vereinigtes Königreich*, Entscheidung vom 11. Juli 2006, application no. 19807/06, in der der EGMR die Beschwerde unter den Artikeln 2, 3 und 8 EMRK für „manifestly ill-founded“ befand.

nur die Frage, ob passive Sterbehilfe grundsätzlich erlaubt sei, sondern auch, wie der in Fragen der Sterbehilfe virulente Widerstreit zwischen dem von Art. 2 EMRK gebotenen Lebensschutz und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 8 EMRK, konkret aufzulösen sei (§ 148).

Im nächsten Schritt prüfte der EGMR, inwiefern Verfahren und Rechtsgrundlage, die zur Entscheidung des *Conseil d'État* geführt hatten, den zuvor aus dem *case-law* entwickelten Voraussetzungen entsprachen (§§ 150-181). Diese umfassten das Vorhandensein einer hinreichend bestimmten, mit den Anforderungen von Art. 2 EMRK kompatiblen Rechtsgrundlage, die Einbeziehung von zuvor geäußerten Wünschen und Vorstellungen des Patienten und der Angehörigen in die Entscheidung über die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen, und schließlich, bei insoweit verbleibenden Zweifeln, die Möglichkeit, ein Gericht mit der Angelegenheit zu befassen (§ 143). Die erste Bedingung, die von den Beschwerdeführern bestrittene hinreichende Rechtssicherheit und Bestimmtheit des *Leonetti*-Gesetzes, sah der EGMR als erfüllt an. Das Verfahren vor dem *Conseil d'État* habe zur Klärung des Anwendungsbereichs des *Leonetti*-Gesetzes beigetragen, das demnach auch dann auf Vincent Lambert anwendbar sei, wenn er sich, wie die Beschwerdeführer argumentierten, nicht in einer „*end of life situation*“ befinde. Ferner könne angesichts des fehlenden Konsenses zwischen den Mitgliedstaaten über den Begriff der „(medizinischen) Behandlung“ auch die Subsumtion der Einstellung der Nahrungsversorgung unter den Begriff des „Behandlungsabbruchs“ im *Leonetti*-Gesetz nicht beanstandet werden (§§ 152 ff). Zur zweiten Bedingung merkte der EGMR an, weder Art. 2 EMRK selbst noch dem *case-law* ließen sich konkrete Vorgaben entnehmen, wie der Patientenwille zu berücksichtigen sei. Abstrakt fehle es zwischen den Konventionsstaaten an einem Konsens in der Frage, wie das Verfahren zur Ermittlung des Patientenwillens auszugestalten sei (§ 165). Zumindest aber seien die Anforderungen, die das *Leonetti*-Gesetz an das kollektive Entscheidungsverfahren stelle, in der Entscheidung, die zur geplanten Einstellung der Ernährung für Vincent Lambert geführt habe, sogar übererfüllt gewesen, indem, unter anderem, nicht nur ein, sondern sechs Ärzte zu Rate gezogen worden seien (§§ 166 – 168). Schließlich hatte auch das gerichtliche (Eilschutz-)Verfahren, mit dem die Beschwerdeführer den Ausgang des Kollektivverfahrens hatten angreifen können, den Anforderungen von Art. 2 EMRK genügt (§§ 169-180), indem es einen detaillierten Expertenbericht eingefordert und dem an Hand der (glaubwürdigen) Aussagen von Lamberts Ehefrau ermittelten hypothetischen Willen Lamberts hinreichendes Gewicht beigemessen habe (§§ 177-179). Im Ergebnis würde der Vollzug des *Conseil d'État*-Urteils keine Verletzung der den französischen Staat treffenden positiven Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK darstellen (§ 181); eine Untersuchung von Artt. 6 und 8 EMRK hielt der EGMR für entbehrlich (§§ 183-187).

IV. Fazit

In *Lambert and others v. France* war der EGMR mit einem doppelten *non liquet* konfrontiert: Einem moralischen –

und einem faktischen. Denn über einen für die Frage der Konventionskonformität des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen ganz entscheidenden Gesichtspunkt, nämlich den Willen Lamberts zu leben oder zu sterben, war keine Gewissheit zu erlangen. Letztendlich löste der EGMR beide Pattsituationen, wie so oft, einerseits über eine „Prozeduralisierung“ der Fragestellung und andererseits über den *margin of appreciation*, den *leeway*, innerhalb dessen er die Entscheidung einer nationalen Instanz als (noch) mit der Konvention im Einklang sieht: Die Gerichte und Behörden vor Ort sind *better placed*, das Schutzsystem der Konvention nur subsidiär und die Tatsachenfeststellungen und rechtlichen Würdigungen der nationalen Instanzen daher vorrangig zu berücksichtigen. Zweifelsohne ist der *margin of appreciation* ein legitimes Instrument zur Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen übernationaler Instanz EGMR und den nationalen Autoritäten; möglicherweise ist der den Staaten zugestandene Beurteilungsspielraum gar der entscheidende Erfolgsfaktor des EMRK-Systems.¹³ Gleichwohl ist nicht nur der z. T. als inflationär wahr genommene Gebrauch der Figur des Beurteilungsspielraums,¹⁴ sondern darüber hinaus insbesondere die Bestimmung des *margin of appreciation* in die Kritik geraten.¹⁵ Zum Ausgangspunkt nimmt der EGMR insoweit neben dem in Rede stehenden Konventionsrecht und dem existierenden *soft law* zu der aufgeworfenen Rechtsfrage eine Analyse des Bestehens oder Nichtbestehens eines Konsenses zwischen den Konventionsstaaten in der zu beantwortenden Frage.¹⁶ Auch in *Lambert and others v. France* war das Fehlen einer zwischen den Konventionsstaaten einheitlichen Herangehensweise an die Zulässigkeit von Maßnahmen passiver Sterbehilfe entscheidend für die Zuerkennung eines weiten Beurteilungsspielraums durch den EGMR. Abgesehen von grundsätzlicheren Bedenken hinsichtlich der Tauglichkeit von Mehrheitsanalysen für die Beantwortung von Rechtsfragen und hinsichtlich der Legitimität von Schlussfolgerungen aus dem rechtlichen *status quo* in den Konventionsstaaten auf das Sollen, d. h. die Verpflichtungen aus der Konvention, gibt konkret die Bestimmung des *margin of appreciation* im Fall Lambert auf Grund ihrer weitgehend einseitigen Konzentration auf die Konsensanalyse Anlass zu Kritik. So betont der EGMR zwar zu Beginn die fundamentale Bedeutung des Lebensschutzes, doch scheint dieser Aspekt für die Entscheidung der Mehrheit am Ende ebenso wenig eine Rolle gespielt zu haben wie die nur auf Ebene der Zulässigkeit anklingende Frage, ob Vincent Lambert ein „*particularly vulnerable individual*“ sei.

¹³ Vgl. dahingehend etwa *Shany* EJIL 2006, Vol. 16, No. 5, 907 – 940, 908 f.

¹⁴ Vgl. *Kratchovil* Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29 (3) 2011, 324 – 357.

¹⁵ Vgl. etwa *v. Ungern-Sternberg* Archiv des Völkerrechts (2013) Bd. 51, 312 – 338; kritisch speziell zur Referenz auf ein Urteil des Kanadischen Supreme Court zur Herleitung des *margin of appreciation* in *Pretty v. Vereinigtes Königreich* *Zoethout* ZaÖRV 2011, 787 – 806, 799 ff.

¹⁶ Vgl. nur *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 2), § 18 Rn. 20 ff. Dies sind nur einige der vom EGMR zur Bestimmung des Beurteilungsspielraums herangezogenen Faktoren. Berücksichtigt wird darüber hinaus z. B. die Existenz von verfahrensrechtlichen Überprüfungsmechanismen auf nationaler Ebene, auf Grund derer Beschwerdeführern u.U. die Möglichkeit offen steht, die ihrer Auffassung nach konventionswidrige Maßnahme anzugreifen.

Die Kategorisierung eines Individuums als „vulnerable“ verstärkt nach Rechtsprechung des Gerichtshofs nämlich staatliche Schutzpflichten¹⁷ und wäre daher auch im *Fall Lambert and others v. France* in die Bestimmung des Beurteilungsspielraums einzustellen gewesen. Für eine rechtsvergleichende Konsensanalyse wäre im Übrigen angesichts der Faktenlage im Fall *Lambert* primär ein spezieller Bezugspunkt interessant gewesen, wie Konventionsstaaten nämlich Situationen handhaben, in denen sich über den Lebenswillen der sterbenskranken Person nur mutmaßen lässt. Dieser Problematik widmet sich der Gerichtshof aber nur am Rande (§§ 74 f.). Ferner stellt sich die Frage, welche Argumente in der Abwägung von Für und Wider der Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen überhaupt zugunsten einer Beendigung der Nahrungszufuhr ins Gewicht fielen: Weder war Vincent Lamberts dahingehender Wille bekannt noch litt der Patient in der gegenwärtigen Situation nachweislich Schmerzen.

Die „prozedurale Lösung“, die der EGMR in *Lambert and others v. France* wie bereits in anderen Urteilen zur Sterbehilfe¹⁸ wählte, der Umstand nämlich, dass der Gerichtshof lediglich das nationale Entscheidungsverfahren und die Bestimmtheit des französischen Gesetzes überprüft,

¹⁷ Dieser Umstand ist im Schrifttum bislang nur selten thematisiert worden, vgl. etwa *Timmer*, A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights, in: Albertson Fineman/Greer (Hrsg.), *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (2013), S. 147 -170, S. 165 ff.; umfassend jetzt *Ippolito/Sánchez* (Hrsg.), *Protecting Vulnerable Groups, The European Human Rights Framework* (2015).

¹⁸ So etwa in EGMR *Koch v. Deutschland* (Fn. 4), HRRS 2012 Nr. 720, §§ 43 ff.; EGMR *Gross v. Schweiz*, Entscheidung vom 14. Mai 2013, application no. 67810/10, §§ 63 ff.

erlaubt *judicial self-restraint* par excellence. Solange die skizzierten Verfahrensvoraussetzungen eingehalten sind, sind die Konventionsstaaten also frei hinsichtlich der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen sogar für Personen, über deren Lebenswillen Unklarheit herrscht. Für die die Mehrheitsentscheidung tragenden Richter war das sorgfältig durchgeführte nationale Verfahren Garantie genug dafür, dass der Wille Vincent Lamberts im Ergebnis die notwendige Berücksichtigung gefunden hatte. Für nicht ausreichend befanden die *dissenters* diese im Wesentlichen prozedurale Absicherung. Ihrer Auffassung nach hätte Grundlage einer derart gravierenden Entscheidung nur ein bis an die Grenze der Gewissheit – „nothing short of absolute certainty“ – ermittelter Willen Lamberts bilden dürfen. Das Urteil scheint ferner nicht alle Zweifel der behandelnden Ärzte zerstreut zu haben: Sie wollen nun, wie die französische Presse berichtet, die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für Vincent Lambert erreichen, bevor die Nahrungsversorgung – möglicherweise – tatsächlich eingestellt wird.¹⁹

So bleibt schließlich der Eindruck, dass der EGMR, zum ersten Mal dazu berufen, zur Zulässigkeit passiver Sterbehilfe Stellung zu beziehen, eine wichtige Gelegenheit versäumt hat, sich zum Kern des Problems im Fall *Lambert and others v. France* zu äußern. Ob nämlich die Antwort auf eine dauerhaft verbleibende Ungewissheit über den Lebenswillen einer Person jemals mehr als eine Vermutung sein kann – und was sich daraus ergibt: Ob vor dem Hintergrund des Wertesystems der EMRK insofern nicht ausschließlich „in dubio pro vita“ folgen kann.

¹⁹ Siehe <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/07/24/01016-20150724ARTFIG00317-le-role-difficile-du-futur-tuteur-de-vincent-lambert.php> (abgerufen am 5.8.2015).

Aufsätze und Anmerkungen

Der hinreichende Inlandsbezug für § 6 Nr. 5 StGB – Herleitung, Rechtsnatur und Grenzfälle

Zugleich Anm. zu BGH, *Beschl. vom 18. März 2015, Az.: 2 StR 96/14 = HRRS 2015 Nr. 544*

Von Wiss. Mit. Fabian Afshar, Bucerius Law School, Hamburg

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs beabsichtigt im Rahmen eines Anfragebeschlusses vom 18. März 2015, die Strafanwendungsvorschrift des § 6 Nr. 5 StGB verfassungskonform einzuschränken. Dem Wortlaut der Norm zufolge gilt das deutsche Strafrecht beim unbefugten

Vertrieb von Betäubungsmitteln unabhängig vom Tatort und Recht des Tatorts. Nach Auffassung des Senats soll dies zukünftig nur dann gelten, wenn ein hinreichender Inlandsbezug existiert. Allein die Festnahme im Inland begründe diesen Bezug nicht, sofern dem vorgelagerten

Auslieferungsersuchen keine bereits feststehende Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zugrunde lag.¹

Für diese Thesen liefert der Senat aufschlussreiche Ausführungen zur Normlegitimation und -konkretisierung des § 6 Nr. 5 StGB. Dieser Beitrag wird sie einordnen und bewerten. Im Zuge dessen werden bisher kaum diskutierte Fragen aufgeworfen, die im Fortgang des Anfrageverfahrens berücksichtigt werden sollten.² Hierfür wird die vom Senat herangezogene Interpretation des Weltrechtsprinzips als Grundlage der Restriktionsbestrebungen untersucht (I.). Danach wird die Rechtsnatur der Einschränkung mit damit einhergehenden Folgen erörtert (II.). Im Anschluss werden die Ausführungen des Senats zur Festnahme im Inland als mögliches Beispiel eines hinreichenden Inlandsbezugs bewertet (III.). Ein Fazit schließt den Beitrag ab (IV.).

I. Weltrechtsprinzip light

Zu Beginn der Anfrage rekurriert der Senat auf die ständige Rechtsprechung des BGH, die § 6 Nr. 5 StGB dem Weltrechtsprinzip zuordnet.³ Die dazu angeführten Erwägungen sind nicht neu und weiterhin kritikwürdig, sofern mit weiten Teilen des wissenschaftlichen Schrifttums ein restriktives Begriffsverständnis in Form des sog. *echten Weltrechtsprinzips* bemüht wird.⁴ Das echte Weltrechtsprinzip soll ausschließlich völkerrechtliche Kernverbrechen umfassen. Denn erst diese Beschränkung des Anwendungsbereichs mit dem Ziel der strafrechtlichen Verteidigung global anerkannter Werte vermag eine ubiquitäre Strafbarkeit nach deutschem Recht zu legitimieren.⁵ Zwar besteht ein internationaler Konsens zur Verfolgung internationaler Drogenkriminalität. Dennoch kann nach diesem strikten Maßstab der unbefugte Vertrieb von Betäubungsmitteln aufgrund der erheblich unterschiedlichen Drogenpolitik vieler Staaten nicht als

Kernverbrechen bewertet und somit auch nicht vom echten Weltrechtsprinzip umfasst sein.⁶

Demgegenüber verteidigt der Senat einen tendenziell formalen Interpretationsansatz, der der Legislative eine enorme Deutungshoheit zuspricht. Hiernach gelte das Weltrechtsprinzip dann, wenn der Gesetzgeber sich für eine globale, von Territorium und Person gelöste Anwendbarkeit deutscher Strafvorschriften entscheide. Der Gesetzgeber genieße bei dieser Entscheidung völkerrechtlich einen weiten Ermessensspielraum.⁷ Dass die gesetzgeberische Entscheidung für § 6 Nr. 5 StGB völkerrechtlich legitim und nicht willkürlich sei, liege erstens an der grundsätzlichen Rechtfertigung durch die internationalen Vereinbarungen im Wiener Übereinkommen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen⁸ und zweitens an der ungeschriebenen, doch aus Sicht des Senats nunmehr zwingenden Voraussetzung eines hinreichenden Inlandsbezugs.⁹

Während die Ansätze zur vorhersehbaren und vor allem einschränkenden Auslegung des umstrittenen § 6 Nr. 5 StGB¹⁰ im Ergebnis Zustimmung verdienen, ist die dogmatische Herleitung des Senats zumindest punktuell in

¹ So der Leitsatz des nach § 132 Abs. 3 GVG erfolgten Anfragebeschlusses vom 18. März 2015 (Az.: 2 StR 96/14), BGH HRRS 2015 Nr. 544.

² Die Anfrage richtet sich an den 1. Strafsenat und seine Entscheidung vom 12. November 1991 (Az.: 1 StR 328/91), BGHR StGB § 6 Nr. 5 Vertrieb 2. Hierbei hält es der anfragende 2. Strafsenat für möglich, dass die ihm entgegenstehende Rechtsansicht der Entscheidung nicht tragend war und fragt sicherheitshalber an, um eine potenzielle Divergenz nicht zu übersehen, BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 25.

³ BGH HRRS 2015 Nr. 544, Rn. 8; rekurrend auf BGHSt 27, 30; 34, 1; 34, 334; BGHR StGB § 6 Nr. 5 Vertrieb 2; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 37; BGH NStZ 2010, 521; BGH NStZ 2012, 335.

⁴ Zur oftmals angeführten Differenzierung zwischen dem echten und unechten Weltrechts- bzw. Universalprinzip, nur LK/Werle/Jeßberger, 12. Aufl. (2007), Vor § 3 Rn. 245; m.w.N. MüKo/Ambos, 2. Aufl. (2013), VStGB § 1 Rn. 6; MüKo/ders., 2. Aufl. (2011), Vor § 3 Rn. 43; NK/Böse, 4. Aufl. (2013), Vor § 3 Rn. 26.

⁵ In diese Richtung z.B. LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 239 f.; MüKo/Ambos (Fn. 4), VStGB § 1 Rn. 4, 6; MüKo/ders. (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 46; m.w.N. Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts (2011), S. 280 f.; ähnlich Hilgendorf, FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät (2002), S. 354.

⁶ So im Ergebnis übereinstimmend LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 78 f.; M/R/Basak, 1. Aufl. (2013), § 6 Rn. 10; MüKo/Ambos (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 49; NK/Böse (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 26; Merkel, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 3 (Hrsg.: Lüderssen) (1998), S. 242 f.; Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (1983), Rn. 898.

⁷ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 9, der für diese rechtliche Annahme auf die Lotus-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1927 (PCIJ, Series A, No. 10, 1927) verweist; bereits BGHSt 27, 30, 33 (fortgeführt von BGHSt 34, 334) legte den Maßstab für die Völkerrechtswidrigkeit nationaler Strafgesetzgebung hoch: Notwendigkeit eines völkerrechtlichen Verbots der Strafgesetzgebung; für ein diametral entgegengesetztes Regel-Ausnahme-Verhältnis und die Notwendigkeit völkerrechtlicher Ermächtigungen jedoch jüngst Roegele, Deutscher Strafrechtsimperialismus (2014), S. 59; umfassend zur Lotus-Entscheidung und Rezeption Jeßberger (Fn. 5), S. 197 ff., 212: Kernthese der Entscheidung entspricht nach überwiegendem Teil der Völkerrechtslehre nicht mehr geltendem Völkerrecht; ebenso krit. und m.w.N. Gärditz, Weltrechtspflege (2006), S. 121 f., 138: überkommenes Lotus-Dogma; MüKo/Ambos (Fn. 4), VStGB § 1 Rn. 12: Lotus-Entscheidung überholt; Merkel, in: Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch (Hrsg.: Jeßberger/Geneuss) (2013), S. 47: Diktum grundsätzlich und schon damals nicht richtig; differenzierend aber Werle, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. (2012), Rn. 214 f.; LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 23 ff.

⁸ BGBl. 1993 II, S. 1136 ff. Das Übereinkommen sieht nicht die nationale Verankerung des Weltrechtsprinzips vor, gewährt den Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 aber einen gestalterischen Spielraum für die Ausübung der Staatsgewalt, vgl. MüKo/Ambos (Fn. 4), § 6 Rn. 14.

⁹ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 9 f.

¹⁰ Zum Verdikt der Völkerrechtswidrigkeit gelangen jüngst Roegele (Fn. 7), S. 197; Gärditz (Fn. 7), S. 306 ff.; auch bereits Merkel (Fn. 6), S. 243; zumindest Bedenken äußern Hilgendorf (Fn. 5), S. 354; LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 77; Schönke/Schröder/Eser, 29. Aufl. (2014), Vor § 3 Rn. 19; uneingeschränkt völkerrechtskonform aber nach NK/Böse (Fn. 4), § 6 Rn. 13; S/S/W/Satzger, 2. Aufl. (2014), § 6 Rn. 8.

Frage zu stellen. So mag das echte Weltrechtsprinzip zwar allein durch ein restriktives Begriffsverständnis nicht komplexe Fragestellungen beantworten¹¹ und in seiner tendenziell axiomatischen Legitimationsstruktur durchaus bestreitbar sein.¹² Dennoch neigte auch der parlamentarische Gesetzgeber mit Einführung des Völkerstrafgesetzbuches dazu, sich dem restriktiven Begriffsverständnis des überwiegenden wissenschaftlichen Schrifttums anzunähern.¹³ Vor allem aber auf Ebene der völkerrechtlichen Rechtfertigung muss sich das echte Weltrechtsprinzip nicht der umstrittenen, oft als überholt bezeichneten Lotus-Entscheidung des StIGH bedienen.¹⁴ Des Weiteren gibt es ein operativ vorhersehbares Programm mit trennscharfen Konturen vor. Unterfällt ein Delikt nämlich dem echten Weltrechtsprinzip, benötigt der Gesetzgeber keine spezifische völkerrechtliche Rechtfertigung für die globale Ausdehnung nationaler Strafnormen.¹⁵ Abseits davon ist jede gesetzgeberische Anordnung extraterritorialer Strafbarkeit rechtfertigungsbedürftig.

Im Ergebnis verteidigt der Senat hingegen eine tradierte Interpretation des Weltrechtsprinzips, die ihm operativ wie auch dogmatisch keinen Mehrwert liefert. Die im Beschluss angeführte Differenzierung zwischen völkerrechtlichen Kernverbrechen und sonstigen Delikten des Weltrechtsprinzips¹⁶ dient in der Folge als Hilfskonstruktion, um für § 6 Nr. 5 StGB einen Rechtfertigungs- und Einschränkungszwang herzuleiten. Er bestünde genauso, wenn der Senat die Norm auf Basis eines restriktiven Begriffsverständnisses nicht mehr dem Weltrechtsprinzip zugeordnet hätte.^{17 18} Auch die im Beschluss hoch bewer-

tete Rechtssicherheit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips wäre bestärkt worden,¹⁹ wenn der Senat einen funktionalen Begriff des Weltrechtsprinzips herangezogen hätte. So aber verbleibt er trotz progressiver Ansätze und eines begrüßenswerten Willens zur Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB bei der kryptischen Interpretation eines *Weltrechtsprinzips light*, das für Fragen der Legalität und Legitimität globaler Straferstreckung nach § 6 StGB im Einzelfall weiterhin ausdifferenziert werden muss. Es verbleiben daher Zweifel, ob dem Senat hier die Vorarbeit für eine zukünftig vorhersehbare Anwendung der Vorschrift gelungen ist.

II. Die Rechtsnatur und Konkretisierung des hinreichenden Inlandsbezugs

Der hinreichende Inlandsbezug soll nach Auffassung des Senats die als zwingend erachtete verfassungskonforme Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB ermöglichen.²⁰ Diese für § 6 StGB nicht völlig neuartige Voraussetzung²¹ mag zwar im Ergebnis eine „gleichförmige, der revisionsrechtlichen Kontrolle zugängliche Rechtsausübung gewährleisten“,²² doch stellt sich damit die bisher kaum geklärte Frage, welche Rechtsnatur die Einschränkung aufweist. Die Ausführungen des Senats sind nicht eindeutig, zum Teil auch widersprüchlich. Überwiegend begnügt er sich mit Aussagen, die keinen spezifischen Anknüpfungspunkt für den hinreichenden Inlandsbezug benennen.²³

1. Keine Tatbezogenheit des hinreichenden Inlandsbezugs

Zunächst ist es möglich, die Einschränkung des Inlandsbezugs als tatbezogenen Anknüpfungspunkt zu interpretieren, also stets einen hinreichenden Inlandsbezug der Tat als Voraussetzung des § 6 Nr. 5 StGB zu fordern. Hierfür kann angeführt werden, dass der Senat davon spricht, dass „diese Taten [!] über den Wortlaut der Vorschrift hinaus einen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen [müssen]“ und eine „materiell-rechtliche Einschrän-

wendungsvorschrift verschiedene völkerrechtliche Geltungsprinzipien als Legitimationsgrundlage Anwendung finden, wäre dabei weder eine problematische noch eine strafsistematisch neuartige Folge, vgl. bereits zu § 5 StGB a.F. BT-Drucks. 4/650, S. 109.

¹¹ Zu zwingenden Folgefragen nur MüKo/Ambos (Fn. 4), VStGB § 1 Rn. 8; Hilgendorf, (Fn. 5), S. 353 f.

¹² Vgl. aber jüngst zur Legitimation des echten Weltrechtsprinzips und der Rechtfertigung einer „schmalen Deckungslücke in der Legitimation eines echten Weltrechtsprinzips“ Merkel (Fn. 7), S. 45 ff., 59; zu jüngeren europäischen Tendenzen zur Einschränkung des Weltrechtsprinzips aber Werle (Fn. 7), Rn. 221 f.

¹³ BT-Drucks. 14/8524: § 1 VStGB als Verankerung des Weltrechtsprinzips, da ausdrücklich kein Bezug zum Inland vorliegen muss; vgl. auch die Terminologie der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/4267, S. 2; 17/992, S. 7; es wird nicht verkannt, dass der Gesetzgeber § 6 Nr. 5 StGB in der Vergangenheit eindeutig dem Weltrechtsprinzip zuordnete (BT-Drucks. 6/650, S. 109, wenn auch mit Verweis auf die problematische Kulturstaaten-Formel, hierzu krit. LK/Werle/Jeßberger [Fn. 4], Vor § 3 Rn. 238; MüKo/Ambos [Fn. 4], Vor § 3 Rn. 41; vgl. auch BT-Drucks. 12/989, S. 31) und er selbst nach Schaffung des VStGB terminologische Stringenz vermissen ließ, vgl. BT-Drucks. 17/1213, S. 9.

¹⁴ Zur Kritik an dieser Entscheidung bereits Fn. 7.

¹⁵ Für „völkerrechtliche Kernverbrechen“ als Chiffre für Delikte des echten Weltrechtsprinzips explizit BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 13, nachdem bereits BGHSt 46, 292, 307 an der Notwendigkeit eines hinreichenden Inlandsbezugs für § 6 Abs. 1 StGB a.F. (Völkermord gem. § 220a StGB) zweifelte, den BGHSt 45, 65, 66 noch zwingend forderte.

¹⁶ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 13.

¹⁷ In diese Richtung bereits Oehler JR 1977, 424, 426, der im Bereich der Betäubungsmitteldelikte das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege eingreifen lassen würde; vgl. auch LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 35 f., 82; Vertragsprinzip als mögliches Geltungsprinzip; MüKo/Ambos (Fn. 4), § 6 Rn. 15: Auswirkungsgrundsatz. Dass in der Konsequenz dann innerhalb des Katalogs einer Strafan-

¹⁸ Jedoch greift die von Roegele (Fn. 7), S. 196 geäußerte Kritik nicht durch, der BGH unterläge einem konzeptionellen Missverständnis, sofern es das Weltrechtsprinzip durch einen hinreichenden Inlandsbezug zu legitimieren versucht. Die Annahme wäre richtig, wenn der BGH den Interpretationsansatz eines echten Weltrechtsprinzips verfolgen würde, was – wie bereits erörtert – nicht zutrifft.

¹⁹ Vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15.

²⁰ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 10.

²¹ Zur Historie und Bedeutung der Einschränkung zu § 6 StGB insgesamt Hilgendorf (Fn. 10), S. 348 f.; LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 27 ff.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), § 5 Rn. 74; spezifisch zu § 6 Nr. 5 StGB LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 80.

²² BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15.

²³ Vgl. den Leitsatz von BGH HRRS 2015 Nr. 544 sowie Rn. 7, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24.

kung des Tatbestandes“ erfolge.²⁴ Bei systematischer Betrachtung verweisen zudem die prägenden Merkmale des Strafanwendungsrechts (§§ 3 ff. StGB) in der Regel auf tatbezogene Umstände, so z.B. auf Zeit und Ort (§§ 8 f. StGB) der Tat und auf die Begehung der Tat. Des Weiteren bestimmt das Strafanwendungsrecht die allgemeinen Geltungsvoraussetzungen der deutschen Strafnormen und wird daher unbestritten als Bestandteil des materiellen Strafrechts verstanden.²⁵ Darauf basierend werden Strafanwendungsregeln von Teilen des wissenschaftlichen Schrifttums als „vorgeklammerte“ Tatbestandsmerkmale der Delikte des Besonderen Teils angesehen.²⁶ Anhand dieser Erwägungen läge es nahe, die Einschränkung eines Tatbestandsmerkmals ebenfalls als tatbezogenes Merkmal zu interpretieren.

Bereits die im Beschluss aufgezählten Beispiele für einen hinreichenden Inlandsbezug²⁷ verdeutlichen jedoch, dass der Senat trotz der teils missverständlichen Passagen definitiv keine Tatbezogenheit gefordert haben kann. Die meisten der aufgezählten Beispiele weisen nämlich überhaupt keinen Bezug zu Tatbeständen des Betäubungsmittelstrafrechts auf. So wird die Einfuhr eines zuvor vertriebenen Betäubungsmittels oft erst nach tatbestandlicher Vervollendung des § 29a Abs. 1 BtMG erfolgen. Weiterhin wird der inländische Sitz einer Rohstoff liefernden Firma meist mit Handlungen verknüpft sein, die mit der Produktion der Betäubungsmittel (also zeitlich weit vor dem Vertrieb) zusammenhängen und daher nur dem Vorbereitungsstadium zugeordnet werden können. Auch die Festnahme des sich freiwillig im Bundesgebiet befindlichen Beschuldigten setzt einen Tatverdacht hinsichtlich der bereits begangenen Straftat voraus.

Verstünde man den hinreichenden Inlandsbezug als vorgeklammerte Tatbestandsvoraussetzung der von § 6 Nr. 5 StGB umfassten Delikte, hätte dies zudem massive dogmatische und rechtspolitisch zweifelhafte Folgen für die Normbefehle des Betäubungsmittelstrafrecht. Jedenfalls für zeitlich nachgelagerte Inlandsbezüge (u.a. spätere Einfuhr der Drogen, freiwilliger Aufenthalt des Beschuldigten) müsste das „neue“ Tatbestandsmerkmal dogmatisch konsequent eine extreme und unvorhersehbare Verschiebung des Vollendungseintritts in die Zukunft zur Folge haben. So bliebe z.B. ein bewaffneter französischer Großdealer nach dem Verkauf seiner Ware nach deutschem Recht zunächst straflos. Wenn er sich nun nach Jahren entscheidet, in seiner Freizeit Deutschland zu besuchen, träte mit seinem freiwilligen Aufenthalt plötzlich die Vervollendung des § 30a BtMG ein. Dieses dogmatische Spektakel im Betäubungsmittelstrafrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kann nicht gewollt sein, sodass spätestens nach diesen Erwägungen feststeht, dass die Einschränkung nicht tatbezogen verstanden werden kann. Einen hinreichenden Inlandsbezug der Tat

²⁴ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 10, 15; ähnlich bereits BGHSt 34, 334, 338: „Inlandsberührung der Tat“.

²⁵ Vgl. nur BVerfG wistra 2003, 255, 257.

²⁶ Neumann, FS Müller-Dietz (2001), S. 605; m.w.N. Pawlik ZIS 2006, 274, 283; NK/Böse (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 51; mit umfassender Stellungnahme jüngst auch Jeßberger (Fn. 5), S. 119 ff.; Roegele (Fn. 7), S. 11 ff.

²⁷ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 17.

verstanden als deliktischer Tatbestand verlangt der Senat also nicht.

2. Keine Einschränkung durch eine objektive Bedingung der Strafbarkeit

Der materiell-rechtliche Charakter des hinreichenden Inlandsbezugs könnte gleichwohl dadurch plausibilisiert werden, dass der überwiegende Teil des Schrifttums die Strafanwendungsvorschriften der §§ 3 ff. StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit interpretiert.²⁸ Dann liegt es zumindest nahe, die einschränkende Voraussetzung einer objektiven Bedingung auch selbst als eine solche zu verstehen. Der strafrechtliche Deliktsaufbau bietet zudem keinen weiteren sinnvollen Anknüpfungspunkt für die Voraussetzung, sofern der 2. Strafsenat an dem unmissverständlich erklärten materiell-rechtlichen Verständnis des hinreichenden Inlandsbezugs festhalten möchte.²⁹

Allerdings bestehen gewichtige Gründe gegen eine Interpretation des hinreichenden Inlandsbezugs als objektive Bedingung der Strafbarkeit bzw. als materiell-rechtliche Voraussetzung. Zunächst lohnt sich ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Voraussetzung: Deutete der BGH die Möglichkeit der Einschränkung des § 6 StGB durch einen legitimierenden Anknüpfungspunkt in ihrer Geburtsstunde nur als nicht näher begründete Neigung an,³⁰ bezeichnete er in späteren Fällen den Inlandsbezug als „berechtigte[n] Anlaß [...] gegen den Angeklagten einzuschreiten“.³¹ Bei Fehlen eines Inlandsbezugs verstieß die Strafverfolgung – nicht die materielle Strafbarkeit bzw. Anwendung deutschen Strafrechts – gegen das Nichteinmischungsprinzip.³² Weiterhin entschied das Gericht, dass kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die „Begründung der deutschen Gerichtsbarkeit“ vorlag, als lediglich das Tatopfer einen inländischen Aufenthaltsort aufwies.³³ Zwar lassen sich Ausführungen finden, die den Inlandsbezug als Voraussetzung der „Anwendbarkeit deutschen Strafrechts“ bezeichnen.³⁴ Doch wird ersichtlich, dass der 2. Strafsenat mit der expliziten Einordnung als materiell-rechtliche Voraussetzung zumindest dogmatisch Neuland betritt.

Gegen die Einordnung des hinreichenden Inlandsbezugs als objektive Bedingung der Strafbarkeit spricht auch, dass sonst eine Anknüpfung an einen Merkmalstypus erfolgt, der schon im Rahmen seiner geschriebenen Erscheinungsformen (bspw. in §§ 231, 323a StGB) erhebliche Irritationen mit Grundsätzen der Strafrechtsdogmatik

²⁸ Statt vieler und m.w.N. LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 452; Satzger (Fn. 21), § 5 Rn. 7.

²⁹ Vgl. nur BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15.

³⁰ BGHSt 27, 30, 32 mit krit. Anm. Oehler JR 1977, 424. Zwar bezogen sich diese Äußerungen auf die Einschränkung des § 6 Nr. 1 StGB a.F., doch stellt dies für die Frage nach der dogmatischen Einordnung der Voraussetzung keinen beachtlichen Unterschied dar, weshalb die hierzu auffindbare Rechtsprechung Berücksichtigung findet.

³¹ BGHSt 34, 334, 339.

³² BGH NSTZ 1994, 232, 233.

³³ BGH NSTZ 1999, 236.

³⁴ Vgl. BGHR StGB § 6 Nr. 5 Vertrieb 2.

auslöst.³⁵ Zwar ist es zutreffend, dass Voraussetzungen des Strafanwendungsrechts vom überwiegenden Teil des Schrifttums als objektive Bedingungen der Strafbarkeit interpretiert werden, doch wirkt dieser Ansatz vornehmlich durch die im Ergebnis als zutreffend erachteten Resultate im Kontext der Irrtumsdogmatik (vor)bestimmt.³⁶ Hier sollte jedoch beachtet werden, dass die Vorschrift des § 6 StGB für die bezeichneten Delikte nach dem strikten Wortlaut zunächst überhaupt keine einschränkende Voraussetzung aufstellt.³⁷ Schränkt man § 6 Nr. 5 StGB daher durch das Erfordernis eines hinreichenden Inlandsbezugs ein, wird der hinreichende Inlandsbezug selbst zur einzigen Voraussetzung der Norm. Nach Lesart der überwiegenden Auffassung im Schrifttum wäre der hinreichende Inlandsbezug damit die für § 6 Nr. 5 StGB maßgebliche objektive Bedingung der Strafbarkeit.³⁸ Selbst wenn diese Bedingung nach überwiegender Auffassung nicht dem Tatbestand zuzuordnen ist, verbleibt jedoch der Umstand, dass auch objektive Bedingungen der Strafbarkeit entscheidenden Einfluss auf den Strafanspruch und damit verbundene Gesichtspunkte aufweisen. So beginnt die Verjährung erst mit Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, sofern sie den Tathandlungen zeitlich nachgelagert ist.³⁹ Die damit bedingte Unverjährbarkeit von Drogendelikten ohne Bezug zum Bundesgebiet wirkt intuitiv zunächst befremdlich. Wenn der Inlandsbezug aber als materiell-rechtliches Kriterium nicht nur die Verfolgbarkeit der Tat zulässt, sondern den deutschen Strafanspruch erst begründet, gilt nicht nur im Zivilrecht: Verjährung beginnt frühestens mit Entstehung des Anspruchs.

Bezüglich der hier angedeuteten Anomalie kann auch nicht überzeugend entgegnet werden, dass die Strafan-

wendungsvorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit eingeordnet wird und ebenfalls stets erst nach der Tat eingreifen kann. Denn erstens ist bereits fraglich, ob alle Strafanwendungsnormen überhaupt als objektive Bedingungen der Strafbarkeit verstanden werden müssen. Zweitens und entscheidender besitzen § 6 StGB und § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB normkonzeptionell und -legitimatorisch einen völlig anderen Unterbau. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB beruht auf dem völkerstrafrechtlichen Stellvertretungsprinzip.⁴⁰ Mit anderen Worten: Die Vorschrift dient materiell der Durchsetzung eines ausländischen und damit bereits entstandenen Strafanspruchs durch die deutsche Strafjustiz. Da dem Beschuldigten also nie ein absoluter Vertrauensschutz zustand,⁴¹ können die rechtsstaatlichen Bedenken für diese bereits „erstaunliche Regelung“⁴² – begründet durch den faktischen Rückwirkungscharakter in Form nachtatlicher Begründung deutscher Strafgewalt – zumindest abgeschwächt werden. Praktisch können Härten der Bestrafung nach deutschem Recht zudem verhindert werden, wenn nach zutreffender Ansicht Verfolgungshindernisse des vertretenen Staates zwingend Berücksichtigung finden müssen.⁴³

Grundsätzlich anders verhält es sich bei § 6 StGB. Hier wirkt die Strafanwendungsregel konzeptionell konstituierend für den Strafanspruch.⁴⁴ Folglich besäße die objektive Bedingung der Strafbarkeit einen deutlich problematischeren Rückwirkungseffekt, ohne dass dem Betroffenen eine im Ausland begründete Strafbarkeit bekannt gewesen sein muss. Auch die bereits erwähnte Verjährungsproblematik stellt sich somit völlig neu für § 6 Nr. 5 StGB, vor allem wenn dem Betroffenen ein Rückgriff auf Verfolgungshindernisse fremder Rechtsordnungen verwehrt bleibt.

Weiterhin soll nur kurz auf die Problematik der Teilnahme strafbarkeit hingewiesen werden, sofern der hinreichende Inlandsbezug als materiell-rechtliche Voraussetzung in Form einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit verstanden wird. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat kann nur vorliegen, wenn überhaupt eine Straftat vorliegt, folglich auch für sie die objektive Bedingung der Strafbarkeit eingetreten ist.⁴⁵ Das Erfordernis einer Haupttat für die Teilnahme strafbarkeit folgt zwar nicht aus § 6 Nr. 5 StGB, gleichwohl aber aus den Voraussetzungen der §§ 26 f. StGB. Existiert die Haupttat materiell-rechtlich erst mit Eintritt des hinreichenden Inlandsbezugs, kann der Teilnehmer erst und nur dann bestraft werden, wenn Täter und Teilnehmer jeweils den Inlands-

³⁵ Exemplarisch für diese Kritik m.w.N. nur Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), Rn. 6 ff.; in jüngerer Vergangenheit Rönna JuS 2011, 697 f.

³⁶ Vgl. nur Satzger (Fn. 21, § 5 Rn. 7; ähnlich Safferling, Internationales Strafrecht, 1. Aufl. (2011), § 3 Rn. 5; MüKo/Ambos (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 3; Miller/Rackow ZStW 117 (2005), 379, 413 f.

³⁷ Etwas anderes ließe sich nur vertreten, sofern man den Deliktstatbeständen des materiellen Strafrechts universelle Gültigkeit zusprechen wollen würde und dem Katalog des § 6 StGB für alle nicht erfassten Delikte im Umkehrschluss eine einschränkende Wirkung bemisst; hiergegen aber jüngst Jeßberger (Fn. 5), S. 128 f.; davor bereits Neumann, (Fn. 26), S. 600 ff.; vgl. auch Pawlik, FS f.-Chr. Schröder (2006), S. 360 f.

³⁸ Freilich könnte ein anderer Interpretationsansatz gewählt werden. Wird die Voraussetzung negativ formuliert als „Fehlen eines hinreichenden Inlandsbezugs“, könnte sie materiell-rechtlich als Strafausschließungsgrund interpretiert werden. Strafausschließungsgründe können insofern als sachliches Gegenstück zu objektiven Strafbarkeitsbedingungen angesehen werden, vgl. Rönna JuS 2011, 697. Im Vergleich zu bisher bekannten Erscheinungsformen (u.a. §§ 257 Abs. 3, 258 Abs. 5, 6 StGB) wäre eine Einordnung des Inlandsbezugs jedoch noch atypischer und befremdlicher. So wäre ab Ansetzen zur Tatbegehung ein Strafausschließungsgrund „aktiv“, bis der Betroffene einen Inlandsbezug herstellt, hierdurch der Strafausschließungsgrund nach der Tat wegfällt und eine Bestrafung des Betroffenen dann möglich ist.

³⁹ LK/Schmid, 12. Aufl. (2008), § 78a Rn. 15; MüKo/Mitsch, 2. Aufl. (2012), § 78a Rn. 10, Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 10), § 78a Rn. 13/14.

⁴⁰ Statt vieler LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 7 Rn. 8, 46.

⁴¹ Vgl. Gärditz (Fn. 7), S. 395; LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 7 Rn. 87; MüKo/Ambos (Fn. 4), § 7 Rn. 26; im Falle nachträglicher Strafanwendung nur Bestrafung nach dem milderen Recht (lex mitior); Jeßberger (Fn. 5), S. 130 f.: Transformationsregeln nicht unrechtskonstituierend.

⁴² Satzger (Fn. 21), § 5 Rn. 84.

⁴³ Vgl. nur LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 7 Rn. 46; MüKo/Ambos (Fn. 4), § 7 Rn. 13; SK/Hoyer, 111. Lfg. (Stand: Juni 1997), § 7 Rn. 5; Satzger (Fn. 21), § 5 Rn. 99 ff.; diff. Schönke/Schröder/Eser (Fn. 10), § 7 Rn. 11.

⁴⁴ Statt vieler AnwK/Zöller, 2. Aufl. (2015), § 6 Rn. 2: originäre Staatsgewalt.

⁴⁵ Vgl. MüKo/Joicks (Fn. 4), Vor §§ 26, 27 Rn. 27; Schönke/Schröder/Heine/Weißer (Fn. 10), Vor §§ 25 ff., Rn. 34.

bezug aufweisen. Eine Durchbrechung der limitierten Akzessorität gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB gilt nur, wenn der Teilnehmer einer Auslandstat im Inland gehandelt hat. Sie gilt jedoch nicht für Auslandsteilnahmen an Auslandstaten, die ausschließlich über § 6 Nr. 5 StGB erfasst werden können.⁴⁶ Diese aufgezeigte Lücke soll nicht als Plädoyer für ein kriminalpolitisches Bedürfnis der Teilnahme strafbarkeit trotz nicht strafbarer Haupttat verstanden werden. Wird das dogmatisch einzig stringente Ergebnis aber in Zukunft durch Ausnahmen gelockert, sollte der BGH überdenken, ob ein materiell-rechtlich verstandener Inlandsbezug der zielführendste Weg ist.

Darf der Senat im Ergebnis § 6 Nr. 5 StGB nun mit dem rechtsstaatlich schmuckvolleren Etikett einer „materiell-rechtlichen“ Einschränkung des Anwendungsbereichs versehen? Sicherlich wäre im Gegensatz zu den Resultaten einer strikten Wortauslegung der Vorschrift für das Ziel einer behutsamen Anwendung deutschen Strafrechts damit bereits sehr viel gewonnen. Sofern die Rechtsprechung die soeben nur skizzierten dogmatischen Folgen und Friktionen in Zukunft aber vernachlässigt oder durch spätere Ausnahmen sogar aushebelt, sollte der BGH sich bewusst sein, dass er eine Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB durch eine „materiell-rechtliche“ Voraussetzung vornimmt, die *erstens* ungeschrieben und *zweitens* noch kaum konkretisiert ist. Sie weist *drittens* einen problematischen, den Strafanspruch begründenden rückwirkenden Effekt auf und lässt sich *viertens* nicht stringent einem materiell-rechtlichen Typus des Delikts – insbesondere nicht der objektive Bedingung der Strafbarkeit – zuordnen.⁴⁷ Zur Schaffung eines kaum systematisierbaren Sondertypus der objektiven Bedingung der Strafbarkeit existiert jedoch eine sinnvolle und ehrliche Alternative: Die Interpretation des hinreichenden Inlandsbezugs als prozessuale Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB.⁴⁸

3. Hinreichender Inlandsbezug als unbedingtes Verfolgungshindernis sui generis

Vorzugswürdig ist damit ein Ansatz, der den hinreichenden Inlandsbezug nicht als materiell-rechtliches sondern prozessuales Strafverfolgungshindernis versteht und plausibilisieren kann. Sempel und systematisch stringent wäre die Möglichkeit, die Einschränkung an das strafprozessuale Verfolgungsermessen nach § 153c StPO zu

knüpfen.⁴⁹ Fehlt der Inlandsbezug, führt dies zu einer Ermessenreduzierung auf Null und die Einstellung des Verfahrens durch die Strafverfolgung wäre zwingend. Eine solche auf Absehen der Verfolgung durch die Justiz hinauslaufende Lösung wurde vom Senat indes ausdrücklich abgelehnt.⁵⁰ Und auch die auf individuelle Sachverhalte konzipierte Anwendung der Opportunitätsvorschriften lässt daran zweifeln, ob § 153c StPO tatsächlich der richtige und vor allem ausreichende Anknüpfungspunkt einer verfassungskonformen Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB sein kann.⁵¹

Wenn damit eine Einschränkung erforderlich ist, die der Einstellung nach § 153c StPO vorgeht, muss das Fehlen eines hinreichenden Inlandsbezugs als *unbedingtes Strafverfolgungshindernis sui generis* interpretiert werden. Dabei sind dem deutschen Strafrecht Strafverfolgungshindernisse aus Erwägungen des internationalen Rechts keineswegs unbekannt. So setzt das im Gemeinschaftsrecht verankerte transnationale *ne bis in idem* (Art. 54 SDÜ, 50 GRCh) zunächst die nach materiellem Recht begründete Strafbarkeit des Beschuldigten voraus, verbietet dann aber eine Strafverfolgung durch die deutsche Justiz.⁵² Der vom BGH entwickelte hinreichende Inlandsbezug für § 6 Nr. 5 StGB kann in seiner Herleitung auf Gesichtspunkte des Rechtsstaatsprinzips und der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3, 25 GG) zurückgeführt werden.⁵³ Es besteht insofern konzeptionell eine gewisse Parallelität, da trotz materieller Strafbarkeit die Strafverfolgung aus international begründeten Gesichtspunkten ausscheiden muss. Schließlich kann ein unbedingtes prozessuales Strafverfolgungshindernis eine ausufernde extraterritoriale Strafanwendung ebenso gleichförmig, vorhersehbar und damit überzeugend verhindern, wenn zumindest im Ergebnis und ohne Ermessensspielraum keine Anwendung deutscher Strafgewalt stattfinden kann.⁵⁴

Dogmatisch lässt sich diese Einordnung begründen, sofern die materiell-prozessuale Doppelnatur der Strafanwendungsvorschriften anerkannt wird.⁵⁵ Rechtsprak-

⁴⁶ Außer Betracht gelassen werden die strafbarkeitserweiternden Möglichkeiten beim Teilnehmer über das Personalitätsprinzip im Rahmen der §§ 5, 7 Abs. 2 StGB.

⁴⁷ Zudem muss die Frage erlaubt sein, ob nicht bereits befremdliche Züge einer richterlichen Rechtsfortbildung erreicht werden, sofern ein materiell-rechtliches Konzept etabliert werden soll, dass sich deutlich von der ursprünglich gesetzgeberischen Konzeption der §§ 6 StGB, 153c StPO („materiell rein, prozessual raus“) entfernt.

⁴⁸ Vgl. zu dieser Einordnung bereits Eser, FG BGH 50 Bd. IV (2000), S. 3, 28: Einschränkung des materiellen Strafanwendungsrechts als vorzugswürdige Alternative [!] gegenüber Einschränkung durch Voraussetzung des Inlandsbezugs; NK/Böse (Fn. 4), § 6 Rn. 8; Vor § 3 Rn. 51: (ungeschriebene) Einschränkungen verfahrensrechtlicher Natur.

⁴⁹ Vgl. Schönke/Schröder/Eser (Fn. 10), § 6 Rn. 1.

⁵⁰ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 14 f.

⁵¹ So im Ergebnis auch LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 8.

⁵² BeckOK-StPO/Inhofer, Stand: 15.01.2015, RB (EU) 2002/584/JI Art. 54 Rn. 42.

⁵³ Vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15 f.; unter Verweis auf das Nichteinmischungsprinzip als völkerrechtliches Gebot bereits BGH NSTZ 1994, 232, 233; 1999, 236.

⁵⁴ Diese Auffassung kann mit beachtlichen jedoch hier nicht zu erörternden Argumenten bestritten werden, sofern im Rahmen der völkerrechtskonformen Beurteilung des § 6 Nr. 5 StGB zwischen der materiell-rechtlichen „jurisdiction to prescribe“ und der prozessualen „jurisdiction to adjudicate/enforce“ differenziert wird; hierzu statt vieler MüKo/Ambos (Fn. 4), VStGB § 1 Rn. 4. In welcher Form § 6 Nr. 5 StGB eingeschränkt wird, muss aber als Vorfrage der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität der Einschränkung geklärt werden, sodass die zweite Fragestellung zukünftigen Untersuchungen vorbehalten werden soll; dazu bereits Eser (Fn. 48), S. 28; zum Verhältnis von prozessualen und materiell-rechtlichen Korrekturpotenzialen andeutungsweise auch LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), § 6 Rn. 38.

⁵⁵ Zur Herleitung nur MüKo/Ambos (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 4; vgl. auch Mankowski/Bock JZ 2008, 555, 556 f.; Safferling

tisch führt die mangelnde Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach den §§ 3 ff. StGB ohnehin nicht zum Freispruch sondern – wie sonst nur bei zwingenden Verfahrensvoraussetzungen – zur Einstellung des Strafverfahrens.⁵⁶ Wenn damit im Ergebnis sowieso ein Gleichlauf „materiell-rechtlicher“ und prozessualer Interpretationen des hinreichenden Inlandsbezugs besteht, drohen auch keine systematischen Brüche im Strafanwendungsrecht, sollte man § 6 Nr. 5 StGB durch ein prozessuales Strafverfolgungshindernis einschränken.

Dass es sich um ein *unbedingtes* Strafverfolgungshindernis handeln muss, lässt sich explizit aus den Erwägungen zum Verhältnis des § 6 Nr. 5 StGB zu § 153c StPO und indirekt aus der verfassungsrechtlichen Herleitung der einschränkenden Voraussetzung schließen. Unmissverständlich erklärt der Senat, dass § 153c StPO erst Anwendung finden dürfe, wenn ein Inlandsbezug angenommen werden kann.⁵⁷ Die Einschränkung muss daher vor den Opportunitätsbefugnissen der Strafverfolgung eingreifen. Die Unbedingtheit bzw. Absolutheit dieser Reihenfolge begründet der Senat aus dem Gedanken der Rechtssicherheit, die durch eine der revisionsrechtlichen Kontrolle zugängliche Rechtsausübung besser gewährleistet werde, als durch eine gerichtlich nicht überprüfbare Ermessensentscheidung.⁵⁸ Während die vom Senat erwähnte zwingende Verbindung zwischen der Rechtssicherheit und einer rechtsstaatlich konformen Auslegung des § 6 Nr. 5 StGB im Detail hinterfragt werden kann,⁵⁹ sind die Äußerungen zum Potenzial einer verfassungskonformen Einschränkung der Vorschrift durch prozessuale Opportunitätsvorschriften äußerst begrüßenswert.⁶⁰ So darf das Einschränkungsbefürfnis im Anwendungsbereich der Vorschrift nicht allein in die Hände von Exekutivorganen gelegt werden und die verhältnismäßige Anwendung nicht nur „im Ergebnis“ gelingen, selbst wenn Vorschriften wie die Richtlinien für das Strafverfahren

(Fn. 36), § 3 Rn. 5; differenzierend LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 3 ff., 267: materielle Geltungsbereichsnormen mit prozessualen Wirkungen, wenn auch zur Auslegung des § 5 StGB doch „ein spezifisch strafenwendungsrechtlich-prozessuales Verständnis des Merkmals „Täters“ geboten“ sei (§ 5 Rn. 26).

⁵⁶ Statt vieler LK/Werle/Jeßberger (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 10.

⁵⁷ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15.

⁵⁸ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15.

⁵⁹ Sicherlich lässt sich mittelfristig ein Zugewinn an Rechtssicherheit durch höchstrichterliche Konkretisierung eines einschränkenden Merkmals erreichen. Zumindest konzeptionell und kurzfristig wirkt ein Fortschritt durch Etablierung eines ungeschriebenen und in Konturen unscharfen Merkmals aber fraglich. Im vorliegenden Fall hätte daher argumentiert werden können, die verfassungskonforme Auslegung der Norm stieße an ihre Grenzen, sodass erst eine gesetzgeberische Neukonzeption des § 6 StGB unter deutlicherer Berücksichtigung der Bestimmtheit i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG eine für den Normbetroffenen akzeptable Situation hätte schaffen können.

⁶⁰ Die deutlich ausgesprochene Skepsis hinsichtlich der Leistungsfähigkeit von Opportunitätsvorschriften kann in Kontrast zu vergangenen Ansätzen der Rechtsprechung im Rahmen der verfassungskonformen Einschränkung überschweifender materieller Vorschriften gesetzt werden kann, vgl. exemplarisch nur BVerfG 90, 145 („Cannabis“).

und das Bußgeldverfahren (RiStBV) konkretisierungsfähige Kriterien beinhalten könnten.⁶¹

Damit kann der hinreichende Inlandsbezug entgegen der Ausführungen im Beschluss nur als strafprozessuales Verfolgungshindernis verstanden werden, das aus dem Rechtsstaatsprinzip und der völkerrechtskonformen Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB fließt. Dieser zwar dogmatisch stimmigen Einordnung folgt jedoch eine ernüchternde Erkenntnis. So kann die grundsätzlich überzeugende Einschränkung des Senats nicht vermeiden, dass gem. § 6 Nr. 5 StGB jeder unbefugte Vertrieb von Betäubungsmitteln, unabhängig vom Tatort und den Wertungen der fremden Rechtsordnung, nach deutschem Recht weiterhin materiell strafbar bleibt. Nichtsdestotrotz überzeugt das prozessuale Verständnis der Einschränkung. Denn jeder materiell-rechtliche Interpretationsansatz muss sich an seinen dogmatischen Folgen messen lassen, die hier nur ansatzweise skizziert werden konnten. Werden sie ignoriert oder durch fragwürdige Ausnahmen behoben, kann man bezweifeln, ob die Voraussetzung des hinreichenden Inlandsbezugs als zusätzlicher Flickenteppich im bereits systemfreien Raum des Strafanwendungsrechts überhaupt einen Mehrwert bietet. Das dogmatische Unbehagen im Detail soll dennoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Restriktionsansatz des Senats im Ergebnis begrüßenswert ist. Den hinreichenden Inlandsbezug als prozessuales Verfolgungshindernis zu verstehen, würde die Voraussetzung aber auf ein systematisch stabileres Fundament führen.

III. Die Festnahme des Beschuldigten nach seiner Auslieferung als nicht hinreichender Inlandsbezug

Dass eine Festnahme nach vorangegangener Auslieferung die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach § 6 Nr. 5 StGB nicht begründen darf, wenn das Auslieferungersuchen diese Anwendbarkeit zuvor bereits voraussetzt,⁶² ist überzeugend. Die Strafverfolgung kann nicht Zwangsmaßnahmen ohne rechtliche Grundlage anordnen bzw. durchführen, um dadurch die Voraussetzungen des Strafanwendungsrechts und daraus abgeleitete Eingriffsbefugnisse zu begründen. So plausibel diese Beurteilung erscheinen mag, muss das Vorgehen des Senats dennoch als äußerst erfreuliche und historisch nicht selbstverständliche Handhabe gewürdigt werden. Zwar gelangt der Senat zu diesem Resultat formell durch eine Konkretisierung der „Festnahme im Inland“ als denkbar hinreichenden Inlandsbezug.⁶³ In der Sache erfolgt aber eine unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten positiv zu bewertende Gesamtbetrachtung bzw. „Fortwirkung“ des verfahrensrechtlich rechtswidrigen Auslieferungersuchen

⁶¹ Für § 153c StPO und Nr. 94 Abs.1 RiStBV vom 2. Strafsenat aber ausdrücklich ausgeschlossen, BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 14.

⁶² BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 21.

⁶³ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 21: Nachfolgende Festnahme im Inland dann nur unmittelbare Folge und kein tragfähiger hinreichender Inlandsbezug.

chens auf den vom Senat als materiell-rechtliches Kriterium verstandenen Inlandsbezug.⁶⁴

In diesem Kontext stellen sich sodann interessante Folgefragen, wenn das Auslieferungsersuchen im konkreten Fall als rechtsgrundloses Handeln des Staates abstrahiert bzw. als juristisches Nullum erfasst wird. Dann muss konsequenterweise erörtert werden, ob jedes staatliche oder staatlich zurechenbare Verhalten ohne rechtlichen Grund – oder zumindest ohne bereits bestehende Anwendbarkeit deutschen Strafrechts – dazu führen muss, dass eine nachfolgende Festnahme nur als unmittelbare Folge und damit nicht als hinreichender Inlandsbezug zu berücksichtigen ist. Darf es zum Beispiel einen Unterschied machen, wenn der Betroffene nicht aufgrund eines Auslieferungsersuchens sondern deutlich radikaler durch ein überambitioniertes Einsatzkommando rechtswidrig und heimlich entführt und in das Bundesgebiet verbracht wird, um anschließend den Akt der inländischen Festnahme durchzuführen? Abseits dieses etwas überspitzten Beispiels werden aber auch Grenzfälle auftreten, in denen der BGH dann Farbe bekennen und verdeutlichen muss, wie sehr der hinreichende Inlandsbezug als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips zu verstehen ist. Wie verhält es sich z.B. mit einem verdeckten Ermittler, der einen bedeutenden niederländischen Drogenlieferanten zu einem „gemütlichen Abendessen“ nach Deutschland einlädt?

Nicht nur das vom Senat herangezogene Rechtsstaatsprinzip und die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sprechen dabei für eine grundsätzlich eingrenzende und stringente Handhabe bei der Konkretisierung des hinreichenden Inlandsbezugs. Soll eine verfassungskonforme Einschränkung des § 6 Nr. 5 StGB gelingen, muss sich der BGH auch einer Garantiefunktion der nunmehr zwingenden Voraussetzung gegenüber jedem potenziellen ausländischen Normadressaten bewusst sein. Dem ausländischen Betroffenen bietet die Einordnung als „materiell-rechtliche“ Voraussetzung für sich allein keinen Mehrwert. Vor allem folgt aus dieser Einordnung keine vorhersehbarere Ausübung deutscher Strafgewalt. Die Strafverfolgung wird es zudem nicht interessieren, ob sie ihre „Freiheit“ wie bisher aus dem Ermessensspielraum des im Beschluss gescholtenen § 153c StPO oder aus einer potenziell drohenden kasuistischen und unklaren Auslegung des hinreichenden Inlandsbezugs entnimmt. Der Senat erklärt dabei ausdrücklich, die zukünftige Rechtsausübung einer revisionsrechtlichen Kontrolle

⁶⁴ Vgl. zu eher differenzierten Betrachtungen des BGH zur Fort- und Fernwirkung rechtswidriger Maßnahmen nur die Darstellungen zum Umfang des Verwertungsverbots nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO bei Löwe/Rosenberg/Gless, 26. Aufl. (2007), § 136a Rn. 74 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl. (2015), § 136a Rn. 30 ff.

unterstellen zu wollen.⁶⁵ So wird der BGH zum Gralshüter der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von § 6 Nr. 5 StGB. Die vom Senat geforderte Einschränkung sollte dann bereits abstrakt erkennbare Grenzen deutscher Strafverfolgung ermöglichen, damit Differenzen der internationalen Drogenpolitik nicht letzten Endes doch eine dezisionistisch anmutende deutsche Strafverfolgungspraxis ermöglichen.

IV. Fazit

Die Stoßrichtung des Anfragebeschlusses überzeugt. Insbesondere die Feststellungen des Senats zur Notwendigkeit eines legitim begründeten Inlandsbezugs sind unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten konsistent und uneingeschränkt begrüßenswert. Dabei ist eine stringente und restriktive Annahme des hinreichenden Inlandsbezugs in zukünftig auftretenden Grenzfällen erforderlich, sofern dem BGH eine überzeugende gleichförmige, der revisionsrechtlichen Kontrolle zugängliche Rechtsausübung tatsächlich gelingen soll.

Leider nutzt der Senat bei den einleitenden Ausführungen zum Weltrechtsprinzip zwecks Herleitung des hinreichenden Inlandsbezugs nicht das dogmatische Klarstellungspotenzial, das ihm der Beschluss bot. Insofern verteidigt er ohne Bedarf einen tradierten aber kaum funktionalen Begriff des Weltrechtsprinzips. Zudem kann die einschränkende Voraussetzung des hinreichenden Inlandsbezugs trotz missverständlicher Passagen nicht als tatbestandsbezogene Voraussetzung der konkreten Betäubungsmittelstraftat verstanden werden. Entgegen den Ausführungen des Senats überzeugt auch die Einordnung als materiell-rechtliches Merkmal nicht, da hierdurch kaum beabsichtigte dogmatische Friktionen drohen. Vorzugswürdig ist es daher, das Merkmal als unbedingtes prozessuales Strafverfolgungshindernis sui generis zu verstehen.

Abschließend kann der Beschluss des 2. Strafsenats dennoch als bedeutender und im Ergebnis überzeugender Schritt in Richtung einer völkerrechtlich behutsameren Ausübung deutscher Strafgewalt auf Auslandssachverhalte bewertet werden. Die dogmatischen Unklarheiten im Detail sollten nicht darüber hinwegtäuschen, dass der eingeschlagene Weg Zustimmung verdient und der Rechtsauffassung des Anfragebeschlusses gefolgt werden sollte.⁶⁶

⁶⁵ BGH HRRS 2015 Nr. 544 Rn. 15.

⁶⁶ Zur Verfahrensmöglichkeit des 1. Strafsenats die potenzielle Divergenz zu verneinen und die entgegenstehende Rechtsauffassung als nicht tragend zu erklären bereits Fn. 2.

Zur Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonderem gesetzlichen Milderungsgrund

Von Dr. Sebastian Sobota, Mainz

Die Wahl des richtigen Strafrahmens ist kompliziert, wenn besonders schwerer Fall und besonderer gesetzlicher Milderungsgrund zusammentreffen. Ein alltägliches Beispiel veranschaulicht das Problem und gibt Anlass, seine Lösung auf Grundlage von Rechtsprechung und Literatur zu untersuchen. In diesem Rahmen wird insbesondere die umstrittene analoge Anwendung des § 50 StGB diskutiert. Eine Leitentscheidung des BGH wirft zudem die Frage auf, ob für die Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von Versuch und Regelbeispiel etwas Abweichendes gilt. Den Abschluss bildet ein Leitfadens, wie der Strafrahmen jeweils zu bestimmen ist.

I. Einleitung

Trotz ihrer eingeschränkten Überprüfbarkeit im Revisionsverfahren hält die Strafzumessung für den Richter einige Fallstricke bereit.¹ Insbesondere wenn er die Strafe dem falschen Strafrahmen entnimmt, wird sein Urteil regelmäßig im Strafausspruch aufgehoben.² Besondere Probleme wirft die Wahl des richtigen Rahmens auf, wenn Strafrahmenmodifikationen und gesetzliche Milderungsgründe aufeinander treffen.³ Soweit es sich um modifizierte Strafrahmen für *minder* schwere Fälle handelt, bestimmt das Gesetz in § 50 StGB, dass ein Umstand, der allein oder mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falls begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB ist, nur einmal berücksichtigt werden darf. Nicht erfasst ist dagegen die ganz ähnliche – sozusagen eine Ebene höher angesiedelte – Konstellation, in der ein Täter einen benannten *besonders schweren* Fall (Regelbeispiel⁴) verwirklicht und gleichzeitig die Voraussetzungen eines besonderen gesetzlichen Milderungs-

grundes erfüllt.⁵ Besonders häufig betrifft dies in der richterlichen Praxis den Diebstahlstatbestand nach § 242 StGB einschließlich § 243 Abs. 1 S. 2 StGB, die sexuelle Nötigung nach § 177 StGB einschließlich Vergewaltigung u.a. in § 177 Abs. 2 S. 2 StGB und Tatbestände⁶ aus dem sog. Nebenstrafrecht.⁷ Die genannten Regelbeispiele können mit einer Vielzahl besonderer gesetzlicher Milderungsgründe zusammentreffen, zu denen primär die obligatorischen und fakultativen Milderungen aus dem Allgemeinen Teil des StGB in §§ 13 Abs. 2, 17 S. 2, 21, 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 StGB zählen.⁸

Ein Beispiel für eine solche „Alltagskonstellation“⁹: Der Täter begeht einen Diebstahl unter den erschwerenden Umständen des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB, befindet sich zum Zeitpunkt der Tat aber nicht ausschließbar im Zustand verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB.

Der Tatrichter steht nun vor der Frage, welchem Strafrahmen er die Strafe zu entnehmen hat. Denkbar wäre es in diesem Fall, anhand der von der Rechtsprechung praktizierten Gesamtwürdigung darüber zu entscheiden, ob die Vermutung des Regelbeispiels durchgreift (II.). Je nach Ergebnis der Abwägung käme dann entweder der ggf. nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB zu mildernde Sonderstrafrahmen zur Anwendung (II. 1.) oder dem Regelbeispiel wäre die Indizwirkung abzusprechen, d.h. der besonders schwere Fall würde verneint und der Richter gelangte zurück zum Normalstrafrahmen des § 242 Abs.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Volker Erb an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (JGU).

¹ S. zur Relevanz in der Rspr. des BGH die jüngste Übersicht von Detter in: NStZ 2014, 388 u. NStZ 2014, 441.

² So auch NK/Kett-Straub, StGB, 4. Aufl. (2013), § 49 Rn. 22.

³ Aktuell Detter NStZ 2014, 388 ff.; s. früher schon Horn, in: Gedächtnisschrift für A. Kaufmann (1989), S. 591.

⁴ Obwohl es in § 213 Alt. 1 StGB auch einen benannten *minder* schweren Fall gibt, bezieht sich der Begriff „Regelbeispiel“ vorliegend nur auf benannte *besonders schwere* Fälle.

⁵ Das Gleiche gilt auch für die Konstellation, in der strafzumessungserhebliche Umstände die Annahme eines *unbenannten* besonders schweren Falls nahelegen, aber gleichzeitig ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund zugunsten des Täters eingreift wie z.B. bei BGH NStZ 2004, 200.

⁶ Etwa § 29 Abs. 1 u. 3 BtMG, § 52 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 WaffG, § 370 Abs. 1 u. 3 AO.

⁷ So auch Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 1141; bez. § 242 StGB bereits Lieben NStZ 1984, 538 mit Zahlen aus der Strafverfolgungsstatistik 1982 in Fn. 1. Aktuelle Zahlen für das Jahr 2013 in: Statistisches Bundesamt, Rechtspflegestatistik: Strafverfolgung 2013, S. 36.

⁸ Zusätzlich existieren Milderungsgründe im Besonderen Teil, meist im Zusammenhang mit tätiger Reue wie z.B. §§ 142 Abs. 4, 239a Abs. 4 StGB.

⁹ SK-StGB/Horn, StGB, 8. Aufl. (2014), § 46 Rn. 72.

1 StGB (II. 2.). Im letzteren Fall müsste zusätzlich – und damit wäre man wieder beim eingangs genannten § 50 StGB – geklärt werden, ob der Strafrahmen des Grundtatbestandes gem. §§ 21, 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist. Stehen im Einzelfall mehrere Strafrahmen in Konkurrenz, etwa weil sowohl ein Absehen von der Anwendung des Sonderstrafrahmens als auch dessen Milderung möglich ist, stellt sich noch die Frage, nach welchen Kriterien zwischen ihnen zu wählen ist (II. 3.).

Ebenso wäre es denkbar, statt im Wege einer Gesamtwürdigung über seine Anwendung zu entscheiden, stets ohne weiteres den Strafrahmen des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB zu wählen und ggf. nur noch nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB zu mildern (III.).

Rechtsprechung und Literatur geben zudem Anlass zu klären, ob etwas anderes gilt, wenn Regelbeispiel und Versuch zusammentreffen (IV.).

Diese Fragen gilt es im Folgenden mit besonderem Augenmerk auf die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zu beantworten, bevor die Lösung schließlich in einem gedanklichen Schema zusammengefasst wird.¹⁰

II. Die Ansicht der Rechtsprechung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) hat der Richter stets im Rahmen einer eingehenden Gesamtwürdigung zu beurteilen, ob „das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten ist.“¹¹ Das soll explizit auch für *benannte* besonders schwere Fälle gelten, deren Indizwirkung im Einzelfall widerlegbar sei.¹² Denn Regelbeispiele sind keine zwingenden (Qualifikations-)Tatbestände, sondern ihre Nähe zum Tatbestand erschöpft sich nach dem Verständnis der Rechtsprechung darin, dass im Fall ihrer Verwirklichung ohne weiteres von einem besonders schweren Fall auszugehen ist, wenn *nicht* gewichtige Milderungsgründe hinzutreten.¹³ Liegt dagegen ein vertypter Milderungsgrund vor, kann er für sich allein oder zusammen mit weiteren mildernden Umständen im Rahmen einer Gesamtabwägung zu dem Ergebnis führen, dass die besonders Schwere des Falls zu verneinen ist.¹⁴

¹⁰ Nicht erörtert wird hier dagegen der grundsätzliche Streit über die richtige Methode zur Bestimmung von minder oder besonders schwerem Fall. S. dazu etwa die Kritik an der Rechtsprechung von *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 512 ff.; *Horn*, in: Gedächtnisschrift für A. Kaufmann (1989), S. 573; *Frisch/Bergmann* JZ 1990, 944; *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht (2004), S. 207 ff.

¹¹ BGHSt 29, 319, 322 = NJW 1981, 692, 693; s.a. BGHSt 23, 254, 257 = NJW 1970, 1196, 1197; BGHSt 28, 318, 319 = NJW 1979, 1666; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, (o. Fn. 7), Rn. 1143 ff.

¹² BGH NStZ 1983, 268; BGH NJW 1986, 1699; BGH NStZ 1990, 595; BGH HRRS 2009 Nr. 987.

¹³ *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (o. Fn. 7), Rn. 1143; BGH NStZ-RR 1998, 299.

¹⁴ BGH NStZ 1983, 268; BGH StV 1985, 147; BGH NJW 1986, 1699; BGH NStZ-RR 2003, 297; BGH HRRS 2009

Unter dieser Prämisse sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

1. Erst schärfen, dann mildern

Wenn der Richter trotz des besonderen gesetzlichen Milderungsgrundes die besondere Schwere des Falls bejaht, muss er anschließend bei *fakultativen* Milderungen wie § 21 StGB noch nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob der verschärfte Strafrahmen wiederum nach § 49 StGB zu mildern ist.¹⁵ Bei *obligatorischen* Milderungen wie § 27 Abs. 2 S. 2 StGB ist der Sonderstrafrahmen *immer* zu reduzieren. Eine analoge Anwendung des § 50 StGB (dazu sogleich) steht in diesen beiden Fällen nicht im Raum, weil der besondere gesetzliche Milderungsgrund noch nicht „verbraucht“ wurde, um die Indizwirkung des Regelbeispiels zu widerlegen.¹⁶

2. Doppelverwertung des besonderen gesetzlichen Milderungsgrundes

Häufig wird die Gesamtwürdigung der Tat und der Persönlichkeit des Täters unter Einschluss des besonderen gesetzlichen Milderungsgrundes jedoch dazu führen, dass der Richter im Ergebnis keinen besonders schweren Fall annimmt. Bevor er nun aber den Normalstrafrahmen anwenden kann, muss er sich fragen, ob er nicht eine Milderung nach § 21 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen hat. Denn diese *Milderung* wurde nicht unmittelbar angewendet, sondern der ihr zu Grunde liegende Umstand lediglich zur *Widerlegung* der Indizwirkung des Regelbeispiels herangezogen. Zweifel an einer nochmaligen Verwertung dieses Umstands ergeben sich indes aus dem bereits genannten § 50 StGB, der die doppelte Berücksichtigung eines Umstands zur Begründung eines *minder schweren Falls* und gleichzeitig zur Milderung nach § 49 StGB untersagt. Nach seinem Wortlaut ist § 50 StGB zwar nicht unmittelbar einschlägig,¹⁷ aber beim Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonderem gesetzlichen Milderungsgrund steht ebenfalls eine zweifache Verschiebung des Strafrahmens zu Gunsten des Täters im Raum, die aufgrund *desselben* Umstands erfolgen würde. Somit passt der Rechtsgedanke des § 50 StGB ohne Einschränkung auf diese eine Ebene höher angesiedelte Konstellation.¹⁸ Das dürfte wohl auch der Grund dafür sein, dass der 1. Strafsenat in einem Beschluss aus dem Jahr 1986 dem Tatgericht für die neue Hauptverhandlung lapidar mit auf den Weg gab, dass in diesen Fällen „entsprechend dem Grundgedanken des § 50 StGB eine nochmalige Strafrahmenverschiebung durch Herabsetzung des Regelstrafrahmens nach §§ 21,

Nr. 987; BGH HRRS 2011 Nr. 716; BGH NStZ-RR 2012, 207 = HRRS 2012 Nr. 444; s.a. *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015), § 46 Rn. 92 m.w.N.

¹⁵ S. dazu nur *Fischer* (o. Fn. 14), § 49 Rn. 3 m.w.N.

¹⁶ Anders früher lediglich *Dreher* MDR 1974, 57 und wohl auch *Braunsteffer* NJW 1976, 736, 739.

¹⁷ Näher dazu LK/*Theune*, StGB, 12. Aufl. (2006), § 50 Rn. 10

¹⁸ *Braunsteffer* in: NJW 1976, 736, 739 entnimmt § 50 StGB den allgemeinen Grundsatz, dass ein und derselbe Umstand nur einmal eine Strafrahmenverschiebung begründen kann.

49 Abs. 1 StGB nicht in Frage käme“.¹⁹ Ähnlich lässt sich eine Bemerkung des 3. Strafsenats verstehen, mit der er darauf hinweist, dass nach der Zurückverweisung „bei Bejahung eines besonders schweren Falles der Beihilfe des Betrugs anstelle der gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB vorgeschriebenen Milderung des sich aus § 263 Abs. 3 StGB ergebenden Strafrahmens die Strafe auch aus dem nicht mehr gem. § 49 Abs. 1 StGB zu mildernden Regelstrafrahmen des § 263 Abs. 1 StGB entnommen werden kann.“²⁰ Eine wichtige Konsequenz dieser Ansicht ist es, dass in der oben beschriebenen Gesamtwürdigung vorrangig auf die ggf. vorliegenden *unbenannten* gewichtigen Milderungsgründe (z.B. Ersttat, Geständnis etc.) abgestellt werden muss,²¹ weil ihr zufolge der besondere Milderungsgrund nur einmal eine Strafrahmenverschiebung begründen kann. Erst wenn die *allgemeinen* Milderungsgründe nicht zur Widerlegung der Indizwirkung ausreichen, dürfen die *besonderen* herangezogen werden.

Nachdem der 2. Strafsenat zunächst noch Zustimmung signalisiert hatte – allerdings ohne Zitat und mehr implizit als mit Begründung in der Sache –,²² distanzierte er sich später wieder und sah die Frage ausdrücklich als offen an²³. Auch der 5. Strafsenat äußerte kurz darauf vorsichtig Zweifel an der analogen Anwendung des § 50 StGB.²⁴ Diese Zurückhaltung ist freilich nicht ganz nachvollziehbar, handelte es sich doch im Beschluss des 1. Senats ebenso wie im Urteil des 3. Senats insoweit nicht um *Entscheidungen* i.S.d. § 132 Abs. 2 GVG, sondern nur um *obiter dicta* in Form der sog. Segelanweisung, denen sie ohne weiteres hätten widersprechen können²⁵. In der Literatur stößt die in ihnen zum Ausdruck gebrachte Ansicht ganz überwiegend auf Ablehnung.²⁶ In der Sache ist erneut zu differenzieren:

¹⁹ BGH NJW 1986, 1699, 1700 (sogar als amtlicher Leitsatz!).
²⁰ BGH, Urt. v. 22.05.1991 – 3 StR 87/91 = BGHR § 263 Abs. 3 StGB Gesamtwürdigung 3.
²¹ So zutr. *Eisele* (o. Fn. 10), S. 304 Fn. 110. S. zur vergleichbaren Lage beim minder schweren Fall *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 50 Rn. 3; instruktiv *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 38. Aufl. (2014), Rn. 177 ff.
²² Nach BGH StV 1999, 490 sei es „aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden“, dass das Landgericht „eine weitere Milderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB konsequenterweise abgelehnt (§ 50 StGB) [hat].“ Der BGH hob das Urteil dennoch auf, weil es die Kammer versäumt hatte, die Wahl zwischen Normalstrafrahmen und gemildertem Sonderstrafrahmen zu erörtern (s. dazu sogleich unter II. 3.).
²³ BGH NStZ 2004, 200, 201.
²⁴ BGH NStZ-RR 2004, 205, 206 = HRRS 2004 Nr. 328.
²⁵ BGHSt 11, 319, 322 f. = NJW 1958, 1050, 1051.
²⁶ LK/*Theune* (o. Fn. 17), § 50 Rn. 10; SSW/*Eschelbach*, StGB, 2. Aufl. (2013), § 50 Rn. 2 f.; *Fischer* (o. Fn. 14), § 50 Rn. 2; NK/*Kett-Straub* (o. Fn. 2), § 50 Rn. 10; *Streng* (o. Fn. 10), Rn. 696; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (o. Fn. 7), Rn. 1157; krit. nun auch *Schönke/Schröder/Stree/Kinzig*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 50 Rn. 7 [anders zuvor noch *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, 26. Auflage (2006), § 50 Rn. 7]; a.A. ohne Begründung *MüKo-StGB/Maier*, StGB, 2. Aufl. (2012), § 49 Rn. 18; *Eisele* (o. Fn. 10), S. 305 f. kommt auf Grundlage seiner Interpretation (Regelbeispiele = Tatbestandsmerkmale) zum selben Ergebnis, indem er entgegen der h.M. § 46 Abs. 3 StGB anwendet.

a) Obligatorische Milderung

Handelt es sich bei der Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB um eine *obligatorische*, wie z.B. bei § 27 Abs. 2 S. 2 StGB oder § 28 Abs. 1 StGB, kann eine Reduzierung des Normalstrafrahmens nur in *analoger* Anwendung des § 50 StGB versagt werden. Gegen eine Analogie wird jedoch zu Recht eingewendet, dass ihr das unstreitig auch für die Vorschriften des Allgemeinen Teils geltende²⁷ Verbot strafscharfender Analogie aus Art. 103 Abs. 2 GG entgegensteht.²⁸ Denn die Wirkung des besonderen gesetzlichen Milderungsgrundes zu begrenzen, wirkt sich für den Angeklagten nachteilig aus.²⁹ Der obligatorische Milderungsgrund erzwingt *de lege lata* demnach selbst dann eine Reduzierung des Normalstrafrahmens, wenn er zuvor bereits zur Verneinung des besonders schweren Falles herangezogen worden ist.³⁰ Die Auffassung des 3. Senats im genannten Urteil³¹, mit dem er das neue Tatgericht auf den trotz § 27 Abs. 2 S. 2 StGB „nicht mehr gem. § 49 Abs. 1 StGB zu mildernden Regelstrafrahmen des § 263 Abs. 1 StGB“ verweist, ist wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot abzulehnen. Einzig der Gesetzgeber könnte (und sollte) den Wertungswiderspruch beseitigen, indem er den Anwendungsbereich des § 50 StGB erweitert.³²

b) Fakultative Milderung

Anders sieht dies bei den häufigen *fakultativen* Milderungen aus, wie sie etwa die §§ 13 Abs. 2, 17 S. 2, 21, 23 Abs. 2 StGB vorsehen. Hier steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Richters, ob er den Normalstrafrahmen mildert.³³ Da es sich um eine trichterliche Einzelbewertung handelt, ist nicht ersichtlich, warum der Richter den Rechtsgedanken des § 50 StGB an dieser Stelle nicht heranziehen dürfte.³⁴ Solange er sich bewusst ist, dass er eine *Entscheidungsmöglichkeit* hat, und nicht etwa – wie es der genannte Beschluss³⁵ des 1. Strafsenats aber nahe legt – pauschal davon ausgeht, dass die Milderung *per se* zu unterbleiben hat, handelt es sich nicht um eine (verbotene) Analogie. In dieser Konstellation, die auch im o.g. Beispiel vorliegt, lässt sich das Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonderem gesetzlichen Milderungsgrund also widerspruchsfrei auflösen.

²⁷ BGHSt 42, 158, 161 = NJW 1996, 2663, 2664; BGHSt 42, 235, 241 = NJW 1997, 138, 140; s.a. *Gribbohm*, in: Festschrift für Salger (1995), S. 39 f.
²⁸ LK/*Theune* (o. Fn. 17), § 50 Rn. 10; SSW/*Eschelbach* (o. Fn. 24), § 50 Rn. 2 f.; *Fischer* (o. Fn. 14), § 50 Rn. 2; NK/*Kett-Straub* (o. Fn. 2), § 50 Rn. 10; *Streng* (o. Fn. 10), Rn. 696.
²⁹ SSW/*Eschelbach* (o. Fn. 24), § 50 Rn. 2.
³⁰ SSW/*Eschelbach* (o. Fn. 24), § 50 Rn. 3, *Gribbohm*, in: Festschrift für Salger (1995), S. 39, 45.
³¹ O. Fn. 20.
³² Dazu müsste der Wortlaut „ein Umstand, der allein oder mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falles begründet“ einfach um den Zusatz „oder der Annahme eines besonders schweren Falles entgegensteht“ ergänzt werden.
³³ O. Fn. 15.
³⁴ LK/*Theune* (o. Fn. 17), § 50 Rn. 11; SSW/*Eschelbach* (o. Fn. 24), § 50 Rn. 3; NK/*Kett-Straub* (o. Fn. 2), § 50 Rn. 10; *Streng* (o. Fn. 10), Rn. 696; *Gribbohm*, in: Festschrift für Salger (1995), S. 39, 45; KG, Beschl. v. 03.05.2013 – (4) 121 Ss 69/13 = StV 2013, 745 (LS).
³⁵ O. Fn. 19.

3. Normalstrafrahmen oder gemilderter Sonderstrafrahmen?

Verneint der Richter wegen des Milderungsgrundes den besonders schweren Fall, lehnt dann jedoch – z.B. unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 50 StGB – eine fakultative *Milderung* nach § 49 StGB ab, muss er noch eine weitere Überlegung anstellen: Er muss prüfen, ob für den Angeklagten der Normalstrafrahmen oder der nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB reduzierte Strafrahmen des besonders schweren Falls milder ist, und nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen den Strafrahmen wählen sowie seine Wahl im Urteil erörtern.³⁶ Nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur besteht indes keine Pflicht, den für den Angeklagten *günstigeren* Strafrahmen³⁷ zu wählen, sondern der Richter muss im Falle mehrerer anwendbarer Strafrahmen in den Urteilsgründen lediglich erkennen lassen, dass er sich der Wahlmöglichkeit *bewusst* gewesen ist.³⁸ Doch auch wenn der BGH nicht den günstigeren Strafrahmen einfordert – meines Erachtens zu Unrecht, denn welcher Gesichtspunkt außer der Meistbegünstigung des Angeklagten soll hier berücksichtigt werden?³⁹ –, riskiert der Tatrichter angesichts der üblichen Weite der gemilderten Strafrahmen *ohne Not* die Aufhebung seines Urteils, wenn er seiner Strafzumessung im Vertrauen auf eine „freie Wahl“⁴⁰ den strengeren Rahmen zu Grunde legt.⁴¹

III. Gegenansichten

In der Literatur stößt bereits die Prämisse der Rechtsprechung auf Widerspruch, dass auch im Falle der Verwirklichung eines Regelbeispiels im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung über die besondere Schwere des Falls *entschieden* werden soll.⁴² Zwei Gegenansichten seien hier kurz dargestellt.

1. Die Ansicht *Braunsteffers*

Soweit ersichtlich als eine der ersten hat sich *Braunsteffer* vor ca. 40 Jahren auf Grundlage der damals infolge der Großen Strafrechtsreform noch vergleichsweise unklaren Rechtsprechung und Literatur näher mit der „Strafzumessung bei Zusammentreffen von Regelbeispiel und

Milderungsgrund“ beschäftigt.⁴³ In ihrer Untersuchung unterscheidet sie jeweils zwischen *fakultativen* und *obligatorischen* sowie die *Schuldfrage* und die *Strafffrage* betreffenden Milderungen und kommt in allen vier Varianten zu dem Ergebnis, dass nur eine Milderung des verschärften Sonderstrafrahmens zutreffend ist.⁴⁴ Bei den obligatorischen die Schuldfrage betreffenden Milderungsgründen (§§ 27 Abs. 2, 30 Abs. 1 StGB) begründet sie dies maßgeblich mit der Erwägung, dass eine nochmalige Berücksichtigung eines strafbegründenden Umstands bei der Strafzumessung gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB verstoßen würde.⁴⁵ Auch für die fakultativen die Schuldfrage betreffenden Milderungsgründe (§§ 13 Abs. 2, 23 Abs. 2 StGB) sei keine andere Lösung angezeigt, weil die Überlegungen des Richters, etwa wenn er den Versuch einer Tat in einem besonders schweren Fall angenommen habe, im Hinblick auf die Indizwirkung des Regelbeispiels abgeschlossen seien und sich nur noch die Frage einer möglichen Milderung stelle.⁴⁶ Im Rahmen der obligatorischen die Strafffrage betreffenden Milderungen, zu denen sie §§ 28 Abs. 1, 35 Abs. 2 S. 2 StGB zählt, argumentiert *Braunsteffer* vorwiegend mit den sinnwidrigen Ergebnissen, die eine Berücksichtigung des Milderungsgrundes schon bei der Strafrahmenwahl verursachen würde.⁴⁷ Insbesondere könne ein und derselbe Umstand (Milderungsgrund) wegen des Rechtsgedankens des § 50 StGB nur einmal zur Begründung einer Milderung herangezogen werden. Schließlich sollen die übrigen fakultativen die Strafffrage betreffenden Milderungen (§§ 17, 21, 35 Abs. 1 S. 2 StGB) nicht anders behandelt werden.⁴⁸ Andernfalls würde ihrer Auffassung nach dem Richter die Milderungsmöglichkeit des Sonderstrafrahmens in den Fällen genommen, in denen er trotz Milderungsgrundes die besondere Schwere bejaht, weil er dann schon „verbraucht“ wäre – worin der „Verbrauch“ liegen soll, wenn sich der vertypete Milderungsgrund in der Abwägung nicht durchsetzt, bleibt jedoch unklar.

2. Die Ansicht *Horns*

Horn will die von ihm als „Kompensationslösung“ bezeichnete Rechtsprechung nur hinnehmen, soweit *sowohl* die besondere *als auch* die mindere Schwere eines Falles „deliktsspezifisch“ begründet wird, wie dies zum Beispiel bei einem besonders schweren Fall einer Tötung (§ 212 Abs. 2 StGB) unter den „tötungsspezifischen“ (Provokations-)Umständen des § 213 Alt. 1 StGB der Fall wäre.⁴⁹ Unter diesen Voraussetzungen sei der „minder schwere Fall eines besonders schweren Falles“ der Normalfall.⁵⁰ In allen übrigen Fällen, namentlich dort, wo der *besonders schwere* Fall mit einem *allgemeinen* Grund für eine Strafrahmensenkung zusammentrifft, lehnt er das Vorgehen der Rechtsprechung ab, weil damit unzulässigerweise

³⁶ BGH NStZ-RR 2009, 9 = HRRS 2008 Nr. 951; vgl. auch BGH NStZ-RR 2000, 43. So ist der nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafrahmen des § 177 Abs. 2 StGB (Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 11 Jahren und 3 Monaten) für den Angeklagten günstiger als der des § 177 Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 15 Jahren).

³⁷ Regelmäßig wohl derjenige mit der niedrigeren Untergrenze, s. SK-StGB/*Horn/Wolters* (o. Fn. 9), § 50 Rn. 5 m.w.N.

³⁸ BGHSt 21, 57, 59 = NJW 1966, 1326; BGH NStZ 1982, 200; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (o. Fn. 7), Rn. 933; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 21), § 50 Rn. 2; a.A. *Frisch* JR 1986, 89; *Streng* (o. Fn. 10), Rn. 542; SK-StGB/*Horn/Wolters* (o. Fn. 9), § 50 Rn. 5.

³⁹ SK-StGB/*Horn/Wolters* (o. Fn. 9), § 50 Rn. 5 m.w.N.; NK/*Kett-Straub* (o. Fn. 2), § 50 Rn. 14.

⁴⁰ So aber BGHSt 21, 57, 59 = NJW 1966, 1326.

⁴¹ SK-StGB/*Horn/Wolters* (o. Fn. 9), § 50 Rn. 5 m.w.N. Vgl. etwa den zu weit geratenen LS der Schriftleitung zu BGH NStZ-RR 2010, 305 (= HRRS 2011 Nr. 193).

⁴² Überblick bei *Eisele* (o. Fn. 10), S. 221 ff.

⁴³ *Braunsteffer* NJW 1976, 736.

⁴⁴ *Braunsteffer* NJW 1976, 736, 739.

⁴⁵ *Braunsteffer* NJW 1976, 736, 737.

⁴⁶ *Braunsteffer* NJW 1976, 736, 738.

⁴⁷ *Braunsteffer* NJW 1976, 736, 739.

⁴⁸ *Braunsteffer* NJW 1976, 736, 739.

⁴⁹ SK-StGB/*Horn* (o. Fn. 9), § 46 Rn. 72. Ähnlich bez. § 243 StGB: MüKo-StGB/*Schmitz* (o. Fn. 24), § 243 Rn. 6; SK-StGB/*Hoyer* (o. Fn. 9), § 243 Rn. 5 ff.; NK/*Kindhäuser* (o. Fn. 2), § 243 Rn. 5; *Eisele* JA 2006, 309, 311.

⁵⁰ SK-StGB/*Horn* (o. Fn. 9), § 46 Rn. 72.

strafhöhenrelevante Umstände bereits zur Voraussetzung für die Festlegung des Strafrahmens gemacht würden.⁵¹ Vor allem werde ohne dogmatisch begründbaren Zwang für die besonders schweren Fälle eine andere Lösung als für die Qualifikationstatbestände vorgegeben, obwohl es sich bei der Entscheidung des Gesetzgebers für die eine oder andere Form nach der seines Erachtens zutreffenden Ansicht des BGH⁵² mehr um eine formale Frage der Gesetzestchnik handele.⁵³ Horn spricht sich daher für eine den Qualifikationstatbeständen entsprechende Lösung aus: Wäre die abzuurteilende Tat ohne den gesetzlichen Milderungsgrund als besonders schwerer Fall zu werten, so soll schon damit zunächst einmal der erhöhte Sonderrahmen ausgelöst werden; dieser sei dann ggf. über § 49 StGB zu reduzieren, sofern die hierfür erforderlichen speziellen Voraussetzungen vorliegen.⁵⁴

IV. Sonderfall: Versuch und Regelbeispiel

Dogmatisch nochmals komplizierter und im Einzelnen stark umstritten ist die Strafrahmenwahl, wenn der vertypete Milderungsgrund des Versuchs (§ 23 Abs. 2 StGB) mit einem Regelbeispiel zusammentrifft.⁵⁵ Hier ist im ersten Schritt zu fragen, wann die (ggf. zu widerlegende) *Regelvermutung* für den besonders schweren Fall überhaupt vorliegt.

1. Ist das Grunddelikt vollendet, das Regelbeispiel jedoch nicht, tritt die Indizwirkung nach der herrschenden Ansicht nicht ein, weil sich § 22 StGB nur auf *Straftatbestände* und nicht auf *Strafzumessungsvoraussetzungen* bezieht.⁵⁶ In diesem Fall treffen Strafrahmenmodifikation und gesetzlicher Milderungsgrund also gar nicht aufeinander.

2. Weitgehend Einigkeit besteht auch für den Fall, dass das Regelbeispiel vollendet, der Grundtatbestand dagegen nur versucht wird. Am Beispiel von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB etwa, wenn der Täter in ein Gebäude eindringt, aber nichts wegnimmt. Hier greift die Indizwirkung nach herrschender Ansicht ein, weil der Wortlaut („Tat“; „Diebstahl“ etc.) auch den Versuch umfasst.⁵⁷

3. Werden dagegen sowohl Grundtatbestand als auch Regelbeispiel nur versucht, ist stark umstritten, ob die besondere Schwere indiziert ist. Nach der Ansicht von BGH und Teilen der Literatur soll dies der Fall sein, weil die Regelbeispiele im Ergebnis wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln seien.⁵⁸ Andere Stimmen in der Literatur und die *frühere* OLG-Rechtsprechung lehnen dies mit Blick auf die unterschiedliche Rechtsnatur der Regelbeispiele ab.⁵⁹

In den beiden letztgenannten Varianten ist demnach auf Grundlage der herrschenden Ansicht von der Indizwirkung des Regelbeispiels auszugehen. Dann ist im zweiten Schritt zu fragen, ob sie im Rahmen der beschriebenen Gesamtabwägung u.U. durch den besonderen gesetzlichen Milderungsgrund in § 23 Abs. 2 StGB widerlegt werden kann. Schmitz etwa geht in der 2. Konstellation (vollendetes Regelbeispiel bei versuchtem Grunddelikt) davon aus, dass der Umstand der Nicht-Vollendung des Grundtatbestandes *immer* Anlass geben wird zu prüfen, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels nicht widerlegt ist.⁶⁰ Auch wenn sich dazu keine explizite BGH-Entscheidung findet, erscheint dies unter der Prämisse der ständigen Rechtsprechung konsequent, weil es nach ihr stets darauf ankommt, ob das *gesamte* Tatbild derart vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten ist.⁶¹ Der Umstand, dass die Tat nicht über das Versuchsstadium hinausgekommen ist, kann demnach grundsätzlich eine solche Abweichung begründen.

Man sollte deshalb meinen, dass die Widerlegung der Regelvermutung wegen des vertypeten Milderungsgrundes in § 23 Abs. 2 StGB *erst recht* möglich sein müsste, wenn sowohl Grunddelikt als auch Regelbeispiel nur versucht wurden (3. Konstellation). Doch heißt es in der zentralen Entscheidung in BGHSt 33, 370 am Ende, dass „dem geringeren Maß an Unrecht und Schuld, das der versuchte Diebstahl gegenüber dem vollendeten in einem besonders schweren Fall aufweist, ... durch die fakultative Milderung (§ 23 Abs. 2 StGB) des verschärften Strafrahmens des § 243 StGB ausreichend Rechnung getragen [wird]“.⁶² Dies wird in der Literatur z.T. offenbar so verstanden, dass der Umstand der Nicht-Vollendung der Tat allein nicht dazu geeignet ist, die Indizwirkung des Regelbeispiels zu widerlegen.⁶³ Ein Absehen von der Anwendung des Sonderstrafrahmens wäre demnach nur

⁵¹ SK-StGB/Horn (o. Fn. 9), § 46 Rn. 73; Ähnlich bez. § 243 StGB: MüKo-StGB/Schmitz (o. Fn. 24), § 243 Rn. 6; NK/Kindhäuser (o. Fn. 2), § 243 Rn. 5; Eisele JA 2006, 309, 311; SK-StGB/Hoyer (o. Fn. 9), § 243 Rn. 5 ff. mit Verw. auf das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB.

⁵² BGHSt 26, 167, 173 = NJW 1975, 2214, 2215.

⁵³ SK-StGB/Horn (o. Fn. 9), § 46 Rn. 73.

⁵⁴ SK-StGB/Horn (o. Fn. 9), § 46 Rn. 73a, 77.

⁵⁵ Überblick am Beispiel des Diebstahls bei MüKo-StGB/Schmitz (o. Fn. 24), § 243 Rn. 85-90; Schönke/Schröder/Eser/Bosch (o. Fn. 24), § 243 Rn. 44.

⁵⁶ BGH NStZ-RR 1997, 293; BGH NJW 1998, 2987; BGH NStZ 2003, 602; Wessels, in: Festschrift für Lackner (1987), S. 423 (426); BayObLG NJW 1980, 2207; Lieben NStZ 1984, 538, 539 f.; MüKo-StGB/Schmitz (o. Fn. 24), § 243 Rn. 87 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

⁵⁷ MüKo-StGB/Schmitz (o. Fn. 2426), § 243 Rn. 85; BGH NStZ 1985, 217 f.; Küper JZ 1986, 518, 520; Laubenthal JZ 1987, 1068, 1069; LK/Vogel, StGB, 12. Aufl. (2010), § 243 Rn. 71; NK/Kindhäuser (o. Fn. 2), § 243 Rn. 44; Schönke/Schröder/Eser/Bosch (o. Fn. 24), § 243 Rn. 44; Wessels, in: Festschrift für Lackner (1987), S. 423, 430; a.A. Arzt JuS 1972, 515, 517 f.; Arzt StV 1985, 104; Calliess JZ 1975, 112, 118.

⁵⁸ BGHSt 33, 370 = NJW 1986, 940 m. zust. Anm. Schäfer JR 1986, 522; BGH NStZ 1984, 262; Fabry NJW 1986, 15, 19 f.; NK/Kindhäuser (o. Fn. 2), § 243 Rn. 48.

⁵⁹ BayObLG NJW 1980, 2207; OLG Stuttgart NStZ 1981, 222; OLG Düsseldorf NJW 1983, 2712; Lieben NStZ 1984, 538, 541; MüKo-StGB/Schmitz (o. Fn. 24), § 243 Rn. 89; Schönke/Schröder/Eser/Bosch (o. Fn. 24), § 243 Rn. 44; Zopfs JURA 2007, 421, 423.

⁶⁰ MüKo-StGB/Schmitz (o. Fn. 24), § 243 Rn. 86; ähnlich Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2001), S. 127; Dreher MDR 1974, 57 (58). Noch weitergehend Arzt JuS 1972, 517.

⁶¹ O. Fn. 11.

⁶² BGHSt 33, 370, 377 = NJW 1986, 940, 942.

⁶³ Schäfer JR 1986, 522 (523 f.); Schönke/Schröder/Stree/Kinzig (o. Fn. 24), § 50 Rn. 7; NK/Kindhäuser (o. Fn. 2), § 243 Rn. 48.

beim Vorliegen *weiterer* gewichtiger Milderungsgründe möglich.⁶⁴ Das würde bedeuten, dass der BGH jedenfalls beim versuchten Einbruchsdiebstahl ähnlich wie die Literaturansichten (s.o. III. 2.) verfährt, die Regelbeispiele wie Qualifikationstatbestände behandeln wollen und daher i.d.R. nur die Milderung des Sonderstrafrahmens für möglich halten.⁶⁵ Auch nach *Braunsteffer* wäre mit der Bejahung des Regelbeispiels *trotz Nichtvollendung* der Tat der Sonderstrafrahmen bereits ausgelöst und die besondere Schwere könnte nicht wieder mit Blick auf ebendiese Nichtvollendung als widerlegt angesehen werden.⁶⁶

Allerdings erscheint mir zweifelhaft, ob sich der Beschluss des 3. Strafsenats tatsächlich in dieser Weise verstehen lässt. Den Kreis der zur Widerlegung der Indizwirkung geeigneten Milderungsgründe zu beschränken, wäre ein aus Sicht der Rechtsprechung kaum nachvollziehbarer Bruch mit der sonst gegen allen Widerspruch aus der Literatur beibehaltenen Gesamtwürdigungslösung, nach der vertyppte Milderungsgründe *stets* zur Verschiebung des Strafrahmens geeignet sind. Der o.g. Hinweis des BGH auf die Milderung des verschärften Strafrahmens bezieht sich meines Erachtens deshalb nur auf die Fälle, in denen der Richter die besondere Schwere des Falls in der Gesamtbewertung *trotz Nichtvollendung* der Tat bejaht – was ja durchaus möglich ist⁶⁷. Wenige Seiten zuvor im selben Beschluss führt der BGH nämlich aus, dass „in den Fällen, in denen schon der Einbruch scheitert, der Tatrichter im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit je nach Lage des Falles prüfen müssen, ob er nicht trotz Eingreifens des Regelbeispiels Grund hat, von der Annahme eines besonders schweren Falles des versuchten Diebstahls abzusehen.“⁶⁸ Genau diese Konstellation lag dem Anfragebeschluss zu Grunde und die eigentliche Antwort des BGH bezieht sich nur auf die Frage, ob die *Annahme* des Regelbeispiels „Einbrechen“ in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB beim versuchten Diebstahl voraussetzt, dass der begonnene Einbruch gelungen ist. Auch wenn die Bemerkungen zur weiteren Strafrahmenwahl nicht eindeutig sind,⁶⁹ legen sie im Gesamtkontext der Entscheidung nahe, dass nach der Rechtsprechung auch bei Versuch und Regelbeispiel das oben unter II. Dargestellte gilt.⁷⁰

IV. Zusammenfassung

Die Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von besonders schwerem Fall und besonderem gesetzlichen Milderungsgrund gestaltet sich nach alldem wie folgt:

1. Auf Grundlage der *Rechtsprechung* ist immer zu fragen, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels im Rahmen einer

Gesamtwürdigung aller strafzumessungsrelevanten Umstände widerlegt ist. Je nach Konstellation stehen folgende Überlegungen an:

a) Zuerst muss sicherheitshalber geprüft werden, ob im Einzelfall *allgemeine* gewichtige Milderungsgründe vorliegen, die bereits zur Widerlegung der Indizwirkung genügen. Falls sie es tun, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der umstrittenen Frage, ob der besondere Milderungsgrund zweifach verwertet werden darf. Nur wenn etwaige allgemeine Milderungsgründe allein nicht zur Entkräftung der Regelvermutung ausreichen, ist der *vertyppte* Milderungsgrund heranzuziehen.

- *Verneint* der Richter dann wegen des gesetzlichen Milderungsgrundes die besondere Schwere des Falls, muss er den Normalstrafrahmen ggf. noch mildern: Bei obligatorischen Milderungen ist er gesetzlich dazu verpflichtet; bei fakultativen kann er jedoch unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 50 StGB im Einzelfall davon absehen. Entgegen dem Eindruck, der z.T. in Kommentierungen und Urteilen erweckt wird,⁷¹ sind keine (veröffentlichten) höchstrichterlichen *Entscheidungen* ersichtlich, die eine Milderung des Normalstrafrahmens in entsprechender Anwendung des § 50 StGB *generell* untersagen, sondern es existieren lediglich unverbindliche *Ansichten*.

Lehnt der Richter die fakultative Milderung nach § 49 StGB ab, hat er schließlich noch zu prüfen, ob für den Angeklagten der Normalstrafrahmen oder der nach § 49 StGB reduzierte Strafrahmen des besonders schweren Falls milder ist, und er muss in den Urteilsgründen erkennen lassen, dass er sich der Wahlmöglichkeit bewusst gewesen ist und nach pflichtgemäßem Ermessen entschieden hat.

- *Bejaht* der Richter trotz des vertyppten Milderungsgrundes die besondere Schwere des Falls, muss er bei fakultativen Milderungen noch nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob er den geschärften Rahmen mildert – bei obligatorischen Milderungen ist die Entscheidung wiederum vorgegeben.

b) Auch in den Fällen, in denen die Rechtsprechung die Regelwirkung beim Zusammentreffen von Versuch und Regelbeispiel bejaht (versuchtes Grunddelikt und vollendetes Regelbeispiel; beides nur versucht), gilt nichts anderes: Die Indizwirkung kann durch den vertyppten

⁶⁴ In diesem Sinne früher bereits Schönke/Schröder/Stree (o. Fn. 24), § 50 Rn. 7. S.a. OLG Hamburg BeckRS 2013, 00778.

⁶⁵ S. dazu *Eisele* (o. Fn. 10), S. 306 f.

⁶⁶ O. Fn. 44.

⁶⁷ Näher *Schäfer* JR 1986, 522, 523; *Dreher* MDR 1974, 57, 58.

⁶⁸ BGHSt 33, 370, 375 = NJW 1986, 940, 941.

⁶⁹ Ebenso bereits *Eisele* (o. Fn. 1010), S. 304 Fn. 107.

⁷⁰ Auch *Fischer* (o. Fn. 14), § 46 Rn. 104 und *Lackner/Kühl* (o. Fn. 21), § 46 Rn. 15 weisen m.E. nur auf die fakultative Milderung hin, *wenn* die versuchte Tat einen besonders schweren Fall darstellt.

⁷¹ Z.B. KG, Beschl. v. 03.05.2013 – (4) 121 Ss 69/13 = StV 2013, 745 (LS): „Soweit die Kammer in einer Gesamtschau der strafzumessungsrelevanten Gesichtspunkte eine Verschiebung des Strafrahmens des § 240 Abs. 1 StGB nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB unter Hinweis auf den Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 1986 (NJW 1986, 1699), dem die nachfolgende Entscheidung des 2. Strafsenats vom 11. September 2003 (BGH NSTz 2004, 200) wegen ihrer Einzelfallbezogenheit und Offenlassung der grundsätzlichen Frage nicht entgegen steht, abgelehnt hat, ist dies rechtlich vertretbar und nicht zu beanstanden.“

Milderungsgrund der Nichtvollendung der Tat allein oder zusammen mit weiteren mildernden Umständen widerlegt werden. Die weitere Strafrahenwahl erfolgt dann wie soeben für den Fall einer fakultativen Milderung beschrieben.

2. Auf Grundlage der verschiedenen *Literaturansichten*, die die Gesamtwürdigungslösung des BGH ablehnen, ist die Strafe dagegen stets aus dem u.U. nach § 49 StGB zu

mildernden Sonderstrafrahmen zu bilden. Die Frage nach einer Doppelverwertung des besonderen gesetzlichen Milderungsgrundes und damit der analogen Anwendung des § 50 StGB stellt sich dann nicht. Soweit die jeweiligen Literaturansichten die Annahme des Regelbeispiels beim Versuch überhaupt für dogmatisch zulässig halten, ist auch hier nicht anders zu verfahren.

Aufsätze und Anmerkungen

„Schwarze Kassen“ und Untreuestrafbarkeit

Eine kritische Betrachtung der Rechtsprechung

Von stud. iur. Vanessa Saam, Tübingen

Die Frage, ob das Verwalten schwarzer Kassen den Untreuetatbestand des § 266 StGB erfüllt, wurde im Rahmen des Dreiklangs der Strafverfahren *Kanther*, *Siemens/ENEL* und *Trienekens*¹ kontrovers diskutiert. Spätestens mit der letzten Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH vom 27.08.2010 scheint die Antwort in Stein gemeißelt zu sein. Genau vier Jahre später erging eine Entscheidung des 5. Strafsenats, der die Linie des 2. Senats unverändert übernahm.² Im Gegensatz zu den oben genannten Entscheidungen zog der aktuelle Fall kaum Reaktionen nach sich.³

Auch wenn die gefestigte Rechtsprechung der Strafverfolgungspraxis klare Handlungsanweisungen gegeben hat, darf die Strafrechtswissenschaft die fortbestehenden dogmatischen Probleme und Kritik um die Fallgruppe der schwarzen Kasse nicht in Vergessenheit geraten lassen. Der Beitrag setzt sich daher kritisch mit der Rechtsprechung auseinander und zeigt einen alternativen Lösungsansatz auf, wobei der Fokus auf dem Vermögensnachteil liegt.

I. Rechtsprechung

Im Fall *Kanther* entschied der 2. Strafsenat des BGH, dass das Einrichten und Nichtoffenbaren einer schwarzen Kasse eine Straftat wegen Untreue durch Unterlassen darstelle. Eine schadensgleiche Vermögensgefahr liege

vor, weil die Bestimmung über die Mittelverwendung allein im „Gutdünken“ der Beteiligten lag.⁴

In derselben Entscheidung – aber für eine andere Fallgruppe i.R.d. Untreue – erhöhte der Senat die Anforderungen an den Vorsatz bei einer schadensgleichen Vermögensgefahr. „Der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens [setze] nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr [voraus], sondern darüber hinaus eine Billigung der *Realisierung* dieser Gefahr [...]“⁵

Im Fall *Siemens/ENEL* entschied derselbe Senat, dass auch die Übernahme einer schwarzen Kasse Untreue durch Unterlassen darstelle.⁶ Während das LG Darmstadt noch eine schadensgleiche Vermögensgefahr angenommen hatte und die in der *Kanther*-Entscheidung entwickelte Vorsatzrestriktion auch auf die Fallgruppe der schwarzen Kasse übertragen wollte,⁷ bejahte der Senat dagegen einen endgültigen Vermögensnachteil.⁸ Zum einen sei dem *Kanther*-Urteil keine Vorsatzbeschränkung für schwarze Kassen zu entnehmen.⁹ Zum anderen seien die verdeckten Vermögenswerte durch das Nichtoffenbaren „auf Dauer“ und daher endgültig entzogen worden.¹⁰ Weil „auch normative Erwägungen“ berücksichtigt werden müssten, resultiere weder aus der „vagen Chance“, durch Schmiergelder einen wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch aus der Absicht, die Mittel

¹ BGHSt 51, 100 = BGH HRRS 2007 Nr. 2; BGHSt 52, 323 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100; BVerfGE 126, 170 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656; BGHSt 55, 266 = BGH HRRS 2010 Nr. 839.

² BGH HRRS 2014 Nr. 951.

³ Nur *Hoven* NStZ 2014, 646; *Becker* NZWiSt 2015, 36.

⁴ BGHSt 51, 100, 113 = BGH HRRS 2007 Nr. 2 Rn. 43.

⁵ BGHSt 51, 100, 121 f. = BGH HRRS 2007 Nr. 2 Rn. 63.

⁶ BGHSt 52, 323, 333 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 35.

⁷ LG Darmstadt, Ur. v. 14.05.07–712 Js 5213/04–9 KLS Rn. 150.

⁸ BGHSt 52, 323, 336 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 42.

⁹ BGHSt 52, 323, 336 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 42.

¹⁰ BGHSt 52, 323, 336 f. = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 43.

zugunsten des Treugebers zu verwenden, ein kompensierender Vorteil.¹¹ Schwarze Kassen seien auch „mit Fällen nicht vergleichbar, in denen ein Treupflichtiger eigene Mittel jederzeit bereit hält, um einen pflichtwidrig verursachten Schaden auszugleichen“.¹² „Die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.“¹³

Das BVerfG bestätigte die Verfassungskonformität der *Siemens*-Entscheidung. Obwohl es konstatierte, dass „beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilbegründend angesehen werden [könne]“,¹⁴ sah das BVerfG den Vermögensnachteil in der vereitelten Rückführung der Gelder.¹⁵

Im Fall *Trienekens* entwickelte der 2. Strafsenat des BGH einen dritten Argumentationsstrang zur Begründung eines Vermögensnachteils durch Schwarzkassenverwaltung. Zwar greife die Begründung im Fall *Siemens* nicht, wonach die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers verletzt sei, weil vorliegend ein alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer bzw. Vorstand die schwarze Kasse eingerichtet habe. Der endgültige Vermögensschaden beruhe aber „auf der konkreten Ausgestaltung der Kasse“: Die Treugeberin habe keine zivilrechtlichen Ansprüche gegen die kontoführende Bank, ein Schutz vor Zugriffen Dritter bestand nicht und Mitwisser habe es nicht gegeben.¹⁶

II. Kritik an der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung besticht durch ihre klare Linie: Die Verwaltung schwarzer Kassen erfüllt stets § 266 StGB. Der Vermögensnachteil ist leicht zu bestimmen; spätere Mittelverwendungen sind unbeachtlich. Auffällig ist aber, dass der Untreuetatbestand anscheinend für Verstöße herangezogen wird, die auch unabhängig von Vermögensinteressen des Treugebers vorliegen können. So ist der Fall *Kanther* mit dem Nichtoffenlegen von Spenden vom Verstoß gegen das PartG geprägt. Die Fälle *Siemens* und *Trienekens* stechen wegen des Korruptionsvorwurfs ins Auge. Die Zahlung von Bestechungsgeldern stellt nicht per se eine strafbare Untreue dar.¹⁷ Im Fall *Siemens* kam hinzu, dass eine Verurteilung wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr ausschied, weil der Sachverhalt vor Einführung des § 299 Abs. 3 StGB stattfand.¹⁸ Der Verdacht, dass § 266 StGB als „Superverbotnorm“ und Allzweckwaffe zur einfachen Handhabung komplexer

wirtschaftsstrafrechtlicher Sachverhalte dient, drängt sich auf.¹⁹

Für die Entwicklung der Antwort auf die Frage, ob die „Übertreue“ durch das Verwalten schwarzer Kassen tatsächlich den Untreuetatbestand erfüllt, sind die Vorwürfe zu unterteilen in das Einrichten und Übernehmen schwarzer Kassen sowie die Verwendung der Gelder. Ziel ist die Entwicklung eines einheitlichen Lösungsansatzes für schwarze Kassen.²⁰

1. Errichtung einer schwarzen Kasse

Die zentrale Frage ist, ob das Einrichten schwarzer Kassen einen Vermögensnachteil verursacht.

a) Verlust der Dispositionsmöglichkeit

Obwohl im Fall *Siemens* die Übernahme und nicht die Einrichtung einer schwarzen Kasse Verfahrensgegenstand war, muss überprüft werden, ob ein endgültiger Schaden vorliegt, weil der Treunehmer dem Treugeber mit dem Verdecken der Gelder das Vermögen „auf Dauer“ vorenthält.²¹

aa) Kriterium der Dauerhaftigkeit?

Problematisch ist bereits, dass der BGH keine Kriterien aufgestellt hat, wann ein Vorenthalten „auf Dauer“ vorliegt. Er ließ etwa unklar, wie viel Zeit verstreichen muss – zumal die Verwendungsabsicht des Täters unbeachtlich sein soll.²² Der BGH ging von einer Unterlassungstat aus.²³ Jedoch wird bereits mit dem Einrichten der Kasse das Geld der Verfügungsmacht des Treugebers entzogen. Das Nichtoffenbaren erhält den Zustand nur aufrecht, weshalb entgegen der Rechtsprechung der Schwerpunkt²⁴ im aktiven Tun liegt. Ansonsten droht, dass die Untreue mit dem Unterlassensvorwurf in ein Dauerdelikt umgedeutet und die Verjährungsregel umgangen wird.²⁵ Stellt man folglich auf die Errichtungshandlung ab und beachtet, dass der maßgebliche Zeitpunkt für den Vorsatz die Tathandlung ist (§§ 8 S. 1, 16 Abs. 1 S. 1 StGB),²⁶ fragt sich, wie mit bloßem Blick auf das Einrichten der Kasse die (voraussichtliche) Dauer anders bestimmt werden soll, wenn nicht durch die geplante Mittelverwendung.²⁷ Wird die Mittelverwendungsabsicht einbezogen, zeigt sich, dass z.B. Investitionen den endgültigen wirtschaftli-

¹¹ BGHSt 52, 323, 337 f. = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 44 f.

¹² BGHSt 52, 323, 337 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 43.

¹³ BGHSt 52, 323, 339 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 47.

¹⁴ BVerfGE 126, 170, 212 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 112; die Kursivsetzung stammt von der Verfasserin.

¹⁵ BVerfGE 126, 170, 216 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 143.

¹⁶ BGHSt 55, 266, 283 f. = BGH HRRS 2010 Nr. 839 Rn. 48 ff.

¹⁷ Bundesliga-Bestechungsskandal BGH NJW 1975, 1234; wohl bestätigt durch BVerfGE 126, 170, 212 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 112.

¹⁸ BGHSt 52, 323 (2. Leitsatz) = BGH HRRS 2008 Nr. 1100.

¹⁹ Vgl. Rönnau, Festschrift für Tiedemann (2008), S. 713, 719; Marxen/Taschner EWiR 2009, 253, 254.

²⁰ Schwarze Kassen gibt es im privaten Sektor im Zusammenhang mit Parteispenden und in der Privatwirtschaft. Auch sind schwarze Kassen im öffentlich-rechtlichen Bereich denkbar, Fischer, Strafrechtsgesetz mit Nebengesetzen; 62. Aufl. (2015), § 266 Rn. 130 ff. Differenzierende Lösung u.a. Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 266 Rn. 196 ff.

²¹ BGHSt 52, 323, 336 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 43.

²² Rönnau StV 2009, 246, 249 verweist auf BGHSt 52, 323, 337 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 43.

²³ BGHSt 52, 323, 333 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 35.

²⁴ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2012), § 18 Rn. 13 ff.

²⁵ Bosch JA 2009, 233, 235.

²⁶ BGH NStZ 1983, 452.

²⁷ vgl. Rönnau StV 2009, 246, 249.

chen Verlust verhindern können. Riskiertes Vermögen ist „kein verlorenes, sondern allenfalls ein gefährdetes Vermögen“.²⁸

bb) Parallele zu § 242 StGB?

Für einen endgültigen Schaden könnte eine Parallele zum Diebstahl sprechen. Wie bei der Wegnahme i.S.d. § 242 StGB wird das Geld der Verfügungsmacht des Treugebers entzogen.²⁹ Anders als das absolute Recht Eigentum hat das Vermögen aber keinen Ausschließungscharakter gegenüber Dritten,³⁰ weshalb § 266 StGB und § 242 StGB nicht vergleichbar sind.³¹

cc) Parallele zum „Bereithalten eigener Mittel“ (BGHSt 15, 342)

Der BGH behauptet, schwarze Kassen seien nicht mit dem schadenskompensierenden Bereithalten eigener Mittel vergleichbar.³² Dafür ließe sich anführen, dass der Treuenehmer die Gelder häufig nicht dem Treugeber zurückgeben, sondern nützliche Aufwendungen „an irgendwelche [...] Ganoven“ verteilen will.³³ Würde die Kasse aber aufgedeckt, besteht wegen des altruistischen Motivs des Treuenehmers kein Zweifel, dass er das Vermögen herausgeben würde. Wird ein Schaden bereits verneint wenn ein Täter sich das Vermögen als eigenes einverleibt hat und den Verlust mit eigenen Mitteln ersetzen kann, muss dies erst recht gelten für den Schwarzkassenverwalter, der das Geld stets als Vermögen des Treugebers anerkennt und es jederzeit in die Verfügungsgewalt des Treugebers zurückfließen lassen kann.³⁴

dd) Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff

§ 266 StGB bezweckt Vermögensschutz.³⁵ Nach dem herrschenden juristisch-ökonomischen Begriff ist das Vermögen die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Werte, die mit der Rechtsordnung realisiert werden können.³⁶ Normative Gesichtspunkte dürfen wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen.³⁷ Spricht der BGH in der *Siemens*-Entscheidung davon, dass „auch normative Erwägungen zu berücksichtigen“ sind,³⁸ übersieht er, dass er mit der Dispositionsmacht nur noch auf die rechtliche Inhaberschaft abstellt. Im Ergebnis hat er damit den „wirtschaftlichen Vermögensbegriff [...] verlassen [und ist] auf einen abstrakten juristischen Vermögensbegriff zurück gefallen“. Solange der Treuenehmer nämlich loyal

bleibt, hat der Treugeber wirtschaftlich betrachtet über sein Organ nach wie vor die Herrschaft über das Vermögen.³⁹ Das Tatbestandsmerkmal Vermögensnachteil verliert mit dem Argument, dass die Dispositionsmöglichkeit „Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition“⁴⁰ sei, an eigenständiger Bedeutung.⁴¹

Wäre die Dispositionsmacht Bestandteil des Vermögens, müsste auch das Opfer einer betrügerischen Täuschung stets geschädigt sein, wenn es zwar ein wirtschaftliches Äquivalent erhält, dieses aber nicht dem erwarteten entspricht.⁴² Mit der Überbetonung der Dispositionsmacht wird das Vermögensdelikt § 266 StGB in ein „Entscheidungsfreiheitsgefährdungsdelikt“ umgewandelt.⁴³ Das Gegenargument, die Voraussetzung der Freiheit (Kenntnis vom Vermögen) sei nicht identisch mit der Freiheit selbst (Verfügungsgewalt),⁴⁴ überzeugt nicht: Geldmittel werden nicht allein durch das Verbergen wirtschaftlich wertlos.⁴⁵

Folglich begründet der Verlust der Dispositionsmacht keinen endgültigen Vermögensnachteil. Die *Siemens*-Entscheidung ist abzulehnen.

b) Abhängigkeit vom „Gutdünken“ des Treuenehmers

Im Fall *Kanther* sah der BGH die schadensgleiche Vermögensgefahr darin, dass die zweckwidrige Mittelverwendung allein im „Gutdünken“ des Treuenehmers liege.⁴⁶

aa) Verwendungszweckunabhängige Theorie

Die von der heutigen Rechtsprechung angewandte verwendungszweckunabhängige Theorie findet sich schon in Entscheidungen des RG. Der Treugeber sei verhindert „sein Recht an den Vermögensstücken seiner Entschließungen gemäß wahrzunehmen“, indem die Gelder „dort [fehlten], wo sie hätten sein sollen“. Die bloße Existenz der Kasse verursache die Gefahr zweckwidriger Verwendung. Die spätere Verwendung zugunsten des Treugebers sei nur eine Schadenswiedergutmachung.⁴⁷ Auch die Absicht, die Gelder für den Treugeber einzusetzen, sei nur „ein beabsichtigtes Wiedergutmachen des bereits verursachten Nachteils“.⁴⁸

bb) Verwendungszweckabhängige Theorie

Die verwendungszweckabhängige Ansicht differenziert dagegen nach der materiellen Zweckkonformität der Mittelverwendung. Soll das Geld „aufgabengerecht im Sinne der Zwecke und Zuständigkeit des Treugebers“

²⁸ Schlösser HRRS 2009, 19, 24.
²⁹ Ransiek NJW 2007, 1727, 1728. Ob er einen endgültigen Schaden annimmt, sagt er nicht.
³⁰ vgl. Sprau, Palandt, 74. Aufl. (2015), § 823 Rn. 11.
³¹ Rönnau StV 2009, 246, 249; i.E. Saliger, Festschrift für Samson (2010), S. 455, 463.
³² BGHSt 52, 323, 337 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 43 bzgl. BGHSt 15, 342, 344.
³³ Fischer NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 19.
³⁴ Satzger NSTZ 2009, 297, 302 f.
³⁵ BGH NJW 2000, 154.
³⁶ Vgl. Hefendehl, Münchener Kommentar, 1. Aufl. (2006), § 263 Rn. 353, Dierlamm, Münchener Kommentar, 1. Aufl. (2006), § 266 Rn. 201.
³⁷ BVerfGE 126, 170, 212 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 112.
³⁸ BGHSt 52, 323, 337 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 44.

³⁹ Schönemann StraFo 2010, 1, 8 f.
⁴⁰ BGHSt 52, 323, 339 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 47.
⁴¹ Brüning/Wimmer ZJS 2009, 94, 98.
⁴² Bernsmann GA 2009, 296, 303f. Persönlicher Schadensein-schlag als Ausnahme.
⁴³ Jahn JuS 2009, 173, 175.
⁴⁴ Hohn, Festschrift für Rissing-van-Saan (2011), S. 259, 268.
⁴⁵ Brüning/Wimmer ZJS 2009, 94, 97.
⁴⁶ BGHSt 51, 100, 113 = BGH HRRS 2007 Nr. 2 Rn. 43.
⁴⁷ RGSt 71, 155, 157 f.
⁴⁸ RG HRR 1938 Nr. 1515.

verwendet werden, müsse eine konkrete Vermögensgefahr ausscheiden.⁴⁹

Schwarze Kassen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zu Zwecken des Treugebers errichtet werden.⁵⁰ Daher ist die entkriminalisierende Theorie auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Innerhalb der verwendungszweckabhängigen Theorie gibt es zwei Ansätze.

Nach dem Ansatz der „realen Mittelverwendung“ kompensiert die spätere Mittelverwendung die durch die Kasseneinrichtung entstandene Einbuße und verhindert somit einen Nachteil. So entschied einst das RG, dass „durch die Tilgung einer fälligen Schuld [aus dem Bestand einer schwarzen Kasse] keine Verschlechterung der allgemeinen Vermögenslage des Schuldners eintreten [könne]“.⁵¹ Auch Teile des Schrifttums machen sich für diesen Ansatz stark: Die Kasseneinrichtung, -verwaltung und spätere Mittelverwendung stellten einen einheitlichen Lebensvorgang dar, für den eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vorzunehmen sei. Ansonsten würde der Sachverhalt seines sozialen Sinns entkleidet.⁵² *Strelczyk* nennt seinen Ansatz zwar „Rücktrittsmodell“, weil er eine Parallele zum Versuch zieht („Vermeidemacht“);⁵³ im Ergebnis läuft das aber auf die reale Mittelverwendung hinaus.

Der Erfolg i.S.d. Vermögensnachteils kann auch beliebig später nach der Tathandlung eintreten (§ 8 S. 2 StGB), weshalb dieser Ansatz nicht von vornherein abzulehnen ist. Jedoch ist das Verbergen des Geldes ein von der späteren Verwendung zu trennendes Unrecht. Für die Frage, ob die Verwendung von Geldern zur Strafbarkeit wegen Untreue führt, kommt es nicht darauf an, ob die Gelder aus einer schwarzen Kasse stammen.⁵⁴ Weil die reale Mittelverwendung vom Einrichten der schwarzen Kasse logisch losgelöst ist und aus dem bloßen Verdecken der Gelder kein unmittelbarer Vorteil erwächst, hat die reale Mittelverwendung keine kompensatorische Wirkung.⁵⁵

Deshalb knüpft der zweite Ansatz an die Mittelverwendungsabsicht zum Zeitpunkt der Errichtung der Kasse an. So verneinte das RG 1938 den Nachteil, weil die Gelder „für den [Treugeber] zurückbehalten“ wurden.⁵⁶

⁴⁹ *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht (2005), S. 422. S. 425: Umgekehrt könne nicht von der zweckwidrigen Absicht auf den Vermögensschaden geschlossen werden.

⁵⁰ Zum Begriff der schwarzen Kasse *Saliger*, Satzger/Schmitt/Widmaier Strafrecht, 2. Aufl. (2014), § 266 Rn. 76; *Weimann*, Die Strafbarkeit der Bildung sog. schwarzer Kassen (1996), S. 12 f; tw. a.A. *Strelczyk*, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen (2008), S. 14 f.

⁵¹ RGSt 75, 227, 229.

⁵² *Kempf*, Festschrift für Volk (2009), S. 231, 242 ff.; *Rönnau* StV 2009, 246, 250 f.

⁵³ *Strelczyk* (Fn. 50), S. 142.

⁵⁴ *Saliger* (Fn. 49), S. 418, 446 f.

⁵⁵ *Saliger* (Fn. 49), S. 418; zur unmittelbaren Kompensation *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 27. Aufl. (2014), Rn. 777.

⁵⁶ RG HRR 1936 Nr. 1601.

cc) Stellungnahme

(1) Gedanke der Zwangsverwaltung

Gegen den verwendungszweckabhängigen Ansatz könnte sprechen, dass der Treugeber durch den Entzug der Vermögensdispositionsmacht faktisch unter Zwangsverwaltung gestellt wird. Eine derartige Bevormundung sei stets ein Vermögensnachteil.⁵⁷ Die Argumentation ist aber zirkelschlüssig, weil sie gerade voraussetzt, was sie herleiten versucht.

(2) Keine gesetzlich vorgesehene Restriktion

Gegen die verwendungszweckabhängige Lesart wird zudem angeführt, dass dadurch eine Schädigungs- bzw. Bereicherungsabsicht in § 266 StGB hineingelesen würde, die sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem gesetzgeberischen Willen ergibt.⁵⁸

(3) (Un-)Möglichkeit der Gefahrrealisierung

Befürworter der verwendungszweckabhängigen Position führen an, die Vermögensgefahr sei nur konkret, wenn die Gefahrrealisierung überwiegend wahrscheinlich ist. Sollen die Mittel für Zwecke des Treugebers eingesetzt werden und könne dadurch kein effektiver Schaden verursacht werden, liege auch keine konkrete Vermögensgefahr vor.⁵⁹ Die Situation gleiche der eines untauglichen Versuchs.⁶⁰

Dem ist dann zuzustimmen, wenn feststeht, dass die Gelder direkt an den Treugeber zurückfließen sollen, wie im Fall *Kanther*.

Problematisch wird es, wenn unklar ist, ob die spätere Verwendung der Gelder einen effektiven Schaden verursacht. Plastisch wird dies am Beispiel der Zahlung von Schmiergeldern, bei dem streitig ist, ob erlangte Aufträge kompensierend wirken.⁶¹ Es sind unzählige weitere Zwecke schwarzer Kassen denkbar, etwa verdeckte Kassen für Schutzgeldzahlungen⁶² oder „Verfälschung des Staatswillens“ im Zusammenhang mit Haushaltsuntreue⁶³.

Steht bei der Errichtung aber der Verwendungszweck der Gelder noch nicht fest, lässt sich nicht beurteilen, ob sich ein effektiver Schaden realisieren kann oder nicht.⁶⁴ Das Argument der unmöglichen Zweckrealisierung greift dann nicht.

Zwar ist der Blick in die Zukunft mit Unsicherheiten verbunden; kann der geplante Mitteleinsatz aber keinen effektiven Schaden verursachen, ist die Gefahr zweckwid-

⁵⁷ *Bruns* ZAKDR 1941, 268, 269.

⁵⁸ *Wolf* GA 2006, 659, 661.

⁵⁹ *Neye* NStZ 1981, 369, 372; *Saliger* (Fn. 49), S. 424 f.

⁶⁰ *Matt/Saliger*, Strafbarkeit der versuchten Untreue (1999), S. 217, 238 f.

⁶¹ Dazu im Gliederungspunkt II. 3.

⁶² vgl. *Bernsmann* GA 2009, 296 (301 Fn. 36).

⁶³ *Louis*, Die Falschbuchung (2002), S. 138; *Steinert* HRRS 2014, 58, 67 verweist auf *Schünemann* StV 2003, 463, 465.

⁶⁴ *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 291.

riger Mittelverwendung nur eine abstrakte und damit straflose Vermögensgefahr.⁶⁵

Weil die verwendungszweckabhängige Ansicht nur objektiv zwischen abstrakter und konkreter Gefahr unterscheidet, greift der Einwand nicht, dass der gesetzgeberische Wille durch Hinzufügen von subjektiven Tatbestandsmerkmalen umgangen würde (s.o.). Zudem wird von dieser Einschränkung nur die schadensgleiche Vermögensgefahr erfasst. Bei einem endgültigen Nachteil ist für diesen Ansatz kein Raum. Der Wortlaut von § 266 StGB würde also ohnehin nicht vollständig modifiziert.

(4) Kontrollentzug in der Privatwirtschaft?

Anders als im öffentlichen Bereich, wo das Geld an Haushaltsgrundsätze gebunden ist (Art. 110 I, 112 GG), zeichnet sich die Privatwirtschaft dadurch aus, dass „Vorständen oder leitenden Mitarbeitern [...] Dispositionsfreiheit eingeräumt“ wird. So konnte der Angeklagte im Fall *Siemens* die Gesellschaft unbegrenzt vertraglich binden. Wenn der Treugeber nie weiß, wo sich einzelne Vermögensbestandteile befinden, kann die ausgeübte Eigenständigkeit nicht als schadensbegründendes „Gutdünken“ „diffamiert“ werden. Es genügt, wenn der leitende Angestellte von dem ihm anvertrauten Vermögen Kenntnis hat.⁶⁶ Erst recht muss dies für alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer/Vorstände gelten, wie etwa im Fall *Trienekens*. In solchen Fällen kann die Abhängigkeit vom „Gutdünken“ keine schadensgleiche Vermögensgefahr verursachen.

(5) Verschleifungsverbot

Das BVerfG hat 2010 in seinem Untreuebeschluss zur *Siemens*-Entscheidung vorgegeben, dass zur Wahrung von Art. 103 II GG Tatbestandsmerkmale nicht „vollständig in einem anderen Tatbestandsmerkmal aufgehen“ dürften (Verschleifungsverbot).⁶⁷ Wie *Saliger* bereits im Jahr 2000 herausgearbeitet hat, ist die Verschleifung von Tathandlung und -erfolg in zwei Richtungen denkbar: Einerseits der Rückschluss aus dem Vermögensschaden auf die Pflichtwidrigkeit einer ex-ante unauffälligen Handlung. Und andererseits der Rückschluss von der Pflichtwidrigkeit auf den Taterfolg.⁶⁸ Die zweite Variante des Verschleifungsverbots lässt sich auch für die verwendungszweckabhängige Theorie fruchtbar machen.

Liegt die Pflichtverletzung i.E. allein im Entzug der Verfügungsmacht⁶⁹ und zieht man daraus zugleich den Schluss einer konkreten Vermögensgefahr, geht der Taterfolg vollständig in der Tathandlung auf. Das Merkmal Vermögensnachteil hat keinerlei eigenständige Bedeutung mehr; die Tatbestandsvoraussetzungen würden

⁶⁵ *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 59, 70.

⁶⁶ *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 59, 71; *Rönau* (Fn. 19), S. 734 f.

⁶⁷ BVerfGE 126, 170, 198 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 78.

⁶⁸ *Saliger* ZStW 112 (2000), 563, 569, 610 f.

⁶⁹ Das Vorenthalten von Vermögenswerten, worauf der BGH abstellt, unterscheidet sich vom Entzug der Verfügungsmacht faktisch nur begrifflich; vgl. BGHSt 51, 100, 112 = BGH HRRS 2007 Nr. 2 Rn. 41.

unter Verstoß gegen Art. 103 II GG minimiert.⁷⁰ § 266 StGB würde in ein Delikt zum Schutz vor Kompetenzüberschreitung⁷¹ und Entzug der Dispositionsfreiheit⁷² umgedeutet. Die Ausführung des BGH, dass „die pflichtwidrige Handlung und die Schadensentstehung inhaltlich und zeitlich zusammenfallen, [eine] häufige und unvermeidliche Lage“ sei,⁷³ greift nicht.

Hinzu kommt, dass das BVerfGE zur *Siemens*-Entscheidung selbst ausführte, dass „beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilbegründend angesehen werden [könne]“.⁷⁴ Die bloß beispielhafte Nennung der Verwendung zeigt, dass auch andere Handlungen unter diesem Leitbild zu bewerten sind. Führt schon die spätere Mittelverwendung zu verbotenen Zwecken nicht automatisch zu einem Vermögensnachteil, muss dies erst recht gelten für Vorbereitungshandlungen wie die Errichtung oder Übernahme schwarzer Kassen. Dieser Widerspruch blieb in der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung unaufgelöst.

dd) Fazit

Nach alledem ist der verwendungszweckabhängigen Ansicht zuzustimmen. Sofern der Treunehmer also beabsichtigt, die Gelder aufgabengerecht im Sinne der Zwecke und Zuständigkeit des Treugebers zu verwenden, verursacht die bloße Abhängigkeit vom „Gutdünken“ vom Schwarzkassenverwalter keine schadensgleiche Vermögensgefahr. Damit ist auch die *Kanther*-Entscheidung abzulehnen.

c) Art und Weise der Kassengestaltung

Im Fall *Trienekens* wurde der Vermögensnachteil erstmals mit der Ausgestaltung der Kasse begründet.

Da der Vermögensnachteil objektiv anhand wirtschaftlicher Maßstäbe bestimmt werden muss, ist anerkannt, dass die Ausgestaltung der Kasse einen Vermögensnachteil begründen kann.⁷⁵ Die Tatsache, dass der Geschäftsherr wirtschaftlich betrachtet über sein Organ nach wie vor die Herrschaft über das Vermögen hat,⁷⁶ führt wieder zum Vergleich mit dem „Bereithalten eigener Mittel“: Der Treunehmer muss nicht nur ausgleichswillig, sondern auch ausgleichsfähig sein. Daher ist nicht entscheidend, ob der Treugeber selbst Zugriff auf das Geld hat.

Hat der Treugeber selbst unmittelbaren Zugriff auf das Geld, etwa weil das verdeckte Konto auf seinen Namen läuft, muss ein Vermögensnachteil grds. verneint werden.

⁷⁰ *Saliger* (Fn. 49), S. 420.

⁷¹ *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden (1989), 158 f. (bloße Missachtung haushaltsrechtlicher oder firmeninterner Bestimmungen); *Saliger* (Fn. 50) § 266 Rn. 77 (Bilanz- und Korruptionsvorfelddelikt).

⁷² *Saliger* NStZ 2007, 545, 547.

⁷³ BGHSt 52, 323, 339 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 Rn. 47.

⁷⁴ BVerfGE 126, 170, 212 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 112; die Kursivsetzung stammt von der Verfasserin.

⁷⁵ Für alternative Ansätze im Vergleich zur folgenden Lösung siehe nur *Perron*, Schönke/Schröder 29. Aufl. (2014), § 266 Rn. 45c; *Saliger* (Fn. 49), S. 421 f.

⁷⁶ *Schünemann* StraFo 2010, 1, 8 f.

Wurde das Vermögen dagegen auf ein Konto des Treuenehmers transferiert, kann dieser das Geld jederzeit in die Verfügungsgewalt des Vermögensinhabers zurückfließen lassen.

Problematisch ist es, wenn das Vermögen einem Dritten überlassen wurde. Zum einen könnte danach gefragt werden, ob der Treuenehmer bevollmächtigt ist. Ist die Vollmacht aber jederzeit widerruflich, muss im Einzelfall beurteilt werden, wie wahrscheinlich der Widerruf und damit der Verlust des unmittelbaren Zugriffs ist. Zum anderen könnte auf eine Treuehandabrede mit dem Dritten als Kontoinhaber abgestellt werden. Dagegen könnte sprechen, dass nicht mehr der Täter, sondern nur noch ein Dritter das Vermögen faktisch in Händen hält. Der Treuenehmer kann das Geld grds. nur durch Mitwirkung des Dritten zurückholen.⁷⁷ Jedoch ist uneigennütziges Treuehandvermögen wirtschaftlich dem Vermögen des Treuegebers zuzuordnen. Ihm stehen Schutzinstrumente wie etwa § 771 ZPO zu.⁷⁸ Besteht eine Treuehandabrede, liegt also kein endgültiger Vermögensnachteil vor. Ob eine schadensgleiche Vermögensgefahr gegeben ist, beurteilt sich im Einzelfall danach, wie realisationssicher die wirtschaftliche Berechtigung ist.⁷⁹

Trotz grds. Ausgleichsfähigkeit sind Fälle denkbar, in denen der Wegfall der Ausgleichsfähigkeit überwiegend wahrscheinlich ist und daher eine schadensgleiche Vermögensgefahr vorliegt („schadensgleiche Kompensationsgefahr“).⁸⁰ So ist z.B. vorstellbar, dass das Geld hochspekulativ angelegt wird. Selbst wenn das Konto auf den Namen des Treuegebers läuft, liegt eine konkrete Gefahr vor.⁸¹ Auch ist eine schadensgleiche Vermögensgefahr gegeben, wenn der Treuenehmer das Geld auf ein eigenes, nicht als Treuehandkonto kenntlich gemachtes Konto verlagert und wegen eigener Schulden die Pfändung des Kontos droht.⁸² Werden in die Kassenverwaltung unzuverlässige Dritte einbezogen, muss im Einzelfall ebenfalls eine schadensgleiche Vermögensgefahr bejaht werden.⁸³

Auch sind Risikofaktoren in der Person des Treuenehmers zu berücksichtigen. Zwar ist die Gefahr, dass dieser stirbt oder in seiner Funktion ausgetauscht und die Kasse nicht aufgedeckt wird, grds. nur abstrakt; bestehen z.B. aber konkrete Anhaltspunkte für sein baldiges Ableben (Alter, Krankheit...) und gibt es weder Mitwisser noch wurde die schwarze Kasse derart dokumentiert, dass der Treuegeber von ihr Kenntnis erlangen kann, kann die Verlustgefahr derart wahrscheinlich sein, dass bereits mit dem Errichten der Kasse eine konkrete Vermögensgefahr vorliegt.

Ist der Treuenehmer ausgleichsfähig, ist der Vermögensnachteil grds. zu verneinen. Ist der Ausfall der Ausgleichsfähigkeit überwiegend wahrscheinlich, liegt eine schadensgleiche Vermögensgefahr vor. Die Ausgestaltung

der Kasse kann also eine schadensgleiche Vermögensgefahr begründen.

In der *Trienekens*-Entscheidung wurde die Treuehandabrede übersehen. Der Treuenehmer hielt das Vermögen in den Händen. Ein endgültiger Schaden lag nicht vor. Der Kritik der „Übernormativierung“⁸⁴ durch den BGH ist zuzustimmen. Die Realisierungssicherheit und damit das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefahr hätte aber bewertet werden müssen.

d) Individueller Schadenseinschlag (BGHSt 43, 293)

Auch könnten in engen Grenzen die zum individuellen Schadenseinschlag entwickelten Grundsätze greifen. Die i.R.v. § 263 StGB entwickelte Figur wurde auf die Fallgruppe der Haushaltsuntreue dahingehend übertragen, dass ein Vermögensnachteil in Betracht komme, „wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftliche gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird, wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird“.⁸⁵ Auch in Privatwirtschaft und damit i.R.d. Schwarzkassenverwaltung sind vergleichbare Konstellationen denkbar: Etwa wenn der Treuegeber wegen „unverhältnismäßiger Vorratshaltung“ von mangelnder Liquidität ausgeht und einen hoch verzinsten Kredit aufnimmt.⁸⁶

e) Ergebnis zum Vermögensnachteil

Ob ein Vermögensnachteil vorliegt, muss kumulativ anhand der Verwendungszweckabhängigen Theorie und der Ausgestaltung der Kasse untersucht werden. Da schwarze Kassen für Zwecke des Treuegebers errichtet werden, scheidet eine schadensgleiche Vermögensgefahr allein wegen der Abhängigkeit des Treuegebers vom „Gutdünken“ des Treuenehmers mit der Verwendungszweckabhängigen Theorie i.d.R. aus. Die Ausgestaltung der Kasse kann aber im Einzelfall eine schadensgleiche Vermögensgefahr erzeugen. Diese Differenzierung trägt der Vielgestaltigkeit von schwarzen Kassen Rechnung. Um die Versuchsstrafbarkeit nicht zu unterlaufen, muss die wirtschaftlich nachteilige Auswirkung der schadensgleichen Vermögensgefahr konkret beziffert werden. Ansonsten ist freizusprechen.⁸⁷

2. Übernahme der Kasse

Für die Untreuestrafbarkeit wegen Übernahme der Kasse muss danach unterschieden werden, ob bereits mit der Kassenerrichtung ein Vermögensnachteil entstanden ist.

Ist durch die Errichtung der schwarzen Kasse kein Schaden entstanden, befindet sich das Vermögen wirtschaft-

⁷⁷ Weimann (Fn. 50), S. 135.

⁷⁸ Lackmann, Musielak Zivilprozessordnung, 12. Aufl. (2015), § 771 Rn. 21.

⁷⁹ Saliger (Fn. 49), S. 428 ff.

⁸⁰ Kritisch zur „Kompensationsgefahr“ Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 74.

⁸¹ Satzger NSTZ 2009, 297, 304.

⁸² Weimann (Fn. 50), S. 124.

⁸³ Saliger (Fn. 49), S. 422 Fn. 1721.

⁸⁴ Saliger (Fn. 50) § 266 Rn. 77.

⁸⁵ BGHSt 43, 293, 298 f.

⁸⁶ Neye, Untreue im öffentlichen Dienst (1981), S. 77; Schlöser HRRS 2009, 19, 27. Kritisch zur „Personalisierung des Schadensbegriffs“ Saliger JA 2007, 326, 330 f.

⁸⁷ BVerfGE 126, 170, 205 f., 228 f. = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 Rn. 98, 146 f.

lich noch beim Treugeber.⁸⁸ Ist der Übernehmer ausgleichswillig und -fähig und will er das Geld aufgabengerecht verwenden, leuchtet nicht ein, wie ein Schaden nur durch die personelle Auswechslung des Verwalters entstehen kann. Es wird weiterhin nur die Dispositionsfreiheit vorenthalten.

Soweit bereits mit der Errichtung ein Schaden vorliegt, ist das Vermögen verloren.⁸⁹ Bloß unterbliebene Vermögensmehrung stellt keinen Vermögensnachteil dar. Entscheidend ist daher, ob mit der Kassenübernahme eine vermögenswerte Exspektanz zerstört wurde.⁹⁰ Wie aus verlorenem Vermögen eine vermögenswerte Exspektanz entstehen soll, begründet der BGH nicht und ist auch nicht einleuchtend: Eine Exspektanz zeichnet sich dadurch aus, dass sie rechtlich geschützt und realisierbar ist.⁹¹ Weil das Vermögen aber nicht mehr dem Treugeber zugeordnet wird, kann auch keine Exspektanz bestehen.⁹² Dafür spricht ein Vergleich zur Sachbeschädigung: Auch die bloße Nichterfüllung eines Reparaturanspruchs führt nicht zur Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung durch Unterlassen.⁹³ Zudem würde die „Kumulation von Schadensposten“ dazu führen, dass das sanktionierte Unrecht durch das Verhalten des Errichters und des Übernehmers entstandenen Gesamtschaden übersteigt.⁹⁴ Ist das Vermögen schon durch die Errichtung geschädigt, genießt es insoweit keinen strafbewehrten Schutz gegenüber dem Übernehmer der Kasse.

Das Übernehmen einer schwarzen Kasse ist folglich grds. nicht nach § 266 StGB strafbar. Auch das Urteil des BGH im Fall *Siemens* ist daher abzulehnen.

3. Verwendung der Gelder

Waren die Gelder mit der Errichtung verloren, kann insoweit kein neuer Schaden entstehen. Soweit kein Ver-

mögensnachteil verursacht wurde, sind die Gelder noch dem wirtschaftlichen Vermögen des Treugebers zuzuordnen. Verursacht das Verdeckthalten der schwarzen Kasse Verwaltungskosten, welche die einer „weißen“ Kasse übersteigen und wird die Einbuße nicht z.B. durch Zinserträge kompensiert, liegt insoweit ein effektiver Schaden vor.⁹⁵ Vorteile aus „nützlichen Aufwendungen“ wirken mangels unmittelbaren Zusammenhangs mit den Verwaltungskosten nicht schadenskompensierend. So erhielt etwa im Fall *Trienekens* der Verwalter der schwarzen Kasse 30% der 30 Mio. €; dies ist ein effektiver Schaden von 9 Mio. €.

Ob die sonstige Verwendung der verdeckten Gelder § 266 StGB erfüllt, kann unabhängig davon beantwortet werden, ob die Gelder aus einer schwarzen Kasse stammen.⁹⁶ Weil die Verwendung kein spezifisches Problem schwarzer Kassen ist, muss etwa für die Frage, ob die Zahlung von Schmiergeldern einen Nachteil begründet und Untreue ein Auffangdelikt für Korruptionsstraftaten ist, auf Rechtsprechung und Schrifttum verwiesen werden.⁹⁷

III. Ergebnis

Das Errichten von schwarzen Kassen ist grds. straflos, kann aber im Einzelfall eine schadensgleiche Vermögensgefahr begründen. Die Übernahme einer schwarzen Kasse fällt grds. nicht unter § 266 StGB. Dies zeigt, dass die Figur der schwarzen Kasse keine Allzweckwaffe zur einfachen Handhabung komplexer wirtschaftsstrafrechtlicher Sachverhalte darstellt. Umso bedauerlicher ist es, dass ausgerechnet die *Siemens*-Entscheidung verfassungsgerichtlich bestätigt wurde. Eine baldige Änderung der Rechtsprechung ist daher nicht zu erwarten.

⁸⁸ Vgl. *Schlösser* HRRS 2009, 19, 25.

⁸⁹ *Schlösser* HRRS 2009, 19, 25.

⁹⁰ vgl. BGHSt 31, 232.

⁹¹ *Hefendehl* (Fn. 64), S. 117.

⁹² A.A. *Ransiek* NJW 2009, 89, 96.

⁹³ *Rönnau* StV 2009, 246.

⁹⁴ *Satzger* NStZ 2009, 297, 302.

⁹⁵ *Saliger* (Fn. 49), S. 410.

⁹⁶ *Saliger* (Fn. 49), S. 418, 446 f.

⁹⁷ *Dierlamm*, Festschrift für Widmaier (2008), S. 607 unter Bezug auf Bundesliga-Skandal BGH NJW 1975, 1234; *Kempf*, Festschrift für Hamm (2008), S. 255; *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 72; *Ransiek* StV 2009, 321; *Reinhold* HRRS 2009, 107.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

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.

689. EGMR Nr. 46043/14 (Großen Kammer) – Urteil vom 5. Juni 2015 (Lambert u.a. v. Frankreich)

Schutzpflichten gegenüber dem Leben eines Patienten mit apallischem Syndrom bei der Feststellung des mutmaßlichen Lebenswillens (Behandlungsabbruch bei unangemessener künstlicher Lebensverlängerung; passive Sterbehilfe; Verfahren zur Feststellung des Willens und der dauerhaften Erkrankung; Autonomie; margin of appreciation); Individualbeschwerde (Beschwerdebefugnis; Opferbegriff: Erweiterung auf Angehörige beim Schutz des Lebens eines Bewusstlosen im Gegensatz zur Geltendmachung der Patientenrechte im eigenen Namen); ablehnendes Sondervotum HAJIYEV, ŠIKUTA, TSOTSORIA, DE GAETANO AND GRİTÇO.
Art. 2 EMRK; Art. 1 EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; § 212 StGB; § 13 StGB; § 1901a BGB

690. BVerfG 2 BvR 67/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Juni 2015 (OLG Karlsruhe / AG Achern)

Verfassungswidrige Bemessung der Tagessatzhöhe (Gebot schuldangemessenen Strafens; Willkürverbot; Schätzung des Nettoeinkommens; Erfordernis einer konkreten Feststellung der Schätzungsgrundlagen; Schätzung „ins Blaue hinein“).
Art. 3 Abs. 1 GG; § 40 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 40 Abs. 3 StGB

691. BVerfG 2 BvR 965/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Juni 2015 (OLG Frankfurt am Main)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; türkischer Staatsangehöriger; Weiterlieferung in die Türkei; Zerteilung des Auslieferungsverfahrens; Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zulässigkeitsverfahren; außenpolitischer Entscheidungsspielraum der Bundesregierung im Bewilligungsverfahren; Sonderregelung für Auslieferungen an Mitgliedstaaten der Europäischen Union; gerichtliche Überprüfung der Bewilligungsentscheidung bei über die Zulässigkeitsentscheidung hinausgehendem Regelungsgehalt).

Art. 1 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 12 IRG; § 79 IRG

692. BVerfG 2 BvR 1180/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Juli 2015 (Thüringer OLG / LG Mühlhausen)

Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit; gerichtliche Zustimmung; Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Dauer; Verhältnismäßigkeit; Bestimmtheit des Zustimmungsbeschlusses; Art und Weise der Behandlung; Begründungsanforderungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung; Antrag auf gerichtliche Entscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 29 Abs. 5 ThürMRVG; § 312 Satz 2 FamFG; § 323 FamFG; § 329 FamFG; § 109 StVollzG; § 138 Abs. 3 StVollzG

693. BVerfG 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 16. Juni 2015 (OLG 1 / LG Hamburg / AG Hamburg)

Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden für die Anordnung von Wohnungsdurchsuchungen (Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung; Richtervorbehalt für Durchsuchungsanordnungen; wirksame präventive Kontrolle durch den Richter; richterlicher Bereitschaftsdienst; Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden als Ausnahmefall; Zulässigkeit mündlicher Durchsuchungsanordnungen; Gefahr im Verzug; enge Auslegung; unbestimmter Rechtsbegriff; drohender Beweismittelverlust; einzelfallbezogene Prüfung; Pflicht zur Dokumentation; Entfallen der Eilkompetenz mit Befassung des Richters; Übergang der Verantwortung auf den Richter; kein Wiederaufleben der Eilkompetenz bei ausbleibender richterlicher Entscheidung; Neubegründung der Eilkompetenz durch neue Umstände; „überholende Kausalität“; keine Eilkompetenz wegen Organisationsdefiziten der Justiz); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 304 Abs. 1 StPO; § 152 GVG

694. BVerfG 2 BvR 2954/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Mai 2015 (OLG Hamm / LG Bochum)

Vollstreckung einer durch den Internationalen Gerichtshof für das ehemalige Jugoslawien verhängten Freiheitsstrafe im Inland (Vollstreckungshilfe; verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen; Wesensgehalt der Grundrechte; Menschenwürde; Schuldgrundsatz; Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden; grundsätzliche Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen; Übertragung vollstreckungsrechtlicher Entscheidungen auf den Gerichtshof; Pflicht zur Herbeiführung einer Entscheidung des Gerichtshofs; Resozialisierungsgebot; Behandlungsvollzug; Vollzugsdefizite; Gleichbehandlungsgrundsatz; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Einzelfallgesetz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 24 Abs. 1 GG; § 5 Abs. 2 YUGStrGHG; § 41 IStGHG; § 42 IStGHG; § 46 IStGHG; § 47 IStGHG; § 38 Abs. 2 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

695. BGH 3 StR 113/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Stade)

Subsidiarität der Unterschlagung bei einem durch dieselbe Tat verwirklichten Diebstahl (vorgetäuschter Raub; Alleingewahrsam); Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Zulässigkeit der Rüge; Verlesung eines Attests; Erforderlichkeit der Vernehmung des Zeugen; Einverständnis; fehlender Gerichtsbeschluss; Kenntnis der Verfahrensbeteiligten von Grund und Umfang der Verlesung; Anordnung durch den Vorsitzenden; Beruhen).

§ 242 StGB; § 246 StGB; § 251 StPO; § 337 StPO

696. BGH 3 StR 118/15 – Urteil vom 2. Juli 2015 (LG Trier)

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

697. BGH 3 StR 45/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Krefeld)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten; Lastschriftverfahren; Zulassung zum Einzugsermächtigungsverfahren; Eingabe einer Ziffer zur Bestimmung des anzuwendenden Verfahrens); Beurteilung der Richtigkeit einer Einlassung (Zweifelsatz; Gesamtergebnis der Beweisaufnahme).

§ 263a StGB; § 261 StPO

698. BGH 3 StR 52/15 – Beschluss vom 28. April 2015 (LG Koblenz)

Adhäsionsentscheidung (Grenzen der gesamtschuldnerischen Haftung bei nicht vom gemeinsamen Vorsatz umfassten Handlungen eines Mittäters; Schmerzensgeld; Körperverletzung; Abänderung der Adhäsionsentscheidung im Revisionsverfahren; keine Zurückverweisung ausschließlich zur Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes).

§ 830 Abs. 1 BGB; § 840 Abs. 1 BGB; § 406 StPO; § 223 StGB; § 224 StGB

699. BGH 3 StR 61/15 – Beschluss vom 28. April 2015 (LG Koblenz)

Bewertungseinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine willkürliche Zusammenfassung zu einem einzigen Verkaufsvorrat); Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (eigenständiger Tatbegriff); konkrete Bezeichnung der Einziehungsgegenstände.

§ 29 BtMG; § 31 BtMG; § 52 StGB; § 74 StGB

700. BGH 3 StR 61/15 – Beschluss vom 28. April 2015 (LG Koblenz)

Tatbestandliche Bewertungseinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Einzelverkäufe; Ausrichtung auf einheitlichen Güterumsatz; tatrichterliche Feststellung; Schätzung).

§ 29 BtMG; § 52 StGB

701. BGH 3 StR 89/15 – Urteil vom 28. Mai 2015 (LG Düsseldorf)

Fehlende Freiwilligkeit des Rücktritts bei panischem Abbruch der Tat (Erfordernis einer willensgesteuerten Entscheidung); Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs (Akzeptanz des Ausgleichs durch da Opfer; ausnahmsweise fehlendes schutzwürdiges Interesse bei Weigerung); Strafrahenwahl beim Zusammentreffen von Milderungsgründen.

§ 24 StGB; § 46a StGB; § 49 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

702. BGH 3 StR 9/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Stade)

Betrug (Notwendigkeit konkreter Feststellungen zu Person und Vorstellungsinhalt des Verfügenden bei arbeitsmäßig tätigen Unternehmen); Kennzeichnung der Straftat mit anschaulichen Worten in der Urteilsformel.

§ 263 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

703. BGH 3 StR 154/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Hannover)

Keine Aufnahme der Bezeichnung der Tat als „mittäter-schaftlich“ in die Urteilsformel.

§ 260 StPO

704. BGH 3 StR 157/15 – Urteil vom 2. Juli 2015 (LG Verden)

Verfall (Bruttoprinzip; erlangtes Etwas; Verfügungsgehalt; Unbeachtlichkeit der beabsichtigten Aufteilung unter mehreren Beteiligten; Härtefallprüfung); Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung von Beweiswürdigung und Strafzumessung; gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern.

§ 73 StGB; § 73c StGB; § 261 StPO; § 46 StGB; § 97 AufenthG

705. BGH 3 StR 171/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Mainz)

Keine Begehung der gefährlichen Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich bei mehreren jeweils nur einem Täter gegenüberstehende Opfern; Mittäterschaft; räuberische Erpressung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB.

706. BGH 3 StR 179/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Mönchengladbach)

Unzulässigkeit von Verweisungen oder Bezugnahmen auf Schriftstücke oder andere Erkenntnisquellen außerhalb des Urteils; keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme in der Beweiswürdigung.

§ 267 StPO

707. BGH 3 StR 181/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Verden)

Verhältnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei der Prüfung der Schuldfähigkeit (tatsächliches Fehlen der Einsicht; Vorwerfbarkeit; vorhandene Unrechtseinsicht trotz eingeschränkter Einsichtsfähigkeit); natürlicher Tatvorsatz; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB

708. BGH 3 StR 182/15 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Hildesheim)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Diebstahl von Betäubungsmitteln zur Weitergabe an einen Dritten; kein eigenes Umsatzgeschäft; Beschränkung auf Abholung und Transport).

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

709. BGH 3 StR 190/15 – Beschluss vom 7. Juli 2015 (LG Verden)

Konkurrenzen beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (gleichartige Tateinheit aufgrund von Teilidentität der jeweiligen tatbestandlichen Ausführungshandlungen).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

710. BGH 3 StR 193/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Hannover)

Besonders schwere räuberische Erpressung (schwere körperliche Misshandlung bei der Tat; finale Verknüpfung von Misshandlung und Erzwingung der Vermögensverfügung bzw. Sicherung der Beute).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

711. BGH 3 StR 197/15 – Beschluss vom 7. Juli 2015 (LG Bad Kreuznach)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

712. BGH 3 StR 202/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Koblenz)

Unterbrechung der Hauptverhandlung von mehr als drei Wochen (Verlesung eines Attests; Erkrankung eines Zeugen; Verhandlung zur Sache; Förderung des Verfahrens in der Sache; Befassung mit Verfahrensfragen; unvorhersehbare Ereignisse; Konzentrationsmaxime)

§ 229 StPO

713. BGH 3 StR 219/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Düsseldorf)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (tatsächliche Verfügbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland; „Bodypacker“; Transit; vorübergehender Aufenthalt).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

714. BGH 3 StR 498/14 – Urteil vom 13. Mai 2015 (LG Koblenz)

Rechtsbeugung („Sperrwirkung“; nachträgliches Abändern der Ratenhöhe bei Verurteilung zur Geldstrafe; Niederschrift der Urteilsformel; Begriff der „Leitung einer Rechtssache“; elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege); Urkundenfälschung (Niederschrift der Urteilsformel als Urkunde; Unzulässigkeit der Abänderung durch den erkennenden Richter nach der Urteilsverkündung); Falschbeurkundung (Hauptverhandlungsprotokoll keine öffentliche Urkunde).

§ 339 StGB; § 267 StGB; § 271 StGB; § 348 StGB; § 268 Abs. 2 Satz 1 StPO

715. BGH 3 StR 532/14 – Beschluss vom 28. April 2015 (LG Osnabrück)

BGHSt; sexueller Missbrauch von behördlich Verwahrten (Kinder; Jugendliche; Minderjährige; Hilfe zur Erziehung; stationäre Unterbringung; Heim; Entscheidung des Sorgeberechtigten; Anordnung; Strafbedürfnis); fehlgeschlagener Versuch.

§ 174a Abs. 1 StGB; § 27 SGB VIII; § 34 SGB VIII; § 24 StGB

716. BGH 3 StR 569/14 – Beschluss vom 12. Mai 2015 (OLG Düsseldorf)

Unzulässige Änderung des Geschäftsverteilungsplans durch Einzelzuweisung eines Verfahrens (gesetzlicher Richter; abstrakt-generelle Vorgaben; Änderung des Geschäftsverteilungsplans im laufenden Geschäftsjahr; Eignung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs; erkennbare dauerhafte Überlastung; anhängige Verfahren; Gesamtkonzept zum Belastungsausgleich; Beschleunigungsgebot; Haftsache; Besetzungsrüge).

§ 21e Abs. 3 Satz 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

717. BGH 3 StR 596/14 – Beschluss vom 7. Juli 2015 (LG Koblenz)

Unzutreffender Maßstab hinsichtlich des Grenzwertes beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

718. BGH 5 StR 28/15 (alt: 5 StR 322/12) – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Frankfurt (Oder))

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

719. BGH 5 StR 140/15 – Urteil vom 17. Juni 2015 (LG Berlin)

Minder schwerer Fall des Computerbetruges (besonders „werthaltiges“, da umfangreiche Auslandsermittlungen entbehrlich machendes Geständnis); Bemessung der Gesamtfreiheitsstrafe (zusammenfassende Würdigung der Strafzumessungsgesichtspunkte); Aussetzung zur Bewährung.

§ 263a StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 56 Abs. 2 StGB

720. BGH 5 StR 172/15 – Beschluss vom 17. Juni 2015 (LG Braunschweig)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a Satz 1 StPO

721. BGH 5 StR 181/15 – Urteil vom 14. Juli 2015 (LG Dresden)

Bestimmung von eingeführten Betäubungsmitteln für den ausländischen Markt kein Strafmilderungsgrund.

§ 29 BtMG; § 6 Nr. 5 StGB; § 46 StGB

722. BGH 5 StR 185/15 – Beschluss vom 15. Juli 2015 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

723. BGH 5 StR 55/15 – Urteil vom 3. Juni 2015 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhafte tatrichterliche Beweiswürdigung (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; fernliegende hypothetische Möglichkeit; lediglich formelhafte Gesamtabwägung aller Indizien; Darlegung der Beschuldigtenvernehmung des schweigenden Angeklagten; Widerspruch zwischen schriftlichem und mündlichem Sachverständigengutachten).

§ 261 StPO

724. BGH 5 StR 71/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Hamburg)

BGHSt; Störung der Totenruhe (Begriff der Asche; Verbrennungsrückstände; Zahngold; Sachqualität abgetrennter Teile; Pietätsempfinden; Wortlaut; allgemeiner Sprachgebrauch; Gesetzgebungsgeschichte; Sinn und Zweck); Förderung mehrerer rechtlich selbständiger Haupttaten durch eine Beihilfehandlung; Zeitpunkt der Beihilfe; Feststellungen zum erlangten Etwas bei entgegenstehenden Ansprüchen Verletzter; mildestes Gesetz.

§ 168 Abs. 1 StGB; § 27 StGB; § 8 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

725. BGH 5 StR 75/15 – Urteil vom 17. Juni 2015 (LG Berlin)

Tötungsvorsatz (gefährliche Gewalthandlung; vorsatzkri- tische Umstände bei der Annahme von Tötungsvorsatz hinsichtlich des eigenen Kindes; vorwegnehmende Billi- gung des Endes eines Krankheitsprozesses; Verdeck- mungsmord durch Unterlassen); Strafraumenverschie- bung beim Unterlassen.

§ 261 StPO; § 13 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB

726. BGH 5 StR 80/15 – Urteil vom 2. Juni 2015 (LG Braunschweig)

Erpresserischer Menschenraub (stabilisierte Bemächti- gungslage); Geiselnahme; Vergeltungsbedürfnis als Straf- zumessungsgrund.

§ 239a StGB; § 239b StGB; § 46 StGB

727. BGH 5 StR 196/15 – Beschluss vom 14. Juli 2015 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

728. BGH 5 StR 197/15 – Beschluss vom 15. Juni 2015 (LG Chemnitz)

Konkurrenzverhältnis von Führen und Besitz einer Waffe (keine Tateinheit bei Ausübung der tatsächlichen Gewalt nur außerhalb der eigenen Wohnung).

§ 52 WaffG; § 52 StGB

729. BGH 5 StR 205/15 – Beschluss vom 17. Juni 2015 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

730. BGH 5 StR 209/15 – Beschluss vom 15. Juli 2015 (LG Neuruppin)

Unterlassene Prüfung der Voraussetzungen einer Aufklä- rungshilfe.

§ 46b StGB

731. BGH 5 StR 214/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

732. BGH 5 StR 215/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Göttingen)

Lückenhafte Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage- Konstellation; inkonstante Angaben der einzigen Belas- tungszeugin zum Kern- und Randgeschehen; mögliche unbewusste Falschbelastung durch Auto- oder Fremd- suggestion bei Borderline-Persönlichkeitsstörung); Hang zum Konsum alkoholischer Getränke.

§ 261 StPO; § 64 StGB

733. BGH 5 StR 216/15 – Beschluss vom 17. Juni 2015 (LG Frankfurt (Oder))

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Anwendung der Härte- vorschrift beim Wertersatzverfall.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

734. BGH 5 StR 218/15 – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

735. BGH 5 StR 222/15 – Beschluss vom 14. Juli 2015

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 33a StPO

736. BGH 5 StR 223/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

737. BGH 5 StR 229/15 – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Strafraumenwahl bei der Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung (zwingende Milderung; minder schwerer Fall).

§ 224 StGB; § 27 StGB; § 49 StGB

738. BGH 5 StR 236/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Frankfurt (Oder))

Kein Erfordernis einer „qualifizierten“ Belehrung nach fehlender ordnungsgemäßer Belehrung im Ermittlungsverfahren.

§ 252 StPO; § 52 StPO

739. BGH AK 15/15 AK 16/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Anwendbarkeit deutschen Strafrechts; Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Verhältnismäßigkeit).

§ 129a Abs. 5 Satz 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 9 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

740. BGH AK 15/15 AK 16/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Anwendbarkeit deutschen Strafrechts; Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Verhältnismäßigkeit).

§ 129a Abs. 5 Satz 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 9 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

741. BGH AK 19/15 – Beschluss vom 23. Juli 2015

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland („IS“; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts).

§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

742. BGH 1 StR 123/15 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG Kempten)

Beihilfe zum versuchten Betrug.

§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

743. BGH 1 StR 128/15 – Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG Stuttgart)

Rechtstaatswidrige Tatprovokation (Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren: Gesamtbetrachtung; Rechtsfolge: kein Gebot eines Verfahrenshindernisses

auch bei konventions- und verfassungskonformer Auslegung; Anforderungen an die Revisionsbegründung; kein Übernahme der vom EGMR aufgestellten Beweislastumkehr; Voraussetzungen: erhebliche Intensivierung der Tatgeneigtheit, Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EGMR); Protokollierung der Hauptverhandlung (Einlassung des Angeklagten als wesentliche Förmlichkeit).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO

744. BGH 1 StR 152/15 – Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG München I)

Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (keine besondere Schwere der Schuld: Berücksichtigung sonstiger strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ohne gesonderte Anklage).

§ 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

745. BGH 1 StR 171/15 – Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG Kempten)

Computerbetrug (Tateinheit).

§ 263a Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

746. BGH 1 StR 190/15 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (keine Anordnung der Unterbringung bei Rücktritt vom Versuch der Anlasstat; Begründung der Anordnung); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs: Wurf mit einem Stein).

§ 63 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

747. BGH 1 StR 7/15 – Beschluss vom 9. Juli 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Recht auf den gesetzlichen Richter; Begründung des Antrags: völlig ungeeignete Begründung; keine Wiederholung von Befangenheitsanträgen); Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Nachholung von Verfahrensrügen bei bereits formgerecht begründeter Revision).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 26a Abs. 1 StPO; § 44 StPO

748. BGH 1 StR 76/15 – Beschluss vom 24. Juni 2015 (LG Deggendorf)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitnehmers; gleichzeitiges Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen und Arbeitnehmerbeiträge: einheitliche Tat nach § 266a Abs. 1 StGB).

§ 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB

749. BGH 1 StR 99/14 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG München II)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Grundstoffen, die zur unerlaubten Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet werden sollen (Ausnahme für Grundstoffe als Wirkstoff eines Arzneimittels: auch bei leichter Extrahierbarkeit, hier: Pseudoephedrin); Vorlageverfahren zum EuGH. § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2001/83/EG; Art. 2 lit. a) Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a) Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 1111/2005; § 267 Abs. 3, Abs. 4 AEUV

750. BGH 1 StR 198/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Mannheim)

Gewährung des letzten Wortes (erneuter Eintritt in die Verhandlung: Voraussetzungen, Negativmitteilung über Verständigungsgespräche).

§ 258 Abs. 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

751. BGH 1 StR 207/15 – Beschluss vom 24. Juni 2015 (LG Ravensburg)

Urteilszustellung (Formlosigkeit der Zustellungsanordnung).

§ 36 Abs. 1 Satz 1 StPO

752. BGH 1 StR 211/15 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG Bayreuth)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mitsichführen von Gegenständen, die zur Verletzung von Personen geeignet sind: Zeitpunkt des Mitsichführens bei mehreren Einzelakten der Tat).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

753. BGH 1 StR 217/15 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG München II)

Aufhebung des Urteils im Strafausspruch (Umfang der Aufhebung der Feststellungen: Nachtatgeschehen).

§ 353 Abs. 2 StPO

754. BGH 1 StR 235/14 – Beschluss vom 29. April 2015 (LG Mannheim)

Besonders schwerer Fall von Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (unlautere Bevorzugung: subjektiver Maßstab; Begriff des Vorteils und Vorteil von großem Ausmaß: individuelle Bestimmung nach der Eignung, den Vorteilsnehmer zu korrumpieren); wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Strafbarkeit von vertikalen Absprachen; Submissionsabsprachen); Fortsetzung der Hauptverhandlung ohne den Angeklagten (eigenmächtiges Fernbleiben des Angeklagten: Beweislast des Gerichts; Anforderungen an den Revisionsvortrag); Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen als nicht erforderlich (Begründung); Pflicht zur Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Beruhen bei mit einem Mitangeklagten geführten Verständigungsgesprächen; Anforderungen an die Revisionsbegründung).

§ 299 Abs. 1 StGB; § 300 Nr. 1 StGB; § 298 Abs. 1 StGB; § 231 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

755. BGH 1 StR 243/15 – Beschluss vom 23. Juni 2015 (LG München I)

Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe vor der Maßregel (Dauer des Vollwegverzugs).

§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

756. BGH 1 StR 368/14 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Stuttgart)

Verfall (Begriff des Erlangens: Maßgeblichkeit des Zwecks der Strafvorschrift, hier: fahrlässiges Erbringen von Zahlungsdienstleistungen ohne Erlaubnis; Absehen vom Verfall wegen unbilliger Härte: Nachvorhandensein des Erlangtem im Vermögen des Täters; Vorliegen einer un-

billigen Härte); fahrlässiges Erbringen von Zahlungsdienstleistungen ohne Erlaubnis (Genehmigungsbedürftigkeit hybrider Unternehmen: richtlinienkonforme Auslegung; kein Verbotsgesetz).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 31 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ZAG; § 134 BGB

757. BGH 1 StR 368/14 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

758. BGH 1 StR 388/13 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG München II)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Grundstoffen, die zur unerlaubten Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet werden sollen (Ausnahme für Grundstoffe als Wirkstoff eines Arzneimittels: auch bei leichter Extrahierbarkeit, hier: Pseudoephedrin); Vorlageverfahren zum EuGH. § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2001/83/EG; Art. 2 lit. a) Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a) Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 111/2005; § 267 Abs. 3, Abs. 4 AEUV

759. BGH 1 StR 399/14 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG München I)

BGHSt; Bestechung von Amtsträgern eines anderen EU-Mitgliedstaats (zweistufige Bestimmung der Amtsträgerstellung: Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, kein Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz und Grundsatz der Volkssouveränität).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 82 EUV; Art. 67 EUV; § 332 Abs. 1 StGB; § 11 StGB; Art. 2 § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EUBestG

760. BGH 1 StR 426/13 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG München II)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Grundstoffen, die zur unerlaubten Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet werden sollen (Ausnahme für Grundstoffe als Wirkstoff eines Arzneimittels: auch bei leichter Extrahierbarkeit, hier: Pseudoephedrin); Vorlageverfahren zum EuGH. § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2001/83/EG; Art. 2 lit. a) Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a) Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 111/2005; § 267 Abs. 3, Abs. 4 AEUV

761. BGH 1 StR 429/14 – Beschluss vom 20. Mai 2015 (LG Essen)

Widerruf des Verzichts auf ein Zeugnisverweigerungsrecht (Verwertbarkeit vorher in der Hauptverhandlung gemachter Angaben).

§ 52 Abs. 3 Satz 2 StPO

762. BGH 1 StR 579/14 – Beschluss vom 25. Juni 2015 (LG Kassel)

Unterbrechung der Verjährung (Reichweite der Unterbrechungswirkung bei Strafverfahren wegen mehrerer Taten); Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Begriff des Verständigungsgesprächs; Beruhen des Urteils auf Nichtmitteilung von Verständigungsgesprächen mit einem Mitangeklagten).

§ 78c Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

763. BGH 1 StR 590/14 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Nürnberg-Fürth)

Mitteilung von Verständigungsgesprächen (Anforderungen an die Revisionsbegründung; Zeitpunkt der Mitteilung; Beruhen auf unterlassener Mitteilung bei Information durch Verteidiger).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

764. BGH 1 StR 606/14 – Urteil vom 9. Juni 2015 (LG Stuttgart)

BGHSt; Notwehr (Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem Handeln: strafrechtsautonome Bestimmung der Rechtmäßigkeit, Durchsetzung einer Abschiebung); Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Rechtmäßigkeit der Diensthandlung: strafrechtsautonome Bestimmung; Erlaubnistatbestandsirrtum); Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz: Voraussetzungen); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 32 Abs. 2 StGB; § 113 Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 46 StGB

765. BGH 2 StR 8/15 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

766. BGH 2 StR 23/15 – Beschluss vom 28. Mai 2015 (LG Erfurt)

Doppelverwertungsverbot.

§ 46 Abs. 3 StGB

767. BGH 2 StR 29/15 – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Mühlhausen)

Eröffnungsbeschluss (Form: regelmäßige Erforderlichkeit einer schriftlichen Niederlegung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtlich Beweiswürdigung).

§ 203 StPO; § 261 StPO

768. BGH 2 StR 30/15 – Urteil vom 24. Juni 2015 (LG Köln)

Gefährliche Körperverletzung (Begriff des gefährlichen Werkzeugs).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

769. BGH 2 StR 32/15 – Beschluss vom 28. Mai 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Strafzumessung (Berücksichtigung später begangener Straftaten).

§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

770. BGH 2 StR 45/14 – Urteil vom 20. Mai 2015 (LG Frankfurt a. M.)

BGHSt; Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Besetzung der Strafkammer; Folge einer fehlerhaften Besetzung: Verfahrenshindernis); Beschluss über die Besetzung der Strafkammer (Zuständigkeit der Strafkammer in der Besetzung, die außerhalb der Hauptverhandlung zuständig ist).

Art. 101 Abs. 1 Satz GG; § 76 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

771. BGH 2 StR 46/14 – Urteil vom 20. Mai 2015 (LG Aachen)

Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignet (Antrag auf Beauftragung eines Sachverständigen); Hehlerei.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 259 Abs. 1 StGB

772. BGH 2 StR 63/14 – Beschluss vom 21. Juli 2015 (BGH)

Berichtigungsbeschluss

773. BGH 2 StR 75/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Köln)

Zuhälterei (Tatbestandsvoraussetzungen: Überwachen der Prostitutionsausübung, Bestimmen der Umstände der Prostitutionsausübung, sonstige Maßnahmen gegen die Aufgabe der Prostitution).

§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB

774. BGH 2 StR 166/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Bonn)

Minderschwerer Fall des Totschlags.

§ 213 StGB

775. BGH 2 StR 193/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

776. BGH 2 StR 310/14 – Urteil vom 1. Juli 2015 (LG Darmstadt)

Tötungsvorsatz (Indizien).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

777. BGH 2 StR 351/14 – Urteil vom 22. April 2015 (LG Aachen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 261 StPO

778. BGH 2 StR 358/14 – Urteil vom 17. Juni 2015 (LG Bonn)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger andauernder Zustand der zumindest eingeschränkten Schuldfähigkeit).

§ 63 StGB; § 21 StGB

779. BGH 2 StR 359/14 – Beschluss vom 6. Mai 2015 (LG Kassel)

Beihilfe zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (keine Beihilfe nach Beendigung der Einfuhr).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

780. BGH 2 StR 398/14 – Beschluss vom 29. April 2015 (LG Gera)

Angeklagte Tat als Grenze der Urteilsfindung (angeklagter Tatzeitraum).

§ 155 Abs. 1 StPO; § 264 Abs. 1 StPO

781. BGH 2 StR 83/15 – Beschluss vom 25. Juni 2015 (LG Köln)

Doppelverwertungsverbot.

§ 46 Abs. 3 StGB

782. BGH 2 StR 444/14 – Beschluss vom 30. April 2015 (LG Aachen)

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen einer krankhaften seelischen Störung durch Alkoholkonsum: Gesamtwürdigung des Täterverhaltens, Indizwert der Blutalkoholkonzentration).

§ 21 StGB

783. BGH 2 StR 454/14 – Beschluss vom 10. Juni 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl (Verhältnis von minder schwerem Fall und gesetzlichem Strafmilderungsgrund).

§ 244a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

784. BGH 2 StR 473/14 – Urteil vom 3. Juni 2015 (LG Gießen)

Notwehr (Gebotenheit der Notwehrhandlung; Einschränkung des Notwehrrechts bei sonstiger Notwehrprovokation); Notwehrexzess (kein Ausschluss durch Provokation der Notwehrlage).

§ 32 StGB; § 33 StGB

785. BGH 2 StR 488/14 – Beschluss vom 13. Mai 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Gefährliche Körperverletzung (Begriff des gefährlichen Werkzeugs: Straßenschuh).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StGB

786. BGH 2 StR 515/14 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Bonn)

Unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Personen unter 18 Jahren.

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

787. BGH 2 StR 530/14 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Bonn)

Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung.

§ 232 StGB

788. BGH 2 ARs 113/15 2 AR 80/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015

Zuständigkeit für den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (Befassung einer Strafvollstreckungskammer mit der Sache: Zeitpunkt).

§ 454a Abs. 2 StPO; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

Mit einer Strafvollstreckungssache „befasst“ im Sinne des § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO ist ein Gericht bereits dann, wenn Tatsachen aktenkundig werden, die eine Entscheidung, wie zum Beispiel einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, rechtfertigen können (vgl. BGHSt 30, 189, 191).

789. BGH 2 ARs 54/15 (2 AR 35/15) – Beschluss vom 25. Juni 2015

Nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung (Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer: Bezirk der Strafanstalt, in der der Verurteilte aufgenommen ist).

§ 453 Abs. 1 StPO; § 462 Abs. 1 Satz 1 StPO

790. BGH 2 ARs 139/15 (2 AR 82/15) – Beschluss vom 9. Juli 2015

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (Ende der Zuständigkeit erst nach Vollstreckung aller Strafen, für die Strafvollstreckungskammer zuständig war).

§ 462a Abs. 4 Satz 1 StPO

Die Fortsetzung der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer endet grundsätzlich – vom Fall der Aufnahme des Verurteilten in eine Justizvollzugsanstalt in einem anderen Gerichtsbezirk abgesehen – erst, wenn die Vollstreckung aller Strafen, hinsichtlich derer die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer aufgrund des Konzentrationsprinzips im Sinne des § 462a Abs. 4 Satz 1 StPO entstanden war, vollständig erledigt ist (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 124, 125). Dies entspricht dem Zweck der gesetzlichen Regelung, divergierende Entscheidungen hinsichtlich der Persönlichkeit des Verurteilten zu vermeiden (vgl. BGH NJW 2010, 951, 952).

791. BGH 2 ARs 205/15 (2 AR 125/15) – Beschluss vom 2. Juli 2015

Erledigung der Maßregel (Zuständigkeit: Begriff des Befasstsein).

§ 67d Abs. 5 StGB; § 463 Abs. 1, Abs. 6 StPO; § 462a Abs. 1 StPO

Für die Befassung mit der Sache genügt es, wenn Unterlagen bei dem Gericht eingehen, die eine Entscheidung notwendig machen. Dadurch wird von Amts wegen die Prüfung veranlasst, ob die Maßregel für erledigt zu erklären ist.

792. BGH 4 StR 101/15 – Beschluss vom 2. Juli 2015 (LG Trier)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

793. BGH 4 StR 40/15 – Beschluss vom 6. Mai 2015 (LG Bochum)

Belehrung über Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von einer Verständigung (Schutzzweck; kein Beruhen auf unterbliebener Belehrung bei nicht zu Stande gekommener Verständigung).

§ 257c Abs. 5 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

794. BGH 4 StR 46/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Kaiserslautern)

Vergewaltigung (Tateinheit bei mehrfach hintereinander begangenen Vergewaltigungen).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

795. BGH 4 StR 59/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Dortmund)

Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht bei Aburteilung mehrerer, in verschiedenen Altersstufen begangener Taten (Schwergewicht der Taten).

§ 32 JGG

796. BGH 4 StR 91/15 – Beschluss vom 1. Juni 2015 (LG Bochum)

Mitteilung über Verständigungsgespräche (kein Beruhen des Urteils auf fehlender Negativmitteilung, wenn tatsächlich keine Verständigungsgespräche geführt wurden).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

797. BGH 4 StR 92/15 – Beschluss vom 21. April 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Rechtfertigung durch Besitzkehr (keine Besitzschutzrechte bei strafbarem Besitz); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung von Leib und Leben: Darstellung im Urteil); Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs: Beurteilung nach Rücktrittshorizont des Täters); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang zum übermäßigen Konsum von Betäubungsmitteln und Tat; hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg).

§ 859 Abs. 2 BGB; § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; § 315b Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 64 StGB

798. BGH 4 StR 105/15 – Beschluss vom 3. Juni 2015 (LG Essen)

Hilfe zur Aufklärung schwerer Straftaten.
§ 46b StGB

799. BGH 4 StR 111/15 – Beschluss vom 2. Juni 2015 (LG Landshut)

Trunkenheit im Verkehr (Fahrunsicherheit aufgrund von Alkoholkonsum: Indizwirkung der Blutalkoholkonzentration); Ablehnung eines Beweisantrages wegen Wahrheitsstellung.

§ 316 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

800. BGH 4 StR 124/15 – Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG Neubrandenburg)

Einziehung (Vorbehalt der Einziehung).
§ 74 StGB; § 74b Abs. 2 StGB

801. BGH 4 StR 136/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Hamburg)

Raub (Zeitpunkt des Wegnahmevorsatzes).
§ 249 Abs. 1 StGB

802. BGH 4 StR 144/15 – Beschluss vom 2. Juni 2015 (LG Hagen)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzungen einer Mittäterschaft; Anstiftung; Abgrenzung zur psychischen Beihilfe).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 26 Abs. 1 StGB

803. BGH 4 StR 161/15 – Beschluss vom 1. Juli 2015 (LG Konstanz)

Minderschwerer Fall der schweren räuberischen Erpressung (Einbeziehung gesetzlicher Milderungsgründe).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

804. BGH 4 StR 167/15 – Beschluss vom 3. Juni 2015 (LG Dortmund)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters).

§ 63 StGB

805. BGH 4 StR 173/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Essen)

Betrug.

§ 263 Abs. 1 StGB

806. BGH 4 StR 188/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Traunstein)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert: Beinahe-Unfall; Einsetzen eines Fahrzeugs als Waffe: Erforderlichkeit eines zumindest bedingten Schädigungsvorsatzes); Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (besonders schwerer Fall: Kfz als gefährliches Werkzeug, Gefahr des Todes durch zu schnelles Zufahren auf eine Person).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 113 Abs. 2 StGB

807. BGH 4 StR 190/15 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Essen)

Gewerbsmäßige Urkundenfälschung (mittelbarer Vorteil des Täters).

§ 267 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

808. BGH 4 StR 196/15 – Beschluss vom 17. Juni 2015 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begehung der Tat im Zustand der (verminderten) Schuldunfähigkeit: Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

809. BGH 4 StR 202/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Paderborn)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellung von Sachverhaltsgutachten im Urteil).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

810. BGH 4 StR 215/15 – Beschluss vom 16. Juni 2015 (LG Essen)

Minderschwerer Fall des schweren Raubs (Verhältnis zu vertyppten Strafmilderungsgründen).

§ 250 Abs. 3 StGB; § 49 StGB

811. BGH 4 StR 220/15 – Beschluss vom 18. Juni 2015 (LG Siegen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

812. BGH 4 StR 245/15 – Beschluss vom 14. Juli 2015 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

813. BGH 4 StR 267/11 – Beschluss vom 1. Juni 2015

Festsetzung einer Pauschgebühr (besonderer Umfang oder besondere Schwierigkeit des Verfahrens: keine Berücksichtigung von persönlichen Umständen).

§ 51 Abs. 1 Satz 1 RVG

814. BGH 4 StR 506/14 – Beschluss vom 30. Juni 2015 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

815. BGH 4 StR 509/14 – Urteil vom 2. Juli 2015 (LG Magdeburg)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung: objektive ex-ante-Betrachtung; Gebotenheit: Notwehrprovokation); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 32 StGB; § 261 StPO

816. BGH 4 StR 555/14 – Beschluss vom 20. Mai 2015 (LG Freiburg)

BGHR; Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters (kein Rückgriff auf zu anderen Zwecken entnommene

Körperzellen: auch bei richterlicher Anordnung, kein zwingendes Beweisverwertungsverbot).

§ 81g Abs. 3 Satz 1 StPO; § 81a Abs. 3 StPO; § 261 StPO.

817. BGH 4 StR 576/14 – Beschluss vom 1. Juli 2015 (BGH)

Anspruch auf rechtliches Gehör (kein Begründungszwang bei offensichtlich unbegründeter Revision).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2 StPO