

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 Rüben-
stahl, mag. iur. (Tsambikakis & Part-
ner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger
(Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schil-
ling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Chris-
toph Sowada (Univ. Greifswald); RA
Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.
Basel)

Publikationen

Priv.-Doz. Dr. Florian Knauer, Berlin – **Die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2015 Nr. 285 S. 435

Akad. Rat Dr. Frank Zimmermann, München – **NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und deutsches Strafanwendungsrecht** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2014 Nr. 1113 S. 441

Wiss. Mit. Felix Ruppert, Bayreuth – **Das Beweisverwertungsverbot in § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB – Anwendungsbereich und Reichweite** S. 448

RA Sebastian Wohlwend, Berlin – **Die Durchsuchung, gerade bei Dritten nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO** S. 454

Entscheidungen

- EuGH **Anwendungsvorrang kann nationale Verjährungsvorschrift verdrängen**
- BVerfG **Widerruf einer Strafaussetzung wegen Verstoßes gegen unbestimmte Arbeitsauflage**
- BVerfG **Voreilig bejahte Schmähkritik im Strafverfahren**
- BGHSt **Verwenden von Kennzeichen eines verbotenen Vereins („Rockerkuttchen“)**
- BGHR **Kein Antragsrecht des Beschuldigten auf Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren**
- BGH **Unbeachtlicher Irrtum über den Kausalverlauf bei der Erpressung**
- BGH **Betrugsnahe Auslegung des Computerbetruges**
- BGH **Zueignungsabsicht bei der Wegnahme von Mobiltelefonen**
- BGH **Kontaktaufnahme durch Personengruppe mit Kontaktverbot**

Die Ausgabe umfasst 97 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

SCHRIFTLÉITUNG

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, November 2015, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1007. EuGH C-104/14 – Urteil der Großen Kammer vom 18. Dezember 2014 (Tribunale di Cuneo [Italien] vs. Ivo Taricco u.a.)

Vorabentscheidungsverfahren hinsichtlich der Einschränkung absoluter nationaler Verjährungsfristen (Mehrwertsteuerdelikte; finanzielle Interessen der EU; strafbarkeitsbegründender bzw. strafverfolgungsbegründender Anwendungsvorrang; Unterbrechungswirkung von strafverfahrensrechtlichen Untersuchungshandlungen); Gesetzlichkeitsprinzip; Recht auf ein faires Strafverfahren.

Art. 325 AEUV; Art. 101 AEUV; Art. 107 AEUV; Art. 119 AEUV; Art. 49 GRC; Art. 158 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. L 347, S. 1); Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 7 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 160 Codi-

ce penale; Art. 161 Codice penale; § 78 StGB; § 78c StGB

1. Eine nationale Verjährungsregelung für Straftaten wie die des Art. 160 letzter Absatz in Verbindung mit Art. 161 des Codice penale in der Fassung des Gesetzes Nr. 251 vom 5. Dezember 2005, die zu der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit vorsah, dass eine Unterbrechungshandlung im Rahmen der Strafverfolgung von schwerem Mehrwertsteuerbetrug die Wirkung hat, die Verjährungsfrist um lediglich ein Viertel ihrer ursprünglichen Dauer zu verlängern, kann die den Mitgliedstaaten durch Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV auferlegten Verpflichtungen beeinträchtigen, falls diese nationale Regelung die Verhängung von wirksamen und abschreckenden Sanktionen in einer beträchtlichen Anzahl von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union

gerichteten schweren Betrugsfällen verhindern oder für die Betrugsfälle zum Nachteil der finanziellen Interessen des betreffenden Mitgliedstaats längere Verjährungsfristen als für die Betrugsfälle zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union vorsehen sollte, was zu überprüfen Sache des nationalen Gerichts ist. (EuGH)

2. Das nationale Gericht ist verpflichtet, Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV volle Wirkung zu verleihen, indem es erforderlichenfalls die Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet lässt, die die Wirkung hätten, den betreffenden Mitgliedstaat an der Erfüllung der ihm durch Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV auferlegten Verpflichtungen zu hindern. (EuGH)

3. Eine Verjährungsregelung für Mehrwertsteuerdelikte wie die des Art. 160 letzter Absatz in Verbindung mit Art. 161 des Codice penale in der Fassung des Gesetzes Nr. 251 vom 5. Dezember 2005 kann nicht im Licht der Art. 101 AEUV, 107 AEUV und 119 AEUV beurteilt werden. (EuGH)

4. Die Mitgliedstaaten können zwar die anwendbaren Sanktionen – bei denen es sich um verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen oder um eine Kombination der beiden handeln kann – frei wählen, um die Erhebung der Einnahmen aus der Mehrwertsteuer in ihrer Gesamtheit und damit den Schutz der finanziellen Interessen der Union gemäß den Bestimmungen der Richtlinie 2006/112 und Art. 325 AEUV zu gewährleisten. Strafrechtliche Sanktionen können aber unerlässlich sein, um bestimmte Fälle von schwerem Mehrwertsteuerbetrug wirksam und abschreckend zu bekämpfen. (Bearbeiter)

5. Es obliegt dem nationalen Gericht, unter Beachtung aller relevanten rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu prüfen, ob die anwendbaren nationalen Bestimmungen erlauben, schwere Betrugsfälle zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union wirksam und abschreckend zu ahnden. (Bearbeiter)

6. Es ist fraglos mit dem Unionsrecht vereinbar, eine Verjährungsfrist für die Taten vorzusehen, die einen Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begründen. Das nationale Verjährungsrecht muss aber der Komplexität und der Länge der Strafverfahren bis zum Erlass eines endgültigen Urteils gerecht werden. Dies ist nicht der Fall, wenn die Anwendung der nationalen Bestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung zur Folge haben sollte, dass in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen Taten, die einen schweren Betrug begründen, nicht strafrechtlich geahndet werden, weil sie im Allgemeinen verjährt sind, bevor die vom Gesetz vorgesehene strafrechtliche Sanktion durch eine endgültige gerichtliche Entscheidung verhängt werden kann. Zudem darf – auch wenn unterschiedliche Steuern betroffen sind – beim Schutz der finanziellen Interessen der EU keine Ungleichbehandlung zum Schutz nationaler Steuern bestehen. (Bearbeiter)

7. Die Pflicht der Mitgliedstaaten, rechtswidrige Handlungen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, mit abschreckenden und wirksamen Maßnahmen zu bekämpfen, sowie ihre Pflicht, zur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen diese Interessen

richten, die gleichen Maßnahmen zu ergreifen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten, bedeuten genaue Ergebnispflichten, die im Hinblick auf die Anwendung der dort aufgestellten Regel an keine Bedingung geknüpft sind. (Bearbeiter)

8. Die Bestimmungen des Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV haben gemäß dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts in ihrem Verhältnis zum innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten zur Folge, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden nationalen Rechts ohne Weiteres unanwendbar wird. (Bearbeiter)

9. Die Nichtanwendung der fraglichen nationalen Bestimmungen hätte hier nur zur Folge, dass die allgemeine Verjährungsfrist im Rahmen eines anhängigen Strafverfahrens nicht verkürzt wird, dass eine wirksame Verfolgung der strafbaren Handlung ermöglicht wird und dass gegebenenfalls sichergestellt wird, dass mit Sanktionen zum Schutz der finanziellen Interessen der Union bzw. der Italienischen Republik gleich verfahren wird. Eine solche Nichtanwendung des nationalen Rechts würde die Rechte der Angeschuldigten, wie sie von Art. 49 GRC gewährleistet werden, nicht verletzen. (Bearbeiter)

10. Die Verlängerung der Verjährungsfrist und ihre unmittelbare Anwendung führen zu keiner Beeinträchtigung der von Art. 7 EMRK gewährleisteten Rechte, da diese Bestimmung nicht so ausgelegt werden kann, dass sie eine Verlängerung der Verjährungsfristen verhindert, wenn die vorgeworfenen Taten zuvor nie verjährt sind. (Bearbeiter)

1009. BVerfG 2 BvR 2343/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Oldenburg / AG Cloppenburg)

Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung wegen Verstoßes gegen eine Arbeitsaufgabe (Recht auf Freiheit der Person; verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot; Festlegung von Art, Umfang und Zeitraum für die Erbringung der Arbeitsleistung nur durch das Gericht; Zulässigkeit einer Konkretisierung hinsichtlich Ort und Institution durch den Bewährungshelfer).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 56b StGB; § 56c StGB; § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO

1. Art. 104 Abs. 1 GG sichert das in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Grundrecht auf Freiheit der Person in besonderer Weise ab, indem er die Pflicht, die sich aus einem freiheitsbeschränkenden Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt.

2. Auflagen und Weisungen im Rahmen einer Strafaussetzung zur Bewährung müssen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Danach hat das Gericht und nicht erst der Bewährungshelfer die Vorgaben so bestimmt zu formulieren, dass Verstöße einwandfrei festgestellt werden können und der Verurteilte unmissverständlich weiß, wann er einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung zu erwarten hat.

3. Allerdings können gewisse Konkretisierungen der Verhaltensmaßgaben eines Bewährungsbeschlusses dem

Bewährungshelfer überlassen werden, soweit eine Festlegung unmittelbar durch den gerichtlichen Bewährungsbeschluss nicht sinnvoll praktikabel ist – wie etwa im Hinblick auf organisatorische oder durch Interessen des Verurteilten bedingte Flexibilitätserfordernisse.

4. Bei der Festsetzung einer Arbeitsauflage erfordert das Bestimmtheitsgebot, dass das Gericht Art und Umfang der geforderten Arbeitsleistung sowie den Zeitraum, innerhalb dessen diese zu erbringen ist, festlegt. Eine Konkretisierung hinsichtlich des Ortes oder der Institution, bei der die Arbeitsauflage zu erfüllen ist, ist hingegen verfassungsrechtlich nicht geboten.

5. Die Bewährungsauflage, nach Weisung der Gerichtshilfe 50 Stunden gemeinnützige Arbeit „unverzüglich nach Rechtskraft des Urteils“ zu leisten, genügt den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht, weil damit das Fristende durch das Gericht nicht ausreichend bestimmt ist. Auch eine Weigerung des Verurteilten zur Erbringung der Arbeitsleistung heilt die mangelnde Bestimmtheit der Auflage nicht (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 14. Oktober 2014 [= HRRS 2015 Nr. 4]).

6. Ist das Fristende nicht ausreichend bestimmt worden, steht dem Verurteilten für die Ableistung der Arbeitsauflage grundsätzlich die gesamte Bewährungszeit zur Verfügung, solange der Bewährungsbeschluss nicht abgeändert oder neu gefasst worden ist.

1008. BVerfG 1 BvR 3217/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. September 2015 (LG München I / AG München)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (Schutz von Werturteilen; enge Auslegung des Begriffs der Schmähkritik; Zulässigkeit polemischer und überspitzter Kritik an einer Anzeigenerstatlerin zur Verteidigung der eigenen Position in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

1. Werturteile, die durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind, unterfallen dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit, gleich ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist und ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird. Auch eine polemische und verletzend formulierte Äußerung entzieht eine Äußerung grundsätzlich nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

2. Die Einstufung einer Äußerung als Schmähkritik, die ohne einzelfallbezogene Abwägung zur Strafbarkeit der Aussage führt, ist nur dann mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar, wenn der Begriff der Schmähkritik eng ausgelegt wird. Daher muss auch bei einer überzogenen oder ausfälligen Kritik hinzutreten, dass nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht und die persönliche Kränkung das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängt.

3. Bezeichnet der Beschuldigte in einem Strafbefehlsverfahren die Anzeigenerstatlerin als „Psychopathin“, nach-

dem sie gegen ihn – aus seiner Sicht haltlos – Vorwürfe erhoben hat, so geht es ihm ersichtlich in erster Linie um die Verteidigung gegen die Anschuldigungen und nicht allein um eine Diffamierung der Anzeigenden.

4. Bei der gebotenen Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass es dem Beteiligten einer (straf)rechtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich erlaubt ist, zur plastischen Darstellung seiner Position auch starke und eindringliche Formulierungen zu verwenden, ohne jedes Wort auf die Waagschale legen zu müssen.

1010. BVerfG 2 BvR 2436/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Halle / AG Halle (Saale))

Kosten- und Auslagenentscheidung bei Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen im Ordnungswidrigkeitenverfahren (Verbot objektiver Willkür; Kostentragung des Betroffenen nur bei Säumnis; Auslagenentscheidung nach Ermessen; Erfordernis einer tragfähigen Begründung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Offenhaltung der Frist durch alle nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfe; Erfordernis der Ausschöpfung dieser Rechtsbehelfe; Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde bei isolierter Anfechtung einer Kostenentscheidung).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 33a StPO; § 464 StPO; § 464a StPO; § 467 StPO; § 47 Abs. 2 OWiG

1. Bei Einstellung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens aus Opportunitätsgründen können die Verfahrenskosten dem Betroffenen nach dem Gesetz nur bei schuldhafter Versäumung eines Termins oder einer Frist auferlegt werden. Eine Entscheidung, die dem nicht säumigen Betroffenen – zumal unter inhaltsleerem Verweis auf die „Sach- und Rechtslage“ – gleichwohl die Verfahrenskosten auferlegt, ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verständlich und damit schlechthin unvertretbar und willkürlich.

2. Dasselbe gilt für die Auslagenentscheidung, wenn keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass der Betroffene entlastende Umstände nicht rechtzeitig vorgebracht hat, oder dass seine notwendigen Auslagen aus einem anderen gesetzlich geregelten Grund nicht der Staatskasse aufzuerlegen wären. Eine für den Betroffenen nachteilige Auslagenentscheidung aus Ermessensgründen – etwa mit Blick auf die Stärke des Tatverdachts – bedarf jedenfalls einer tragfähigen, nicht lediglich formelhaften Begründung.

3. Geeignet, die Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde offen zu halten, sind alle Rechtsbehelfe, die nicht von vornherein aussichtslos sind. Aussichtslos ist ein Rechtsbehelf nur dann, wenn er offensichtlich unstatthaft oder unzulässig ist.

4. Eine Anhörungsrüge und eine Beschwerde gegen ihre Zurückweisung sind nicht von vornherein aussichtslos,

wenn das Gericht den Betroffenen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens vor der Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen und insbesondere zu der beabsichtigten, ihn belastenden Kosten- und Auslagenentscheidung nicht angehört hatte. Denn das Gericht kann auf die Anhörungsrüge hin seine an sich unanfechtbare Entscheidung über die Kosten und Auslagen prüfen und ändern.

5. Zum Rechtsweg, der vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zu erschöpfen ist, gehören alle dem Beschwerdeführer gesetzlich zur Verfügung stehenden, nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfe. Von einem Rechtsmittel ist grundsätzlich auch dann Gebrauch zu machen, wenn zweifelhaft ist, ob es statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann.

6. Die Beschwerde gegen eine auf eine Anhörungsrüge ergangene Entscheidung wird überwiegend zumindest

dann als statthaft angesehen, wenn das Gericht die Durchführung des Nachverfahrens aus formellen Gründen abgelehnt hat, etwa weil es der unzutreffenden Ansicht war, Rechtsvortrag – im Unterschied zu Vortrag über Tatsachen und Beweisergebnisse – im Anhörungsverfahren generell nicht berücksichtigen zu müssen. Die Beschwerde gehört in diesen Fällen zu dem vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zu erschöpfenden Rechtsweg.

7. Zur Vermeidung von Lücken im verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz ist die Verfassungsbeschwerde auch dann statthaft, wenn der Beschwerdeführer eine Kostenentscheidung isoliert angreift, ohne zugleich gegen die damit verbundene Entscheidung in der Hauptsache vorzugehen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1019. BGH 3 StR 259/15 – Urteil vom 20. August 2015 (LG Düsseldorf)

Schwere räuberische Erpressung durch Drohung mit einer in Wahrheit nicht existierenden „Kofferbombe“ (Drohmittel; objektive Eignung; erkennbare Ungefährlichkeit; äußeres Erscheinungsbild; „Scheinwaffe“; Fassen der Verwendungsabsicht während der Tatausführung; Irrtum des Nötigungsadressaten; unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf); eingeschränkte Schuldfähigkeit bei Tablettenabhängigkeit; rechtsbedenkenfreie Ablehnung der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt.

§ 250 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 21 StGB; § 64 StGB

1. Wer bei der Begehung einer räuberischen Erpressung das Opfer damit bedroht, er habe eine „Kofferbombe“ und werde diese zur Explosion bringen, falls das Opfer sich weigert, einen geforderten Geldbetrag herauszugeben, verwirklicht regelmäßig auch dann den Tatbestand einer nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB Tat, wenn der mitgeführte Koffer tatsächlich keine Bombe enthält. Die einschränkende Auslegung der Vorschrift in Fällen, in denen die objektive Ungefährlichkeit des Werkzeugs oder Mittels schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt, greift nicht, weil und soweit gerade nicht zu erkennen ist, ob ein mitgeführter Koffer tatsächlich eine Bombe enthält.

2. Zweifelt der Nötigungsadressat an der Wahrheit der Behauptungen des Täters hinsichtlich des Vorhandens-

eins einer „Kofferbombe“, nimmt er aber an, der Täter habe ein anderes Mittel zur Überwindung von Widerstand (hier: ein Messer oder eine Spritze) bei sich und würde dieses ggf. einsetzen, begründet dies aus der Sicht des Täters regelmäßig eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf.

1091. BGH 4 StR 99/15 – Urteil vom 13. August 2015 (LG Essen)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont: Anforderungen an die Darlegung im Urteil).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 2 StPO

1. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Aussetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor.

2. Nur dann, wenn ein Fehlschlag nicht gegeben ist, kommt es auf die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch an, die für die vom Täter zu erbringende Rücktrittsleistung in Fällen des § 24 Abs. 1

StGB stets, in solchen des § 24 Abs. 2 StGB mittelbar dann von Bedeutung ist, wenn sich die (gemeinsame) Verhinderungsleistung von Versuchsbeteiligten in einem einverständlichen Unterlassen des Weiterhandelns erschöpft. Allen Fällen ist gemeinsam, dass es auf das Vorstellungsbild des Täters im entscheidungserheblichen Zeitpunkt ankommt. Diese Vorstellung ist gegebenenfalls auch für die Beurteilung der Freiwilligkeit eines Rücktritts von Bedeutung.

3. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 201, 202).

4. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um ein mehraktiges Tatgeschehen handelt und auch die Prüfung der Annahme nur einer Tat im Rechtssinne vorzunehmen ist. Denn würde man eine Zäsur annehmen, wäre die Mitteilung des Vorstellungsbildes des Angeklagten nach der jeweils letzten Ausführungshandlung geboten (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 273, 274).

1076. BGH 2 StR 146/15 – Beschluss vom 2. Juli 2015 (LG Rostock)

Verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholisierung als Grund der fehlenden Hemmungsfähigkeit: Blutalkoholkonzentration als Indikator).

§ 21 StGB; § 20 StGB

1. Eine Blutalkoholkonzentration von maximal 3,9 Promille legt die Annahme einer erheblichen Herabsetzung der Hemmungsfähigkeit sehr nahe, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon ab einer Blutalkoholkonzentration von 2,0 Promille in Betracht zu ziehen ist (vgl. BGHSt 37, 231, 235).

2. Maßgeblich für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, ist dementsprechend eine Gesamtwürdigung, in die sowohl die Höhe der Blutalkoholkonzentration als auch psychodiagnostische Kriterien einzustellen sind. Bei einer starken Alkoholisierung lässt sich erheblich verminderte Schuldfähigkeit nur ausschließen, wenn gewichtige Anzeichen für den Erhalt der Hemmungsfähigkeit sprechen (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 107).

3. Als gegen die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit sprechende psychodiagnostische Beurteilungskriterien kommen dabei nur solche Umstände in

Betracht, die verlässliche Hinweise darauf geben können, ob das Steuerungsvermögen des Täters trotz der erheblichen Alkoholisierung voll erhalten geblieben ist (vgl. NStZ 1997, 592). Das Fehlen von Ausfallerscheinungen oder alkoholbedingten Einschränkungen kann zwar grundsätzlich gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit sprechen; doch ist bei alkoholgewöhnten Tätern zu berücksichtigen, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit durchaus weit auseinander fallen können (vgl. BGH NStZ 2007, 696) und sich gerade bei Alkoholikern oft eine durch „Übung“ erworbene erstaunliche Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten zeigt.

1103. BGH 4 StR 359/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Mönchengladbach)

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs: Voraussetzungen, Betrachtung nach dem Rücktrittshorizont des Täters); Verwertung des Schweigens des Angeklagten (Vorliegen eines Teilschweigens).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. 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 oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung allerdings Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann, sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont; vgl. BGH NStZ-RR 2012, 239, 240).

2. 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 Handlungsvorgang 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 NJW 2015, 2898, 2899). 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. BGH BGHSt 39, 221, 232).

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1058. BGH 2 StR 15/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten: betrugsspezifische Auslegung, hier: Abhebung am Geldautomaten mit berechtigt erlangter Bankkarte und Geheimnummer, Ergänzung um Gesamtbetrachtung; Verhältnis zu einem vorher begangenen Betrug zur Erlangung der Daten).

§ 263a Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. Wer vom berechtigten Karteninhaber die Bankkarte und die Geheimnummer durch dessen Verfügung erhält und damit Abhebungen an Geldautomaten vornimmt, begeht keinen Computerbetrug.

2. Die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mitsamt der Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten entspricht nicht einem Betrug am Bankschalter. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn es bei dem fiktiven Prüfvorgang eines Bankmitarbeiters um dieselben Aspekte ginge, die auch der Geldautomat abarbeitet (vgl. BGHSt 47, 160, 163). Für den Automaten sind Identität und Berechtigung des Abhebenden mit der Eingabe der echten Bankkarte und der zugehörigen Geheimnummer hinreichend festgestellt.

3. Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ in § 263a Abs. 1 StGB muss die Vergleichsbetrachtung von Betrug und Computerbetrug um eine Gesamtbetrachtung des Geschehens, das zur Erlangung von Bankkarte und Geheimnummer geführt hat, sowie der Geldabhebung ergänzt werden.

4. Wenn der Täter mit einer echten Bankkarte und der richtigen Geheimnummer, die er jeweils vom Berechtigten durch dessen täuschungsbedingte Verfügung erhalten hat, Geldabhebungen vornimmt, werden nicht zwei Straftatbestände des Betrugs und des Computerbetrugs erfüllt. Dieses Verhalten erfüllt nur den Tatbestand des Betrugs gegenüber dem Berechtigten.

1059. BGH 2 StR 16/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten: betrugsspezifische Auslegung, Ergänzung um Gesamtbetrachtung; Verhältnis zu einem vorher begangenen Betrug zur Erlangung der Daten).

§ 263a Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. Wer vom berechtigten Karteninhaber die Bankkarte und die Geheimnummer durch dessen Verfügung erhält und damit Abhebungen an Geldautomaten vornimmt, begeht keinen Computerbetrug.

2. Die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mitsamt der Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten entspricht nicht einem Betrug am Bankschalter. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn es bei dem fiktiven Prüfvorgang eines Bankmitarbeiters um dieselben Aspekte ginge, die auch der Geldautomat abarbeitet (vgl. BGHSt 47, 160, 163). Für den Automaten sind Identität und Berechtigung des Abhebenden mit der Eingabe der echten Bankkarte und der zugehörigen Geheimnummer hinreichend festgestellt.

3. Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ in § 263a Abs. 1 StGB muss die Vergleichsbetrachtung von Betrug und Computerbetrug um eine Gesamtbetrachtung des Geschehens, das zur Erlangung von Bankkarte und Geheimnummer geführt hat, sowie der Geldabhebung ergänzt werden.

4. Wenn der Täter mit einer echten Bankkarte und der richtigen Geheimnummer, die er jeweils vom Berechtigten durch dessen täuschungsbedingte Verfügung erhalten hat, Geldabhebungen vornimmt, werden nicht zwei Straftatbestände des Betrugs und des Computerbetrugs erfüllt. Dieses Verhalten erfüllt nur den Tatbestand des Betrugs gegenüber dem Berechtigten.

1012. BGH 3 StR 146/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Kleve)

Zueignungsabsicht beim (besonders schweren) Raub eines Mobiltelefons zum Zwecke der Löschung darauf gespeicherter Fotos (Aneignung; „Einverleibung“ von Substanz- oder Sachwert; bloße Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung; Behalten unter dem Vorbehalt späterer Entscheidung über die Verwendung); bloße Drohung mit einer „Scheinwaffe“ kein Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs; Bereicherungsabsicht bei der räuberischen Erpressung (Voraussetzungen eines wirtschaftlich werthaltigen Sachbesitzes); keine Zurechnung qualifizierender Umstände (hier: bei der gefährlichen Körperverletzung) gegenüber einem Beteiligten, der seine Mitwirkungshandlung bereits abgeschlossen hat (Mittäterexzess).

§ 249 StGB; 250 StGB; § 255 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Wer ein Mobiltelefon ausschließlich deshalb wegnimmt, um darauf vermeintlich gespeicherte Bilder zu löschen, weist keine für die Bejahung der Zueignungsabsicht erforderliche Aneignungsabsicht auf. Diese setzt vielmehr voraus, der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen und

sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem eines Dritten „einverleiben“ oder zuführen will.

2. Allerdings kann die Zueignungsabsicht zu bejahen sein, wenn die Wegnahme mit dem Willen erfolgt, die Sache zunächst zu behalten und sich erst später darüber schlüssig zu werden, wie über sie zu verfügen sei. Daran fehlt es indes, wenn bei der Wegnahme eines Mobiltelefons nicht beabsichtigt ist, dieses über die für die Durchsichtung des Speichers und die Identifizierung der dabei aufgefundenen Bilddateien erforderlichen Zeitraum hinaus zu behalten.

3. Wer mit einer nicht ausschließbar objektiv ungefährlichen „Scheinwaffe“ droht, verwirklicht nicht die Qualifikation des besonders schweren Raubes gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Diese ist vielmehr nur erfüllt, wenn der Täter einen objektiv gefährlichen Gegenstand verwendet.

1024. BGH 5 StR 222/15 – Urteil vom 15. September 2015 (LG Frankfurt [Oder])

Mord aus niedrigen Beweggründen bei anlassloser Tötung eines Kleinkindes (Inkonnexität von Tötung und Motivlage des Täters; Degradierung des Opfers zum Objekt der Wut; den Eigenwert des Opfers negierender Vernichtungswille; normalpsychologischer Antrieb; Fehlen eines rechtlich beachtlichen Grundes; Begreiflichkeit der Tötung nach normativen Deutungsmustern; Vorverhalten des Opfers; vollkommene Überforderung; eklatant menschenverachtendes Tatbild); Grausamkeit.

§ 211 StGB

1. Das bewusste Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen an einem Opfer (hier: einem Kleinkind), das mit der Entstehung der Unzufriedenheit und Anspanntheit des Täters verantwortlich weder personell noch tatsituativ etwas zu tun hat, lässt auf das Vorliegen niedriger Beweggründe schließen. Derjenige, der einen anderen Menschen zum Objekt seiner Wut, Gereiztheit, Enttäuschung oder Verbitterung macht, obschon dieser an der Entstehung solcher Stimmungen nicht den geringsten Anteil hat, bringt mit der Tat eine Gesinnung zum Ausdruck, die Lust an körperlicher Misshandlung zum Inhalt hat.

2. Entbehrt eine aus für sich genommen normalpsychologischem Antrieb (z. B. Wut oder Verzweiflung) begangene Tötung eines rechtlich beachtlichen Grundes, so ist die Annahme eines niedrigen Tatantriebs gerechtfertigt. Nur wenn sich die Tötung in Ansehung der einzelfallspezifischen Gegebenheiten nach normativen Deutungsmustern als begreiflich erweist, kann das ihr zugrunde liegende Tötungsmotiv nicht als niedrig klassifiziert werden.

3. Entscheidend sind demnach die Gründe, die den Täter in Wut oder Verzweiflung versetzt und ihn zur Tötung gebracht haben. Bei der Tötung eines zur Tatzeit schlafenden Kleinkindes, das die (für die Verzweiflung und Wut ursächliche) Lebenssituation des Täters in keiner Weise verantwortlich (mit-)verursacht hat, liegt die Annahme niedriger Beweggründe regelmäßig nahe.

4. Handelt es sich bei der Tötung eines Kleinkindes um einen reinen Willkürakt ohne jede durch das Opfer (oder anderen Personen) hervorgerufene nervliche Überforderung, sei es durch Streit, intensive Beleidigungen, Zusammenbruch der eigenen ‚Lebenswelt‘ oder langandauerndes Weinen oder Schreien des Kindes, steht eine „vollkommene nervliche Überforderung“ (vgl. BGH HRRS 2007 Nr. 89) der Qualifikation des Tatmotivs als „niedrig“ regelmäßig nicht in rechtlich relevanter Weise entgegen.

1086. BGH 4 StR 117/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Würzburg)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Schaffung einer konkreten verkehrstypischen Gefahr: Schüsse auf ein Fahrzeug); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels einer Waffe: unmittelbares Einwirken des Tatmittels auf den Körper).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Eine Verurteilung wegen versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr setzt bei Schüssen auf Fahrzeuge im Straßenverkehr voraus, dass nach der Vorstellung des Täters die konkrete Gefahr für eines der in § 315b Abs. 1 StGB genannten Schutzobjekte jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist (vgl. BGH NStZ 2009, 100, 101). Daran fehlt es, wenn der Schaden ausschließlich auf der durch die Pistolenschüsse freigesetzten Dynamik der auftreffenden Projektile beruht.

2. Eine Körperverletzung „mittels einer Waffe“ begeht, wer seinem Opfer durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes Tatmittel eine Körperverletzung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB beibringt (st. Rspr.).

1028. BGH 5 StR 314/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Kiel)

Vermögensschaden beim Abschluss von kreditfinanzierten Autokaufverträgen unter Vorlage gefälschter Verdienstbescheinigungen als Bonitätsnachweis (Kreditbetrug; Eingehungsbetrug; schadensgleiche Vermögensgefährdung; konkrete Schadensbeifferung; Risikoungleichgewicht; Verlustrisiko; Bonität; bankübliche Bewertungsansätze; Wertberichtigung; tatsächlicher Verlauf des Darlehensverhältnisses; Schädigungsvorsatz;).

§ 263 StGB

1. Ist bei einem Eingehungsbetrug – hier: Erlangung von Krediten zur Finanzierung eines Autokaufs – aufgrund der fehlenden Bonität des Schuldners und nicht ausreichender Sicherheiten konkret erkennbar, dass mit einem (teilweisen) Forderungsausfall zu rechnen ist, müssen gegebenenfalls Korrekturen – etwa entsprechend banküblicher Bewertungsansätze für Wertberichtigungen – vorgenommen werden (vgl. BVerfG HRRS 2012 Nr. 27), die ihrerseits ungeachtet der praktischen Schwierigkeiten ihrer Ermittlung auch im Rahmen der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden können, ohne dass es auf den tatsächlichen Verlauf des Darlehensverhältnisses (noch) ankommt.

2. Bei der täuschungsbedingten Kreditvergabe ist der Schaden des Darlehensnehmers durch eine Bewertung des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts zu ermitteln, für dessen Berechnung maßgeblich ist, ob und in welchem Umfang den Kreditgeber ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es bestanden hätte, wenn die risikobestimmenden Faktoren vom Darlehensnehmer zutreffend angegeben worden wären. In diesem Zusammenhang ist auch die Werthaltigkeit etwaiger Sicherheiten – hier: die Sicherungsübereignung der kaufvertragsgegenständlichen Fahrzeuge – in den Blick zu nehmen und wirtschaftlich in Ansatz zu bringen.

3. Von einem Schädigungsvorsatz i.S.d. § 263 StGB ist nicht ohne weiteres bereits dann auszugehen, wenn ein Kredit unter Vorlage gefälschter Verdienstbescheinigungen beantragt wird. Vielmehr ist zu bedenken, dass die Bonität des Kreditnehmers auch dann gegeben sein kann, wenn diese nicht durch entsprechende Unterlagen nachweisbar ist. Bestehen hierfür Anhaltspunkte – hier: häufige Einzahlungen hoher Geldbeträge ungeklärter Herkunft –, so bedarf eine Einlassung des Täuschenden, er habe auf seine Rückzahlungsfähigkeit vertraut, im Rahmen der tatrichterlichen Beweiswürdigung regelmäßig einer plausiblen Widerlegung, bevor der Schädigungsvorsatz bejaht werden kann.

1077. BGH 2 StR 186/15 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Hanau)

Betrug (Vermögensschaden: individueller Schadenseinschlag).

§ 263 Abs. 1 StGB

1. Unabhängig davon, welchen objektiven Wert eine dem Opfer zugeflossene Gegenleistung hat und ob dadurch im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtsaldierung die durch die eigenen Aufwendungen bewirkte Minderung des Vermögens ausgeglichen wird, kann ein Vermögensschaden nach den Grundsätzen des subjektiven oder individuellen Schadenseinschlags angenommen werden (zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit im Allgemeinen BVerfG NJW 2013, 365). Dies kommt nach der Rechtsprechung insbesondere in Betracht, wenn dem Opfer Mittel entzogen werden, die für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner sonstigen Verbindlichkeiten sowie für eine angemessene Wirtschafts- und Lebensführung unerlässlich sind, das Opfer zu weiteren vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder das Opfer die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann (st. Rspr.).

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangt in Fällen subjektiven Schadenseinschlags, bei der Schadensfeststellung den in dem Erlangten enthaltenen Gegenwert kompensatorisch zu berücksichtigen, den der Geschädigte mit zumutbarem Einsatz realisieren konnte (vgl. zuletzt mwN BGH StV 2011, 728). Auf die Vorstellungen, Wünsche oder Absichten des Geschädigten kommt es insoweit nicht an. Betrug schützt wie auch Erpressung nicht die Dispositionsfreiheit, sondern das Vermögen; deshalb ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten, die es ausschließt, die Annahme eines Nachteils allein auf den Umstand zu stützen, der

Geschädigte wolle die aufgezwungene Ware – obwohl er es in zumutbarer Weise könnte – nicht verwenden oder weiterveräußern.

1092. BGH 4 StR 151/15 – Urteil vom 10. September 2015 (LG Detmold)

Versuchte Strafvereitelung (erforderlicher Vorsatz; untauglicher Versuch bei nur vorgestellter Vortat; täterschaftliche Begehung).

§ 258 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 StGB; § 25 StGB

1. Bei der Strafvereitelung nach § 258 Abs. 1 StGB ist in Bezug auf die Tathandlung und den Vereitelungserfolg direkter Vorsatz („absichtlich oder wissentlich“) erforderlich, während für die Kenntnis der Vortat bedingter Vorsatz ausreicht (vgl. BGHSt 45, 97, 100). Eine genaue Vorstellung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht ist dabei nicht erforderlich. Die subjektiven Voraussetzungen für die Annahme einer versuchten Strafvereitelung liegen daher vor, wenn der Täter es – ungeachtet fortbestehender Zweifel – nur für möglich gehalten hat, dass eine Straftat begangen worden ist und die von ihm daraufhin ins Auge gefasste Handlung darauf abzielt, für den Fall, dass tatsächlich eine Straftat vorliegt, eine Bestrafung des Vortäters zumindest für geraume Zeit zu verhindern (vgl., RGSt 55, 126 zu § 257 StGB aF).

2. Auch für die Strafvereitelung gemäß § 258 StGB sind Täterschaft und Teilnahme grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln abzugrenzen sind. Eine versuchte Strafvereitelung kann – unbeschadet der weiteren Voraussetzungen – in Betracht kommen, wenn der Angeklagte die Vorstellung hatte, den Vereitelungserfolg als Täter herbeizuführen und es ihm nicht lediglich darum ging, den Vortäter bei Selbstschutzmaßnahmen zu unterstützen (vgl. BGH NJW 1984, 135). In Fällen, in denen der Täter dem Vortäter erstmals Kenntnis von einem gegen ihn anhängigen oder anhängig werdenden Ermittlungsverfahren vermittelt, liegt eine täterschaftliche Begehungsweise nahe (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1990 – 2 StR 38/90, Rn. 16, zitiert nach juris).

1021. BGH 3 StR 633/14 – Urteil vom 23. Juli 2015 (LG Krefeld)

(Schwere) Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen (schwere Gesundheitsbeschädigung; Hervorrufen der Folge bei Unterlassungstat; Möglichkeit der Abwendung der schweren Folge; Quälen; rohes Misshandeln; gefühllose Gesinnung; böswillige Vernachlässigung der Pflicht, für die schutzbedürftige Person zu sorgen; Vorsatz); unterlassene Hilfeleistung (Konkurrenzen).

§ 225 StGB; § 224 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

1. Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden körperlicher oder seelischer Art. Es wird im Allgemeinen durch mehrere Tathandlungen bewirkt, wobei oft erst deren ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt des Quälens verwirklicht. Die zugefügten Schmerzen oder Leiden müssen über die typischen Auswirkungen einzelner Körperverletzungshandlungen hinausgehen. Ist dies der Fall, so kann

Quälen durch Unterlassen allerdings auch dadurch verwirklicht werden, dass die gebotene ärztliche Hilfe durch schutzverpflichtete Person nicht veranlasst wird.

2. Rohes Misshandeln im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter einem anderen eine Körperverletzung aus gefühlloser Gesinnung zufügt, die sich in erheblichen Handlungsfolgen äußert. Eine gefühllose Gesinnung ist gegeben, wenn der Täter bei der Misshandlung das – notwendig als Hemmung wirkende – Gefühl für das Leiden des Misshandelten verloren hat, das sich bei jedem menschlich und verständlich Denken einstellen würde.

3. Die Misshandlung eines Schutzbefohlenen ist weiter gegeben, wenn der Täter durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für die schutzbedürftige Person zu sorgen, diese an der Gesundheit schädigt. Böswillig handelt, wer seine Pflicht für einen anderen zu sorgen, aus einem verwerflichen Beweggrund vernachlässigt. Bei der Prüfung von Böswilligkeit, die eine Erforschung der Motive des Täters erfordert, sind psychopathologische Befunde, wie Depressionen oder Persönlichkeitsstörungen zu berücksichtigen.

4. Eine qualifizierte Tat gem. § 225 Abs. 3 StGB kann durch Unterlassen begangen werden, wenn der Täter das Entstehen der dort genannten Folgen durch sein Eingreifen hätte abwenden können. Auch wenn vor der Tat bereits Schäden oder die Gefahr von Schäden im Sinne der Qualifikation gemäß § 225 Abs. 3 StGB bestehen, kann der Tatbestand gleichwohl verwirklicht werden. Zur Hervorrufung („bringen“) der für den qualifizierten Fall vorausgesetzten Gefahren ist dann aber erforderlich, dass die Tat die Gefahr verursacht, die bereits vorhandenen oder zu befürchtenden Schäden in erheblichem Maß zu vergrößern bzw. die wegen einer bereits gegebenen individuellen Schadensdisposition bestehenden Gefahren messbar zu steigern.

5. Die unterlassene Hilfeleistung gemäß § 323c StGB tritt regelmäßig als subsidiär hinter einer durch Unterlassen begangenen gefährlichen Körperverletzung und/oder der Misshandlung eines Schutzbefohlenen zurück.

1032. BGH 5 StR 363/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Dresden)

Unterlassene Hilfeleistung (Erforderlichkeit und Möglichkeit der Hilfeleistung; fehlende Feststellungen; Zuzubilligung einer „Schrecksekunde“).
§ 323c StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung muss einem Verunglückten selbst dann die dem Täter mögliche Hilfe geleistet werden, wenn sie schließlich vergeblich bleibt und sich die befürchtete Folge des Unglücks aus der Rückschau als von Anfang an als unabwendbar erweist; jedoch besteht keine Hilfspflicht mehr, sobald der Tod des Verunglückten eingetreten ist (vgl. BGHSt 32, 367, 381 mwN; siehe auch Urteil vom 24. Februar 1960 – 2 StR 579/59).

2. Die Hilfeleistung muss aber auch noch möglich sein. Hierbei ist dem vom Unglücksfall überrumpelten Hilfs-

pflichtigen eine „Schrecksekunde“ zuzubilligen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1993 – 1 StR 792/92, BGHR StGB § 323c Unglücksfall 3) und eine möglicherweise besonders kurze Zeitspanne der denkbaren Hilfe zu berücksichtigen.

1034. BGH 5 StR 367/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Potsdam)

Begehung der (gefährlichen) Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (Verstärkung der Wirkung der Körperverletzungshandlung; Schwächung der Abwehrmöglichkeiten; bloße Anwesenheit; bereits wehrloses Opfer); finale Verknüpfung von Nötigung und Wegnahme beim Raub; rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 249 StGB; § 64 StGB

Eine gemeinschaftliche Begehung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zwischen einem Täter und einem Gehilfen setzt voraus, dass der am Tatort anwesende Gehilfe die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist. Das kommt insbesondere durch eine Schwächung der Abwehrmöglichkeiten in Betracht, wenn das Opfer wegen des möglichen Eingreifens des anderen Beteiligten in seinen Chancen beeinträchtigt wird, dem Täter der Körperverletzung Gegenwehr zu leisten, ihm auszuweichen oder zu flüchten. Diese Voraussetzungen verstehen sich bei einem zu Beginn der Tathandlung erkennbar wehrlosen Opfer angesichts der Anwesenheit mehrerer Beteiligter auf Täterseite nicht von selbst, sondern bedürfen vielmehr besonderer Feststellungen.

1047. BGH 1 StR 16/15 – Beschluss vom 21. Juli 2015 (LG Kempten)

Ausspähen von Daten (Überwinden einer Zugangssicherung; Begriff der Zugangssicherung, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 202a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Für die Erfüllung des Straftatbestands des § 202a Abs. 1 StGB ist die Überwindung einer Zugangssicherung erforderlich ist. Denn der Schutzbereich dieser Strafvorschrift erstreckt sich nur auf Daten, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Dies sind nur solche, bei denen der Verfügungsberechtigte durch seine Sicherung sein Interesse an der Geheimhaltung der Daten dokumentiert hat (vgl. BGH NStZ 2011, 154).

2. Die Zugangssicherung im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB muss darauf angelegt sein, den Zugriff Dritter auf die Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren (vgl. BGH NStZ 2011, 154). Darunter fallen insbesondere Schutzprogramme, welche geeignet sind, unberechtigten Zugriff auf die auf einem Computer abgelegten Daten zu verhindern, und die nicht ohne fachspezifische Kenntnisse überwunden werden können und den Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte. Schließlich muss der Zugangsschutz auch gerade im Zeitpunkt der Tathandlung bestehen.

1093. BGH 4 StR 152/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Magdeburg)

Erpressung (Begriff der Gewalt; konkludente Drohung durch schlüssiges Handeln: Verwirklichung einer räuberischen Erpressung); Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Freiheitsstrafe von über einem Jahr: Sozialprognose, Darstellung im Urteil).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 56 StGB; § 268a StPO

1. Gewalt setzt auch beim Erpressungstatbestand die Entfaltung von – nicht notwendig erheblicher – Körperkraft durch den Täter voraus, die einen unmittelbar oder mittelbar auf den Körper eines anderen wirkenden Zwang ausübt, der nach der Vorstellung des Täters geeignet ist, einen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder auszuschließen (vgl. BGHSt 41, 182, 185).

2. Eine Erpressung kann auch durch Drohung mit einem empfindlichen Übel begangen werden (§ 253 Abs. 1 StGB). Dabei kann ein schlüssiges Handeln ausreichend sein, wenn der Täter das angedrohte empfindliche Übel durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht (vgl. BGH NStZ 2015, 461). Besteht das konkludent angedrohte empfindliche Übel in unmittelbar drohenden körperlichen Übergriffen und damit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, kann eine räuberische Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB gegeben sein. Darauf, ob der Täter die Drohung erforderlichenfalls auch verwirklichen will, kommt es nicht an (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 213).

3. Bei der Entscheidung, ob eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zur Bewährung ausgesetzt werden kann, muss grundsätzlich zunächst geprüft werden, ob zu erwarten steht, dass der Angeklagte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird (§ 56 Abs. 1 Satz 1 StGB). Erst wenn dies bejaht werden kann, darf in die Prüfung der Frage eingetreten werden, ob auch besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 Satz 1 StGB vorliegen. Dabei können dann auch Gesichtspunkte herangezogen werden, die bereits für die Prognose nach § 56 Abs. 1 StGB von Bedeutung gewesen sind.

4. Es ist rechtsfehlerhaft, besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 Satz 1 StGB zu verneinen, ohne sich zuvor mit der Frage zu befassen, ob dem Angeklagten eine günstige Sozialprognose nach § 56 Abs. 1 Satz 1 StGB zu stellen ist (vgl. BGH StV 2013, 85).

1052. BGH 1 StR 255/15 – Beschluss vom 3. September 2015 (LG Deggendorf)

Erwerb kinder- und jugendpornographischer Schriften (mehrere Dateidownloads während einer Internetsitzung: Tateinheit; Verhältnis zum Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: erforderliches Gewicht der zu erwartenden Taten); Strafzumessung (Berücksichtigung der Einziehung eines werthaltigen Gegenstandes).

§ 184b Abs. 4 StGB a.F.; § 184c Abs. 4 StGB a.F.; § 52 StGB; § 63 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 74 StGB

1. Lädt der Täter im Verlaufe einer Internetsitzung jeweils mehrere Dateien mit kinderpornographischem Inhalt auf seinen Computer herunter, handelt es sich aufgrund natürlicher Handlungseinheit jeweils lediglich um eine Tat des Sich-Verschaffens im Sinne von § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB a.F. (vgl. BGH NStZ 2009, 208). Entsprechendes gilt für § 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 1 StGB a.F.

2. Gegenüber dem Sich-Verschaffen gemäß § 184b Abs. 4 Satz 1 a. F. StGB tritt der Besitztatbestand gemäß § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB a. F. als subsidiärer Auffangtatbestand zurück (st. Rspr.). Für den in der tatbestandlichen Struktur und der Schutzrichtung weitgehend übereinstimmenden § 184c Abs. 4 Satz 1 StGB a.F. gilt im Verhältnis des Sich-Verschaffens (§ 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 1 StGB) zu dem Besitz (§ 184c Abs. 4 Satz 1 Var. 2 StGB a. F.) jugendpornographischer Schriften nichts anderes.

3. Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf lediglich dann angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustandes in der Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist im Rahmen einer Gefährlichkeitsprognose auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu beurteilen (st. Rspr.).

4. Für die Erwartung zukünftiger Straftaten, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens befürchten lassen, brauchen zwar die verfahrensgegenständlichen Anlasstaten selbst nicht erheblich zu sein. Die zu erwartenden Taten müssen aber, um schwere Störungen des Rechtsfriedens besorgen zu lassen, grundsätzlich zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 76 f.). Erreichen die Anlasstaten ihrem Gewicht nach nicht einmal diesen Bereich, ist eine Anordnung der Maßregel gemäß § 63 StGB nicht von vornherein ausgeschlossen; das Tatgericht muss in solchen Fällen allerdings die erforderliche Gefährlichkeitsprognose besonders sorgfältig darlegen (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241). Dazu ist regelmäßig eine besonders eingehende Würdigung der Person des bzw. der Beschuldigten, vor allem der Krankheitsgeschichte sowie der Anlasstaten, notwendig.

5. Wird dem Angeklagten im Wege der Einziehung ein werthaltiger Gegenstand entzogen, ist dies regelmäßig für die Strafzumessung und im Rahmen einer Gesamtbeurteilung aller den Angeklagten treffenden Rechtsfolgen von Bedeutung (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 169 mwN).

1011. BGH 3 StR 104/15 – Beschluss vom 21. Juli 2015 (LG Lüneburg)

Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung beim Raub (normatives Tatbestandsmerkmal; Vereinbarung über die Vornahme sexueller Leistungen gegen ein Entgelt; Sittenwidrigkeit; Rückforderungsanspruch bei nicht erbrachter Leistung).

§ 249 StGB; § 138 BGB; § 1 ProstG; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Die bereicherungsrechtliche Rückforderung des einer Prostituierten mit Blick auf die Vornahme – letztlich nicht erbrachter – sexueller Handlungen gezahlten Entgelts ist nicht per se gem. § 814 BGB bzw. § 817 BGB ausgeschlossen. Es handelt sich vielmehr angesichts der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung (§ 138 BGB) um eine rechtsgrundlose Leistung, da § 1 ProstG nur bei tatsächlich vorgenommenen sexuellen Handlungen ausnahmsweise einen Anspruch der Prostituierten begründet.

2. Eine Strafbarkeit des Freiers, der unter diesen Umständen gewaltsam den vorgeleisteten Betrag zurückzuerlangen versucht, wegen (versuchten) Raubes erfordert daher regelmäßig konkrete Feststellungen, aus denen sich zum einen die objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung sowie zum anderen ein entsprechender Vorsatz ergibt.

1057. BGH 2 StR 12/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Marburg)

Schwere räuberische Erpressung (Verwenden einer Waffe: Schreckschusspistole; Darstellung im Urteil).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

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

1094. BGH 4 StR 184/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Dortmund)

Erpresserischer Menschenraub (Sichbemächtigen: stabile Bemächtigungslage; Ausnutzen der Verfügungsgewalt zu einer Erpressung; funktionaler Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und Nötigung).
§ 239a Abs. 1 StGB

1. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich klassischer Delikte mit Nötigungselementen ist der Tatbestand des § 239a Abs. 1 StGB im Zwei-Personen-Verhältnis allerdings, insbesondere für Fälle des Sichbemächtigens, einschränkend auszulegen. Der Täter muss durch eine Entführung oder in sonstiger Weise die physische Herrschaftsgewalt über das Opfer gewinnen, dadurch eine stabile Bemächtigungslage schaffen und entweder von vornherein beabsichtigen, diese Lage zu einer Erpressung auszunutzen, oder die zu anderen Zwecken hergestellte Verfügungsgewalt über das Opfer zu einer Erpressung ausnutzen.

2. Dabei muss der stabilisierten Bemächtigungslage mit Blick auf die erstrebte Erpressung eine eigenständige Bedeutung zukommen. Damit ist – insbesondere in Abgrenzung zu den Raubdelikten – indes lediglich gemeint, dass sich über die in jeder mit Gewalt oder Drohungen verbundenen Nötigungshandlung liegende Beherrschungssituation hinaus eine weiter gehende Drucksituation auf das Opfer gerade auch aus der stabilen Bemächtigungslage ergeben muss. Der erforderliche funktionale Zusammenhang liegt insbesondere dann nicht vor, wenn sich der Täter des Opfers durch Nötigungsmittel bemächtigt, die zugleich unmittelbar der beabsichtigten Erpressung dienen, wenn also Bemächtigungs- und Nötigungsmittel zusammenfallen (vgl. BGH NStZ 2007, 32).

1060. BGH 2 StR 26/15 – Beschluss vom 13. August 2015 (LG Bonn)

Hehlerei (Absatzhilfe: Erforderlichkeit eines Absatzerfolgs); tatrichterliche Beweiswürdigung.
§ 259 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

Hehlerei in Form der Absatzhilfe setzt nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Absatzerfolg voraus (vgl. BGHSt 59, 40, 42).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

1054. BGH 1 StR 362/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Landshut)

Verstoß gegen Weisungen (Weisung, keinen Kontakt mit bestimmten Personengruppen aufzunehmen: kein Verstoß bei Nichtunterbinden einer Kontaktaufnahme durch Mitglied der Personengruppe); sexueller Missbrauch von Kindern (Gewährenlassen der Vornahme sexueller Handlungen durch Kinder).
§ 145a StGB; § 176 Abs. 1 StGB

Nach § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB kann die verurteilte Person angewiesen werden kann, zu Personen einer bestimmten Gruppe, die ihr Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können, keinen Kontakt aufzunehmen. Dies ist dahin zu verstehen, dass es dem Verurteilten untersagt ist, aus eigenem Antrieb und aktiv einen unmittelbaren Kontakt zu einem Mitglied der Personengruppe herzustellen (vgl. BGH NJW 2013, 1894). Das Nichtunterbinden eines von einem Mitglied

der Personengruppe hergestellten Kontakts ist nicht ausreichend.

1070. BGH 2 StR 128/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Gießen)

Strafzumessung (Berücksichtigung eines großen zeitlichen Abstands zwischen Tat und Aburteilung und langer Verfahrensdauer).

§ 46 Abs. 1 StGB

Ein großer zeitlicher Abstand zwischen Tat und Aburteilung sowie eine lange Verfahrensdauer und ihre nachteiligen Auswirkungen auf den Angeklagten stellen regelmäßig selbst dann gewichtige Milderungsgründe dar,

wenn diese sachlich bedingt waren (vgl. BGH NStZ 2011, 651).

1055. BGH 1 StR 412/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Coburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Nebenwirkungen einer Verurteilung: drohende berufsergerichtliche Maßnahmen).

§ 46 Abs. 1 StGB

Die Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Täters sind jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn dieser durch sie seine berufliche oder wirtschaftliche Basis verliert (vgl. BGH NStZ 1987, 133, 134).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1022. BGH 3 BGs 134/15 2 BJs 18/15-5 – Beschluss vom 9. September 2015

BGHR; Pflichtverteidigerbestellung (Antragsrecht des Beschuldigten; Bestellung durch das Gericht von Amts wegen; Befassung mit der Sache; Erfordernis eines Antrags der Staatsanwaltschaft; „Herrin des Verfahrens“; Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Objektivität; Rechtsschutz gegen Prozesshandlungen der Staatsanwaltschaft; faires Verfahren; Waffengleichheit).

§ 141 StPO; § 140 StPO; § 23 EGGVG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Dem Beschuldigten steht kein Antragsrecht auf Pflichtverteidigerbestellung gemäß § 141 Abs. 3 Satz 1 bis 3 StPO zu. Eine solche setzt einen Antrag der Staatsanwaltschaft zwingend voraus. (BGHR)

2. Der gesetzlichen Systematik nach kann das Gericht einen Pflichtverteidiger unabhängig von einem Antrag der Staatsanwaltschaft erst bestellen, wenn es mit der Sache befasst ist. Dies ist dann der Fall, wenn Anklage erhoben oder das Gericht über die Vollstreckung der Untersuchungshaft bzw. einstweilige Unterbringung zu entscheiden hat. Ist das Gericht noch nicht mit dem Sachverhalt befasst, so kann es nur auf Antrag tätig werden. Diese Sichtweise entspricht der Funktion der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Verfahrens“ im Ermittlungsverfahren. (Bearbeiter)

3. Ein Antragsrecht des Beschuldigten besteht nicht. Der Gesetzgeber hat in § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO eine Antragspflicht der Staatsanwaltschaft statuiert, sobald die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sein wird, und damit die Rolle der Verteidigung im Vorverfahren gestärkt. Die Staatsanwaltschaft ist nicht Partei im Strafprozess, sondern zur Objektivität verpflichtet. Dass ihre Prozesshandlungen grundsätzlich nicht der Anfechtung und Überprüfung nach § 23 EGGVG zugänglich sind, sofern nicht ein

willkürliches Handeln der Ermittlungsbehörde schlüssig dargetan ist, ist unbedenklich. (Bearbeiter)

1033. BGH 5 StR 364/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Göttingen)

Fehlende Mitteilung über ein nicht öffentlich und ohne den Angeklagten geführtes Verständigungsgespräch (schwerwiegender Verstoß; nicht ausschließbares Beruhen); fehlende Protokollierung.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 337 StPO

Unterbleibt jegliche Mitteilung über ein nicht öffentlich und ohne den Angeklagten geführtes Gespräch zwischen den (übrigen) Verfahrensbeteiligten, dessen Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung war, so handelt es sich regelmäßig um einen nicht leicht wiegenden Verstoß gegen § 243 Abs. 4 StPO, bei dem das Beruhen des Urteils auf dem Verstoß nicht auszuschließen ist.

1046. BGH 1 StR 149/15 – Beschluss vom 23. Juli 2015 (LG Kempten)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilung; Beruhen).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Die Pflicht zur Mitteilung der mit dem Ziel einer Verständigung über den Verfahrensausgang geführten Gespräche nach § 243 Abs. 4 StPO erstreckt sich auch auf die Darlegung, welche Standpunkte zu den erörterten Aspekten vertreten wurden und auf welche Resonanz dies bei den anderen am Gespräch Beteiligten jeweils gestoßen ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 215f.).

2. Verstöße gegen die Mitteilungspflichten des § 243 Abs. 4 StPO führen regelmäßig dazu, dass ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht ausgeschlossen werden kann; lediglich in Ausnahmefällen kann Abweichendes gelten (vgl. BVerfGE 133, 168, 223).

1062. BGH 2 StR 38/15 – Beschluss vom 28. Juli 2015 (LG Mühlhausen)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Darstellung im Urteil); Inbegriffsrüge (Hinweise für Verwertung eines nicht verlesenen Schriftstücks); Urkundenfälschung (Konkurrenzverhältnis zwischen dem Herstellen und dem Gebrauchmachen von einer unechten Urkunde).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StGB

1. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung sind als Grundlage der Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung Art, Ausmaß und Ursachen der Verfahrensverzögerung zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen. Hierbei ist zu beachten, dass nicht die gesamte Verfahrensdauer von der Aufnahme der Ermittlungen bis zum Abschluss der Hauptverhandlung uneingeschränkt und pauschal als rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung angesehen werden kann. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass in diesem Zeitraum auch notwendige, den Fortgang des Verfahrens fördernde Tätigkeiten vorgenommen wurden, deren Erledigung jeweils eine angemessene Zeit beanspruchen und dauern durfte, ohne dass darin eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung gesehen werden könnte.

2. Wird ein nicht verlesenes Schriftstück ohne einen Hinweis auf eine bestätigende Erklärung einer in der Hauptverhandlung vernommenen Auskunftsperson im Urteil wörtlich wiedergeben, so deutet schon dies in der Regel darauf hin, dass der Wortlaut selbst zum Zwecke des Beweises verwertet worden ist und nicht nur eine gegebenenfalls auf einen Vorhalt abgegebene Bekundung (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 18).

1065. BGH 2 StR 62/15 – Beschluss vom 13. August 2015 (LG Wiesbaden)

Adhäsionsverfahren (Begründung der Adhäsionsentscheidung: Auseinandersetzung mit Verteidigungsvorbringen; Berechnung des Schadensersatzanspruchs: Währung des Anspruchs).

§ 406 Abs. 1 Satz StPO; § 249 Abs. 2 BGB

1. Auch wenn die Begründung der Adhäsionsentscheidung nicht unmittelbar an den zivilprozessualen Vorschriften zu messen ist, so muss gleichwohl für das Revisionsgericht nachvollziehbar dargelegt werden, weshalb der Anspruch begründet ist. Dazu gehört eine Auseinandersetzung mit Verteidigungsvorbringen, wenn und soweit dieses nicht von vornherein als völlig ungeeignet erscheint (vgl. BGHZ 39, 333, 337 ff.).

2. Bei im Adhäsionsverfahren zugesprochenen Schadensersatzansprüchen handelt es sich regelmäßig um Geldwertschulden, die grundsätzlich in inländischer Währung entstehen, soweit sie sich aus deutschem Recht ergeben. Ein in ausländischer Währung ermittelter Erstattungsbeitrag bildet nur einen Berechnungsfaktor für die in Euro festzusetzende Anspruchshöhe (vgl. BGH NJW-RR 1998, 1426, 1429).

1097. BGH 4 StR 251/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Essen)

Urteilsgründe (Angabe der zu Grunde liegenden Strafnormen).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

§ 267 Abs. 3 Satz 1 1. Halbsatz StPO bezweckt den Ausschluss jeden Zweifels darüber, welche gesetzlichen Bestimmungen vom Gericht angewendet wurden. Es muss eindeutig ersichtlich sein, dass das Gericht die Rechtslage des entschiedenen Falles in ihrer vollen Breite erkannt, bedacht und gewürdigt hat.

1100. BGH 4 StR 334/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Dessau-Roßlau)

Beschränkung der Revision (Zulässigkeit: selbstständige Anfechtung der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

1. Eine Beschränkung der Revision ist zulässig, wenn die Beschwerdepunkte nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von seinem nicht angefochtenen Teil rechtlich und tatsächlich unabhängig beurteilt werden können. Gewährleistet sein muss, dass die Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt (st. Rspr.).

2. Eine neben Strafe angeordnete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB ist grundsätzlich selbstständig anfechtbar (vgl. BGHSt 15, 279, 285), sofern sich nicht aus besonderen Gründen Trennbarkeitshindernisse ergeben.

1064. BGH 2 StR 49/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Darmstadt)

Hinweis auf Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts (Änderung der Beteiligungsform).

§ 265 Abs. 1 StPO

Die Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 1 StPO gilt nicht nur in Bezug auf den Straftatbestand, sondern auch für die nach dem Urteil maßgebliche Zurechnungsnorm für Täterschaft oder Teilnahme (vgl. BGHSt 56, 235, 237). Nach Erhebung und Zulassung einer Anklage wegen Mittäterschaft muss daher vor einer Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zu der von einem anderen begangenen Haupttat auf diese Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen werden.

1090. BGH 4 StR 85/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Detmold)

Anhörungsgrüge (Zulässigkeit: Mitteilung und Glaubhaftmachung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung von Tatsachen, aus denen sich Gehörsverletzung ergibt).

§ 356a StPO

In Fällen, in denen sich die Einhaltung der Frist des § 356a Satz 2 StPO nicht schon aus dem aus der Akte ersichtlichen Verfahrensgang ergibt, gehört die Mitteilung des nach § 356a Satz 2 StPO für den Fristbeginn maßgeblichen Zeitpunkts der Kenntniserlangung von den tatsächlichen Umständen, aus denen sich die Gehörsverletzung ergeben soll, und dessen Glaubhaftmachung (§ 356a Satz 3 StPO) zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs (vgl. BGH StV 2010, 297).

1072. BGH 2 StR 136/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Aufhebung der Feststellungen durch das Revisionsgericht (Feststellungen des neuen Tatgerichts: Übernahme der aufgehobenen Feststellungen).

§ 353 Abs. 2 StPO

Nach Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen durch das Revisionsgericht ist der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter gehalten, eigene Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten zu treffen und diese im Urteil mitzuteilen (vgl. BGH NJW 2007, 1540, 1541). Hat der Angeklagte in dem neuen Verfahren dieselben Angaben gemacht, wie sie in dem früheren, jedoch insoweit aufgehobenen Urteil enthalten sind, kann zwar auf die aufgehobenen Feststellungen aus dem früheren Urteil nicht Bezug genommen werden; sie können jedoch – auch im Wortlaut – in das neue Urteil übernommen werden, sofern kein Zweifel daran verbleibt, dass es sich um neue, eigenständig getroffene Feststellungen handelt (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 148, 149).

1098. BGH 4 StR 272/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Bochum)

Rechtsmittelverzicht (Protokollvermerk: keine Wirksamkeitsvoraussetzung, nur Beweisanzeichen; keine Rücknahme).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 273 Abs. 3 StPO

1. Wird die Erklärung des Angeklagten, auch Rechtsmittel zu verzichten, nicht gemäß § 273 Abs. 3 StPO vorgelesen und genehmigt, hat dies nur zur Folge, dass dem Protokollvermerk über den Rechtsmittelverzicht keine Beweiskraft im Sinne des § 274 StPO zukommt. Gleichwohl ist dieser Vermerk ein gewichtiges Beweisanzeichen dafür, dass der Angeklagte die in der Niederschrift festgehaltene Erklärung abgegeben hat.

2. Der Rechtsmittelverzicht kann als Prozesshandlung nicht widerrufen, wegen Irrtums angefochten oder sonst zurückgenommen werden (st. Rspr.).

1082. BGH 2 StR 396/14 – Beschluss vom 5. Oktober 2015

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Gerichtsentscheidung durch Beschluss außerhalb der Hauptverhandlung; Ablehnungszeitpunkt).

§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

Entscheidet das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur so lange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist (vgl. BGH NStZ 2008, 55).

1084. BGH 2 ARs 142/15 2 AR 95/15 – Beschluss vom 8. September 2015

Zuständigkeit in Jugendstrafsachen (Abgabe des Verfahrens, wenn der Angeklagte seinen Aufenthaltsort gewechselt hat).

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

1. Nach § 42 Abs. 3 Satz 1 JGG kann der Richter das Verfahren mit Zustimmung des Staatsanwalts an den Richter abgeben, in dessen Bezirk sich der Angeklagte aufhält, wenn dieser seinen Aufenthalt wechselt. Der in dieser Bestimmung zum Ausdruck kommende Grundsatz, dass Heranwachsende sich vor dem für ihren Aufenthaltsort zuständigen Gericht verantworten sollen, darf grundsätzlich nur durchbrochen werden, wenn sonst erhebliche Erschwernisse das Verfahren belasten würden.

2. Für die Zuständigkeit kommt es lediglich auf den faktischen Aufenthaltsort an, auf den Wohnsitz oder auf die Meldeanschrift des Jugendlichen oder Heranwachsenden, so dass die Zuständigkeit auch dann begründet werden kann, wenn dieser ohne festen Wohnsitz an einem bestimmten Ort lebt.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**1018. BGH 3 StR 33/15 – Urteil vom 9. Juli 2015 (LG Bochum)**

BGHSt; Verwenden der Kennzeichen eines verbotenen Vereins (Kennzeichenbegriff; „Rockerkutte“; „Bandidos“; Name einer Vereinigung als Kennzeichen; Ortsbezeichnung; Verwenden; Schwestervereine; im Wesentlichen gleiche Form; einschränkende Auslegung; Schutzzweck; Alleinstellungsmerkmal); Analogieverbot.

§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG; § 9 VereinsG; § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Zur Strafbarkeit wegen Verwendens der Kennzeichen eines verbotenen Vereins durch das Tragen sog. Rockerkutten. (BGHSt)

2. Die Kennzeicheneigenschaft besteht bei sog. „Rockerkuten“ i.d.R. hinsichtlich der darauf abgebildeten Abzeichen jeweils für sich genommen. Es kommt dagegen nicht auf das Zusammenspiel von Vorder- und Rückseite der Weste als Ganzes oder auch nur auf das Ensemble sämtlicher Abzeichen auf der Rückseite der Weste an. (Bearbeiter)

3. Der Name einer Vereinigung oder eines Vereins als solcher ist regelmäßig kein Kennzeichen i.S.d. §§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG, 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Etwas anderes kann indes gelten, wenn er eine bestimmte Formgebung erfahren hat, etwa in signifikanten Schriftzügen dargestellt wird, und sich deshalb als Erkennungszeichen darstellt, das einen den beispielhaft aufgeführten Kennzeichen entsprechenden Symbolcharakter aufweist (hier: „Bandidos“-Schriftzug auf der Rückseite der sog. „Rockerkutte“). (Bearbeiter)

4. Da für die Prüfung der Kennzeicheneigenschaft auf die einzelnen Abzeichen abzustellen ist, kann bei sog. „Rockerkuten“ die Verwendung eines Ortszusatzes, der von demjenigen eines verbotenen Vereins (mit ansonsten identischer Symbolik) abweicht, nicht zur Folge haben, dass nicht (auch) das Kennzeichen eines verbotenen Vereins vorliegt. (Bearbeiter)

5. Durch die Hinzufügung einer eindeutig auf einen nicht verbotenen Verein hinweisenden Ortsbezeichnung ergibt sich aus dem maßgeblichen Gesamtzusammenhang der Kennzeichenverwendung jedoch eindeutig, dass die an sich unter den strafrechtlichen Kennzeichenbegriff fallenden weiteren Symbole gerade nicht als Kennzeichen der verbotenen Chapter verwendet werden, sondern als solche eines nicht mit einer Verbotsverfügung belegten Ortsvereins. Das führt nach den zu § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB anerkannten Grundsätzen zur restriktiven Auslegung des Merkmals „Verwenden“ (vgl. BGH HRRS 2008 Nr. 1084), die auf die Strafnorm des § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG zu übertragen sind dazu, dass ein tatbestandsmäßiges „Verwenden“ des verbotenen Kennzeichens ausscheidet. (Bearbeiter)

6. Bei der Prüfung, ob ein Kennzeichen im strafrechtlichen Sinne vorliegt, dürfen keine außerhalb desselben liegenden Umstände seiner Verwendung einbezogen werden. Eine solche Gesamtbetrachtung ist vielmehr wegen der damit verbundenen nachteiligen Folgen für die Rechtssicherheit und die Bestimmtheit des Tatbestands abzulehnen. Ein Kennzeichen muss daher in seinem auf die verbotene Organisation hinweisenden Symbolgehalt aus sich heraus verständlich sein. (Bearbeiter)

7. Von einem Kennzeichen i.S.d. §§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG, 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB muss keine Unterscheidungswirkung im Sinne eines Alleinstellungsmerkmals. Es reicht vielmehr aus, dass sich ein Verein ein bestimmtes Symbol – etwa durch formale Widmung oder durch schlichte Übung – derart zu Eigen gemacht hat, dass dieses zumindest auch als sein Kennzeichen erscheint. Ob dieses auch von anderen, nicht verbotenen Vereinen oder in gänzlich anderem Kontext genutzt wird, ist für die Frage der Kennzeicheneigenschaft ohne Bedeutung. (Bearbeiter)

8. Die Regelung des § 9 Abs. 3 VereinsG kann bei der Prüfung von § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG nicht zur Anwendung gelangen, da hiermit eine Erweiterung der Strafbarkeit nach dieser Vorschrift verbunden wäre. Aufgrund des Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) verbietet sich für die Strafgerichte indes eine solche das Merkmal des „Verwendens“ nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG erweiternde Auslegung, da der Gesetzgeber § 9 Abs. 3 VereinsG in der Strafnorm nicht in Bezug genom-

men und damit nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass er auch das Verwenden von Kennzeichen verbotener Vereine „in im Wesentlichen gleicher Form“ der Strafbarkeit nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG unterworfen wissen wollte. (Bearbeiter)

1044. BGH 1 StR 11/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Berlin)

Schmuggel (Verhältnis zur Steuerhinterziehung; Spezialität; Verhältnis zur Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall: Strafrahmentnahme von § 370 Abs. 3 AO a.F. für § 373 AO a.F.).

§ 373 AO; § 373 AO a.F.; § 370 Abs. 1 AO; § 370 Abs. 3 AO a.F.

1. Bei Schmuggel gemäß § 373 AO handelt es sich um einen Qualifikationstatbestand, der den Grundtatbestand des § 370 AO verdrängt (vgl. BGH NStZ 2015, 285). Dies gilt für vor dem 1. Januar 2008 begangene Taten trotz unterschiedlicher Strafandrohungen auch dann, wenn zugleich die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 AO aF gegeben sind.

2. Für vor dem 1. Januar 2008 begangene Taten gemäß § 373 AO aF, bei denen zugleich die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 AO aF verwirklicht sind, ist die Strafe dem Strafrahmen des § 370 Abs. 3 AO aF zu entnehmen. Denn es wäre sinnwidrig, diesen Strafrahmen nur deshalb nicht zur Anwendung zu bringen, weil zum Grundtatbestand zusätzlich ein Merkmal, das die Tat als Schmuggel qualifiziert – wie hier die Gewerbsmäßigkeit (§ 373 Abs. 1 AO) –, hinzukommt. (vgl. BGH NStZ 2015, 285).

3. Dagegen besteht für nach dem 31. Dezember 2007 begangene Taten nach Anhebung des Strafrahmens des Schmuggels gemäß § 373 AO auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren für einen Rückgriff auf den Strafrahmen des § 370 Abs. 3 AO kein Bedürfnis mehr.

1014. BGH 3 StR 214/15 – Beschluss vom 20. August 2015 (LG Oldenburg)

Nichtberücksichtigung der Erziehungsfähigkeit und -bedürftigkeit des jugendlichen oder heranwachsenden Straftäters bei Verhängung von Jugendstrafe aufgrund der Schwere der Schuld.

§ 17 Abs. 2 JGG

Der Senat muss nicht entscheiden, ob er der neueren Auffassung des 1. Strafsenats zustimmen könnte, der dazu neigt, bei einer auf die Schwere der Schuld gestützten Jugendstrafe die Erziehungsfähigkeit und -bedürftigkeit des jugendlichen oder heranwachsenden Straftäters generell nicht zu berücksichtigen (vgl. BGH HRRS 2013 Nr. 597). Er gibt allerdings zu erwägen, dass insbesondere auch verfassungsrechtliche Vorgaben Anlass dazu sein könnten, dass bei der Verhängung von Sanktionen gegen Straftäter, die zum Zeitpunkt ihrer Verurteilung bereits das 21. Lebensjahr vollendet haben und somit im strafrechtlichen Sinne als erwachsen gelten, der Erziehungsgedanke nicht mehr nur von geringem Gewicht sein kann, sondern insgesamt kein taugliches Strafzumessungskriterium mehr ist.

1048. BGH 1 StR 187/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Augsburg)

Auffangrechtserwerb (Berücksichtigung der Härtefallklausel); Absehen von der Anordnung des Verfalls in Härtefälle (Erörterung im Urteil).

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

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Regelung des § 73c Abs. 1 StGB auch im Rahmen der nach § 111i Abs. 2 StPO zu treffenden Entscheidung zu beachten (vgl. BGH wistra 2015, 270). Wird in Anwendung des § 73c Abs. 1 StGB ganz oder teilweise von der Anordnung des Verfalls abgesehen, hat dies zur Folge, dass der in der Entscheidungsformel allein zu bezeichnende Vermögensgegenstand bzw. Geldbetrag, den der Staat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 111i Abs. 5 StPO unmittelbar oder als Zahlungsanspruch erwirbt, hinter dem Erlangten bzw. dessen Wert zurückbleibt (vgl. BGH NJW 2011, 624 f.).

2. Die Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 StGB sind zu erörtern, wenn naheliegende Anhaltspunkte für deren Vorliegen gegeben sind (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 171 f.).

1063. BGH 2 StR 47/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Gera)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit bei mehreren Einzelhandlungen des Handeltreibens).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden Einzelhandlungen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln dann, wenn die Bezahlung einer früheren Lieferung mit der Übergabe einer neuen Drogenmenge zusammentrifft, zur Tateinheit verbunden (vgl. BGH NStZ 2011, 97). Sowohl die Bezahlung von Betäubungsmitteln als auch die Übergabe der Drogen sind Teilakte des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

1101. BGH 4 StR 347/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Zweibrücken)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Täterschaft bei ausschließlicher Beteiligung am Transport der Betäubungsmittel).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 StGB

Für eine zutreffende Einordnung der Beteiligung des Kuriers an einem Betäubungsmittelgeschäft ist der jeweils konkrete Tatbeitrag für das Umsatzgeschäft insgesamt und nicht allein für den Teilbereich des Transports zu bewerten. Einer Tätigkeit, die sich im bloßen Transport von Rauschgift erschöpft, kommt dabei eine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit in der Regel nicht zu. (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 375).

Aufsätze und Anmerkungen

Die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung

Zugleich eine Besprechung der Hooligan-Entscheidung des BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – 3 StR 233/14 = HRRS 2015 Nr. 285

Von Privatdozent Dr. Florian Knauer, Berlin

I. Einführung

Das hier zu besprechende Urteil des 3. Senats des BGH verdient aus mehreren Gründen Aufmerksamkeit. Für die Strafrechtspraxis ist es von erheblicher Bedeutung, weil der BGH sich darin erstmals unmittelbar zur Sittenwidrigkeit einer Einwilligung gem. § 228 StGB bei einer einverständlichen Schlägerei zwischen rivalisierenden Hooligangruppen äußert. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ist das Urteil bereits deswegen von Interesse,

weil es das traditionell besonders intensiv diskutierte Verhältnis von Sittenwidrigkeit und (Straf-)Rechtswidrigkeit zum Gegenstand hat.¹ Beide Gesichtspunkte zusammen haben zur Folge, dass die Entscheidung in

¹ Vgl. etwa *Kühl* ZStW 116 (2004), 870, 871, nach dessen Einschätzung § 228 StGB vor allem deswegen interessant ist, „weil er ein Beispiel dafür ist, dass sich der (Straf-)Gesetzgeber einer eigenen Entscheidung enthält und darauf vertraut, dass es die Ethik/Moral in Gestalt der ‚guten Sitten‘ schon ‚richten‘ wird“.

Zukunft voraussichtlich auch in der juristischen Ausbildung erörtert und abgeprüft werden wird; aus diesem Grund sollten sich nicht zuletzt Studierende und Referendare mit ihr vertraut machen.

II. Bisheriger Meinungsstand

Für ein angemessenes Verständnis des Urteils ist der bisherige allgemeine Diskussionsstand zu dem Merkmal der Sittenwidrigkeit in § 228 StGB in die Betrachtung einzubeziehen. Der heutige § 228 StGB wurde während der NS-Zeit im Mai 1933 als § 226a in das RStGB eingeführt.² Im Schrifttum hat die Regelung seitdem stets vergleichsweise große Aufmerksamkeit gefunden.³ In der für die Einordnung des hier zu besprechenden Urteils besonders interessierenden Rechtsprechung⁴ stand bei § 228 StGB in der Vergangenheit die Frage nach der Berücksichtigung und Gewichtung zweier Aspekte im Mittelpunkt: der Beweggründe des Täters einerseits und der Schwere der Verletzungen andererseits. In der früheren Rechtsprechung des BGH spielten „vor allem die Beweggründe eine wesentliche Rolle“⁵, während die Schwere der Verletzungen nur daneben in den Blick genommen wurde.⁶

Demgegenüber hat der BGH in zwei Urteilen von 2003 und 2004 betont, dass für die Feststellung der Sittenwidrigkeit vor allem das Gewicht des Körperverletzungserfolges maßgeblich ist. Eine Sittenwidrigkeit sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in eine konkrete Todesgefahr gebracht werde.⁷ Im Schrifttum hat diese strafbarkeitseinschränkende Rechtsprechung einige Zustimmung erfahren.⁸

Durch eine neuere Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2013, die erstmals einverständliche tätliche Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen zum Gegenstand hatte, hat die Debatte um § 228 StGB zuletzt wieder an Intensität gewonnen. Der 1. Strafsenat hielt zwar auch in diesem Beschluss im Ausgangspunkt daran

fest, dass für die Frage der Sittenwidrigkeit der Einwilligung vor allem die Intensität der Rechtsgutsverletzung maßgeblich sein soll. Jedoch erweiterte er die insoweit zuvor eng gefassten Voraussetzungen einer unwirksamen Einwilligung in folgender bedeutsamer Weise. Für die Anwendung von § 228 StGB berücksichtigt werden müsse auch „die Eskalationsgefahr jedenfalls für Körperverletzungen [...], die im Rahmen von tätlichen Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen begangen werden“.⁹ Nach Ansicht des BGH ist dabei „bedeutsamer als der ohnehin nicht geringe Gefährlichkeitsgrad der von der Verabredung umfassten Körperverletzungshandlungen [...] das Fehlen jeglicher Absprachen und Vorkehrungen, die eine Eskalation der wechselseitigen Körperverletzungshandlungen und damit einhergehend eine beträchtliche Erhöhung der aus diesen resultierenden Rechtsgutsgefährlichkeit ausschließen“.¹⁰ Ausdrücklich offen ließ der BGH die Frage, „ob bei vorhandenen Absprachen und Sicherungen zur Beschränkung des Gefährlichkeits- bzw. Gefährdungsgrades ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliegt“. Er neigte „wegen der abstrakt-generellen Eskalationsgefahr in derartigen Situationen“ aber dazu, die Frage zu verneinen, „wenn und soweit eine Einhaltung des Verabredeten nicht ausreichend sicher gewährleistet werden kann“.¹¹

In der Literatur ist diese Entscheidung zu einer Schlägerei zwischen zwei Gruppen von Jugendlichen insbesondere deswegen für bedeutsam gehalten worden, weil eine Übertragung der Überlegungen des BGH auf verabredete Schlägereien zwischen rivalisierenden Fußballfans nahe lag.¹² In der Sache hat der BGH im Schrifttum nur vereinzelt Zustimmung gefunden¹³, überwiegend hingegen Ablehnung erfahren¹⁴. Kritisiert wird, dass der Beschluss eine „freiheitswidrige Remoralisierung des Rechts der Körperverletzung“¹⁵ bzw. eine „objektiv-moralische Auslegung“¹⁶ von § 228 StGB darstelle. Der BGH dehne „den mit § 228 StGB verbundenen Eingriff in die Autonomie des Rechtsgutsinhabers [...] erheblich aus“.¹⁷ Bisweilen wird die Entscheidung mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz sogar für verfassungswidrig gehalten.¹⁸

Vor diesem Hintergrund ist die hier zu besprechende weitere Entscheidung des BGH zu Gruppenschlägereien mit Spannung erwartet worden, zumal es in dem nun zu beurteilenden Geschehen tatsächlich um Auseinandersetzungen zwischen Hooligans ging.

² Gröning, Körperverletzungsdelikte – §§ 223 ff., 340 StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1933 (2004), S. 8; Gülpen, Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB (2009), S. 2; Järkel, Die wegen Sittenwidrigkeit rechtswidrige Körperverletzung (2010), S. 21; Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten (1999), S. 1. Vgl. für die jüngere monografische Literatur etwa die Nachweise in Fn. 2, jeweils m.w.N. zum älteren Schrifttum.
³ Eine knappe Übersicht bietet BGH NJW 2015, 1540, 1541 f. Rn. 36; eine ausführliche, nach Fallgruppen geordnete Zusammenstellung der Rechtsprechung zu § 228 StGB findet sich bei Gülpen, a.a.O. (Fn. 2), S. 326 ff.
⁴ BGHSt 4, 24, 31 = NJW 1953, 473, 475.
⁵ So die Zusammenfassung der früheren Rechtsprechung bei BGH NJW 2015, 1540, 1541 f. Rn. 36 m.w.N.
⁶ BGHSt 49, 34, 44 = HRRS 2004 Nr. 88; BGHSt 49, 166, 170 f. = HRRS 2004 Nr. 624.
⁷ Ausdrücklich zustimmend Hirsch, in: Festschrift für Amelung (2009), S. 202; Hardtung Jura 2005, 401, 406 ff.; weitere Nachweise zu der der Rechtsprechung nahestehenden sog. Rechtsgutslösung in der Literatur bei Hardtung Jura 2005, 401, 404; andere Autoren halten § 228 StGB wegen seiner Unbestimmtheit hingegen für verfassungswidrig, vgl. etwa Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 228 Rn. 4 ff. m.w.N.

⁹ BGHSt 58, 140, 149 Rn. 16 = HRRS 2013, Nr. 342.
¹⁰ BGHSt 58, 140, 150 Rn. 19.
¹¹ BGHSt 58, 140, 151 Rn. 22.
¹² Gaede ZIS 2014, 489; Jahn JuS 2013, 945, 946; Jäger JA 2013, 634; von der Meden HRRS 2013, 158, 159; Sternberg-Lieben JZ 2013, 953; Zöller/Lorenz ZJS 2013, 429.
¹³ Jäger JA 2013, 634, 636.
¹⁴ Vgl. etwa mit Unterschieden im Einzelnen Gaede ZIS 2014, 489; Hardtung NStZ 2014, 267; von der Meden HRRS 2013, 158; Sternberg-Lieben JZ 2013, 953; Zöller/Lorenz ZJS 2013, 429.
¹⁵ Gaede ZIS 2014, 489, 503.
¹⁶ von der Meden HRRS 2013, 158.
¹⁷ Gaede ZIS 2014, 489, 496.
¹⁸ von der Meden HRRS 2013, 158, 163.

III. Kernaussagen der Entscheidung

Auch wenn das hier zu besprechende Hooligan-Urteil des BGH voraussichtlich in erster Linie im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeit der Einwilligung gem. § 228 StGB Eingang in die Kommentare und Lehrbücher finden wird, ist für eine vollständige Würdigung des Urteils doch vorab auf Folgendes hinzuweisen. Die Ausführungen zu den verabredeten Körperverletzungshandlungen, zur Einwilligung der Beteiligten und zur Sittenwidrigkeit dieser Einwilligung sind hier Teil der Prüfung einer Strafbarkeit mehrerer Hooligans wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung gem. § 129 StGB.¹⁹

Die Verfolgung der Angeklagten wegen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung gem. § 129 StGB im Fall ist deswegen ein beachtenswerter Aspekt, weil in Strafverfahren wegen dieses Delikts bereits im Ermittlungsverfahren besondere Zwangsmaßnahmen wie namentlich die Telekommunikationsüberwachung zulässig sind (vgl. § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. d StPO). Hier im Bereich des Strafverfahrens dürfte ein Grund dafür liegen, dass der BGH in seiner Entscheidung ganz grundsätzlich zur Sittenwidrigkeit einverständlicher Schlägereien zwischen Hooligangruppen Stellung nehmen wollte. Augenscheinlich sehen die Strafverfolgungsbehörden ein Bedürfnis für eine Handyüberwachung solcher Gruppierungen, wie nicht zuletzt in dem vorliegenden Urteil deutlich wird.²⁰ Ohne einen Anfangsverdacht wegen einer Straftat gem. § 129 StGB wäre eine Überwachung der Telekommunikation unter Hooligans kaum möglich, da die §§ 223 ff. StGB selbst nicht zu den Katalogtaten gem. § 100a Abs. 2 Nr. 1 StPO gehören. Wenn man aber die Sittenwidrigkeit von verabredeten Gruppenschlägereien für den Normalfall ablehnen und eine Strafbarkeit der Teilnehmer gem. §§ 223 ff. StGB nur bei der festgestellten Überschreitung der vorab erteilten Einwilligungen annehmen würde, so wäre ein Tatverdacht gem. § 129 StGB gegen die Organisatoren solcher Auseinandersetzungen kaum zu begründen.

Nachdem der BGH die sonstigen Voraussetzungen einer Strafbarkeit gem. § 129 StGB durchgeprüft hat²¹, wendet er sich der Frage zu, ob die Gruppe auch auf den Zweck der Begehung von Straftaten hin ausgerichtet war²². Da die Vereinigung im Fall zum Ziel gehabt habe, gewalttätige Auseinandersetzungen gegen andere Hooligans zu organisieren und durchzuführen, kämen als mögliche Straftaten insbesondere Körperverletzungen gem. §§ 223 ff. StGB in Betracht.²³ Wie das Landgericht Dresden als Vorinstanz bejaht auch der BGH insoweit zunächst die Tatbestandsmäßigkeit einzelner Schlägereien gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.²⁴

In seinen anschließenden Ausführungen zur Rechtswidrigkeit wendet sich der BGH sodann der rechtfertigenden Einwilligung zu. Da die Strafkammer in keinem Fall gezielte Regelverstöße der Kampfteilnehmer festgestellt habe, komme es für die Frage der Rechtswidrigkeit auf die Frage der Sittenwidrigkeit von Einwilligungen gem. § 228 StGB bei verabredeten Gruppenschlägereien an.²⁵ Zunächst fasst der BGH hier die bisherige Entwicklung in der Rechtsprechung zusammen.²⁶ Sodann will der BGH ausdrücklich weiterhin an seiner Rechtsprechung festhalten, „nach der maßgeblich auf Art und Schwere des Rechtsgutsangriffs abzustellen ist“. Diese Rechtsprechung sei aber zu „präzisieren“. Das Merkmal der guten Sitten in § 228 StGB sei für sich genommen konturenlos. Angesichts der Wandelbarkeit moralischer Wertungen kämen als Anknüpfungspunkte des Sittenwidrigkeitsurteils die Vorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder gar des zur Entscheidung berufenen Gerichts nicht in Betracht. Auch die Ermittlung von allgemein gültigen Maßstäben erweise sich in einer pluralistischen Gesellschaft als nicht unproblematisch. Der mithin zu konstatierenden Unbestimmtheit des Begriffs der guten Sitten sei dadurch zu begegnen, dass er in § 228 StGB strikt auf das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte bezogen und auf seinen Kerngehalt reduziert werde.²⁷

Diese Überlegungen entsprächen bereits der bisherigen Rechtsprechung insoweit, als die Bejahung der Sittenwidrigkeit in Fällen, in denen der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in eine konkrete Todesgefahr gebracht werde, in erster Linie aus § 216 StGB folge. Denn aus dem Umstand, dass eine Tötung, in die das Opfer nicht nur eingewilligt, sondern die sie ernsthaft verlangt habe, gleichwohl strafbar sei, lasse sich entnehmen, dass das Opfer in die eigene Tötung durch einen Dritten nicht wirksam einwilligen könne. Dieser Wertung des Gesetzgebers habe die Rechtsprechung mit Blick auf § 228 StGB entnommen, dass der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens „nicht schlechthin, sondern nur innerhalb eines für die Rechtsordnung tolerierbaren Rahmens zur Disposition des Einzelnen gestellt [wird]“. Dieser Rahmen werde verlassen, wenn der in die Körperverletzung Einwilligende durch die Tat in konkrete Todesgefahr gebracht werde.²⁸

Bis hierhin fasst der BGH also über weite Strecken lediglich seine bisherige Rechtsprechung zusammen. Auf diese aufbauend möchte er für die Auslegung von § 228 StGB nun aber neben der bereits etablierten Inbezugnahme von § 216 StGB noch eine weitere gesetzliche Wertentscheidung fruchtbar machen: die Strafbarkeit der Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 StGB. In der Konstruktion des Tatbestandes mit den im Gesetz genannten schweren Folgen als objektive Bedingungen der Strafbarkeit soll nach Ansicht des BGH nämlich zum Ausdruck kommen, dass das sozialetisch verwerfliche Verhalten bereits in der Beteiligung an einer Schlägerei oder einem Angriff mehrerer besteht, weil dadurch erfahrungsgemäß so häufig die Gefahr schwerer Folgen geschaffen wird, dass die Beteiligung als solche schon

¹⁹ BGH NJW 2015, 1540 Rn. 23 ff.

²⁰ Vgl. BGH 3 StR 233/14, Urteil v. 22. Januar 2015, I (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2015, 1540), wonach eine der von den Angeklagten verabredeten Schlägereien aufgrund einer Telefonüberwachung von der Polizei unterbunden werden konnte.

²¹ BGH NJW 2015, 1540, 1540 f. Rn. 23 ff.

²² BGH NJW 2015, 1540, 1541 f. Rn. 30 ff.

²³ BGH NJW 2015, 1540, 1541 ff. Rn. 32 ff.

²⁴ BGH NJW 2015, 1540, 1541 Rn. 33.

²⁵ BGH NJW 2015, 1540, 1541 Rn. 34 f.

²⁶ BGH NJW 2015, 1540, 1541 f. Rn. 36.

²⁷ BGH NJW 2015, 1540, 1542 Rn. 41 f.

²⁸ BGH NJW 2015, 1540, 1543 Rn. 43.

strafwürdiges Unrecht darstellt.²⁹ Dass die Teilnehmer an einverständlichen Gruppenschlägereien rechtswidrig und schuldhaft den Tatbestand des § 231 Abs. 1 StGB erfüllen, führe „jedenfalls in [...] Fällen, in denen die an den Schlägereien Beteiligten aus der gebotenen ex-ante-Perspektive dadurch zumindest in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht wurden“, zur Unbeachtlichkeit der Einwilligungen in die mit den Auseinandersetzungen verbundenen Körperverletzungshandlungen.³⁰

Auch mit der Bezugnahme auf § 231 StGB baut der BGH freilich auf entsprechende Vorüberlegungen in seiner eigenen Rechtsprechung und im Schrifttum auf. Das Gericht selbst nahm in seiner bereits erwähnten Entscheidung von 2013 zu einer einverständlichen Auseinandersetzung zwischen zwei rivalisierenden Gruppen von Jugendlichen zwar nur knapp auf § 231 StGB Bezug.³¹ In den Besprechungen dieses Beschlusses hat die Literatur die entsprechenden Überlegungen des Gerichts jedoch aufgegriffen und vertieft.³² Dabei überwog – in Übereinstimmung mit der insgesamt vorwiegend skeptischen Aufnahme der Entscheidung³³ – die Kritik an der Bezugnahme auf § 231 StGB. Die hier zu besprechende Hooligan-Entscheidung liest sich nun über Seiten hinweg wie eine Replik auf diese kritischen Einwände aus der Wissenschaft. Im Einzelnen argumentiert der BGH wie folgt.

Bei einem tateinheitlichen Zusammentreffen von Körperverletzungstaten etwa nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB und einer Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 Abs. 1 StGB führe die rechtswidrige und schuldhafte Verwirklichung des Tatbestandes des § 231 Abs. 1 StGB zur Annahme der Sittenwidrigkeit der Körperverletzungstat im Sinne von § 228 StGB. Denn in diesem Gesetzesverstoß, mit dem die Beteiligten an der Schlägerei strafwürdiges Unrecht verwirklicht hätten, liege eine Missachtung der gesetzgeberischen Wertung des § 231 StGB. Diese begründe das Sittenwidrigkeitsurteil sogar unabhängig davon, ob der sich aus § 231 StGB ergebenden gesteigerten Gefahr für Leib und Leben durch Vorkehrungen entgegengewirkt werden könne, mit denen eine Eskalation der Auseinandersetzung verhindert werden solle. Die Annahme von Straflosigkeit infolge der Einwilligung in etwaige Körperverletzungen würde darüber hinaus in der gegebenen Konstellation zu unauflösbaren Widersprüchen führen, weil ein und dasselbe Täterverhalten einerseits ausdrücklich verboten, andererseits infolge der erteilten Einwilligung erlaubt wäre.³⁴

Für die Sittenwidrigkeit der Tat sei dabei unerheblich, ob auch eine schwere Folge im Sinne des § 231 Abs. 1 StGB eingetreten sei. Ein Abstellen auf die Tatfolgen würde nämlich im Widerspruch dazu stehen, dass für die Wirksamkeit der Einwilligung eine ex-ante-Perspektive maß-

geblich sei, der Eintritt der schweren Folge aber erst ex post festgestellt werden könne. Auch führe die Lesart des BGH entgegen anderslautender Stimmen in der Literatur nicht dazu, dass die Strafbarkeitsbegrenzung bei § 231 StGB durch den Eintritt der schweren Folge umgangen werde. Denn die Begrenzung durch die objektive Bedingung der Strafbarkeit beziehe sich allein auf § 231 StGB.³⁵

Der Annahme der Sittenwidrigkeit der Tat könne auch nicht entgegengehalten werden, dass anderenfalls kein eigenständiger Anwendungsbereich für § 231 StGB bleibe. Denn nur aufgrund dieser Vorschrift könnten auch Beteiligte an der Schlägerei aus dem Lager des Getöteten bzw. im Sinne des § 226 StGB Verletzten erfasst werden.³⁶

Offen bleiben könne, ob die durch die Erfüllung des Tatbestandes des § 231 Abs. 1 StGB bedingte Sittenwidrigkeit der Körperverletzungshandlungen stets und unabhängig von der konkret eingetretenen Gefahr zur Unbeachtlichkeit der Einwilligung führe – also etwa auch, wenn bei vorausschauender Betrachtung lediglich Bagatelverletzungen zu erwarten seien. Jedenfalls wenn – wie hier – der Verletzte durch die Tat voraussichtlich in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht werde, führe der genannte Verstoß gegen die gesetzliche Wertung des § 231 StGB zur Annahme der Sittenwidrigkeit der Tat im Sinne von § 228 StGB.³⁷

Für das Abstellen auf gesetzliche Wertungen, die auch die Art und Weise der Körperverletzungshandlungen betreffen, spreche ferner, dass sie Wertungswidersprüche zu gesellschaftlich akzeptierten körperlichen Auseinandersetzungen vermeide. Wenn allein auf die Schwere der drohenden Verletzungen abgestellt werden würde, so wäre kaum zu erklären, warum Schlägereien unter Hooligans bestraft werden sollten, nicht aber die ähnlich gefährlichen Box-, Kickbox- oder Freefight-Kämpfe. Die unterschiedliche Behandlung dieser Fallgestaltungen sei dadurch gerechtfertigt, dass es für die Fälle der Beteiligung an einer Schlägerei mit § 231 StGB eine gesetzliche Regelung gebe, während eine solche für tätliche Auseinandersetzungen unter Einzelpersonen fehle.³⁸

Schließlich könne der Bezugnahme auf § 231 StGB nicht entgegengehalten werden, dass dadurch anderen Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit in einer vom Normzweck nicht erfassten Weise ein mittelbarer strafrechtlicher Schutz gewährt werden würde. Denn bei den von § 231 StGB und den von den Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten geschützten Rechtsgütern handle es sich nicht um unterschiedliche, sondern um die gleichen Schutzgüter. Diese würden lediglich einmal als Gemeininteresse und einmal als Individualinteresse geschützt.³⁹

²⁹ BGH NJW 2015, 1540, 1543 Rn. 44.

³⁰ BGH NJW 2015, 1540, 1543 Rn. 45.

³¹ BGHSt 58, 140, 149 Rn. 16.

³² Gaede ZIS 2014, 489, 498 f.; Hüttenrauch NJ 2013, 480, 481; Jäger JA 2013, 634, 636; Hardtung NSTZ 2014, 267, 268; von der Meden HRRS 2013, 158, 162 f.; Sternberg-Lieben JZ 2013, 953, 956; Zöller/Lorenz ZJS 2013, 429, 433.

³³ Oben Fn. 14.

³⁴ BGH NJW 2015, 1540, 1543 f. Rn. 47.

³⁵ BGH NJW 2015, 1540, 1544 Rn. 48.

³⁶ BGH NJW 2015, 1540, 1544 Rn. 49.

³⁷ BGH NJW 2015, 1540, 1544 Rn. 50.

³⁸ BGH NJW 2015, 1540, 1545 Rn. 54.

³⁹ BGH NJW 2015, 1540, 1545 Rn. 55.

IV. Aufnahme im Schrifttum

Angesichts des bisherigen Diskussionsverlaufs ist zu erwarten, dass auch das neue Urteil des BGH wieder zahlreiche Reaktionen im Schrifttum hervorrufen wird. Eine erste (kritische) Besprechung von Mitsch liegt bereits vor. Nach seiner Ansicht gibt § 228 StGB der Rechtsprechung einen „Freibrief zur Rechtsschöpfung“. Der BGH mache davon Gebrauch, „indem er in dieses Aufgabebereich ungeschriebene Wertungsinhalte schüttet, um sie in formelle Gesetzesinhalte zu transformieren“.⁴⁰ Dadurch werde aber der Bereich zulässiger Gesetzesinterpretation verlassen. Zunächst stelle sich die Frage, warum der Gesetzgeber nicht bereits selbst diese angeblich mit § 216 und § 231 StGB verbundenen Wertungen ins Gesetz übernommen habe.⁴¹ Ferner könnten den §§ 216, 231 StGB auch die der Ansicht des BGH genau entgegengesetzten Wertungen entnommen werden. Denn § 216 StGB äußere sich gerade nicht zu ohne Tötungsvorsatz begangenen lebensgefährlichen Handlungen, mit denen der Betroffene einverstanden sei. Und § 231 StGB sei gerade zur Thematik der Einwilligung keine Stellungnahme des Gesetzgebers zu entnehmen.⁴²

V. Eigene Stellungnahme

1. Allgemeine Überlegungen

Für eine eigene kritische Würdigung des Urteils sind zunächst folgende allgemeine Betrachtungen vorzuschicken. Die jüngere Diskussion um das Merkmal der Sittenwidrigkeit gem. § 228 StGB ist – wie die bisherigen Ausführungen zeigen – sehr stark auf im engeren Sinne strafrechtsdogmatische Argumente beschränkt. Praktisch gar keine Rolle (mehr) spielen historische, rechtstatsächliche und rechtsphilosophische Erwägungen. Aus historischer Perspektive ist zuletzt weder vom BGH noch in der Besprechungsliteratur thematisiert worden, dass § 228 StGB vom NS-Gesetzgeber eingeführt wurde.⁴³ Dem möglichen rechtstatsächlichen Ansatz, empirische Erhebungen über die in der Gesellschaft bestehenden sittlichen Anschauungen durchzuführen, haben Praxis und Wissenschaft eine Absage erteilt.⁴⁴ Und rechtsphilosophischen Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Sitte – bis heute ein klassischer Gegenstand der Rechtsphilosophie⁴⁵ – wird augenscheinlich ebenfalls nicht

mehr zugetraut, Bedeutsames zu den hier in Rede stehenden Fragen beizutragen.⁴⁶

Für diese Verengung der Diskussion mag es Gründe geben. Obwohl § 228 StGB als § 226a StGB a.F. während der NS-Zeit erlassen wurde, wird der Regelungsinhalt der Vorschrift wegen der weiter zurückgehenden Gesetzgebungsgeschichte von der h.M. nicht als typisch nationalsozialistisch angesehen.⁴⁷ Dass die Rechtsanwender auf rechtstatsächliche Erhebungen zu gesellschaftlichen Vorstellungen verzichten möchten, entspricht der obergerichtlichen Linie auch in anderen rechtlichen Zusammenhängen.⁴⁸ Und dass mithilfe rechtsphilosophischer Erwägungen die hier in Rede stehenden Probleme besser gelöst werden könnten, kann mit Blick auf die bisherige Diskussion durchaus bezweifelt werden.⁴⁹

Gleichwohl wirft die aktuelle Debatte über die Sittenwidrigkeit der Einwilligung bei einverständlichen Körperverletzungen auch ein Schlaglicht auf den allgemeinen Zustand der deutschen Strafrechtspraxis und -wissenschaft. Sie meint – ungeachtet der möglichen historischen, rechtstatsächlichen und rechtsphilosophischen Bezüge des Themas – allein aus dem geltenden Recht heraus Aussagen darüber treffen zu können, inwieweit bei der Einwilligung die Gefährdung der Rechtsgüter der Beteiligten „auf ein vor dem Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts von Seiten des Staates tolerierbares Maß“⁵⁰ begrenzt werden soll. Augenscheinlich meint man sich auf diesem Wege auf sichererem Terrain zu bewegen als unter Einbeziehung von Rechtsgeschichte, Rechtstatsachenforschung und Rechtsphilosophie.

Näher veranschaulicht sei dies anhand der rechtsphilosophischen Frage nach dem Verhältnis von Recht und Sitte. Im Schrifttum ist wiederholt darauf hingewiesen worden, dass die beiden BGH-Entscheidungen von 2003 und 2004 bei der Feststellung eines Sittenverstößes jedenfalls im Ausgangspunkt verschiedene Wege beschritten.⁵¹ Der 3. Strafsenat vertrat in seiner Heroin-Entscheidung die Ansicht, dass das Strafgesetzbuch die Rechtsfolgen der Einwilligung an „außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien“ knüpft. Die Prüfung der Rechtfertigung der Körperverletzungstat durch die Einwilligung des Geschädigten sei daher „weniger ein Akt normativ-wertender Gesetzesauslegung als vielmehr ein solcher empirischer Feststellung bestehender Moralüberzeugungen“.⁵² Ganz anders lesen sich die grundsätzlichen Ausführungen zu

⁴⁰ Mitsch NJW 2015, 1545.

⁴¹ Mitsch NJW 2015, 1545.

⁴² Mitsch NJW 2015, 1545, 1545 f.

⁴³ Aus der monografischen Literatur vgl. immerhin etwa Gülpen, a.a.O. (Fn. 2), S. 109 ff., 236.

⁴⁴ Aus der Rechtsprechung vgl. BGHSt 49, 34, 41, wonach „die allgemein gültigen, vernünftigerweise nicht anzweifelbaren sittlichen Wertmaßstäbe allgemeinkundig [sind]“, und die Einschätzung in BGHSt 49, 166, 173, dass sich „wohl kaum nach allgemeinen Anschauungen in der Bevölkerung ein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil feststellen [lässt]“; aus der Wissenschaft siehe Kühl, in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 301; Duttge NJW 2005, 260.

⁴⁵ Vgl. etwa aus der rechtsphilosophischen Lehrbuchliteratur Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. (2014), S. 79 ff.; Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. (2011), S. 19 ff.; Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl.

(2015), S. 255 ff.; Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. (1997), S. 213 ff.

⁴⁶ Vgl. Kühl, in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 301, nach dessen Einschätzung es sich verbietet, Moralphilosophen und Ethiker als Sachverständige im Strafverfahren zur Ermittlung der guten Sitten heranzuziehen.

⁴⁷ Paeffgen, in: Nomos Kommentar, StGB, 4. Aufl. (2013), § 228 Rn. 1 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. OLG Celle JR 1980, 256 m. Anm. Naucke zur Auslegung des Begriffs der Verteidigung der Rechtsordnung in § 56 Abs. 3 StGB.

⁴⁹ Vgl. Kühl, a.a.O. (Fn. 46).

⁵⁰ BGHSt 58, 140, 151 Rn. 21.

⁵¹ Duttge NJW 2005, 260; Kühl, in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 302 ff.; ders., in: Festschrift für Otto (2007), S. 69 ff.; Hardtung Jura 2005, 401, 406 ff.; Hirsch, in: Festschrift für Amelung (2009), S. 182 ff.

⁵² BGHSt 49, 34, 40 f.

den guten Sitten in dem Urteil des 2. Strafsenats zu den sadomasochistischen Praktiken. Danach betrifft der Begriff der guten Sitten „weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien“. Vielmehr müsse der Begriff der guten Sitten „auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden“.⁵³ Zu beiden Entscheidungen ist freilich im Schrifttum auch angemerkt worden, dass die Senate des BGH ihren jeweiligen Weg nicht konsequent zu Ende gehen.⁵⁴ Der 2. Strafsenat etwa habe sich im Fortgang seiner Argumentation entgegen seines doch eigentlich rein rechtlichen Ausgangspunkts später doch noch ergänzend auch auf die „gewandelten Moralauffassungen“ im Hinblick auf sadomasochistische Handlungen berufen.⁵⁵ Und der 3. Strafsenat habe trotz seines den Worten nach moralempirischen Ansatzes letztlich stark rechtlich argumentiert.⁵⁶

Wenden wir uns vor diesem Hintergrund nun den beiden neuen Entscheidungen des 1. und des 3. Strafsenats zu einverständlichen Auseinandersetzungen zwischen Gruppen zu. Der 1. Strafsenat vermeidet in seinem Beschluss von 2013 zu der Schlägerei zwischen zwei rivalisierenden Jugendgruppen eine Stellungnahme zwischen den verschiedenen Ausgangspunkten des 2. und des 3. Senats und betont lediglich die Gemeinsamkeiten in den Ergebnissen beider Senate.⁵⁷ Der 3. Strafsenat ändert in seiner hier zu besprechenden Hooligan-Entscheidung sogar seine im Heroin-Fall von 2003 entwickelte Rechtsprechung. Auch nach seiner Ansicht erweist sich nunmehr „die Ermittlung von allgemein gültigen moralischen Maßstäben [...] in einer pluralistischen Gesellschaft als nicht unproblematisch“.⁵⁸ Gesellschaftliche Vorstellungen oder der durch die Tat verfolgte Zweck könnten lediglich dazu führen, dass ihretwegen eine Einwilligung trotz massiver Rechtsverletzungen Wirksamkeit entfalten könne.⁵⁹

Nach dieser Rechtsprechungsänderung des 3. Strafsenats halten die BGH-Senate bei der Entscheidung über die Sittenwidrigkeit der Einwilligung gem. § 228 StGB außerrechtliche Erwägungen also nunmehr übereinstimmend für nahezu vollständig verzichtbar.⁶⁰ Das Gericht hat damit aus einem ehemals strafrechtswissenschaftlichen Großthema mit Bezügen zur Rechtsgeschichte, zur Rechtstatsachenforschung und zur Rechtsphilosophie ein gewöhnliches strafrechtsdogmatisches Problem wie viele andere gemacht, das er allein strafrechtsintern mithilfe der gesetzgeberischen Wertungen der §§ 216, 231 StGB zu bewältigen können glaubt. Ob dieser Weg überzeugen kann, soll nachstehend erörtert werden.

⁵³ BGHSt 49, 166, 169.

⁵⁴ Duttge NJW 2005, 260.

⁵⁵ Duttge NJW 2005, 260.

⁵⁶ Hardtung Jura 2005, 401, 407.

⁵⁷ BGHSt 58, 140, 143 f. Rn. 8.

⁵⁸ BGH NJW 2015, 1540, 1542 Rn. 41, mit dem ausdrücklichen Hinweis „anders noch BGHSt 49, 34 [41]“.

⁵⁹ BGH NJW 2015, 1540, 1542 Rn. 42.

⁶⁰ Zu verbleibenden Ausnahmen siehe vorstehend im Haupttext bei Fn. 59.

2. Konkrete Würdigung

Zu überlegen ist also, ob die Beschränkung der Argumentation zu § 228 StGB auf die den §§ 216, 231 StGB nach Ansicht des BGH zu entnehmenden Wertungen eine ausreichend sichere Grundlage für die Rechtsfindung bietet. Insoweit ist dem Gericht auf der einen Seite zuzugeben, dass es manchem Einzeleinwand seiner Kritiker gegen die Bezugnahme auf § 231 StGB überzeugend entgegentreten konnte.⁶¹ Auf der anderen Seite hat das in der Literatur vorgetragene Argument einiges Gewicht, nach dem sich im Hinblick auf die §§ 216, 231 StGB ebenso gut der Standpunkt vertreten ließe, dass diese Vorschriften gerade keine Aussagen über Fragen des § 228 StGB enthalten.⁶² Die überwiegende Auffassung im Schrifttum wiederum muss sich ihrerseits die Frage stellen lassen, warum sie den Verweis des BGH auf die gesetzgeberische Wertentscheidung in § 231 StGB so vehement ablehnt, obwohl sie doch mit der methodisch ähnlich gelagerten Inbezugnahme von § 216 StGB zuvor überwiegend einverstanden war. Der eigentliche Grund für diese Differenzierung innerhalb der Literaturansicht dürfte natürlich darin liegen, dass die Entscheidungen des BGH von 2003 und 2004 mit ihrer Bezugnahme auf § 216 StGB in der Tendenz eine Strafbarkeitseinschränkung bedeuteten, während die jüngste Argumentation des Gerichts mit § 231 StGB eine erneute Ausweitung der Strafbarkeit legitimieren soll.

Bei allem Gewicht der ausgetauschten Argumente kann man sich freilich des Eindrucks nicht erwehren, dass die beschriebene Beschränkung der Diskussion auf strafrechtsdogmatische Argumente, die je nach kriminalpolitischer Grundhaltung in die eine oder die andere Richtung gewendet werden, möglicherweise den Blick darauf verstellt, was eigentlich hinter der neueren Entscheidung des BGH stehen könnte. Durch den nahezu vollständigen Verzicht auf Gesichtspunkte jenseits der Strafrechtsdogmatik im engeren Sinne droht folgende ebenfalls denkbare Deutung der BGH-Rechtsprechung aus dem Blickfeld zu geraten. Möglicherweise wollte das Gericht – allen verbalen Bekundungen zum Trotz – doch nur von ihm in der Gesellschaft wahrgenommene oder vermutete Unterschiede bei der Bewertung einverständlicher Körperverletzungen je nach betroffenen Lebensbereichen nachzeichnen. Auf der einen Seite dürfte der BGH eben nicht nur in der strafrechtlichen Literatur, sondern auch in der übrigen Gesellschaft viel Zustimmung dafür erhalten haben, dass er in seinen Entscheidungen von 2003 und 2004 das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in den Bereichen Substanzmissbrauch und Sadomasochismus gestärkt hat. Auf der anderen Seite könnte der BGH – möglicherweise vermittelt über den Tenor der Mehrzahl der Medienveröffentlichungen zum Thema Hooligan-Gewalt – den Eindruck gewonnen haben, dass einverständliche Gruppenschlägereien im Vergleich dazu in der Gesellschaft (noch?) auf größere Vorbehalte stoßen. Es kann hier nicht entschieden werden, ob eine solche Einschätzung der gesellschaftlichen Realität entspricht. Jedenfalls hat der vom Gericht gewählte Begründungs-

⁶¹ BGH NJW 2015, 1540, 1544 Rn. 49.

⁶² Mitsch NJW 2015, 1545, 1545 f.

weg zur Folge, dass entsprechende Überlegungen im Urteil nicht mehr zur Sprache kommen können.

Insgesamt spricht der oben skizzierte Argumentationspatt zwischen der BGH-Rechtsprechung seit 2013 und seinen Kritikern dafür, dass auch das Abstellen auf gesetzgeberische Wertungen wie in den §§ 216, 231 StGB die Probleme im Umgang mit § 228 StGB nicht befriedigend lösen kann. Vor diesem Hintergrund werden voraussichtlich die Stimmen in der Literatur lauter werden, die wegen seiner Unbestimmtheit von einer Verfassungswidrigkeit des § 228 StGB ausgehen. Jedenfalls sollte die jüngere Rechtsprechung des BGH dem Gesetzgeber Anlass zum Nachdenken geben, ob er § 228 StGB nicht auch ohne Aufforderung durch das BVerfG ändern sollte. In der Sache könnte sich der Gesetzgeber bei einer Reform von § 228 StGB durchaus an der Rechtsprechung des BGH orientieren und die Grenzen der Einwilligung in erster Linie anhand der dem Rechtsgut drohenden Gefahren bestimmen.⁶³ Der Gesetzgeber sollte dabei zum einen

⁶³ Vgl. *Kühl*, in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 307, auch zu anderen möglichen Kriterien wie Eingriffsschwere, Menschenwürdeverletzungen oder Unverhältnismäßigkeit, die anstelle der guten Sitten in das Gesetz aufgenommen werden könnten.

klarstellen, ob nur Gefahren für das Leben zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen sollen oder auch schwere Gefahren für die körperliche Unversehrtheit. Zum anderen sollte er klären, ob die entsprechende Gefahr konkret sein muss oder ob auch abstrakte (Eskalations-)Gefahren ausreichen.

VI. Zusammenfassung

Mit seiner Entscheidung zu Schlägereien zwischen rivalisierenden Hooligangruppen hat der 3. Senat des BGH die Diskussion über § 228 StGB noch einmal stärker als zuvor auf rein strafrechtsdogmatische Argumente wie namentlich die von ihm den §§ 216, 231 StGB entnommenen gesetzlichen Wertungen begrenzt. Die Auslegungsprobleme im Hinblick auf den Begriff der guten Sitten kann er allerdings auch auf diese Weise nicht überzeugend lösen. Die im Schrifttum geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken bezüglich der Bestimmtheit der Vorschrift bleiben daher bestehen. Auch ohne eine entsprechende Entscheidung des BVerfG sollte der Gesetzgeber § 228 StGB reformieren und den Begriff der guten Sitten aus dem StGB verabschieden.

Aufsätze und Anmerkungen

NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und deutsches Strafanwendungsrecht

Zugleich Besprechung von BGH 3 StR 88/14 = HRRS 2014 Nr. 1113

Von Dr. Frank Zimmermann, München*

I. Einleitung und Ausgangssachverhalt

Strafanwendungsrechtliches Neuland ist das Internet angesichts der mittlerweile seit knapp 20 Jahren andauernden Diskussionen¹ über die Geltung einzelstaatlichen Rechts in diesem Medium nicht mehr. Gleichwohl stellt der grenzüberschreitende Charakter des Internets das deutsche Strafrecht doch noch immer vor Herausforderungen. Insbesondere zeigt sich dies bei der Frage, wo

* Der Verfasser ist akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl von Prof. Dr. Helmut Satzger, LMU München. Für zahlreiche anregende Diskussionen und seine wunderbare Gastfreundschaft während meines Forschungsaufenthalts schulde ich Herrn Prof. Dr. Petter Asp, Universität Stockholm, größten Dank.

¹ S. etwa *Collardin* CR 1995, 618 ff.; *Kuner* CR 1996, 453 ff.; *Sieber* JZ 1996, 429, 430.

der Tatort von im Internet begangenen Delikten liegt. Dies ist schon allgemein für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (vgl. §§ 3, 9 StGB) von zentraler Bedeutung. Umso mehr gilt dies bei einzelnen Tatbeständen, die explizit eine Deliktsbegehung im Inland voraussetzen. Hierzu zählt auch das Verwenden und Verbreiten von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gem. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Da solche Äußerungsdelikte meist keinen Erfolg im klassischen Sinne aufweisen, stellt sich häufig die Frage, inwieweit ein Tatort in Deutschland über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB, also das Vorliegen eines inländischen Erfolgsorts begründet werden kann. Ebenso bereitet der scheinbar so klare Begriff des Handlungsorts (§ 9 Abs. 1 Var. 1 StGB) Schwierigkeiten, wenn Personen mittels des Internets grenzüberschreitend agieren. Mit seinem Beschluss vom 19. August 2014 (BGH 3 StR 88/14) hat der BGH erheblich zur Klärung dieser Aspekte beigetragen. Gleichzeitig wirft die Ent-

scheidung aber neue Probleme auf, die von grundlegender Bedeutung für das Strafanwendungsrecht der § 3 ff. StGB sind.

Der zu besprechenden Entscheidung lag – soweit hier von Interesse² – folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte von einem Computer in Tschechien aus auf dem Video-Portal „Youtube“ eine Plattform mit dem Namen „Arische Musikfraktion“ angelegt und darauf u.a. Abbildungen von Hakenkreuzen eingestellt. Diese Seite war für mindestens drei Monate in Betrieb und wurde während dieses Zeitraums wenigstens zwei Mal von Deutschland aus durch Internetnutzer aufgerufen. Der Angeklagte hatte dabei als Betreiber stets die Möglichkeit, auf die Plattform zuzugreifen, d.h. die darauf befindlichen Inhalte zu entfernen.

II. Rechtliche Bewertung durch den BGH und kritische Würdigung

§ 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB gilt nur für Handlungen, die im Inland begangen werden. Vorschriften, welche ansonsten häufig den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten erweitern – in Betracht käme bei § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB namentlich der auf das aktive Personalitätsprinzip gestützte § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB –, werden dadurch verdrängt. Wo nun der Begehungsort liegt, bestimmt sich nach § 9 Abs. 1 StGB, der hierfür unterschiedliche Varianten bereithält. Der Senat konnte sich im vorliegenden Fall primär auf die Frage konzentrieren, ob durch das Hochladen der Nazi-Symbole ein Handlungs- oder Erfolgsort in Deutschland begründet worden war. Daneben hatte er sich damit zu befassen, ob eine Unterlassenstrafbarkeit darauf gestützt werden konnte, dass der Angeklagte die Inhalte nicht (von einem Computer in Deutschland aus) von der Internet-Plattform entfernt hatte.

1. Kein Erfolgsort bei abstrakten Gefährdungsdelikten – Abgrenzung von BGHSt 46, 212

Aufmerksamkeit verdient die Entscheidung in erster Linie deshalb, weil der BGH darin erstmals³ zu der in der Literatur umstrittenen Frage Stellung bezogen hat, ob abstrakte Gefährdungsdelikte einen Erfolgsort haben, so dass die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB begründet werden kann. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum verneint dies mit

der Begründung, dass die Strafbarkeit bei diesen Delikten bereits allein an die Vornahme der (abstrakt) gefährlichen Handlung anknüpft, eine von dieser losgelöste Veränderung in der Außenwelt also gerade nicht erforderlich sei.⁴ Demgegenüber führt die Gegenauffassung⁵ insbesondere zwei Argumente an: Zum einen sei auch abstrakten Gefährdungsdelikten die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos immanent, welches als äußerlicher Umstand einen „Erfolg“ im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB darstelle. Zum anderen würde der vom Gesetzgeber durch die Schaffung eines abstrakten Gefährdungsdelikts intendierte, vorverlagerte Rechtsgüterschutz bei im Ausland bewirkten Handlungen ausgehöhlt, wenn deutsches Strafrecht nicht über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB zur Anwendung gebracht werden könnte. Eine dritte, differenzierende Sichtweise bemüht sich ebenfalls um eine von der Kategorie der Erfolgsdelikte losgelöste Bestimmung des „Erfolgs“ in § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB. Namentlich hat Sieber vorgeschlagen, darunter auch einen „Tathandlungserfolg“ zu fassen, der etwa darin bestehen könne, dass der Täter bestimmte Inhalte an ein Computersystem in Deutschland übermittle und sie dadurch hier zugänglich mache.⁶

Der BGH hatte in einer früheren Entscheidung zwar eine explizite Festlegung vermieden, aber doch jedenfalls die Vermutung genährt, er stehe der zweiten Auffassung nahe:⁷ In BGHSt 46, 212 ff. (sog. Fall *Toeben*) hatte er sich mit einer gem. § 130 Abs. 1 und 3 StGB strafbaren „Auschwitzlüge“ zu befassen, welche von Australien aus im Internet veröffentlicht worden war. In der damaligen Entscheidung stufte der 1. Strafsenat § 130 Abs. 1 und 3 StGB zwar grundsätzlich als abstrakte Gefährdungsdelikte ein. Darin, dass die Vorschriften zusätzlich zur Täti-gung der betreffenden Aussage deren Eignung zur Stö-

² Nicht näher vertieft werden soll die sich in einem anderen Tatkomplex stellende und vom BGH überzeugend beantwortete Frage, ob ein öffentliches Verwenden gem. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB gegeben ist, wenn ca. 844 „Freunde“ auf einem Facebook-Account bestimmte Inhalte einsehen können (ja).

³ S. aber bereits KG NJW 1999, 3500 ff. Die Frage wurde auch in BGH NStZ-RR 2013, 253 bereits bzgl. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB angerissen, den der BGH dort ebenfalls als abstraktes Gefährdungsdelikt einstuft. Jedoch verneinte der BGH dort nur einen „inländischen Erfolgsort“, schloss also nicht generell aus, dass ein Erfolgsort bei diesem Delikt existieren könne.

⁴ Satzger NStZ 1998, 112, 114 f.; ders., Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2015), § 5 Rn. 25 ff.; NK/Böse, 4. Aufl. (2014), § 9 Rn. 11; insoweit auch Cornils JZ 1999, 394, 395, und Schönke/Schröder/Eser, 29. Aufl. (2014), § 9 Rn. 6a und 7a, die aber stattdessen von einem weiteren Handlungsort ausgehen.

⁵ Stellvertretend etwa Hecker ZStW 115 (2003), 880, 886 ff.; ders. JuS 2015, 274, 275 f.; Heinrich GA 1999, 72 ff.; ders. NStZ 2000, 533, 534; LK/Werle/Jeßberger, 12. Aufl. (2007), § 9 Rn. 33 f.; AnwK/Zöller, 2. Aufl. (2015), § 9 Rn. 22; Martin ZRP 1992, 19 f.

⁶ Sieber NJW 1999, 2065, 2070 ff.; zust. etwa MK/Ambos, 2. Aufl. (2011), § 9 Rn. 34; Hörnle NStZ 2001, 309, 310. Eine Einschränkung will Sieber dadurch erreichen, dass die bloße Abrufbarkeit von auf einem ausländischen Server gespeicherten Inhalten durch Internetnutzer in Deutschland (sog. Pull-Technologien) nicht genügen soll, da hierfür erst noch ein eigenverantwortlicher Entschluss des Nutzers erforderlich sei. Ein solcher Entschluss, die im Internet gegebene Möglichkeit der Kenntnisnahme tatsächlich wahrzunehmen, ist freilich auch dann erforderlich, wenn die Daten auf einem in Deutschland befindlichen Server (oder selbst einem bestimmten Computer) hinterlegt werden. Da die Möglichkeit der Kenntnisnahme – auf die auch Sieber abstellt – unabhängig davon, wo die Daten gespeichert sind, in Deutschland eintritt, erscheint die Einschränkung auf sog. Push-Technologien deshalb schwer begründbar. Zu Einwänden gegen diese technikorientierte Lösung s. auch Busching MMR 2015, 295, 298; Hilgendorf ZStW 113 (2001), 650, 667 f.; AnwK/Zöller (Fn. 5), § 9 Rn. 21; Roegel, Deutscher Strafrechtsimperialismus (2014), S. 135 f.

⁷ Vgl. Hörnle NStZ 2001, 509, 510; Becker, NStZ 2015, 83, 84.

zung des öffentlichen Friedens verlangen, sah er aber gleichwohl einen Erfolg im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB (sog. „abstrakt-konkretes“ oder „potenzielles“ Gefährdungsdelikt). Da dieser nach seiner Ansicht in Deutschland eingetreten war, hielt er deutsches Strafrecht im damaligen Fall für anwendbar. Hierauf gründete die Kritik, dass dadurch sehr viele irgendwo auf der Welt getätigte Äußerungen mit – nach hiesigem Verständnis – volksverhetzendem Inhalt der Strafdrohung des § 130 Abs. 1 und 3 StGB unterworfen wären. Dies wäre aber sowohl völkerrechtlich⁸ als auch mit Blick auf die Leistungsfähigkeit der deutschen Justiz⁹ und nicht zuletzt im Hinblick auf ein (evtl. grundrechtlich verankertes) Vertrauen des Äußernden auf Straflosigkeit¹⁰ problematisch.

In der hier besprochenen Entscheidung erteilte der 3. Strafsenat der Ansicht, die einen Erfolgsort auch bei „reinen“ abstrakten Gefährdungsdelikten bejaht, dagegen nun eine klare Absage: Erfolg im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB sei nur eine „von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbar[e] Außenweltsveränderung“.¹¹ Da § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ein solches abstraktes Gefährdungsdelikt sei, habe er folglich keinen Erfolgsort. Damit verweigerte der Senat zugleich den in der Literatur unternommenen Versuchen die Anerkennung, welche § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB zu einem potenziellen Gefährdungsdelikt umdeuten wollen¹² – was angesichts fehlender Anhaltspunkte im Wortlaut auch nur schwer begründbar erscheint. Dem Einwand, die bei abstrakten Gefährdungsdelikten gewollte Ausdehnung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes werde so unterlaufen, hielt er entgegen, dass gerade eine so starke Vorverlagerung der Strafbarkeit eine Einschränkung des Geltungsbereichs umso plausibler mache.¹³ Diese Argumentation überzeugt: Wenn der Gesetzgeber sich entscheidet, die Anforderungen an die Strafbarkeit eines Verhaltens in einem bestimmten Punkt herabzusetzen, löst dies keinen Automatismus in dem Sinne aus, dass nun auch alle anderen Voraussetzungen möglichst großzügig zu handhaben wären. Dies wäre mit der strafbarkeitsbegrenzenden Funktion jedes einzelnen Tatbestandsmerkmals und letztlich dem Ultima-ratio-Gedanken unvereinbar. Im Ergebnis kommt der Senat den Kritikern der *Toeben*-Entscheidung auf diese Weise ein gutes Stück entgegen und beugt einer zu weitgehen-

den und unpraktikablen Ausdehnung der deutschen Strafgewalt auf Internetsachverhalte vor.¹⁴

Nicht einfach zu vereinbaren ist diese Lösung freilich mit der Herangehensweise des BGH bei anderen Typen von Gefährdungsdelikten. Nicht nur hinsichtlich potenzieller Gefährdungsdelikte wie § 130 Abs. 1 und 3 StGB (Fall *Toeben*, s.o.), sondern auch hinsichtlich konkreter Gefährdungsdelikte – insoweit in Übereinstimmung mit der ganz h.L. – hält er nämlich das Vorliegen eines Erfolgs im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB durchaus für möglich.¹⁵ Legt man streng die oben wiedergegebene Definition aus der hier besprochenen Entscheidung zugrunde, mag dies widersprüchlich erscheinen. Denn selbst eine konkrete Gefahr ist nichts anderes als eine stark erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass das weitere Geschehen einen bestimmten Verlauf nehmen wird. Es geht also eigentlich nur um die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Außenweltsveränderung – eingetreten sein muss diese noch gar nicht. Auch räumlich und/oder zeitlich abtrennbar ist die konkrete Gefahr von der Handlung nicht immer ohne Weiteres; man denke etwa an § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB: Rast ein betrunkenen Autofahrer auf einen Passanten zu, der nur mit Glück noch ausweichen kann, lässt sich die konkrete Gefahr schwerlich von der Handlung des Täters losgelöst denken.¹⁶ Immerhin aber ist mit der konkreten Gefahr ein Zustand gemeint, bei dem es nur noch vom Zufall – und damit von äußeren Umständen – abhängt, ob das geschützte Gut verletzt wird.¹⁷ Dies impliziert, dass objektiv eine Lage eingetreten ist, in welcher die weitere Entwicklung des Geschehens nicht mehr in erster Linie vom Handeln des Täters abhängt. Mit dieser Begründung lässt sich eine von der Täterhandlung trennbare „Außenweltveränderung“ bei konkreten Gefährdungsdelikten wohl bereits bejahen. Dies ist insofern unschädlich, als ein so stark zugespitzter Zustand regelmäßig nicht an mehreren Orten gleichzeitig eintritt, so dass eine übermäßige Expansion des deutschen Strafrechts nicht zu befürchten ist. Eher gibt die aktuelle Entscheidung Anlass, die Lösung bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten wie § 130 Abs. 1 und 3 StGB zu überdenken. Denn die Eignung zur Friedensstörung ist nach der Fassung dieses Tatbestands gerade kein äußerlich eintretender Zustand, sondern ein bloßes Attribut der Tathandlung, und von dieser folglich nicht trennbar.¹⁸ Dafür, dass der BGH bereit sein wird, seine Rechtsprechung insoweit zu revidieren, gibt es allerdings keinen Anhaltspunkt. Solange dies so bleibt, wird man mit einem nicht komplett homogenen Verständnis des „Er-

⁸ Kudlich StV 2001, 397, 399; Hilgendorf ZStW 113 (2001), 650, 674; allgemein Satzger (Fn. 4), § 5 Rn. 47.

⁹ Lagodny JZ 2001, 1198, 1199; Koch GA 2002, 703, 707; Hörnle NStZ 2001, 309, 310 f.

¹⁰ Kudlich StV 2001, 397, 398; Matt/Renzikowski/Basak (2013), § 9 Rn. 16; F. Zimmermann, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union (2014), S. 156 f.; speziell zum Unrechtsbewusstsein im Sinne des § 17 StGB Valerius NStZ 2003, 341, 343 ff.;

¹¹ S. schon Hilgendorf ZStW 113 (2001), 650, 668 f.

¹² In diese Richtung etwa Reuter, Verbotene Symbole. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zum Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a StGB, Baden-Baden 2005, S. 100 ff., 230, wobei es nach seiner Auffassung darauf nicht ankomme, da beide Alternativen des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit der Wahrnehmbarkeit bzw. der Besitzerlangung Dritter ohnehin einen Erfolg im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB voraussetzten (S. 240).

¹³ S. bereits Satzger NStZ 1998, 112, 115 f.; vgl. auch Roegele (Fn. 6), S. 67 ff., 136 ff.

¹⁴ Zust. auch Busching MMR 2015, 295, 298; Satzger Jura 2015, 1011; ders. (Fn. 4), § 5 Rn. 51a; abl. aber Hecker JuS 2015, 274, 275 f.; Becker NStZ 2015, 83 f.

¹⁵ BGH NJW 1991, 2498; Hilgendorf ZStW 113 (2001), 650, 669; MK/Ambos (Fn. 6), § 9 Rn. 19; Schönke/Schröder/Eser (Fn. 4), § 9 Rn. 6a; SSW-StGB/Satzger, 2. Aufl. (2014), § 9 Rn. 6.

¹⁶ Bei anderen Tatbeständen lässt sich diese Abtrennbarkeit dagegen eher bejahen; beispielsweise kann sich die konkrete Gefahr des Todes bei § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. b StGB aus den bei einem Raub erlittenen Verletzungen auch erst entwickeln, wenn dieser bereits längst vollendet ist.

¹⁷ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl. (2015), Rn. 42; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 15), Vor § 13 Rn. 26.

¹⁸ Ähnlich wohl Schönke/Schröder/Eser (Fn. 4), § 9 Rn. 7a.

folgs“ gem. § 9 Abs. 1 Var. 3 bei den unterschiedlichen Tatbeständen leben müssen und – angesichts des zumindest bei abstrakten Gefährdungsdelikten nunmehr erheblich eingeschränkten Geltungsbereichs – auch können.

2. Handlungsort entspricht auch bei Internettaten dem Aufenthaltsort

Seine restriktive Linie führt der Senat in seinen Ausführungen zum Vorliegen eines Handlungsorts (§ 9 Abs. 1 Var. 1 StGB) in Deutschland fort. Dieser werde bei aktivem Tun durch den Aufenthaltsort des (Allein-) Täters bestimmt. Entgegen einer vereinzelt Entscheidung des KG¹⁹ und einigen Stimmen in der Literatur²⁰ verzichtet der Senat also darauf, einen Handlungsort schon überall dort anzunehmen, wo die Handlung wahrnehmbar ist oder irgendeine Folge zeitigt. Dies mag auf den ersten Blick ein wenig antiquiert wirken, da es technisch heute problemlos möglich ist, über weite Distanzen zu „handeln“: Manipuliert beispielsweise A von einem Computer in den USA aus die auf dem Rechner des B in Deutschland gespeicherten Daten, liegt der Handlungsort im Sinne des § 303a Abs. 1 StGB nach der Lösung des Senats allein in den USA. Gleichwohl verdient dieses enge Verständnis des Handlungsortes volle Zustimmung, da eine andere Interpretation stets das Risiko mit sich brächte, einen Handlungsort über Umstände zu begründen, die der Handlung nicht unmittelbar anhaften. Es drohte also eine Vermischung der in § 9 Abs. 1 StGB unterschiedenen Konzepte von Handlungs- und Erfolgsort.²¹ Insbesondere aber vermeidet der Aufenthaltsort als Anknüpfungspunkt eine noch weitere Ausdehnung der nationalen Strafgewalt – er bietet sich deshalb auch trefflich als zentrales Kriterium einer internationalen Regelung zur Vermeidung bzw. Auflösung von Jurisdiktionskonflikten an.²²

Friktionen mag das vom BGH nun gewählte enge Verständnis aber möglicherweise im Hinblick auf die bisherige Herangehensweise bei der mittelbaren Täterschaft verursachen. Denn ein Handlungsort soll für den mittelbaren Täter nach ganz h.M. auch überall dort begründet sein, wo der Tatmittler tätig wird.²³ Es ließe sich deshalb durchaus hinterfragen, ob ähnliche Zurechnungsfragen

nicht auch dann angestellt werden können, wenn der Täter statt eines menschlichen Werkzeugs ein – vielleicht noch viel zuverlässigeres – technisches nützt; man denke etwa an eine Tötung mittels einer per „Joystick“ gesteuerten Kampfdrohne. Da das StGB aber die menschliche Handlung zur zentralen Bewertungseinheit macht, lässt es sich wohl rechtfertigen, die (zwar nicht im strafrechtlichen Sinn verantwortliche, aber doch menschliche) Handlung des Tatmittlers als strafanwendungsrechtlichen Anknüpfungspunkt anzuerkennen, den automatisierten Abschluss eines technischen Vorgangs wie bei einer Drohne dagegen nicht. Auch wenn man dies anders sehen sollte, sprechen die genannten Gründe aber dafür, eher den Handlungsort bei der mittelbaren Täterschaft enger zu verstehen, anstatt ihn beim Einsatz technischer Hilfsmittel zu erweitern.

3. Unterlassensstrafbarkeit bei pflichtwidrigem Vorverhalten im Ausland?

Nachdem der Senat das Vorliegen eines Erfolgsorts und eines Begehungshandlungsorts verneint hatte, wendete er sich der Frage zu, ob nicht möglicherweise ein strafbares Unterlassen (§§ 86a Abs. 1 Nr. 1, 13 StGB) in Deutschland stattgefunden hatte. Ein Anknüpfungspunkt hierfür bestand grundsätzlich, weil der Angeklagte die Inhalte nicht von Deutschland aus wieder gelöscht hatte, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre. Gleichwohl lehnte der Senat eine Unterlassensstrafbarkeit ab. Ob abstrakte Begehungsdelikte überhaupt durch Unterlassen begehbar sind und ob vorsätzliches Verhalten eine Garantenpflicht kraft Ingerenz auslösen kann, ließ er dabei offen. Denn es fehle „angesichts der objektiven Tatbestandslosigkeit des Verhaltens jedenfalls an der eine Garantenstellung begründenden Pflichtwidrigkeit“. Hieran wird deutlich, dass die Fragen, die sich insoweit stellen, nicht allein solche des Strafanwendungsrechts sind. Vielmehr betreffen sie primär die Unterlassensdogmatik, insbesondere die Voraussetzungen einer Garantenpflicht aus Ingerenz.

Betrachtet man die Lösung des Senats zunächst vom Ergebnis her, ist sie auf den ersten Blick konsequent, würde doch sonst das Streben nach einer Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB konterkariert. Allerdings greift die dafür vorgebrachte Begründung zu kurz:

Sie baut darauf auf, dass die Tatbegehung im Inland bei § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ein echtes Tatbestandsmerkmal sei. Wie sogleich noch zu diskutieren sein wird, ist dies trotz der gesonderten Erwähnung dieser Voraussetzung in § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht selbstverständlich (näher unten III.1.). Letztlich bedarf diese Frage hier jedoch noch keiner Entscheidung. Denn auch wenn man die Voraussetzung der Inlandstat als strafanwendungsrechtliche Sonderregelung und nicht als Tatbestandsmerkmal versteht, schränkt sie doch jedenfalls den Geltungsbereich des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ein. Damit begrenzt sie zugleich die Reichweite der in dieser Vorschrift begründeten Pflicht, keine Symbole verfassungswidriger Organisationen zu verwenden oder zu verbreiten. Unabhängig davon, wo man die Voraussetzung der Inlandstat im Deliktsaufbau des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB verortet, führt

¹⁹ KG NJW 1999, 3500, 3502.

²⁰ S. etwa (mit Unterschieden im Detail) *Kuner* CR 1996, 453, 454; *Cornils* JZ 1999, 394, 396 f.; *Schönke/Schröder/Eser* (Fn. 4), § 9 Rn. 7b; *Matt/Renzikowski/Basak* (Fn. 10), § 9 Rn. 3, 13 ff.; zur Kritik s. etwa *Hilgendorf* ZStW 113 (2001), 650, 665 f.

²¹ S. bereits *Sieber* NJW 1999, 2065, 2070; *Heinrich* NStZ 2000, 533, 534; *Reuter* (Fn. 12), S. 240; *Roegele* (Fn. 6), S. 134 ff. Näher *AnwK/Zöller* (Fn. 5), § 9 Rn. 18 m.w.N.

²² *Eicker*, Transstaatliche Strafverfolgung (2004), S. 268 f.; *Zimmermann* (Fn. 10), S. 373 f. (mit Fn. 1183); vgl. auch *Böse/Meyer/Schneider*, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union* Volume 2 (2014), S. 381 ff.; *Sinn* (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität* (2012), S. 585 ff.; *Schünemann* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege* (2006), S. 5 ff.

²³ BGH *wistra* 1991, 135; *MK/Ambos* (Fn. 6), § 9 Rn. 10; *LK/Werle/Jeßberger* (Fn. 5), § 9 Rn. 14; *Satzger* (Fn. 4), § 5 Rn. 20; a.A. aber *SK/Hoyer* (Stand: 148. Lieferung, Januar 2015), § 9 Rn. 5.

ihr Fehlen deshalb dazu, dass die Verwendung der fraglichen Symbole nicht pflichtwidrig im Sinne eines Verstoßes gegen § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist. Dies kann jedoch nicht mehr als ein Zwischenergebnis sein. Eine erste Folgefrage muss lauten, ob die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens stattdessen aus anderen Vorschriften, einschließlich dem am Handlungsort geltenden tschechischen Recht abgeleitet werden könnte. Selbst wenn das Veröffentlichen von Nazi-Symbolen in Tschechien straflos war, könnte es dort unter bestimmten Voraussetzungen als verboten und insofern pflichtwidrig angesehen werden. Dies wäre zum einen denkbar, wenn eine Strafbarkeit objektiv gegeben ist und nur an spezifischen subjektiven Voraussetzungen scheitert,²⁴ zum anderen ließe sich auch auf außerstrafrechtliche Untersagungsnormen (etwa im Medienrecht) rekurrieren. Sollte eine solche ausländische Regelung existieren, die einen vergleichbaren Schutzzweck verfolgt wie die deutsche Norm,²⁵ spräche nichts dagegen, eine Ingerenzgarantenstellung zu bejahen.²⁶

Zweitens ist, um die handelnde Person zum Ingerenzgaranten zu machen, jedenfalls nicht ausnahmslos ein pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich. So wollen einige Stimmen in der Literatur komplett auf das Kriterium der Pflichtwidrigkeit verzichten.²⁷ Auch wenn man so weit nicht gehen mag, kann doch beispielsweise²⁸ nach weitgehend anerkannter Sichtweise das ursprünglich sorgfaltsgemäße Inverkehrbringen von Produkten, die sich erst später als gefährlich erweisen, eine Garantienstellung begründen.²⁹ Dies müsste – ohne dass dieser

Aspekt soweit ersichtlich bereits erörtert worden wäre – auch in grenzüberschreitenden Konstellationen gelten. Bringt also etwa ein chinesischer Unternehmer in seinem Heimatstaat ein Nahrungsmittel in Umlauf, das später von Dritten nach Deutschland weiterverkauft wird, so wird auch diesen Unternehmer eine Garantienpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, falls später die Gesundheitsschädlichkeit des Produkts offenkundig wird. Es stellt sich aber die Frage, ob die hier untersuchte Konstellation wirklich mit Fällen der strafrechtlichen Produkthaftung vergleichbar ist. Denn anders als der Nahrungsmittelproduzent im obigen Beispiel würde jemand, der verbotene Inhalte auf eine Internetseite hochgeladen hat, nicht für eine Verletzung von Individualrechtsgütern verantwortlich gemacht, die als unerwünschte Folge aus der zunächst erlaubten Schaffung eines Risikos resultiert. Vielmehr würde die Unterlassensstrafbarkeit bei diesem abstrakten Gefährdungsdelikt allein durch das – dem deutschen Strafrecht nicht unterworfenen – Vorverhalten begründet. Dies spricht dafür, hier eine Garantienpflicht abzulehnen.

Zusammengefasst ist dem Senat also insoweit zuzustimmen, als er das Vorliegen eines nach deutschem Recht pflichtwidrigen Vorverhaltens verneint hat. Auch erweist es sich im konkreten Fall als unschädlich, dass er nicht der Frage nachgegangen ist, ob unabhängig von der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens eine Unterlassensstrafbarkeit in Betracht gekommen wäre. Jedoch hätte der Klärung bedurft, ob die Handlung des Angeklagten nicht möglicherweise durch das am Handlungsort geltende Recht als unerlaubt anzusehen war und deshalb eine Ingerenzgarantenstellung hätte begründen können.

III. Weitergehende Fragestellungen

1. Zugehörigkeit des Merkmals „Inlandstat“ zum Tatbestand

Soeben ist bei den Ausführungen zur Unterlassensstrafbarkeit bereits angeklungen, dass die dogmatische Einordnung des Merkmals „Inlandstat“ Schwierigkeiten bereitet. Die Vorschrift des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist insofern atypisch, als sie ausdrücklich verlangt, dass die Tat im Inland begangen wird. Normalerweise wird dies nur im Rahmen der §§ 3, 9 StGB relevant, wenn die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu klären ist. Einigkeit besteht zwar darüber, dass die Voraussetzung der Inlandstat in § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB sich inhaltlich nach § 9 StGB bemessen muss, wo der Ort der Tat allgemein definiert wird.³⁰ Wie gesehen bewirkt die Voraussetzung deshalb, dass eine Strafbarkeit von Auslandstaten namentlich über § 7 StGB (selbst bei Vorliegen der Tatortstrafbarkeit) nicht begründet werden kann. Im Folgenden soll nun aber der Frage nachgegangen werden, wo diese Voraussetzung im Deliktaufbau des § 86a anzusiedeln ist. Denn dies ist im Hinblick auf die Regeln des Strafanwendungsrechts in den §§ 3 ff. StGB sehr umstritten: Zwar bejaht eine im Vordringen befindliche

²⁴ In der Tat scheint für die strafrechtliche Beurteilung in Tschechien ausschlaggebend zu sein, ob der Gebrauch eines solchen Kennzeichens politischen Zwecken dient, vgl. <http://www.praguepost.com/czech-news/43324-nazi-watches-don-t-violate-law> (Stand: 8.9.2015).

²⁵ Zwar schützt § 86a StGB nach seiner Stellung im Gesetz den (deutschen) demokratischen Rechtsstaat, also ein inländisches Kollektivrechtsgut. Demgegenüber würde eine entsprechende tschechische Norm wohl tschechische Interessen im Blick haben. Dies schließt es aber – anders als bei der Prüfung einer Geltungsbereichsbeschränkung im Strafanwendungsrecht (vgl. dazu LK/Werle/Jeßberger [Fn. 5], Vor § 3 Rn. 271 ff.; Satzger [Fn. 4], § 6 Rn. 1 ff.) – nicht aus, hierauf eine Handlungspflicht in Deutschland zu stützen, weil ein Wiederaufleben nationalsozialistischen Gedankenguts stets auch für benachbarte Staaten gefährlich wäre. Die Argumentation ähnelt insoweit derjenigen bei dem grenzüberschreitenden Inverkehrbringen von Produkten, s. sogleich näher im Haupttext.

²⁶ A.A. Satzger Jura 2015, 1011 (JK zu §§ 9, 86a StGB), mit dem Argument § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB beschränke die Strafbarkeit gerade auf Inlandstaten. Jedoch dient dies ersichtlich dazu, Konflikte bei abweichenden Wertvorstellungen im Tatortstaat zu vermeiden. Hat die ausländische Verbotsnorm hingegen dieselbe Schutzrichtung (s.o.), gibt es keinen Grund, die Strafbarkeit eines in Deutschland begangenen Unterlassens nicht an das im Ausland vorgenommene Vorverhalten anzuknüpfen.

²⁷ S. etwa MK/Freund (Fn. 6), § 13 Rn. 129.

²⁸ Entsprechendes wird zudem für die Teilnahme am Straßenverkehr zumindest erwogen, s. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 17), Rn. 1024; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 15), § 13 Rn. 23; a.A. NK/Wohlers/Gaede (Fn. 4), § 13 Rn. 44; LK/Weigend (Fn. 5), § 13 Rn. 46.

²⁹ BGHSt 37, 106, 116 f.; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 15), § 13 Rn. 23; MK/Freund (Fn. 6), § 13 Rn. 123 f.; s. aber auch LK/Weigend (Fn. 5), § 13 Rn. 46, 53.

³⁰ Einschränkung für den Fall des § 9 Abs. 2 S. 2 StGB aber Reuter (Fn. 12), S. 246 f.; MK/Steinmetz, 2. Aufl. (2012), § 86a Rn. 6.

Ansicht deren Unrechtsrelevanz und ordnet sie als ganz normale Tatbestandsmerkmale ein, auf die sich auch der Vorsatz beziehen müsse.³¹ Von der bislang noch als herrschend bezeichneten Ansicht hingegen werden sie nicht als unrechtsbegründende Merkmale des Tatbestands verstanden, sondern als „objektive (Vor-) Bedingungen der Strafbarkeit“.³² Auch die Rechtsprechung hält bislang daran fest, dass die Geltungsbereichsvoraussetzungen nicht unrechtskonstitutiv seien.³³ Auf dieser Grundlage ist ein Irrtum grundsätzlich komplett irrelevant, nur in Ausnahmefällen kommt ein Verbotsirrtum gem. § 17 in Betracht, wenn dem Täter aufgrund seiner Unkenntnis von der Anwendbarkeit des deutschen Rechts auch das Unrechtsbewusstsein fehlt.³⁴

Vor dem Hintergrund dieses Streits ist es bemerkenswert, dass der Senat im vorliegenden Fall die Voraussetzung der Begehung im Inland in § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB kurzerhand zum Tatbestandsmerkmal erklärt. Da der Gesetzgeber dieses Merkmal dort in einem Atemzug mit den übrigen Voraussetzungen des objektiven Tatbestands aufgeführt hat, erscheint diese Sichtweise zwar durchaus naheliegend.³⁵ In Anbetracht der gerade in letzter Zeit verstärkt aufgekommenen Diskussion ist es aber schon überraschend, dass der Senat hierfür auf jegliche Begründung verzichtet. Denn ganz eindeutig ist die Situation nicht: Als bei der Schaffung des § 86a StGB in seiner heutigen Form im Jahr 1968 das Erfordernis der Tatbegehung im Inland eingefügt wurde, verstand der Gesetzgeber dies nämlich offenbar noch als strafenwendungsrechtliche Sonderregelung.³⁶ Außerdem ließe sich dies auch aus der Funktion des Merkmals folgern und argumentieren, wenn jenes auf eine Einschränkung der §§ 3 ff. StGB abziele, müsse es auch deren Normcharakter als Strafanwendungsrecht teilen.

Da der Senat nicht näher begründet hat, weshalb das Merkmal der Inlandstat bei § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB zum

³¹ S. etwa *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts (2011), S. 132 ff.; *Schneider*, Die Verhaltensnorm im internationalen Strafrecht (2011), S. 81 ff.; *Pawlik* ZIS 2006, 274, 283 (mit Fn. 85); *NK/Böse* (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 51 f.; *Matt/Renzikowski/Basak* (Fn. 10), Vor § 3 Rn. 2.

³² *Satzger* (Fn. 4), § 5 Rn. 7; *SSW-StGB/ders.* (Fn. 15), Vor § 3 Rn. 3; *MK/Ambos* (Fn. 6), Vor § 3 Rn. 3; *Schönke/Schröder/Eser* (Fn. 4), Vor § 3 Rn. 79; *LK/Werle/Jeßberger* (Fn. 5), Vor § 3 Rn. 268 und 452; *AnwK/Zöllner* (Fn. 5), Vor § 3 Rn. 2; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht (2014), § 14 Rn. 66; *Safferling*, Internationales Strafrecht (2011), § 3 Rn. 5; *Schramm*, Internationales Strafrecht (2011), 1/5; *Roegele*, (Fn. 6), S. 12 ff.

³³ BGHSt 27, 30, 34.

³⁴ BGHSt 44, 52, 60; *Eser*, in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft (2000), S. 3, 19 ff.; *Valerius* NSTZ 2003, 341, 343 ff.

³⁵ So schon – jeweils ohne nähere Begründung – *KG* NJW 1999, 3500 f.; *Heinrich* NSTZ 2000, 533, 534; *Reuter* (Fn. 12), S. 231 f.; *MK/Steinmetz* (Fn. 30), § 86a Rn. 6. Von einer rein deklaratorischen Bedeutung des Inlandstatorts für den Tatbestand neben den Strafanwendungsregeln geht *Satzger* aus, *Jura* 2015, 1011 (JK zu §§ 9, 86a StGB).

³⁶ Die Vorschrift stellte damals noch darauf ab, dass die Handlung „im Geltungsbereich“ des StGB begangen wurde; deutlich in diese Richtung auch *BT-Drucks.* 5/2860, S. 5 f., 13.

Tatbestand gehören soll, stellt sich nun aber vor allem die Frage, was dies für die dogmatische Einordnung der allgemeinen Regeln in den §§ 3 ff. StGB bedeutet. Man lehnt sich wohl nicht zu weit aus dem Fenster, wenn man davon ausgeht, dass die Entscheidung den Stimmen in der Literatur, welche diese als Tatbestandsmerkmale interpretieren, zusätzlichen Rückenwind verschaffen dürfte. Zwar wollte der Senat sicher nicht stillschweigend eine so grundlegende Änderung der Rechtsprechung einleiten. Aber es wirkt doch eher zufällig, ob die Voraussetzung einer Inlandstat nur allgemein in den §§ 3 ff. StGB geregelt ist oder daneben zusätzlich in einer speziellen BT-Vorschrift auftaucht. Dass sie je nach dem Ort ihrer Normierung eine so gänzlich andere Funktion haben soll, an die sich eine gegensätzliche Behandlung von Irrtumsfällen anschließt, ist deshalb schwer nachvollziehbar. Auch die Verneinung einer Ingerenzgarantenpflicht – also einer *Tatbestandsvoraussetzung* des unechten Unterlassungsdelikts – bei einem im Ausland vorgenommenen und deshalb von § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfassten Vorverhalten (s.o. II.3.) weckt zumindest Zweifel an der These, der Handlungsort sei gänzlich ohne Unrechtsrelevanz.

Jedenfalls aber lässt sich festhalten, dass auf der Grundlage der vorliegenden Entscheidung ein Täter sich nicht gem. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar macht, wenn er nicht weiß, dass durch seine Handlung verbotene Kennzeichen im Inland verwendet werden.³⁷ Zwar wird der Einzeltäter regelmäßig Kenntnis davon haben, wo er sich aufhält und deshalb den diesbezüglichen Vorsatz aufweisen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen dies nicht so selbstverständlich ist, beispielsweise wenn mehrere Mittäter über die Kennzeichen verfügen und nur einer sich dazu entschließt, sie auf deutschem Staatsgebiet zu verwenden. Anders als im allgemeinen Strafanwendungsrecht (wo in vergleichbaren Fällen die Zurechnung eines inländischen Tatorts nach h.M. dazu führt, dass auf alle Mittäter deutsches Strafrecht anwendbar ist³⁸) käme es bei § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB folglich auf den Vorsatz bzgl. des Vorliegens einer Inlandstat an.

2. Verbreiten im Sinne des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Erfolgsdelikt

Abschließend soll nun noch ein weiterer Aspekt beleuchtet werden: Der Senat ging davon aus, dass das Einstellen der Hakenkreuze auf die Internet-Plattform die Tatbestandsvariante des öffentlichen Verwendens von Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation erfülle. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Aussage „Strafbarkeit gem. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB nur bei Handlungsort in Deutschland“ auf die andere Tatbestandsvariante, d.h. das Verbreiten solcher Kennzeichen, übertragbar ist. Denn ob es sich – wie seit einer Entscheidung des Reichsgerichts³⁹ angenommen wird⁴⁰ – auch insoweit um

³⁷ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Reuter* (Fn. 12), S. 232.

³⁸ *Satzger* (Fn. 4), § 5 Rn. 19; *NK/Böse* (Fn. 4), § 9 Rn. 5; a.A. *SK/Hoyer* (Fn. 23), § 9 Rn. 5; krit. auch *Valerius* NSTZ 2008, 121, 123; *MK/Ambos* (Fn. 6), § 9 Rn. 10.

³⁹ *RGSt* 15, 118, 119. Allerdings wurde dies dort damit begründet, dass die für die Entscheidung relevante Strafvorschrift speziell die „gemeingefährlichen Bestrebungen der

ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, lässt sich durchaus kritisch hinterfragen. So legt der Wortlaut („wer ... verbreitet“) nahe, dass die betreffenden Symbole durch die Täterhandlung eine Änderung im Hinblick auf einer ihrer Eigenschaften erfahren müssen: Sie sind danach „verbreitet“, kommen also häufiger oder auf größerem Gebiet vor als ursprünglich. Darin lässt sich eine von der Tathandlung trennbare Veränderung in der Außenwelt erblicken, mithin ein Erfolg nach der Definition, die der Senat in der hier besprochenen Entscheidung geprägt hat. Hierzu passt, dass „Verbreiten“ jedenfalls im Ausgangspunkt eine mit der körperlichen Weitergabe (also einer Veränderung in der Außenwelt) verbundene Tätigkeit meinen soll.⁴¹

Zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt wird die Verbreitungsvariante erst dadurch, dass sie nach h.M. noch sehr viel weiter zu verstehen ist. Insbesondere soll sie seit einer BGH-Entscheidung zur Vorgängernorm des § 86 Abs. 1 StGB auch jedes optische Zugänglichmachen umfassen.⁴² Zu Recht wird kritisiert, dass dieses Verständnis schon innerhalb des § 86 Abs. 1 StGB systematisch angreifbar ist, weil der Gesetzgeber dann dort das Zugänglichmachen in Datenspeichern nicht gesondert hätte erfassen müssen.⁴³ Hinzu kommt aber speziell bei § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB, dass darin mit dem öffentlichen Verwenden eine zweite Tatvariante existiert, die sich von derjenigen des Verbreitens auf der Grundlage der h.M. kaum abgrenzen lässt.⁴⁴ Eine Notwendigkeit, das weite Verständnis des Verbreitens in § 86 StGB auf § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB zu übertragen, besteht daher nicht.

Um der Tatvariante des Verbreitens in § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB einen eigenen Gehalt zu geben, sollte stattdessen in Betracht gezogen werden, sie jedenfalls in dieser Vorschrift als Erfolgsdelikt einzuordnen: Anders als für das Verwenden sollte für das Verbreiten folglich nicht ausreichend sein, dass die betreffenden Kennzeichen zugänglich gemacht werden, so dass die Möglichkeit einer Kenntniserlangung besteht. Vielmehr sollte vorausgesetzt werden, dass sie durch die Tathandlung dergestalt

Sozialdemokratie“ bekämpfen sollte und deshalb unabhängig vom Vorliegen eines Erfolgs bereits durch die Verbreitungshandlung verwirklicht sei.

⁴⁰ Vgl. etwa LK/Laufhütte/Kuschel, 12. Aufl. (2007), § 86a Rn. 11 i.V.m. § 86 Rn. 19; MK/Steinmetz (Fn. 30), § 86a Rn. 2; NK/Paeffgen (Fn. 4), § 86a Rn. 2. Dagegen bezog sich BGHSt 25, 30, 31 f. lediglich auf die Variante des Verwendens.

⁴¹ LK/Laufhütte/Kuschel (Fn. 40), § 86a Rn. 11 i.V.m. § 86 Rn. 19.

⁴² BGHSt 19, 308, 310; LK/Laufhütte/Kuschel (Fn. 40), § 86a Rn. 11 i.V.m. § 86 Rn. 19.

⁴³ SSW-StGB/Güntge (Fn. 15), § 86 Rn. 10; krit. auch NK/Paeffgen (Fn. 4), § 86 Rn. 25 f.; a.A. etwa MK/Steinmetz (Fn. 30), § 86 Rn. 27.

⁴⁴ So auch LK/Laufhütte/Kuschel (Fn. 40), § 86a Rn. 12; ebenso Reuter (Fn. 12), S. 213 ff., und Heinrich NStZ 2000, 533, 534, die daraus allerdings folgern, dass das Körperlichkeitskriterium bei der Variante des Verbreitens beibehalten werden solle, weil alle anderen Fälle ohnehin von der weiteren Variante des Verwendens erfasst würden. Zumindest bzgl. des räumlichen Geltungsbereichs ist die Prämisse von der größeren Reichweite der Verwendungsvariante aber nach der hier besprochenen Entscheidung des BGH nicht mehr zutreffend.

in den Herrschaftsbereich anderer Personen gelangen, dass diese den Inhalt wahrnehmen können und Gelegenheit haben, nach eigenem Gutdünken über die Kennzeichen zu verfügen.⁴⁵ Dies ist ganz klassisch der Fall, wenn sie in ausgedruckter Form in Briefkästen eingeworfen werden. Ebenso trifft dies aber zu, wenn solche Kennzeichen in Datenform – namentlich als E-Mail-Anhang – verschickt werden.⁴⁶ Auch dies hat zur Folge, dass sie im Anschluss von den Empfängern nach Belieben genutzt werden können.

So verstanden würde sich im vorliegenden Fall nichts daran ändern, dass lediglich die Tatbestandsvariante des Verwendens in Betracht kommt. Die Hakenkreuze wären vom Angeklagten nicht verbreitet worden, da er sie nicht in den Herrschaftsbereich potenzieller Interessenten gebracht hatte. Vielmehr konnten Dritte sie nur auf der vom Angeklagten eingerichteten Seite betrachten und mussten sie sich durch eigenes Tätigwerden (Kopieren oder Herunterladen) verschaffen, um Verfügungsgewalt darüber zu erlangen. Das Entscheidende ist aber: Die Variante des Verbreitens wäre danach ein Erfolgsdelikt, und insoweit ließe sich eine Inlandstat beispielsweise auch annehmen, wenn die Kennzeichen in Massenmails aus dem Ausland an deutsche Empfänger verschickt würden.⁴⁷

IV. Fazit

Die Entscheidung hat Klarheit in Bezug auf zwei besonders intensiv diskutierte Fragen des Strafanwendungsrechts gebracht: Erstens haben abstrakte Gefährdungsdelikte wie das öffentliche Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB keinen Erfolgsort. Zweitens besteht auch bei Internetkriminalität ein Handlungsort nur am Aufenthaltsort des Täters. Die damit einhergehende Einschränkung der deutschen Strafgewalt über Internetsachverhalte ist zu begrüßen und sollte Anlass sein, auch die Herangehensweise bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten zu überdenken. Dagegen liegt ein Schwachpunkt der Entscheidung in den Ausführungen zu einer Ingerenzgarantenstellung wegen eines im Ausland begangenen, in Deutschland nicht strafbaren Vorverhaltens: Der Senat hätte dessen mögliche Pflichtwidrigkeit nach dem Recht des Handlungsorts in Betracht ziehen und sich um eine Abgrenzung zu Fällen der strafrechtlichen Produkthaftung bemühen sollen. Abgesehen hiervon wirft die Entscheidung die Frage auf, ob die Tatvariante des Verbreitens in § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB denselben Einschränkungen unterliegt wie diejenige der öffentlichen Verwendung. Es wurde versucht zu zeigen, dass insoweit auch eine Interpretation als Erfolgsdelikt in Betracht kommt und zu sachgerechten Ergebnissen führen würde. Insbesondere aber lädt die für die Entscheidung zentrale Vorschrift des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem darin enthal-

⁴⁵ Ähnlich im Ausgangspunkt BGHSt 47, 55, 59 bzgl. des Merkmals des Verbreitens in § 184 StGB a.F.

⁴⁶ In diese Richtung auch Hecker JuS 2015, 274 f.; auf einem Körperlichkeitserfordernis beim Verbreiten bestehen dagegen z.B. Reuter (Fn. 12), S. 208, und Heinrich NStZ 2000, 533, 534.

⁴⁷ Dies käme somit der Lösung Siebers (NJW 1999, 2065, 2070 ff.) sehr nahe.

tenen Merkmal der Inlandstat dazu ein, sich mit der Verortung der Strafanwendungsregeln im Deliktsaufbau auseinanderzusetzen. Denn dass die Tatbegehung im Inland bei diesem speziellen Delikt ein Tatbestandsmerkmal sein soll, das vom Vorsatz umfasst sein muss,

wohingegen dieselbe Voraussetzung bei §§ 3, 9 StGB als unrechtsneutral und für den Vorsatz irrelevant angesehen wird, erscheint schwer zu rechtfertigen.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Beweisverwertungsverbot in § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB – Anwendungsbereich und Reichweite

Von Wissenschaftlicher Mitarbeiter Felix Ruppert, Bayreuth*

I. Einleitung

Mit der Kodifikation des Patientenrechtegesetzes zum 26.02.2013 beabsichtigte der Gesetzgeber, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich des Medizinrechts zu schaffen sowie zu verbessern.¹ Die zivilrechtliche Bewertung dieses Unterfangens fällt different aus.² So wird einerseits die Kodifikation der bisherigen Rechtsprechung als Stärkung der Patientenrechte begriffen.³ Andererseits wird moniert, das Gesetz erschöpfe sich in einer bloßen Zusammenstellung Altbekanntes, sodass es letztlich eine „große Enttäuschung“ sei.⁴ Auch in strafrechtlicher Hinsicht zieht die Kodifikation Schwierigkeiten nach sich. So herrscht insbesondere Uneinigkeit bezüglich der Bestimmung des Anwendungsbereichs und der Reichweite des Beweisverwertungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB.⁵

II. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

1. Sinn und Zweck

Im Zuge des Strebens nach Transparenz wurde dem Behandelnden zunächst durch § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB die Pflicht auferlegt, ihm erkennbare Umstände, welche die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, dem

Patienten auf dessen Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren offenzulegen. Er wird also verpflichtet, sich selbst zu belasten. Um einen Ausgleich mit dem kollidierenden Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit zu schaffen, statuiert § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB sodann ein strafrechtliches Verwertungsverbot hinsichtlich der mitgeteilten Information.⁶

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Auskunftspflicht des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB betrifft den Behandelnden. Hierunter fallen nach der amtlichen Begründung die Angehörigen der Heilberufe in der Humanmedizin (somit auch Zahnärzte oder Psychotherapeuten) sowie sonstiger Heilberufe (wie etwa Hebammen oder Physiotherapeuten).⁷

3. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Wirkungslosigkeit des Verbotes?

Der Wortlaut der Norm restringiert die Reichweite zunächst auf die Information, welche der Behandelnde dem Patienten gemäß § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB mitzuteilen hat. Demnach eröffnete die gewählte Formulierung die Möglichkeit, den Patienten als Zeugen für die Aussage des Behandelnden zu vernehmen und diese so verwertbar in den Prozess einzuführen.⁸ Begründet wird dies mit einem knappen Hinweis auf die mangelnde Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote im Allgemeinen.⁹ Das Verbot wird daher als wirkungslos bezeichnet.¹⁰

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Brian Valerius) an der Universität Bayreuth.

¹ BT-Drs. 17/10488 S. 1; MAH MedR-Terbille, 2. Aufl. (2013), § 1 Rn. 4; Preis/Schneider NZS 2013, 281.

² Vgl. etwa Preis/Schneider NZS 2013, 289; Olzen/Uzunovic JR 2014, 447, 451; Thurn MedR 2013, 153, 157.

³ Thole MedR 2013, 145, 149.

⁴ Thurn MedR 2013, 153 f.; im Ergebnis auch Hart MedR 2013, 159, 165.

⁵ Jäger FS Heintschel-Heinegg, 211; Kett-Straub/Sipos-Lay MedR 2014, 867, 868, 870; Jaeger, Patientenrechtegesetz, 1. Aufl. (2013), Rn. 164.

⁶ BT-Drs. 17/10488, 22; Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. (2014), BGB § 630c Rn. 16; Erman-Rehborn/Gescher, BGB, 14. Aufl. (2014), § 630c Rn. 24.

⁷ BT-Drs. 17/10488 S.18.

⁸ Spickhoff VersR 2013, 267, 282; Weis/Köllner/Schmid BDAK 2014, 143, 145; Walter, Das neue Patientenrechtegesetz (2013), Rn. 132.

⁹ Ebenda.

¹⁰ Spickhoff (Fn. 6), BGB § 630c Rn. 24; Weis/Köllner/Schmid BDAK 2014, 143, 145.

Durch die Vernehmung des Patienten mit dem Ziel, die *ursprüngliche* Information einzuholen, wird indes keine *weitere* Information erlangt. Die Befragung zielt lediglich darauf ab, dieselbe unverwertbare Information auf anderem Wege zu gewinnen. Objekt der staatlichen Aktivität bleibt aber die ohnehin unverwertbare Information. Demnach handelt es sich um keinen Fall der Fernwirkung, sodass das Argument mangelnder Fernwirkung nicht einzugreifen vermag.

Der Terminus *Information nach Satz 2* verdeutlicht ferner, dass ein Schutz der Information als solcher intendiert ist, welcher losgelöst von den sie bedingenden Umständen Geltung entfalten soll. Dieser Schutz vermag nicht durch eine Zeugenbefragung ausgehebelt zu werden. Dem korrespondiert das Telos des Verbotes, welches den Schutz des Behandelnden vor unmittelbaren strafrechtlichen Nachteilen seiner Information gebietet.¹¹ Kann diese Information aufgrund einer Vernehmung des Patienten als Beweismittel in den Strafprozess eingeführt werden, so sieht sich der Arzt entgegen dem Telos seiner eigenen Information als belastendem Beweismaterial gegenüber. So verkäme das Beweisverwertungsverbot zu bloßem Schein, welcher dem verfassungsrechtlich verankerten *nemo tenetur-Grundsatz*¹² nicht im Ansatz Rechnung tragen könnte.

Überdies ist anerkannt, dass mit Beweisverwertungsverboten behaftete Aussagen des Beschuldigten nicht durch die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen der Verwertbarkeit zugeführt werden können.¹³ Wird der Patient über die Information des Arztes vernommen, fungiert er als Zeuge vom Hörensagen bezüglich der Wahrnehmung des Arztes. Diese ist indes bereits dem Wortlaut nach unstreitig vom Verbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB erfasst.¹⁴ Daher kann auch aus diesem Grund der *nemo tenetur-Grundsatz* nicht über eine Vernehmung des Patienten als Zeugen vom Hörensagen umgangen werden. Die Information des Arztes kann somit nicht durch eine Vernehmung des Patienten verwertet werden.

Das Beweisverbot schützt die Verwertung der zu *erteilenden* Information. Freiwillig erteilte Informationen unterfallen daher nicht dem Schutzbereich. Ferner besteht kein Schutz bezüglich unabhängig der Information offenbarten Akten. Überdies gebietet der *nemo tenetur-Grundsatz* keine Unverwertbarkeit von Dokumenten, zu deren Führung der Betroffene verpflichtet ist.¹⁵ Daher bleibt eine im Zuge der Information offenbarte Patientenakte, zu deren Führung der Behandelnde gem. § 630f BGB, § 10 MBO-Ä verpflichtet ist, verwertbar.¹⁶

¹¹ BT-Drs. 17/10488, 22.

¹² BVerfGE 56, 37, 49; vgl. die Übersicht bei *Eidam*, Strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit (2006), S. 1.

¹³ *KK-Diemer*, StPO, 7. Aufl. (2013), § 250 Rn. 12; *AnwK-Martis*, StPO, 2. Aufl. (2010), § 250 Rn. 9.

¹⁴ Wie auch die Vertreter dieser „Umgehungslösung“ erkennen, vgl. Fn. 8.

¹⁵ BVerfGE 55, 144 ff; *Jäger* FS Heintschel-Heinegg, 211, 216; *Richter wistra* 2000, 1, 3.

¹⁶ *Jäger* FS Heintschel-Heinegg, 211, 216.

III. Fernwirkung

Fraglich ist indes, ob dem Verwertungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB über dessen originäre Reichweite hinaus eine Fernwirkung dergestalt zukommt, dass Informationen, welche erst aufgrund der unverwertbaren Aussage des Arztes erlangt werden können, ebenfalls unverwertbar sind.¹⁷

1. Meinungsstand

Dies wird in der Literatur teils unter Verweis auf die Negation einer allgemeinen Fernwirkung verneint.¹⁸ Dem ist zuzugeben, dass die Rechtsprechung¹⁹ sowie ein Teil der Literatur²⁰ einer Fernwirkung grundsätzlich ablehnend gegenüberstehen. Jedoch hat der BGH bereits eine Ausnahme anerkannt²¹ und die Grenzen des Verwertungsverbots an die jeweilige Sachlage sowie die Art des Verstoßes geknüpft.²² Es bedarf also auch nach dieser Extremposition einer genauen Analyse des jeweiligen Verbots.

Ferner verkennt diese Ansicht unbesehen der beachtlichen Zahl der Befürworter einer grundsätzlichen Fernwirkung²³ die Tendenz in der jüngeren Literatur zu einer Abwägung im Einzelfall.²⁴ Die einzelnen Nuancen dieser Abwägungslösung werden vermehrt als vorzugswürdig bezeichnet,²⁵ sodass der Verweis auf die allgemeine Negation an einer Würdigung des Meinungsstandes vorbei zielt.

Die Gegenauffassung favorisiert demgegenüber die Anerkennung einer umfassenden Fernwirkung, um dem Telos des Verbotes Geltung zu verschaffen.²⁶ Indes bedarf das Telos des Verwertungsverbotes einer genaueren Analyse, um als berechtigtes Argument zu dienen. Darüber hinaus ist das in Frage stehende Beweisverwertungsverbot gesetzlich normiert. Dessen Reichweite bestimmt sich daher nicht lediglich nach allgemeiner Dogmatik, son-

¹⁷ *Jaeger* (Fn. 5), Rn. 164; *Walter* (Fn. 8), Rn. 132; *Kindhäuser*, StGB, 6. Aufl. (2015), § 23 Rn. 38.

¹⁸ *Walter* (Fn. 8), Rn. 132; *Spickhoff* VersR 2013, 267, 282; *Schelling/Warntjen* MedR 2012, 506, 509.

¹⁹ BGHSt 27, 355; 29, 244; 32, 68; 34, 362.

²⁰ *Gössel* GA 1991, 483, 510; *Kramer* Jura 1988, 510, 524 ff; *Lesch* FS Volk, 311, 320.

²¹ BGHSt 29, 244, 247 ff.

²² BGHSt 27, 355, 357; 29, 244, 249.

²³ *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess (1990), S. 50 ff; *Fezer* JZ 1987, 939; *Grünwald*, Beweisrecht der Strafprozeßordnung (1993), S. 183 ff; *Otto* GA 1970, 294.

²⁴ *Rogall* ZStW 1979, 1, 39; *Maiwald* JuS 1978, 379, 384; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 482 ff.

²⁵ *Mergner*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten (2005), S. 65; *Kohlmann* JA 1978, 595, 596; *Rogall* JZ 2008, 818, 827; *Muthorst*, Das Beweisverbot (2009), S. 209.

²⁶ *Jäger* FS Heintschel-Heinegg, 211, 220; *Erman-Rehborn/Gescher* (Fn. 6), § 630c Rn. 29; *Jaeger* (Fn. 5), Rn. 164; *Wagner* VersR 2012, 789, 796 f.

dern bedarf vielmehr einer Analyse der konkreten Norm sowie der gesetzgeberischen Intention.²⁷

Tiefergehenden Begründungen mangelt es jedoch zu meist. Daher rührt auch die Ratlosigkeit weiterer Autoren, welche sich mit einem Rekurs auf die ungeklärte Fernwirkung begnügen.²⁸ Diesem Habitus folgen schließlich auch Vertreter der beiden Standpunkte,²⁹ sodass deren Thesen zu unbegründeten Berufungen auf allgemeine Grundsätze verkommen. Einzig Jäger³⁰ vermag es, eine Fernwirkung argumentativ zu begründen.

2. Stellungnahme

a) Wortlaut

Gemäß dem Wortlaut der Norm ist die ungenehmigte Verwendung der nach § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB erteilten Information zu Beweis Zwecken untersagt. Der Terminus der Verwendung hat in den letzten Jahren vermehrt Einzug in die Strafprozessordnung genommen.³¹ Der Gesetzgeber ist dabei vom bisherigen status quo der Verwertung, wie er etwa in §§ 136a Abs. 3 Satz 2, 81c Abs. 3 Satz 5 StPO zu finden ist, abgerückt. Dies wurde zunächst versucht, mit der identischen lexikalischen Semantik beider Worte zu übergehen.³² Der Gesetzgeber trägt jedoch mit dem datenschutzrechtlich definierten Begriff der Verwendung der Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung.³³ Dementsprechend handelt es sich auch bei allen einschlägigen Normen um solche, die mit Daten korrelieren.³⁴ Der Begriff der Verwendung wird daher gemäß der gesetzgeberischen Intention im Sinne des § 3 Abs. 5 BDSG verstanden.³⁵ Er umfasst jede Art von Nutzung oder Verarbeitung³⁶ und ist somit weitreichender als der Begriff der Verwertung. Er erfasst damit auch die Nutzung als Spurenansatz. Folglich wird ein Verwendungsverbot als Fernwirkungsverbot bezeichnet.³⁷ Demnach scheint § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB eine Fernwirkung anzuordnen.

²⁷ Allgayer NStZ 2006, 603, 605 ff; Rogall JZ 2008, 818, 827; Mergner (Fn. 25), S. 85; Löwe/Rosenberg-Gössel, Strafprozessordnung, 26. Aufl. (2006), Einl. K Rn. 150f.

²⁸ Montgomery u.a. MedR 2013, 149, 151; Thurn MedR 2013, 153, 155.

²⁹ Jaeger (Fn. 5), Rn. 164; Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 29.

³⁰ Jäger FS Heintschel-Heinegg, 211, 218 ff.

³¹ Singelstein ZStW 2008, 854; Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 241 f.

³² Bader NZI 2009, 416, 418.

³³ Wie entsprechende Gesetzesbegründungen zeigen, z.B. BT-Drs. 65/99, 1, BT-Drs. 12/989, 33.

³⁴ Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 243; Singelstein ZStW 2008, 854, 883.

³⁵ Ebenda; Singelstein ZStW 2008, 854, 856; Meyer-Goßner/Schmitt-Meyer-Goßner, StPO, 58. Aufl. (2015), Einl. Rn. 57d.

³⁶ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 12. Aufl. (2015), § 3 Rn. 41; Erbs/Kohlhaas-Ambis, Strafrechtliche Nebengesetze Band I, 2o4. EL (09/2015), BDSG § 3 Rn. 28.

³⁷ Jäger FS Heintschel-Heinegg, 211, 16; Richter wistra 2003, 1, 4; Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 243; MüKoInsO-Stephan, 3. Aufl. (2013), § 97 Rn. 16; Rogall FS Kohlmann, 465, 479; Uhlenbruck NZI 2002, 403.

Die Norm verwehrt die Verwendung jedoch lediglich zu Beweis Zwecken. Das Verwendungsverbot ist also auf Informationen restringiert, die zum Beweis dienen sollen.³⁸ Dies ist nach dem Beweisbegriff der Fall, wenn sie dazu genutzt werden, dem Gericht den Sachverhalt wissend zu machen.³⁹ Unterbleibt eine solche Nutzung, so dienen die Informationen nicht zu Beweis Zwecken. Ein derart limitiertes Verwendungsverbot erfasst daher gerade nicht die Situation, in welcher die Daten nicht als Beweis, sondern lediglich zur Erlangung weiterer Beweise dienen: der Sachverhalt wird dem Gericht in dieser Konstellation nicht mittels der Information wissend gemacht. Das Verwendungsverbot erfährt also durch die Wendung zu Beweis Zwecken eine Einschränkung. Der Wortlaut der Norm gestattet demgemäß eine Nutzung als Spurenansatz. Einer durch diese Restriktion des Verwendungsverbot befürchteten Übervorteilung der informationellen Staatsmacht⁴⁰ lässt sich mittels einer durch den strafprozessualen Bezugsrahmen gebotenen Beschränkung auf die Nutzung im Kontext der prozessualen Tat entgegenen. Diese Betrachtungsweise wird zudem durch das Anknüpfen des Verwendungsverbot an die dem Patienten offenbarte Information bestätigt. Das Verbot ist gerade nicht an die offenbarten Umstände, welche den Behandlungsfehler nahelegen, geknüpft. Folglich unterfallen diese nicht dem intendierten Schutz des Beweisverwertungsverbot. Der Wortlaut gestattet den Strafverfolgungsorganen daher, die den Behandlungsfehler begründenden Umstände zu rekonstruieren sowie direkt zu verwerten.⁴¹ Gemäß dem Wortlaut der Norm ist eine Nutzung der Information als Spurenansatz somit möglich. Die der Information zugrunde liegenden Umstände unterfallen hingegen nicht dem Schutzbereich des Verwendungsverbot, sodass sie sowohl Gegenstand der Ermittlungen als auch der Beweisführung sein können.

b) Systematik

aa) Regelung im BGB

In der Literatur wird die Einbettung des Beweisverwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch als erstaunlich⁴² oder gar unglücklich⁴³ kritisiert. Das Verwendungsverbot hätte demnach in strafprozessualen Kontext normiert werden müssen. Ob eine derartige Trennung von Auskunftspflicht und anknüpfendem Verbot überhaupt sinnvoll ist, wird jedoch nicht thematisiert. Auch Folgen bezüglich der Auslegung werden hieraus bisweilen nicht geschlossen.

bb) Ähnliche Beweisverwendungsverbote

Demgegenüber erkennt eine andere Ansicht eine Parallele zur Regelung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, welche eine

³⁸ Vgl. Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 250; Rogall FS Kohlmann, 465, 484 f.

³⁹ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess (2003), S. 132 f; Gössel GS Meurer, 381, 382; Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 250.

⁴⁰ Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 251.

⁴¹ So auch Wagner VersR 2012, 789, 796.

⁴² Spickhoff ZRP 2012, 65, 67; Thurn MedR 2013, 153, 155; Katzenmeier MedR 2012, 576, 580.

⁴³ Montgomery u.a. MedR 2013, 149, 151.

an dieser Norm orientierte Interpretation gebiete.⁴⁴ Diese Norm statuiert ein strafprozessuales Beweisverwendungsverbot für Aussagen des Insolvenzschuldners, welche dieser aufgrund der in § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO normierten Auskunftspflicht tätigt.⁴⁵ Ausführlich der Gesetzesbegründung soll der gewählte Terminus der *Verwendung* anstelle der ursprünglich angedachten *Verwertung* klarstellen, dass auch eine Nutzung als Spurenansatz untersagt ist.⁴⁶ Dementsprechend erkennt auch die herrschende Meinung in der Literatur eine dahingehende Fernwirkung an.⁴⁷

Daher wird eine Übertragung der Reichweite des Verbotes des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO auf das Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB gefordert.⁴⁸ Dies wird auf eine neue, an der Regelung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO orientierte Systematik der Verwendungsverbote zurückgeführt.⁴⁹ Dieser Ansatz versucht, dem Wunsch nach einer neuen Struktur der Verwertungsverbote⁵⁰ gerecht zu werden. Gemäß dieser Systematik gebieten der StPO ausgelagerte *Verwendungsverbote* entsprechend dem § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO eine Fernwirkung.⁵¹

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die herrschende Meinung im Rahmen des Verbotes des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO eine umfassende Fernwirkung ablehnt,⁵² obwohl auch dieses Verwendungsverbot als Parallelregelung zu § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO bezeichnet wird.⁵³ Die Reichweite der Regelung des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO orientiert sich somit gerade nicht an der des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Die proklamierte Systematik der jüngeren Verwendungsregelungen ist daher de lege lata nicht gegeben. Die offerierte Systematik besteht somit bereits unbeachtet des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB nicht.

⁴⁴ Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 29; Rehborn MedR 2013, 497, 499; Zur an § 97 InsO orientierten Interpretation von Verwendungsverboten Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 253.

⁴⁵ Uhlenbruck, Konkursordnung, 13. Aufl. (2010), § 97 Rn. 9 f; Hefendehl wistra 2003, 1, 2; Bader NZI 2009, 416, 417.

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 12/7302, 5, 166; BR-Drs. 1/92, 142.

⁴⁷ HK InsO-Kreft, 7. Aufl. (2014), § 97 Rn. 13; MüKoInsO-Stephan (Fn. 37), § 97 Rn. 16; FK InsO-App, 7. Aufl. (2013), § 97 Rn. 14; Uhlenbruck (Fn. 45), § 97 Rn. 8; Rogall FS Kohlmann, 465, 479; Dankert ZRP 2000, 476, 478 f; Richter wistra 2000, 1, 3; Kemperdick ZInsO 2013, 1116; Hohnel NZI 2005, 152, 153.

⁴⁸ Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 29; Rehborn MedR 2013, 497, 499; darüber hinausgehend noch Jäger FS Heintschel-Heinegg, 211, 215, 220.

⁴⁹ Vgl. Rogall FS Kohlmann, 465, 484; Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 253.

⁵⁰ Arloth GA 2006, 258; Wolter FS Roxin, 1245 ff.

⁵¹ Vgl. Fn. 48.

⁵² BeckOK StPO-Bachler, Edition 22 (1.2.2012), AO § 393 Rn. 11; Erbs/Kohlhaas-Senge (Fn. 36), AO § 393 Rn. 9; Franzen/Gast/Joeks, Strafverfahren, 7. Aufl. (2009), AO § 393 Rn. 66; Klein-Jäger, Abgabenordnung, 12. Aufl. (2014), § 393 Rn. 51; Hübschmann/Hepp/Spitaler-Hellmann, Abgabenordnung, EL 234 (2015), § 393 Rn. 178; Schwedhelm BB 2010, 731.

⁵³ Rogall FS Kohlmann, 465, 485; Hefendehl wistra 2003, 1, 6.

cc) Durchsetzbarkeit der Auskunftspflicht

Indes bieten die angesprochenen Verwendungsverbote sowie die Interpretation deren Reichweite einen weiteren Ansatzpunkt zur systematischen Auslegung der Normen. Mit deren Hilfe vermag die Reichweite vergleichbarer Verbote bestimmt zu werden. Die dem Verbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zugrunde liegende Auskunftspflicht ist im Insolvenzverfahren gemäß § 98 InsO mit Zwangsmitteln durchsetzbar. Die geschuldete wahrheitsgemäße Information des Schuldners vermag sowohl mittels eidesstattlicher Versicherung, als auch mittels Zwangsvorführung und Haft erzwungen zu werden.⁵⁴ Die wahre Aussage unterfällt dem Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, welches eine Fernwirkung entfaltet.⁵⁵ Demgegenüber kann eine Auskunft im Besteuerungsverfahren gemäß § 393 Abs. 1 Satz 2 AO nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn eine Selbstbelastung droht.⁵⁶ Das korrelierende Verwendungsverbot entfaltet keine Fernwirkung.⁵⁷

Die Reichweite des Verbots des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO lässt sich somit nicht auf die Interpretation des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO übertragen. Die an § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO orientierte Systematik⁵⁸ bedarf daher der Ergänzung des Wissens um das Verbot des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO. So stellen beide Normen neuartige Verwendungsverbote außerhalb der StPO dar, welche an eine Auskunftspflicht anknüpfen. Eine neue Systematik hat somit die Erkenntnisse bezüglich beider Normen zu beachten. In der Zusammenschau zeigt sich, dass eine zwangsweise durchsetzbare Auskunftspflicht ein Verwendungsverbot samt Fernwirkung nach sich zieht. Hingegen bedingt eine zwar bestehende, gleichwohl nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbare Pflicht ein Verwendungsverbot ohne Fernwirkung. Das Erfordernis einer Fernwirkung ist demnach an die Erzwingbarkeit der wahrheitsgemäßen Aussage geknüpft.

Diese Unterscheidung findet ihre Berechtigung zunächst in den unterschiedlichen Zwangslagen. Ist die Aussage nicht erzwingbar, so besteht für den Auskunftspflichtigen eine Wahlmöglichkeit, seiner Pflicht nachzukommen oder gegebenenfalls außerstrafrechtliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Er sieht sich daher nicht dem „erzwingbaren Zwang“ zur Selbstbelastung gegenüber, welcher im Rahmen des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO die Fernwirkung begründet. Kann die Aussage hingegen mittels Zwangsmitteln erzwungen werden, so trifft der legislative Zwang zur Selbstbelastung den Betroffenen unvermeidbar.

Dass zivilrechtliche Nachteile keine strafprozessuale Zwangswirkung entfalten, zeigt sich anhand der Verwertung der Aussage des Beklagten eines Zivilprozesses. Diesem obliegt die Wahl, sich zu verteidigen und strafrechtliche Konsequenzen in Kauf zu nehmen oder zu

⁵⁴ FK InsO-App (Fn. 47), § 98 Rn. 1; HK InsO-Kayser (Fn. 47), § 98 Rn. 1 ff; MüKoInsO-Stephan (Fn. 37), § 98 Rn. 1.

⁵⁵ Vgl. Fn. 47.

⁵⁶ Klein-Jäger (Fn. 52), § 393 Rn. 5; Vgl. BGH NJW 2005, 763, 764.

⁵⁷ Vgl. Fn. 52.

⁵⁸ Wie sie Rogall FS Kohlmann, 465, 484 und Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 253 darstellen.

schweigen. Das Beklagtenvorbringen ist in der Folge verwertbar.⁵⁹ Dem zivilrechtlichen Prozessrisiko kommt folglich keine strafprozessuale Zwangswirkung zu. Die Freiwilligkeit der Aussage mündet in deren Verwertbarkeit. Die Dezimierung des Freiwilligkeitsmomentes durch eine nicht erzwingbare zivilrechtliche Auskunftspflicht wird hingegen durch die Unverwertbarkeit der Aussage nivelliert. Wird das Element der Freiwilligkeit durch eine erzwingbare Auskunftspflicht letztlich aufgehoben, so wird dem durch die Annahme einer Fernwirkung Rechnung getragen. Es ergibt sich somit ein System normierter Verwertungsverbote, welches nach der zwangsweisen Durchsetzbarkeit differenziert.

Dessen Affirmation fußt ferner in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, da dieses ein verfassungsrechtlich gebotenes Verwertungsverbot lediglich im Falle erzwingbarer Selbstbeziehung fordert.⁶⁰ Die Differenzierung anhand der Erzwingbarkeit ist der Thematik somit nicht fremd. Ist ein einfachgesetzliches Verwertungsverbot hingegen normiert, so erfährt diese Differenzierung ihre Berücksichtigung in der Frage der Fernwirkung. Bedarf es der Berücksichtigung der zwangsweisen Durchsetzbarkeit somit auf der Entstehungsebene des Verbotes nicht, weil dieses ohnehin normiert ist, so vermag die zwangsweise Durchsetzbarkeit ihre Würdigung auf der Ebene der Fernwirkung zu erfahren. Die differente Durchsetzbarkeit der Auskunftspflicht ist daher durch die differenzierende Handhabung der Fernwirkung zu berücksichtigen.

Die Erfüllung der in § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB normierten Pflicht ist nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.⁶¹ Demgemäß ist für das korrespondierende Verwendungsverbot keine Fernwirkung geboten. Die systematische Stellung des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB lässt sich somit nicht mit einem isolierten Rekurs auf das Verbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO begründen. Vielmehr bedarf eine Analyse der kumulativen Berücksichtigung des Wissens um das Verbot des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO. Diese zeigt sodann, dass das Beweisverwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB mangels zwangsweiser Durchsetzbarkeit keine Fernwirkung gebietet.

c) Historie

Entgegen der zugrunde liegenden Informationspflicht⁶² wurde das entsprechende Verwendungsverbot vor dem legislativen Bestreben nicht diskutiert.⁶³ Die Gesetzesmaterialien erschöpfen sich in der Begründung, dem Behandelnden dürften unter Beachtung des nemo tenetur-Grundsatzes aus der Offenbarung eigener Fehler keine

„unmittelbaren strafrechtlichen oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Nachteile erwachsen“⁶⁴.

Demnach wären *mittelbare* Nachteile in Kauf zu nehmen.⁶⁵ Dieses argumentum e contrario wird jedoch als Überinterpretation der Gesetzesbegründung kritisiert.⁶⁶ Der Kritik ist zuzugeben, dass in die Beratungen keine Experten des Strafrechts einbezogen wurden.⁶⁷ Dies spricht zumindest gegen eine überproportionale Gewichtung der genetischen Auslegung. Allerdings bemisst sich die Gesetzgebungskompetenz unabhängig der Beiziehung von Experten. Der sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergebende Wille kann daher nicht einfach übergangen werden.⁶⁸

Zudem hat der Gesetzgeber entgegen der ursprünglich angedachten Information über den Behandlungsfehler⁶⁹ eine Pflicht zur Information über die den Fehler nahelegenden Umstände kodifiziert.⁷⁰ Die Auskunftspflicht entsteht somit unabhängig einer Wertung des Arztes.⁷¹ Dem Arzt wird dadurch die vom tatsächlichen Vorliegen eines Fehlers unabhängige Offenbarung dieser Umstände ermöglicht. Die Akzeptanz einer Fernwirkung eröffnet es dem Arzt in der Zusammenschau, durch eine frühe Information die Strafverfolgung zu erlahmen oder sich ihr gar zu entziehen. Gesetzgeberische Intention war hingegen die Verbesserung der Stellung des Patienten.⁷² Die Gefahr strafrechtlicher Sanktionen für den Arzt sichert unterdessen die körperliche Integrität des Patienten. Eine Fernwirkung nimmt diesen Schutz, sodass sich die Stellung des Patienten de facto verschlechtert. Die zum Ausdruck gebrachte Intention wäre damit in ihr Gegenteil verkehrt. Somit spricht auch die Beschränkung der Information auf die jeweiligen Umstände gegen die Anerkennung einer Fernwirkung.

Überdies hat der Gesetzgeber eine intendierte Fernwirkung bei anderen Verwendungsverboten in den Gesetzesmaterialien deutlich zum Ausdruck gebracht.⁷³ Im Zuge des Verwendungsverbots des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB hat er darauf jedoch gerade verzichtet. Dies spricht dafür, dass das Kriterium der unmittelbaren Nachteile gezielt gewählt wurde. Die daraus folgende Akzeptanz mittelbarer Nachteile stellt somit keine Überinterpretation der Gesetzesmaterialien dar. Sie ist vielmehr logische Konsequenz der Formulierung. Auch die Gesetzesmaterialien legen daher den Schluss nahe, dass das Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB keine Fernwirkung entfaltet.

⁵⁹ Bittmann/Rudolph wistra 2003, 81, 85; Stürmer NJW 1981, 1757, 1759.
⁶⁰ BVerfGE 56, 37, 51; NStZ 1995, 599 f; wistra 2005, 175, 176 f.
⁶¹ Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 21; Prütting/Wegen/Weinreich-Schneider, BGB, 10. Auf. (2015), § 630c Rn. 12.
⁶² Preis/Schneider NZS 2013, 281, 283; Olzen/Uzunovic JR 2012, 447, 448.
⁶³ Preis/Schneider NZS 2013, 281, 283; Spickhoff (Fn. 6), BGB § 630c Rn. 15.

⁶⁴ BT-Drs. 17/10488, 22; BT-Drs. 17/11710, 28.
⁶⁵ Schelling/Warntjen MedR 2012, 506, 509.
⁶⁶ Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 29.
⁶⁷ Spickhoff VersR 2013, 267, 281.
⁶⁸ Wie dies Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 29 versuchen.
⁶⁹ BT-Drs. 312/12, 30; In diesem Sinne auch noch Preis/Schneider NZS 2013, 281, 283.
⁷⁰ Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 16; Spickhoff (Fn. 6), BGB § 630c Rn. 22.
⁷¹ BT-Drs. 17/11710, 28; Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 16.
⁷² BT-Drs. 312/12, 9 f; BT-Drs. 17/10488, 1.
⁷³ Vgl. etwa für § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO: BR-Drs. 1/92, 142; BT-Drs. 12/7302, 166.

d) Telos

Eine abschließende Beantwortung dieser Frage bedarf einer teleologischen Ergründung der Norm. Nach allgemeiner Auffassung liegt der Sinn und Zweck des Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB entsprechend der Gesetzesbegründung⁷⁴ in der Wahrung des nemo tenetur-Grundsatzes.⁷⁵ Dieser wird gemeinhin als die Freiheit von Aussagezwang und Selbstbelastung im Strafverfahren umschrieben.⁷⁶ Er gilt als elementares Prinzip des Strafverfahrens.⁷⁷ Nach ständiger Rechtsprechung wurzelt er in der Menschenwürde, dem Persönlichkeitsrecht sowie dem Rechtsstaatsprinzip, sodass ihm selbst Verfassungsrang zukommt.⁷⁸

Als Ausprägung dieses Grundsatzes darf der Beschuldigte insbesondere nicht gezwungen werden, gegen sich selbst auszusagen.⁷⁹ Für den Behandelnden besteht jedoch gemäß § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB die Pflicht, den Patienten über Umstände, welche die Annahme eigener Fehler nahelegen, zu informieren. Die Verwertbarkeit dieser Information wird wie dargestellt durch § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB dem Strafrecht entzogen. Fraglich ist indes, ob bereits die untersagte Verwertung der Information dem nemo tenetur-Grundsatz gerecht wird, oder ob dieser vielmehr eine Ergänzung des Verwendungsverbotes um eine Fernwirkung gebietet.⁸⁰

Anlässlich des sogenannten Gemeinschuldnerbeschlusses⁸¹ hat das Bundesverfassungsgericht judiziert, dass das Persönlichkeitsrecht eine strafrechtliche Verwertung der unter Zwang herbeigeführten Selbstbeziehung gegen den Willen des Beschuldigten untersagt.⁸² Die Unverhältnismäßigkeit einer Auskunftspflicht lässt sich jedoch dadurch vermeiden, dass der Pflicht ein strafrechtliches Verwendungsverbot korreliert,⁸³ dessen detaillierte Ausgestaltung indes Sache des Gesetzgebers ist.⁸⁴ Die Frage der Fernwirkung überantwortet das Bundesverfassungsgericht somit dem Gesetzgeber. Damit konstatiert es zugleich, dass eine Fernwirkung nicht erforderlich ist, um die Verfassungsmäßigkeit einer Auskunftspflicht herzustellen. Demzufolge genügt das Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB den Anforderungen des nemo

tenetur-Grundsatzes, ohne dass es der Ergänzung um eine Fernwirkung bedarf.

Dem kann auch nicht entgegnet werden, das Arzt-Patienten-Verhältnis als persönliche Vertrauensbeziehung bedinge im Lichte der Dreistufentheorie des Bundesverfassungsgerichts ein umfassendes Verwendungsverbot.⁸⁵ Die unantastbare Intimsphäre umfasst den Kernbereich privater Lebensgestaltung, welcher bei gebotener Einzelfallbetrachtung lediglich bei höchstpersönlichem Charakter des Sachverhalts festgestellt werden kann.⁸⁶ Eine pauschale Einstufung sämtlicher, womöglich banaler Belange als höchstpersönlich geht daher fehl. Ferner fehlt es an der gebotenen Exklusivität ohne Zutrittsmöglichkeit der Umwelt,⁸⁷ ist der Behandelnde schließlich verpflichtet, die Patientenunterlagen zu führen. Darüber hinaus betreffen Umstände innerhalb dieses Verhältnisses einzig die Persönlichkeit des Patienten. Auch im Rahmen des § 203 StGB sind lediglich Tatsachen geschützt, die sich auf den Betroffenen beziehen und an denen er ein sachlich begründetes Geheimhaltungsinteresse besitzt.⁸⁸ Somit obliegt es nicht dem Arzt, Umstände als höchstpersönlich zu deklarieren. Eine pauschale Aufladung des Beweisverwertungsverbotes über das Schwere der Dreistufentheorie vermag somit nicht zu überzeugen.

Das Bundesverfassungsgericht selbst verlangt zudem lediglich nach einem Korrelat zur Auskunftspflicht.⁸⁹ Der Auskunftspflichtige soll durch die Pflicht zur Aussage nicht schlechter gestellt werden als andere Beschuldigte.⁹⁰ Jedoch soll er auch nicht begünstigt werden.⁹¹ Das Korrelat zur Auskunftspflicht vermag daher nicht weiter zu gehen als die zugrunde liegende Auskunftspflicht selbst. Das Zugeständnis einer Fernwirkung eröffnet hingegen die Möglichkeit, durch frühe sowie umfassende Informationen eine Vielzahl möglicher Beweisquellen zu sperren.⁹² Im Falle der Zeugnisverweigerung wären diese anderen Beweisquellen indes verwertbar. Eine Fernwirkung schafft daher eine (Beweis-)Amnestie für Behandelnde. So wird aus dem gebotenen Korrelat zur Auskunftspflicht ein strafprozesstaktisches Instrument sowie ein anderes unzugängliches Mittel der Strafverfolgung erschwerung. Eine Fernwirkung ist daher auch unter Beachtung des Telos der Norm nicht geboten.

3. Frühwirkung

Als unbeantwortet gilt ferner, ob das Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB eine Frühwirkung entfal-

⁷⁴ BT-Drs. 17/10488, 22; BT-Drs. 17/11710, 28.

⁷⁵ *Montgomery u.a.* MedR 2013, 149, 151; *Katzenmeier* MedR 2012, 576, 580; *Thurn* MedR 2013, 153; *Erman-Rehborn/Gescher* (Fn. 6), § 630c Rn. 25; *Spickhoff* (Fn. 6), BGB § 630c Rn. 24.

⁷⁶ *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst (1977), S. 59 ff; *Wessels* JuS 1966, 169; *Joecks* FS Kohlmann, 451; *Verrel* NStZ 1997, 361.

⁷⁷ BVerfGE 56, 37, 49; BGHSt 38, 105, 113; Einzelnachweise bei *Eidam* (Fn. 12), S.1 und *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren (2001), S.1.

⁷⁸ BVerfGE 56, 37, 43; BGHSt 34, 324, 326; 38, 314, 320.

⁷⁹ BVerfGE 38, 113; *Rogall* (Fn. 76), S. 104; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. (2014), § 25 Rn.1.

⁸⁰ In diesem Sinne *Jäger* FS Heintschel-Heinegg, 211, 220.

⁸¹ BVerfGE 56, 37; Ausgangspunkt war die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners, § 100 KO.

⁸² BVerfGE 56, 37, 49 f; *Stürmer* NJW 1981, 1757, 1758 f.

⁸³ BVerfGE 56, 37, 49.

⁸⁴ BVerfGE 56, 37, 50; Ebenso BVerfGE 44, 353, 383 f; *Stürmer* NJW 1981, 1757, 1759; *Danckert* ZRP 2000, 476, 478; *Hefendehl* wistra 2003, 1, 6.

⁸⁵ Wie dies *Jäger* FS Heintschel-Heinegg, 211, 220 versucht.

⁸⁶ BVerfGE 34, 238, 248; 109, 279, 314 f; BeckOK GG-Lang, Edition 25 (1.6.2015), Art. 2 Rn. 39.

⁸⁷ *Maunz/Dürig-Di Fabio*, Grundgesetz, 74. EL (05/2015), Art. 2 Rn. 158; BeckOK GG-Lang (Fn. 86), Art. 2 Rn. 39.

⁸⁸ BeckOK StGB-Weidemann, Edition 28 (10.9.2015), § 203 Rn. 4; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 62. Aufl. (2015), § 203 Rn. 4 f.

⁸⁹ Vgl. Fn. 81.

⁹⁰ BVerfGE 56, 37, 51; *Hefendehl* wistra 2003, 1, 5; *MüKoInsO-Stephan* (Fn. 37), § 97 Rn. 17.

⁹¹ *Hefendehl* wistra 2003, 1, 6; *MüKoInsO-Stephan* (Fn. 37), § 97 Rn. 17.

⁹² *Hefendehl* wistra 2003, 1, 6; *Uhlenbruck* NZI 2002, 401, 404.

tet.⁹³ Eine solche vereitelt, dass die Information einer Verdachtsbeurteilung zugrunde gelegt werden darf.⁹⁴ Wie oben dargestellt, ist der Anwendungsbereich des Verbotes zunächst durch die Formulierung *zu Beweiszwecken* restringiert. Diese Restriktion lässt eine Nutzung zur Verdachtsbeurteilung zu, da der Anfangsverdacht nicht seitens des Gerichts gebildet wird.⁹⁵

Die Kritik an dieser Sichtweise vermag nicht, der Formulierung eine andere Bedeutung beizumessen und sieht diese als sinnentleert.⁹⁶ Dies erklärt jedoch nicht den Gebrauch dieser Formulierung bei einigen Verboten, während bei anderen Verboten gerade darauf verzichtet wurde. Ferner kann der Kritik durch die sich aus der Norm ergebende weitere Restriktion der Verwertung *im Strafverfahren* beigegeben werden. Das Strafverfahren beginnt mit dem Ermittlungsverfahren.⁹⁷ Zumindest die diesem vorgelagerte Bildung eines Anfangsverdachts muss daher möglich sein.⁹⁸ Darüber hinaus kommt den Strafverfolgungsbehörden keine Kompetenz für die Abweisung einer auf der Information beruhenden Strafanzeige zu. Überdies fußt die Frühwirkung auf der Fernwirkung, sodass oben angeführte Argumente gegen eine Fernwirkung im Rahmen der Frühwirkung erneut Geltung beanspruchen.⁹⁹ In der Zusammenschau kommt dem Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB daher keine Frühwirkung zu.

⁹³ Erman-Rehborn/Gescher (Fn. 6), § 630c Rn. 28.

⁹⁴ Hengstenberg, Frühwirkung der Verwertungsverbote (2007), S. 20 f; Rogall JZ 2008, 818, 827.

⁹⁵ Rogall JZ 2008, 818, 828; Dencker FS Meyer-Goßner, 237, 250.

⁹⁶ Hengstenberg (Fn. 94), S. 68 f.

⁹⁷ Beulke (Fn. 24), Rn. 309; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. (2013), § 8 Rn. 5.

⁹⁸ Hefendehl wistra 2003, 1, 5; Hengstenberg (Fn. 94), S. 67.

⁹⁹ Vgl. Rogall JZ 2008, 818, 828; Hengstenberg (Fn. 94), S. 24 f.

IV. Fazit

Es zeigt sich, dass das Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB die Information des Behandelnden vor einer Verwendung zu Beweiszwecken schützt. Dieser Schutz vermag nicht durch eine Zeugenbefragung umgangen zu werden. Dagegen erstreckt sich das Beweisverwendungsverbot nicht auf Krankenakten und unabhängig der Auskunftspflicht freiwillig erteilte Informationen.

Darüber hinaus kommt dem Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB weder Früh- noch Fernwirkung zu. Dafür spricht zunächst die dem Wortlaut immanente Restriktion des Verbotes auf eine Verwendung zu Beweiszwecken. Auch der intendierte Schutz vor unmittelbaren Nachteilen spricht gegen eine Fernwirkung. Überdies bedingt auch das Telos des Verbotes, die Wahrung des *nemo tenetur*-Grundsatzes, keine Fernwirkung. Dies bestätigt ferner eine an dem Wissen um andere durch Auskunftspflichten bedingte Verwendungsverbote orientierte Systematik, welche auch die Bestimmung der Reichweite künftiger, an Auskunftspflichten gekoppelte Verwendungsverbote ermöglicht. Dieser Systematik zufolge gebietet die mangelnde Durchsetzbarkeit der zugrunde liegenden Auskunftspflicht des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB keine Fernwirkung. Eine Nutzung der Information als Spurensatz ist somit möglich.

Das Verbot schafft so einen Ausgleich zwischen der Auskunftspflicht und der Wahrung der Selbstbelastungsfreiheit, ohne dem Gericht die Suche nach materieller Wahrheit zu verschließen. Insofern vermag es dem gesteckten Ziel des Patientenrechtegesetzes, Transparenz zu schaffen, gerecht zu werden und ermöglicht einen zivilrechtlich sowie ideell wertvollen Auskunftsanspruch, ohne im Gegenzug strafrechtliche Amnestie zu gewähren und die Transparenz in ihr Gegenteil zu verkehren.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Durchsuchung, gerade bei Dritten nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO

Von Rechtsanwalt Sebastian Wohlwend, Berlin

Die Durchsuchung bei Dritten nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO bedarf gegenüber der Durchsuchung beim Beschuldigten einer zusätzlichen Voraussetzung: die Durchsuchung ist nur gestattet, wenn über den Grad der Vermutung hinaus aufgrund von Tatsachen der Schluss gezogen

werden kann, dass der Durchsuchungszweck erreicht wird.¹

Dabei können sich Probleme in der Praxis dergestalt ergeben, dass eine Durchsuchungsanordnung nur für die Räumlichkeiten des Beschuldigten vorliegt und /oder für

¹ Siehe BeckOK-StPO/Hegmann (Stand:15.01.2015), § 103.

Räumlichkeiten eines unbeteiligten Dritten eben nicht und entweder Gefahr im Verzug angenommen oder der Beschluss auf diese Räume ausgedehnt wird. Denn ist die Durchsuchung beim Beschuldigten möglich, so wird diese generell auf den unverdächtigen Dritten ausgeweitet, wenn es sich um ein Zimmer in einer WG oder um das Kinderzimmer eines straf(un)mündigen Kindes handelt. Die Durchsuchung nimmt grds. keinen Halt vor angrenzenden Räumlichkeiten, die sich in der gleichen Wohnung befinden, wie das Zimmer des Beschuldigten. Die Umfangung der weiteren Räumlichkeiten wird zumeist mit der Begründung eines gemeinsamen Haushalts oder der Gefahr im Verzug erfolgen. Diese oberflächliche Ansicht wird jedoch den tatsächlichen Gegebenheiten in den WG- oder Kinderzimmer-Fällen nicht gerecht und verstößt nicht nur gegen § 103 StPO sondern damit auch gegen Art. 13 GG. Nach hiesiger Ansicht ergibt sich aus der Missachtung der §§ 103 ff. StPO ein vollumfängliches Beweisverwertungsverbot.

I. Formelle und materielle Voraussetzungen eines Durchsuchungsbeschlusses nach § 103 StPO.

1. Beschluss oder Gefahr im Verzug

Grundsätzlich bedarf es eines Durchsuchungsbeschlusses. Eine Ausnahme liegt bei Gefahr im Verzug vor, § 105 Abs. 1 StPO. Die Bejahung von Gefahr im Verzug ist nur dann möglich, wenn zu erwarten ist, dass das Zuwarten auf einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss das Auffinden von Beweismitteln verhindern bzw. erschweren würde. Hieran sind aber strenge Voraussetzungen geknüpft. Erfährt z.B. die Polizei von dem Verdacht einer Straftat und begibt sich zur Örtlichkeit, klingelt an der Haustür, in welcher der Beschuldigte sein Zimmer bewohnt und der Polizei wird der Zutritt durch den Beschuldigten oder einer anderen Person verweigert, kann keine Gefahr im Verzug mehr angenommen werden, da eine bewusste Umgehung der richterlichen Anordnung vorliegen würde.² Bis zum Eintritt am Durchsuchungsobjekt hat sich die Polizei um einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu bemühen. Daher kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten nach kriminalistischer Erfahrung die Durchsuchung für erforderlich halten mussten³ und das ist ab dem Zeitpunkt der Fall, in welchem die Fahrt zum Verdächtigen oder unverdächtigen Dritten mit anschließendem Durchsuchungswillen in Betracht kommt. Denn ansonsten könnte die schriftliche Anordnung immer dadurch umgangen werden, dass – obwohl ausreichend Zeit zur Anfrage während der Hinfahrt zur zu durchsuchenden Wohnung/Räumlichkeiten besteht – die Polizei erst einmal klingelt, die freiwillige Durchsicht versucht und sodann unmittelbar, da aufgrund ihres Erscheinens sich für den Beschuldigten theoretisch die Möglichkeit eröffnet, Beweismittel wegzuschaffen oder zu vernichten, eine Gefährdungslage annimmt und ohne Beschluss die Durchsuchung vornimmt. Dies würde die gesetzliche

Regelung und die vom Bundesverfassungsgericht⁴ nochmals hervorgehobene richterliche Anordnung konterkarieren. Im Ergebnis bleibt für eine Durchsuchung ohne Beschluss nahezu wenig Raum. Wie es bereits das Bundesverfassungsgericht konstatierte, so ist der richterliche Beschluss die Regel und die Annahme von Gefahr im Verzug die Ausnahme und nicht umgekehrt.⁵

Besteht also die Annahme, dass das gesuchte Beweismittel nicht beim Beschuldigten, sondern beim nichtverdächtigen Mitbewohner aufzufinden ist, so ist ein entsprechender Beschluss herbei zu führen. Geschieht dies nicht, ist die Durchsuchungsmaßnahme bereits formell rechtswidrig. Über die Frage der materiellen Rechtmäßigkeit bedarf es keiner Entscheidung mehr, da sich auch bei Missachtung von formellen Voraussetzungen ein Beweisverwertungsverbot ergibt. Eine andere Ansicht ist mit den hiesigen Rechtsgrundsätzen nicht vereinbar. Der Beschuldigte sowie der nichtverdächtige Dritte haben ein Recht auf eine ordnungsgemäß laufende Strafrechtspflege, die selbstredend keinen Einschränkungen im (Vor-)Ermittlungsverfahren unterliegt. Es handelt sich nicht um bloße Ordnungsvorschriften, die „übersehen“ werden können. Es handelt sich bei den formellen Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO um verbrieftes garantiertes Verfassungsrecht des Bürgers (Art. 13 GG), wovon auch die Dokumentations- und Begründungspflicht aus Art. 19 Abs. 4 GG fällt.

2. Form des Beschlusses

Die richterliche Durchsuchungsanordnung hat zwingend schriftlich zu erfolgen.⁶ Die mündliche Anordnung findet im Gesetz keine Stütze. Nach § 35 Abs. 2 StPO ist die Entscheidung, und nichts anderes ist die Durchsuchungsanordnung, dem Abwesenden in schriftlicher Form zuzustellen.⁷ § 105 StPO lässt zudem keine nachträgliche richterliche Bestätigung der Durchsuchung zu. Ebenso verlangen die §§ 34 ff. StPO Schriftform für einen mit Gründen versehenen Beschluss des Richters, sofern dem Betroffenen die Anordnung nicht verkündet wird. Der Gerichtsbeschluss ist durch Zustellung oder formlose Mitteilung bekanntzugeben, § 35 Abs. 2 StPO. Die fernmündliche Eröffnung eines Gerichtsbeschlusses durch einen Polizeibeamten genügt nicht.⁸ Eine andere Behandlung von Durchsuchungsanordnungen verbietet sich folglich. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass ein vehementer Grundrechtseingriff durch die Anordnung vorliegt und deswegen die Prozessordnung zu garantieren hat, dass der Richter anhand der Akten eine unabhängige Bewertung der Eingriffsumstände vornehmen konnte und der Betroffene anhand des Beschlusses den Umfang und die Gründe des Eingriffs bei dessen Vollzug kontrollieren kann.⁹

⁴ Vgl. BVerfG, NStZ 2001, 382 = StV 2001, 207.

⁵ Siehe BVerfG, a.a.O. (Fn. 4).

⁶ A.A. BVerfG, Beschluss vom 23.7.2007 – 2 BvR 2267/06; BGHSt 28, 57; BGH NStZ 2005, 392 = HRRS 2005 Nr. 270; BeckOK-StPO/Hegmann (Stand:15.01.2015), § 105 Rn. 8 mwNw.

⁷ Vgl. Marx NJ 2010, 240; Harms StV 2006, 215.

⁸ LG Hildesheim NdsRpfl 1988, 251; KK-StPO/Maul, 7. Aufl. (2013), § 35 Rn. 14.

⁹ Vgl. Marx a.a.O. (Fn. 7).

² Siehe auch KK-StPO/Bruns, 7. Aufl. (2013), § 105 Rn. 1.

³ So BGH NStZ 2012, 104 = HRRS 2011 Nr. 1221.

3. Inhalt des Beschlusses

a) Nennung der Strafnormen

Selbstredend sind die einschlägige(n) Strafnorm(en) und der Beschuldigte aufzuführen.

b) Bezeichnung der Räumlichkeiten

Daneben müssen die zu durchsuchenden Räumlichkeiten konkret bezeichnet und ggf. begrenzt werden.¹⁰ Die Begrenzungen sind insbesondere aufgrund der erweiterten Voraussetzungen des § 103 StPO bei der Durchsuchung von Nichtverdächtigen notwendig.

Besondere Vorsicht ist in den Fällen geboten, in welchen eine Durchsuchungsanordnung nach § 102 StPO gegen einen Erwachsenen vorliegt und dann auch sämtliche Zimmer der Kinder des Beschuldigten durchsucht werden. Zwar hat der erziehungsberechtigte Beschuldigte grds. – zivilrechtlich – Mitgewahrsam an den Kinderzimmern. Das reicht aber nicht aus. Es bedarf dabei der Beachtung der geistigen Entwicklung und Reife des Kindes.

Im Kinderzimmer findet das Leben und Wirken des Kindes / Jugendlichen statt. Für die Gewahrsamsfrage kann nicht das bloße Alter des Kindes / Jugendlichen, sondern die Verwendung, d.h die tatsächliche Nutzung der Räumlichkeit durch dieses / diesen bzw. des Beschuldigten entscheidend sein. Dies gebietet sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Demgemäß ist grds. § 102 StPO Einhaltung zu gebieten und für die Durchsuchung der Kinderzimmer müssen damit die Voraussetzungen des § 103 StPO vorliegen.

Bei Wohngemeinschaften ist die Inhaberfrage grds. einfacher zu beantworten. An den Zimmern von unverdächtigen Dritten ist nur der das Zimmer Bewohnende Inhaber i.S.d. § 103 StPO. Die Durchsuchung von Gemeinschaftsräumen ist an § 102 StPO zu messen.

Da u.a. nach dem Bundesverfassungsgericht eine mündliche Anordnung der Durchsuchung ausreichend sein soll – und dies auch nur in Eilfällen –, müssen bei einer mündlichen Anordnung die Grundlagen der richterlichen Entscheidung gleichwohl in der Akte vermerkt sein, denn der richterliche Vermerk ist formale Voraussetzung im Rahmen der sich aus Art 19 Abs. 4 GG ergebenden Dokumentations- und Begründungspflichten.¹¹ Auch die Dringlichkeit muss dokumentiert werden.¹² Die Dokumentations- und Begründungspflicht gilt auch für die Erfassung und dem Umfang der Durchsuchung und des Durchsuchungsobjekts. Ansonsten würde das Gericht seine Aufgabe praktisch auf die Ermittlungsbeamten delegieren, was rechtlich unzulässig ist.¹³

¹⁰ BVerfG NStZ 1992, 91 = StV 1992, 49; BeckOK-StPO/Hegmann (Stand:15.01.2015), § 105 Rn. 10.

¹¹ Vgl. BVerfG, a.a.O (Fn. 10); BVerfG, a.a.O. (Fn. 4).

¹² Siehe BVerfG NJW 2003, 2303 = StV 2003, 205; LG Tübingen NStZ 2008, 589.

¹³ I.E. BGH NStZ 2002, 215 = StV 2002, 4.

c) Bezeichnung der aufzufindenden Beweismittel

Neben den Räumen, die in dem Beschluss erfasst werden müssen, sind die erhofften, aufzufindenden Beweismittel, zumindest der Gattung nach, zu bezeichnen.¹⁴ Wird nach einer Schusswaffe gesucht, so ist auch „Schusswaffe“ und nicht bloß, „gefährliches Werkzeug“ oder „Waffe“ grob anzugeben. Denn wenn die Ermittlungen Anhaltspunkte auf konkrete Gegenstände, die dem Typ oder gar aufgrund eines besonderen Merkmals individualisierbar sind, geben, so hat der Beschluss diese Gegenstände auch konkret zu benennen.¹⁵

d) Gründe des Auffindens der Beweismittel beim Dritten

Des Weiteren bedarf es auch der Angabe, aus welchen Gründen sich die Annahme ergibt, dass das Beweismittel beim unverdächtigen Dritten aufgefunden werden wird. Dazu müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen. Im Konkreten sind reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen nicht ausreichend. Es ist auch dann keine Ausnahme davon zu machen, wenn sich im Laufe der Durchsuchung beim Verdächtigen herausstellt, dass dort das Beweismittel nicht auffindbar ist, es aber aufgrund des örtlichen Zusammenhangs zwischen den Zimmern des Verdächtigen und des unverdächtigen Dritten, wie auch des zeitlichen Zusammenhangs zwischen angeblicher Tatausführung und Erscheinen der Beamten vor Ort, der Verdacht besteht, dass sich im Zimmer des unverdächtigen Dritten das Beweismittel auffinden lässt. Denn § 103 StPO verlangt „Tatsachen“ und nicht bloße Erwägungen oder Vermutungen. Fehlt es an Umständen, die durch bewiesene Tatsachen darauf schließen lassen würden, dass das mutmaßliche Tatwerkzeug sich in Räumen Dritter befinden würde, ist die Anordnung rechtswidrig.¹⁶

e) Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung

Wie oben kurz angeschnitten, muss die Durchsuchung auch verhältnismäßig sein.¹⁷ D.h. die Durchsuchung muss in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat und zur Stärke des Tatverdachts stehen.¹⁸ Hierbei sind auch die Bedeutung des potentiellen Beweismittels für das Strafverfahren sowie der Grad des Auffindevdachts zu bewerten.¹⁹ Dabei muss eine Abwägung anhand konkreter Sachverhaltselemente im Einzelfall erfolgen.²⁰ Hiermit soll im Ergebnis „das Schießen mit Kanonen auf Spatzen“ verhindert werden. In der Praxis findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erstaunlicherweise

¹⁴ Siehe BGH, a.a.O. (Fn. 13); BeckOK-StPO/Hegmann, a.a.O. (Fn. 10).

¹⁵ Wobei davon auszugehen ist, dass die Gerichte in einem solchen Fall kein Beweisverwertungsverbot erkennen wollen.

¹⁶ Siehe BVerfG NJW 2003, 2669; BVerfG NJW 2007, 1804 = HRRS 2007 Nr. 325.

¹⁷ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2006, 110.

¹⁸ Siehe Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. (2015), § 2 Rn. 141 mwNw.

¹⁹ Park, a.a.O. (Fn. 18).

²⁰ Vgl. OLG Hamburg StV 2008, 12 (unverhältnismäßige Durchsuchung bei geringer Menge BtM).

wenig Gehör. Ein Verstoß sollte natürlich trotzdem gerügt werden.

4. Rechtsmittel

Gegen den Durchsuchungsbeschluss des Ermittlungsrichters ist der Weg der Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO eröffnet.²¹ Die Beschwerde ist an keine Frist gebunden. Denn die Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes gegen den Eingriff in das Grundrecht der Betroffenen aus Art. 13 Abs. 1 GG gebietet, dass auch nach Abschluss der Durchsuchung deren Rechtmäßigkeit mit dem grundsätzlich gegen diese Maßnahme gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel zur Überprüfung gestellt werden kann.²² Die Beschwerde ist beim anordnenden Gericht (iudex a quo) einzureichen.

Gegen die Durchsuchungsanordnung der Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungsbeamten ist Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog beim zuständigen Gericht zu stellen.²³ Auch hier ist keine Frist einzuhalten. Gegen die Entscheidung des Gerichts ist wiederum die Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO möglich.²⁴

Eine weitere Beschwerde ist nach § 310 Abs. 2 StPO ausgeschlossen.

Neben dem Inhaber der Räumlichkeiten ist dessen Erziehungsberechtigter oder gesetzlicher Vertreter zur Einlegung eines Rechtsbehelfs im Namen des Inhabers berechtigt.²⁵ Gleichfalls steht auch dem Beschuldigten im Falle des § 103 StPO ein Rechtsbehelf zur Verfügung. Zwar ist der Beschuldigte nicht unmittelbar, aber mittelbar durch die Durchsuchung betroffen und nur so kann dem Anreiz für die Strafverfolgungsbehörden, rechtswidrige Durchsuchungen durchzuführen, von vornherein entgegengewirkt werden.²⁶

Ferner steht es dem Beschuldigten im Rahmen der Hauptverhandlung zu, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme – inzident – prüfen zu lassen, solange gegen diese Widerspruch erhoben wird. Der Widerspruch ist natürlich zu begründen und die Rechtswidrigkeit der Maßnahme aufzuzeigen. Das Gericht muss sich dann mit der Verwertbarkeit der Beweismittel auseinandersetzen.

Da es Sinn des Grundsatzes des fairen Verfahrens ist, eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit, egal ob im Rah-

men des Rechtsbehelf gegen die Durchsuchung oder der Hauptverhandlung durch Widerspruch, bei einer Maßnahme, die sich gegen den Beschuldigten auswirkt bzw. auswirken kann, zu ermöglichen, ist die Rechtskreistheorie des BGH²⁷ abzulehnen.²⁸ Denn, obwohl hier maßgeblich die Rechte des Dritten betroffen sind, so wirken sich Erkenntnisse aus der fehlerhaften Durchsuchung auf das Verfahren und damit gegen den Beschuldigten aus. Dem Beschuldigten muss damit die Möglichkeit eröffnet werden, gegen die Maßnahme vorgehen zu können.²⁹

II. Die Durchführung der Durchsuchung

1. Anwesenheit des Inhabers der Räume (§ 106 StPO)

Das Gesetz verlangt ausdrücklich, dass vor Beginn der Durchsuchung gemäß § 103 Abs. 1 StPO dem Inhaber der Räume oder Gegenstände bzw. der in dessen Abwesenheit hinzugezogenen Person der Durchsuchungszweck bekanntgegeben werden muss (§ 106 Abs. 2 S. 1)³⁰, es sei denn, die Durchsuchung findet gemäß den Voraussetzungen von § 103 Abs. 2 StPO statt³¹ (hier nicht relevant). Ist der unverdächtige Dritte im Übrigen nicht zugegen, dafür aber eine nach § 106 Abs. 1 S. 2 StPO genannte Person, ist dieser die Maßnahme zu erläutern. Entsprechend § 106 Abs. 1 S. 2 StPO reicht also die Anwesenheit eines Familienangehörigen oder Mitbewohners in der WG aus. Bei den Personen muss es sich weiterhin um Erwachsene handeln. Kinder und Jugendliche scheitern daher aus. Handelt es sich bei den Räumlichkeiten um solche, die von einer unter 18-jährigen Person bewohnt werden, sind dessen Erziehungsberechtigte zwingend hinzu zu ziehen und diesen die Maßnahme zu erläutern. Inhaber ist zwar auch das Kind und der Jugendliche, da diese Gewahrsam begründen können, aber aus jugendschutzrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere aus § 67 JGG, sind die Erziehungsberechtigten, vor allem aufgrund der rechtlichen Tragweite der Durchsuchung, zu informieren. Dies ergibt sich im Ergebnis auch aus § 106 StPO, denn dort können nur Erwachsene Vertreter des Inhabers sein.

Erfolgt weder einer Erörterung über den Umfang und Zweck der Durchsuchung oder wird ein Zeuge i.S.d. § 106 StPO nicht beigezogen, so ist die Maßnahme rechtswidrig. Nach h.M. handelt es sich bei § 106 StPO um eine bloße Ordnungsvorschrift, die, bei deren Missachtung, nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führt.³² Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

²¹ Vgl. BVerfG NJW 1997, 2163 = StV 1997, 393; BVerfG NJW 1999, 273.

²² BVerfG NJW 1997, 2163 = StV 1997, 393; BGHR StPO § 304 Abs. 5 Durchsuchung 1; BGH NJW 2000, 84; BGH NStZ 2002, 215 = StV 2002, 4.

²³ Siehe BVerfG, a.a.O. (Fn. 22); BeckOK-StPO/Hegmann (Stand:15.01.2015), § 105 Rn. 23.

²⁴ Siehe auch Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. (2015), § 2 Rn. 321

²⁵ Siehe OLG Frankfurt NStZ-RR 1996, 251; Eisenberg, JGG, 17. Aufl. (2014), § 67 Rn. 12.

²⁶ So auch Krekeler NStZ 1993, 263; wohl i.E. auch BVerfG, HRRS 2015 Nr. 427 (zur sitzungspolizeilichen Maßnahme: „Gemäß § 304 Abs. 2 StPO steht die Beschwerde grundsätzlich auch nicht verfahrensbeteiligten Personen zu, die durch die richterliche Entscheidung betroffen sind.“).

²⁷ Siehe BGH NJW 2009, 1619 = StV 2010, 9 = HRRS 2009 Nr. 315.

²⁸ Vgl. Dencker StV 1995, 232 (Verwertungsverbot für den nur mittelbar betroffenen Mitbeschuldigten).

²⁹ I.E. wohl auch BVerfG, a.a.O. (Fn. 26).

³⁰ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. (2015), Rn. 2438.

³¹ Eisenberg, a.a.O. (Fn. 30).

³² BGH NStZ 1983, 375 = StV 1983, 323; Meyer-Goßner, 58. Aufl. (2015), § 106 Rn. 1; a.A. BVerfG NJW 2005, 1917 = StV 2005, 363 = HRRS 2005 Nr. 549 (Verwertungsverbot zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen); AG Bremen StV 2008, 589.

Nach § 106 Abs. 1 S. 2 StPO ist, wenn möglich, eine dort genannte Person hinzuzuziehen. Die Durchsuchungsbeamten müssen sich daher um solche Personen bemühen, dies aktenkundig machen, und können erst bei erfolgloser Beschaffung dieser Personen die Durchsuchung beginnen. Liegt ein solches Bemühen nicht vor, werden strafprozessuale Vorschriften bewusst und willkürlich umgangen. Ein Rechtsverstoß kann nicht ohne Folgen bleiben. Dem Staat allein steht die Strafverfolgung zu. Er hat mit gutem Beispiel voran zu gehen und strafbares Verhalten nicht mit eigenem rechtswidrigem Handeln zu verfolgen. Er muss sich an Recht und Gesetz halten. Dies ist seine oberste rechtsstaatliche Pflicht. Zumal Art. 13 GG der Informationsbeschaffung Grenzen setzt und es zu einem Wertungswiderspruch führen würde, wenn der Staat Beweismittel verwerten darf, die er durch Verletzung eigens gesetzter Schranken erlangen würde.³³

Ferner verlangt § 106 Abs. 2 StPO die Eröffnung des Durchsuchungszwecks an den unverdächtigen Dritten. Es handelt sich um einen zwingenden Bestandteil der Durchsuchung nach § 103 StPO. Eine Ausnahme lässt allein § 103 Abs. 2 S. 2 StPO für Inhaber von Räumlichkeiten nach § 104 Abs. 2 StPO zu. Bei der Verletzung dieser Vorschrift ist ebenfalls von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen.³⁴

2. Anwesenheit von Zeugen (§ 105 StPO)

Die Anwesenheit von unabhängigen Zeugen ist wesentlicher Bestandteil der Durchsuchung (§ 105 Abs. 2 StPO). Die gesetzliche Fassung „wenn möglich“ wird dahingehend ausgelegt, dass von einer Hinzuziehung abgesehen werden darf, wenn auf Grund von Tatsachen davon auszugehen ist, dass dadurch der Erfolg der Maßnahme gefährdet oder vereitelt wird.³⁵ Liegen solche Gründe vor, haben die mit dem Vollzug befassten Personen sie zu dokumentieren.³⁶ Bei Missachtung der Hinzuziehung von Zeugen bzw. der Dokumentationspflicht ist von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen.³⁷

³³ So bereits zu Recht *Ransiek* StV 2002, 565.

³⁴ A.A. BGH a.a.O. (Fn. 32).

³⁵ Vgl. BayObLG JR 1981, 29; OLG Celle StV 1985, 138.

³⁶ LG München StraFo 2009, 146.

³⁷ A.A. KG NJW 1972, 169; OLG Stuttgart NJW 1971, 629; Dölling/Duttge/Rössner/Hartmann, *Gesamtes Strafrecht*, 3. Aufl. (2013), StPO, § 105 Rn. 17.

3. Verhältnismäßigkeit

Ein wesentlicher Aspekt ist auch bei der Durchführung der Durchsuchung die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Durchsuchung hat mit geringster möglicher Eingriffsintensität zu erfolgen. Eine überlange Durchsuchung ist zu vermeiden. Ebenso die Beeinträchtigung von Mitbewohnern und Angehörigen oder Gästen, sofern diese nicht selbst durch (separaten) richterlichen Beschluss erfasst sind. Vor Beginn der Durchsuchung ist dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, das / die Beweismittel freiwillig herauszugeben, da es sich dabei um das mildere Mittel handelt.³⁸

4. Rechtsmittel

Gegen die Art und Weise der Durchsuchung besteht die Möglichkeit, Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog zu stellen.³⁹

III. Gesamtschau der erfolgten Durchsuchung

Bei jeder Durchsuchung sollte ein eigenes Durchsuchungsprotokoll über Art und Weise der Durchsuchung gefertigt werden und Revue passieren lassen, welche Beeinträchtigungen erfolgt sind.

Es ist von einem vollumfänglichen Verwertungsverbot bei Verletzung formeller und materieller Voraussetzung auszugehen.⁴⁰ Auch wenn die Rechtsprechung aktuell noch sehr restriktiv mit Beweisverwertungsverboten umgeht, sollte jede Verfehlung vorgetragen werden, da sich aus dem Gesamtbild, welches durch die eigene Dokumentation untermauert werden kann, u.a. ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie ein willkürlicher oder bewusst, schwerwiegender Verfahrensverstoß ergeben kann. Denn auch die Summe an einzelnen, weniger schwerwiegenden Verfahrensverstößen, kann das sprichwörtliche Fass zum Überlaufen bringen.

³⁸ Vgl. BeckOK-StPO/*Engelstätter*, RiStBV 73a Rn. 2.

³⁹ BGH NStZ 2000, 155; BGH NStZ 1999, 200; KK-StPO/*Bruns*, 7. Aufl. (2013), § 105 Rn. 18; BeckOK-StPO/*Hegmann* (Stand: 15.01.2015), § 105 Rn. 23.

⁴⁰ So auch *Ransiek* a.a.O. (Fn. 33); *Krekeler* a.a.O. (Fn. 26).

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.

1007. EuGH C-104/14 – Urteil der Großen Kammer vom 18. Dezember 2014 (Tribunale di Cuneo [Italien] vs. Ivo Taricco u.a.)

Vorabentscheidungsverfahren hinsichtlich der Einschränkung absoluter nationaler Verjährungsfristen (Mehrwertsteuerdelikte; finanzielle Interessen der EU; strafbarkeitsbegründender bzw. strafverfolgungsbegründender Anwendungsvorrang; Unterbrechungswirkung von strafverfahrensrechtlichen Untersuchungshandlungen); Gesetzlichkeitsprinzip; Recht auf ein faires Strafverfahren.

Art. 325 AEUV; Art. 101 AEUV; Art. 107 AEUV; Art. 119 AEUV; Art. 49 GRC; Art. 158 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. L 347, S. 1); Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 7 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 160 Codice penale; Art. 161 Codice penale; § 78 StGB; § 78c StGB

1008. BVerfG 1 BvR 3217/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. September 2015 (LG München I / AG München)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (Schutz von Werturteilen; enge Auslegung des Begriffs der Schmähkritik; Zulässigkeit polemischer und überspitzter Kritik an einer Anzeigenerstatterin zur Verteidigung der eigenen Position in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

1009. BVerfG 2 BvR 2343/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Oldenburg / AG Cloppenburg)

Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung wegen Verstoßes gegen eine Arbeitsauflage (Recht auf Freiheit der Person; verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot; Festlegung von Art, Umfang und Zeitraum für die Erbringung der Arbeitsleistung nur durch das Gericht; Zulässigkeit einer Konkretisierung hinsichtlich Ort und Institution durch den Bewährungshelfer).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 56b StGB; § 56c StGB; § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO

1010. BVerfG 2 BvR 2436/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Halle / AG Halle (Saale))

Kosten- und Auslagenentscheidung bei Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen im Ordnungswidrigkeitenverfahren (Verbot objektiver Willkür; Kostentragung des Betroffenen nur bei Säumnis; Auslagenentscheidung nach Ermessen; Erfordernis einer tragfähigen Begründung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Offenhaltung der Frist durch alle nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfe; Erfordernis der Ausschöpfung dieser Rechtsbehelfe; Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde bei isolierter Anfechtung einer Kostenentscheidung).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 33a StPO; § 464 StPO; § 464a StPO; § 467 StPO; § 47 Abs. 2 OWiG

1011. BGH 3 StR 104/15 – Beschluss vom 21. Juli 2015 (LG Lüneburg)

Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung beim Raub (normatives Tatbestandsmerkmal; Vereinbarung über die Vornahme sexueller Leistungen gegen ein Entgelt; Sittenwidrigkeit; Rückforderungsanspruch bei nicht erbrachter Leistung).

§ 249 StGB; § 138 BGB; § 1 ProstG; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1012. BGH 3 StR 146/15 – Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Kleve)

Zueignungsabsicht beim (besonders schweren) Raub eines Mobiltelefons zum Zwecke der Löschung darauf gespeicherter Fotos (Aneignung; „Einverleibung“ von Substanz- oder Sachwert; bloße Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung; Behalten unter dem Vorbehalt späterer Entscheidung über die Verwendung); bloße Drohung mit einer „Scheinwaffe“ kein Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs; Bereicherungsabsicht bei der räuberischen Erpressung (Voraussetzungen eines wirtschaftlich werthaltigen Sachbesitzes); keine Zurechnung qualifizierender Umstände (hier: bei der gefährlichen Körperverletzung) gegenüber einem Beteiligten, der seine Mitwirkungshandlung bereits abgeschlossen hat (Mittäterexzess).

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 255 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1013. BGH 3 StR 214/15 – Urteil vom 20. August 2015 (LG Oldenburg)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung der frühesten von mehreren rechtskräftigen, unerledigten Vorverurteilungen).

§ 55 StGB

1014. BGH 3 StR 214/15 – Beschluss vom 20. August 2015 (LG Oldenburg)

Nichtberücksichtigung der Erziehungsfähigkeit und -bedürftigkeit des jugendlichen oder heranwachsenden Straftäters bei Verhängung von Jugendstrafe aufgrund der Schwere der Schuld.

§ 17 Abs. 2 JGG

1015. BGH 3 StR 216/15 – Urteil vom 17. September 2015 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1016. BGH 3 StR 245/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1017. BGH 3 StR 256/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (BGH)

Kosten der wirksam zurückgenommenen Revision (Zuständigkeit des Revisionsgerichts nach Aktenvorlage; rechtskräftiger Beschluss der Vorinstanz).

§ 464 StPO

1018. BGH 3 StR 33/15 – Urteil vom 9. Juli 2015 (LG Bochum)

BGHSt; Verwenden der Kennzeichen eines verbotenen Vereins (Kennzeichenbegriff; „Rockerkutte“; „Bandidos“; Name einer Vereinigung als Kennzeichen; Ortsbezeich-

nung; Verwenden; Schwesternvereine; im Wesentlichen gleiche Form; einschränkende Auslegung; Schutzzweck; Alleinstellungsmerkmal); Analogieverbot.

§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG; § 9 VereinsG; § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1019. BGH 3 StR 259/15 – Urteil vom 20. August 2015 (LG Düsseldorf)

Schwere räuberische Erpressung durch Drohung mit einer in Wahrheit nicht existierenden „Kofferbombe“ (Drohmittel; objektive Eignung; erkennbare Ungefährlichkeit; äußeres Erscheinungsbild; „Scheinwaffe“; Fassen der Verwendungsabsicht während der Tatausführung; Irrtum des Nötigungsadressaten; unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf); eingeschränkte Schuldfähigkeit bei Tablettenabhängigkeit; rechtsbedenkenfreie Ablehnung der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt.

§ 250 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 21 StGB; § 64 StGB

1020. BGH 3 StR 323/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Stade)

Unzulässigkeit der auf die Erhebung der unausgeführten allgemeinen Sachrüge gestützten Revision des Nebenklägers.

§ 400 Abs. 1 StPO

1021. BGH 3 StR 633/14 – Urteil vom 23. Juli 2015 (LG Krefeld)

(Schwere) Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen (schwere Gesundheitsbeschädigung; Hervorrufen der Folge bei Unterlassungstat; Möglichkeit der Abwendung der schweren Folge; Quälen; rohes Misshandeln; gefühllose Gesinnung; böswillige Vernachlässigung der Pflicht, für die schutzbedürftige Person zu sorgen; Vorsatz); unterlassene Hilfeleistung (Konkurrenzen).

§ 225 StGB; § 224 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

1022. BGH 3 BGs 134/15 2 BJs 18/15-5 – Beschluss vom 9. September 2015

BGHR; Pflichtverteidigerbestellung (Antragsrecht des Beschuldigten; Bestellung durch das Gericht von Amts wegen; Befassung mit der Sache; Erfordernis eines Antrags der Staatsanwaltschaft; „Herrin des Verfahrens“; Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Objektivität; Rechtsschutz gegen Prozesshandlungen der Staatsanwaltschaft; faires Verfahren; Waffengleichheit).

§ 141 StPO; § 140 StPO; § 23 EGGVG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1023. BGH 5 StR 199/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Berlin)

Fehlende Feststellungen zur gewaltsamen Nötigung des Tatopfers bei der Vergewaltigung.

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1024. BGH 5 StR 222/15 – Urteil vom 15. September 2015 (LG Frankfurt [Oder])

Mord aus niedrigen Beweggründen bei anlassloser Tötung eines Kleinkindes (Inkonnexität von Tötung und Motivlage des Täters; Degradierung des Opfers zum Objekt der Wut; den Eigenwert des Opfers negierender Vernichtungswille; normalpsychologischer Antrieb; Feh-

len eines rechtlich beachtlichen Grundes; Begreiflichkeit der Tötung nach normativen Deutungsmustern; Vorverhalten des Opfers; vollkommene Überforderung; eklatant menschenverachtendes Tatbild); Grausamkeit.

§ 211 StGB

1025. BGH 5 StR 289/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Hamburg)

Ausnahmsweise auszuschließendes Beruhen trotz nach dem letzten Wort des Angeklagten abgegebenen weiteren Erklärungen.

§ 258 StPO

1026. BGH 5 StR 310/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Braunschweig)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

1027. BGH 5 StR 311/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit; Erfordernis einer über die Diagnose hinausgehenden wertenden Betrachtung; unspezifisches Störungsbild; fehlende Mitteilung der Anknüpfungstatsachen des Sachverständigen).

§ 63 StGB

1028. BGH 5 StR 314/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Kiel)

Vermögensschaden beim Abschluss von kreditfinanzierten Autokaufverträgen unter Vorlage gefälschter Verdienstbescheinigungen als Bonitätsnachweis (Kreditbetrug; Eingehungsbetrug; schadensgleiche Vermögensgefährdung; konkrete Schadensbezeichnung; Risikoungleichgewicht; Verlustrisiko; Bonität; bankübliche Bewertungsansätze; Wertberichtigung; tatsächlicher Verlauf des Darlehensverhältnisses; Schädigungsvorsatz;).

§ 263 StGB

1029. BGH 5 StR 321/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1030. BGH 5 StR 341/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Leipzig)

Strafrahmenverschiebung bei alkoholbedingter Verminderung der Schuldfähigkeit (uneingeschränkt vorwerfbare Trunkenheit; Alkoholkrankung; den Täter beherrschender Hang).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1031. BGH 5 StR 360/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1032. BGH 5 StR 363/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Dresden)

Unterlassene Hilfeleistung (Erforderlichkeit und Möglichkeit der Hilfeleistung; fehlende Feststellungen; Zubiligung einer „Schrecksekunde“).

§ 323c StGB

1033. BGH 5 StR 364/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Göttingen)

Fehlende Mitteilung über ein nicht öffentlich und ohne den Angeklagten geführtes Verständigungsgespräch (schwerwiegender Verstoß; nicht ausschließbares Beruhen); fehlende Protokollierung.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 337 StPO

1034. BGH 5 StR 367/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Potsdam)

Begehung der (gefährlichen) Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (Verstärkung der Wirkung der Körperverletzungshandlung; Schwächung der Abwehrmöglichkeiten; bloße Anwesenheit; bereits wehrloses Opfer); finale Verknüpfung von Nötigung und Wegnahme beim Raub; rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 249 StGB; § 64 StGB

1035. BGH 5 StR 370/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Frankfurt (Oder))

Fehlen hinreichender Feststellungen zur tatbestandsspezifischen Verknüpfung von Nötigung und Wegnahme beim Raub.

§ 249 StGB

1036. BGH 5 StR 380/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1037. BGH 5 StR 382/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1038. BGH 5 StR 388/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1039. BGH 5 StR 394/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1040. BGH 5 StR 414/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Saarbrücken)

Befugnis zur Feststellung der Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme.

§ 346 Abs. 1 StPO

1041. BGH 5 AR (Vs) 46/15 – Beschluss vom 29. September 2015

Verwerfung der Rechtsbeschwerde als unzulässig.

§ 29 Abs. 1 EGGVG

1042. BGH AK 30/15 – Beschluss vom 24. September 2015

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland;

Untersuchungshaft; Schwerekriminalität; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Verhältnismäßigkeit; Anwendung des deutschen Strafrechts.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO; § 7 StGB

1043. BGH AK 31/15 – Beschluss vom 1. Oktober 2015

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland; Untersuchungshaft; Schwerekriminalität; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Verhältnismäßigkeit; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 89a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO

1044. BGH 1 StR 11/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Berlin)

Schmuggel (Verhältnis zur Steuerhinterziehung: Spezialität; Verhältnis zur Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall: Strafrahenentnahme von § 370 Abs. 3 AO a.F. für § 373 AO a.F.).

§ 373 AO; § 373 AO a.F.; § 370 Abs. 1 AO; § 370 Abs. 3 AO a.F.

1045. BGH 1 StR 135/15 – Beschluss vom 2. September 2015

Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

1046. BGH 1 StR 149/15 – Beschluss vom 23. Juli 2015 (LG Kempten)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilung; Beruhen).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1047. BGH 1 StR 16/15 – Beschluss vom 21. Juli 2015 (LG Kempten)

Ausspähen von Daten (Überwinden einer Zugangssicherung; Begriff der Zugangssicherung, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 202a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1048. BGH 1 StR 187/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Augsburg)

Auffangrechtserwerb (Berücksichtigung der Härtefallklausel); Absehen von der Anordnung des Verfalls in Härtefälle (Erörterung im Urteil).

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

1049. BGH 1 StR 235/14 – Beschluss vom 3. September 2015 (LG Mannheim)

Anhörungsgrüge.

§ 356a StPO

1050. BGH 1 StR 239/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Augsburg)

Umsatzsteuerhinterziehung (Geltendmachung von Vorsteuerabzug in einem Umsatzsteuerkarussell; unzulängliche Berechnungsdarstellung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG; § 261 StPO

1051. BGH 1 StR 52/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Amberg)

Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

1052. BGH 1 StR 255/15 – Beschluss vom 3. September 2015 (LG Deggendorf)

Erwerb kinder- und jugendpornographischer Schriften (mehrere Dateidownloads während einer Internetsitzung: Tateinheit; Verhältnis zum Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: erforderliches Gewicht der zu erwartenden Taten); Strafzumessung (Berücksichtigung der Einziehung eines werthaltigen Gegenstandes).

§ 184b Abs. 4 StGB a.F.; § 184c Abs. 4 StGB a.F.; § 52 StGB; § 63 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 74 StGB

1053. BGH 1 StR 307/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Mosbach)

Unbegründete Anhörungsgrüge.

§ 356a StPO

1054. BGH 1 StR 362/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Landshut)

Verstoß gegen Weisungen (Weisung, keinen Kontakt mit bestimmten Personengruppen aufzunehmen; kein Verstoß bei Nichtunterbinden einer Kontaktaufnahme durch Mitglied der Personengruppe); sexueller Missbrauch von Kindern (Gewährenlassen der Vornahme sexueller Handlungen durch Kinder).

§ 145a StGB; § 176 Abs. 1 StGB

1055. BGH 1 StR 412/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Coburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Nebenwirkungen einer Verurteilung: drohende berufsergerichtliche Maßnahmen).

§ 46 Abs. 1 StGB

1056. BGH 1 StR 602/14 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Augsburg)

Unbegründete Anhörungsgrüge.

§ 356a StPO

1057. BGH 2 StR 12/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Marburg)

Schwere räuberische Erpressung (Verwenden einer Waffe: Schreckschusspistole; Darstellung im Urteil).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1058. BGH 2 StR 15/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten: betrugspezifische Auslegung, hier: Abhebung am Geldautomaten mit berechtigt erlangter Bankkarte und Geheimnummer, Ergänzung um Gesamtbetrachtung; Verhältnis zu einem vorher begangenen Betrug zur Erlangung der Daten).

§ 263a Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1059. BGH 2 StR 16/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten: betrugspezifische Auslegung, Ergänzung um Gesamtbeurteilung; Verhältnis zu einem vorher begangenen Betrug zur Erlangung der Daten).

§ 263a Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1060. BGH 2 StR 26/15 – Beschluss vom 13. August 2015 (LG Bonn)

Hehlerei (Absatzhilfe: Erforderlichkeit eines Absatz Erfolgs); tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 259 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1061. BGH 2 StR 31/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Rostock)

Bildung einer Gesamtstrafe (Anrechnung von zur Erfüllung von Auflagen erbrachten Leistungen auf die Gesamtstrafe).

§ 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB; § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2-4 StGB

1062. BGH 2 StR 38/15 – Beschluss vom 28. Juli 2015 (LG Mühlhausen)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Darstellung im Urteil); Inbegriffsrüge (Hinweise für Verwertung eines nicht verlesenen Schriftstücks); Urkundenfälschung (Konkurrenzverhältnis zwischen dem Herstellen und dem Gebrauchmachen von einer unechten Urkunde).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StGB

1063. BGH 2 StR 47/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Gera)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit bei mehreren Einzelhandlungen des Handeltreibens).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB.

1064. BGH 2 StR 49/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Darmstadt)

Hinweis auf Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts (Änderung der Beteiligungsform).

§ 265 Abs. 1 StPO

1065. BGH 2 StR 62/15 – Beschluss vom 13. August 2015 (LG Wiesbaden)

Adhäsionsverfahren (Begründung der Adhäsionsentscheidung: Auseinandersetzung mit Verteidigungsvorbringen; Berechnung des Schadensersatzanspruchs: Wahrung des Anspruchs).

§ 406 Abs. 1 Satz StPO; § 249 Abs. 2 BGB

1066. BGH 2 StR 65/15 – Beschluss vom 24. September 2015

Abgabe der Sache an den 4. Strafsenat.

1067. BGH 2 StR 79/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Bonn)

Sachbeschädigung (Tateinheit).

§ 303 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

1068. BGH 2 StR 109/15 – Beschluss vom 28. Juli 2015 (LG Erfurt)

Raub (finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme).

§ 249 Abs. 1 StGB

1069. BGH 2 StR 115/15 – Urteil vom 12. August 2015 (LG Rostock)

Unterlassene Hilfeleistung (andere Straftat als Unglücksfall).

§ 323c StGB

1070. BGH 2 StR 128/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Gießen)

Strafzumessung (Berücksichtigung eines großen zeitlichen Abstands zwischen Tat und Aburteilung und langer Verfahrensdauer).

§ 46 Abs. 1 StGB

1071. BGH 2 StR 130/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Gießen)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (bloße Vermutung).

§ 261 StPO

1072. BGH 2 StR 136/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Aufhebung der Feststellungen durch das Revisionsgericht (Feststellungen des neuen Tatgerichts: Übernahme der aufgehobenen Feststellungen).

§ 353 Abs. 2 StPO

1073. BGH 2 StR 82/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1074. BGH 2 StR 86/15 – Beschluss vom 12. August 2015 (LG Wiesbaden)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe.

§ 55 Abs. 1 StGB

1075. BGH 2 StR 91/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1076. BGH 2 StR 146/15 – Beschluss vom 2. Juli 2015 (LG Rostock)

Verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholisierung als Grund der fehlenden Hemmungsfähigkeit: Blutalkoholkonzentration als Indikator).

§ 21 StGB; § 20 StGB

1077. BGH 2 StR 186/15 – Beschluss vom 11. Juni 2015 (LG Hanau)

Betrug (Vermögensschaden: individueller Schadenseinschlag).

§ 263 Abs. 1 StGB

1078. BGH 2 StR 239/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Mühlhausen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).

§ 63 StGB

1079. BGH 2 StR 242/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Erfurt)

Hinweis auf veränderten rechtlichen Gesichtspunkt (Erforderlichkeit auch bei drohender Verurteilung nach milderem Strafgesetz).

§ 265 Abs. 1 StPO

1080. BGH 2 StR 294/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.

§ 44 StPO

1081. BGH 2 StR 324/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Darmstadt)

Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1082. BGH 2 StR 396/14 – Beschluss vom 5. Oktober 2015

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Gerichtsentscheidung durch Beschluss außerhalb der Hauptverhandlung: Ablehnungszeitpunkt).

§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

1083. BGH 2 StR 431/14 – Urteil vom 16. September 2015 (LG Fulda)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung in einem freisprechenden Urteil; Umgang mit Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

1084. BGH 2 ARs 142/15 2 AR 95/15 – Beschluss vom 8. September 2015

Zuständigkeit in Jugendstrafsachen (Abgabe des Verfahrens, wenn der Angeklagte seinen Aufenthaltsort gewechselt hat).

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

1085. BGH 2 ARs 211/15 2 AR 143/15 – Beschluss vom 8. September 2015

Nachträgliche Entscheidung über Auflagen im Jugendstrafverfahren (zuständiger Jugendrichter).

§ 65 Abs. 1 Satz 4 JGG

1086. BGH 4 StR 117/15 – Beschluss vom 16. Juli 2015 (LG Würzburg)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Schaffung einer konkreten verkehrstypischen Gefahr: Schüsse auf ein Fahrzeug); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels einer Waffe: unmittelbares Einwirken des Tatmittels auf den Körper).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1087. BGH 4 StR 128/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Essen)

Betrug (eine Tat bei einer Täuschungshandlung und mehreren Vermögensverfügungen).

§ 263 Abs. 1 StGB

1088. BGH 4 StR 142/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Essen)

Betrug (eine Tat bei einer Täuschung und mehreren Vermögensverfügungen).

§ 263 Abs. 1 StGB

1089. BGH 4 StR 38/15 – Beschluss vom 6. Oktober 2015 (LG Kaiserslautern)

Betrug (Verhältnis von Betrugstaten bei sich überschneidenden Täuschungshandlungen: Tateinheit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

1090. BGH 4 StR 85/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Detmold)

Anhörungsrüge (Zulässigkeit: Mitteilung und Glaubhaftmachung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung von Tatsachen, aus denen sich Gehörsverletzung ergibt).

§ 356a StPO

1091. BGH 4 StR 99/15 – Urteil vom 13. August 2015 (LG Essen)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont: Anforderungen an die Darlegung im Urteil).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 2 StPO

1092. BGH 4 StR 151/15 – Urteil vom 10. September 2015 (LG Detmold)

Versuchte Strafvereitelung (erforderlicher Vorsatz; untauglicher Versuch bei nur vorgestellter Vortat; täterschaftliche Begehung).

§ 258 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 StGB; § 25 StGB

1093. BGH 4 StR 152/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Magdeburg)

Erpressung (Begriff der Gewalt; konkludente Drohung durch schlüssiges Handeln: Verwirklichung einer räuberischen Erpressung); Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Freiheitsstrafe von über einem Jahr: Sozialprognose, Darstellung im Urteil).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 56 StGB; § 268a StPO

1094. BGH 4 StR 184/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Dortmund)

Erpresserischer Menschenraub (Sichbemächtigen: stabile Bemächtigungslage; Ausnutzen der Verfügungsgewalt zu einer Erpressung: funktionaler Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und Nötigung).

§ 239a Abs. 1 StGB

1095. BGH 4 StR 211/15 – Beschluss vom 13. August 2015 (LG Dessau-Roßlau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1096. BGH 4 StR 217/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Siegen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1097. BGH 4 StR 251/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Essen)

Urteilsgründe (Angabe der zu Grunde liegenden Strafnormen).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1098. BGH 4 StR 272/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Bochum)

Rechtsmittelverzicht (Protokollvermerk: keine Wirksamkeitsvoraussetzung, nur Beweisanzeichen; keine Rücknahme).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 273 Abs. 3 StPO

1099. BGH 4 StR 301/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Kaiserslautern)

Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage: Vorsatz bezüglich des Vorliegens einer schutzlosen Lage).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 StGB

1100. BGH 4 StR 334/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Dessau-Roßlau)

Beschränkung der Revision (Zulässigkeit: selbstständige Anfechtung der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

1101. BGH 4 StR 347/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Zweibrücken)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Täterschaft bei ausschließlicher Beteiligung am Transport der Betäubungsmittel).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 StGB

Für eine zutreffende Einordnung der Beteiligung des Kuriers an einem Betäubungsmittelgeschäft ist der jeweils konkrete Tatbeitrag für das Umsatzgeschäft insgesamt und nicht allein für den Teilbereich des Transports zu bewerten. Einer Tätigkeit, die sich im bloßen Transport von Rauschgift erschöpft, kommt dabei eine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit in der Regel nicht zu. (vgl. BGH NSTZ-RR 2012, 375).

1102. BGH 4 StR 355/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Stendal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1103. BGH 4 StR 359/15 – Beschluss vom 22. September 2015 (LG Mönchengladbach)

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs: Voraussetzungen, Betrachtung nach dem Rücktrittshorizont des Täters); Verwertung des Schweigens des Angeklagten (Vorliegen eines Teilschweigens).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO