

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 Rüb-
enstahl, 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

Prof. Dr. Paul Krell, Bucerius Law School, Hamburg – **Gedanken zur Straflosigkeit von Beschuldigtenlügen bei den §§ 145d, 164 StGB** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2015 Nr. 358 S. 483

Prof. Dr. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim – **Zur Rechtsbeugung und ihrer Sperrwirkung** S. 492

1. StA Marco Mayer, Karlsruhe – **HRRS-Praxishinweis: Leichtfertige Geldwäsche durch sogenannte „Finanzagenten“** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 1005 S. 500

Prof. Dr. Guido Kirchhoff, Ostfalia Wolfenbüttel – **Das Recht auf konfrontative Befragung im Ermittlungsverfahren** S. 506

Entscheidungen

BVerfG **Überzogene Darlegungsanforderungen im Klageerzwingungsverfahren**

BVerfG **Auslagererstattung bei dauerhafter Verhandlungsunfähigkeit**

BGHSt **Grenzen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat**

BGHSt **Verfahrenshindernis nach unzulässiger Tatprovokation**

BGHSt **Zulässigkeit der Divergenzvorlage**

BGH **Anfrageverfahren zur Strafzumessung bei verschuldeter Trunkenheit**

BGH **Mangelnde Bindung der Verständigungs-Rechtsprechung des BVerfG zum Beruhen**

BGH **Mitteilungspflicht bei Gesprächen über Teileinstellungen**

BGH **Anfrageverfahren zur einheitlichen Tat beim Handeltreiben mit BtM**

BGH **Voraussetzungen des Berufsverbots bei Ärzten**

Die Ausgabe umfasst 85 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

16. Jahrgang, Dezember 2015, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1106. BVerfG 2 BvR 912/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (Hanseatisches OLG)

Klageerzwingungsverfahren (erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung von Ermittlungen gegen Ärzte wegen des Todes eines Kindes nach einer Operation; Recht auf effektiven Rechtsschutz; kein Leerlaufen von Rechtsbehelfen; überspannte Darlegungsanforderungen an einen Klageerzwingungsantrag; keine Darlegungen über das für eine Schlüssigkeitsprüfung Erforderliche hinaus; Wiedergabe von Sachverständigengutachten nur ihrem wesentlichen Inhalt nach; keine Negativmitteilung hinsichtlich möglicher weiterer Einlassungen eines Beschuldigten); Fahrlässigkeit (Organisationsverschulden im Gesundheitswesen). Art. 19 Abs. 4 GG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 222 StGB; § 229 StGB

1. Das von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz verbietet es, einen von der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten Rechtsbehelf durch eine überstrenge Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften für den Betroffenen leerlaufen zu lassen. Formerfordernisse dürfen nicht weiter gehen, als es durch ihren Zweck geboten ist.

2. Es begegnet im Grundsatz keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO so auszulegen, dass der Klageerzwingungsantrag in groben Zügen den Gang des Ermittlungsverfahrens, den Inhalt der angegriffenen Bescheide und die Gründe für ihre Unrichtigkeit wiedergeben und eine aus sich selbst heraus verständliche Schilderung des Sachverhalts enthalten muss, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage in materieller und formeller Hinsicht rechtfertigt.

3. Die Darlegungsanforderungen werden jedoch überspannt, wenn von dem Antragsteller verlangt wird, sich mit rechtlich Irrelevantem auseinanderzusetzen, sich ohne Veranlassung Kenntnis von den Akten zu verschaffen oder die staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen oder die Einlassungen des Beschuldigten auch in irrelevanten Abschnitten wiederzugeben, obwohl sich deren wesentlicher Inhalt aus der Antragschrift ergibt.

4. In einem Verfahren gegen mehrere Ärzte wegen des Todes eines Kindes nach einer Operation kann von dem Antragsteller zwar verlangt werden, die Fragestellungen und wesentlichen Ergebnisse mehrerer Sachverständigengutachten zur Einhaltung von Standards der postoperativen Überwachung nach einer Anästhesie darzulegen. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind jedoch verletzt, wenn darüber hinaus gefordert wird, auch die Gründe für die Gutachtaufträge sowie die Kontexte wiederzugeben, in denen die aus den Gutachten zitierten Passagen im Original stehen, obwohl dies für eine Prüfung der Schlüssigkeit des Klageerzwingungsantrags ohne Relevanz ist.

5. Ebenso kann zwar grundsätzlich gefordert werden, Einlassungen der Beschuldigten ihrem wesentlichen Inhalt nach wiederzugeben. Ist dies jedoch geschehen, so darf der Antrag nicht allein deshalb als unzulässig verworfen werden, weil in der Antragschrift die Bestätigung fehlt, dass es keine weiteren wesentlichen Einlassungen gibt.

1105. BVerfG 2 BvR 388/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2015 (OLG Rostock / LG Stralsund)

Auslagenentscheidung bei Verfahrenseinstellung wegen dauerhafter Verhandlungsunfähigkeit (Verletzung des Willkürverbots durch Ermessensnichtgebrauch; Stärke des Tatverdachts als zulässiges Kriterium bei der Ermessensausübung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; prozessuale Überholung durch Beschwerdeentscheidung).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 206a StPO; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO

1. Wird ein Strafverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens wegen eines dauerhaften Verfahrenshindernisses eingestellt, kann das Gericht nach dem Gesetz nur dann davon absehen, dem Angeschuldigten dessen notwendige Auslagen zu erstatten, wenn es überzeugt ist, dass der Angeschuldigte ohne das Verfahrenshindernis verurteilt worden wäre.

2. Übt das Gericht bei seiner Auslagenentscheidung nach § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO in Verkennung des Ausnahmecharakters der Norm und entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut kein Ermessen aus, so ist seine Entscheidung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar und daher willkürlich.

3. Ungeachtet der Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit bei der Ausübung des Ermessens auf die Stärke des Tatverdachts abgestellt werden darf, liegt jedenfalls in der bloßen Feststellung, gegen den Angeschuldigten bestehe zumindest weiterhin ein hinreichender Tatverdacht, keine Ermessensausübung.

4. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde besteht hinsichtlich einer erstinstanzlichen Entscheidung ausnahmsweise auch nach einer Beschwerdeentscheidung fort, wenn das Beschwerdegericht gesetzlich an die tatsächlichen Feststellungen der erstinstanzlichen Entscheidung gebunden ist, so dass diese mit der Beschwerdeentscheidung nicht prozessual überholt ist.

1107. BVerfG 2 BvR 2088/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. November 2015 (OLG Frankfurt am Main)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; US-amerikanischer Staatsangehöriger; Haftbefehl wegen Wertpapierbetruges und Geldwäsche; Willkürmaßstab; Gebot der Verhältnismäßigkeit als unabdingbarer verfassungsrechtlicher Grundsatz; Verbot unerträglich harter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen; grundsätzliche Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen; Begründungsanforderungen an eine Auslieferungsentscheidung; einzel-fallbezogene Bestimmung der zu erwartenden Strafe; Grundsatz der Amtsaufklärung und Darlegungslast des Verfolgten; Vorstrafensituation als Teil der Vorgesichte des Angeklagten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 73 Satz 1 IRG; Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsv-USA

1. Auch im Auslieferungsverfahren prüft das Bundesverfassungsgericht die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestands, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall nur daraufhin nach, ob spezifisches Verfassungsrecht verletzt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die fachgerichtliche Entscheidung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar und damit willkürlich ist.

2. Behörden und Gerichte müssen sich außerdem verge-wissern, dass die Auslieferung mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, zu denen das Gebot der Verhältnismäßigkeit zählt. Eine Auslieferung ist unzulässig, wenn die Strafe, die dem Verfolgten im ersuchenden Staat droht, unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen und damit unerträglich hart erscheint oder wenn sie grausam, unmenschlich oder erniedrigend ist.

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

4. Bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Auslieferung mit den verfassungsrechtlichen Mindeststandards erhöhen sich die Begründungsanforderungen mit dem Ausmaß des drohenden Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen. Daher sind in jedem Fall Ausführungen zu der im Einzelfall zu erwartenden Strafe erforderlich, wobei auch die zu erwartenden Umstände der Strafvoll-

streckung, des Strafvollzuges und einer möglichen Strafaussetzung zu berücksichtigen sind.

5. Auch wenn im Auslieferungsverfahren der Grundsatz der Amtsaufklärung gilt, ist dem ersuchenden Staat im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Den Verfolgten trifft insoweit eine Darlegungslast dafür, dass gerade im konkreten Fall die genannten Grundsätze mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit nicht eingehalten werden. Anderes gilt nur dann, wenn in dem ersuchenden Staat eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte besteht.

6. Die Entscheidung über eine Auslieferung – hier: eines US-amerikanischen Staatsangehörigen an die Vereinigten Staaten unter anderem wegen „Verschwörung“ zum Wertpapierbetrug und zur Geldwäsche – genügt den Begründungsanforderungen, wenn sie sich mit der konkret zu erwartenden Strafe, der Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung sowie damit auseinandergesetzt, ob dies mit dem Gebot des sinn- und maßvollen Strafens vereinbar ist. Dabei verletzt es nicht das Willkürverbot, wenn das Gericht die Mitteilung der amerikanischen Behörden, bei der – innerhalb eines konkret benannten Strafrahmens – festzusetzenden Strafe sei unter anderem die „Vorgeschichte“ des Angeklagten zu berücksichtigen, so interpretiert, dass hiervon auch die Vorstrafen des Angeklagten erfasst sind.

1108. BVerfG 2 BvR 3071/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (OLG Hamm)

Strafvollzugsrecht (effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde; Nachprüfung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Entbehrlichkeit einer Nachprüfung bei erkennbar singulären Rechtsfehlern).
Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Das von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz verbietet es, den Rechtsuchenden mit einem unübersehbaren „Annahmerisiko“ und dessen Kostenfolgen zu belasten. Die Rechtsmittelgerichte dürfen ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel außerdem nicht durch die Art und Weise, in der sie die gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zu einer Sachentscheidung auslegen und anwenden, ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer leerlaufen lassen.

2. Die Nachprüfung von Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung kann auch bei einer fehlerhaften Rechtsanwendung in der angefochtenen Entscheidung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Rechtsfehler in weiteren Fällen Bedeutung erlangen wird.

3. Allerdings verlangt Art. 19 Abs. 4 GG in derartigen Fällen, dass konkrete tatsächliche Umstände die Prognose rechtfertigen, die Strafvollstreckungskammer werde den Rechtsfehler künftig vermeiden. Die bloße Vermutung, das Ausgangsgericht werde sich durch die Erwägungen des Beschwerdegerichts in der Beschlussbegründung belehren lassen und diese bei künftigen Entscheidungen berücksichtigen, rechtfertigt eine Verwerfung der Rechtsbeschwerde nicht.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1184. BGH 4 StR 352/15 – Beschluss vom 6. Oktober 2015 (LG Aachen)

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag: Rücktrittshorizont des Täters, Unzulänglichkeit bisheriger Drohungen).
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs 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 allenfalls Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann, sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung.

2. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen (hier: Unzulänglichkeit bisheriger Drohungen). Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (vgl. BGH NJW 2015, 2898, 2899).

1149. BGH 2 StR 71/15 – Urteil vom 16. September 2015 (LG Köln)

Versuchter Diebstahl (unmittelbares Ansetzen).
§ 242 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl vor, wenn ein

Diebstahl aus der Wohnung eines Opfers dadurch ermöglicht werden soll, dass sich ein Täter unter einem Vorwand Einlass verschafft, um das Tatopfer abzulenken und dann zu bestehlen. Der Angriff auf den fremden Gewahrsam beginnt in diesen Fällen bereits mit dem Begehren um Einlass.

2. Nach § 22 StGB versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Hierfür ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan schon bei ungestörtem Fortgang unmittelbar in die tatbestandliche Handlung einmünden.

3. Dies ist der Fall, wenn der Täter die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestands übergeht. Nicht als Zwischenakte in diesem Sinne anzusehen sind Handlungen, die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan der Täter als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden; dies kann auch für ein notwendiges Mitwirken des Opfers gelten. Maßgebliche Kriterien für die Beurteilung im Einzelfall sind u.a. die Dichte des Tatplans und der Grad der Rechtsgutgefährdung (vgl. BGH NStZ 2002, 309).

1166. BGH 2 StR 483/14 – Urteil vom 16. September 2015 (LG Gießen)

Tötungsvorsatz (Voraussetzungen; tatrichterliche Beweiswürdigung; Darstellung der Einlassung des Angeklagten im Urteil).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Fest-

stellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen (vgl. BGH NStZ 2011, 699). Dabei ist die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator (vgl. BGH NStZ 2012, 443, 444). Bei der Würdigung des Willenselements sind neben der konkreten Angriffsweise regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation mit in die Betrachtung einzubeziehen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 267, 268).

2. Es kann bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen zwar nahe liegen, dass der Täter damit rechnet, dass sein Opfer zu Tode kommen könnte, und er dies billigend in Kauf nimmt, wenn er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt. Aber immer ist auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Liegen Umstände vor, die auf diese Möglichkeit hinweisen, muss sich der Tatrichter damit auseinandersetzen.

3. Aus § 267 StPO, der den Inhalt der Urteilsgründe festlegt, ergibt sich zwar nicht, dass das Gericht verpflichtet ist, eine Beweiswürdigung im Urteil vorzunehmen, in der die Einlassung des Angeklagten mitgeteilt und diese Einlassung unter Bewertung der sonstigen Beweismittel gewürdigt wird. Doch ist unter sachlich-rechtlichem Blickwinkel regelmäßig eine Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten erforderlich, damit das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob sich der Tatrichter unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise eine tragfähige Grundlage für seine Überzeugungsbildung verschafft und das materielle Recht richtig angewendet hat (vgl. BGH NStZ 2015, 299). Es bedarf somit einer geschlossenen und zusammenhängenden Wiedergabe wenigstens der wesentlichen Grundzüge der Einlassung des Angeklagten, regelmäßig auch mit Blick auf die subjektive Tatseite, um die Beweiswürdigung des Tatrichters auf sachlich-rechtliche Fehler hin überprüfen zu können.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1112. BGH 3 StR 218/15 – Urteil vom 27. Oktober 2015 (LG München I)

BGHSt; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Staatsschutzklausel; Zivilperson in ausländischem Staat; bewaffneter Konflikt; Verteidigungshandlungen; keine Maßgeblichkeit der völkerrechtlichen Bewertung; restriktive Auslegung; Sympathie mit terroristischer Organisation; „Syrien-Konflikt“).

§ 89a StGB

1. Wer sich als Zivilperson in einem ausländischen Staat, auf dessen Gebiet ein bewaffneter Konflikt zwi-

schen Regierungstruppen und Widerstandsgruppen bzw. terroristischen Organisationen – aber auch unter diesen – ausgetragen wird, bei einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung aufhält und sich von diesem im Gebrauch von Schusswaffen zu dem Zweck unterweisen lässt, sich und seine Angehörigen im Falle eines Angriffs auch staatlicher Streitkräfte verteidigen zu können, bereitet in der Regel auch dann keine schwere staatsgefährdende Gewalttat im Sinne von § 89a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 1 StGB vor, wenn er mit der betreffenden terroristischen Vereinigung sympathisiert. (BGHSt)

2. Nicht jede Gewalthandlung gegen Leib oder Leben von Personen, die auf Seite eines Staates in einem bewaffneten Konflikt kämpfen, erfüllt per se ohne Berücksichtigung der sonstigen Umstände die Voraussetzungen der Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB. Insbesondere dann, wenn es bei in den Blick genommenen Handlungen allein darum geht, Gefahren für Leib und Leben zu begegnen, liegt die Bejahung der Voraussetzungen des § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB regelmäßig fern, selbst wenn die Handlungen mittelbar gegen die staatliche Ordnung gerichtet sind. Ob der Betreffende bei solchen defensiven Handlungen unter den Voraussetzungen eines formalen Rechtfertigungsgrundes, handelt, ist ebenso wenig entscheidend wie die völkerrechtliche Bewertung der Handlungen der Beteiligten. (Bearbeiter)

3. Die ratio legis des § 89a StGB zielt auf die Verfolgung des sog. terroristischen Einzeltäters und nicht auf Fälle, in denen eine Person, die sich in dem Gebiet eines im außereuropäischen Ausland stattfindenden bewaffneten Konflikts aufhält, ohne sich an diesem aktiv durch eigene Gewalthandlungen zu beteiligen, von einem Familienangehörigen in die Bedienung der der Familie zur Verfügung stehenden Waffen eingewiesen wird, um sich mit diesen bei einem Angriff einer der Konfliktparteien auf Leib und Leben gegen die konkret angreifenden Personen verteidigen zu können. (Bearbeiter)

4. Mit Blick darauf, dass nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sämtliche ausländische Staaten – darunter etwa auch Diktaturen oder sonstige Unrechtsstaaten – von der Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 Satz 2 mitumfasst werden, legen Sinn und Zweck der Norm sowie völkerrechtliche Grundsätze wie derjenige der Nichteinmischung eine zurückhaltende, die konkreten Umstände angemessen in den Blick nehmende Anwendung der Vorschrift auf ausländische Sachverhalte und dabei insbesondere solche nahe, die sich in einem bereits lange andauernden bewaffneten Konflikt ereignen, der sich auf dem Gebiet eines ausländischen Staates oder mehrerer ausländischer Staaten zuträgt und insgesamt wesentlich durch massive Gewalthandlungen der an dem Konflikt beteiligten zahlreichen Parteien geprägt wird. (Bearbeiter)

5. § 89a StGB würde bezüglich seiner materiellrechtlichen Voraussetzungen überdehnt bzw. entgrenzt, wollte man ihn in extensiver Weise auf die Vorbereitung jedweder die äußere oder innere Sicherheit eines beliebigen Staates dieser Welt gefährdenden Gewalttat anwenden. (Bearbeiter)

1115. BGH 3 StR 242/15 – Urteil vom 3. September 2015 (LG Kleve)

Heimtücke trotz offen feindseliger Vorgehensweise (Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und Angriff; erste mit Tötungsvorsatz geführte Handlung; keine Verteidigungsmöglichkeit; Abwehrversuche im letzten Moment).

§ 211 StGB

Heimtückisches Handeln erfordert kein „heimliches“ Vorgehen. Das Opfer kann auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem

unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs. Abwehrversuche, die das durch einen überraschenden Angriff in seinen Verteidigungsmöglichkeiten behinderte Opfer im letzten Moment unternommen hat, stehen der Heimtücke daher nicht ohne Weiteres entgegen.

1165. BGH 2 StR 441/14 – Urteil vom 21. Juli 2015 (LG Bonn)

Schwerer Bandendiebstahl (Voraussetzungen der Bande: Bandenabrede, Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung).

§ 244 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Wegen schweren Bandendiebstahls gemäß § 244a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds einen Diebstahl der in § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Art begeht. Eine Bande in diesem Sinne setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen mit dem Willen voraus, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Diebstähle zu begehen (vgl. BGHSt 46, 321, 325). Nicht erforderlich ist die gegenseitige verbindliche Verpflichtung zur Begehung bestimmter Delikte; es genügt vielmehr auch die Übereinkunft, in Zukunft sich ergebende günstige Gelegenheiten zu gemeinsamer Tatbegehung zu nutzen (vgl. BGH NStZ 2009, 35, 36).

2. Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der so genannten Bandenabrede. Sie setzt den Willen voraus, sich mit anderen zu verbinden, um künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu begehen. Sie bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung; die Bandenabrede kann auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Das Vorliegen einer Bandenabrede kann daher auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden (vgl. BGHSt 50, 160, 161 f.). Haben sich die Täter jedoch von vornherein nur zur Begehung einer einzigen Tat verabredet und in der Folgezeit – auf der Grundlage eines jeweils neu gefassten Tatentschlusses – weitere Straftaten begangen, so fehlt es an der erforderlichen Bandenabrede (vgl. BGH NStZ 2009, 35, 36).

3. In Grenzfällen kann die Abgrenzung zwischen einer auf einer konkludent getroffenen Bandenabrede beruhenden Bandentat und bloßer Mittäterschaft schwierig sein. Erforderlich ist in diesen Fällen eine sorgfältige und umfassende Würdigung aller im konkreten Einzelfall für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände. Der Tatrichter muss sich insbesondere bewusst sein, dass ein Rückschluss von dem tatsächlichen deliktischen Zusammenwirken auf eine konkludente Bandenabrede für sich genommen zu kurz greifen kann (vgl. BGH StV 2013, 508, 509 f.).

1172. BGH 4 StR 54/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Dortmund)

Hehlerei (Vorsatz bzgl. der Vortat: Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung und die Darstellung im Urteil).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die genaue Kenntnis des Hehlers von der Vortat ist nicht erforderlich; es genügt vielmehr, dass dieser sich eine strafbare Handlung vorstellt, die als Vortat für eine Hehlerei prinzipiell geeignet ist.

2. Wie sich der Tatrichter die hinreichende Überzeugung vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der von ihm angewendeten Strafvorschriften verschafft, unterliegt seiner freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO). In welchem Umfang er sie in den Urteilsgründen mitzuteilen hat, hängt von den Gegebenheiten des jeweiligen Falles ab (vgl. BGH NStZ 2014, 459, Rn. 16). Das gilt regelmäßig auch dann, wenn die Verurteilung auf Geständnissen der Angeklagten beruht. Der Tatrichter ist daher nicht gehindert, auf der Grundlage der vom Täter glaubhaft eingeräumten objektiven Tatumsstände im Wege eines Indizschlusses auf das Vorliegen von Umständen zu schließen, die außerhalb seiner unmittelbaren Wahrnehmung liegen.

3. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, Feststellungen zum Vorsatz bezüglich der Vortat bei der Hehlerei könnten nicht auf der Grundlage geständiger Angaben des Täters getroffen werden. Der Tatrichter muss aber in den Urteilsgründen darlegen, auf welcher Grundlage er sich die Überzeugung davon verschafft hat, dass der Täter es als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt und sich wenigstens damit abgefunden hat, dass die jeweiligen Gegenstände durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat erlangt wurden (st. Rspr.).

1142. BGH 1 StR 473/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Traunstein)

Bedrohung (Verhältnis zum Versuch des Verbrechens: Konsumtion).

§ 241 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

Der Tatbestand der Bedrohung wird von dem versuchten Verbrechen konsumiert, wenn die angedrohte Tat mit dem Versuch oder der Vollendung des angedrohten Verbrechens zusammentrifft (vgl. BGH NJW 2005, 1203, 1205).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1117. BGH 3 StR 63/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015

Strafrahmenverschiebung bei selbst verschuldeter Trunkenheit (erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit; schuldhaftes Sich-Berauschen; tatrichterliche Ermessensausübung); Anfrageverfahren.

§ 21 StGB; § 49 StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

1. Hat der Tatrichter bei der Strafrahmenwahl neben der alkoholbedingten erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit alle relevanten weiteren schuld mildern den Gesichtspunkte berücksichtigt, so liegt nach Ansicht des Senats grundsätzlich kein Ermessensfehlergebrauch darin, dass er dem Angeklagten die fakultative Strafmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB (oder die Annahme eines minder schweren Falles) allein deswegen versagt, weil dieser sich schuldhaft durch Alkoholenuss in den Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit versetzt hat.

2. In der verschuldeten Herbeiführung eines Rausches liegt – wie sich auch der Wertung der §§ 323a StGB, 122 OWiG, 7 WStG entnehmen lässt – keine wertneutrale, sozialübliche Erscheinung, sondern im Hinblick auf die allgemeine Gefährlichkeit und Unberechenbarkeit des Berauschten ein selbstständiges, rechtlich fassbares, strafwürdiges Unrecht. Denn durch die zu verantwortende Berauschung versetzt sich der Täter in einen Zustand der – was allgemein bekannt ist – durch Enthemmung,

Verminderung von Einsichts- und Unterscheidungsvermögen und Verschlechterung von Reaktionsfähigkeit und Körperbeherrschung und die damit einhergehende gesteigerte Gefährlichkeit gekennzeichnet ist.

3. Es ist nach Ansicht des Senats nicht zweifelhaft, dass allein das verantwortliche Sich-Berauschen des Täters vor der Tat für sich ein schulderhöhender Umstand ist, der im Rahmen der Ermessensausübung nach § 21 StGB Berücksichtigung zu finden hat. Die sich daran anschließende Frage, ob dieser Umstand geeignet ist, im konkreten Fall die erhebliche alkoholbedingte Minderung der Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt so weit auszugleichen, dass das Absehen von der Strafrahmenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist, betrifft indes Wertungen, die, wie die Strafzumessung generell, Sache des Tatrichters ist und vom Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler überprüft werden kann.

4. Einen gesetzlichen Wertungsmaßstab dahin, dass eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB dem infolge schuldhaften Sich-Berauschtens in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkten Täter nur dann versagt werden darf, wenn ihm zumindest bewusst sein konnte, dass sich infolge seiner Alkoholisierung das Risiko strafbaren oder ordnungswidrigen Verhaltens signifikant erhöhen werde, vermag der Senat nicht zu erkennen.

1164. BGH 2 StR 423/14 – Urteil vom 11. März 2015 (LG Aachen)

Anordnung des Berufsverbots (Missbrauch des Berufs: nicht bereits, wenn Tatbegehung nur durch Beruf ermöglicht); Betäubungsmittelverabreichung mit Todesfolge (Verhältnis zum Totschlag: Tateinheit); Mord (Heimtücke); Totschlag (sonstiger minderschwerer Fall: Gesamtwürdigung).

§ 70 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. BtMG; § 211 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1. Für die Anordnung eines Berufsverbots ist zu prüfen, ob die Anlasstat in symptomatischer Weise die Unzuverlässigkeit des Täters in seinem Beruf erkennen lässt. Ein Missbrauch des Berufs liegt nur vor, wenn die Tat in einem inneren Zusammenhang mit der Berufsausübung steht. Es genügt nicht, dass der Beruf rein äußerlich die Möglichkeit gibt, bestimmte strafbare Handlungen zu begehen (vgl. BGH NJW 1983, 2099).

2. Der Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG wird nicht vom Totschlagstatbestand verdrängt. Vielmehr liegt Tateinheit vor.

3. Für das unerlaubte Verabreichen von Betäubungsmitteln mit Todesfolge scheidet eine teleologische Reduktion, wie sie nach dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit bei Überlassung von Betäubungsmitteln an Suizidenten angenommen wird, aus.

1188. BGH 4 ARs 29/14 – Beschluss vom 19. November 2015 (BGH)

Bemessung von Schmerzensgeld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten).

§ 253 Abs. 2 BGB

Der 4. Strafsenat schließt sich der Rechtsauffassung des Großen Senats für Zivilsachen in den Beschlüssen vom 6. Juli 1955 und vom 12. Oktober 2015 an, wonach bei der Bemessung einer billigen Entschädigung in Geld nach § 253 Abs. 2 BGB alle Umstände des Falles berücksichtigt werden können. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten können dabei nicht von vornherein ausgeschlossen werden. An seiner eigenen, weiter gehenden Rechtsprechung hält er nicht fest.

1137. BGH 1 StR 287/15 – Urteil vom 29. September 2015 (LG Traunstein)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der Schuldunfähigkeit: Alkoholrausch als Defektzustand, Anforderungen an die Darlegung im Urteil; Gefährlichkeitsprognose: Anordnung bei zu erwarteten Taten nur leichter Kriminalität, Bedrohung); trichterliche Beweiswürdigung (Abweichung von einem Sachverständigengutachten: Anforderungen an die Darlegung im Urteil).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 241 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. Bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus muss das Urteil mitteilen, welches Eingangsmerkmal der §§ 20, 21 StGB erfüllt ist und ob es sich dabei nur um eine vorübergehende Stö-

rung oder einen länger andauernden Defektzustand gehandelt hat. Dabei muss vom Tatgericht im Einzelnen dargelegt werden, wie sich die festgestellte, einem Merkmal von §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstaten auf den entsprechenden psychischen Zustand zurückzuführen sind (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75, 76 mwN).

2. Auch bei Zusammenwirken von Persönlichkeitsstörung und Alkoholkonsum kann eine Unterbringung nach § 63 StGB angebracht sein, wenn der Beschuldigte an einer krankhaften Alkoholsucht leidet, in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist oder an einer länger andauernden geistig-seelischen Störung leidet, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können und dies getan haben (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 207).

3. Für eine Unterbringung muss die Anlasstat selber nicht erheblich im Sinne des § 63 StGB sein muss. Maßgeblich ist vielmehr, welche Taten künftig von dem Täter infolge seines Zustands zu erwarten sind und ob diese erheblich sind

4. Zwar müssen die zu erwartenden Taten grundsätzlich im Bereich mittlerer Kriminalität liegen, jedoch ist eine Unterbringung nach § 63 StGB auch unter dieser Schwelle nicht völlig ausgeschlossen. Dann ist allerdings eine besonders sorgfältige Darlegung der Gefährlichkeitsprognose und der konkreten Ausgestaltung der Taten erforderlich (vgl. BGH NStZ 2014, 571, 573).

5. Auch Todesdrohungen können eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Rechtsfriedens darstellen, insbesondere wenn diese unter Einsatz gefährlicher Gegenstände ausgesprochen werden (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75, 77) und den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Sicherheitsempfinden beeinträchtigen, da die Bedrohung aus Sicht des Betroffenen die nahe liegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 337, 338).

6. Zwar darf das Tatgericht von der Einschätzung eines Sachverständigen abweichen. Dafür muss es sich aber erschöpfend mit dessen Ausführungen auseinandersetzen und diese im Einzelnen darlegen, da andernfalls dem Revisionsgericht eine Prüfung nicht möglich ist, ob der Tatrichter das Gutachten zutreffend gewürdigt und aus ihm rechtlich zulässige Schlüsse gezogen hat sowie woher sich sein besseres Fachwissen ergibt, nachdem er zuvor glaubte, sachverständiger Beratung zu bedürfen (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 105, 106).

1178. BGH 4 StR 275/15 – Urteil vom 22. Oktober 2015 (LG Detmold)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessen des Tatrichters: zu erwartende Wirkung eines erstmals erlebten Strafvollzugs, Anforderungen an die Darstellung im Urteil); Strafzumessung (erlittene Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund).

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 46 StGB; § 112 Abs. 1 StPO

1. Die Wirkungen eines erstmals erlebten längeren Strafvollzugs und von in diesem Rahmen (möglicherweise) wahrgenommenen Therapieangeboten können zwar im Einzelfall wesentliche gegen die Anordnung der Maßregel sprechende Gesichtspunkte darstellen (vgl. BGH StV 2011, 276). Ein Absehen von der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung trotz bestehender hangbedingter Gefährlichkeit kommt in Ausübung des in § 66 Abs. 2 (und Abs. 3) StGB eingeräumten Ermessens aber nur dann in Betracht, wenn bereits zum Zeitpunkt des Urteilslasses die Erwartung begründet ist, der Täter werde hierdurch eine Haltungsänderung erfahren, so dass für das Ende des Strafvollzugs eine günstige Prognose gestellt werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 272).

2. Im Zeitpunkt des Urteilslasses noch ungewisse positive Veränderungen und lediglich mögliche Wirkungen künftiger Maßnahmen im Strafvollzug können indes nicht genügen (vgl. BGH NStZ 2015, 510, 511). Solche möglichen Veränderungen sind, sofern sie eingetreten sind, erst im Rahmen der obligatorischen Entscheidung gemäß § 67c Abs. 1 StGB vor dem Ende des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu berücksichtigen.

3. Das Gericht muss prüfen, ob zumindest konkrete Anhaltspunkte für einen Behandlungserfolg vorliegen (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 172). Es gibt keine gesicherte Vermutung dahingehend, dass eine langjährige, erstmalige Strafverbüßung stets zu einer Verhaltensänderung führen wird (vgl. BGH NStZ 2010, 270, 272).

1173. BGH 4 StR 86/15 – Urteil vom 8. Oktober 2015 (LG Essen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtwürdigung der Person des Täters, Anforderungen an die Darstellung im Urteil, Umgang mit einem Sachverständigengutachten, dem nicht gefolgt wird).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades für neuerliche schwere Störungen des Rechtsfriedens besteht. Dass der Täter trotz bestehenden Defekts lange Zeit keine Straftaten begangen hat, ist regelmäßig ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten. Andererseits kann aber auch schon eine erste Straftat belegen, dass der Täter für die Allgemeinheit gefährlich ist. Ob dies der Fall ist, muss aufgrund einer umfassenden Würdigung der Person des Täters, seines Vorlebens und der Symptomatik unter Ausschöpfung der erreichbaren Beweismittel geprüft werden.

2. Der Tatrichter, der in einer schwierigen Frage den Rat eines Sachverständigen in Anspruch genommen hat und der diese Frage im Widerspruch zu dem Gutachten lösen will, muss die Darlegungen des Sachverständigen im Einzelnen wiedergeben, insbesondere dessen Stellungnahme zu den Gesichtspunkten, auf welche das Gericht seine abweichende Auffassung stützt (st. Rspr.).

1134. BGH 1 StR 142/15 – Urteil vom 28. Oktober 2015 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Gefährlichkeitsprognose: Straftaten von erheblicher Bedeutung).

§ 63 StGB

Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird, also solche, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben. Die Annahme einer gravierenden Störung des Rechtsfriedens setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass die zu erwartenden Delikte wenigstens in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Ergibt sich die Erheblichkeit drohender Taten nicht aus dem Delikt selbst, wie etwa bei Verbrechen, kommt der zu befürchtenden konkreten Ausgestaltung der Taten maßgebliche Bedeutung zu (vgl. BGH NStZ 2014, 571).

1140. BGH 1 StR 416/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Essen)

Aussetzung einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr zur Bewährung (besondere Umstände: Begriff, Kumulation mehrerer einfacher Milderungsgründe).

§ 56 Abs. 2 Satz 1 StGB

Besondere Umstände im Sinne von § 56 Abs. 2 Satz 1 StGB sind Milderungsgründe von besonderem Gewicht, die eine Strafaussetzung trotz des erheblichen Unrechts- und Schuldgehalts, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, als nicht unangebracht und als den allgemeinen vom Strafrecht geschützten Interessen nicht zuwiderlaufend erscheinen lassen (vgl. BGHSt 29, 370). Aus der Anforderung, dass Umstände im Sinne von § 56 Abs. 2 StGB besondere sein müssen, ergibt sich, dass einzelne durchschnittliche Gründe eine Aussetzung nicht rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt es, dass Umstände, die bei ihrer Einzelbewertung nur durchschnittliche oder einfache Milderungsgründe wären, durch ihr Zusammentreffen das Gewicht besonderer Umstände erlangen.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1104. BGH 2 StR 97/14 – Urteil vom 10. Juni 2015 (LG Bonn)

BGHSt; Rechtsfolgen der unzulässigen Tatprovokation bei konventionskonformer Auslegung (Begriff; Strafzumessungslösung; Vollstreckungslösung; Beweisverwertungsverbot; Verfahrenseinstellung infolge eines Verfahrenshindernisses); Verdeckter Ermittler; Anfragepflicht und Vorlagepflicht; Bindungswirkung von Nichtannahmeentscheidungen.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 161 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 132 GVG; § 110a StPO; § 31 Abs. 1 BVerfGG

1. Die rechtsstaatswidrige Provokation einer Straftat durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden oder von ihnen gelenkte Dritte hat regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge. (BGHSt)

2. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) liegt eine gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verstoßende Tatprovokation vor, wenn sich die beteiligten Ermittlungspersonen nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass sie zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie ohne die Einwirkung nicht begangen hätte, und zwar mit dem Zweck, diese Straftat nachzuweisen, also Beweise für sie zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten. (Bearbeiter)

3. Im Rahmen der Prüfung, ob die Ermittlungen „im Wesentlichen passiv“ geführt wurden, untersucht der EGMR sowohl die Gründe, auf denen die verdeckte Ermittlungsmaßnahme beruhte, als auch das Verhalten der die verdeckte Maßnahme durchführenden Ermittlungspersonen. Insoweit stellt der Gerichtshof zunächst darauf ab, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Betroffene bereits an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung von Straftaten zugeneigt war. Dabei spielt es eine Rolle, ob der Betroffene vorbestraft ist (was aber für sich allein noch kein ausreichendes Indiz darstellt) und bereits ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet worden war. Darüber hinaus kann im Rahmen dieser Prüfung, je nach den Umständen des konkreten Falles, nach Ansicht des Gerichtshofs Folgendes für eine Tatgeneigtheit sprechen: die zu Tag getretene Vertrautheit des Täters mit den im illegalen Betäubungsmittelhandel üblichen Preisen, seine Fähigkeit, kurzfristig Drogen beschaffen zu können, sowie der Umstand, dass er aus dem Geschäft einen finanziellen Vorteil ziehen würde. Bei der Prüfung des Verhaltens der Ermittlungspersonen untersucht der EGMR, ob auf den Betroffenen Druck ausgeübt wurde, die Straftat zu begehen. In Betäubungsmittelfällen können nach Ansicht des

Gerichtshofs folgende Verhaltensweisen dafür sprechen, dass die Ermittlungsbehörden den Bereich des passiven Vorgehens verlassen haben: das Ergreifen der Initiative beim Kontaktieren des Betroffenen, das Erneuern des Angebots trotz anfänglicher Ablehnung, hartnäckiges Auffordern zur Tat, Steigern des Preises über den Durchschnitt oder Vorspiegelung von Entzugserscheinungen, um das Mitleid des Betroffenen zu erregen. (Bearbeiter).

4. Der Senat braucht deshalb an dieser Stelle nicht zu entscheiden, ob – wie der 1. Strafsenat meint (BGH NStZ 2015, 541, 544) – die die Rechtsprechung des EGMR in der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK prägenden Kriterien der Tatprovokation in der Judikatur des Bundesgerichtshofs abgebildet werden oder ob nicht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in ihren Voraussetzungen zur Annahme einer rechtsstaatlichen Tatprovokation enger ist (Verbot lediglich „unvertretbarer übergewichtiger“ Einwirkungen bei verdächtigen oder tatgehegenden Personen) und deshalb an die (wohl) weitergehende Judikatur des EGMR (im Wesentlichen „passive Strafermittlung“) anzupassen wäre. (Bearbeiter)

5. Zu einem Einzelfall, in dem sowohl der Maßstab des EGMR als auch der Maßstab des BGH für eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation verletzt worden sind. (Bearbeiter)

6. Der EGMR hat in seiner Entscheidung Furcht gegen Deutschland vom 23. Oktober 2014 (54648/09, Rn. 47), mit der erstmals die Strafzumessungslösung der deutschen Rechtsprechung unmittelbar überprüft und als Mittel der Kompensation des Konventionsverstößes verworfen wurde, erneut betont, das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung rechtfertige nicht die Verwendung von Beweismitteln, die als Ergebnis polizeilicher Tatprovokation gewonnen wurden, denn dies würde den Beschuldigten der Gefahr aussetzen, dass ihm von Beginn an kein faires Verfahren zu Teil wird. Die gebotene Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR führt dazu, dass die „Strafzumessungslösung“ jedenfalls in den Fällen der vorliegenden Art zur Kompensation der Konventionsverletzung unzureichend ist. (Bearbeiter)

7. Ein nach der Rechtsprechung des EGMR zumindest gebotenes umfassendes Beweisverwertungsverbot stünde, wie der Bundesgerichtshof bereits dargelegt hat, mit grundlegenden Wertungen des deutschen Strafrechtssystems nicht ohne Weiteres in Einklang und führte zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. (Bearbeiter)

8. Ein Verfahrenshindernis widerspricht auch nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das BVerfG hat die Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht auf Aus-

nahmefälle beschränkt. Soweit das BVerfG darüber hinaus die Strafgerichte aufgefordert hat, zukünftig ein Verwertungsverbot bezüglich der unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnenen Beweise zu erwägen, stellt sich dies als ein Hinweis dar, der im Übrigen im Rahmen der Nichtannahmeentscheidung der Kammer eine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfG nicht entfaltet (vgl. BVerfGE 92, 91, 107). (Bearbeiter)

9. Es kann dahinstehen, ob in allen Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – was angesichts der strikten Rechtsprechung des EGMR nahe liegt – die Annahme eines Verfahrenshindernisses aus menschenrechtlicher Sicht geboten ist oder ob in besonderen Ausnahmefällen eine Kompensation der Verletzung des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf andere Weise als durch die Einstellung des Verfahrens denkbar ist. (Bearbeiter)

10. Die Entscheidung des EGMR vom 23. Oktober 2014 (54648/09 [Furcht gegen Deutschland]) eröffnete die Möglichkeit und begründete zugleich die, die aus der Konvention herrührende Pflicht, die fachgerichtliche Rechtsprechung zu den Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ohne Bindung an bisherige Rechtsprechung zu überprüfen. Dies führt im vorliegenden Fall zu einem Entfallen der Anfrage- und Vorlagepflicht. Auch aus einer Entscheidung des Gerichtshofs im Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK kann sich ein zwingender Neuregelungsbedarf für die deutsche Rechtsprechung ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Bundesrepublik Deutschland Verfahrensbeteiligte ist und die bisherige Rechtsprechung eine Rechtsfigur des deutschen Richterrechts als nicht ausreichende Kompensation einer Konventionsverletzung im Sinne von Art. 41 EMRK angesehen wurde und deshalb eine erneute Verurteilung der Bundesrepublik zu besorgen ist. Diese aus der Entscheidung des EGMR resultierende Pflicht, die bisherige insoweit „überholte“ Rechtsprechung des BGH zu überprüfen und anzupassen, trifft alle Strafsenate unmittelbar und gleichermaßen. (Bearbeiter)

11. Der Senat war auch mit Blick auf die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 19. Mai 2015 (1 StR 128/15) nicht gehindert, ohne Durchführung eines Anfrageoder Vorlageverfahrens zu entscheiden. Die dem Senat bei seiner eigenen Entscheidung notwendig nicht bekannten Erwägungen, mit denen der 1. Strafsenat die Annahme eines Verfahrenshindernisses ablehnen möchte, stellen sich als nicht tragende Überlegungen dar, von denen abzuweichen es ein Verfahren nach § 132 GVG nicht voraussetzt. (Bearbeiter)

1132. BGH GSSSt 1/14 – Beschluss vom 17. März 2015 (LG Dortmund)

BGHSt; Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen (Zulässigkeit; Entscheidungserheblichkeit; rechtliche Würdigung im Vorlagebeschluss, Sachverhalt; Beweiswürdigung; Vertretbarkeitskontrolle; Bindung an den Vorlagebeschluss; Nichterörterung einer sich aufdrängenden, die Divergenz beseitigenden Sachverhaltsalternative); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verklammerung; Tateinheit; Bewertungseinheit; Wertgleichheit).
§ 132 Abs. 2 GVG; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG

1. Zur Zulässigkeit einer Vorlegung an den Großen Senat für Strafsachen. (BGHSt)

2. Gemäß § 132 Abs. 2 GVG ist eine Sache dem Großen Senat für Strafsachen vorzulegen, wenn ein Strafsenat in einer Rechtsfrage von einem anderen Strafsenat abweichen will und die Beantwortung dieser Rechtsfrage sowohl für die abweichende Vorentscheidung als auch für die beabsichtigte Entscheidung ergebnisrelevant und deshalb erheblich ist. (Bearbeiter)

3. Der Große Senat ist zur eigenständigen Prüfung der Zulässigkeit der Vorlegung berufen, wobei er die rechtliche Wertung des Sachverhalts durch den vorlegenden Senat zu Grunde legt, wenn diese nicht unvertretbar ist. Diese Prüfung am Maßstab der Vertretbarkeit erstreckt sich außerdem auf die Würdigung des dem Ausgangsverfahren zu Grunde liegenden Sachverhalts einschließlich der Beweiswürdigung. (Bearbeiter)

4. Es bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Große Senat an die Bewertung des festgestellten Sachverhalts im Vorlegungsbeschluss gebunden ist. Jedenfalls kommt eine Entscheidung über die Vorlegungsfrage dann nicht in Betracht, wenn der Vorlagebeschluss eine Auseinandersetzung mit einem sich aufdrängenden anderen Sachverhaltsverständnis nicht erkennen lässt, dessen Berücksichtigung die angenommene Divergenz beseitigt. (Bearbeiter)

1125. BGH 3 StR 470/14 – Urteil vom 23. Juli 2015 (LG Düsseldorf)

Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (keine Abhängigkeit von Vorberatung in der Kammer; keine Abhängigkeit von veränderter Besetzung; Fortbestehen der Mitteilungspflicht trotz Aussetzung der Hauptverhandlung); Beruhensprüfung (Kausalität; normative Gesichtspunkte; absolute und relative Revisionsgründe; Schwere des Verstoßes; einzelfallbezogene Prüfung; Neuinterpretation der Beruhensvorschrift durch das BVerfG; Transparenz; Öffentlichkeit); Reichweite der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (Senatsentscheidungen; Gesetzeskraft; Umfang der Bindung der Fachgerichte an Kammerentscheidungen; verfassungskonforme Auslegung; obiter dictum; fehlende Bindung an vorausgehende Senatsrechtsprechung).

§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 337 StPO; § 338 StPO

1. Der Senat sieht im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Mitteilungspflicht gem. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO keinen Anlass, von der ständigen fachgerichtlichen Rechtsprechung zum Begriff des Beruhens i.S.v. § 337 Abs. 1 StPO abzuweichen, wonach es darauf ankommt, ob das Urteil ohne den Rechtsfehler möglicherweise anders ausgefallen wäre. Daran fehlt es, wenn ein ursächlicher Zusammenhang mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann bzw. rein theoretischer Natur ist. Insbesondere eine Ergänzung dieser kausalen Beruhensprüfung um normative Gesichtspunkte hält der Senat nicht für geboten, da hierdurch die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Revisionsgründen unterlaufen würde.

2. Die grundlegende Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Verständigungs-gesetz (HRRS 2013 Nr. 222) erfordert nach der Ansicht des Senats keine abweichende Bestimmung des Beruhensbegriffs. Der Zweite Senat hat – jedenfalls im Ausgangspunkt – auf die gängige Interpretation des § 337 StPO durch die Strafgerichte abgestellt und keine Neuinterpretation der Beruhensvorschrift im Sinne einer Normativierung vorgenommen.

3. Sofern die Entscheidung BVerfG HRRS 2013 Nr. 222 mit Blick auf die Beruhensprüfung anders interpretiert werden kann, wäre der Senat im Kontext von Verstößen gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO bei letztlich nicht zustande gekommener Verständigung hieran nicht gebunden i.S.d. § 31 BVerfGG, dessen Bindungswirkung sich neben dem Tenor auf die tragenden Gründe der Entscheidung erstreckt, soweit sie verfassungsrechtlicher Natur sind. Der Entscheidung lagen jedoch ausschließlich Fallkonstellationen zugrunde, in denen es zu einer Verständigung im Sinne des § 257c StPO gekommen war; zudem standen Verstöße gegen § 243 Abs. 4 StPO nicht in Rede.

4. Der Senat hält es schon im gedanklichen Ansatz nicht für bedenkenfrei, wenn in BVerfG HRRS 2013 Nr. 222 ausgeführt wird, das Beruhen sei bereits regelmäßig deshalb nicht auszuschließen, weil die Verständigung ihrerseits mit einem Gesetzesfehler behaftet sei. Es erscheine in gewisser Weise zirkelschlüssig, das Beruhen damit zu begründen, dass das Urteil nach einem Verfahren gesprochen werde, welches mit einem Gesetzesverstoß behaftet sei. Es ist vielmehr gerade Sinn und Zweck des § 337 Abs. 1 StPO, die auf die Entscheidung durchgreifenden von den nicht durchgreifenden Fehlern zu trennen.

5. Soweit darüber hinaus die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in ihrer nachfolgenden Rechtsprechung (HRRS 2015 Nr. 174 und Nr. 176) für Verstöße gegen § 243 Abs. 4 StPO ausführt, die Beruhensprüfung sei gegebenenfalls um normative Aspekte anzureichern, die über eine reine Kausalitätsprüfung hinausgehen, hält der Senat es für fraglich, ob die betreffende Kammer zu der von ihr vorgenommenen Interpretation des § 337 StPO befugt war.

6. Mit Blick auf § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG ist eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Kammerentscheidung nur zulässig, wenn der Senat die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage bereits in diesem Sinne entschieden hat. Deshalb kann einer stattgebenden Kammerentscheidung eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung jedenfalls dann nicht zukommen, wenn sie nicht auf einer vorangehenden Senatsentscheidung beruht. Fehlt eine grundlegende Senatsentscheidung, so hat die Kammer keine Entscheidungskompetenz, jedenfalls kann die gleichsam „in der Luft hängende“ Kammerentscheidung, die unter Verstoß gegen den auch für das Bundesverfassungsgericht geltenden Grundsatz des gesetzlichen Richters ergeht, keine Bindungswirkung entfalten.

7. Der Rechtsprechung der Kammer zur Beruhensprüfung bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO lag nach Auffassung des Senats keine entsprechende Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Sinne einer verfassungskonformen Ausle-

gung des § 337 StPO bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO nicht vor. Keine der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung aufgehoben hat, betraf einen Fall der Verletzung einer Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO; bei den diesbezüglichen Ausführungen handelt es sich somit lediglich um ein obiter dictum.

8. Die Forderung der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts nach einem um normative Gesichtspunkte erweiterten Verständnis des Beruhens im Sinne des § 337 StPO hält der Senat auch in der Sache für in hohem Maße zweifelhaft, da sie weder mit der gesetzgeberischen Konzeption des Revisionsrechts noch mit der sonstigen fachgerichtlichen Rechtsprechung zur Beruhensprüfung im Einklang steht.

9. Der Senat vermag nicht der Auffassung zu folgen, wonach sondierende Gespräche allein des Vorsitzenden nur dann mitteilungs-pflichtig sind, wenn ihnen ein Auftrag des Gerichts zugrunde liegt (vgl. dagegen BGH HRRS 2011 Nr. 68).

10. Die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO hängt nicht davon ab, dass sich die Besetzung des Gerichts zwischen dem Zeitpunkt der Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO und dem Zeitpunkt, in dem gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 oder 2 StPO über diese Erörterungen Mitteilung zu machen ist, nicht ändert.

1147. BGH 2 StR 139/14 – Urteil vom 17. Juni 2015 (LG Hanau)

Mitteilung über Verständigungsgespräche (Anlass der Mitteilungspflicht: alle Gespräche im Hinblick auf das Prozessergebnis, Gespräche über Teileinstellung des Verfahrens).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

1. Die Hinweispflicht nach § 243 Abs. 4 StPO betrifft zwar unmittelbar nur Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung, die auf eine Verständigung im Sinne von § 257c Abs. 3 StPO bezogen sind. Sie zielen aber auch darauf, nicht nur eine Verständigung im engeren Sinne, sondern bereits Vorgespräche, die mit Blick auf das Prozessergebnis geführt werden, in die Hauptverhandlung einzuführen, auch wenn dort eine Verständigung nicht zustande kommt. Für alle Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung, die das Entscheidungsergebnis im Urteilsverfahren betreffen, verlangen § 243 Abs. 4 StPO und der hierdurch konkretisierte Fairnessgrundsatz eine Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts in der Hauptverhandlung.

2. Aus diesem Grund unterliegen auch Gespräche von Richtern mit Verfahrensbeteiligten über eine Teileinstellung des Verfahrens in der Hauptverhandlung entsprechenden Transparenz- und Dokumentationsregeln. Dies muss auch deshalb gelten, weil die Teileinstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO ohne Verletzung des Verbots der Verständigung über den Schuldspruch Gegenstand einer förmlichen Verständigung sein kann.

1133. BGH StB 10 und 11/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015

Kein Rechtsmittel gegen sitzungspolizeiliche Maßnahme des Vorsitzenden am im ersten Rechtszug zuständigen OLG (Entzug der Akkreditierung; Beschwerde; Ausschluss der Anfechtbarkeit; analoge Anwendung; Ausnahmevorschrift; restriktive Anwendung; Grundrechte; Pressefreiheit; Einfluss auf Urteilsfindung; Revision).

§ 176 GVG; § 181 GVG; § 304 StPO

Gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen des Vorsitzenden am im ersten Rechtszug zuständigen OLG gibt es kein Rechtsmittel. Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte in Sachen, in denen sie im ersten Rechtszug zuständig sind, finden in § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO keine Erwähnung. Eine analoge Anwendung der restriktiv zu interpretierenden Ausnahmevorschrift im Falle des Entzugs einer Akkreditierung gegenüber einem Presseorgan scheidet aus, da dieser Fall mit den im Katalog des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO genannten Konstellationen nicht vergleichbar ist.

1174. BGH 4 StR 183/15 – Urteil vom 5. November 2015 (LG Paderborn)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung; Umgang mit widersprüchlichen Beweismitteln: Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen).

§ 261 StPO

1. Die tatrichterliche Beweiswürdigung kann ihrer Natur nach nicht erschöpfend in dem Sinne sein, dass alle irgendwie denkbaren Gesichtspunkte und Würdigungsvarianten in den Urteilsgründen ausdrücklich abgehandelt werden. Dies ist von Rechts wegen auch nicht zu verlangen. Aus einzelnen Lücken kann daher nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, der Tatrichter habe nach den sonstigen Urteilsfeststellungen auf der Hand liegende Wertungsgesichtspunkte nicht bedacht (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 50). Lückenhaft ist eine Beweiswürdigung vielmehr namentlich dann, wenn sie wesentliche Feststellungen nicht erörtert.

2. Bei der Prüfung, ob eine solche Lücke vorliegt, ist es jedoch nicht Sache des Revisionsgerichts, Mutmaßungen darüber anzustellen, ob weitere Beweismittel zur Aufklärung der Tatvorwürfe zur Verfügung gestanden hätten oder weitere Beweise erhoben und im Urteil lediglich nicht gewürdigt worden sind. Vielmehr ist es Sache der Staatsanwaltschaft, entweder durch Erhebung einer Aufklärungsrüge geltend zu machen, dass das Landgericht weitere mögliche Beweise zur Erforschung des Sachverhalts unter Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO nicht erhoben hat, oder zu beanstanden, dass es hierzu erhobene Beweise nicht in seine Würdigung einbezogen und daher zu seiner Überzeugungsbildung den Inbegriff der Hauptverhandlung nicht ausgeschöpft hat (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 88 f.).

3. Bei einem Widerspruch zwischen mehreren Erkenntnisquellen hat das Gericht ohne Rücksicht auf deren Art und Zahl darüber zu befinden, in welchen von ihnen die Wahrheit ihren Ausdruck gefunden hat. Stehen sich Bekundungen eines – insbesondere einzigen – Zeugen und des Angeklagten unvereinbar gegenüber, darf das

Gericht allerdings den Bekundungen dieses Zeugen nicht etwa deshalb, weil er (gegebenenfalls) Geschädigter ist, ein schon im Ansatz ausschlaggebend höheres Gewicht beimessen als den Angaben des Angeklagten. Maßgebend ist der innere Wert einer Aussage, also deren Glaubhaftigkeit (vgl. BGH NStZ 2004, 635 f.).

4. Bei deren Prüfung darf und muss der Tatrichter gegebenenfalls aber auch berücksichtigen, ob der Zeuge schon andere zu Unrecht der Begehung von Straftaten bezichtigt hat (vgl. BGH NStZ 2002, 495). Zwar ist in solchen Fällen eine sorgfältige Beweiswürdigung geboten; der Tatrichter ist aber aus Rechtsgründen nicht gehindert, auch aufgrund solcher Umstände in Teilen der Aussage des Belastungszeugen zu glauben, obwohl er ihr in anderen Teilen nicht.

1146. BGH 2 StR 126/15 – Beschluss vom 24. September 2015 (LG Erfurt)

Inbegriffsrüge (Verwertung von nicht in der Hauptverhandlung gewonnenen und gerichtsbekanntem Erkenntnissen: Hinweispflicht, Anspruch auf rechtliches Gehör); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bei Mitsichführen einer Schusswaffe (Begriff des Mitsichführens).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 261 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Der Tatrichter darf seiner Entscheidung über die Schuld- und Straffrage nur die Erkenntnisse zugrunde legen, die er in der Hauptverhandlung nach den Regeln des Strengbeweises gewonnen hat. Dies schließt es grundsätzlich aus, außerhalb der Hauptverhandlung erlangtes Wissen ohne förmliche Beweiserhebung zum Nachteil des Angeklagten zu verwerten (vgl. BGHSt 19, 193, 195).

2. Eine Ausnahme kann für gerichtskundige Tatsachen gelten, wenn – was das Revisionsgericht im Zweifel freibeweislich nachprüft – in der Hauptverhandlung darauf hingewiesen wurde, dass sie der Entscheidung als offenkundig zugrunde gelegt werden könnten. Dies ist erforderlich, um den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör zu gewähren (vgl. BGHSt 36, 354, 359).

3. Auf den Einzelfall bezogene Wahrnehmungen über Tatsachen, die unmittelbar für Merkmale des äußeren und inneren Tatbestandes erheblich oder mittelbar für die Überführung des Angeklagten von wesentlicher Bedeutung sind, dürfen nicht als gerichtskundig behandelt werden (vgl. BGHSt 45, 354, 358 f.).

1161. BGH 2 StR 373/14 – Beschluss vom 6. Oktober 2015 (LG Wiesbaden)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: tragfähige Tatsachengrundlage; Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

Die zur richterlichen Überzeugung erforderliche persönliche Gewissheit des Richters setzt objektive Grundlagen voraus. Diese müssen aus rationalen Gründen den Schluss erlauben, dass das festgestellte Geschehen mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Wirklichkeit überein-

stimmt. Das ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht.

1180. BGH 4 StR 327/15 – Beschluss vom 7. Oktober 2015 (LG Bielefeld)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung aller Beweise; Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StGB

Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter solche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Dabei dürfen die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet werden, sondern müssen in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt worden sein. Werden diese Grundsätze beachtet, kann der Tatrichter die Überzeugung von der Täterschaft eines Angeklagten auch dann rechtsfehlerfrei gewinnen, wenn die Tat als solche kaum verständlich und das Motiv des Täters nicht feststellbar ist (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 42, 43).

1141. BGH 1 StR 445/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Ansbach)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Indizwirkung wahrheitswidrigen Entlastungsvorbringens des Angeklagten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

Die Widerlegung bewusst wahrheitswidrigen Entlastungsvorbringens liefert in der Regel kein zuverlässiges Indiz für die Täterschaft der Angeklagten. Soll eine Lüge als Belastungsindiz dienen, setzt dies vielmehr voraus, dass mit rechtsfehlerfreier Begründung dargetan wird, warum im zu entscheidenden Fall eine andere Erklärung nicht in Betracht kommt oder – wiewohl denkbar – nach den Umständen so fernliegt, dass sie ausscheidet (vgl. BGHSt 41, 153, 155 f.).

1186. BGH 4 StR 369/15 – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (LG Freiburg)

Konfrontationsrecht (Verstoß: Urteil beruht allein oder entscheidend auf Aussage des nicht konfrontiertem Zeugen).

Art. 6 Abs. 3 lit d) EMRK; § 261 StPO

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. EGMR NJW 2013, 3225 ff.), des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG NJW 2007, 204 ff.) sowie des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGHSt 46, 93, 106) kommt ein Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens in Zusammenhang mit der Verwertung der Aussage eines Ermittlungsrichters über Angaben einer Person, der der Angeklagte im Ermittlungsverfahren oder in der Hauptverhandlung keine Fragen stellen oder stellen lassen konnte, in Betracht, wenn die Verurteilung allein oder entscheidend auf den Angaben dieser Person beruht.

1157. BGH 2 StR 304/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Aufhebung des Urteils im Strafausspruch (Bindung des neuen Tatgerichts an die gemachten Feststellungen).

§ 353 Abs. 2 StPO

Wird ein Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, so bleiben lediglich die den Schuldspruch tragenden Feststellungen bestehen. Diese binden den neuen Tatrichter, auch wenn sie als doppelrelevante Tatsachen zugleich für den Strafausspruch Bedeutung haben. Durch die Entscheidung des Revisionsgerichts sind hingegen alle Feststellungen aufgehoben, die sich ausschließlich auf den Strafausspruch beziehen. Der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter ist gehalten, umfassend eigene Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten einschließlich der Vorstrafen zu treffen und diese in den Urteilsgründen mitzuteilen (vgl. BGHSt 24, 274, 275).

1185. BGH 4 StR 364/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Münster)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Verschulden der Fristversäumnis: Vertrauen auf Handeln des Verteidigers).

§ 44 Satz 1 StPO

Ein Angeklagter, der die definitive Zusage seines Verteidigers, ein Rechtsmittel einzulegen, noch nicht erhalten hat, kann während des Laufs der Einlegungsfrist nicht darauf vertrauen, dass dies gleichwohl geschieht (vgl. NStZ-RR 2009, 375).

1145. BGH 2 StR 103/15 – Beschluss vom 8. Oktober 2015 (LG Köln)

Rechtsmittelrücknahme (nur ausnahmsweise Widerruflichkeit).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

Eine Rechtsmittelrücknahme ist ebenso wie der Rechtsmittelverzicht als Prozesshandlung grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar. Sie ist jedoch ausnahmsweise dann unwirksam, wenn sie durch Drohung, durch Täuschung oder schwerwiegende Willensmängel veranlasst wurde (vgl. BGHSt 45, 51, 53).

1136. BGH 1 StR 164/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Karlsruhe)

Berichtigung des Urteils durch das Revisionsgericht (Zählfehler).

§ 354 StPO

Einen Zählfehler des Tatgerichtes bei der Anzahl der Fälle kann das Revisionsgericht selbst korrigieren, wenn er für alle Verfahrensbeteiligten offensichtlich ist und seine Behebung nicht den entfernten Verdacht einer inhaltlichen Änderung hervorruft (st. Rspr.).

1154. BGH 2 StR 274/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Bonn)

Einbeziehung einer vorherigen jugendstrafrechtlichen Verurteilung (neue Verhängung einer einheitlichen Maßnahme oder Jugendstrafe durch den Richter).

§ 31 Abs. 2 JGG

Mit einer Einbeziehung nach § 31 Abs. 2 JGG verliert das einbezogene Urteil im Strafausspruch seine Wirkung. Der nunmehr zur Verhängung einer einheitlichen Maßnahme oder Jugendstrafe aufgerufene Richter hat diese selbständig und losgelöst von dem Strafausspruch der

einzubeziehenden Entscheidung unter erkennbarer Berücksichtigung des Erziehungsgedankens zu bestimmen. Hieraus folgt, dass die Einheitsjugendstrafe nicht zwingend höher sein muss als die einbezogene Verurteilung (vgl. BGHSt 37, 34, 40).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1144. BGH 1 StR 521/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Potsdam)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung durch Unterlassen: Täterstellung; nachträglicher Übergang des Steuererhebungsrecht auf einen anderen EU-Mitgliedstaat: kein Entfallen des Hinterziehungserfolgs, Strafbarkeit nur wegen Hinterziehung in einem Mitgliedstaat, Wahlmöglichkeit des Erstverfolgungsstaats).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 AO; Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 RL 92/12/EWG

1. Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO kann nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist (st. Rspr.).

2. Durch den nachträglichen Übergang des Erhebungsrechts nach auf einen anderen Mitgliedstaat Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 92/12/EWG in dem Zeitpunkt, in dem die Waren zu gewerblichen Zwecken in diesen verbracht worden sind, wird die Strafbarkeit wegen bereits vollendeter Steuerhinterziehung in Deutschland nicht berührt. Eine hier vorliegende Steuerhinterziehung durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO in Bezug auf das Unterbleiben der unverzüglichen Abgabe einer Steuererklärung ist zu dem Zeitpunkt vollendet, zu dem bei rechtzeitiger Abgabe der Erklärung mit der Bekanntgabe der Steuerfestsetzung zu rechnen gewesen wäre (vgl. BGH wistra 2014, 486 mwN). Ist ein Hinterziehungserfolg, entfällt dieser durch den späteren Wegfall des steuerrechtlichen Erhebungsrechts nicht nachträglich.

3. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das unionsrechtliche Verbrauchsteuersystem davon ausgeht, dass verbrauchsteuerpflichtige Waren im Ergebnis nicht mit den Verbrauchsteuern mehrerer Staaten belastet sein dürfen (vgl. BGH wistra 2010, 226, 227). Insoweit verbleibt in solchen Fallgestaltungen der Durchleitung von Waren durch mehrere Mitgliedstaaten dem Erstverfolgungsstaat nach Maßgabe des § 370 Abs. 6 AO eine Wahlmöglichkeit, welche nationale Verbrauchsteuer er als Anknüpfungspunkt für die Strafverfolgung heranziehen will. Die Singularität des Erhebungsrechts schließt es aber aus, dass einem an einer Verbrauchsteuerhinterziehung Beteiligten im Erstverfolgungsstaat darüber hinaus auch die Hinterziehung von Verbrauchsteuern aller anderen betroffenen Mitgliedstaaten vorgeworfen werden kann.

1109. BGH 3 StR 102/15 – Beschluss vom 1. Oktober 2015 (LG Düsseldorf)

Unzureichende Feststellungen zum Beleg der objektiven und subjektiven Merkmale eines Betrugs (Vermögensschaden; Gewinnspieleintragungsdienste; Zeitschriftenabonnements; Forderungsmanagement; Gewinnspiele; Wegfall einer Verbindlichkeit; anfechtbare Verträge; Vorsatz; massenhafte Betrugshandlungen; irrumsbedingte Zahlungen; Schätzung; Indizien; Mittäterschaft; besonders schwerer Fall: Gewerbsmäßigkeit, Bande); Verfall (Wertersatz; Härtefall; Auffangrechtserwerb).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 111i StPO

1. Ein Vermögensschaden scheidet aus, wenn durch eine täuschungsbedingte Zahlung eine entsprechende Zahlungspflicht des Getäuschten erlischt. Die pauschale, nicht näher ausgeführte Feststellung, etwaige Verträge, aus denen eine Verbindlichkeit resultieren könnte, seien aufgrund von Betrugshandlungen oder falschen Versprechungen zustande gekommen, genügt nicht, um die Voraussetzungen eines Anfechtungsrechts nach § 123 BGB oder anderer auf Vertragsaufhebung gerichteter Rechte der Kunden zu belegen.

2. Bei massenhaft begangenen (potentiellen) Betrugshandlungen – hier: durch die Geltendmachung von Forderungen trotz Wegfall der eigenen Leistungswilligkeit bzw. -fähigkeit – kann der Schluss auf die täuschungsbedingte Fehlvorstellung der Verfügenden grundsätzlich auch auf Indizien gestützt werden (vgl. zuletzt BGH HRRS 2015 Nr. 60). Jedoch ist ggf. zu berücksichtigen, ob zumindest teilweise Zahlungen womöglich unabhängig von den täuschenden Angaben – hier: in dem Bestreben, nicht weiter belästigt zu werden – erfolgt sein könnten.

1139. BGH 1 StR 334/15 – Beschluss vom 19. August 2015 (LG Stuttgart)

Betrag (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Berechnung des Schadens, Besonderheiten bei Festsetzung durch Angebot und Nachfrage: Preisfestsetzung durch die Parteien).

§ 263 Abs. 1 StGB

Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB tritt nur ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer

nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Hierfür gemügt es in der Regel nicht, den Wert der gegebenenfalls entwerteten Forderungen im Urteil über eine typisierte Durchschnittsbetrachtung zu begründen. Anderes kann gelten, wenn Verträge betroffen sind, in denen die Vertragsparteien in einem von Angebot und Nachfrage bestimmten marktwirtschaftlichen System den Wert eines häufig verkauften oder gehandelten Gegenstandes festsetzen.

1114. BGH 3 StR 236/15 – Beschluss vom 3. September 2015

Verbindung zweier Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat beim Handelreiben mit Betäubungsmitteln (weiter Begriff des Handelreibens; Aufsuchen des Lieferanten; Bezahlung einer früheren und Entgegennahme einer neueren Menge Betäubungsmittel; Tateinheit; Bewertungseinheit; natürliche Handlungseinheit; teildentische Ausführungshandlung; nicht unerheblicher Unrechts- und Schuldgehalt); Anfrageverfahren.

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

1. Dem – auch aus kriminalpolitischen Erwägungen weit auszulegenden – Begriff des Handelreibens mit Betäubungsmitteln unterfallen sowohl Handlungen, die unmittelbar der Beschaffung und der Überlassung von Betäubungsmitteln an Abnehmer dienen, als auch dem eigentlichen Betäubungsmittelumsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge, ohne dass danach differenziert wird, ob der Handelnde als Abnehmer oder als Lieferant tätig wird. Das Aufsuchen des Lieferanten zum Zweck der Abholung von zuvor bestelltem Betäubungsmittel ist damit ebenso eine den Tatbestand des Handelreibens erfüllende Tätigkeit wie die Übermittlung des für eine erfolgte Betäubungsmittellieferung zu entrichtenden Kaufgelds.

2. Maßgeblich für eine mögliche Tateinheit zwischen auf verschiedene Betäubungsmittelmengen bezogenen Geschäfte ist grundsätzlich die Identität der Ausführungshandlung in einem für beide Tatbestandsverwirklichungen in der konkreten Form notwendigen Teil. Mit Blick auf die Weite des Begriffs des Handelreibens mit Betäubungsmitteln und die daraus resultierende Vielgestaltigkeit denkbarer Tathandlungen kann die teildentische Ausführungshandlung allerdings nur dann zu einer tateinheitlichen Verbindung zweier an sich unabhängiger, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehender Handelsgeschäfte führen, wenn sie für jedes dieser Geschäfte einen nicht unerheblichen eigenen Unrechts- und Schuldgehalt aufweist und dadurch deren Unwert und die jeweilige Schuld des Täters zumindest mitprägt.

3. Die Fahrt des Täters zu seinem Lieferanten weist als solche regelmäßig keinen erheblichen Unrechts- und Schuldgehalt in diesem Sinne auf und kann daher eine Verbindung zur Tateinheit nicht bewirken. Dies beruht auf der Besonderheit des weiten Begriffs des Handelreibens mit Betäubungsmitteln. Einigt sich der Täter mit seinem Lieferanten auf den Ankauf von Drogen, die er seinerseits in Gewinnerzielungsabsicht weiterverkaufen will, so ist die Tat des Handelreibens schon mit dieser Einigung vollendet. Die sich daran anschließende Fahrt

zum Lieferanten ist für die Verwirklichung des Tatbestands ohne wesentliche selbstständige Bedeutung.

4. Die Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel anlässlich der Bezahlung zuvor gelieferter Betäubungsmittel verbindet die beiden Handelsgeschäfte ebenfalls nicht zu einer Tat im Rechtssinn. Allein ein Handeln am selben Ort und zur selben Zeit begründet im Allgemeinen keine Tateinheit im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit; erforderlich ist grundsätzlich vielmehr die (Teil-)Identität der objektiven Ausführungshandlungen. Hierzu reichen nach allgemeinen Grundsätzen ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht aus.

1110. BGH 3 StR 124/13 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Krefeld)

Handelreiben mit Grundstoffen (Ephedrin-Tabletten; Arzneimittelbegriff; Ausnahmeregelung; leicht und wirtschaftlich extrahierbarer enthaltener Stoff); Betreiben eines Großhandels mit Arzneimitteln; Arzneimittel aufgrund berauschender Wirkung; Abgabe und Inverkehrbringen (Sonderdelikte; tatsächliche Verfügungsgewalt).

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 2 Abs. 1 AMG; § 96 Nr. 14 AMG; § 95 AMG; Art. 2 Buchst. a in Verbindung mit Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 273/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 und des Art. 2 Buchst. a in Verbindung mit Anhang der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004; Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001; Art. 2 Buchst. a Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 273/2004, Art. 2 Buchst. a Halbsatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 111/2005

Das deutsche Recht verweist zur Definition des Begriffs „Grundstoff“ i.S.d. §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 3, 1 Nr. 1 GÜG auf den „erfassten Stoff“ im Sinne des Art. 2 Buchst. a in Verbindung mit Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 273/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 und des Art. 2 Buchst. a in Verbindung mit Anhang der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004. Nicht erfasst werden davon Arzneimittel im Sinne des Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 (Art. 2 Buchst. a Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 273/2004, Art. 2 Buchst. a Halbsatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 111/2005). Das gilt auch, wenn Arzneimittel derart zusammengesetzt sind, dass der in ihnen enthaltene „erfasste Stoff“ leicht und wirtschaftlich extrahiert werden kann.

1187. BGH 4 StR 403/14 – Beschluss vom 4. November 2015 (LG Halle)

Inverkehrbringen bedenklicher Arzneimittel (Begriff des Arzneimittels).

§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AMG; Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b) RL 2001/83/EG

Der Bundesgerichtshof legt § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a) AMG in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des

EuGH zur fast wortgenau entsprechenden Regelung in Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/83/EG derart aus, dass der Begriff des Arzneimittels keine Stoffe erfasse, deren Wirkungen sich auf eine schlichte Beeinflussung der physiologischen Funktionen beschränkten, ohne dass sie geeignet wären, der menschlichen Gesundheit unmittelbar oder mittelbar zuträglich zu sein, die vielmehr nur konsumiert werden, um einen Rauschzustand hervorzurufen, und die dabei gesundheitsschädlich sind.

1162. BGH 2 StR 389/13 – Urteil vom 22. Juli 2015 (LG Gera)

Bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (limitierte Akzessorität zu Taten nach § 95 AufenthG; Anforderungen an die Bandenabrede); Machen oder Benutzen falscher oder unrichtiger Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels (abstraktes Gefährdungsdelikt: nur allgemeine Eignung der Angaben erforderlich, keine Prüfung der Angaben durch die Behörde erforderlich; keine Begehung durch zuständigen Sachbearbeiter); Geschehenlassen der Straftat eines Untergebenen (Tatmehrheit); Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Beruhen des Urteils auf unterlassener Negativmitteilung; Anforderungen an die Revisionsbegründung).

§ 96 Abs. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1, Abs. 2 AufenthG; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 357 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1. Durch die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 AufenthG werden nach allgemeinen Regeln strafbare Teilnahmehandlungen an den in Bezug genommenen Taten zu selbständigen, täterschaftlich begangenen Straftaten heraufgestuft, wenn der Beteiligte eines der in § 96 Abs. 1 AufenthG genannten Merkmale erfüllt. Trotz dieser tatbestandlichen Verselbständigung gelten für die Tathandlungen des § 96 Abs. 1 AufenthG die allgemeinen Regeln der Teilnahme einschließlich des Grundsatzes der limitierten Akzessorität. Erforderlich ist daher eine vorsätzlich und rechtswidrig begangene Tat eines anderen im Sinne von § 95 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 3 oder Abs. 2 AufenthG (vgl. BGH NStZ 2015, 399, 400).

2. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar und dient der Sicherung des ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahrens gegenüber Falschangaben. Er schützt das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung (vgl. BGH, Beschluss vom 2. September 2009 – 5 StR 266/09, BGHSt 54, 140, 145 f.). Nach diesem Schutzzweck stellt das Gesetz die Unterbreitung und das Benutzen unrichtiger Angaben im Vorfeld der behördlichen Entscheidung unter Strafe (vgl. Senat, Urteil vom 15. November 2006 – 2 StR 157/06, NStZ 2007, 289, 290).

3. Jedenfalls wenn das behördliche Handeln seinerseits strafrechtliche Bedeutung im Sinne einer Amtsanmaßung des Beamten besitzt, der den begünstigenden Verwaltungsakt erlässt, und in einem kollusiven Zusammenwirken zwischen dem Sachbearbeiter der Ausländerbehörde und den Antragstellern besteht, die falsche Angaben gemacht haben, kann das nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafatbestandsmäßige Verhalten des jeweiligen

Antragstellers nicht gerechtfertigt sein. Es geht nicht um die Ausnutzung eines behördlichen Ermessenspielraums, sondern um die Verletzung zwingender Vorschriften des Ausländerrechts, die einer aktiven „behördlichen Duldung“ jede rechtfertigende Bedeutung nimmt.

4. Es ist zur Erfüllung des Tatbestands des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht erforderlich, dass die falschen Angaben der Antragsteller zur Beschaffung des Aufenthaltstitels konkret geeignet waren. Sie müssen dafür nur eine erhöhte Beweiskraft besitzen (vgl. BGHSt 54, 140, 146); denn die Strafvorschrift regelt ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Es genügt, wenn der antragstellende Ausländer solche Angaben macht, die im Allgemeinen zur Verschaffung eines unrechtmäßigen Aufenthaltstitels geeignet sind. Strafbarkeit bestünde sogar dann, wenn trotz der falschen oder unvollständigen Angaben ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bestünde.

5. Ebenso ist nicht erforderlich, dass die Angaben durch die Ausländerbehörde tatsächlich geprüft werden, da nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bereits die Absicht genügt, sich durch unrichtige oder unvollständige Angaben einen Aufenthaltstitel zu verschaffen. Jedoch müssen die Angaben vom Täter des Vergehens nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG der Ausländerbehörde zur Kenntnis gebracht werden, damit von einem „Benutzen“ gesprochen werden kann.

6. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zuständige Sachbearbeiter der Ausländerbehörde selbst handelt und dabei weiß, dass die Angaben des jeweiligen Antragstellers unrichtig sind. Sein eigenes Handeln ist weder auf eine durch Täuschung bewirkte Verfälschung der Entscheidungsgrundlage der Behörde gerichtet noch bringt er die zuvor erfolgten unrichtigen Angaben der Behörde erst zur Kenntnis. Auch verschafft er nicht sich, sondern einem anderen einen Aufenthaltstitel.

7. Die Tatsache, dass es in mehreren Fällen nicht zur Erteilung eines Aufenthaltstitels kommt, steht der Strafbarkeit der darauf abzielenden Handlungen ebenfalls nicht entgegen (vgl. BGHSt 54, 140, 146).

8. Auch in den Fällen des § 97 Abs. 2 AufenthG gelten die für den Bandenbegriff allgemein entwickelten Grundsätze (vgl. dazu BGHSt 46, 321, 325 ff.). Allerdings ist es im Gegensatz zu anderen Bandenstrafatbeständen bei § 97 Abs. 2 AufenthG nicht erforderlich, dass mehrere Bandenmitglieder unmittelbar am gleichen Tatort der Einschleusung zusammenwirken, um den Qualifikationstatbestand zu erfüllen. Ausreichend ist insoweit das Handeln eines Bandenmitglieds gegenüber der Ausländerbehörde im Rahmen der bandenmäßigen Verbindung.

9. Mittäterschaft reicht andererseits für sich genommen noch nicht aus, um eine bandenmäßige Tatbegehung anzunehmen. Vielmehr muss sich das Handeln im Rahmen der Bandenabrede halten. Indizien für das Vorliegen einer Bande können unter anderem eine genaue Buchführung, geschäftsmäßige Auftragsverwaltung oder arbeitsteilige Abwicklung sein.

10. Der Annahme einer Bandentat steht es nicht entgegen, dass die Bandenmitglieder vorrangig ihre eigenen finanziellen Interessen verfolgten. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist auch in den Fällen des § 97 Abs. 2 AufenthG nicht erforderlich. Die Tatsache, dass ein Bandenmitglied nicht in die ursprüngliche Tatplanung eingebunden war und nicht mit allen Bandenmitgliedern selbst Kontakt hatte, führt zu keiner anderen Bewertung. Ebenso ist es nicht erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder der Gruppe persönlich verabredet haben. Eine Bandenabrede kann auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, wenn sich zunächst zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen und ein dritter, der durch einen der beiden Täter über ihr Vorhaben informiert wird, sich dieser Vereinbarung anschließt. Dasselbe gilt sodann für den Anschluss weiterer Tatbeteiligter.

12. Soweit der Vorgesetzte diese Unterstützung einer Mehrzahl von rechtswidrigen Taten eines Untergebenen durch einheitliches Unterlassen leistet, kann für ihn nur eine Tat nach § 357 Abs. 1 Var. 3 StGB im Sinne von § 52 StGB vorliegen. Andererseits kann bei jedem Einzelfall der sukzessiven Tatbegehung durch den Untergebenen ein Unterlassungsdelikt des Vorgesetzten vorliegen, wenn dieser jeweils aufgrund eines neuen Entschlusses das Verhalten des Untergebenen hinnimmt.

1138. BGH 1 StR 317/15 – Urteil vom 26. Oktober 2015 (LG Weiden)

Gewerbsmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen (Begriff der Gewerbsmäßigkeit: Erzielung bloßer Nebeneinnahmen; Verhältnis zur unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige); Tateinheit (Bewertungseinheit beim unerlaubten Handeln mit Betäubungsmitteln); tatrichterliche Strafzumessung (Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht).

§ 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 46 StGB.

1. Gewerbsmäßig im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG handelt ein Täter dann, wenn er sich eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen verschaffen will, die den Tatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG erfüllen (vgl. BGH StV 1997, 636). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Täter die erstrebten Einnahmen ausschließlich aus Rauschgiftgeschäften mit Minderjährigen erzielen will, sondern es reicht aus, dass er sich fortlaufende Einnahmen auch aus derartigen Geschäften verschaffen will.

2. Auch ein Kleindealer, der sich mit dem Verkauf kleiner Konsummengen Mittel zur Befriedigung seiner Sucht beschafft, kann gewerbsmäßig handeln (st. Rspr.). Eine

Gewerbsmäßigkeit, die sich auf die Erzielung bloßer Nebeneinnahmen bezieht, kann aber dann einer eingehenden Begründung bedürfen, wenn in Anbetracht der Abgabemengen und der Tatfrequenz nur von einem geringen Gewinn auszugehen ist (vgl. NStZ-RR 2012, 279 f.).

3. Ein unerlaubtes (gewerbsmäßiges) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG kann nicht in Tateinheit mit unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln nach § 29a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG verwirklicht werden. Denn der Grundtatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 BtMG tritt einschließlicher in § 29 Abs. 3 BtMG enthaltenen Zumessungsregeln hinter einem der in §§ 29a, 30 und 30a BtMG aufgeführten Verbrechenstatbestände, hier also des § 29a Abs. 1, § 30 BtMG, zurück. Die Erfüllung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG behält aber für die Strafbemessung innerhalb des in dem Qualifikationstatbestand vorgesehenen Strafraumens Bedeutung (vgl. BGH NStZ 1994, 39).

1158. BGH 2 StR 305/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Gießen)

Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe bei Betäubungsmitteldelikten (Voraussetzungen: auch bei Schweigen des Angeklagten in der Hauptverhandlung). § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG

Die Voraussetzungen des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG können auch erfüllt sein, wenn ein Angeklagter im Ermittlungsverfahren hinreichende Angaben gemacht hat, aber im weiteren Verfahren schweigt. Entscheidend ist allein, dass der Aufklärungsgehilfe durch konkrete Angaben die Voraussetzungen dafür geschaffen hat, dass die Offenbarung zu einem tatsächlichen Aufklärungserfolg geführt hat (vgl. BGH StV 2004, 605).

1182. BGH 4 StR 343/15 – Beschluss vom 20. Oktober 2015 (LG Essen)

Unerlaubter Besitz einer Waffe (Tateinheit: Zäsurwirkung eines mit der Waffe begangenen Verbrechens). § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Dauerdelikt des unerlaubten Besitzes einer Waffe materiell-rechtlich eine Zäsur, wenn der Waffenbesitzer später einen neuen Entschluss zur Begehung eines Verbrechens mit dieser Waffe fasst. Das Dauerdelikt vor und nach dieser Tat ist jeweils selbständig zu beurteilen. Das Verbrechen selbst steht in Tateinheit mit dem Dauerdelikt des Vergehens nach dem Waffengesetz (vgl. BGHSt 36, 151, 154).

Gedanken zur Strafflosigkeit von Beschuldigtenlügen bei den §§ 145d, 164 StGB

Zugleich Besprechung zu BGH HRRS 2015 Nr. 358

Von Prof. Dr. Paul Krell, Bucerius Law School, Hamburg

Die Strafbarkeit der Verdachtsumlenkung wird schon länger kontrovers diskutiert. Dabei geht es zum einen um Auslegungsfragen bei den §§ 145d, 164 StGB. Zum anderen wird vielfach ein Spannungsfeld zwischen diesen Vorschriften und dem Nemo-tenetur-Grundsatz betont. Die Rechtsprechung ist bisher nicht über eine fallgruppenbasierte Lösung hinausgelangt, die zudem als inkonsequent kritisiert wird. In einer aktuellen Entscheidung bot sich dem BGH die Gelegenheit, übergreifende Lösungsansätze zu erörtern. Leider hat er diese verstreichen lassen.

I. Einführung

In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte der Verdächtige in einem Strafverfahren seinen Sohn belastet, um den Verdacht von sich selbst abzulenken. Er wurde deswegen nach § 164 StGB verurteilt. Eine einschränkende Auslegung des Tatbestands kam nach Ansicht des 1. Strafsenats nicht in Betracht: Die Fallgruppen, in denen dies erwogen wird, waren nicht einschlägig, weshalb auch offenbleiben könne, ob sie trotz der daran geübten Kritik überhaupt anzuerkennen seien. Eine Einschränkung könne sich daher „lediglich aus übergeordneten verfassungsrechtlichen oder menschenrechtlichen Grundsätzen ergeben, aus denen sich für Beschuldigte bzw. Angeklagte im Strafverfahren ein Recht auf Lüge ableiten ließe“.¹ Da ein solches Recht jedoch nicht anzuerkennen sei, bestehe kein Grund für eine Einschränkung des § 164 StGB. Diese recht pauschale Begründung berücksichtigt nicht hinreichend, dass man den bisherigen Ansatz über Fallgruppen als unzureichend und teils auch widersprüchlich kritisieren kann und eine verallgemeinernde Lösung durchaus wünschenswert wäre. Diese wiederum stünde und fiele – anders als der BGH meint – nicht mit einem prozessualen Recht zur Lüge.

Entscheidend ist vielmehr, dass Beschuldigtenlügen generell straflos bleiben sollten, sofern sie lügen und dadurch ausschließlich staatliche Interessen beeinträchtigen. Es wird vielfach auch ausdrücklich anerkannt, dass die Grenze zur Strafbarkeit erst erreicht sei, wenn

¹ BGH HRRS 2015 Nr. 358; m. insofern zust. Anm. Löffelmann JR 2015, 492; i.E. auch Dehne-Niemann NSTz 2015, 677 ff.; tendenziell ähnlich Kölbel, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, S. 403.

Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden.² Damit hat man auf den ersten Blick eine eindeutige und einleuchtende Differenzierung. Diese müsste konsequenterweise dazu führen, dass Beschuldigtenlügen bei § 145d StGB straffrei bleiben, während sie bei § 164 StGB strafbar sind. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass diese Grenze in doppelter Hinsicht nicht so konsequent gezogen wird (dazu II.). Das erscheint noch hinnehmbar, solange es zugunsten des Beschuldigten wirkt. Wesentlich problematischer ist dagegen, dass teils auch eine Strafbarkeit von Beschuldigtenlügen begründet wird, die nur staatliche Interessen beeinträchtigen. Der Beitrag plädiert dafür, zumindest insoweit die eben skizzierte Grenze konsequenter zu ziehen und so einen folgerichtigen Umgang des Strafrechts mit Beschuldigtenlügen zu erreichen (dazu III.). Auf dieser Basis ergibt sich dann ein uneingeschränktes Prinzip, wonach Beschuldigtenlügen straffrei bleiben, wenn sie keine Rechtsgüter Dritter verletzen. Das betrifft in erster Linie § 145d StGB, in Einzelfällen aber auch § 164 StGB.

II. Die herrschende Differenzierung nach Fallgruppen

Bei den §§ 145d, 164 StGB wird überwiegend nach verschiedenen Fallgruppen differenziert. Kennzeichnend ist jeweils, dass der Beschuldigte lügt und diese Lüge geeignet ist, die Ermittlungsbehörden in die Irre zu führen. Dabei wird vielfach unterschieden zwischen der straflosen Verdachtsablenkung, bei der die Ermittlungen nur behindert werden, und der strafbaren Verdachtsumlenkung, bei der die Ermittlungen auf eine konkrete falsche Spur und dadurch in die Irre gelenkt werden.³ Viel gewonnen ist damit schon deshalb nicht, weil sich die jeweiligen Fallgruppen nicht durchweg eindeutig in diese

² S. dazu neben BGH NJW 2015, 1705, 1706 nur OLG Hamm NJW 1965, 62; Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 192; Münch, Die Selbstbegünstigung, 1961, 46 ff.; Satzger Jura 2007, 754, 755; H. Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips im Strafrecht, 1991, S. 33, 38, 42 f., 50 f.

³ Vgl. nur Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, 29. Aufl. (2014), § 145d Rn. 14; MüKoStGB/Zopfs, 2. Aufl. (2014), § 145d Rn. 35.

Kategorien einordnen lassen. Hinzu kommt, dass mit der Zuordnung in eine der Fallgruppen noch nichts Endgültiges über die Strafbarkeit gesagt ist, sondern teilweise weiter differenziert wird. Die Begründungen überschneiden sich bei den §§ 145d, 164 StGB weitgehend, was daran liegt, dass § 145d StGB nach dem herrschenden Verständnis gleichsam in § 164 StGB enthalten ist. Danach schützen beide Vorschriften die staatliche Ermittlungstätigkeit als Universalrechtsgut, § 164 StGB aber zusätzlich die individuellen Interessen des Verdächtigen.⁴

Versucht man, die Konstellationen für unsere Problematik zu systematisieren, so gibt es einerseits Fälle, bei denen die Beschuldigtenlüge zu Lasten eines bestimmten Dritten wirkt oder zumindest wirken kann. Diese müssten prinzipiell strafbar sein, weil hier ja Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden. Dennoch werden hier manche Fälle als straflos angesehen (dazu 1.). Daneben gibt es Konstellationen, in denen der Beschuldigte lügt, ohne den Verdacht auf eine konkrete Person zu lenken. Da hier keine Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden, müssten diese Fälle an sich straffrei bleiben, doch wird hier gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen eine Strafbarkeit bejaht (dazu 2.).

1. Fälle mit konkretem Drittbezug: „schlichtes“, „modifiziertes“ und „qualifiziertes“ Leugnen

In den Fällen mit konkretem Drittbezug bestreitet der Beschuldigte die Tat und bezichtigt dabei implizit oder ausdrücklich eine bestimmte andere Person. Dabei kann man zwischen „schlichtem“, „modifiziertem“ und „qualifiziertem“ Leugnen unterscheiden

a) Beim schlichten Leugnen erschöpft sich die Lüge darin, dass der Beschuldigte die Tat abstreitet. Eine Strafbarkeit scheidet nach h.M. auch dann aus, wenn dadurch in Zwei-Personen-Konstellationen – insbesondere bei Straßenverkehrsdelikten („Sind Sie gefahren?“) – der Verdacht gleichsam automatisch auf den einzig anderen in Betracht kommenden Täter gelenkt wird.⁵ Da der Wortlaut der §§ 145d Abs. 2 Nr. 1, 164 StGB hier offensichtlich erfüllt ist, kann es sich dabei nur um eine teleologische Reduktion handeln.⁶ Sie wird – mit Unterschie-

den im Detail und teils auch abhängig von den einzelnen Fallgruppen – zum einen mit dem geschützten Rechtsgut und zum anderen mit dem prozessualen Schweigerecht des Beschuldigten begründet.⁷ Darauf wird zurückzukommen sein.

b) Neben dem „schlichten“ soll auch das „modifizierte“ Leugnen straflos sein. Darunter versteht man den Fall, dass der Beschuldigte in den eben beschriebenen Zwei-Personen-Konstellationen den anderen ausdrücklich als Täter bezieht. Wenn das einfache Leugnen prozessual zulässig sei und demnach straflos bleiben müsse, dürfe nichts anderes gelten, sofern der Beschuldigte nur ausspreche, was ohnehin im Leugnen impliziert sei.⁸ Die Grenze zur Strafbarkeit sei erst beim „qualifizierten“ Leugnen erreicht, wenn der Täter die Beweislage zu Lasten des Dritten modifiziere.⁹

c) Eine rechtsgutsorientierte Lösung wird in zwei Spielarten vertreten: Teils wird das *Universalrechtsgut* direkt mit dem Verfahrensrecht dergestalt verknüpft, dass die Ermittlungsarbeit nur gegen prozessual unzulässiges Verhalten geschützt wird.¹⁰ Da das Leugnen aber zulässig sei, beeinträchtigt es schon nicht das geschützte Rechtsgut. Auf Basis des herrschenden Verständnisses, wonach die Rechtspflege davor schützt, ungerechtfertigt in Anspruch genommen zu werden, ist die Argumentation dagegen eine andere: In den einschlägigen Fällen bestehe ohnehin schon ein Verdacht gegen den anderen in Betracht kommenden Täter, sodass kein Mehraufwand für die Ermittlungsbehörden drohe.¹¹ Hier wird also das Verhalten als nicht ausreichend gefährlich eingestuft; es fehle die erforderliche *Täuschungsgeignung*.

Das entspricht prima facie den großzügigen Maßstäben, die die h.M. sonst anlegt, wenn es um „harmlose“ Täuschungen geht. Exemplarisch sind Fälle, bei denen schon aus der Verdächtigung folgt, dass die Tat nicht verfolgbar ist, weil der angebliche Täter z.B. gerechtfertigt oder die Tat verjährt ist.¹² Hier wie dort ist allerdings zu kritisie-

„mangels Pflichtwidrigkeit schon kein den objektiven Tatbestand erfüllendes Verhalten“.

⁴ Vgl. für die h.M. BGHSt 9, 240 (242); 14, 240 (244 f.); Fischer, StGB, 62. Aufl. (2015), § 164 Rn. 2; Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 164 Rn. 1; Schöнке/Schröder/Lenckner/Bosch (Fn. 3), § 164 Rn. 1a f.; Schröder, NJW 1965, 1988, 1989 f.; anders noch RGSt 70, 367, 374: nur Schutz der Rechtspflege; so auch heute noch MüKoStGB/Zopfs (Fn. 3), § 164 Rn. 4; ausschließlich für Individualrechtsgut NK/Vormbaum, 4. Aufl. (2013), § 164 Rn. 9; H. Schneider (Fn. 2), S. 315 ff.

⁵ *Fahrenhorst* JuS 1987, 707, 709; *Geppert* Jura 2000, 383, 387; *ders.* GS für Schlüchter, 2002, S. 43, 48 f.; SK/Rogall/Rudolphi, Stand: 143. EL (Juni 2014), § 145d Rn. 28, § 164 Rn. 14; *Verral*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, S. 89.

⁶ *Geppert* Jura 2000, 383, 387; *Saal*, Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1997, S. 186; H. Schneider (Fn. 2), S. 243; a.A. *Otto* JK, StGB § 145d/3 und wohl auch *Kuhlen* JuS 1990, 396, 398 f.;

⁷ Vgl. vorerst nur NK/Schild/Kretschmer (Fn: 4), § 145d Rn. 22.

⁸ In diesem Sinne etwa NK/Schild/Kretschmer (Fn: 4), § 145d Rn. 22: „die Frage der Strafbarkeit sollte nicht von derlei Wortspielerei abhängen“; s. ferner *Fahrenhorst* JuS 1987, 707, 709; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. (2015), § 48 Rn. 17, 27; SK/Rogall/Rudolphi (Fn. 5), § 145d Rn. 28, § 164 Rn. 15.

⁹ *Fahrenhorst* JuS 1987, 707, 709; *Fischer* (Fn. 4), § 145d Rn. 9; *Geppert* Jura 2000, 383, 388; *ders.* GS Schlüchter (Fn. 5), S. 43, 49; *Kuhlen* JuS 1990, 396, 399; SK/Rogall/Rudolphi (Fn. 5), § 145d Rn. 28, § 164 Rn. 15.

¹⁰ *Becker*, Rechtsgutbestimmung und Anwendungsbereich der Beteiligtentäuschung, 1992, S. 215; tendenziell auch NK/Schild/Kretschmer (Fn. 4), § 145d Rn. 22.

¹¹ *Gruber*, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, 2008, S. 145 ff.; *Küper/Zopfs*, Strafrecht BT, 8. Aufl. (2015), Rn. 489; SK/Rogall/Rudolphi (Fn. 5), § 145d Rn. 28, § 164 Rn. 15.

¹² BGH StV 2002, 303; OLG Hamm NStZ-RR 2002, 167, 168; OLG Köln JR 1955, 273; OLG Stuttgart NStZ-RR 2014, 276 = JuS 2015, 182 (*Hecker*); Lackner/Kühl (Fn. 4), § 145d Rn. 4, § 164 Rn. 5; *Küper/Zopfs* (Fn. 11), Rn. 489, 568; SK/Rogall/Rudolphi (Fn. 5), § 145d Rn. 17, § 164 Rn. 23;

ren, dass diese Ansätze jedenfalls nicht den äußerst strengen Maßstäben entsprechen, die man sonst für die teleologische Reduktion abstrakter Gefährdungsdelikten anlegt. Ob das (modifizierte) Leugnen in Zwei-Personen-Fällen wirklich *generell* ungeeignet ist, den Verdacht gegen die andere Person zu verstärken, ist durchaus zweifelhaft.¹³ Nebenbei bemerkt: Wenn man argumentiert, dass es nicht wesentlich sei, wer am Steuer sitze, vielmehr die andere anwesende Person stets als potenzieller Fahrer und damit als Täter in Betracht gezogen werden müsse, ist es nur schwer verständlich, wieso dann das „qualifizierte Leugnen“ und insbesondere der „Platztausch“, strafbar sein soll. Für unsere Problematik ist dagegen entscheidend, dass eine „Lösung“ abhängig von der Eignung, Ermittlungen gegen den anderen auszulösen, nur ein praktisch wie dogmatisch wenig befriedigender Ausweg in Einzelfällen ist, weil der Selbstbegünstigungsaspekt dabei überhaupt keine Rolle spielt. Man weicht der eigentlichen Problematik letztlich aus.

Allerdings vermag auch der zweite Begründungsansatz, die teleologische Reduktion über die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten herzuleiten, nicht restlos zu überzeugen. Sowohl die wahrheitswidrige Aussage: „Ich war es nicht“, wie auch „Der andere war es“ sind Lügen, die nun gerade unzulässig sein sollen.¹⁴ Gleichzeitig werden hier Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt, sodass an sich die Grenze des Zulässigen und damit auch diejenige zur Strafbarkeit von Selbstbegünstigungshandlungen überschritten sein müsste. Diesen Widerspruch kann man nur dann vermeiden, wenn man den oben dargelegten Ansatz hinzunimmt und auch hier argumentiert, in den Zwei-Personen-Konstellationen sei der andere ohnehin schon verdächtig, sodass er durch die implizite oder ausdrückliche Falschverdächtigung nicht schlechter gestellt werde.¹⁵ Das wäre aber auch hier eine fragwürdige Prämisse, die wiederum den Selbstbegünstigungsaspekt außen vor ließe.

2. Fälle ohne konkreten Drittbezug: „großer Unbekannter“ und falsches Alibi

Neben diesen Fällen gibt es noch Beschuldigtenlügen ohne konkreten Drittbezug, bei denen zwar die Tat bestritten, dabei aber keine bestimmte Person als Täter bezichtigt wird, weshalb § 164 StGB hier von vornherein ausscheidet und nur § 145d StGB in Betracht kommt. Diskutiert werden insofern der Hinweis auf den vielzitierten „großen Unbekannten“ als Täter und die Behauptung eines falschen Alibis. Hier wie dort dürfte außer

Zweifel stehen, dass typischerweise Ermittlungsmehraufwand entsteht und daher das Rechtsgut des § 145d StGB betroffen ist. Gleichzeitig werden aber jeweils keine Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt, sodass es naheläge, diese Fälle straflos zu lassen.

Die h.M. vertritt eine differenzierende Linie und argumentiert dabei mit der Dogmatik des § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB. Auf Basis einer rein rechtsgutsbezogenen Argumentation ist das durchaus plausibel. Teils wird aber auch ausdrücklich eine Parallele zum Leugnen der Tat gezogen.¹⁶ Insofern spielt also der Selbstbegünstigungsgedanke im Ansatz eine Rolle, ohne dass dabei allerdings klar würde, was genau daraus folgt.

a) Wer als Verdächtiger einer Tat, die er tatsächlich begangen hat, den Verdacht auf den „großen Unbekannten“ lenkt, bleibt nach wohl h.M. straflos.¹⁷ Etwas anderes soll nun gelten, sofern der Täter sich nicht in erster Linie selbst verteidigt, sondern aktiv Strafanzeige gegen den Unbekannten erstattet.¹⁸ Grund und Grenzen dieser Differenzierung erschließen sich allerdings nicht. Vielfach wird gefordert, der Täter müsse die Ermittlungsbehörden *unmittelbar* auf eine konkrete Spur schicken.¹⁹ Für die Täuschungseignung kann das aber keine Rolle spielen, weil auch ohne eine solche konkrete Spur die Ermittlungen fehlgeleitet werden, sofern die Polizei dem Täter glaubt. Man kann sogar sagen, dass eine größere Fehlleitung droht, wenn es an einer konkreten Spur fehlt.

Eine Präzisierung der Einschränkung ist bisher nicht gelungen. *Krumpelmann* ist dafür eingetreten, den Täuschungsbegriff zu normativieren: Entscheidend sei nicht die faktische Eignung; strafbar sei ein Verhalten nur dann, wenn es nicht pflichtwidrig war, der falschen Spur zu folgen.²⁰ Dieser Ansatz ist jedenfalls auch von viktimodogmatischen Elementen getragen,²¹ weil er strafrechtlichen Schutz dort versagt, wo die Mehrarbeit auf Unzulänglichkeiten innerhalb der jeweiligen Ermittlungsbehörde beruht bzw. beruhen würde.²² Schon das kann man als problematisch ansehen. Vor allem aber wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass in den Alibi-Fällen der normativierende Ansatz an sich eher das gegenteilige Ergebnis – nämlich deren Strafbarkeit – nahelegt, wenn und weil die Ermittlungsbehörden nach § 160 Abs. 2 StPO den verdachtsablenkenden Umständen nachgehen müssen.²³

Besonders fragwürdig ist es bei alledem, wenn der BGH ausführt, die Strafbarkeit bei einer Strafanzeige gegen

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 2, 10. Aufl. (2013), § 99 Rn. 12; enger Fischer (Fn. 4), § 164 Rn. 5b.

¹³ Langer, in: FS für Lackner, 1987, S. 541, 559; Saal (Fn. 6), S. 186, 188; H. J. Schneider, Die Deliktivortäuschung nach § 145d StGB, 1966, S. 86; H. Schneider (Fn. 2), S. 241, 307 f.; ders. NZV 1992, 471, 472.

¹⁴ Vgl. nur Aselmann, Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, 2004, S. 251; Dehne-Niemann NSTz 2015, 677, 678 f.; Fezer, FS für Stree/Wessels, 1993, S. 663, 676; Mitsch JZ 1992, 979; S. 402 f.; Saal (Fn. 6), S. 186; H. Schneider (Fn. 2), S. 244, 305 f.; ders. NZV 1992, 471, 473 f.; Verrel (Fn. 5), S. 89.

¹⁵ Gruber (Fn. 11), S. 162 f.; Mitsch JZ 1992, 979, 980; dagegen etwa Dehne-Niemann NSTz 2015, 677, 680 f.

¹⁶ Besonders deutlich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 8), § 48 Rn. 27.

¹⁷ OLG Celle NJW 1961, 1416; Brand NSTz 2013, 7, 12; Matt/Renzikowski/Dietmeier, 2011, § 145d Rn. 17; Fischer (Fn. 4) § 145d Rn. 9; tendenziell auch MüKoStGB/Zopf (Fn. 3), § 145d Rn. 34: Strafbarkeit „nur in Ausnahmefällen“.

¹⁸ BGHSt 6, 251, 254 f.

¹⁹ S. etwa BayObLG NJW 1984, 2302; Stree, FS Lackner (Fn. 13), S. 527, 533.

²⁰ Krumpelmann ZStW 96 (1984), 999, 1020, 1023 ff., 1028 ff.

²¹ Vgl. Krell NSTz 2011, 671, 672.

²² Ähnliche Überlegungen finden sich in wieder anderem Kontext auch bei Langer, FS Lackner (Fn. 13), S. 541, 557.

²³ H. Schneider (Fn. 2), S. 258 f.; ferner Saal (Fn. 6), S. 198 f.

Unbekannt bestehe „*mindestens* dann, wenn der, der die Anzeige bewirkt oder veranlaßt, selbst zu den an der Straftat Beteiligten gehört“.²⁴ Wo man allenthalben darüber diskutiert, ob in Einzelfällen die Selbstbegünstigung zur Straffreiheit führen kann, soll sie plötzlich strafbarkeitsbegründend wirken?

b) Wer sich (oder einem anderen) ein falsches Alibi verschafft, bleibt nach h.M. straflos.²⁵ Auch das leuchtet nicht ohne weiteres ein, wenn man es allein mit dem geschützten Rechtsgut begründet: Solche Täuschungen führen – wenn sie erfolgreich sind – zwangsläufig dazu, dass nun in eine andere, nicht weiterführende Richtung ermittelt wird.²⁶ Man könnte allenfalls noch erwägen, eine ausdrückliche Fremdbezeichnung zu verlangen. Doch findet dies erstens keinen Ansatz im Gesetzeswortlaut und zweitens wird es auch sonst nicht verlangt: So wird etwa unstreitig derjenige von § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst,²⁷ der Beweismittel fingiert, die auf einen (bestimmten!) Dritten als Täter hinweisen.²⁸ Dann müsste man aber auch das falsche Alibi durch den Beschuldigten selbst erfassen. Insofern ist die h.M. nicht nur in ihrer Prämisse fragwürdig, sondern ermöglicht es auch nicht, zwischen Selbst- und Fremdbegünstigung zu differenzieren. Bei alledem hilft auch die Differenzierung zwischen Verdachtsablenkung und Verdachtsumlenkung nicht weiter, und zwar schon deshalb nicht, weil sich die genannten Fälle gar nicht trennscharf nach diesen Kategorien unterscheiden, geschweige denn sachgerecht lösen lassen. Schließlich kommt in den Fällen, in denen der Täter sich gleichsam selbst das Alibi schafft, der Selbstbegünstigungsaspekt wiederum nicht zum Tragen.

III. Beschuldigtenlügen, die ausschließlich staatliche Interessen beeinträchtigen

Nun war in dem vom 1. Senat entschiedenen Fall überhaupt keine der eben genannten Fallgruppen einschlägig. Es stellt sich aber die Frage, ob nicht entgegen dem BGH doch jenseits dieser Konstellationen Straffreiheit in Betracht kommt. Dabei ist es zwar grundsätzlich richtig, die Grenze dort zu ziehen, wo Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden. Fraglich ist jedoch erstens, ob das immer schon der Fall ist, wenn der Beschuldigte eine bestimmte Person wahrheitswidrig als Täter angibt (dazu 1.). Da sich zeigen wird, dass dem nicht so ist, fragt sich zweitens, ob es nicht überzeugender ist, generell Straf-

freiheit anzunehmen, soweit die Beschuldigtenlüge ausschließlich staatliche Interessen beeinträchtigt (dazu 2.).

1. Drittbeeinträchtigung als grundsätzliche Grenze zur Strafbarkeit

Grundsätzlich leuchtet es ein, zwischen § 145d und § 164 StGB zu differenzieren, jedenfalls, wenn man mit der h.M. von einer doppelten Schutzrichtung des § 164 StGB ausgeht.²⁹ Dass die Grenze zulässiger Selbstverteidigung dann erreicht ist, wenn der Beschuldigte in Rechtsgüter Dritter eingreift, erscheint jedenfalls plausibel, wenn man die Selbstbelastungsfreiheit aus dem Rechtsstaatsprinzip herleitet, weil dann a priori nur das Verhältnis zwischen Bürger und Staat betroffen ist.³⁰ Es müsste dann näher begründet werden, warum es der Nemo-tenetur-Grundsatz gestattet, Rechtsgüter Dritter zu beeinträchtigen. Diese Begründung dürfte tendenziell leichter fallen, wenn man die Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 1 GG ableitet; aber selbst sofern das geschieht, werden derart weitreichende Konsequenzen nicht gezogen.³¹ Das erscheint jedenfalls kriminalpolitisch auch sinnvoll, weil sonst ein uferloser straffreier Raum entstünde: Der Beschuldigte könnte auf dem Boden der Selbstbelastungsfreiheit Beweismittel vernichten, Zeugen einschüchtern und – denkt man einen solchen Ansatz konsequent zu Ende – letztlich sogar töten.³² Derart weitgehend wird wohl niemand Beschuldigtenlügen straflos lassen wollen: „Ein Recht des Beschuldigten auf Lüge wäre radikaler Ausdruck der Freiheit, sich so zu verteidigen, wie es den besten Erfolg verspricht. Es gehört Kälte dazu, dem Menschen ein solches Recht überzustülpen.“³³ Sofern der Beschuldigte bspw. wahrheitswidrig einen Dritten belastet, der deshalb in Untersuchungshaft genommen wird, lässt sich die Strafbarkeit des Angeklagten aus §§ 239, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB also nicht unter Rekurs auf seine Selbstbelastungsfreiheit verneinen. Ob man in Bagatellbereichen – namentlich bei § 164 StGB – Ausnahmen anerkennen will, wenn die falsche Verdächtigung außer den Ermittlungen folgenlos bleibt, ist eine kriminalpolitische Frage de lege ferenda; de lege lata lässt sich die Strafflosigkeit kaum begründen, zumal damit die wohl einzig konsensfähige Grenze endgültig und vollständig eingerissen würde. Es sei aber in Erinnerung gerufen, dass auch die h.M. diese Grenze bei § 164 StGB nicht konsequent einhält, weil sie jedenfalls beim „modifizierten“ Leugnen auch gezielte Drittverdächtigungen straflos lässt.

Im Übrigen handelt es sich bei der Diskussion, inwieweit die Beschuldigung Dritter von § 145d StGB erfasst wird, nur auf den ersten Blick um eine akademische Frage, weil sie scheinbar – jenseits skurriler Ausnahmefälle³⁴ – im-

²⁴ BGHSt 6, 251, 255 – Hervorhebung nur hier.

²⁵ BayObLG NJW 1984, 2302; Brand NStZ 2013, 7, 12; Matt/Renzikowski/Dietmeier (Fn. 17), § 145d Rn. 16; AnwK/Graf v. Schlieffen, 2. Aufl. (2015), § 145d Rn. 8; Küpper/Zopfs (Fn. 11), Rn. 489; SK/Rogall/Rudolphi (Fn. 5), § 145d Rn. 27; NK/Schild/Kretschmer (Fn. 4), § 145d Rn. 22; MüKoStGB/Zopfs (Fn. 3), § 145d Rn. 35.

²⁶ Für Strafbarkeit in diesen Fällen daher grds. Becker (Fn. 10), S. 201; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 145d Rn. 7; Saal (Fn. 6), S. 194 ff.; H. Schneider (Fn. 2), S. 252 ff.; tendenziell auch Geppert Jura 2000, 383, 387.

²⁷ S. nur Brand NStZ 2013, 7, 12; MüKoStGB/Zopfs (Fn. 3), § 145d Rn. 34.

²⁸ Zutr. hervorgehoben von Saal (Fn. 6), S. 194 f.

²⁹ S. nur Binder, Die entlastende Berücksichtigung der strafverleitenden Selbstbegünstigung im Strafgesetzbuch, 2001, S. 192 ff.; H. Schneider (Fn. 2), S. 302 f.

³⁰ H. Schneider (Fn. 2), S. 42 f.

³¹ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 139 ff., 158 ff.

³² Vgl. auch Binder (Fn. 29), S. 201; H. Schneider (Fn. 2), S. 157 f.

³³ Salditt StV 1999, 61, 63.

³⁴ Ein solcher lag einer weiteren aktuellen Entscheidung des 1. Senats zugrunde (BGH HRRS 2015 Nr. 614). Hier hatte

mer auch § 164 StGB erfüllt und § 145d StGB dann ohnehin formell subsidiär ist.³⁵ Dabei würde nämlich übersehen, dass nicht immer, wenn ein konkreter Dritter bezichtigt wird, stets dessen Rechtsgüter verletzt werden. Insbesondere wenn der Angeklagte den Tatverdacht auf ihm nahestehende Personen lenkt, ist es denkbar, dass diese damit einverstanden sind, zumal wenn sie davon ausgehen können, ein aus der Falschverdächtigung folgendes Strafverfahren folgenlos zu überstehen.³⁶ In einem solchen Fall geht man zwar auf Basis der doppelten Schutzrichtung, wie sie von der h.M. vertreten wird, davon aus, dass eine rechtfertigende Einwilligung ausscheidet.³⁷ Das könnte aber nur solange gelten, wie nicht der andere – nunmehr allein strafbegründende – Aspekt, die Beeinträchtigung staatlicher Interessen, aus anderen Gründen einer Strafbarkeit nicht entgegenstünde. Mit anderen Worten: Wenn sich begründen ließe, dass die Selbstbegünstigung (sabsicht) bei § 145d StGB zur Straffreiheit führt, müsste bei § 164 StGB ausnahmsweise dasselbe gelten, wenn der Adressat der Verdächtigung einverstanden ist.³⁸ Dann würde nämlich keine der beiden Säulen des § 164 StGB noch die Strafbarkeit tragen.³⁹

Es lässt sich der Entscheidung allerdings nicht entnehmen, dass das Landgericht Feststellungen zu einer möglichen Einwilligung getroffen hätte, obwohl es sich bei dem Dritten immerhin um den Sohn des Angeklagten gehandelt hatte. Somit ist festzuhalten, dass sich eine Strafbarkeit jedenfalls nicht damit begründen lässt, der Angeklagte habe in Rechtsgüter Dritter eingegriffen. Dass es dem BGH auf Feststellungen zu einem möglichen Einverständnis des Sohnes nicht ankam, ist allerdings konsequent, weil für ihn schon die Beeinträchtigung staatlicher Strafverfolgungsressourcen die Strafbarkeit trägt. Aber auch das ist fraglich. Bei allen Unsicherheiten um die Auslegung des § 145d StGB wäre nämlich schon viel gewonnen, wenn man die Grenze streng (erst) dort ziehen würde, wo Dritte (wider ihren Willen) beeinträchtigt werden. Das gilt umso mehr, als es widersprüchlich ist, wenn teils bei § 145d StGB mit der Beeinträchtigung Dritter argumentiert wird, wo diese doch von dieser Vorschrift überhaupt nicht geschützt werden. So wird man die Strafwürdigkeit des falschen Alibis und des Hinweises auf den „großen Unbekannten“ schwerlich damit begründen können, dass nun zwangsläufig gegen *irgendwelche* anderen Personen ermittelt werde.⁴⁰ Es ist also in jedem Falle erforderlich, die Beeinträchtigung Dritter als Grenze ernster zu nehmen.

das LG München I in erster Instanz § 164 StGB offenbar schlicht übersehen.

³⁵ Vgl. nur die Stellungnahmen von *Tröndle, Fritz* und *Lackner*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 13, S. 193, 195 sowie *Krell/Eibach* StV 2016 (im Erscheinen).

³⁶ Man denke etwa an *Ferdinand von Schirachs* Kurzgeschichte „Der Igel“ (aus „Verbrechen“).

³⁷ *Fahrenhorst* JuS 1987, 707, 708; *Kuhlen* JuS 1990, 396, 399; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 12), § 99 Rn. 6.

³⁸ Es sei denn, man begründet bei § 145d die Straffreiheit mit der Subsidiaritätsklausel (so insbesondere *Geilen* JK StGB § 145d/2; zur Kritik an diesem Ansatz s. nur *Saal* [Fn. 6], S. 227 ff.; *H. Schneider* [Fn. 2], S. 273 ff.).

³⁹ Vgl. dazu in anderem Kontext *Krell/Eibach* StV 2016 (im Erscheinen).

⁴⁰ So aber *Schäfer*, Niederschriften (Fn. 34), S. 194.

2. Selbstbelastungsfreiheit vs. staatliche Interessen

Damit bleibt die Frage, ob es bei Selbstbegünstigungshandlungen sachgerecht ist, aus § 145d StGB zu bestrafen, wenn Rechtsgüter Dritter nicht beeinträchtigt werden. Das betrifft nicht nur die eben erwähnten Ausnahmefälle, in denen eine bestimmte Person bezichtigt wird, die damit aber einverstanden ist. Hierher gehören vielmehr auch der Hinweis auf den großen Unbekannten und das falsche Alibi, soweit man hier Strafbarkeit annimmt. Der BGH geht davon aus, dass allein ein Recht zur Lüge die Strafbarkeit auszuschließen vermöchte, ein solches aber nicht anzuerkennen sei. Diese Sichtweise ist in doppelter Hinsicht verkürzt. Einerseits müsste nämlich aus einem Recht zur Lüge nicht zwingend folgen, dass deswegen straffrei bleibt, wer wider besseres Wissen Dritte bezichtigt (dazu a). Andererseits ließe sich Straffreiheit auch begründen, ohne dass man dafür ein Recht zur Lüge anerkennt (dazu b).

a) Bei dem viel diskutierten Recht zur Lüge geht es zunächst und vor allem um die prozessuale Bedeutung der Lüge, also etwa um die Frage, ob und inwiefern die Beschuldigtenlüge bei der Beweiswürdigung zu seinen Lasten berücksichtigt werden darf.⁴¹ Diese Frage ist aber von den materiell-rechtlichen Auswirkungen eines möglichen prozessualen Lügerechts⁴² zu trennen.⁴³ Insofern ist auch die Annahme eines solchen Rechts keineswegs präjudizierend. So wird vielfach *Fezer* als prominenter Befürworter eines Rechts zur Lüge genannt. Auch er geht allerdings davon aus, dass dieses Recht nur in bestimmten Grenzen besteht, die sich auch aus den §§ 145d, 164 StGB ergeben können, die dann gleichsam bestimmte Lügeverbote enthalten.⁴⁴ Deshalb sind auch die oben skizzierten Einschränkungen der h.M. letztlich nichts anderes als Ausnahmen von diesen Lügeverboten.⁴⁵ Wenn aber die §§ 145d, 164 StGB die Grenze zulässiger Lügen ziehen, kann nicht zugleich auf ein Lügerecht abgestellt werden, um die §§ 145d, 164 StGB zu begrenzen. Letztlich ist es entscheidend, wie weit die Lügeverbote reichen.⁴⁶

Hinzu kommt im Übrigen, dass nicht alle Argumente, die für ein erweitertes Verständnis des Nemo-tenetur-Grundsatzes angeführt werden, zwingend auch materiell-strafrechtlich einschränkend wirken müssten. So wendet etwa *Bosch* ein, es bestehe ein psychisch vermittelter Aussagezwang deswegen, weil Schweigen in manchen Fällen zwangsläufig verdächtig wirke und der Beschuldigte dieser Gefahr nur durch Lüge entgehen könne.⁴⁷ Selbst

⁴¹ Vgl. *Salditt* StV 1999, 61, 63; eingehend *Aselmann* (Fn. 14), S. 171 ff.

⁴² Zur unterschiedlichen Terminologie vgl. *Aselmann* (Fn. 14), S. 36 ff.; *Bosch* (Fn. 2), S. 190 m. Fn. 294.

⁴³ *H. Schneider* (Fn. 2), S. 244 Fn. 34

⁴⁴ Vgl. *Fezer*, FS Stree/Wessels (Fn. 14), 663, 665 f., 673 ff.; s. ferner *Gruber* (Fn. 11), S. 132 ff., 155 ff.; *Kölbel* (Fn. 1), S. 27.

⁴⁵ Insofern zutr. *Kölbel* (Fn. 1), S. 402, 404.

⁴⁶ *Gruber* (Fn. 11), S. 150.

⁴⁷ *Bosch* (Fn. 2), S. 193 f. am Beispiel von OLG Düsseldorf StV 1990, 442; ein (eklatantes) neueres Beispiel ist OLG Jena OLG Jena JuS 2008, 176 (*Jahn*), wo eine Entscheidung des

wenn das zuträfe, wäre damit nicht gesagt, dass entsprechende Lügen zwingend straflos bleiben müssten,⁴⁸ ebenso wie etwa der Beschuldigte nach den §§ 303, 274 StGB straffrei bleibt, wenn er Beweismittel zerstört, die rechtswidrig verwertet zu werden drohen.

b) Gleichzeitig wird – so vor allem in der grundlegenden Untersuchung von *Hartmut Schneider* – zwar ein Recht zur Lüge und auch eine umfassende Straffreiheit bei aktiver Selbstbegünstigung abgelehnt, aber doch dafür plädiert, aktive Selbstbegünstigungshandlungen jedenfalls insoweit weitergehend als die h.M. straffrei zu lassen, als dabei (nur) staatliche Rechtsgüter beeinträchtigt werden.⁴⁹ Dabei kann und soll es ausdrücklich nicht um ein Recht zur Lüge gehen.⁵⁰ *Schneider* wendet sich zunächst gegen die Prämisse der h.M., wonach es in den §§ 145d, 258 StGB, obschon man sie unter dem Dach der Rechtspflegedelikte zusammenfassen könne, doch um Wesensverschiedenes handele. Er selbst geht davon aus, dass die Arbeitsökonomie der Strafrechtspflege auch von § 258 StGB geschützt sei.⁵¹

Wesentlich wichtiger ist allerdings das weitere Argument, die h.M. stelle ohne sachlichen Grund die aktive Selbstbegünstigung in § 145d StGB recht umfassend unter Strafe, während sie in anderem Kontext weitgehend straffrei bleibt. *Schneider* nennt insofern die Straffreiheit sub specie Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB), Gefangenbefreiung (§ 120 StGB) und Strafvereitelung (§ 258 StGB).⁵² Dagegen wird zwar teilweise eingewandt, die Selbstbegünstigung führe lediglich zur Straffreiheit, wenn der staatliche Strafanspruch beeinträchtigt werde, nicht aber, wenn andere staatliche Rechtsgüter beeinträchtigt werden: „Der Täter, der sich der Strafverfolgung entziehen möchte, verdient nur solange Rücksicht, wie er dies ohne überflüssige Arbeitsveranlassung unternimmt.“⁵³ Damit wird aber nur behauptet, was zu begründen wäre: dass Selbstbegünstigungshandlungen, die nur staatliche Interessen beeinträchtigen, ausgerechnet in diesem einen Fall strafbar sein sollen. Das ist aber, anders als die apodiktische Behauptung suggeriert, alles andere als selbstverständlich. Immerhin betrifft die Ausnahme ein Delikt, dessen Legitimität generell in Frage gestellt wird.⁵⁴ Das gilt umso mehr, als die staatliche Ermittlungsarbeit letztlich darauf gerichtet ist, dass der staatliche Strafanspruch umgesetzt wird. Die Ausnahme

bei § 145d StGB schafft daher eine insofern systemwidrige Vorfeldstrafbarkeit.⁵⁵ Soweit dagegen eine generelle Grundsatzentscheidung zur Ausnahme erklärt wird, begegnet das ebenfalls Bedenken. Darauf wird noch zurückzukommen sein (unten 3. a). Um Widersprüche zu vermeiden, erscheint es überzeugender, den Schutz der Rechtspflege generell gegenüber der Selbstbelastungsfreiheit in konkreten Strafverfahren als nachrangig anzusehen, ungeachtet der Frage, ob es dabei um den Strafanspruch oder um Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden geht.⁵⁶ Das hat aber nichts mit der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit zu tun, sondern mit Nachsicht vor dem menschlichen Selbsterhaltungstrieb.⁵⁷

c) Es muss dann aber auch eine Strafbarkeit aus § 164 StGB ausscheiden, wenn ausnahmsweise keine Rechtsgüter Dritter verletzt werden, namentlich, weil der Dritte einverstanden ist. *Schneider* überträgt seine Lösung zu § 145d StGB nur deshalb nicht auf § 164 StGB, weil er davon ausgeht, dass letzterer nur den falsch Verdächtigten schütze.⁵⁸ Die hier vertretene Auffassung wird zwar nur in seltenen Fällen eine Strafbarkeit ausschließen, weil zumeist § 164 StGB erfüllt sein wird und damit die auch hier anerkannte Grenze überschritten wird. Es handelt sich aber dennoch um keine rein akademische Frage. Auch wenn es um Ausnahmefälle geht, erscheint es wichtig, die Grenze konsequenter zu ziehen, wenn ausschließlich staatliche Interessen beeinträchtigt werden. Hier steht es nun aber einem Rechtsstaat gut zu Gesicht, wenn er Beschuldigtenlügen gegenüber Nachsicht zeigt,⁵⁹ zumal wenn sonst Widersprüche innerhalb der Strafrechtsordnung drohen.

d) Vor diesem Hintergrund ist es misslich, dass der 1. Senat über die bestehenden Bedenken einfach hinweggeht und meint, mit einer Absage an ein Recht zur Lüge stünde auch – jedenfalls jenseits der etablierten Fallgruppen – die Strafbarkeit im Falle aktiver Selbstbegünstigung fest. Wenig überzeugend ist auch das ergänzende systematische Argument des 1. Senats, wonach der mit dem 43. StrÄndG eingefügte § 145d Abs. 3 StGB gegen eine einschränkende Auslegung spreche. Zwar ist es richtig, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, bereits zuvor sei eine Vielzahl an Selbstbegünstigungshandlungen von den

AG Gera wegen Verstoßes gegen nemo tenetur aufgehoben wurde, das ausgeführt hatte: „Es ist demnach überhaupt nicht ersichtlich, wer sonst das Fahrzeug gefahren haben könnte. Hätte ein anderer das Fahrzeug geführt, hätte dies der Angeklagte zu seiner Entlastung angeben können“ (Urt. v. 27. Juni 2007, Az: 260 Js 8779/07-14 Cs – nicht veröffentlicht).

⁴⁸ Auch *Bosch* zieht diese Konsequenz offensichtlich nicht (JK 2015, S. 880, § 164 I StGB).

⁴⁹ *H. Schneider* (Fn. 2), S. 277 ff.

⁵⁰ *H. Schneider* (Fn. 2), S. 217, 243 f., 305 ff.

⁵¹ *H. Schneider* (Fn. 2), S. 316 ff., 319 f.

⁵² Insofern zust. *Rogall StV* 1996, 63, 67.

⁵³ *Krümpelmann ZStW* 96 (1984), 999, 1032 f.; s. auch *BGHSt* 17, 236, 237; *NK/Schild/Kretschmer* (Fn. 4), § 145d Rn. 4;

⁵⁴ Vgl. *Stübinger GA* 2004, 338 ff. Allerdings gibt es entsprechende oder ähnliche Regelungen auch in zahlreichen anderen europäischen Rechtsordnungen; vgl. dazu *Janott*, Täuschungen mit Wahrheitskern im Rahmen des Vortäuschens einer Straftat (§ 145d I Nr. 1 StGB), 2004, S. 35 ff.

⁵⁵ *Binder* (Fn. 29), S. 189; s. auch *Aselmann* (Fn. 14), S. 255, die daraus aber letztlich keine Einschränkungen ableitet.

⁵⁶ In diesem Sinne auch *Fezer*, FS *Stree/Wessels* (Fn. 14), S. 663, 674; *SSW/Jeßberger*, 2. Aufl. (2014), § 145d Rn. 18; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (Fn. 3), § 145d Rn. 15.

⁵⁷ Vgl. *Chr. Dannecker ZStW* 127 (2015), 370, 401.

⁵⁸ Dagegen zieht etwa *SSW/Jeßberger* (Fn. 56), § 164 Rn. 11 – ohne nähere Begründung – die Grenze beim qualifizierten Leugnens. Das wird man aber auf Basis seiner Auffassung zu § 145d nur mit der typischerweise gegebenen Verletzung von Rechtsgütern Dritter erklären können. Der Fall, dass der Dritte mit der Vorgehensweise des Täters einverstanden ist, wird auf Basis der „selbstbegünstigungsfreundlichen“ Auffassungen für § 164 StGB – soweit ersichtlich – nicht diskutiert.

⁵⁹ Auf dieser Linie auch die Stellungnahmen von *Jescheck*, *Fritz* und *Lackner*, *Niederschriften*, S. 194 f.; besonders deutlich wird dabei *Jescheck*: „Die Frage ist., ob [...] auch der Fall unter Strafe gestellt werden muß, in dem der Verdacht auf einen anderen gelenkt wird. Mir ist das immer etwas polizeistaatlich vorgekommen.“

§§ 145d, 164 StGB erfasst.⁶⁰ Allerdings handelt es sich bei § 145d Abs. 3 StGB um eine Regelung, die sich erheblich von § 145d Abs. 1 und 2 StGB unterscheidet und letztlich den Missbrauch der Kronzeugenregelung unter Strafe stellt.⁶¹ Deshalb werden auch § 145d Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StGB als eigenständige Tatbestände aufgefasst.⁶² Schon deshalb erscheint es fragwürdig, aus der Vorschrift auf Grund und Grenzen der übrigen Regelung rückzuschließen.⁶³

3. Umsetzung des Ergebnisses

Es bleibt die Frage, wie sich die hier vertretene Einschränkung umsetzen lässt. An den Gesetzeswortlaut lässt sich – wie bereits erwähnt – nicht sinnvoll anknüpfen.

a) Teils wird für eine analoge Anwendung des § 258 Abs. 5 StGB plädiert.⁶⁴ Dagegen wird insbesondere eingewandt, dass der E 1962 für das Vortäuschen einer Straftat eine § 258 Abs. 5 StGB entsprechende Regelung vorsah, die jedoch nicht Gesetz geworden ist, weshalb eine planwidrige Regelungslücke fehle.⁶⁵ Die Skepsis gegenüber einer Analogie dürfte, wie auch die vorliegende Entscheidung zeigt, durch die Gesetzesbegründung des 43. StrÄndG zusätzlich Auftrieb erhalten. Zwingend ist diese Sichtweise indes nicht. Das zeigen auch die Niederschriften der Großen Strafrechtskommission. Eine Grundsatzentscheidung, wonach Selbstbegünstigungshandlungen von § 145d StGB strafbewehrt sein sollten, lässt sich daraus nicht ablesen. Das gilt auch für die Entscheidung gegen den Strafausschlussgrund. Sie war eher einer Unsicherheit über dessen nicht vollständig absehbare Folgen geschuldet.⁶⁶ Das generelle Bedürfnis, Selbstbegünstigungen in weiten Bereichen straffrei zu lassen, sollte damit nicht bestritten werden;⁶⁷ man ging allerdings davon aus, dass die Rechtsprechung dies gewährleisten werde.⁶⁸ Teils wurde sogar eingewandt, dass es bedenklich sei, Selbstbegünstigungshandlung nicht schon auf Tatbestandsebene, sondern erst über einen Strafausschlussgrund auszusondern.⁶⁹ Nach alledem lässt sich eine planwidrige Regelungslücke jedenfalls bejahen, sofern sich die Erwartung nicht erfüllt hat, die

Rspr. werde Selbstbegünstigungen in dem gebotenen Maße straffrei belassen.

b) Eine Alternative könnte in einer verfassungskonformen Auslegung des § 145d StGB liegen, die an den oben skizzierten Widerspruch anknüpft.⁷⁰ Dafür wäre es aber erforderlich, dass man eine verfassungskonforme Auslegung auch über den Gesetzeswortlaut hinaus zulässt. Es handelt sich dann um eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung,⁷¹ die nach st. Rspr. zulässig – und auch nicht dem BVerfG vorbehalten – ist, sofern dabei nicht gegen den Wortsinn des Gesetzes und den eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers verstoßen wird.⁷² Geht man nun mit der fast einhelligen Ansicht davon aus, dass der Gesetzeswortlaut die hier für nötig erachtete Restriktion nicht hergibt, stellt sich also die Frage, ob diese dem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers widerspricht. Dabei ist zu bedenken, dass fast niemand Selbstbegünstigungen ausnahmslos nach §§ 145d, 164 StGB bestrafen möchte. Jedenfalls beim normalen und „modifizierten“ Leugnen ist man sich fast durchweg einig, dass eine teleologische Reduktion sowohl bei § 145d StGB, als auch bei § 164 StGB angezeigt ist. Schon hier zeigt sich, dass von einem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers keine Rede sein kann. Die Wortlautgrenze wird durch die anerkannten Einschränkungen ohnehin weitgehend überschritten.⁷³ Hinzu kommt noch: Selbst wenn man akzeptiert, dass es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelte, Selbstbegünstigungshandlungen nicht durch eine ausdrückliche Sonderregelung straffrei zu stellen, lassen sich daraus nur bedingt Umkehrschlüsse ziehen. Das zeigen wiederum die Beratungen der Großen Strafrechtskommission.

Damit ist aber erst gesagt, dass keine Bedenken gegen die generelle Möglichkeit bestehen, § 145d StGB im Wege verfassungskonformer Rechtsfortbildung einschränkend auszulegen. Erforderlich wäre aber darüber hinaus, dass dies auch aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt ist. Das wäre jedenfalls dann der Fall, wenn schon die gesetzgeberische Entscheidung verfassungswidrig wäre, Beschuldigtenlügen, die nur staatliche Interessen beeinträchtigen, nach § 145d StGB ausnahmsweise unter Strafe zu stellen. Da sich eine solche Grundsatzentscheidung aber aus den genannten Gründen nicht sicher feststellen lässt, soll die Frage im Folgenden vereinfacht werden: Wäre eine Norm mit dem Inhalt „Beschuldigtenlügen sind straflos, es sei denn sie beeinträchtigen Rechtsgüter Dritter oder bergen die Gefahr, unnötige Ermittlungen zu

⁶⁰ BT-Drucks. 16/6268, S. 15.

⁶¹ S. nur SSW/Jeßberger (Fn. 56), § 145d Rn. 19a; MüKoStGB/Zopfs (Fn. 3), § 145d Rn. 40.

⁶² Fischer § 145d Rn. 14; diff. NK/Schild/Kretschmer (Fn. 4), § 145d Rn. 29.

⁶³ Auch Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 8), § 48 Rn. 17 versteht die § 164 Abs. 3 StGB offenbar eher als Ausnahme von der Straffreiheit bestimmter Selbstbegünstigungshandlungen.

⁶⁴ H. Schneider (Fn. 2), S. 292 ff.; im Ergebnis zust. etwa SSW/Jeßberger (Fn. 56), § 145d Rn. 18.

⁶⁵ Vgl. BayObLG 1978, 2563, 2564; Dehne-Niemann NStZ 2015, 677, 678; Kühl JR 1985, 296, 297; Saal (Fn. 6), S. 229 ff.; der für eine Lösung de lege ferenda plädiert (S. 235 ff.); s. ferner Kuhlen JuS 1990, 396, 399, der offenbar schon eine vergleichbare Interessenlage verneint.

⁶⁶ Vgl. etwa Baldus, Niederschriften (Fn. 34), S. 193.

⁶⁷ Vgl. Dreher, Fritz, Lackner und Schafheutle, Niederschriften (Fn. 34), S. 194 ff.

⁶⁸ Vgl. Tröndle und Wilkerling, Niederschriften (Fn. 34), S. 193, 196.

⁶⁹ Baldus, Niederschriften (Fn. 34), S. 193.

⁷⁰ Das wäre auf zwei Wegen denkbar (vgl. nur Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 39): Eine verfassungskonforme Auslegung i.w.S. wendet eine andere Norm analog an und vermeidet dadurch das verfassungswidrige Ergebnis. Das wäre der eben beschriebene Weg über die analoge Anwendung des § 258 Abs. 5 StGB, wenn man ihn auf eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit stützte. Stattdessen kommt aber auch eine verfassungskonforme Auslegung i.e.S. in Betracht, also eine Einschränkung des § 145d StGB, die in den genannten Ausnahmefällen auch bei § 164 StGB gelten müsste.

⁷¹ Kuhlen (Fn. 70), S. 13

⁷² BVerfGE 18, 97 (111); 90, 263 (275); 93, 37 (84); Kuhlen (Fn. 70), S. 12 f., 90 f.; R. Schmidt, FS für Canaris, 2007, S. 1353, 1360 f.

⁷³ S. auch Stree, FS Stree/Wessels (Fn. 14), S. 527, 529.

verursachen“ verfassungsgemäß? Das wäre zu verneinen, wenn die Strafandrohung des § 145d StGB unverhältnismäßig wäre. Dafür würde es schon ausreichen, wenn dies nicht die Legitimation der Strafvorschrift als solche beträfe, sondern allein deshalb gälte, weil auch Beschuldigtenlügen erfasst werden. Dieser Aspekt wird hier ausgeklammert.⁷⁴

Im Mittelpunkt steht vielmehr die Überlegung, dass § 145d StGB eine kaum einleuchtende Ausnahme macht. Das ist ein Problem des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG). Ob insofern ein verfassungsrechtliches Konsequenzgebot anzuerkennen ist, wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum neuerdings vermehrt diskutiert.⁷⁵ Die Diskussion hat auch das Strafrecht erreicht.⁷⁶ Dass eine konsequente Gesetzgebung ein rechtsstaatliches Desiderat ist, versteht sich von selbst. Inwieweit man daraus ein Gebot ableiten kann und was daraus folgen würde, ist hingegen unklar. Die Unsicherheiten beginnen bei der unterschiedlichen Terminologie.⁷⁷ Das zeigt sich, wenn man den Begriff der Systemgerechtigkeit, der vor allem in der älteren Rspr. des BVerfG auftaucht, dem der Folgerichtigkeit gegenüberstellt, der sich zunehmender Beliebtheit erfreut.⁷⁸ Das der Systemgerechtigkeit immanente Denken in Systemen birgt erhebliche Unsicherheiten. Das zeigt sich auch an unserem Problem: So kann man schon fragen, ob überhaupt von einem System gesprochen werden kann, das sich mit Beschuldigtenlügen befasst. Anders als in der hier aus Gründen der Vereinfachung hinterfragten hypothetischen Norm hat der Gesetzgeber die Beschuldigtenlüge schließlich nicht gezielt in einem Gesamtkontext geregelt; ein System entstünde erst durch das Zusammenspiel diverser, durchaus unterschiedlicher Strafnormen – und deren Auslegung. Selbst wenn man darin ein System erblicken wollte, hängt die Frage nach der Systemwidrigkeit davon ab, wie man dieses System bestimmt und damit ist stets die Gefahr einer gewissen Willkür verbunden.⁷⁹ Besteht das System aus der Wertung, dass Beschuldigtenlügen straffrei bleiben, solange keine Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden? Dann läge es wesentlich näher, die Ausnahme bei § 145d StGB als Bruch dieses Systems zu begreifen. Oder ist die Ausnahme bei § 145d StGB selbst noch Teil des Systems?

Fragt man nach Folgerichtigkeit, so wird das Problem nur scheinbar entschärft: Fordert man für diese etwa, dass die einem gesetzlichen Regelungsgefüge zugrunde liegenden Grundentscheidungen ihren konsequenten Niederschlag in den einzelnen gesetzlichen Regelungen finden müssen,⁸⁰ so stellen sich praktisch identische Fragen, wenn es darum geht, ob eine solche Grundentscheidung ermittelt werden kann und wie genau sie lautet. Unter anderem aus diesen Gründen bestehen im verfassungsrechtlichen Schrifttum Zweifel, was die Folgerichtigkeit verfassungsdogmatisch leisten kann. „Gesetzliche Widersprüche sind zunächst bloße gesetzpolitische Unzulänglichkeiten. Sie werden zur Gleichheitswidrigkeit, wenn der Widerspruch zu Rechtsfolgeunterschieden führt, die sich nicht – sachbereichsbezogen – auf einen vernünftigen oder sonst einleuchtenden Grund zurückführen lassen.“⁸¹ Auch daran zeigt sich, dass ein Folgerichtigkeitsgebot zwar möglicherweise die Kontrolldichte verschärfen kann; klare Leitlinien lassen sich daraus indes kaum ableiten.⁸²

Dennoch wird zu Recht gefordert, Art. 3 Abs. 1 GG im Strafrecht verstärkt zu achten: Wenn es nämlich nach der neuen Formel des BVerfG entscheidend auf die freiheits-einschränkende Wirkung ankommt, spricht dies bei der Kriminalstrafe als ultima ratio für einen strengen Maßstab.⁸³ Insofern spielt das Systemdenken jedenfalls mittelbar eine Rolle, weil es offenlegt, dass Beschuldigtenlügen von der Strafrechtsordnung ungleich behandelt werden. Nach der neuen Formel ist der Gleichheitssatz verletzt, „wenn keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“⁸⁴ Eine Beeinträchtigung von Rechtsgütern Dritter dürfte als Differenzierungskriterium ausreichen. Soweit dagegen ausschließlich staatliche Interessen betroffen sind, könnte das Differenzierungskriterium letztlich nur in deren besonderer Schutzwürdigkeit gerade bei § 145d StGB gesehen werden. Diese ist bisher aber nur behauptet worden. Es erscheint auch fraglich, ob sie sich wirklich überzeugend begründet lässt. Jedenfalls solange dies nicht gelungen ist, erscheint eine systemwahrende Auslegung aber vorzugswürdig.

Dabei ist zweierlei zuzugeben: Erstens muss man bei dem Ruf nach Konsistenz berücksichtigen, dass gewissen Inkonsistenzen durch ein fragmentarisches Strafrecht Vorschub geleistet wird.⁸⁵ Zweitens ist der Befund, die gegenwärtige Regelung sei – jedenfalls auf Basis der herrschenden Auslegung – insofern gleichwohl problematisch, nicht völlig frei von impliziten Erwägungen zur Strafwürdigkeit. Spätestens bei der Frage, ob ein zulässiges Differenzierungskriterium in Sicht ist, kommen diese

⁷⁴ Verhältnismäßigkeitserwägungen finden sich – allerdings einzelfallbezogen – etwa bei *Binder* (Fn. 29), S. 184 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa *Bumke* Der Staat 49 (2010), 77 ff.; *Kischel* AöR 124 (1999), 174 ff.; *Payandeh* AöR 136 (2011), 578 ff.; *Osterloh*, FS für Bryde, 2013, S. 429 ff.; *Schmidt* FS Canaris, 2007, S. 1353 ff.;

⁷⁶ Vgl. zuletzt *Chr. Dannecker* NZWiSt 2014, 6, 9 ff.; ausführlich *Gaede*, Der Steuerbetrug, Habilitation Bucerius Law Schol (im Erscheinen), B. VI. Neu ist der Gedanke aber keineswegs: Auf ein „Postulat der Konsistenz der Strafbarkeitserklärung“ hat *Frisch* schon früher hingewiesen (FS *Stree/Wessels*, 1992, S. 69, 88 ff., 93 ff.; *Zuspruch bei Kuhlen*, in: *Wolter/Freund*, Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 77, 97; s. auch *Mellinghoff*, in: *ders./Palm*, Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, S. 147, 150, 158 f.).

⁷⁷ S. nur *Payandeh* AöR 136 (2011), 578, 581; umfassender Überblick bei *Kischel* AöR 124 (1999), 174, 193.

⁷⁸ S. etwa *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl. (2010), § 181 Rn. 209 ff.

⁷⁹ *Kischel*, AöR 124 (1999), 174, 206 f.; *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578, 590 f.

⁸⁰ BVerfGE 19, 101, 116.

⁸¹ *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 77), Rn. 219.

⁸² Übereinstimmend *Chr. Dannecker* NZWiSt 2014, 6, 10.

⁸³ Vgl. *Gaede* (Fn. 76), VI 1. b), VI 2. a).

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 55, 72, 88.

⁸⁵ S. schon *Frisch* (Fn. 76), S. 69, 88 f.; *Mellinghoff* (Fn. 76), S. 147, 152. Es ist aber keineswegs klar, was daraus folgt. *Frisch* sieht deshalb eine besondere Gefahr, die einzudämmen sei. Man kann aber auch sagen, dass manche Inkonsistenzen hinzunehmen seien, will man nicht den Gesetzgeber zwingen, allein deshalb umfassend zu kriminalisieren, um dem Vorwurf der Inkonsistenz zu entgehen (in diesem Sinne etwa *Mellinghoff* a.a.O.).

zwangsläufig zum Tragen. Insofern hängt der Befund ersichtlich auch damit zusammen, dass die einschlägigen Fälle hier nicht für strafwürdig gehalten werden. Wer das ganz anders sieht, wird die herrschende Auslegung auch nicht für inkonsistent halten.

Bei alledem ist eines ohnehin klar: Völlige Klarheit und Stimmigkeit könnte – wenn überhaupt – nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden. Eine Regelung der Selbstbegünstigung ist längst überfällig.⁸⁶ Solange sie fehlt, sollte aber die Rechtsprechung nicht nur auf eine präzisierende,⁸⁷ sondern auch auf eine konsistente Auslegung verpflichtet werden.⁸⁸

Die Forderung nach einer systemgerechten Behandlung von Beschuldigtenlügen hat Vorteile gegenüber einem unmittelbaren Rekurs auf *nemo tenetur* und der Differenzierung zwischen Verdachtsablenkung und Verdachtsumlenkung: Man muss sich erstens nicht auf ein Recht zur Lüge festlegen. Zweitens wird die verfassungskonforme Auslegung nicht ausschließlich mit eigenen Maßstäben begründet, sondern knüpft an eine verallgemeinerungsfähige Wertung des Gesetzgebers an.⁸⁹ Und drittens entsteht ein höheres Maß an Rechtssicherheit, weil sich nunmehr uneingeschränkt der Rechtssatz aufstellen lässt: „Beschuldigtenlügen sind straflos, solange sie nur staatliche Interessen beeinträchtigen und nicht darüber hinaus Rechtsgüter Dritter beeinträchtigen.“ Auf dieser Basis bleiben auch der Hinweis auf den großen Unbekannten und die Schaffung eines falschen Alibis durch den Beschuldigten straflos, ohne dass es auf die zahlreichen Differenzierungen oder eine Gesamtbetrachtung ankäme. Auch das Präzisierungsgebot spricht also letztlich für diese Sichtweise.

d) Auf Fremdbegünstigungen lassen sich die hier angestellten Erwägungen dagegen offensichtlich nicht übertragen, weil die Angehörigenbegünstigung vom Gesetz wesentlich differenzierter behandelt wird.⁹⁰ Lügen werden hier grundsätzlich von den §§ 153 ff. StGB erfasst; Strafmilderung und Absehen von Strafe stehen nach § 157 StGB im Ermessen des Gerichts. Auch die Gefangenbefreiung zu Gunsten eines Angehörigen wird nach § 120 StGB bestraft.

IV. Fazit und Ausblick

Selbstbegünstigungshandlungen sollten entgegen vielfach vertretener Auffassung nach § 145d StGB generell

⁸⁶ Es ist durchaus bezeichnend, wenn *Saal* (Fn. 6), S. 235 ff., der durchweg für die wohl rigideste Handhabe des § 258 StGB eintritt, ausgerechnet bei den Selbstbegünstigungshandlungen für eine solche Lösung plädiert.

⁸⁷ Vgl. dazu BVerfGE 126, 170, 198 f.; *A. Albrecht*, FS für Dencker, 2012, S. 1, 5 f.; *AnwK/Gaede* (Fn. 25), § 1 Rn. 20; *NK/Hassemer/Kargl* (Fn. 4), § 1 Rdn. 70a; *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014, S. 157; *Kuhlen*, in: *Kudlich/Montiel/Schuhr*, Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 429, 435 f.; *Schulz*, FS für Roxin II, 2011, S. 305, 310.

⁸⁸ *Gaede* (Fn. 76), VI. 3., VI. 3. b), dort allerdings in anderem Zusammenhang (systematische Betrachtung innerhalb einer „Deliktfamilie“).

⁸⁹ Vgl. zu diesem Aspekt auch *Gaede* (Fn. 76), VI. 3., a) (3).

⁹⁰ Vgl. dazu *Kuhlen* JuS 1990, 396, 398.

straflos bleiben, soweit sie nur staatliche Interessen beeinträchtigen. Das gilt jedenfalls, soweit es um dasselbe Verfahren geht. Man wird aber nicht verlangen können, dass bereits ein Strafverfahren läuft.⁹¹ Es reicht auch aus, wenn der Täter mit der Selbstbegünstigungshandlung einem Verfahren zuvorkommt, und zwar jedenfalls, wenn es sich dabei um das dominierende Motiv handelt.⁹² Damit bleiben allerdings noch Fragen offen, die hier nur angedeutet werden können. Was ist zum Beispiel, wenn der Täter eine ganz andere Straftat behauptet, z.B. wahrheitswidrig eine Körperverletzung gesteht, weil ihm dies als Alibi für ein ihm vorgeworfenes Tötungsdelikt dient?⁹³ Auch hier werden nur staatliche Interessen beeinträchtigt und die Lüge geht auf den maßgeblichen Selbsterhaltungsdrang zurück.

Schwieriger liegt eine weitere aktuelle Entscheidung des 1. Strafsenats:⁹⁴ Der Täter hatte dort (möglicherweise) einen Pkw unterschlagen, indem er ihn verkaufte. Er erstattete nun Strafanzeige wegen Unterschlagung gegen einen Dritten. Da dieser wahrscheinlich in die strafbaren Vorgänge verwickelt war, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass er auch mit der Anzeige einverstanden war. Dem Täter ging es jedoch in erster Linie darum, über staatliche Hilfe beim Käufer den Pkw beschlagnahmen zu können. Es wäre also zu klären, ob es eine Rolle spielt, inwiefern der Täter sich durch eine objektive Selbstbegünstigungshandlung vor Strafe schützen will oder ob er nur bzw. in erster Linie andere – hier sogar strafbare – Zwecke verfolgt.⁹⁵

Was auf den ersten Blick wie eine sehr beschuldigtenfreundliche Lösung erscheinen mag, führt zur Straffreiheit nur in dem praktisch seltenen Fall, dass der falsch Verdächtige einverstanden ist. In allen anderen Fällen, in denen Dritte betroffen sind, müsste man, um der dogmatisch durchaus berechtigten Kritik an der fallgruppenorientierten Lösung vollständig zu entgehen, die Strafbarkeit dagegen erheblich ausweiten. Doch wird man bezweifeln müssen, ob das widerspruchlos möglich ist. Zwar mag man beim modifizierten Leugnen noch fragen, warum die ausdrückliche Bezichtigung des anderen unbedingt straffrei sein müsse.⁹⁶ Spätestens beim schlichten Leugnen verbleiben allerdings erhebliche Bauchschmerzen, und man wird nicht umhin kommen, mit Blick auf § 136 StPO Straffreiheit anzunehmen – und sei es um den Preis

⁹¹ Das Problem ist von den bisherigen Selbstbelastungsfällen bekannt; vgl. etwa *Küper/Zopfs* (Fn. 11), Rn. 570.

⁹² Deshalb ist die auch hier gewählte Bezeichnung der „Beschuldigtenlüge“ streng genommen noch verkürzt.

⁹³ Vgl. *Schäfer*, Niederschriften (Fn. 34), S. 194.

⁹⁴ BGH HRRS 2015 Nr. 614.

⁹⁵ Für die Vertreter einer analogen Anwendung des § 258 Abs. 5 StGB wird diese Frage deshalb relevant, weil diese Vorschrift ein solches Motiv fordert, wenn auch umstritten ist, welche Anforderungen daran zu stellen sind; vgl. *MüKoStGB/Cramer/Pascal* (Fn. 3), § 258 Rn. 53; *SSW/Jahn* (Fn. 56), § 258 Rn. 44: Selbstbegünstigung darf nicht völlig in den Hintergrund treten; enger *LK/Walter*, 12. Aufl., 2010, § 258 Rn. 131, der sich an den Grundsätzen zu Motivumdehnen orientieren will.

⁹⁶ So nunmehr auch *Geppert*, GS Schlüchter (Fn. 5), S. 43, 49 (anders noch *ders.* Jura 2000, 383, 387); s. auch *Löffelmann* JR 2015, 492, 494.

verbleibender Widersprüchlichkeiten.⁹⁷ Immerhin lässt sich sagen, dass im Gegensatz zum „modifizierten“ Leugnen der Beschuldigte nicht *gezielt* in Rechtsgüter Dritter eingreift.⁹⁸ Eine vollkommen stimmige Lösung

⁹⁷ Vgl. aber neuerdings *Dehne-Niemann* NStZ 2015, 677, 682 mit dem Vorschlag, das schlichte Leugnen als Unterlassen zu begreifen und so zur Straflosigkeit zu gelangen.

⁹⁸ Ähnlich schon *Langer*, FS Lackner (Fn. 13), S. 541, 560.

wäre daher nur *de lege ferenda* möglich; überfällig ist sie allemal. Immerhin würde durch den hier vertretenen Ansatz ein erheblicher Widerspruch aufgelöst und die einzig naheliegende und klare Grenze – anders als es derzeit der Fall ist – konsequent gezogen.

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Rechtsbeugung und ihrer Sperrwirkung

Von Prof. Dr. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

I. Ausgangsfälle

Zwei Fälle der nachträglichen Abänderung von Urteilsgründen durch einen Richter haben in den letzten Jahren die Strafgerichte bis hin zum BGH beschäftigt. Dabei ging es beide Male um eine Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung und Urkundenfälschung.

1. Im ersten Fall hatte der Vorsitzende Richter einer kleinen Strafkammer in mehreren Fällen die von ihm nur unvollständig abgesetzten – und so zur Geschäftsstelle gegebenen – Urteilsgründe nach Ablauf der Fünf-Wochen-Frist (§ 275 Abs. 1 S. 2 StPO) entgegen dem Verbot des § 275 Abs. 1 S. 3 StPO heimlich geändert.¹

a) Das *OLG Naumburg* war im Jahr 2012 der Auffassung, dieses Verhalten sei keine Rechtsbeugung.² Zwar habe der Angeschuldigte als Richter bei der Leitung einer Rechtssache – durch einen elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege – das Recht gebeugt.³ Die Änderung der Urteilsgründe sei aber weder zugunsten noch zum Nachteil einer Partei erfolgt. Sie habe zwar den Verfahrensbeteiligten den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 7

StPO genommen, dies stelle jedoch „allein einen prozessualen Nachteil“ dar, der für den objektiven Tatbestand des § 339 nicht genüge.⁴

Dagegen war nach Ansicht des OLG der Angeschuldigte hinreichend verdächtig, jeweils eine Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 2. und 3. Var.) begangen zu haben,⁵ bei der er seine Befugnisse und seine Stellung als Amtsträger missbrauchte (§ 267 Abs. 3 Nr. 4).⁶ Die Ahndung dieser Urkundenfälschungen werde nicht durch die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes ausgeschlossen, durch den in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Satz also, dass „eine Verurteilung wegen eines Verhaltens bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache nach anderen Strafvorschriften nur möglich ist, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 339 StGB gegeben sind“.⁷

Die Begründung dieser These ist schwer durchschaubar. Zum einen stellt der Senat darauf ab, ob sich „das Verhalten eines Richters bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache unabhängig von der Beantwortung der

¹ Darüber hinaus hatte er in einem Fall nach einer rechtskräftig gewordenen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe die Akten trotz Aufforderung der Staatsanwaltschaft nicht zur Vollstreckung übergeben, was vom OLG Naumburg, Beschl. v. 23.4.2012 – 1 Ws 48/12, OLGSt § 339 StGB Nr. 3, S. 7 ff. als Vollstreckungsverletzung im Amt (§ 258 Abs. 2, § 258a Abs. 1) gewertet wurde (§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB).

² OLG Naumburg (Fn. 1) m. Anm. *Jahn* JuS 2012, 950. Der Beschluss des OLG gab der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft – die wegen Rechtsbeugung in fünf Fällen jeweils in Tateinheit mit Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 4) sowie in einem Fall auch mit Strafvollstreckungsverletzung im Amt angeklagt hatte – gegen den Nichteröffnungsbeschluss des LG Dessau-Roßlau statt (§§ 204 Abs. 1, 210 Abs. 2 StPO).

³ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 2 f.

⁴ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 3 f. *Jahn* JuS 2012, 950, 951 äußert – vor der Entscheidung des BGH in dieser Sache – „Zweifel“ an dieser Auffassung. *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 108 betrachtet demgegenüber – nach dem Urteil des BGH, das einen Nachteil „ohne weiteres“ bejahte – den Nachteil als „evident“, woraus folgt, dass der Beschluss des OLG Naumburg insofern evident falsch war: ein schönes und gerade für § 339 instruktives Beispiel für die Entstehung juristischer Gewissheiten.

⁵ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 4 f.

⁶ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 5 f.

⁷ So OLG Naumburg (Fn. 1), S. 6 m. w. N. Zustimmend *Jahn* JuS 2012, 950, 951; *ders.*, Zur Frage der Strafbarkeit wegen Beleidigungsdelikten und deren Rechtfertigung nach § 193 StGB durch unwahre Tatsachenbehauptungen in einer Anklageschrift, in: Lüderssen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller, 2014, 339, 343; *MK-Uebele*, 2. Aufl. 2014, § 339 Rn. 73.

Frage, ob es als Rechtsbeugung, d. h. als elementarer Rechtsverstoß zugunsten oder zum Nachteil einer Partei, zu werten ist, auch isoliert als eine Straftat [darstellt]“: Dann greife „der Schutz der Sperrwirkung nicht ein“.⁸ Diese Erwägung ist unhaltbar. Es schließt die Sperrwirkung nicht aus, sondern ist im Gegenteil ihre Voraussetzung, dass der Richter⁹ bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache eine andere Straftat begeht, die sich unabhängig davon, ob die weiteren¹⁰ Voraussetzungen einer tatbestandsmäßigen Rechtsbeugung gegeben sind, in diesem Sinne also „isoliert“, als Straftat darstellt.

Die zweite (vom OLG mit der ersten verquickte) Erwägung lautet, dass die vom Angeschuldigten begangenen Urkundenfälschungen „in keinem inneren funktionalen Zusammenhang mit der Leitung und Entscheidung einer Rechtssache [standen], sondern ... sich hiervon so erheblich [entfernten]“, dass sie „nicht als ein auf der Leitungs- oder Entscheidungskompetenz des Richters beruhendes Tun oder Unterlassen anzusehen“ seien.¹¹ Auch das ist unhaltbar, jedenfalls dann, wenn man (zutreffend) mit dem OLG Naumburg davon ausgeht, dass bei Abänderung der Urteile „der Angeschuldigte als Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache i. S. d. § 339 StGB ... gehandelt [habe]“.¹² Das richterliche Handeln bei der Leitung oder Entscheidung einer Sache ist Tatbestandsvoraussetzung sowohl der Rechtsbeugung als auch ihrer Sperrwirkung. Es ist offensichtlich widersprüchlich, anzunehmen, ein und dasselbe Verhalten (hier: die Urkundenfälschung) erfolge bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache i. S. d. § 339,¹³ und andererseits den funktionalen Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und der Leitung oder Entscheidung der Rechtssache zu verneinen.

Eine dritte Möglichkeit, die Ablehnung einer Sperrwirkung zu begründen, schreibt *Jahn* dem OLG Naumburg zu. Er meint, „vom Standpunkt des Senats aus konnte § 339 StGB vorliegend also seine Sperrwirkung mangels Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht entfalten“.¹⁴ Unabhängig davon, ob das die Entscheidungsbeurteilung des OLG Naumburg trifft,¹⁵ wäre auch diese Erwägung jedenfalls unhaltbar. Nach dem bisher herrschenden und vom OLG zutreffend wiedergegebenen Verständnis der Sperrwirkung setzt diese lediglich voraus, dass ein Richter eine andere Straftat (als eine Rechtsbeugung) bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache begeht. Keine Voraussetzung der Sperrwir-

kung ist dagegen, dass weitere Voraussetzungen des objektiven oder subjektiven Rechtsbeugungstatbestandes erfüllt sind. Im Gegenteil eröffnet sich ein Anwendungsbereich der Sperrwirkung gerade in dem Maße, wie das nicht der Fall ist, sei es dass der Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zwar eine Straftat begeht, aber nicht das Recht beugt, nicht zugunsten oder zum Nachteil einer Partei handelt oder aber den subjektiven Tatbestand des § 339 nicht erfüllt. Dass – wie das OLG Naumburg annimmt – der angeschuldigte Richter bei den Urkundenfälschungen nicht zugunsten oder zum Nachteil einer Partei handelte, kann also nicht zur Versagung der Sperrwirkung führen.

b) Nachdem das OLG Naumburg das Hauptverfahren vor dem *LG Halle* eröffnet hatte,¹⁶ sprach dieses den Angeklagten frei. Er habe die Urkundenfälschungen zwar als Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache begangen, aber nicht gehandelt, um dem Revisionsführer einen *Nachteil zuzufügen*, also den Tatbestand der Rechtsbeugung nicht erfüllt. Damit schließe die Sperrwirkung von § 339 eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung aus.¹⁷

c) Der 4. Strafsenat des BGH hob diesen Freispruch im Jahr 2013 auf.¹⁸ Im Einklang mit dem OLG Naumburg nimmt der Senat an, der Angeklagte habe mit der nachträglichen Abänderung der Urteilsgründe i. S. d. § 339 bei der Leitung einer Rechtssache gehandelt. Im Ergebnis ebenfalls mit dem OLG übereinstimmend bejaht der BGH des Weiteren eine Beugung des Rechts. Der Richter habe sich bei der heimlich vorgenommenen bewussten Abänderung der Urteilsgründe „bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln [stattdessen] ... an eigenen Maßstäben“ ausgerichtet, also das Recht gebeugt.¹⁹

Anders als das OLG nimmt der BGH auch eine Rechtsbeugung *zugunsten oder zum Nachteil* einer Partei an. Denn

¹⁶ Dazu OLG Naumburg (Fn. 1), S. 9 f.

¹⁷ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13 = HRRS 2013 Nr. 767, BeckRS 2013, 14345 Rn. 11.

¹⁸ Im Jahr 2014 wurde der Angeklagte vom LG Halle wegen Rechtsbeugung und Urkundenfälschung in besonders schwerem Fall zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung verurteilt, vgl. RohR 2015, 103.

¹⁹ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 13, 17. Insofern zustimmend *Nestler* NStZ 2013, 657 f.; *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 107 f. und im Ergebnis auch *Habetha/Windsberger* jM 2014, 39, 40. *Habetha/Windsberger* rügen allerdings, dass der Senat die – nach ständiger Rechtsprechung für eine Beugung des Rechts erforderliche – besondere *Schwere* des Rechtsverstoßes auch darauf stützte, dass die rechtsbeugende Handlung zugleich „den Tatbestand der Urkundenfälschung sogar in der Alternative des § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB“ erfülle (so BGH aaO Rn. 17). Das gerate „jedemfalls in die Nähe eines Zirkelschlusses, da (eine Sperrwirkung unterstellt) erst die Beurteilung der Schwere des Verstoßes ergibt, ob der Richter zugleich wegen einer Urkundenfälschung bestraft werden kann“ (*Habetha/Windsberger* jM 2014, 39, 40). Diese Kritik ist verfehlt, die Wertung des BGH ist logisch einwandfrei. Denn das vom Senat angenommene Gewicht des Rechtsverstoßes ergibt sich nicht erst aus der Strafbarkeit des Verhaltens als Urkundenfälschung, sondern daraus, dass es – ohne gerechtfertigt oder entschuldigt zu sein – den Tatbestand des § 267 Abs. 1 (sowie das Regelbeispiel des § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4) erfüllt.

⁸ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 7 mit der Folgerung, im Fall sei eine Sperrwirkung zu verneinen, weil die Änderungen der Urteile isoliert betrachtet Urkundenfälschungen waren.

⁹ An Stelle des Richters, anderen Amtsträgers oder Schiedsrichters (§ 339) wird in der Folge lediglich der Richter als tauglicher Täter einer Rechtsbeugung genannt.

¹⁰ Also über das Merkmal der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache durch einen Richter hinausgehenden.

¹¹ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 7.

¹² OLG Naumburg (Fn. 1), S. 2.

¹³ Und das heißt unbestritten: nicht nur bei Gelegenheit, sondern in einem „inneren, funktionalen Zusammenhang“ (so OLG Karlsruhe NJW 2004, 1469, 1470) mit dieser Leitung oder Entscheidung (NK-Kuhlen, 4. Aufl. 2013, § 339 Rn. 31 ff. m. w. H.).

¹⁴ *Jahn* JuS 2012, 950, 951.

¹⁵ Wofür es m. E. keinen Anhaltspunkt gibt.

unabhängig von der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung verschlechterte die nachträgliche (und heimliche) Abänderung der Urteilsgründe die Revisionschancen der Verfahrensbeteiligten.²⁰ Da für den subjektiven Tatbestand des § 339 bedingter Vorsatz genüge – und nicht etwa die von der Strafkammer vermisste Absicht der Nachteilszufügung erforderlich sei²¹ – war nach Auffassung des BGH von einer strafbaren Rechtsbeugung auszugehen.

Die Frage nach einer Sperrwirkung gegenüber der Urkundenfälschung stellte sich damit nicht. Gleichwohl deutet der Senat an, dass in derartigen Fällen auch dann, wenn der Tatbestand der Rechtsbeugung nicht erfüllt ist, die Urkundenfälschung nicht von der Sperrwirkung des § 339 erfasst werde.²² *Heghmanns* kritisiert dieses obiter dictum, weil das Gericht bei der Prüfung von § 339 angenommen hatte, die Abänderung der Urteilsgründe sei bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfolgt. Dann könne man aber dieses Merkmal bei der Prüfung einer Sperrwirkung nicht verneinen.²³ Letzteres ist zutreffend. Fraglich ist allerdings, ob der 4. Strafsenat eine Sperrwirkung wirklich deshalb versagen wollte, weil die Urkundenfälschung nicht bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfolgte.²⁴

2. Im zweiten Fall hatte ein Strafrichter einen Angeklagten zu einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen à 15 Euro verurteilt und ihm deren Zahlung in monatlichen Raten von 15 Euro bewilligt.²⁵ Die Formel dieser Entscheidung hatte er vor Verkündung des Urteils auf dem Einband der Sachakte schriftlich niedergelegt. Die Staatsanwaltschaft legte wegen der zu erwartenden Vollstreckungsdauer (von über sechs Jahren) Berufung ein. Der Richter entschloss sich daraufhin, die Höhe der bewilligten Raten „informell“ zu erhöhen, um eine Rücknahme des Rechtsmittels zu erreichen. Dementsprechend änderte er in der auf dem Akteneinband niedergelegten Urteilsformel die Ratenhöhe, indem er die Zahl „1“ durch „2“ überschrieb. Das Berufungsgericht hob lediglich die Höhe der bewilligten Raten an (auf 32 Euro monatlich).

a) Das *LG Koblenz* sprach den Richter frei. Durch die nachträgliche Änderung der Urteilsformel habe er zwar eine Urkundenfälschung begangen (§ 267 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 4). Er habe das auch bei der Leitung einer Rechtssache getan, jedoch keinen elementaren Rechtsverstoß begangen und damit das Recht nicht i. S. d. § 339 gebeugt. Damit scheidet wegen der Sperrwirkung des

Rechtsbeugungstatbestandes auch eine Verurteilung wegen Urkundenfälschung aus.²⁶

b) Der 3. Strafsenat des BGH hob im Jahr 2015 diesen Freispruch auf.

aa) Ebenso wie das *LG Koblenz* wertete er die nachträgliche Abänderung der Urteilsformel als *Urkundenfälschung* unter Missbrauch einer Stellung als Amtsträger. Zutreffend sei auch die *Verneinung einer Rechtsbeugung* gewesen.

Die Abänderung der Urteilsformel sei allerdings *bei der Leitung einer Rechtssache* erfolgt.²⁷ In Einklang mit der ständigen Rechtsprechung wird die Leitung einer Rechtssache als „Inbegriff aller Maßnahmen, die auf die Erledigung der Sache abzielen“ definiert, wozu auch die Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe durch den erkennenden Richter zähle.²⁸ Nicht mehr bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache i. S. d. § 339 handele der Richter „erst dann, wenn ein innerer funktionaler Zusammenhang der den strafrechtlichen Vorwurf begründenden Verhaltensweise mit der Förderung der Sache fehlt und diese deshalb objektiv nicht mehr als ein auf seiner Leitungs- oder Entscheidungskompetenz beruhendes Handeln erscheint“.²⁹ Im Fall sei die nachträgliche Abänderung der Urteilsformel „in engem und untrennbarem Zusammenhang“ mit der Herstellung der schriftlichen Urteilsurkunde erfolgt, damit bei Leitung der Rechtssache durch den angeklagten Richter.

Weiterhin stimmt der BGH mit der Strafkammer darin überein, dass der Angeklagte das Recht nicht gebeugt habe, da ihm kein „elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege“ zur Last falle.³⁰ Dass er durch die Fälschung der Urteilsformel zugleich eine Straftat begangen habe, indiziere zwar die objektive Schwere seines Rechtsverstoßes. Diese werde jedoch dadurch gemindert, dass er lediglich die Höhe der bewilligten Raten, nicht aber die der von ihm verhängten Geldstrafe verändert habe. In subjektiver Hinsicht komme hinzu, dass der Richter „ausschließlich handelte, um einen von ihm erkannten offensichtlichen Fehlgriff zugunsten des W bei der Bemessung der Höhe der Raten rückgängig zu machen“,³¹ also aus einem sachbezogenen Grund.

bb) Anders als die Vorinstanz ist der BGH der Ansicht, der Verurteilung wegen Urkundenfälschung stehe die *Sperrwirkung* des § 339 *nicht* entgegen.³² Der 3. Strafsenat weicht hier – im Anschluss an das obiter dictum des 4. Strafsenats – vom bisherigen Verständnis der Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes – mit dem die Entscheidung des *LG Koblenz* übereinstimmt – ab. Der Bedeutsamkeit dieser Abweichung entsprechend wird sie im Urteil näher begründet.

²⁰ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 17, 19. Insoweit zustimmend *Nestler* NSStZ 2013, 657 f.; *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 108; *Habetha/Windsberger* jM 2014, 39, 41.

²¹ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 21. Zustimmend *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 108; *Hunsmann* StRR 2014, 34.

²² BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 22.

²³ *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 109.

²⁴ Wie *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 109 ohne Weiteres annimmt. Diese Annahme dürfte unzutreffend sein – wie man wiederum *nach* der 2015 getroffenen Folgeentscheidung des 3. Strafsenats sagen kann. Näher dazu unter II.

²⁵ Sachverhalt nach BGH, Urt. v. 13.5.2015 – 3 StR 498/14 = HRRS 2015 Nr. 714, Rn. 3.

²⁶ So die Urteilsbegründung des *LG Koblenz* nach BGH (Fn. 25), Rn. 4.

²⁷ BGH (Fn. 25), Rn. 8–10.

²⁸ BGH (Fn. 25), Rn. 9.

²⁹ So, ebenfalls im Einklang mit der st. Rspr. und wohl einhelligen Auffassung, BGH (Fn. 25), Rn. 9 m. w. N.

³⁰ BGH (Fn. 25), Rn. 12 f.

³¹ BGH (Fn. 25), Rn. 13.

³² BGH (Fn. 25), Rn. 14–17.

Die *Ratio* der Sperrwirkung sieht der Senat „in erster Linie“ in „der persönlichen Unabhängigkeit des Richters“. Die Sperrwirkung solle „seine Entscheidungsfreiheit sichern und ihn von dem Risiko freistellen, dass Entscheidungen, Anordnungen oder Maßnahmen der Verhandlungsleitung, zu denen er aufgrund seiner Rechtsgewährungspflicht von Gesetzes wegen gehalten ist, die aber nach ihrem Inhalt oder nach ihren Auswirkungen den Tatbestand eines allgemeinen Strafgesetzes erfüllen können, so etwa den der Strafvereitelung, der Verfolgung Unschuldiger, der Freiheitsberaubung oder der Nötigung, nachträglich und außerhalb des Instanzenzugs nochmals zur Überprüfung gestellt werden mit dem Ziel, ihn strafrechtlich oder zivilrechtlich (vgl. § 839 Abs. 2 BGB) hierfür zur Verantwortung zu ziehen“.³³

Daneben führt der BGH aus, nach der *früheren Rechtslage*, die nach damals herrschender Meinung für den subjektiven Tatbestand der Rechtsbeugung einen direkt vorsätzlichen Rechtsverstoß voraussetzte, habe die Sperrwirkung „zuvörderst verhindert“, „dass ein Richter, dem keine direkt vorsätzliche Rechtsverletzung angelastet werden kann, wegen einer durch seine Entscheidung bedingt vorsätzlich oder auch nur fahrlässig begangenen Verwirklichung eines anderen Straftatbestandes zur Verantwortung gezogen wird.“³⁴ „All dies“ sei „auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht übertragbar“.³⁵

Zum einen nämlich genüge seit 1974 für den subjektiven Rechtsbeugungstatbestand bedingter Vorsatz, womit der zuvor wichtigste Anwendungsbereich der Sperrwirkung entfallen sei.³⁶ Zum anderen und vor allem aber fordere „die verfassungsrechtlich gewährleistete richterliche Unabhängigkeit nicht, das Haftungsprivileg auch auf ein Handeln des Richters zu erstrecken, das nicht erst im Zusammenhang mit einer nach außen zu treffenden Entscheidung, Anordnung oder Maßnahme der Verhandlungsleitung zur Erfüllung eines Straftatbestandes führt, sondern – wie hier – bereits für sich alleine gegen Strafgesetze verstößt“.³⁷

3. Der BGH nimmt in der Entscheidung des Jahres 2015 an, der angeklagte Richter habe durch die unbefugte Abänderung des Urteilstextes eine *echte Urkunde verfälscht* (§ 267 Abs. 1), obwohl er diese selbst ausgestellt hatte.³⁸ Das beruht auf einer umstrittenen Rechtsansicht,³⁹ entspricht aber der ständigen Judikatur.

³³ BGH (Fn. 25), Rn. 15.

³⁴ BGH (Fn. 25), Rn. 16.

³⁵ BGH (Fn. 25), Rn. 17.

³⁶ BGH (Fn. 25), Rn. 17.

³⁷ So BGH (Fn. 25), Rn. 17 mit dem Zusatz „dem zuneigend bereits BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 – 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, 657“.

³⁸ BGH (Fn. 25), Rn. 6. Im ersten Fall wurde demgegenüber eine Urkundenfälschung darin gesehen, dass der Richter durch die Abänderung der Urteilsniederschrift den Eingangsvermerk der *Geschäftsstelle* (als zusammengesetzte Urkunde eines anderen Ausstellers) veränderte. So – im Anschluss an OLG Naumburg (Fn. 1), S. 4 – BGH BeckRS 2013, 14345 Rn 17; insoweit zustimmend *Heghmanns* ZJS, 2014, 105, 108.

³⁹ Ablehnend etwa *NK-Puppe* § 267 Rn. 89 ff. m. w. N. Nach der Gegenauffassung kommt bei der unbefugten nachträglichen Abänderung einer Urkunde durch deren Aussteller

Bedeutsamer sind die Aussagen des BGH zum *Tatbestand der Rechtsbeugung*. Beide Entscheidungen bekräftigen die mittlerweile ständige Rechtsprechung, nach der ein Richter das Recht im Sinne des § 339 nur durch einen „elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege“⁴⁰ *beugt*, dann also, wenn er sich „bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben ausrichtet“.⁴¹ Sie bestätigen, dass eine derartige Beugung des Rechts auch durch die „bloße“ Verletzung von *Verfahrensvorschriften* begangen werden kann. Und sie tragen durch die Differenzierung zwischen einer objektiv weniger gravierenden und einer für § 339 genügend schweren Verletzung des Gesetzes (§ 275 Abs. 1 StPO) zur kasuistischen – und sachlich jedenfalls nachvollziehbaren – Konkretisierung des hochgradig präzisierungsbedürftigen „elementaren Verstoßes gegen die Rechtspflege“ bei.⁴²

Zum Handeln *zugunsten oder zum Nachteil einer Partei* stellt der 4. Strafsenat⁴³ zunächst fest, dass es sich dabei nicht um eine subjektive, sondern um eine objektive Tatbestandsvoraussetzung handelt. Somit muss eine Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei wirklich eintreten, während für den subjektiven Tatbestand insoweit bedingter Vorsatz genügt.⁴⁴ Das entspricht der herrschenden Meinung, versteht sich jedoch nach dem Gesetzeswortlaut nicht von selbst und war vom OLG Halle (das eine absichtliche Benachteiligung verlangte) verkannt worden.⁴⁵

Für die Rechtsbeugung durch Verletzung von *Verfahrensvorschriften* stellt der Senat sodann klar, dass es „nicht entscheidend auf die materielle Richtigkeit der ‚Endentscheidung‘ oder des in der Berufungshauptverhandlung verkündeten Urteils ankommt“, sondern dass ein für § 339 genügender Nachteil bereits in der „Verschlechterung der prozessualen Situation der Prozessbeteiligten“ liegt.⁴⁶ Damit war – entgegen der vom OLG Naumburg vertretenen Ansicht, der Verlust des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 7 StPO sei lediglich ein für § 339 nicht ausreichender „prozessualer Nachteil“⁴⁷ – das Verhalten des Richters im ersten Fall in der Tat „ohne

zwar eine Urkundenunterdrückung (§ 274) in Betracht, nicht aber die Strafschärfung, die § 267 Abs. 3 vorsieht.

⁴⁰ BGH (Fn. 25), Rn. 12.

⁴¹ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 13; BGH (Fn. 25) Rn. 12. Zum – in der Literatur vielfach und teilweise heftig kritisierten – Erfordernis des *bewussten* und *schweren* Rechtsbruchs vgl. *NK-Kuhlen* § 339 Rn. 46 ff. m. w. H. Ob mit der Formulierung, der Amtsträger müsste sein Handeln „statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben ausrichten“, eine *zusätzliche* Sachanforderung gestellt wird, ist fraglich. Denn wer bewusst einen schweren Rechtsbruch begeht, orientiert sich wohl zwangsläufig an eigenen Maßstäben statt an Recht und Gesetz.

⁴² So zu Recht *Nestler* NStZ 2013, 657, 658 zur Entscheidung des 4. Strafsenats.

⁴³ Der 3. Strafsenat musste auf diese Tatbestandsvoraussetzung nicht mehr eingehen, da er bereits eine Beugung des Rechts verneinte.

⁴⁴ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 18, 20.

⁴⁵ Vgl. *NK-Kuhlen* § 339 Rn. 71 ff., 76 ff.

⁴⁶ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 21.

⁴⁷ So OLG Naumburg (Fn. 1), S. 4, ohne Anführung eines Belegs für diese Auffassung.

Weiteres“ geeignet, sich zum Nachteil der Verfahrensbeteiligten auszuwirken, der objektive Tatbestand des § 339 also erfüllt.⁴⁸

Trotz dieser weiterführenden Konkretisierungen des *Rechtsbeugungstatbestandes* liegt die wichtigste Aussage der angeführten Urteile an anderer Stelle. Neuland betritt schon das OLG Naumburg, dann aber vor allem – anknüpfend an die Andeutung des 4. Strafsenats in dessen 2013 ergangenen Urteil – der 3. Strafsenat im Urteil des Jahres 2015 bei der Frage der *Sperrwirkung* des Rechtsbeugungstatbestandes. Die Entscheidungen schränken diese Sperrwirkung in einer Art und Weise ein, die näherer Betrachtung bedarf.

II. Einschränkung der Sperrwirkung

Eine Einschränkung der Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes wirft drei Fragen auf:

- Auf welchem *dogmatischen* Weg erreicht man eine derartige Einschränkung? (dazu unter 1.)

- Ist eine solche Einschränkung nach der *Ratio* der Sperrwirkung gerechtfertigt? (dazu unter 2.)

- Unter welchen *Voraussetzungen* soll die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes eingeschränkt werden? (dazu unter 3.)

1. *Dogmatisch* bestehen für eine Einschränkung der Sperrwirkung zwei sehr unterschiedliche Möglichkeiten. Zum einen kann man die allgemein akzeptierte Voraussetzung einer Sperrwirkung des (nicht erfüllten) Rechtsbeugungstatbestandes, nach der die Bestrafung aus einem anderen Straftatbestand dann ausgeschlossen („gesperrt“) ist, wenn dieser von einem Richter „bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache“ erfüllt wird, restriktiv interpretieren (hier sog. *Interpretationslösung*). Zum anderen kann man eine Ausnahme von der Sperrwirkung machen, obwohl der Richter den anderen Straftatbestand bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfüllt hat (hier sog. *Ausnahmelösung*).

Dass zwischen beiden Lösungen nicht immer mit der gebotenen Deutlichkeit unterschieden wird, zeigt das Urteil des OLG Naumburg, das in unklarer Weise beide Ansätze miteinander vermengt. Es verneint nämlich zum einen eine Sperrwirkung, obwohl der Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache handelte, weil sich die Abänderungen des Urteils „isoliert betrachtet als Urkundenfälschung dar[stellten]“⁴⁹ (Ausnahmelösung). Zum anderen nimmt es an, die vom Angeklagten vorgenommenen Urteilsänderungen unterfielen der Sperrwirkung deshalb nicht, weil sie „in keinem inneren funktionalem Zusammenhang mit der Leitung und Ent-

scheidung einer Rechtssache“ standen (Interpretationslösung)⁵⁰.

Zwischen der Interpretations- und der Ausnahmelösung zu unterscheiden, ist nicht „nur“ aus Gründen der gedanklichen Klarheit erforderlich. Welchen Weg man für eine Einschränkung der Sperrwirkung wählt, macht auch im Ergebnis einen erheblichen Unterschied. Denn natürlich hat *Heghmanns* recht: Wenn man die Tatbestandsvoraussetzung des § 339 *bejaht*, dass der Richter durch sein (einen anderen Straftatbestand erfüllendes) Handeln „bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache“ tätig wurde, ist es nicht mehr möglich, die Sperrwirkung des (nicht erfüllten) Rechtsbeugungstatbestandes abzulehnen, weil der Richter den anderen Tatbestand *nicht* bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfüllt habe, die Interpretationslösung scheidet dann also aus.⁵¹ Und umgekehrt gilt: Wenn man mit der Interpretationslösung die Sperrwirkung des § 339 *verneint*, weil die einen anderen Tatbestand erfüllende Handlung nicht bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfolgte, kann diese Handlung – entgegen der Lösung des BGH⁵² – nicht den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllen.

Eine weitere Konsequenz der Interpretationslösung besteht darin, dass sie (neben § 339) in aller Regel es auch ausschließt, das *qualifizierende Merkmal* eines Missbrauchs der Befugnisse oder Stellung als Amtsträger (z. B. bei § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 3) sowie ein die Strafe schärfendes sonstiges Handeln als Amtsträger (z. B. bei § 258a) zu bejahen. Wollte man etwa im zweiten Ausgangsfall annehmen, der Richter habe die Urkundenfälschung nicht bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache begangen, weil sie nicht „in einem inneren Zusammenhang“ mit dieser dienstlichen Tätigkeit stand, so könnte man auch nicht sagen, der Richter habe bei der Urkundenfälschung *als Amtsträger* gehandelt und damit seine Befugnisse oder seine Stellung als solcher missbraucht. In diesem Fall würde also die Einschränkung der Sperrwirkung im Interpretationswege dazu führen, dass – entgegen der Lösung des BGH – der Richter nur gem. § 267 Abs. 1, nicht aber nach § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 bestraft werden könnte.⁵³

Beide Konsequenzen vermeidet, wer ein Handeln des Richters bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache und damit die Anwendungsvoraussetzung der Sperrwirkung von § 339 bejaht, aber unter bestimmten Voraussetzungen eine *Ausnahme* von dieser Wirkung macht. Denn dann lässt sich widerspruchsfrei die Strafbarkeit einer bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache begangenen anderen Straftat bejahen,

⁵⁰ So OLG Naumburg (Fn. 1), S. 7, wobei zusätzlich darauf abgestellt wird, dass die Urteilsänderungen sich „isoliert betrachtet als Urkundenfälschung dar[stellten]“.

⁵¹ *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 109.

⁵² BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 14 ff.

⁵³ Etwas anderes könnte sich nur in solchen Fällen ergeben, in denen ein Richter eine andere Straftat zwar nicht gerade im Rahmen seiner spezifisch richterlichen Tätigkeit, also bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache, aber doch im Rahmen seiner sonstigen dienstlichen Tätigkeit begeht (vgl. dazu NK-Kuhlen § 339 Rn. 20 ff.), was aber in beiden Ausgangsfällen nicht in Betracht kam.

⁴⁸ BGH BeckRS 2013, 14345 Rn. 19; zustimmend *Heghmanns* ZJS 2014, 105, 108.

⁴⁹ OLG Naumburg (Fn. 1), S. 7.

gleichgültig ob der Rechtsbeugungstatbestand erfüllt ist oder nicht. Ebenso lässt sich problemlos eine Qualifikation der anderen Straftat durch ihre Begehung bei der Amtsausübung des Richters, also etwa nach § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 oder § 258a, annehmen.

b) Eine Einschränkung der Sperrwirkung durch *restriktive Interpretation* ihrer Anwendungsvoraussetzung ist nicht neu. So hat der BGH 1984 in dem bekannten Fall eines Jugendstaatsanwalts, der die gesetzlich vorgesehene Sanktionierung jugendlicher und heranwachsender Straftäter durch deren eigenhändig vorgenommene körperliche Züchtigung ersetzt, eine Strafbarkeit der hierin liegenden Körperverletzungen auch für den Fall angenommen, dass das Verhalten des Staatsanwaltes nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsbeugung erfüllt haben sollte. Dass auch dann die Ahndung der Körperverletzungen nicht durch die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes ausgeschlossen werde, erklärte der BGH damit, dass zwar die Herbeiführung einer „Vereinbarung“ über die Züchtigungsmaßnahmen mit den Betroffenen bzw. mit deren Eltern bei der Leitung einer Rechtssache durch den dazu berufenen Staatsanwalt erfolgte, nicht aber die Vollziehung der „Prügelstrafen“, somit die Begehung der Körperverletzungen.⁵⁴

Das ist eine widerspruchsfreie Lösung.⁵⁵ Ob es *überzeugt*, die Herbeiführung der „Vollstreckungssituation“ (Leitung einer Rechtssache) von der „Vollstreckung“ selbst (keine Leitung einer Rechtssache) zu unterscheiden, oder ob dadurch nicht ein einheitlicher Vorgang sachwidrig aufgespalten wird,⁵⁶ ist eine andere Frage. Wenn man schon die eigenhändige Züchtigung von der dienstlichen Tätigkeit des Staatsanwalts trennt,⁵⁷ ist es zudem problematisch, gleichwohl anzunehmen, die Züchtigung sei nicht privat, sondern dienstlich erfolgt und deshalb nicht nur nach § 223, sondern als Körperverletzung im Amt (§ 340) zu bestrafen.⁵⁸

c) Jedenfalls in den beiden *Ausgangsfällen* lässt sich eine Einschränkung der Sperrwirkung von § 339 durch restriktive Interpretation des Handelns bei „Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache“ nicht erzielen. Nach dem bisherigen Verständnis dieser Tatbestandsvoraussetzung (sowohl des § 339 als auch der Sperrwirkung) wurde ein solches Handeln in beiden Fällen und von allen mit ihnen befassten Gerichten zu Recht bejaht. Man könnte allerdings erwägen, vom bisherigen Verständnis dieser Tatbestandsvoraussetzung abzuweichen und ein richterliches Verhalten, das nicht nur Dienstpflichten verletzt, sondern nach anderen Vorschriften als § 339

⁵⁴ BGHSt 32, 357, 359 f., 364 f.

⁵⁵ Auf der Interpretationslösung beruht es auch, dass der Richter, der bei Inaugenscheinnahme der Tatwaffe durch einen Schuss den Angeklagten verletzt (Beispiel nach *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 372), nicht durch die Sperrwirkung geschützt ist. Denn der Schuss erfolgt nur gelegentlich, nicht *bei* der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache.

⁵⁶ So die Kritik von *Spendel* JR 1985, 485, 486 f.

⁵⁷ Weil sie sich „so weit von einer Maßnahme der ‚Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache‘ [entfernt], daß sie rechtlich nicht als eine solche gewertet werden kann“ (BGHSt 32, 357, 365).

⁵⁸ So BGHSt 32, 357, 364 f.

strafbar ist (etwa als Urkundenfälschung), allein deshalb nicht zur Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zu rechnen.

Diese Auffassung wird mit Blick auf die vergleichbare Abgrenzung zwischen dienstlichem und privatem Handeln von Amtsträgern bei §§ 331 ff. vertreten. So nimmt man an, eine Straftat könne keine Diensthandlung sein, weil Straftaten absolut verboten seien und „im Dienstbereich des Amtsträgers kein pflichtgemäßes Korrelat haben“⁵⁹ bzw. dem amtlichen Aufgabenbereich „auch für den Fall ihrer Erlaubtheit ... nicht zugehören“.⁶⁰ Diese Ansicht hat sich jedoch bei §§ 331 ff. zu Recht nicht durchsetzen können, insbesondere deshalb, weil als Gegenleistung für Zuwendungen an einen Amtsträger versprochene oder vollzogene Straftaten als besonders gravierende Pflichtverletzungen den Schutzzweck der Bestechungstatbestände „in besonderem Maße“ beeinträchtigen.⁶¹ Aus dem gleichen Grund hat auch bei § 339 die Strafbarkeit einer Handlung (nach anderen Vorschriften) nicht zur Folge, dass die Handlung nicht bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfolgt. Dies würde im Übrigen gleichzeitig dazu führen, dass bei vom Richter begangenen anderen Straftaten die Anwendungsvoraussetzung der Sperrwirkung nicht erfüllt wäre und diese damit gegenstandslos würde.

d) Ohnehin kann eine einschränkende Interpretation des Handelns „bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache“ nicht (widerspruchsfrei) zu der Konsequenz führen, die der 4. Strafsenat angedeutet und der 3. Strafsenat nunmehr gezogen hat, dazu nämlich, dass die Sperrwirkung von § 339 gegenüber § 267 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 4 *nicht* eingreift, obwohl die Urkundenfälschungen von einem Richter bei der Leitung einer Rechtssache begangen wurden.⁶² Das ist nur möglich, wenn man eine *Ausnahme* von der Sperrwirkung macht. Der 3. Strafsenat tut das zwar nicht explizit, aber doch ganz eindeutig, indem er die Sperrwirkung verneint, obwohl er ausdrücklich (und zu Recht) zuvor dargelegt hat, dass der angeklagte Richter die Urkundenfälschung bei der Leitung einer Rechtssache beging.⁶³

Diese Ausnahmelösung enthält keinen logischen Widerspruch. Sie ermöglicht im zweiten Ausgangsfall nicht nur die Ahndung der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1),⁶⁴ sondern auch die Annahme, der Richter habe diese nicht nur bei Gelegenheit seiner Amtstätigkeit, sondern bei

⁵⁹ So *Amelung/Weidemann* JuS 1984, 595, 596.

⁶⁰ So *Ebert* GA 1979, 361, 368.

⁶¹ So BGH NStZ 1987, 326, 327; zustimmend NK-Kuhlen § 331 Rn. 74 m. w. H.

⁶² Und deshalb, falls die weiteren Voraussetzungen des § 339 erfüllt sind, eine Rechtsbeugung begründen können.

⁶³ Anders als in der Entscheidung des OLG Naumburg findet sich im Urteil des BGH auch kein Versuch, diese bei der Prüfung von § 339 getroffenen Einordnung nachträglich, also bei Erörterung der Sperrwirkung, zu „korrigieren“ oder zu relativieren (BGH [Fn. 25], Rn. 8–10, 14–17).

⁶⁴ Denn sowohl bei der Prüfung des Tatbestandes als auch bei der einer Sperrwirkung der Rechtsbeugung nimmt der Senat zutreffend an, der Richter habe die Urkundenfälschung bei der ihm obliegenden Leitung der Rechtssache begangen.

dieser selbst begangen und damit seine Stellung als Amtsträger missbraucht (§ 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4).

2. Zur Begründung einer Ausnahme von der Sperrwirkung führt der 3. Strafsenat zwei Argumente an: Die 1974 erfolgte Änderung des Gesetzes und die Ratio der Sperrwirkung.

a) Der Hinweis auf die seit 1974 geänderte Rechtslage überzeugt nicht. Zum einen betrifft er lediglich den Anwendungsbereich, nicht aber die Begründung der Sperrwirkung. Zum anderen ist er unzutreffend. Der Anwendungsbereich der Sperrwirkung ist (so lange man ihn nicht durch Ausnahmen einschränkt) nach wie vor erheblich und zwar nicht nur wegen der hohen objektiven Anforderungen, die die Rechtsprechung an den elementaren Rechtsbruch und damit die Tathandlung der Rechtsbeugung – nicht aber an die Tathandlungen anderer in Betracht kommender Delikte – stellt, sondern auch wegen der unverändert besonders hohen Anforderungen an die subjektive Tatseite.

Zwar lässt die heute h. M. in der Tat bedingten Vorsatz für § 339 genügen.⁶⁵ Aber das gilt nicht für die Tathandlung, also das Beugen des Rechts, weil insofern die Rechtsprechung für den „objektiven Tatbestand“ einen bewussten Rechtsverstoß⁶⁶ und damit dolus directus verlangt.⁶⁷ Also bleibt es unverändert dabei, dass die Strafbarkeit wegen eines – bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache – vorsätzlich begangenen anderen Delikts durch § 339 gesperrt wird, wenn der Täter nur bedingt vorsätzlich gegen das Recht verstieß.⁶⁸

b) Dass der BGH die Sperrwirkung mit Blick auf ihre Ratio begrenzen will, verdient Zustimmung. Die Sperrwirkung von § 339 ist nicht gesetzlich vorgesehen, sie beruht auf einem dogmatischen Satz, der der Begründung bedarf und nur so weit gefasst werden sollte, wie diese trägt. Auch dass der 3. Strafsenat die Sperrwirkung inhaltlich auf den Schutz der persönlichen Unabhängigkeit des Richters zurückführt, ist zustimmungswürdig.⁶⁹

Beizupflichten ist schließlich der Auffassung, in concreto sei eine Ausnahme von der Sperrwirkung geboten. Die Schwierigkeit und Fehleranfälligkeit der Rechtsanwendung, zu der Richter verpflichtet sind, ist kein einleuchtender Grund dafür, die bewusste (direkt vorsätzliche) Begehung einer Straftat durch einen Richter dann straflos zu stellen, wenn sie nicht privat, sondern dienstlich, des Näheren bei der Leitung oder Entscheidung einer

Rechtssache, erfolgt. Mit Blick auf die hier begangene Urkundenfälschung spricht § 267 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 eher für die gegenteilige Wertung.

Dass durch die Urteilsabänderung eine sachlich vernünftige „Korrektur“ der zuvor getroffenen Entscheidung bewirkt wurde, mag dieser Handlung den Charakter eines elementaren Verstoßes gegen die Rechtspflege und damit einer Rechtsbeugung nehmen. Es ändert aber nichts daran, dass die eindeutig unzulässige und dem Richter, wie die Heimlichkeit seines Vorgehens zeigt, als solche auch bewusste Änderung des Urteils eine rechtswidrig und schuldhaft begangene Urkundenstraftat darstellt, die als solche zu bestrafen ist.

3. Damit bleibt die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahme von der Sperrwirkung zu machen ist. Nach Ansicht des 3. Strafsenats ist das dann der Fall, wenn das Handeln des Richters bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache – wie in den Ausgangsfällen der richterlichen Urkundenfälschung – „bereits für sich alleine gegen Strafgesetze verstößt“.⁷⁰ Der Sperrwirkung unterfallen sollen demgegenüber richterliche Handlungen bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache, die „erst im Zusammenhang mit einer nach außen hin zu treffenden Entscheidung, Anordnung oder Maßnahme der Verhandlungsleitung zur Erfüllung eines Straftatbestands [führen]“.⁷¹ Dieser Gegenbegriff erläutert zugleich, was mit der „für sich alleine“ gegen Strafgesetze verstoßenden Handlungen gemeint ist, nämlich eine solche, bei der sich dieser Verstoß ohne den Zusammenhang mit einer nach außen zu treffenden Entscheidung ergibt.⁷²

Diese Unterscheidung führt für einige der im Urteil genannten Beispiele zu dem vom Senat gewünschten Ergebnis. Die unzulässige Urteilsabänderung in den Ausgangsfällen verstößt – als Urkundenfälschung – bereits für sich genommen gegen ein Strafgesetz. Die Tatbestände der Freiheitsberaubung und der Nötigung⁷³ sind dagegen typischerweise erst dann erfüllt, wenn eine richterliche Entscheidung unter Mitwirkung anderer Personen nach außen umgesetzt wird, etwa durch Inhaftierung oder Zahlung eines zu Freiheits- oder Geldstrafe Verurteilten.

Aber schon bei den Tatbeständen der Strafvereitelung und der Verfolgung Unschuldiger⁷⁴ verhält es sich anders. Den Tatbestand des § 344 erfüllen neben nach außen

⁶⁵ Vgl. LK-Hilgendorf, 12. Aufl. 2009, § 339 Rn. 86.

⁶⁶ Zu dieser etwas verwirrenden Terminologie siehe Heghmanns ZJS 2014, 105, 107.

⁶⁷ Näher dazu NK-Kuhlen § 339 Rn. 76 ff. (zustimmend); LK-Hilgendorf § 339 Rn. 87 ff. (ablehnend). Unklar jetzt BGH 22. 1. 2014 – 2 StR 479/13 = HRRS 2014 Nr. 293, NJW 2014, 1192 Rn. 9 f., wo einerseits – im Einklang mit der bisherigen Judikatur – sicheres Wissen von „der Schwere des Rechtsverstoßes“ – und damit doch wohl auch: vom Rechtsverstoß selbst – gefordert wird, andererseits aber nur sicheres Wissen von der besonderen Bedeutung der verletzten Vorschrift, nicht dagegen von ihrer Verletzung (durch eine unvertretbare Entscheidung).

⁶⁸ Vgl. NK-Kuhlen § 339 Rn. 90.

⁶⁹ Vgl. dazu NK-Kuhlen § 339 Rn. 91 m. w. H.

⁷⁰ BGH (Fn. 25), Rn. 17.

⁷¹ BGH (Fn. 25), Rn. 17.

⁷² Trotz des wörtlichen Anklangs ist das ein ganz anderes Verständnis als das des OLG Naumburg. Dieses will zwar ebenfalls eine Ausnahme von der Sperrwirkung bei solchen Handlungen machen, die sich „auch isoliert als eine Straftat [darstellen]“ (OLG Naumburg [Fn. 1], S. 7). Aber damit ist lediglich gemeint, dass sich die Strafbarkeit des Handelns „unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob es als Rechtsbeugung ... zu werten ist“, ergibt (OLG Naumburg ebd.). Das aber kann, wie bereits dargelegt, keine Ausnahme von der Sperrwirkung begründen.

⁷³ Auf beide Delikte soll sich nach BGH (Fn. 25), Rn. 15 die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes erstrecken.

⁷⁴ Auf die sich nach BGH (Fn. 25), Rn. 15 die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes ebenfalls erstrecken soll.

wirkenden Handlungen wie der Anklageerhebung auch zunächst intern bleibende Maßnahmen, die wie die Erhebung, Sicherung oder Manipulation von Beweisen nur mittelbar auf die Sanktionierung eines Unschuldigen abzielen.⁷⁵ Die erörterte Grenzziehung verläuft also innerhalb der gem. § 344 tatbestandsmäßigen Handlungen. Das Gleiche gilt für die Strafvereitelung. Zwar könnte man sagen, dass dieser Tatbestand niemals durch ein richterliches Handeln allein erfüllt werden kann, da er zusätzlich den Eintritt des *Vereitelungserfolges*, jedenfalls also die Verzögerung der Bestrafung um eine geraume Zeit voraussetzt.⁷⁶ Näher liegt es allerdings, wenn man vom Ansatz des 3. Strafsenats ausgeht, auch hier zu differenzieren, indem man die Unterscheidung zwischen für sich alleine und erst in Verbindung mit nach außen zu treffenden Entscheidungen strafbaren Handlungen auf die *Vereitelungshandlung* bezieht. Dann wäre der Richter, der zu Unrecht ein Strafverfahren nach § 153 StPO einstellt, durch die Sperrwirkung geschützt, derjenige, der das Verfahren pflichtwidrig auf sich beruhen oder belastende Beweismittel verschwinden lässt, dagegen nicht.

b) Schon diese skizzenhafte Verdeutlichung der vom 3. Strafsenat vorgeschlagenen Ausnahmelösung weckt Zweifel an deren Tragfähigkeit. Es ist nicht ersichtlich, was die Unterscheidung von Handlungen, die für sich genommen gegen Strafgesetze verstoßen, und solchen, die erst im Zusammenhang mit einer nach außen zu treffenden Entscheidung einen Straftatbestand erfüllen, mit der Ratio der Sperrwirkung zu tun hat.

Zwar wird es meist so sein, dass an nach außen wirkenden Entscheidungen, anders als an Handlungen, die „bereits für sich alleine“ einen Straftatbestand erfüllen, auch *andere Personen* als der pflichtwidrig handelnde Richter *beteiligt* sind. Aber das ist kein Grund, ihn in solchen Fällen besser zu stellen als dort, wo er den Tatbestand alleine erfüllt. Ob er trotz der Mitwirkung anderer als Täter der Straftat anzusehen ist, hängt vielmehr davon ab, ob er die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft oder der Mittäterschaft erfüllt.

c) Bedeutsamer könnte die Verknüpfung der Unterscheidung mit einem anderen Umstand sein. Eine nach außen wirkende Entscheidung lässt sich nicht *verheimlichen*. Diese Möglichkeit besteht dagegen bei richterlichen Handlungen, die – wie die Urteilsabänderungen in den Ausgangsfällen – nicht nach außen dringen sollen. Die Verheimlichung einer pflichtwidrigen Handlung aber ist ein starkes Indiz dafür, dass der Handelnde *sichere Kenntnis* von der Pflichtwidrigkeit seines Handelns hat. Diese Kenntnis wiederum ist nach der Ratio der Sperrwirkung für deren Umfang normativ belangvoll.

Denn nur wenn ein Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache über die Pflichtwidrigkeit seines Handelns in Unkenntnis oder im Zweifel ist, nicht aber dann, wenn er sichere Kenntnis von seinem Rechtsverstoß hat (*dolus directus*), ist es gerechtfertigt, ihn durch die Sperrwirkung des § 339 zu schützen. Die vom 3. Strafsenat vorgeschlagene Ausnahme ist deshalb in

⁷⁵ Dazu NK-Kuhlen § 344 Rn. 6 m. w. H.

⁷⁶ Schönke/Schröder-Strree/Hecker, 29. Aufl. 2014, § 258 Rn. 14.

einem gewissen Maße berechtigt, insoweit nämlich, wie sie im Ergebnis dazu führt, dass eine Ausnahme von der Sperrwirkung dort eingreift, wo der Richter bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache durch einen *bewussten Rechtsbruch* einen anderen Straftatbestand als den der Rechtsbeugung erfüllt.

Allerdings bietet die Unterscheidung zwischen „bereits für sich alleine“ und erst im Zusammenhang mit einer „nach außen hin zu treffenden Entscheidung“ strafbaren richterlichen Handlungen nur eine ungefähre Annäherung an die Differenzierung zwischen Tatbestandserfüllungen, die durch einen bewussten Rechtsbruch, und solchen, die ohne sichere Kenntnis ihrer Pflichtwidrigkeit begangen werden. Denn auch eine außenwirksame Entscheidung kann ein bewusster Rechtsbruch sein und auch bei einer für sich allein einen Straftatbestand erfüllenden Handlung kann die sichere Kenntnis ihrer Pflichtwidrigkeit fehlen. In diesen Fällen kommt es für die Sperrwirkung nicht auf die Außenwirksamkeit der jeweiligen Entscheidung, sondern allein darauf an, ob diese einen bewussten Rechtsbruch darstellt oder nicht.

Dass der BGH dieses sachlich einleuchtende Kriterium⁷⁷ nicht in Betracht zieht, ist verständlich. Denn wenn man mit dem 3. Strafsenat – zu Unrecht – davon ausgeht, dass für alle objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 339 bedingter Vorsatz genügt, so dass „die Anforderungen an die subjektive Tatseite“ der in Betracht kommenden anderen Strafvorschriften „nicht mehr hinter denjenigen des Rechtsbeugungstatbestandes zurück[bleiben]“,⁷⁸ ergibt es keinen Sinn, die Sperrwirkung mit Hilfe eines subjektiven Kriteriums einzuschränken. Vielmehr könnte dann nur der objektive Tatbestand der Rechtsbeugung deren Sperrwirkung einen Anwendungsbereich eröffnen, insbesondere durch das Erfordernis eines besonders gravierenden Rechtsverstoßes, das bei anderen Tatbeständen kein Gegenstück hat. Will man die Sperrwirkung durch eine Ausnahme einschränken (ohne sie gänzlich aufzuheben), bleibt damit nur die Möglichkeit einer objektiv ansetzenden Differenzierung, wie sie der 3. Strafsenat mit der Unterscheidung von für sich genommen tatbestandserfüllenden Handlungen einerseits, erst im Zusammenhang mit nach außen zu treffenden Entscheidungen gegen Strafgesetze verstoßenden Handlungen andererseits unternimmt.

d) Da diese Unterscheidung sachlich nicht überzeugt, sollte sie durch die zwischen richterlichen Handlungen, die einen bewussten Rechtsbruch darstellen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, ersetzt werden. Das bereitet keine Schwierigkeiten, wenn man sich klar macht, dass die gefestigte Rechtsprechung des BGH mit dem bewussten Rechtsbruch eine anspruchsvollere subjektive Anforderung an das gem. § 339 tatbestandsmäßige Handeln, des Näheren an die Beugung des Rechts, stellt als bei anderen in Betracht kommenden Tatbeständen.

⁷⁷ Das sich auf der Basis der heutigen Judikatur, die neben dem objektiv gravierenden Rechtsfehler auch den bewussten Rechtsbruch zur Voraussetzung der Rechtsbeugung macht, geradezu aufdrängt.

⁷⁸ BGH (Fn. 25), Rn. 17.

Die *Sperrwirkung* des Rechtsbeugungstatbestandes bleibt also ungeschmälert – und im Einklang mit ihrer Ratio – erhalten, soweit sie sich daraus ergibt, dass ein richterliches Handeln bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache einen anderen Straftatbestand erfüllt, aber *keinen bewussten Rechtsbruch* darstellt. Denn dann ist der Tatbestand der Rechtsbeugung – genauer: das subjektive Moment der Tathandlung – nicht erfüllt und damit die Strafbarkeit aus dem anderen Tatbestand gesperrt.

Auch die *Ausnahme* von der Sperrwirkung hat hiernach ihren – ebenfalls mit der Ratio der Sperrwirkung übereinstimmenden – Anwendungsbereich. Sie erfasst die Fälle, in denen der Richter bei Leitung oder Entschei-

dung einer Rechtssache durch einen bewussten Verstoß gegen das Recht einen anderen Tatbestand als den des § 339, nicht aber die objektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungstatbestandes, erfüllt.⁷⁹ Das wird – wie im zweiten Ausgangsfall – vor allem dann in Betracht kommen, wenn die Pflichtverletzung des Richters bewusst erfolgt, aber keinen für den Verbrechenstatbestand der Rechtsbeugung ausreichend gravierenden Rechtsverstoß bildet.

⁷⁹ Wenn *neben* dem subjektiven auch der objektive Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt ist, greift die Sperrwirkung ohnehin nicht ein, so dass es keiner Ausnahme bedarf.

Aufsätze und Anmerkungen

HRRS-Praxishinweis: Leichtfertige Geldwäsche durch sogenannte „Finanzagenten“

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 11. September 2014 – 4 StR 312/14 = HRRS 2014 Nr. 1005

Von Erstem Staatsanwalt Marco Mayer, Karlsruhe

I. Einleitung

Ein Beschluss des BGH vom 11. September 2014 (4 StR 312/14)¹ betrifft den praxisrelevanten Fall eines sogenannten „Finanzagenten“. Dabei handelt es sich um bisweilen leichtgläubige Personen mit geringem Einkommen,² die meist auf dubiose Anzeigen im Internet oder „Spam-Mails“ hereinfliegen, in denen ihnen Hinzuverdienstmöglichkeiten versprochen werden³ oder auch die Aufnahme einer Liebesbeziehung vorgespielt wird. Dahinter stehen Täter, die sogenannte „Phishing“-Angriffe⁴ auf Bankkonten unternehmen, dabei die sich bietenden elektronischen Verschleierungsmöglichkeiten nutzen und deshalb häufig nicht belangt werden können. Um in den Besitz des Geldes zu kommen, bedienen sie sich der „Finanzagenten“, welche den Transfer in Richtung Hintermänner übernehmen.⁵ Eine in allen Punkten

¹ HRRS 2014 Nr. 1005.

² Dies kommt vorliegend in der tatrichterlich festgesetzten Höhe des einzelnen Tagessatzes von 12,00 EUR zum Ausdruck.

³ Vgl. dazu *Sebastian* NStZ 2015, 438; LG Darmstadt, ZUM 2006, 876, 877 m. Anm. Biellaß.

⁴ Dazu *Seidl/Fuchs* HRRS 2010, 85.

⁵ Vergleichbar gelagert sind Fälle sogenannter „Warenagenten“, die betrügerisch bestellte Warensendungen entgegennehmen und weiterleiten. Des Weiteren ist die „Vermie-

vorsätzliche Verwirklichung des Geldwäschetatbestandes ist beim „Finanzagenten“ oft nicht gegeben bzw. nicht erweislich ist, so dass sich die Frage einer Strafbarkeit wegen leichtfertiger Begehungsweise stellt (§ 261 Abs. 5 StGB⁶). Ein beträchtlicher Teil aller wegen Geldwäsche geführten Ermittlungs- und Strafverfahren dürfte derartige Fallkonstellationen betreffen. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden nicht nur die BGH-Entscheidung dargestellt, sondern sollen auch in vergleichbaren Fällen regelmäßig wiederkehrende Problembereiche behandelt werden.

II. Die Entscheidung des BGH

1. Nach den – vom BGH aufgehobenen – Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte gesondert verfolgten Mitgliedern einer Gruppierung, die umfangreich „Phishing“-Taten beging, sein Girokonto zur Verfügung gestellt, damit auf diesem eine Überweisung empfangen werden konnte. Nachdem der Angeklagte seine Kontodaten an diese Tätergruppierung weitergeleitet hatte, überwiesen am 5. Oktober 2011 nicht ermittelte Hinter-

tung“ des eigenen Kontos unter Preisgabe der Zugangsdaten anzutreffen (BGH [ZS] NJW 2013, 1158).

⁶ Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Vorschrift bei AnwKomm-StGB/Sommer, 2. Aufl. (2015), § 261 Rn. 57.

männer im sogenannten „mTAN-Verfahren“ insgesamt 14.000,00 EUR in zwei Teilbeträgen auf das Konto. Noch an diesem sowie am folgenden Tag hob der Angeklagte, dem eine „Belohnung von etwa 200 €“ versprochen war,⁷ in Begleitung von Mitgliedern der Tätergruppe bei verschiedenen Bankfilialen das Geld ab. Im Verfahren ließ sich der Angeklagte dahin ein, er habe darauf vertraut, dass über sein Konto der Pkw-Kauf einer der gesondert verfolgten Personen abgewickelt werde, deren Konto gepfändet gewesen sein sollte.

Das Landgericht Detmold verurteilte den Angeklagten zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 12,00 EUR. Zwar habe er keine Details gewusst, hätte aber ohne weiteres erkennen können, dass die an ihn herangetretene Person Teil eines kriminellen Netzwerks gewesen sei, das sich des Kontos zur Erlangung unrechtmäßig verschobener Gelder bedient habe. Die Sachrüge des Angeklagten hatte Erfolg.

2. Die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils begründet der BGH wie folgt:

„Die Verurteilung wegen leichtfertiger Geldwäsche im Sinne von § 261 Abs. 5 StGB begegnet in zweifacher Hinsicht durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Nach dieser Vorschrift muss sich die leichtfertige Verknennung des Täters auf die Herkunft des jeweiligen Vermögensgegenstandes aus einer in § 261 Abs. 1 StGB genannten Katalogtat beziehen. Dazu ist die Feststellung konkreter Umstände erforderlich, denen der Täter eine Katalogtat des Geldwäschetatbestandes als Vortat hätte entnehmen können (BGH, Urteil vom 17. Juli 1997 – 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 168; Urteil vom 24. Juni 2008 – 5 StR 89/08, BGHR StGB § 261 Vortat 2). Daran fehlt es hier.

Feststellungen dazu, dass der Angeklagte das tatsächliche Ausmaß der von den gesondert verfolgten Hintermännern mit hohem Organisationsgrad durchgeführten Phishing-Straftaten jedenfalls in den wesentlichen Grundzügen hätte erkennen können, hat das Landgericht nicht getroffen. Die Strafkammer ist vielmehr davon ausgegangen, der Angeklagte habe insoweit keine Details gekannt. Man habe ihm zu den Hintergründen schon deshalb nicht viel mitgeteilt, um Begehrlichkeiten nach einer höheren Belohnung gar nicht erst aufkommen zu lassen.

2. Ferner vermögen, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 6. August 2014 im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat, die zur subjektiven Tatseite getroffenen Feststellungen auch insoweit die gemäß § 261 Abs. 5 StGB erforderliche Leichtfertigkeit nicht zu belegen, als sich die Herkunft eines Gegenstandes aus einer Katalogtat nach Sachlage geradezu aufdrängen muss und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Juli 1997, aaO).

3. Vor dem Hintergrund der zum konkreten Tatablauf getroffenen Feststellungen wird die zu neuer Verhandlung und Entscheidung berufene Strafkammer bedenken müssen, dass Beihilfe zur Haupttat bis zu deren materieller Beendigung möglich ist, regelmäßig also bis zur endgültigen Sicherung des Taterfolgs. Von

⁷ Oft sieht es die „Geschäftsbeziehung“ vor, dass der „Finanzagent“ seine Provision direkt einbehält.

der materiellen Beendigung einer Tat des Computerbetruges im Sinne von § 263a StGB, bei der auf Grund einer Manipulation von Datenverarbeitungsvorgängen ein Geldbetrag vom Konto des Geschädigten auf ein Empfängerkonto geleitet wird, ist erst auszugehen, wenn entweder das überwiesene Geld vom Empfängerkonto abgehoben oder auf ein zweites Konto weiterüberwiesen worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 2012 – 3 StR 435/11, wistra 2012, 302, Tz. 7).“

III. Anmerkungen

1. Leichtfertigkeit im Sinne des § 261 Abs. 5 StGB liegt vor, wenn sich die Herkunft eines Gegenstandes aus einer Katalogtat nach Sachlage geradezu aufdrängen muss und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt. Diese vom BGH zugrunde gelegte Definition von Leichtfertigkeit stimmt der Sache nach mit dem Begriffsverständnis bei den sonstigen Leichtfertigkeitstatabständen überein.⁸ Die genannten Voraussetzungen sind zu bejahen, wenn die Möglichkeit des Herührens aus einer Vortat im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB für jeden Dritten mit dem Sonderwissen des Täters offensichtlich ist und der Täter diese Möglichkeit entweder kennt, aber aus Gleichgültigkeit heraus nicht ernst nimmt, oder aufgrund grober Unachtsamkeit nicht erkennt; grob unachtsam handelt wiederum, wer die Möglichkeit der bemakelten Herkunft nicht erkennt, obwohl es dazu nur einer geringfügigen Sorgfalt bedarf.⁹

§ 261 Abs. 5 StGB rückt allerdings lediglich vom Vorsatzerfordernis ab, was die jeweilige Katalog-Vortat und das Herrühren des Gegenstandes aus dieser betrifft; im Hinblick auf die weiteren objektiven Tatbestandsmerkmale – etwa die Tathandlungen – ist weiterhin Vorsatz erforderlich.¹⁰

2. Dass der Täter gerade die Herkunft des Gegenstandes aus einer Katalogtat verkennt, setzt voraus, dass entsprechende Umstände erkennbar gewesen sind. Hierzu hat das Tatgericht konkrete Feststellungen zu treffen.¹¹ In klassischen „Phishing“-Fällen ist demnach zu belegen, dass die Herkunft gerade aus einer gewerbsmäßig¹² be-

⁸ Vgl. BGHSt 43, 158, 168.

⁹ NK-StGB/Altenhain, 4. Aufl. (2013), § 261 Rn. 139.

¹⁰ BGH NJW 2008, 2516, 2517 = HRRS 2008 Nr. 798 Rn. 23; NK-StGB/Altenhain (Fn. 9), § 261 Rn. 137.

¹¹ Auch die Vortat selbst ist zumindest in ihren wesentlichen tatsächlichen Merkmalen festzustellen (OLG Hamburg NSTz 2011, 523), ohne dass der Katalogtatbestand eindeutig bestimmt werden muss (Sch/Sch/Stree/Hecker, StGB, 29. Aufl. [2014], § 261 Rn. 6). Ebenfalls genügt es, wenn sich die innere Tatseite lediglich abstrakt auf ein Geschehen bezieht, das einen Katalogtatbestand ausmachen würde (NK-StGB/Altenhain [Fn. 9], § 261 Rn. 132). In „Phishing“-Fällen kann jedenfalls das Kerngeschehen der Vortat gem. § 263a StGB häufig ohne größere Probleme festgestellt werden.

¹² Bandenmäßigkeit kann oft vermutet (vgl. MK-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl. [2014], § 263a Rn.94), aber selten bewiesen werden. Liegen sowohl Banden- als auch (meist hinzukommend) Gewerbsmäßigkeit vor, ist die Vortat Verbrechen (§ 263a Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 5; § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB).

gangenen Tat gemäß § 263a StGB¹³ für den Täter ersichtlich war. Häufig lassen die Begleitumstände¹⁴ – jedenfalls in ihrem Zusammenspiel – darauf schließen, dass die dem „Finanzagenten“ angetragene „Geschäftsbeziehung“ einen „Phishing“-Hintergrund aufweist, sie also auf den Umgang mit rechtswidrig abverfügt Bankguthaben gerichtet ist. Dabei können sich zunächst noch einigermaßen nachvollziehbare Erklärungen auch erst im Laufe der „Geschäftsbeziehung“ als nicht tragfähig erweisen und gegebenenfalls sogar Vorsatz begründen. Vor dem Hintergrund, dass gerade nicht unerhebliche Geldsummen anvertraut werden, sind bei der Anwerbung durch vorgebliche Unternehmen beispielsweise zu nennen: Kontaktaufnahme durch „Spam-E-mails“ unter Verwendung einer Freemail-Adresse, auffällige Rechtschreibfehler, Kommunikation allein per Email ohne sonstige Erreichbarkeit des „Auftraggebers“, sowie das Fehlen einer plausiblen Erklärung für die Zwischenschaltung des „Finanzagenten“, dessen Zuverlässigkeit zudem ungeprüft bleibt. Auf gewerbsmäßige Begehungsweise deutet hin, dass die „Geschäftsbeziehung“ auf mehrere bzw. unbestimmt viele Vorgänge gerichtet ist. Auch kann ein umfangreich vorformuliertes „Vertragsformular“ die Wiederholungsabsicht nahelegen.¹⁵ Tritt dem „Finanzagenten“ eine „Privatperson“ gegenüber, muss eine „formlose“ Kommunikation allein noch nicht zur Vorsicht gemahnen. Gleichwohl kann es auffällig erscheinen, von Fremden um die – gegebenenfalls sogar mehrfache – Übermittlung von Geldwerten gebeten zu werden.

3. Weil der an der Vortat Beteiligte nicht wegen Geldwäsche bestraft wird (§ 261 Abs. 9 S. 2 StGB), hat das Gericht vorrangig eine bis zum Beendigungszeitpunkt mögliche Beihilfe des „Finanzagenten“ zum Computerbetrug in Betracht zu ziehen und gegebenenfalls näher zu prüfen. Da die Tat nach § 263a StGB erst mit Abhebung vom Empfängerkonto (= Konto des „Finanzagenten“) oder Weiterüberweisung auf ein zweites (Empfänger-)Konto (= eigentlich drittes Konto) beendet ist,¹⁶ kann das Zurverfügungstellen des Kontos objektiv als Beihilfehandlung zu werten sein. Im Falle bloßer Leichtfertigkeit wird es aber regelmäßig am Gehilfenvorsatz fehlen. Zwar müssen keine Einzelheiten der Haupttat bekannt sein; der zumindest bedingte Vorsatz muss sich aber auf deren wesentlichen Merkmale beziehen, insbesondere die Unrechts- und Angriffsrichtung.¹⁷ Bei vorsätzlicher Begehungsweise wiederum dürfte demnach häufig Beihilfe zur Haupttat gegeben sein.

Die Entscheidung des BGH macht deutlich, dass der Tatrichter Anhaltspunkte für eine Vortatbeteiligung nicht

ohne weiteres dahingestellt lassen und „jedenfalls“ der Geldwäsche schuldig sprechen darf.¹⁸ Ist die strafbare Vortatbeteiligung indes nicht erweislich, greift der persönliche Strafaufhebungsgrund aus § 261 Abs. 9 S. 2 StGB nicht ein und es kann im Wege der Postpendenzfeststellung wegen Geldwäsche verurteilt werden.¹⁹

4. Leitsatzartig lässt sich die Aussagen der besprochenen Entscheidung wie folgt zusammenfassen:

- Das leichtfertige Nicht-Erkennen gemäß § 261 Abs. 5 StGB bezieht sich auf die Herkunft des jeweiligen Vermögensgegenstandes aus einer in § 261 Abs. 1 StGB genannten Katalogtat. Dazu ist die Feststellung konkreter Umstände erforderlich, denen der Täter eine solche Katalogtat als Vortat hätte entnehmen können.

- Leichtfertigkeit in diesem Sinn setzt voraus, dass sich die Herkunft eines Gegenstandes aus einer Katalogtat nach Sachlage geradezu aufdrängen muss und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt.

- Bis zur materiellen Beendigung der Haupttat ist Beihilfe hierzu möglich und vorrangig zu bedenken (§ 261 Abs. 9 S. 2 StGB). Ein Computerbetrug, bei dem ein Geldbetrag vom Geschädigten auf ein Empfängerkonto geleitet wird, ist erst dann materiell beendet, wenn entweder das überwiesene Geld vom Empfängerkonto abgehoben oder auf ein zweites Konto weiterüberwiesen worden ist.

IV. Weiterführende Hinweise

1. Tathandlung

§ 261 StGB besteht aus dem sogenannten Verschleierungstatbestand (Abs. 1 S. 1 Var. 1 und 2), dem Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand (Abs. 1 S. 1 Var. 3 ff.) sowie dem Isolierungstatbestand (Abs. 2).²⁰ Für den Verschleierungstatbestand – nicht aber bei den weiteren Varianten – fordert die h.M. in Anbetracht der final ausgerichteten Tatmodalitäten („Verbergen“ bzw. „Verschleiern“) eine „manipulative Tendenz“ des Täters,²¹ die bei einem (lediglich) leichtfertig handelnden Täter meist nicht gegeben ist.²² Anders kann es ausnahmsweise etwa dann liegen, wenn der Täter Vorsatz hinsichtlich eines begangenen Computerbetruges hat und nur die von § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB vorausgesetzte gewerbs- oder bandenmäßige Begehungsweise leichtfertig verkennt.²³ Der Vereitelungs- bzw. jedenfalls der Gefähr-

¹³ Wie ausgeführt (Fn. 11) ist zwar keine dahingehende Konkretisierung erforderlich; in den einschlägigen Fallkonstellationen stehen aber keine anderen Tatbestände im Raum (bzw. allenfalls sonstige Vermögensdelikte i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 4 lit. a StGB).

¹⁴ Zum Folgenden *Neuheuser* NStZ 2008, 492, 497; *Floeth* NZWiSt 2015, 196, 198 f.; *Sebastian* NStZ 2015, 438, 440 f.; krit. dazu *AnwKomm-StGB/Sommer* (Fn. 6), § 261 Rn. 61 m. Fn. 107.

¹⁵ *Floeth* NZWiSt 2015, 196, 198 f.

¹⁶ So bereits BGH, Beschl. v. 28. Februar 2012 – 3 StR 435/11 = HRRS 2012 Nr. 532 Rn. 7.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 28. Februar 2012 – 3 StR 435/11 = HRRS 2012 Nr. 532 Rn. 4.

¹⁸ Vgl. auch *SSW-StGB/Jahn*, 2. Aufl. (2014), § 261 Rn. 73a.

¹⁹ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015), § 261 Rn. 18; vgl. BT-Drucks. 13/8651, S. 10 f.; wohl a.A. (Zweifelssatz in beide Richtungen) *Herzog/Nestler*, GwG, 2. Aufl. (2014), § 261 StGB Rn. 140; *AnwKomm-StGB/Sommer* (Fn. 6), § 261 Rn. 84.

²⁰ *SSW-StGB/Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 33; vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14, 2571/14, 2573/14 = HRRS 2015 Nr. 828 Rn. 48.

²¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14, 2571/14, 2573/14 = HRRS 2015 Nr. 828 Rn. 49 f. m.w.N.

²² Vgl. *Neuheuser* NStZ 2008, 492, 495.

²³ Dies dürfte selten nachweisbar sein. Ohnehin steht dann Beihilfe zur Haupttat im Raum (s.o. III.3.).

dingstatbestand wird zwar regelmäßig in objektiver Hinsicht verwirklicht sein, sobald der Täter den gutgeschriebenen Betrag abhebt oder weiterüberweist. Dann wird zumindest dessen Sicherstellung gefährdet, zumal es genügt, wenn die (Finanz-)Ermittlungen erst zu einem späteren Zeitpunkt auf den Gegenstand aufmerksam werden und nunmehr nicht mehr ohne weiteres darauf zugreifen können.²⁴ Indes ist ein Vereitelungs-/Gefährdungsvorsatz (vgl. oben III.1. a.E.) nur denkbar, wenn hinreichende Kenntnisse von der Vortat bestehen, woran es im Falle der Leichtfertigkeit in der Regel fehlt.²⁵ Auch hier kann es sich anders verhalten, wenn einem hinsichtlich der Vortat an sich vorsätzlich handelnden Täter lediglich deren gewerbs- oder bandenmäßige Begehung leichtfertig verborgen bleibt. Ansonsten wird leichtfertige Geldwäsche eher beim sogenannten Isolierungstatbestand des § 261 Abs. 2 StGB in Betracht kommen.²⁶ Insofern liegt in der Weiterleitung des Geldbetrages ein „Dritt-Verschaffen“ und im abredgemäßen Einbehalt des ausbedungenen „Provisionsanteils“ ein „Sich-Verschaffen“ gemäß § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB.²⁷ Überdies handelt es sich beim bewussten Belassen auf dem Konto bzw. – nach erfolgter Abhebung – Besitz des Bargeldes um ein „Verwahren“ und bei der Weiterleitung um ein „Verwenden“ im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB.²⁸ Soweit diese Vorschrift auf die Kenntnis zum Erlangungszeitpunkt abstellt, genügt im Rahmen des Abs. 5 die leichtfertige Unkenntnis.²⁹

2. Versuch/Vollendung

In der Praxis kann das im Wege des „Phishing“ abgebuchte Geld nicht selten zurückgebucht werden, sobald es dem Konto des „Finanzagenten“ gutgeschrieben wurde. Dann stellt sich die Frage der Tatvollendung. Vollenendet ist die Geldwäsche erst, wenn der „Finanzagent“ ausreichende Verfügungsgewalt über das Geld erlangt hat, was zumindest dann nicht der Fall ist, wenn die kontoführende Bank Kenntnis von der missbräuchlichen Verwendung des Kontos hat und eine eingehende Gutschrift umgehend zurückbucht.³⁰ Ein Versuch der leicht-

fertigen Geldwäsche ist nicht strafbewehrt, weil es sich insgesamt um ein Fahrlässigkeitsdelikt handelt.³¹

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass im Falle der vorsätzlichen Geldwäsche der Versuch strafbar ist (§ 261 Abs. 3 StGB). Insofern ist das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB) nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.³² Soweit auf das gegebenenfalls kurzfristig gutgeschriebene Geld nicht zugegriffen werden kann, ist jedenfalls ein untauglicher Versuch möglich. Ob ein solcher gegeben ist und nachgewiesen werden kann, ist jeweils Tatfrage.³³ Seine Feststellung liegt beispielsweise dann nahe, wenn der Täter bereits Versuche der Abhebung oder Weiterüberweisung unternommen hat. Der bloße Versuch des Verwahrens im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB dürfte allenfalls dann erweislich sein, wenn belegt werden kann, dass dem Täter eine konkrete Information über den Geldeingang vorlag.

3. Der Strafaufhebungsgrund gemäß § 261 Abs. 9 S. 1 StGB

a) Bisweilen offenbaren sich leichtfertig handelnde „Finanzagenten“, denen im Laufe der „Geschäftsbeziehung“ bewusst wird, dass ihre Gutgläubigkeit für kriminelle Zwecke missbraucht wurde, den Ermittlungsbehörden. Unter den in § 261 Abs. 9 S. 1 StGB genannten Voraussetzungen erwächst durch eine solche Selbstanzeige ein persönlicher Strafaufhebungsgrund. Bei der demnach anzuzeigenden „Tat“ handelt es sich um das jeweilige Geldwäschedelikt, nicht um die Vortat.³⁴ Während im Falle der leichtfertigen Geldwäsche bereits die § 261 Abs. 9 S. 1 Nr. 1 StGB genügende Selbstanzeige strafbefreiende Wirkung hat, muss der Vorsatztäter gemäß Nr. 2 der Vorschrift zudem die Sicherstellung des Gegenstandes bewirken.³⁵

b) Zum Zeitpunkt der Anzeige darf die Tat noch nicht „ganz oder zum Teil bereits entdeckt“ sei.

aa) Nach bislang h.M genügt ein bloßer Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) noch nicht; erforderlich ist vielmehr hinreichender Tatverdacht (§ 170 StPO), der gegeben ist, wenn nach der Erkenntnislage (bereits) Anklage erhoben werden könnte.³⁶ Gemessen daran ist die Tat in der Praxis häufig jedenfalls noch nicht „ganz entdeckt“, weil die Merkmale des Tatgeschehens – welche das strafrechtlich relevante Handeln des Täters kennzeichnen – zumeist erst mit der jeweiligen Selbstanzeige bekannt werden. Sofern das Gesetz eine „teilweise Entdeckung“ genügen lässt, ist zweifelhaft, ob gleichwohl ausreichende Er-

²⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14, 2571/14, 2573/14 = HRRS 2015 Nr. 828 Rn. 51, 69; BGH (ZS) NJW 2013, 1158 f.; enger *Neuheuser* NStZ 2008, 492, 495; *Seidl/Fuchs* HRRS 2010, 85, 91.

²⁵ *Sebastian* NStZ 2015, 438 f.; NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 138; SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 63; abweichend OLG Karlsruhe NStZ 2009, 269 f.; *Neuheuser* NStZ 2008, 492, 496 ff.

²⁶ Vgl. *Sebastian*, NK-StGB/*Altenhain* und SSW-StGB/*Jahn* (wie in der vorigen Fn.).

²⁷ Vgl. BGH NStZ-RR 2013, 253 = HRRS 2013 Nr. 585 Rn. 4; BGH (ZS) NJW 2013, 1158, 1159; LG Köln, Beschl. v. 15. April 2011 – 113 Qs 15/11, juris Rn. 13; a.A. *Neuheuser* NStZ 2008, 492, 496.

²⁸ *Neuheuser* NStZ 2008, 492, 496 m.w.N.; wohl abweichend NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 130b: vor Abhebung keine Geldwäsche.

²⁹ NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 138.

³⁰ OLG Karlsruhe, NStZ 2009, 269, 270. Im Übrigen bewirkt die Bankgutschrift keine Dekontaminierung i.S.d. § 261 Abs. 6 StGB (Matt/Renzikowski/*Dietmeier*, StGB [2013], § 261 Rn. 19).

³¹ OLG Karlsruhe, NStZ 2009, 269, 270.

³² Vgl. BGH NJW 2008, 1460, 1462 = HRRS 2008 Nr. 220, Rn. 30 ff.

³³ Vgl. AnwKomm-StGB/*Sommer* (Fn. 6), § 261 Rn. 52; *Fischer* (Fn. 19), § 261 Rn. 45.

³⁴ Vgl. LK-StGB/*Schmidt/Krause*, 12. Aufl. (2010), § 261 Rn. 48; *Fischer* (Fn. 19), § 261 Rn. 51; zumindest missverständlich SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 69.

³⁵ *Fischer* (Fn. 19), § 261 Rn. 51.

³⁶ SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 72; NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 154.

kenntnisse zu fordern sind, welche die Annahme eines hinreichenden Tatverdachts tragen.³⁷

bb) Allerdings ist fraglich, ob das bislang herrschende – auf einen hinreichenden Tatverdacht abstellende – Verständnis aufrechterhalten werden kann. So ist die Regelung über die Selbstanzeige der Vorschrift des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO nachgebildet.³⁸ Zu dieser Norm hat der BGH aber entschieden,³⁹ dass der Begriff der Tatentdeckung nicht mit den üblichen strafprozessualen Verdachtsgraden gleichgesetzt werden könne. Tatentdeckung liege dann vor, wenn bei vorläufiger Tatbewertung die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung gegeben sei. Dies erfordere eine doppelte, zweistufige Prognose. Zunächst sei – auf der Grundlage der vorhandenen, regelmäßig noch unvollständigen Informationen – die Verdachtslage (vorläufig) zu bewerten. Aufbauend hierauf müsse der Sachverhalt, auf den sich der Verdacht beziehe, rechtlich geeignet sein, eine Verurteilung zu rechtfertigen. Bejahendenfalls sei die Tat entdeckt. Die Anforderungen an diese Wahrscheinlichkeitsprognose dürften schon deshalb nicht zu hoch angesetzt werden, weil sie auf einer (noch) schmalen Tatsachenbasis erfolgen müsse. Damit sei ein hinreichender Tatverdacht gerade nicht erforderlich und könne auch nicht gefordert werden. Die gemäß §§ 170, 203 StPO notwendige Prognose baue nämlich auf einem ausermittelten Sachverhalt auf. Eine derartige Prognose lasse sich bei der Entdeckung der Tat – und eine Entdeckung „zum Teil“ genüge – noch nicht verlässlich stellen. Die Entdeckung bilde vielmehr erst den Ausgangspunkt der dann gebotenen Ermittlungen. Daher müsse auch der Täter noch nicht ermittelt sein. Wann demnach Entdeckung eingetreten sei, lasse sich nur im Einzelfall und nicht schematisch beantworten. In der Regel sei eine Tatentdeckung bereits dann anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung der zur Steuerquelle oder zum Auffinden der Steuerquelle bekannten weiteren Umstände nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung eine Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit nahe liege.

Überträgt man diese Ausführungen auf § 261 Abs. 9 S. 1 StGB, dürfte regelmäßig bereits früher von Tatentdeckung auszugehen sein als bei einem Abstellen auf Anklagereife.

cc) Im Übrigen soll die Entdeckung durch eine Privatperson genügen, wenn mit alsbaldiger Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden zu rechnen ist⁴⁰ (etwa im Wege einer Geldwäscheverdachtsanzeige durch die kontoführende Bank).

dd) Bei der Frage, ob die Tat entdeckt ist, kommt es auf die objektive Sachlage an, nicht auf die Vorstellung des Täters.⁴¹ Außerdem steht die irri- ge Annahme, die Tat sei

³⁷ Im Hinblick auf den „Normzweck der Regelung über die tätige Reue“ wohl bejahend G/J/W/*Eschelbach*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 261 StGB Rn. 72. Soweit ersichtlich wird das Problem zumeist nicht weiter erörtert.

³⁸ G/J/W/*Eschelbach* (Fn. 37), § 261 StGB Rn. 70.

³⁹ BGHSt 55, 180, 186 ff. = HRRS 2010 Nr. 502 Rn. 24 ff.

⁴⁰ Beck-OK-StGB/*Ruhmannseder*, Ed. 27 (2015), § 261 Rn. 68.

⁴¹ NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 154.

entdeckt, der Möglichkeit der freiwilligen Offenbarung nicht entgegen.⁴²

4. Konkurrenzen

a) Werden im Rahmen einer Handlungseinheit mehrere Tatmodalitäten verwirklicht, handelt es sich um eine einheitliche Tat, selbst wenn sie sich auf Gegenstände aus mehreren Vortaten bezieht.⁴³

b) Namentlich bei gewerbsmäßigem Handeln des „Finanzagenten“ kommt eine Strafbarkeit gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 und § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG in Betracht;⁴⁴ fahrlässiges Handeln ist nach § 31 Abs. 2 ZAG ebenfalls strafbewehrt. Weil im Vergleich zur Geldwäsche andere Tatbestandsmerkmale den Bezugspunkt des Schuldvorwurfs bilden, ist durchaus denkbar, dass ein Täter § 31 ZAG vorsätzlich und § 261 StGB lediglich leichtfertig verwirklicht. Auch dann besteht Tateinheit (§ 52 StGB).⁴⁵ Bei entsprechendem Vorsatz und Vorteils-sicherungsabsicht kann ferner Tateinheit mit § 257 StGB gegeben sein.⁴⁶

5. Auslandsbezug

Immer wieder sind „Finanzagenten“ außerhalb des Bundesgebietes ansässig und die im Wege des „Phishing“ abverfügten Gelder werden auf deren ausländischen Konten gutgeschrieben (wodurch im Übrigen Rückbuchungen [s.o. 2] schwieriger werden). Soweit kein Tatort im Inland (§ 3 StGB) besteht, können Auslandssachverhalte nach Maßgabe des § 7 StGB deutscher Strafgewalt unterliegen.⁴⁷

a) Tatort ist sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort (§ 9 Abs. 1 StGB). Während ein inländischer Handlungs- ort für § 261 StGB vorliegend ausscheidet, kann zumindest ein Erfolgsort im Inland bestehen. Dabei umfasst „der zum Tatbestand gehörende Erfolg“ im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB nicht jede Auswirkung der Tat. Erfolgsortbegründend sind nur solche Tatfolgen, die für die Verwirklichung des Deliktstatbestands erheblich sind.⁴⁸

Beim Verschleierungstatbestand des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 1 und 2 StGB handelt es sich nach h.M. nicht um ein Erfolgsdelikt;⁴⁹ es besteht folglich kein Erfolgsort.⁵⁰ An-

⁴² NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 153, auch dazu, dass das Freiwilligkeitserfordernis im Übrigen wie bei § 24 StGB zu verstehen ist.

⁴³ Sch/Sch/*Stree/Hecker* (Fn. 11), § 261 Rn. 36.

⁴⁴ *Floeth* NZWiSt 2015, 196, 197; *Seidl/Fuchs* HRRS 2010, 85, 91. Zu § 54 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 S. 1 und dem aufgehobenen § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG: AG Neunkirchen, Urt. v. 13. März 2007 – 11 Ds 33 Js 1148/06, juris Rn. 26 ff.

⁴⁵ LK-StGB/*Rissing-van Saan*, 12. Aufl. (2007), § 52 Rn. 16 m.w.N.

⁴⁶ *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 261 Rn. 19.

⁴⁷ Vgl. KG NJW 2006, 3016 f. Nicht einschlägig sind vorliegend §§ 4 bis 6 StGB.

⁴⁸ BGH NJW 2006, 1984 = HRRS 2006 Nr. 472 Rn. 6.

⁴⁹ G/J/W/*Eschelbach* (Fn. 37), § 261 StGB Rn. 44 m.w.N.; a.A. NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 9), § 261 Rn. 100.

⁵⁰ Vgl. *Fischer* (Fn. 19), § 9 Rn. 4.

ders verhält es sich beim Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand (Abs. 1 Var. 3 ff.).⁵¹ Hier ist denkbar, dass inländische Ermittlungsmaßnahmen vereitelt oder gefährdet werden, die gegebenenfalls im Wege der Rechtshilfe durchzusetzen gewesen wären.⁵² Indes ist diese Tatbestandsvariante bei bloßer Leichtfertigkeit des Täters häufig nicht verwirklicht ist (s.o. 1.). Der Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2 StGB) wiederum ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet und weist somit keinen Erfolgsort auf.⁵³

b) Soweit nach dem vorstehend Ausgeführten kein inländischer Erfolgsort begründet ist, kann sich die Geltung des deutschen Strafrechts aus § 7 StGB ergeben. Während die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 StGB in den vorliegenden Fällen meist nicht gegeben sind, kommt es im Rahmen des Abs. 1 zunächst darauf an, ob die Tat „gegen einen Deutschen“ begangen wurde. Hierfür ist erforderlich, dass zumindest auch ein Individualrechtsgut geschützt ist und dass dessen Träger Deutscher ist. Zwar schützt § 261 Abs. 1 StGB die staatliche Rechtspflege⁵⁴ und damit kein solches Individualrechtsgut. Bei § 261 Abs. 2 StGB hingegen tritt das durch die Vortat verletzte Rechtsgut hinzu.⁵⁵ Wurde durch den vorausgegangenen Computerbetrug also ein Deutscher verletzt, ist die Anwendung des deutschen Strafrechts eröffnet, sofern die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist⁵⁶ oder – was seltener der Fall ist – der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass nach h.M. nur natürliche (keine juristischen) Personen als verletzte „Deutsche“ im Sinne des § 7 Abs. 1 StGB angesehen werden können.⁵⁷ Geschädigter des Computerbetrugs ist jedenfalls der Kontoinhaber,⁵⁸ so dass es im Einzelnen darauf ankommt, ob dies eine natürliche Person ist. Ob darüber hinaus auch die Bank verletzt ist,⁵⁹ kann dahinstehen, weil diese ohnehin nicht von § 7 Abs. 1 StGB erfasst wird.

c) Handelt es sich demnach um einen Auslandssachverhalt, der indes deutscher Strafgewalt unterliegt, ist grundsätzlich ein inländisches Ermittlungs-/Strafverfahren zu führen. In Anbetracht des Umstandes, dass dies praktisch mit erhöhtem Aufwand verbunden ist⁶⁰ und die weitere Aufklärung ohnehin nur aus dem

betroffenen Staat aus möglich ist, kann zu erwägen sein, gemäß § 153c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO von der Verfolgung abzusehen.⁶¹ Dies gilt erst recht, wenn gegebenenfalls der betroffene ausländische Staat von dem Sachverhalt in Kenntnis gesetzt und dadurch die dortige Strafverfolgung ermöglicht werden kann (vgl. §§ 61a, 92c IRG⁶²).

6. Rechtsfolgen

Während vorsätzliche Geldwäsche mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren (§ 261 Abs. 1, Abs. 2 StGB) und in besonders schweren Fällen⁶³ – in der Regel bei Gewerbsmäßigkeit, die beim „Finanzagenten“ häufig vorliegt⁶⁴ – mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren (§ 261 Abs. 4 StGB) bestraft wird, beträgt das Strafmaß im Falle der Leichtfertigkeit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahre oder Geldstrafe (§ 261 Abs. 5 StGB). Zugunsten eines leichtfertig handelnden „Finanzagenten“ kann je nach Sachlage berücksichtigt werden, dass er selbst keine „kriminelle Gesinnung“ aufweist und von professionell agierenden Hinterleuten instrumentalisiert wurde.⁶⁵ Überdies kann sich eine sogenannte „verunglückte Selbstanzeige“, die den Anforderungen des § 261 Abs. 9 S. 1 StGB nicht genügt, zumindest strafmildernd auswirken.⁶⁶ Gegebenenfalls kommen eine Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153, 153a StPO oder Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 ff. StGB) in Betracht.

Das „gewaschene“ Geld unterliegt wegen § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nicht dem Verfall und auch nicht gemäß § 261 Abs. 7 StGB der Einziehung.⁶⁷ Indes ist bei vorsätzlich-gewerbsmäßiger Geldwäsche der erweiterte Verfall eröffnet (§ 261 Abs. 7 S. 3 i.V.m. § 73d StGB), der die Abschöpfung auch sonstiger Deliktserlöse ermöglicht, die nicht aus Geldwäschetaten stammen.⁶⁸ Nach allgemeinen Grundsätzen kann bei vorsätzlicher Geldwäsche (§ 74 Abs. 1 StGB)⁶⁹ der vom „Finanzagenten“ verwendete PC eingezogen werden, soweit sich dies nicht als unverhältnismäßig erweist (§ 74b StGB).

kann (vgl. dazu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. [2015], § 37 Rn. 25 f.).

⁶¹ Vgl. LR-StPO/Beulke, 26. Aufl. (2007), § 153c Rn. 8; Radtke/Hohmann, StPO (2011), § 153c Rn. 1, 10.

⁶² Dazu Ambos/König/Rackow/Wörner, Rechtshilferecht in Strafsachen (2015), 4. HT Rn. 503 ff.

⁶³ § 261 Abs. 4 StGB betrifft nur die vorsätzliche Geldwäsche (vgl. NK-StGB/Altenhain [Fn. 9], § 261 Rn. 143).

⁶⁴ NK-StGB/Altenhain (Fn. 9), § 261 Rn. 144; Neuheuser NStZ 2008, 492, 496 m. Fn. 50.

⁶⁵ AG Neunkirchen, Urt. v. 13. März 2007 – 11 Ds 33 Js 1148/06, juris Rn. 34 f.

⁶⁶ So zur steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige Klein/Jäger, AO, 12. Aufl. (2014), § 371 Rn. 9 i.V.m. § 370 Rn. 331.

⁶⁷ BGH NStZ-RR 2011, 338 = HRRS 2010 Nr. 576 Rn. 2 f.

⁶⁸ BGH NStZ-RR 2009, 384 = HRRS 2009 Nr. 926 Rn. 7; N.Nestler HRRS 2011, 519, 524.

⁶⁹ § 74a i.V.m. § 261 Abs. 7 S. 2 StGB betrifft den Tatunbeteiligten und § 74 Abs. 4 i.V.m. § 261 Abs. 7 S. 1 StGB sog. Beziehungsgegenstände wie das „gewaschene“ Geld, nicht aber das Tatmittel (vgl. dazu LK-StGB/Schmidt [Fn. 45], § 74 Rn. 9, 61 f., § 74a Rn. 1).

⁵¹ G/J/W/Eschelbach (Fn. 37), § 261 StGB Rn. 44.

⁵² Vgl. OLG Bamberg NStZ 2015, 235 f.; BVerfG, Beschl. v. 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14, 2571/14, 2573/14 = HRRS 2015 Nr. 828 Rn. 76; a.A. Sch/Sch/Stree/Hecker (Fn. 11), § 261 Rn. 15.

⁵³ BGH NStZ-RR 2013, 253 = HRRS 2013 Nr. 585 Rn. 4; i.E. auch LG Köln, Beschl. v. 15. April 2011 – 113 Qs 15/11, juris Rn. 12 f.

⁵⁴ Sch/Sch/Stree/Hecker (Fn. 11), § 261 Rn. 2.

⁵⁵ Sch/Sch/Stree/Hecker (Fn. 11), § 261 Rn. 2.

⁵⁶ Erforderlichenfalls ist ein Rechtsgutachten einzuholen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 253 = HRRS 2013 Nr. 585 Rn. 5: leichtfertige Geldwäsche in Spanien strafbar).

⁵⁷ SSW-StGB/Satzger (Fn. 18), § 7 Rn. 4.

⁵⁸ BGH NStZ 2014, 579, 580 = HRRS 2014 Nr. 504 Rn. 12, 14; zweifelnd Floeth NZWiSt 2015, 196, 197 Fn. 4; vgl. auch Fischer (Fn. 19), § 263a Rn. 22.

⁵⁹ Vgl. BGH NStZ 2014, 579, 580 = HRRS 2014 Nr. 504 Rn. 12 f.

⁶⁰ Anders, wenn bei ausermitteltem Sachverhalt ein Bogen zur Beschuldigtenanhörung vereinfacht übermittelt werden

Das Recht auf konfrontative Befragung im Ermittlungsverfahren

Von Prof. Dr. Guido Kirchhoff*

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährt jeder „angeklagten Person“ das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK). In Strafverfahren sind vor allem die Gerichte verpflichtet, dieses Menschenrecht zu beachten. Es kann aber auch schon vor der gerichtlichen Hauptverhandlung Bedeutung erlangen: Jedenfalls in bestimmten Fallgestaltungen sollten die Strafverfolgungsbehörden dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren eine konfrontative Befragung von Belastungszeugen ermöglichen. Damit können die Behörden verhindern, dass eine Verurteilung im anschließenden Gerichtsverfahren daran scheitert, dass dem Angeklagten dieses Recht vorenthalten wurde.

I. Die Rolle der EMRK in Ermittlungsverfahren

Obwohl die EMRK Menschenrechte garantiert und konkrete Vorgaben für Strafverfahren enthält, ist sie kein Gesetz, das jeder Staatsanwalt und Polizist täglich zur Hand nimmt. Dies überrascht nur auf den ersten Blick: Zwar hat sie in Deutschland den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, so dass die Strafverfolgungsorgane die Konvention wie jedes andere Gesetz unmittelbar zu beachten haben (Art. 20 Abs. 3 GG).¹ Dass sie die EMRK nicht im gleichen Umfang wie die StPO zu Rate ziehen, um sich Klarheit über ihre Befugnisse und Pflichten zu verschaffen, bedeutet aber nicht, dass die Beamten europarechtswidrig handeln oder dies jedenfalls durch Nichtbeachtung der Konvention in Kauf nehmen. Im Gegenteil: Die EMRK muss nicht in jedem Einzelfall herangezogen werden, weil die dort garantierten Menschenrechte der Bürger und Pflichten des Staates bereits sehr weitgehend auf mindestens gleichem Schutzniveau im deutschen Recht verankert sind.²

Da die Behörden das Grundgesetz und die nationalen Gesetze in aller Regel beachten, kommt ein Verstoß gegen die EMRK grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn deutsches Recht fehlerhaft angewandt wird oder die Konvention ausnahmsweise doch eine Vorgabe enthält, die an anderer Stelle nicht in diesem Umfang normativ verankert ist. Die Strafverfolgungsorgane müssen daher die Menschenrechte der EMRK in der Alltagspraxis nur insoweit kennen und beachten, als sie über die deutschen Gesetze hinausgehen.

Ein Beispiel dafür, dass die EMRK mitunter Rechte gewährt, die in deutschen Vorschriften nicht in diesem Umfang enthalten sind, ist der in Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK geregelte und schon im Ermittlungsverfahren geltende Anspruch des Beschuldigten³ auf Verteidigung durch einen frei gewählten Verteidiger. Über die Strafprozessordnung (s. §§ 137 Abs. 1, 163a Abs. 3 u. 4 i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO) hinausgehend darf danach ein Strafverteidiger bereits bei der ersten polizeilichen Vernehmung seines Mandanten, der als Beschuldigter und nicht bloß als Zeuge vernommen wird, anwesend sein.⁴ Die Polizei ist daher verpflichtet, dem Beschuldigten auf dessen Wunsch die Anwesenheit seines Verteidigers zu gestatten und ihn zuvor über dieses Recht aufzuklären.⁵

Ein Blick in die EMRK lohnt sich aber auch, wenn sie inhaltlich nicht über die Gesetze der Bundesrepublik hinausreicht: Sie hat in einigen Bereichen den Vorteil, klarer und damit einfacher nachvollziehbar zu sein als die deutschen Regelungen.⁶ Sie sieht beispielsweise in Art. 6 Abs. 2 EMRK vor, dass jede Person in einem Strafverfahren bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten hat. Im Grundgesetz⁷ und der Strafprozessordnung ist die Unschuldsvermutung dagegen nicht als solche ausdrücklich genannt, sondern wird als besondere Ausprägung des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips und der Menschenwürde

* Der Autor ist Mitglied im Institut für angewandte Rechts- und Sozialforschung (Wolfenbüttel, www.irs-bs.de) und Professor an der Ostfalia Hochschule für angewandte Wissenschaften.

¹ Vgl. z.B. BVerfG, 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 205; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. (2013), S. 371; Kirchhoff, Europa und Polizei (2012), S. 29; SK-StPO-Paeffgen, 4. Aufl. (2012), Einl. EMRK Rz. 77.

² Hierzu s. Kirchhoff, Europa und Polizei (2012), S. 37 ff.

³ Art. 6 Abs. 3 EMRK stellt zwar auf eine „angeklagte Person“ ab, hierzu s. aber u. II 2.

⁴ Hierzu s. m.w.N. Kirchhoff, Europa und Polizei (2012), S. 45 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), § 163 Rz. 16.

⁵ So im Ergebnis auch SK-StPO-Wohlers, 4. Aufl. (2011), § 163a Rz. 72; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), Rz. 225; Graf-Patzak, StPO, 2. Aufl. (2012), § 163a Rz. 23.

⁶ Kirchhoff ZVR-Online Dok. Nr. 21/2012, Rz. 15.

⁷ Anders ist es in einigen Landesverfassungen, wie z.B. in Art. 53 Abs. 2 LVerfBbg.

(Art. 1 Abs. 1 GG) angesehen.⁸ Entsprechendes gilt für das Recht auf ein faires Verfahren, das in Art. 6 Abs. 1 EMRK klar benannt, im deutschen Recht dagegen nur teilweise ausdrücklich geregelt ist.⁹ Es wird zwar ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit der Menschenwürde und anderen Freiheitsrechten des Grundgesetzes entnommen.¹⁰ Neben dem Vorteil des Art. 6 EMRK, prägnanter formuliert zu sein, genießt diese Vorschrift als Norm des einfachen Rechts Anwendungsvorrang vor der Verfassung (die selbst wiederum im Konfliktfall mit Geltungsvorrang ausgestattet ist). Es ist in den beiden Beispielfällen daher besser, Art. 6 EMRK auch direkt anzuwenden.

II. Das Recht auf konfrontative Befragung

Zu den Gegenständen, die in deutschen Rechtsnormen nicht in dem Umfang geregelt sind, wie es in der EMRK der Fall ist, gehört das in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verankerte Recht auf konfrontative Befragung. Danach darf jede angeklagte Person Fragen an Belastungszeugen stellen oder stellen lassen. Dieses Menschenrecht ist, wie auch die anderen in Art. 6 Abs. 3 EMRK enthaltenen Vorgaben,¹¹ eine besondere Ausformung des Grundsatzes des fairen Verfahrens, den die EMRK in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK für alle Strafverfahren¹² garantiert.¹³

1. Zweck und Inhalt des Befragungsrechts

Das Befragungsrecht dient dazu, die Chancengleichheit zwischen der Anklage und der Verteidigung auch beim Zeugenbeweis herzustellen.¹⁴ Es nutzt aber nicht allein

demjenigen, dem eine Straftat vorgeworfen wird. Das Recht auf konfrontative Befragung dient mittelbar auch dem Gericht, das über die Strafbarkeit des Angeklagten zu entscheiden hat. Denn den Strafverfolgungsorganen eines Rechtsstaats muss daran gelegen sein, dass ein Strafverfahren zum richtigen Täter sowie zur zutreffenden rechtlichen Bewertung eines fehlerfrei bewiesenen Sachverhalts und nicht – z.B. nach einer einseitigen Vernehmung des Zeugen – bloß zu (irgend-) einer Verurteilung führt. Eine Befragung des Zeugen auch durch den Angeklagten kommt der Wahrheitsfindung zugute, weil sie das Risiko von Falschaussagen verringert. Denn der Angeklagte und sein Verteidiger können im Wege der Konfrontation oft besser die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder zumindest die Glaubhaftigkeit seiner Aussage erschüttern.¹⁵ Ihnen gelingt es insbesondere eher, entscheidungserhebliche Auslassungen in der Sachverhaltschilderung des Zeugen aufzudecken.

Aus diesem Regelungszweck folgt, dass es nicht genügt, wenn dem Angeklagten lediglich erlaubt wird, sich erst nach der Zeugenaussage im weiteren Strafverfahren durch eigene Ausführungen zu verteidigen.¹⁶ Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährt ihm auch mehr als nur eine bloße Befragungsmöglichkeit des Zeugen: Die Vorschrift verschafft dem Angeklagten einen Anspruch auf eine direkte Konfrontation mit dem Zeugen,¹⁷ bei der er dessen Aussage in Frage stellen und ihn inhaltlich mit der eigenen Sicht der Dinge konfrontieren darf.¹⁸ Aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ergibt sich zudem, dass das Gericht oder die handelnde Behörde verpflichtet ist, positive Schritte zu unternehmen, um dem Beschuldigten oder dessen Verteidiger die Befragung des ihn belastenden Zeugen zu ermöglichen.¹⁹

2. Angeklagte Person

Art. 6 Abs. 3 EMRK gewährt die dort genannten Rechte jeder „angeklagten Person“. Aufgrund der in § 157 StPO enthaltenen Definition des „Angeklagten“ könnte man daher denken, dass das Recht auf konfrontative Befragung nur denen zusteht, gegen die bereits die Eröffnung des strafprozessualen Hauptverfahrens beschlossen ist und die dadurch zu „Angeklagten“ werden. Wären solche

⁸ S. z.B. BVerfG, 2 BvR 2540/04, NJW 2009, 3569, 3569; BVerfGE 82, 106, 114 (2 BvR 254, 1343/88); Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. (2010), Art. 20 Abs. 3 Rz. 324.

⁹ Hierzu s. m.w.N. Kirchhoff, Europa und Polizei (2012), S. 44 ff.

¹⁰ S. z.B. BVerfG, 2 BvR 209/14 u.a., Rz. 30, www.bverfg.de (Entscheidungen) = HRRS 2015 Nr. 85; BVerfG, 2 BvR 432/07 u.a., NJW 2011, 591, 592; BGH, 5 StR 51/10, NJW 2010, 3670, 3671 = HRRS 2010 Nr. 573; Voßkuhle/Kaufhold JuS 2010, 116, 117. Dagegen ist das Recht auf ein faires Verfahren im Landesverfassungsrecht teilweise ausdrücklich geregelt, s. z.B. Art. 52 Abs. 4 LVerfBbg.

¹¹ Siehe z.B. EGMR, Salduz v. Türkei, Urteil vom 27. November 2008, 36391/02, NJW 2009, 3707, 3708 = HRRS 2008 Nr. 1145.

¹² Da die Staaten die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK nicht durch eine formale Herabstufung von Straftaten zu Ordnungswidrigkeiten ausschließen können sollen, erfasst die Vorschrift grundsätzlich auch Verfahren zu Ordnungswidrigkeiten, s. EGMR, 8544/79, NJW 1985, 1273 ff.; Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. (2014), § 3 Rz. 25; Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. (2011), Art. 6 Rz. 249.

¹³ S. z.B. EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 37 = HRRS 2014 Nr. 716; EGMR, Bykov v. Russland, Urteil vom 21. Januar 2009, 4378/02, NJW 2010, 213, 215; EGMR, 37225/97, NJW 2003, 2297, 2297; BGH, 1 StR 493/06, NJW 2007, 237, 238 = HRRS 2007 Nr. 39; KK-Schädler/Jakobs, 7. Aufl. (2013), Art. 6 MRK Rz. 63.

¹⁴ SK-StPO-Paeffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 154; Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 760; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), Art. 6 MRK Rz. 22.

¹⁵ EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 38 = HRRS 2014 Nr. 716; Schramm HRRS 2011, 156, 158; Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 773; SK-StPO-Paeffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 155.

¹⁶ EGMR, Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, Urteil vom 20. Januar 2009, 26766/05 u. 22228/06, HRRS 2009 Nr. 459.

¹⁷ BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 925 f. = HRRS 2009 Nr. 1114; BVerfG, 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 205; SK-StPO-Paeffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 155.

¹⁸ EGMR, Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, Urteil vom 20. Januar 2009, 26766/05 u. 22228/06, HRRS 2009 Nr. 459; EGMR, 11454/85, Rz. 41, www.coe.int (EGMR-Datenbank); Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. (2014), § 10 Rz. 37.

¹⁹ EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 39 = HRRS 2014 Nr. 716; EGMR, Haas v. Deutschland, Zulassungsentscheidung vom 23. November 2005, 73047/01, HRRS 2006 Nr. 63.

nationalen Begriffsbestimmungen allerdings maßgeblich, hätten es die Staaten in der Hand, die Menschenrechte der EMRK durch enge Definitionen einzuschränken oder sogar praktisch auszuschließen. Dies entspricht aber ersichtlich nicht dem Zweck der EMRK, für alle an ihr beteiligten Staaten einheitliche Mindeststandards festzulegen. Die EMRK ist daher unabhängig von den in den nationalen Rechtsordnungen verwendeten Begriffen auszulegen.²⁰

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)²¹ legt das Recht auf ein faires Verfahren ausdrücklich weit aus, weil es in einer demokratischen Gesellschaft einen so herausragenden Platz einnehme, dass eine restriktive Auslegung mit dem Ziel und Zweck des Fairnessgrundsatzes nicht vereinbar wäre.²² Zu Recht ist daher allgemein anerkannt, dass unter einer „Anklage“ im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EMRK jede offizielle Mitteilung der zuständigen Behörde zu verstehen ist, aus der sich ergibt, dass sie gegen den Betroffenen wegen des Verdachts einer Straftat ermittelt.²³ Damit gilt das Recht auf konfrontative Befragung grundsätzlich bereits in dem Teil des Strafverfahrens, der dem Gerichtsverfahren vorangeht (Ermittlungsverfahren).²⁴ „Angeklagter“ im Sinne des Art. 6 EMRK ist damit auch schon derjenige, der im deutschen Recht als „Beschuldigter“ bezeichnet wird.²⁵

III. Zeitpunkt der konfrontativen Befragung

Eine konfrontative Befragung erfolgt üblicherweise in der gerichtlichen Hauptverhandlung (§ 240 Abs. 2 StPO). Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährt dem Beschuldigten nicht das Recht, auch schon bei einer Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren durch die Polizei, Staatsanwaltschaft oder einen Richter eine konfrontative Befragung verlangen zu können.²⁶ Das Recht geht nicht so weit, dass jede Zeugenvernehmung immer auch eine konfrontative Befragung beinhalten muss. Die EMRK schreibt allerdings auch nicht vor, dass die Konfrontation

zwischen Angeklagtem und Zeugen ausschließlich in der gerichtlichen Hauptverhandlung zu ermöglichen ist.²⁷ Die Gelegenheit für eine konfrontative Befragung kann auch an anderer Stelle des Strafverfahrens gegeben werden.²⁸ Erfolgt sie nicht in der Hauptverhandlung, muss sie allerdings grundsätzlich bereits im Ermittlungsverfahren erfolgt sein.²⁹ Wichtig ist also, dass sie im gesamten Strafverfahren mindestens einmal ermöglicht wurde.

Wenn die konfrontative Befragung allein im Ermittlungsverfahren erfolgt und nicht auch in der gerichtlichen Hauptverhandlung, kann man zwar die Frage aufwerfen, ob damit ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gar nicht erst vorliegt oder ob er „lediglich“ ausreichend kompensiert ist (zur Kompensation s.u. IV).³⁰ Da in beiden Fällen im Ergebnis die EMRK nicht verletzt ist, ist diese Frage für die Praxis aber ohne Belang.

1. Grundsatz: Konfrontative Befragung in der Hauptverhandlung

Wenn die Strafverfolgungsorgane im Hinblick auf die gerichtliche Hauptverhandlung nicht verpflichtet sind, eine konfrontative Befragung schon im Ermittlungsverfahren zu ermöglichen, stellt sich die Frage, ob die konfrontative Befragung immer dem Gericht überlassen sein sollte oder ob es gute Gründe dafür gibt, sie bereits im Ermittlungsverfahren zu ermöglichen. Wenn die Täterschaft des Angeklagten überwiegend wahrscheinlich ist, ist eine konfrontative Befragung in der Hauptverhandlung schon deshalb sinnvoll, weil das Gericht die Verurteilung auf das „Ergebnis der Verhandlung“ (§ 264 Abs. 1 StPO) stützen muss. Gerade dort muss die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage für die Urteilsfindung festgestellt werden. Hier kann eine konfrontative Befragung den Erkenntniswert steigern (s.o. II 1).

Im Regelfall wird eine konfrontative Befragung in der gerichtlichen Hauptverhandlung daher ausreichen, weil es in solchen „Normalfällen“ keinen Grund gibt, die Konfrontation bereits im vorgerichtlichen Ermittlungsverfahren – und damit bis zur Verurteilung mehrfach – herbeizuführen.

2. Konfrontative Befragung im Ermittlungsverfahren

Es gibt aber auch eine Reihe von Gründen, die eine konfrontative Befragung bereits im Ermittlungsverfahren

²⁰ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), Vor Art. 1 MRK Rz. 5 m.w.N.; Safferling, Internationales Strafrecht (2011), § 13 Rz. 33.

²¹ Zur Bedeutung des EGMR für die Polizei s. Kirchhoff, Europa und Polizei (2012), S. 73 ff.

²² EGMR, 14810/02, NJW 2009, 2873, 2874.

²³ EGMR, Salduz v. Türkei, Urteil vom 27. November 2008, 36391/02, NJW 2009, 3707, 3707 Rz. 50 = HRRS 2008 Nr. 1145; KK-Schädler/Jakobs, 7. Aufl. (2013), Art. 6 MRK Rz. 11; SK-StPO-Paefffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 47; Safferling, Internationales Strafrecht (2011), § 13 Rz. 79.

²⁴ EGMR, Salduz v. Türkei, Urteil vom 27. November 2008, 36391/02, NJW 2009, 3707, 3707 f. = HRRS 2008 Nr. 1145; EGMR, 8544/79, NJW 1985, 1273, 1274; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. (2016), Art. 6 EMRK Rz. 14; Esser/Gaede/Tsambikakis NSStZ 2011, 140, 144.

²⁵ Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. (2016), Art. 6 EMRK Rz. 14; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), Art. 6 MRK Rz. 1; Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 24; SK-StPO-Paefffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 12.

²⁶ Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 788.

²⁷ Safferling, Internationales Strafrecht (2011), § 13 Rz. 86.

²⁸ Vgl. BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 925 = HRRS 2009 Nr. 1114; BGH, 2 StR 397/09, NJW 2010, 2224, 2225 = HRRS 2010 Nr. 456; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), Art. 6 MRK Rz. 22b; SK-StPO-Paefffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 164; Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 777, 781.

²⁹ EGMR, Hümmel v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 42 = HRRS 2014 Nr. 716; EGMR, 37225/97, NJW 2003, 2297 f.

³⁰ Hierzu s. Bois-Pedain HRRS 2012, 120, 123.

sinnvoll erscheinen lassen oder sogar zwingend erforderlich machen.

a) Konfrontation für Wahrheitsfindung erforderlich

Sinnvoll ist eine schon im Ermittlungsverfahren erfolgende Konfrontation zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Zeuge unwahr aussagt und voraussichtlich erst eine Konfrontation mit dem Tatverdächtigen den (Un-) Wahrheitsgehalt der Aussage zu Tage fördern wird. In diesen Fällen werden Polizei und Staatsanwaltschaft das Zusammentreffen schon von sich aus herbeiführen. Denn niemand hat ein Interesse daran, dass sich erst nach der Anklageerhebung herausstellt, dass der Zeuge lügt. Gibt es bei einer Zeugenaussage Anhaltspunkte dafür, dass sie unwahr sein könnte und sich verändern wird, wenn der Zeuge vom Beschuldigten befragt wird, ist die Konfrontation daher jedenfalls dann schon im Ermittlungsverfahren herbeizuführen, wenn der Tatvorwurf gegenüber dem Beschuldigten zurückzunehmen ist, sobald die Zeugenaussage entfällt. Der mit der Durchführung des Strafverfahrens verbundene Eingriff in die Grundrechte des Beschuldigten darf in diesem Fall nicht durch eine Anklageerhebung verlängert werden.

Anders ist es dagegen, wenn es keine nachvollziehbaren Zweifel an der wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen gibt. Insbesondere in Fällen, in denen damit zu rechnen ist, dass der Zeuge nach der Befragung durch den Beschuldigten – etwa aus Angst – seine Aussage in einer Weise verändert, dass sie nicht mehr der Wahrheit entspricht, gibt es keinen Grund, diese Konfrontation bereits vor der gerichtlichen Hauptverhandlung zu ermöglichen.

b) Konfrontation kann in der Hauptverhandlung nicht mehr erfolgen

Gelegentlich werden erstinstanzliche Verurteilungen aufgehoben, weil eine konfrontative Befragung im Ermittlungsverfahren nicht erfolgte und in der gerichtlichen Hauptverhandlung nicht mehr nachgeholt werden konnte. So war es beispielsweise³¹ in einem Fall, in dem zwei Angeklagte vom Landgericht wegen Vergewaltigung, Menschenhandel, Zuhälterei und Bedrohung zu hohen Freiheitsstrafen verurteilt worden sind. Das Urteil beruhte im Wesentlichen auf der Aussage der Geschädigten, die diese gegenüber der Polizei und dem Ermittlungsrichter gemacht hatte. In der Hauptverhandlung hat sie dagegen nicht als Zeugin ausgesagt: Sie war inzwischen in ihr Heimatland zurückgekehrt und trotz Ladung nicht vor Gericht erschienen. Weil sie bereits gegenüber dem Ermittlungsrichter erwähnt hatte, nicht zu einer Gerichtsverhandlung kommen zu wollen, behandelte das Gericht sie als unerreichbar. Eine konfrontative Befragung erfolgte daher vor Gericht nicht. Da auch bei den vor der Hauptverhandlung durchgeführten Vernehmungen der Zeugin weder die Angeklagten noch deren Verteidiger Gelegenheit hatten, Fragen an die Zeugin zu stellen, fehlte eine konfrontative Befragung insgesamt. Der BGH sah hier „infolge von Fehlern im Ermittlungs-

verfahren“ das aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK folgende Recht der Angeklagten als verletzt an und hob das Urteil des Landgerichts auf. Ist ein Zeuge lediglich im Ermittlungsverfahren oder sonst außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden, dann sei – so der BGH – dem Angeklagten grundsätzlich entweder zu dem Zeitpunkt der Zeugenaussage oder in einem späteren Verfahrensstadium Gelegenheit zu geben, den Zeugen selbst zu befragen oder über seinen Verteidiger befragen zu lassen.³²

Ein solcher Ablauf ist bei Sexualstraftaten zum Nachteil ausländischer Frauen nicht ungewöhnlich, denn diese wollen nach der Rückkehr in ihr Heimatland mit dem Verfahren oft nichts mehr zu tun haben.³³ Aber auch bei anderen Straftaten zu Lasten von Menschen, die ihren Wohnsitz im Ausland haben oder ihren Aufenthalt in Deutschland nach der Straftat beenden, kann es vorkommen, dass deren Aufenthaltsort nicht zu ermitteln ist oder sie aus anderen Gründen nicht in der Hauptverhandlung erscheinen (z.B. fehlendes Interesse als Zeuge auszusagen oder Verweigerung von Rechtshilfe durch den Aufenthaltsstaat). Entsprechendes gilt, wenn der Zeuge in Deutschland keinen festen Wohnsitz hat oder untertaucht, indem er beispielsweise wegen einer drohenden Abschiebung einen falschen Aufenthaltsort nennt. Erfolgte in solchen Fällen vor der Hauptverhandlung keine konfrontative Befragung, kann das Gericht diese in vielen Fällen nicht mehr nachholen. Sie sollte daher bereits im Ermittlungsverfahren erfolgen, um eine spätere Verurteilung des Täters nicht zu gefährden.

Eine Befragung des Zeugen durch den Angeklagten kann in der Hauptverhandlung zudem dann nicht mehr nachgeholt werden, wenn der Zeuge vorher stirbt oder krankheitsbedingt dauerhaft nicht mehr zur Aussage fähig sein wird. Hier sollte eine konfrontative Befragung im Ermittlungsverfahren in Betracht gezogen werden, wenn mit dem Beginn der Hauptverhandlung nicht vor Ablauf einiger Monate zu rechnen ist (was der Regelfall sein wird) und es sich bei dem Zeugen um einen sehr alten Menschen handelt oder dieser an einer Krankheit leidet, die dazu führen kann, dass er demnächst nicht mehr in der Lage sein wird, als Zeuge auszusagen.

Eine weitere Fallgruppe, bei der eine konfrontative Befragung bereits im Ermittlungsverfahren in Betracht gezogen werden sollte, stellen Zeugen dar, deren zunächst vorhandene Aussagebereitschaft wegfallen könnte. Es kommt selbst bei schweren Körperverletzungen gegenüber Ehepartnern oder anderen Familienmitgliedern immer wieder vor, dass sich die Opfer zwar zunächst zu einer Anzeige durchringen und eine Verurteilung damit in erreichbare Nähe rückt, später vor Gericht aber von

³¹ Vgl. BGH, 1 StR 493/06, NJW 2007, 237 ff. = HRRS 2007 Nr. 39.

³² BGH, 1 StR 493/06, NJW 2007, 237, 238 = HRRS 2007 Nr. 39; BGHSt 46, 93, 96 f. (1 StR 169/00); bestätigt durch BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 925 f. = HRRS 2009 Nr. 1114; so auch der EGMR, Haas v. Deutschland, Zulassungsentscheidung vom 23. November 2005, 73047/01, HRRS 2006 Nr. 63; EGMR, 11454/85, Rz. 41, www.coe.int (EGMR-Datenbank).

³³ Mosbacher JuS 2007, 724, 726.

ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen.³⁴ Jedenfalls in den Fällen, in denen den Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht bereits zusteht (insbesondere Ehepartner, Familienmitglieder) oder – z.B. wegen einer denkbaren und rechtlich möglichen Verlobung mit dem Beschuldigten – demnächst zustehen könnte, und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Zeugen von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht auch Gebrauch machen werden, sollte dem Beschuldigten eine konfrontative Befragung bereits vor der Hauptverhandlung ermöglicht werden. Diese sollte im Rahmen einer Zeugenvernehmung durch einen Richter erfolgen (dazu s.u. V).

IV. Fehlende Konfrontation muss zu unfai-rem Verfahren führen

In den oben genannten Fallgruppen ist eine konfrontative Befragung bereits vor der gerichtlichen Hauptverhandlung sinnvoll. Besonders wichtig wird sie aber spätestens dann, wenn die fehlende Konfrontation dazu führen kann, dass eine Verurteilung nicht mehr möglich ist. Denn nicht in jedem Fall, in dem eine konfrontative Befragung fehlt, scheidet auch eine Verurteilung des Tatverdächtigen:

Da das Befragungsrecht ein Teilelement des Rechts auf ein faires Verfahren ist, liegt eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK erst vor, wenn das Strafverfahren gerade aufgrund der fehlenden Möglichkeit des Angeklagten, den Zeugen zu befragen, unfair wird.³⁵ Dies ist nicht immer der Fall, denn einzelne fehlerhafte Verfahrenshandlungen führen nicht automatisch dazu, dass der Strafprozess auch insgesamt unfair ist. Unfair wird ein Strafverfahren grundsätzlich erst dann, wenn eine Gesamtabwägung ergibt, dass erhebliche Fehler nicht durch andere Maßnahmen ausreichend kompensiert wurden.³⁶ In diese Beurteilung sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege sowie die Belange eines effektiven Opfer- und Zeugenschutzes einzubeziehen.³⁷ Denn zum Rechtsstaat gehören auch ausreichende Vorkehrungen dafür, dass Straftäter im Rahmen des geltenden Rechts verfolgt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.³⁸ Der Schutz der (Grundrechte der) Opfer und Zeugen kann in bestimmten Fällen gegenüber dem Befragungsrecht höherrangig sein.

³⁴ Vgl. z.B. EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225 ff. = HRRS 2014 Nr. 716; BVerfG, 2 BvR 2491/07, HRRS 2008 Nr. 391.

³⁵ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), Art. 6 MRK Rz. 22a.

³⁶ EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 37 = HRRS 2014 Nr. 716; hierzu s. auch m.w.N. Kirchhoff, Europa und Polizei (2012), S. 48; Safferling, Internationales Strafrecht (2011), § 13 Rz. 36 f.

³⁷ EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 37 = HRRS 2014 Nr. 716; BVerfG, 2 BvR 209/14 u.a., Rz. 32, www.bverfg.de (Entscheidungen) = HRRS 2015 Nr. 85; BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 925 = HRRS 2009 Nr. 1114.

³⁸ BVerfG, 2 BvR 209/14 u.a., Rz. 32, www.bverfg.de (Entscheidungen) = HRRS 2015 Nr. 85.

1. Unfares Verfahren

Grundsätzlich wird ein Strafverfahren durch eine fehlende konfrontative Befragung erst dann unfair, wenn dieser Mangel der Justiz anzulasten und der Verzicht auf die Konfrontation nicht durch überwiegende Gründe gerechtfertigt ist. Zudem muss die Verurteilung des Angeklagten fast ausschließlich auf der Aussage des nicht konfrontativ befragten Zeugen beruhen. Nach der Rechtsprechung des EGMR und der deutschen Gerichte ist daher ein Verfahren, in dem der Beschuldigte den Belastungszeugen nicht befragen konnte, insbesondere dann nicht insgesamt unfair, wenn das Gericht sich um eine solche Gegenüberstellung bemüht hat – und somit die unterbliebene konfrontative Befragung nicht der Justiz zuzurechnen ist – und das Urteil nicht „allein oder entscheidend“³⁹ auf der Aussage dieses Zeugen beruht, sondern durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt wird.⁴⁰

Eine fehlende konfrontative Befragung ist der Justiz beispielsweise nicht anzulasten, wenn der Zeuge, der im Ermittlungsverfahren noch ausgesagt hat, wider Erwarten in der Hauptverhandlung nicht erscheint, weil er beispielsweise trotz aller Bemühungen unauffindbar oder bei einem Unfall ums Leben gekommen ist. Wenn sich der Zeuge auf ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht beruft und sich so einer konfrontativen Befragung verweigert, ist dies grundsätzlich ebenfalls nicht der Justiz anzulasten.⁴¹ Insoweit wird das Verfahren durch die fehlende konfrontative Befragung also nicht unfair. Dies ist aber grundsätzlich schon deshalb unproblematisch, weil hier in der Regel die gesamte belastende Aussage des Zeugen wegfällt. Im Falle eines erst in der Hauptverhandlung ausgeübten Zeugnisverweigerungsrechts kann das Gericht zwar den Ermittlungsrichter vernehmen, sofern dieser den Zeugen zuvor nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht vernommen hat. Die über die Angaben des Richters vermittelte Aussage des Zeugen ist aber wiederum nur eingeschränkt verwertbar⁴², sofern der Angeklagte in diesem Strafverfahren zu keiner Zeit die Möglichkeit hatte, den Zeugen zu befragen und dessen Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit in Frage zu stellen. Hier kann das Verfahren nur dann insgesamt fair sein, wenn die Zeugenaussage durch weitere Beweise unterstützt wird, die insgesamt für die Verurteilung ausreichen.

Neben der Möglichkeit, Verfahrensfehler zu heilen, kann es von vornherein zulässig sein, das Fragerecht zu verweigern, wenn dies im Einzelfall aus ausreichend gewich-

³⁹ EGMR, Hümmer v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, 26171/07, NJW 2013, 3225, 3226 Rz. 42 = HRRS 2014 Nr. 716.

⁴⁰ EGMR, Haas v. Deutschland, Zulassungsentscheidung vom 23. November 2005, 73047/01, HRRS 2006 Nr. 63; BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114; BVerfG, 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 206 f.; BGH, 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581 = HRRS 2009 Nr. 803.

⁴¹ BVerfG, 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 205; BGH, 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581 = HRRS 2009 Nr. 803.

⁴² BVerfG, 2 BvR 2491/07, HRRS 2008 Nr. 391.

tigen Gründen erforderlich ist.⁴³ Auf eine Konfrontation kann beispielsweise verzichtet werden, wenn dies zum Schutz des Zeugens tatsächlich erforderlich ist, etwa weil der Zeuge bei einem Zusammentreffen mit dem Angeklagten ernsthaft gesundheitlich gefährdet wird oder wenn er anonym bleiben muss, um ihn vor zu erwartenden Rachehandlungen des Angeklagten oder seiner Angehörigen zu schützen.⁴⁴ Ist dem Zeugen wegen einer Gefahr für Leib oder Leben von den Strafverfolgungsbehörden Vertraulichkeit zugesichert worden, ist zusätzlich zu beachten, dass das Vertrauen in derartige Zusagen der Behörden insgesamt erschüttert und der Einsatz von Vertrauenspersonen auf Dauer unmöglich gemacht würde, wenn die Identität der Zeugen dennoch offenbart wird.⁴⁵ Unsubstantiierte Hinweise auf eine effektive Verbrechensbekämpfung genügen dagegen nicht, um eine konfrontative Befragung unterlassen zu können.⁴⁶ Entsprechendes gilt für allgemein gehaltene, pauschale Hinweise auf den Zeugenschutz, die nicht im Einzelfall konkret belegt sind.

2. Keine Kompensation der fehlenden Konfrontation

Aber selbst in den Fällen, in denen eine konfrontative Befragung aus ausreichend gewichtigen Gründen unterbleibt, ist ein Strafprozess nicht automatisch fair. Das Verfahren ist vielmehr grundsätzlich nur dann fair, wenn die Justiz die Einschränkung des Fragerechts durch andere Maßnahmen bestmöglich ausgleicht.⁴⁷ Stellt sich z.B. aus Zeugenschutzgesichtspunkten die Frage, ob die Konfrontation unterbleiben soll, ist in die Entscheidung einzubeziehen, dass manche Probleme, die durch eine konfrontative Befragung entstehen können, auf andere Weise als durch einen Ausschluss der Konfrontation beseitigt werden können. So kann der Zeuge beispielsweise – gegebenenfalls unter optischer und akustischer Abschirmung – audiovisuell nach § 247a StPO vernommen werden. Auf diese Weise kann auch der Angeklagte seine Fragen an den Zeugen richten, ohne dass ihm die Identität des Zeugen bekannt wird.⁴⁸ Es liegt allerdings auf der Hand, dass dieses Vorgehen nur funktioniert, wenn der Angeklagte den Zeugen nicht kennt und daher nicht durch die Antworten auf seine Fragen auf die Identität des Zeugen zurückschließen kann. Ein Ausgleich kann auch dadurch erfolgen, dass zumindest der Verteidiger bei der Zeugenvernehmung anwesend ist und den Zeugen befragen kann oder dass der Angeklagte die Gelegenheit erhält, schriftlich Fragen an den Zeugen zu

richten.⁴⁹ Wenn auch solche Ausgleichshandlungen nicht in Betracht kommen oder fehlerhaft unterblieben sind, kann das Verfahren insgesamt nur dann noch fair sein, wenn das Gericht die fehlende konfrontative Befragung wegen des damit verbundenen geringeren Beweiswertes der Aussage durch eine äußerst sorgfältige und zurückhaltende Würdigung der Zeugenaussage ausreichend kompensiert.⁵⁰ Dies setzt in der Regel voraus, dass die Aussage des Zeugen durch weitere gewichtige Gesichtspunkte bestätigt wird.⁵¹ Zumindest bisher geht die Rechtsprechung hierbei nicht so weit, dass die Verurteilung auch bei einem Hinwegdenken der Zeugenaussage möglich sein muss.⁵²

V. Folgen für das Ermittlungsverfahren

Da eine Befragung des Belastungszeugen durch den Angeklagten fast immer in der gerichtlichen Hauptverhandlung erfolgen kann und dies in aller Regel auch zur Wahrheitsfindung ausreicht und mit den Vorgaben der EMRK übereinstimmt, muss eine Konfrontation zwischen dem Belastungszeugen und dem Beschuldigten grundsätzlich nicht bereits im Ermittlungsverfahren erfolgen. Wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein für die Überführung des Täters entscheidender Zeuge nicht die Wahrheit sagt und sich dies bei einer konfrontativen Befragung herausstellen wird, werden die Strafverfolgungsorgane sie schon aus eigenem Interesse frühzeitig herbeiführen.

Eine Befragungsmöglichkeit durch den Angeklagten in der gerichtlichen Hauptverhandlung ist aber mit dem Risiko verbunden, dass sie dort nicht mehr erfolgen kann. Auch wenn dieser Mangel nicht durchweg dazu führt, dass eine Verurteilung unmöglich wird, wird sie zumindest erschwert, weil zu prüfen ist, ob die fehlende Konfrontation tatsächlich nicht dem Gericht, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei anzulasten ist, und ob sie ausreichend kompensiert werden kann. Wenn mit dem Ausfall des Zeugen zu rechnen war, kann die damit unmöglich gewordene konfrontative Befragung gerade wegen dieser Vorhersehbarkeit den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen sein.⁵³

Um diese Probleme und Risiken gar nicht erst aufkommen zu lassen, sollten die Strafverfolgungsorgane zumindest in den Fällen, in denen

⁴³ Grabenwarter/Pabel, EMRK, 5. Aufl. (2012), § 24 Rz. 118.

⁴⁴ Vgl. EGMR, 37225/97, NJW 2003, 2297, 2298; BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114 m.w.N. zur bestätigten Rspr. des BGH.

⁴⁵ BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 927 = HRRS 2009 Nr. 1114.

⁴⁶ SK-StPO-Paeffgen, 4. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 155.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114; BGH, 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581 = HRRS 2009 Nr. 803; hierzu s. m.w.N. Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 792.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114.

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114.

⁵⁰ EGMR, Haas v. Deutschland, Zulassungsentscheidung vom 23. November 2005, 73047/01, HRRS 2006 Nr. 63; BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114; BVerfG, 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 206; BGH, 2 StR 397/09, NJW 2010, 2224, 2225 = HRRS 2010 Nr. 456; BGH, 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581 = HRRS 2009 Nr. 803.

⁵¹ BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114.

⁵² BVerfG, 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114. Zur zunächst restriktiveren Rspr. des EGMR s. Bois-Pedain HRRS 2012, 120 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), Art. 6 MRK Rz. 22g.

⁵³ Hierzu s. Esser, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rz. 795.

- eine **Verurteilung** voraussichtlich **ausschließlich oder überwiegend auf der Aussage eines Zeugen** beruhen wird und in denen
- konkret damit zu rechnen ist⁵⁴, dass dieser aussagebereite Zeuge später von einem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen oder für das Gericht aus anderen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen (z.B. aufgrund schwerer Krankheit, eines „Untertauchens“ in Deutschland oder Aufenthalts im Ausland) nicht erreichbar sein wird (**drohender Beweismittelverlust**),

schon im Ermittlungsverfahren eine konfrontative Befragung ermöglichen (s. dazu auch §§ 168c Abs. 2 und Abs. 5 StPO).

Ist damit zu rechnen, dass sich der Zeuge auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen wird und soll er deshalb schon vor der Hauptverhandlung vernommen werden, darf die Aussage zwar gemäß § 252 StPO in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden. Dieser Vorschrift wird nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein generelles Verwertungsverbot⁵⁵ entnommen, so dass auch eine Vernehmung der Personen ausgeschlossen ist, die den Zeugen vor der Hauptverhandlung vernommen haben.⁵⁶ Die Rechtsprechung sieht allerdings das aus § 252 StPO folgende Verwertungsverbot dann als nicht einschlägig

⁵⁴ Hierzu s. BVerfG, 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 205.
⁵⁵ Radtke/Hohmann-Pauly, StPO (2011), § 252 Rz. 1; Graf-Ganter, StPO, 2. Aufl. (2012), § 252 Rz. 1.
⁵⁶ Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rz. 419; Graf-Ganter, StPO, 2. Aufl. (2012), § 252 Rz. 1.

an, wenn der Zeuge vor der Hauptverhandlung durch einen Richter vernommen und hierbei über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wurde.⁵⁷ Macht der Zeuge dann in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, wird das Gericht den Richter, der ihn zuvor vernommen und dabei auch eine konfrontative Befragung durch den Beschuldigten ermöglicht hat, als Zeugen vernehmen können.⁵⁸ Erfolgt dagegen lediglich eine Vernehmung durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft, können die vernehmenden Beamten nicht als Zeugen herangezogen werden. Bei Zeugnisverweigerungsrechten geht damit ein Beweismittel verloren, wenn die Staatsanwaltschaft oder die Polizei keine richterliche Vernehmung herbeigeführt haben. Die Staatsanwaltschaft sollte daher in solchen Fällen eine richterliche Vernehmung beantragen und dabei anregen, auch dem Beschuldigten eine Befragung des Belastungszeugen zu ermöglichen. Anders ist es bei Zeugen, die von einem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch machen. Diese werden von § 252 StPO nicht erfasst, so dass hier eine Vernehmung der Verhörsperson oder eine Verlesung mit Einverständnis der Beteiligten nach § 251 StPO in Betracht kommt.⁵⁹ Hier genügt dann auch, dass die Staatsanwaltschaft oder die Polizei dem Beschuldigten eine konfrontative Befragung ermöglicht hat.

⁵⁷ BGHSt 45, 342, 345 (5 StR 32/99); BGHSt 32, 25, 29 (2 StR 150/83); BGHSt 21, 218, 218 (5 StR 540/66); wegen Verstoßes gegen den Wortlaut des § 252 StPO a.A. z.B. Radtke/Hohmann-Pauly, StPO (2011), § 252 Rz. 25; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rz. 420.
⁵⁸ Radtke/Hohmann-Pauly, StPO (2011), § 252 Rz. 23; Graf-Ganter, StPO, 2. Aufl. (2012), § 252 Rz. 26.
⁵⁹ Graf-Ganter, StPO, 2. Aufl. (2012), § 252 Rz. 8.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1104. BGH 2 StR 97/14 – Urteil vom 10. Juni 2015 (LG Bonn)

BGHSt; Rechtsfolgen der unzulässigen Tatprovokation bei konventionskonformer Auslegung (Begriff; Strafzumessungslösung; Vollstreckungslösung; Beweisverwertungsverbot; Verfahrenseinstellung infolge eines Verfahrenshindernisses); Verdeckter Ermittler; Anfragepflicht und Vorlagepflicht; Bindungswirkung von Nichtannahmeentscheidungen.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 161 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 132 GVG; § 110a StPO; § 31 Abs. 1 BVerfGG

1105. BVerfG 2 BvR 388/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2015 (OLG Rostock / LG Stralsund)

Auslagenentscheidung bei Verfahrenseinstellung wegen dauerhafter Verhandlungsunfähigkeit (Verletzung des Willkürverbots durch Ermessensnichtgebrauch; Stärke des Tatverdachts als zulässiges Kriterium bei der Ermessensausübung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; prozessuale Überholung durch Beschwerdeentscheidung).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 206a StPO; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO

1106. BVerfG 2 BvR 912/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (Hanseatisches OLG)

Klageerzwingungsverfahren (erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung von Ermittlungen gegen Ärzte wegen des Todes eines Kindes nach einer Operation; Recht auf effektiven Rechtsschutz; kein Leerlaufen von Rechtsbehelfen; überspannte Darlegungsanforderungen an einen Klageerzwingungsantrag; keine Darlegungen über das für eine Schlüssigkeitsprüfung Erforderliche hinaus; Wiedergabe von Sachverständigengutachten nur ihrem wesentlichen Inhalt nach; keine Negativmitteilung hinsichtlich möglicher weiterer Einlassungen eines Beschuldigten); Fahrlässigkeit (Organisationsverschulden im Gesundheitswesen).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 222 StGB; § 229 StGB

1107. BVerfG 2 BvR 2088/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. November 2015 (OLG Frankfurt am Main)

Auslieferung an die Vereinigten Staaten von Amerika zum Zwecke der Strafverfolgung (USA; US-amerikanischer Staatsangehöriger; Haftbefehl wegen Wertpapierbetruges und Geldwäsche; Willkürmaßstab; Gebot der Verhältnismäßigkeit als unabdingbarer verfassungsrechtlicher Grundsatz; Verbot unerträglich harter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen; grundsätzliche Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen; Begründungsanforderungen an eine Auslieferungsentscheidung; einzelfallbezogene Bestimmung der zu erwartenden Strafe; Grundsatz der Amtsaufklärung und Darlegungslast des Verfolgten; Vorstrafensituation als Teil der Vorgeschichte des Angeklagten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 73 Satz 1 IRG; Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsv-USA

1108. BVerfG 2 BvR 3071/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (OLG Hamm)

Strafvollzugsrecht (effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde; Nachprüfung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Entbehrlichkeit einer Nachprüfung bei erkennbar singulären Rechtsfehlern).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1109. BGH 3 StR 102/15 – Beschluss vom 1. Oktober 2015 (LG Düsseldorf)

Unzureichende Feststellungen zum Beleg der objektiven und subjektiven Merkmale eines Betrugs (Vermögensschaden; Gewinnspieleintragungsdienste; Zeitschriftenabonnements; Forderungsmanagement; Gewinnspiele; Wegfall einer Verbindlichkeit; anfechtbare Verträge; Vorsatz; massenhafte Betrugshandlungen; irrtumsbedingte Zahlungen; Schätzung; Indizien; Mittäterschaft; besonders schwerer Fall: Gewerbsmäßigkeit, Bande); Verfall (Wertersatz; Härtefall; Auffangrechtserwerb).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 111i StPO

1110. BGH 3 StR 124/13 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Krefeld)

Handeltreiben mit Grundstoffen (Ephedrin-Tabletten; Arzneimittelbegriff; Ausnahmeregelung; leicht und wirtschaftlich extrahierbarer enthaltener Stoff); Betreiben eines Großhandels mit Arzneimitteln; Arzneimittel auf-

grund berauschender Wirkung; Abgabe und Inverkehrbringen (Sonderdelikte; tatsächliche Verfügungsgewalt). § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG; § 3 GÜG; § 2 Abs. 1 AMG; § 96 Nr. 14 AMG; § 95 AMG; Art. 2 Buchst. a in Verbindung mit Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 273/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 und des Art. 2 Buchst. a in Verbindung mit Anhang der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004; Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001; Art. 2 Buchst. a Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 273/2004, Art. 2 Buchst. a Halbsatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 111/2005

1111. BGH 3 StR 162/15 – Beschluss vom 29. Oktober 2015 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

1112. BGH 3 StR 218/15 – Urteil vom 27. Oktober 2015 (LG München I)

BGHSt; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Staatsschutzklausel; Zivilperson in ausländischem Staat; bewaffneter Konflikt; Verteidigungshandlungen; keine Maßgeblichkeit der völkerrechtlichen Bewertung; restriktive Auslegung; Sympathie mit terroristischer Organisation; „Syrien-Konflikt“).
§ 89a StGB

1113. BGH 3 StR 236/15 – Beschluss vom 3. September 2015 (LG Stade)

Versuchtes Einschleusen von Ausländern (Hilfeleisten; Tatvorsatz; unmittelbares Ansetzen; Parallele zur versuchten Teilnahme; Förderung einer in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Bezugstat; Gefahr für das betroffene Rechtsgut); Nachholung der Angabe von Art und Menge bei der Einziehung von Betäubungsmitteln.
§ 96 Abs. 3 AufenthG; § 33 BtMG

1114. BGH 3 StR 236/15 – Beschluss vom 3. September 2015

Verbindung zweier Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (weiter Begriff des Handeltreibens; Aufsuchen des Lieferanten; Bezahlung einer früheren und Entgegennahme einer neueren Menge Betäubungsmittel; Tateinheit; Bewertungseinheit; natürliche Handlungseinheit; teildentische Ausführungshandlung; nicht unerheblicher Unrechts- und Schuldgehalt); Anfrageverfahren.
§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

1115. BGH 3 StR 242/15 – Urteil vom 3. September 2015 (LG Kleve)

Heimtücke trotz offen feindseliger Vorgehensweise (Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und Angriff; erste mit Tötungsvorsatz geführte Handlung; keine Verteidigungsmöglichkeit; Abwehrversuche im letzten Moment).
§ 211 StGB

1116. BGH 3 StR 242/15 – Beschluss vom 3. September 2015 (LG Kleve)

Unzulässigkeit der auf die nicht näher ausgeführte Sachrüge beschränkten Revision der Nebenklägerin.
§ 400 Abs. 1 StPO

1117. BGH 3 StR 63/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015

Strafrahmenverschiebung bei selbst verschuldeter Trunkenheit (erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit; schuldhaftes Sich-Berauschen; tatrichterliche Ermessensausübung); Anfrageverfahren.
§ 21 StGB; § 49 StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

1118. BGH 3 StR 281/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Hannover)

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

1119. BGH 3 StR 314/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Krefeld)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht der Therapie; Unbehandelbarkeit; fehlender Schulabschluss kein zwingendes Indiz für intellektuelle Behinderung; Introspektionsfähigkeit; Kränkungs- und Frustrationsstoleranz).
§ 64 StGB

1120. BGH 3 StR 329/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Düsseldorf)

Teileinstellung.
§ 154 Abs. 2 StPO

1121. BGH 3 StR 335/15 – Beschluss vom 29. Oktober 2015 (LG Koblenz)

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

1122. BGH 3 StR 339/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Trier)

Unwiderruflichkeit eines wirksam erklärten Rechtsmittelverzichts.
§ 302 StPO

1123. BGH 3 StR 350/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Osnabrück)

Strafschärfende Berücksichtigung inzwischen (hier: wegen Verjährung) nicht mehr verfolgbarer Taten (Notwendigkeit prozessordnungsgemäßer und hinreichend bestimmter Feststellung).
§ 46 StGB

1124. BGH 3 StR 356/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Lüneburg)

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

1125. BGH 3 StR 470/14 – Urteil vom 23. Juli 2015 (LG Düsseldorf)

Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (keine Abhängigkeit von Vorberatung in der Kammer; keine Abhängigkeit von veränderter Besetzung; Fortbestehen der Mitteilungspflicht trotz Aussetzung der Hauptverhandlung); Beruhensprüfung (Kausalität; normative Gesichtspunkte; absolute und relative Revisions-

gründe; Schwere des Verstoßes; einzelfallbezogene Prüfung; Neuinterpretation der Beruhensvorschrift durch das BVerfG; Transparenz; Öffentlichkeit); Reichweite der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (Senatsentscheidungen; Gesetzeskraft; Umfang der Bindung der Fachgerichte an Kammerentscheidungen; verfassungskonforme Auslegung; obiter dictum; fehlende Bindung an vorausgehende Senatsrechtsprechung).
§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 337 StPO; § 338 StPO

1126. BGH 5 StR 329/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Hamburg)

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

1127. BGH 5 StR 345/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe (keine Einbeziehung bei vollständiger Verbüßung; Härtefallausgleich).
§ 55 StGB

1128. BGH 5 StR 358/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Teileinstellung.
§ 154 Abs. 2 StPO

1129. BGH 5 StR 376/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

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

1130. BGH 5 StR 398/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Flensburg)

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

1131. BGH 5 StR 411/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Dresden)

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

1132. BGH GSSt 1/14 – Beschluss vom 17. März 2015 (LG Dortmund)

BGHSt; Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen (Zulässigkeit; Entscheidungserheblichkeit; rechtliche Würdigung im Vorlagebeschluss, Sachverhalt; Beweiswürdigung; Vertretbarkeitskontrolle; Bindung an den Vorlagebeschluss; Nichterörterung einer sich aufdrängenden, die Divergenz beseitigenden Sachverhaltsalternative); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verklammerung; Tateinheit; Bewertungseinheit; Wertgleichheit).
§ 132 Abs. 2 GVG; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG

1133. BGH StB 10 und 11/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015

Kein Rechtsmittel gegen sitzungspolizeiliche Maßnahme des Vorsitzenden am im ersten Rechtszug zuständigen OLG (Entzug der Akkreditierung; Beschwerde; Ausschluss der Anfechtbarkeit; analoge Anwendung; Ausnahmevorschrift; restriktive Anwendung; Grundrechte; Pressefreiheit; Einfluss auf Urteilsfindung; Revision).
§ 176 GVG; § 181 GVG; § 304 StPO

1134. BGH 1 StR 142/15 – Urteil vom 28. Oktober 2015 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Gefährlichkeitsprognose: Straftaten von erheblicher Bedeutung).
§ 63 StGB

1135. BGH 1 StR 162/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015

Einstellung des Verfahrens wegen Tods des Angeklagten.
§ 206a Abs. 1 StPO

1136. BGH 1 StR 164/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Karlsruhe)

Berichtigung des Urteils durch das Revisionsgericht (Zählfehler).
§ 354 StPO

1137. BGH 1 StR 287/15 – Urteil vom 29. September 2015 (LG Traunstein)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der Schuldunfähigkeit: Alkoholrausch als Defektzustand, Anforderungen an die Darlegung im Urteil; Gefährlichkeitsprognose: Anordnung bei zu erwarteten Taten nur leichter Kriminalität, Bedrohung); tatrichterliche Beweiswürdigung (Abweichung von einem Sachverständigengutachten: Anforderungen an die Darlegung im Urteil).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 241 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1138. BGH 1 StR 317/15 – Urteil vom 26. Oktober 2015 (LG Weiden)

Gewerbsmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen (Begriff der Gewerbsmäßigkeit: Erzielung bloßer Nebeneinnahmen; Verhältnis zur unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige); Tateinheit (Bewertungseinheit beim unerlaubten Handeln mit Betäubungsmitteln); tatrichterliche Strafzumessung (Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht).
§ 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 46 StGB.

1139. BGH 1 StR 334/15 – Beschluss vom 19. August 2015 (LG Stuttgart)

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Berechnung des Schadens, Besonderheiten bei Festsetzung durch Angebot und Nachfrage: Preisfestsetzung durch die Parteien).
§ 263 Abs. 1 StGB

1140. BGH 1 StR 416/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Essen)

Aussetzung einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr zur Bewährung (besondere Umstände: Begriff, Kumulation mehrerer einfacher Milderungsgründe).
§ 56 Abs. 2 Satz 1 StGB

1141. BGH 1 StR 445/15 – Beschluss vom 30. September 2015 (LG Ansbach)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Indizwirkung wahrheitswidrigen Entlastungsvorbringens des Angeklagten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

1142. BGH 1 StR 473/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Traunstein)

Bedrohung (Verhältnis zum Versuch des Verbrechens: Konsumtion).

§ 241 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

1143. BGH 1 StR 477/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1144. BGH 1 StR 521/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Potsdam)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung durch Unterlassen: Täterstellung; nachträglicher Übergang des Steuererhebungsrecht auf einen anderen EU-Mitgliedstaat: kein Entfallen des Hinterziehungserfolgs, Strafbarkeit nur wegen Hinterziehung in einem Mitgliedstaat, Wahlmöglichkeit des Erstverfolgungsstaats).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 AO; Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 RL 92/12/EWG

1145. BGH 2 StR 103/15 – Beschluss vom 8. Oktober 2015 (LG Köln)

Rechtsmittelrücknahme (nur ausnahmsweise Widerruflichkeit).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1146. BGH 2 StR 126/15 – Beschluss vom 24. September 2015 (LG Erfurt)

Inbegriffsrüge (Verwertung von nicht in der Hauptverhandlung gewonnenen und gerichtsbekanntem Erkenntnissen: Hinweispflicht, Anspruch auf rechtliches Gehör); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bei Mitsichführen einer Schusswaffe (Begriff des Mitsichführens).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 261 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1147. BGH 2 StR 139/14 – Urteil vom 17. Juni 2015 (LG Hanau)

Mitteilung über Verständigungsgespräche (Anlass der Mitteilungspflicht: alle Gespräche im Hinblick auf das Prozessergebnis, Gespräche über Teileinstellung des Verfahrens).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

1148. BGH 2 StR 71/15 – Beschluss vom 16. September 2015 (LG Köln)

Raub.

§ 249 Abs. 1 StGB

1149. BGH 2 StR 71/15 – Urteil vom 16. September 2015 (LG Köln)

Versuchter Diebstahl (unmittelbares Ansetzen).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

1150. BGH 2 StR 194/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Limburg)

Totschlag (Tötungsvorsatz: Gesamtbetrachtung; Wisenselement in der konkreten Tatsituation).

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

1151. BGH 2 StR 238/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Kassel)

Doppelverwertungsverbot (Totschlag; keine strafschärfende Verwertung der tödlichen Gewalt).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 212 Abs. 1 StGB

1152. BGH 2 StR 249/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Schwerin)

Anordnung der Einziehung (genau Angabe des einzuziehenden Gegenstands).

§ 74 Abs. 1 StGB

1153. BGH 2 StR 272/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Hanau)

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung der Begehung weiterer Taten während des laufenden Verfahrens).

§ 46 Abs. 1 StGB

1154. BGH 2 StR 274/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Bonn)

Einbeziehung einer vorherigen jugendstrafrechtlichen Verurteilung (neue Verhängung einer einheitlichen Maßnahme oder Jugendstrafe durch den Richter).

§ 31 Abs. 2 JGG

1155. BGH 2 StR 292/15 – Beschluss vom 2. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minder schwerer Fall: Verhältnis zum gesetzlich vertyperten Strafmilderungsgrund).

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

1156. BGH 2 StR 303/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe.

§ 55 Abs. 1 StGB

1157. BGH 2 StR 304/15 – Beschluss vom 8. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Aufhebung des Urteils im Strafausspruch (Bindung des neuen Tatgerichts an die gemachten Feststellungen).

§ 353 Abs. 2 StPO

1158. BGH 2 StR 305/15 – Beschluss vom 7. September 2015 (LG Gießen)

Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe bei Betäubungsmitteldelikten (Voraussetzungen: auch bei Schweigen des Angeklagten in der Hauptverhandlung).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG

1159. BGH 2 StR 309/15 – Beschluss vom 29. September 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Rücktritt vom Versuch der Nötigung (Rücktritt des Mittäters; fehlgeschlagener Versuch: Maßgeblichkeit des subjektiven Rücktrittshorizont des einzelnen Täters).

§ 240 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

1160. BGH 2 StR 362/15 – Beschluss vom 24. September 2015 (LG Erfurt)

Strafzumessung.

§ 46 Abs. 1 StGB

1161. BGH 2 StR 373/14 – Beschluss vom 6. Oktober 2015 (LG Wiesbaden)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: tragfähige Tatsachengrundlage; Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1162. BGH 2 StR 389/13 – Urteil vom 22. Juli 2015 (LG Gera)

Bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (limitierte Akzessorität zu Taten nach § 95 AufenthG; Anforderungen an die Bandenabrede); Machen oder Benutzen falscher oder unrichtiger Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels (abstraktes Gefährdungsdelikt: nur allgemeine Eignung der Angaben erforderlich, keine Prüfung der Angaben durch die Behörde erforderlich; keine Begehung durch zuständigen Sachbearbeiter); Geschehenlassen der Straftat eines Untergebenen (Tatmehrheit); Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Beruhen des Urteils auf unterlassener Negativmitteilung; Anforderungen an die Revisionsbegründung).

§ 96 Abs. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1, Abs. 2 AufenthG; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 357 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1163. BGH 2 StR 390/15 – Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Aachen)

Rechtsmittelverzicht (grundsätzlich keine Unwirksamkeit).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1164. BGH 2 StR 423/14 – Urteil vom 11. März 2015 (LG Aachen)

Anordnung des Berufsverbots (Missbrauch des Berufs: nicht bereits, wenn Tatbegehung nur durch Beruf ermöglicht); Betäubungsmittelverbreitung mit Todesfolge (Verhältnis zum Totschlag: Tateinheit); Mord (Heimtücke); Totschlag (sonstiger minderschwerer Fall: Gesamtwürdigung).

§ 70 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. BtMG; § 211 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1165. BGH 2 StR 441/14 – Urteil vom 21. Juli 2015 (LG Bonn)

Schwerer Bandendiebstahl (Voraussetzungen der Bande: Bandenabrede, Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung).

§ 244 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1166. BGH 2 StR 483/14 – Urteil vom 16. September 2015 (LG Gießen)

Tötungsvorsatz (Voraussetzungen; tatrichterliche Beweiswürdigung: Darstellung der Einlassung des Angeklagten im Urteil).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1167. BGH 2 StR 516/14 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

1168. BGH 2 ARs 227/15 (2 AR 137/15) – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (BGH)

Unzulässige Anhörungsrüge (Voraussetzung: Geltendmachung der Verletzung rechtlichen Gehörs).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

1169. BGH 2 ARs 368/14 (2 AR 79/15) – Beschluss vom 8. Oktober 2015 (AG Tiergarten)

Verbindung von Strafsachen.

§ 4 Abs. 1 StPO

1170. BGH 4 StR 133/15 – Urteil vom 22. Oktober 2015 (LG Essen)

Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch: erforderliche Feststellungen zum Rücktrittshorizont).

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

1171. BGH 4 StR 182/15 – Beschluss vom 20. Oktober 2015 (LG Berlin)

Diebstahl (Tateinheit).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1172. BGH 4 StR 54/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Dortmund)

Hehlerei (Vorsatz bzgl. der Vortat: Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung und die Darstellung im Urteil).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1173. BGH 4 StR 86/15 – Urteil vom 8. Oktober 2015 (LG Essen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtwürdigung der Person des Täters, Anforderungen an die Darstellung im Urteil, Umgang mit einem Sachverständigen-gutachten, dem nicht gefolgt wird).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1174. BGH 4 StR 183/15 – Urteil vom 5. November 2015 (LG Paderborn)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung; Umgang mit widersprüchlichen Beweismitteln: Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen).

§ 261 StPO

1175. BGH 4 StR 239/15 – Urteil vom 22. Oktober 2015 (LG Arnberg)

Verfall (Absehen von der Anordnung, wenn Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Täters vorhanden ist).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

1176. BGH 4 StR 239/15 – Beschluss vom 22. Oktober 2015 (LG Arnberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1177. BGH 4 StR 242/15 – Beschluss vom 22. Oktober 2015 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1178. BGH 4 StR 275/15 – Urteil vom 22. Oktober 2015 (LG Detmold)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessen des Tatrichters: zu erwartende Wirkung eines erstmals erlebten Strafvollzugs, Anforderungen an die Darstellung im Urteil); Strafzumessung (erlittene Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund).

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 46 StGB; § 112 Abs. 1 StPO

1179. BGH 4 StR 309/15 – Beschluss vom 3. November 2015 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1180. BGH 4 StR 327/15 – Beschluss vom 7. Oktober 2015 (LG Bielefeld)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung aller Beweise; Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StGB

1181. BGH 4 StR 332/15 – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (LG Arnsberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1182. BGH 4 StR 343/15 – Beschluss vom 20. Oktober 2015 (LG Essen)

Unerlaubter Besitz einer Waffe (Tateinheit: Zäsurwirkung eines mit der Waffe begangenen Verbrechens).

§ 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG

1183. BGH 4 StR 350/15 – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1184. BGH 4 StR 352/15 – Beschluss vom 6. Oktober 2015 (LG Aachen)

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag; Rücktrittshorizont des Täters, Unzulänglichkeit bisheriger Drohungen).

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

1185. BGH 4 StR 364/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Münster)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Verschulden der Fristversäumnis: Vertrauen auf Handeln des Verteidigers).

§ 44 Satz 1 StPO

1186. BGH 4 StR 369/15 – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (LG Freiburg)

Konfrontationsrecht (Verstoß: Urteil beruht allein oder entscheidend auf Aussage des nicht konfrontiertem Zeugen).

Art. 6 Abs. 3 lit d) EMRK; § 261 StPO

1187. BGH 4 StR 403/14 – Beschluss vom 4. November 2015 (LG Halle)

Inverkehrbringen bedenklicher Arzneimittel (Begriff des Arzneimittels).

§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AMG; Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b) RL 2001/83/EG

1188. BGH 4 ARs 29/14 – Beschluss vom 19. November 2015 (BGH)

Bemessung von Schmerzensgeld (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten).

§ 253 Abs. 2 BGB