

## 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](mailto: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; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-

furt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,

LLM, (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz

Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer,

LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo

Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.

Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.

Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsam-

bikakis & 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)

## Publikationen

Prof. Dr. Nina Nestler, Univ. Bayreuth – **Die verschleierte Zeugin in der Hauptverhandlung** S. 126

Prof. Dr. Petra Wittig, LMU München – **Schenkungssteuerhinterziehung bei Nichtanzeige und Nichtangabe von Vorschenkungen gem. §§ 30, 31 ErbStG** Anm. zu BGH HRRS 2015 Nr. 635 S. 137

Maximilian Pichl, Univ. Frankfurt a. M. – **Zugang zum staatlichen Wissen – Ermittlungspflichten im NSU-Komplex** S. 142

Jessica Krüger, Bucerius Law School, Hamburg – **Die Bevorzugung von Ärzten bei der Feststellung von Tötungsvorsatz** S. 148

Hagen Weiss, Los Angeles – **Foreign Corrupt Practices Act: Der Begriff der „Behörde“ und die damit einhergehende Ausdehnung der Strafbarkeit** S. 156

## Entscheidungen

BVerfG **Auslieferung eines Deutschen ohne Beachtung des Art. 16 II GG**

BVerfG **Unzulässige Durchsuchung in der „Ultra-Szene“**

BGHSt **Großes Ausmaß der Steuerverkürzung bei Steuerhinterziehung**

BGHSt **Verfassungskonformität von Blankettstrafgesetzen mit Rückverweisungsklausel/Verbrauchsstoffe elektronischer Zigaretten**

BGHSt **Einheitliche Entscheidung über das Fahrverbot**

BGH **Strafzumessung bei großem Zeitablauf zwischen Tat und Urteil**

BGH **Besorgnis der Befangenheit infolge eines Facebook-Auftritts**

BGH **Reichweite des Verbots der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation**

Die Ausgabe umfasst 106 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](mailto: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](mailto: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); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; 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 Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (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

17. Jahrgang, März 2016, Ausgabe

3

Rechtsprechung

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

### **180. BVerfG 2 BvR 1860/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2016 (OLG Düsseldorf)**

Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Belgien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl; Vertrauensschutz bei maßgeblichem Inlandsbezug; Abwägung im Einzelfall bei Handlung im Inland und Erfolgeintritt im Ausland; Abwägungsausfall); Anordnung und Fortdauer der Auslieferungshaft (Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeit; Zulässigkeit auch vor abschließender Klärung der Auslieferungsvoraussetzungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 16 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb; § 80 Abs. 1 IRG; § 15 IRG; § 9 Abs. 2 StGB

1. Mit dem grundsätzlichen Auslieferungsverbot des Art. 16 Abs. 2 GG sollen die Rechtssicherheit und das Vertrauen des von einer Auslieferung betroffenen Deutschen in die eigene Rechtsordnung gewahrt werden. Dieses Vertrauen ist vor allem dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungersuchen zugrunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug aufweist.

2. Ein maßgeblicher Inlandsbezug, der regelmäßig ein Auslieferungshindernis entstehen lässt, ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn Handlungs- und Erfolgsort im Wesentlichen auf deutschem Staatsgebiet liegen. Wer hingegen in einer anderen Rechtsordnung handelt, indem er die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaates

der Europäischen Union begeht oder dort einen Taterfolg herbeiführt, muss damit rechnen, auch dort zur Verantwortung gezogen zu werden.

3. Einer konkreten Abwägung im Einzelfall bedarf es immer dann, wenn der Beschuldigte ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt hat, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist. In diesen Fällen sind insbesondere das Gewicht des Tatvorwurfs und die praktischen Erfordernisse einer effektiven Strafverfolgung mit den grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen.

4. Bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl hat der Gesetzgeber, soweit er nicht bereits seine Spielräume für eine tatbestandliche Konkretisierung nutzt, dafür Sorge zu tragen, dass die das Gesetz ausführenden Stellen in einem Auslieferungsfall in eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen eintreten.

5. Ein Gericht verkennt die Bedeutung des Grundrechts aus Art. 16 Abs. 2 GG, wenn es ohne Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen und insbesondere ohne Gewichtung des Vertrauens des Betroffenen in die deutsche Rechtsordnung im Einzelfall die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Belgien zulässt, dem eine in Deutschland geleistete Beihilfe zu einem in Belgien begangenen Mord zur Last gelegt wird.

6. Ein Art. 16 Abs. 2 GG verletzender Abwägungsausfall bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung führt nicht automatisch zur Verfassungswidrigkeit auch der Auslieferungshaft. Diese kann vielmehr ohne Verstoß gegen das Freiheitsgrundrecht bereits dann verhältnismäßig sein, wenn noch abschließend zu klären ist, ob die Voraussetzungen für eine Auslieferung erfüllt sind.

**181. BVerfG 2 BvR 2961/12, 2 BvR 2484/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Januar 2016 (OLG Oldenburg)**

Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung (Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; prognostische Gesamtwürdigung; richterliche Pflicht zur Sachaufklärung; vertretbares Restrisiko; Leugnen der Tat begründet keine Negativprognose; fehlende Tataufarbeitung als Prognosemerkmal; fehlende Basis für die Gefährlichkeitsbeurteilung; persönliche Anhörung des Verurteilten im Beschwerdeverfahren); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzinteresse nach Entlassung aus der Strafhaft).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 57 Abs. 1 StGB

1. Die Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden. Kollidiert der Freiheitsanspruch mit dem staatlichen Strafanspruch oder dem Erfordernis, die Allgemeinheit vor zu erwartenden Rechtsgutverletzungen zu schützen, sind beide Belange gegeneinander abzuwägen. Die Freiheit der Per-

son darf nur beschränkt werden, soweit dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.

2. Bei der Entscheidung über die Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung ist den Vollstreckungsgerichten nach § 57 Abs. 1 Satz 2 StGB eine prognostische Gesamtwürdigung abverlangt, die auf einer zureichenden Sachaufklärung beruhen muss. Die richterliche Prognoseentscheidung wird vom Bundesverfassungsgericht nur daraufhin nachgeprüft, ob die Entscheidung objektiv unvertretbar ist oder ob das Gericht die verfassungsrechtliche Bedeutung und Tragweite von Grundrechten – insbesondere des Freiheitsgrundrechts – verkannt hat.

3. Die Prüfung, ob die Vollstreckungsaussetzung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann, schließt es mit ein, dass ein vertretbares Restrisiko eingegangen wird. Ob das Restrisiko vertretbar ist, hängt von den bei einem Rückfall bedrohten Rechtsgütern und vom Grad der Wahrscheinlichkeit einer erneuten Straffälligkeit ab. Eine die Aussetzung der Reststrafe ablehnende Entscheidung muss sich auf konkrete Tatsachen stützen, die das Risiko unvertretbar erscheinen lassen.

4. Dass der Verurteilte die Tat leugnet, kann für sich genommen eine negative Sozialprognose nicht begründen. Ein Erfahrungssatz, wonach aus dem Leugnen der Tat auf den Fortbestand der Gefährlichkeit des Verurteilten geschlossen werden kann, besteht nicht.

5. Die Ablehnung einer Reststrafenaussetzung zur Bewährung ist verfassungsrechtlich allerdings nicht zu beanstanden, wenn sich das sachverständig beratene Vollstreckungsgericht darauf stützt, dass über die Motivation des die Tat leugnenden Verurteilten – eines Sexualstraftäters – nichts bekannt geworden ist, so dass eine Aussage über seine in der Tat zu Tage getretene Gefährlichkeit nicht getroffen werden kann. Berücksichtigt werden darf auch, dass der Verurteilte mangels Tataufarbeitung keine Strategien zur Vermeidung neuer Taten entwickelt hat. Eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit ist damit nicht verbunden.

6. Lehnt das Beschwerdegericht entgegen der Strafvollstreckungskammer die Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung ab, so kann es von einer eigenen Anhörung des Verurteilten jedenfalls dann absehen, wenn der persönliche Eindruck nichts an der Einschätzung ändern könnte, dass es an einer ausreichenden Tatsachenbasis für die Annahme künftiger Straffreiheit des Verurteilten fehlt.

7. Das Rechtsschutzinteresse an der (verfassungsgerichtlichen) Überprüfung einer Entscheidung, mit der die Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung abgelehnt worden ist, besteht angesichts des mit der fortgesetzten Freiheitsentziehung verbundenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffs auch nach der Entlassung des Verurteilten aus der Strafhaft fort.

**179. BVerfG 2 BvR 1361/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Januar 2016 (LG München I / AG München)**

Durchsuchung zur Auffindung des Banners einer Fangruppierung eines Fußballvereins (Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Raubes gegen Mitglieder einer gegnerischen „Ultra-Gruppierung“; Durchsuchung beim Kopf der Gruppierung als unverdächtigem Dritten; besondere Anforderungen an den Auffindeverdacht; konkrete Tatsachen und bloße Vermutungen).  
Art. 13 Abs. 1 GG; § 103 StPO; § 105 Abs. 1 StPO

1. Die verfassungsrechtliche Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung stellt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen unter einen besonderen grundrechtlichen Schutz, in den mit einer Durchsuchung schwerwiegend eingegriffen wird. Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Anlass für einen solchen Eingriff ist der (Anfangs-) Verdacht einer Straftat. Dieser muss auf konkreten Tatsachen beruhen und über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen.

2. Dem mit einer Durchsuchung verbundenen erheblichen Grundrechtseingriff entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich und mit Blick auf den verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgversprechend sein und in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der vorgeworfenen Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

3. An die Durchsuchung bei einer nicht verdächtigen Person, die durch ihr Verhalten auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden in keiner Weise Anlass zu den Ermittlungsmaßnahmen gegeben hat, sind besondere Anforderungen zu stellen. So müssen konkrete Gründe dafür sprechen, dass der gesuchte Beweisgegenstand in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten des Unverdächtigen gefunden werden kann.

4. An ausreichenden Anhaltspunkten für einen Auffindeverdacht fehlt es, wenn eine Durchsuchung zur Auffindung des geraubten Banners einer Fangruppierung eines Fußballvereins beim Kopf einer gegnerischen „Ultra-Gruppierung“ angeordnet wird, obwohl nach den szenebезogenen Erkenntnissen von Polizei und Staatsanwaltschaft allenfalls davon ausgegangen werden kann, dass sich das Banner – gut versteckt, aber leicht erreichbar – irgendwo bei der etwa 60 gewalttätigen Personen umfassenden Gruppierung befindet, wobei es als unwahrscheinlich angesehen wird, dass eine Führungskraft das Banner aufbewahrt.

**178. BVerfG 2 BvR 1017/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (OLG Koblenz / LG Koblenz)**

Vergütung von Strafgefangenen (Arbeit im Strafvollzug als gewichtiges Resozialisierungsmittel; angemessene Anerkennung durch Vergütung; Neuregelung des Resozialisierungskonzepts im Landesjustizvollzugsgesetz Rheinland-Pfalz; ersatzloser Wegfall der nicht monetären Vergütungskomponente verfassungsrechtlich zweifelhaft; Überprüfungspflicht des Gesetzgebers).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1; Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG; § 37 StVollzG; § 43 StVollzG; § 200 StVollzG, § 18 Abs. 1 SGB IV; § 65 Abs. 1 Nr. 3 LVollzG RP

1. Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot verpflichtet den Gesetzgeber, ein wirksames Resozialisierungskonzept zu entwickeln und den Strafvollzug darauf aufzubauen. Allerdings ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht auf ein bestimmtes Regelungskonzept festgelegt. Es steht ihm daher grundsätzlich frei, dem Resozialisierungsgebot durch andere Maßnahmen als durch Arbeit Rechnung zu tragen.

2. Wenngleich nach der landesrechtlichen Neuregelung des Strafvollzugs in Rheinland-Pfalz therapeutischen, psychiatrischen sowie Trainings- und Qualifizierungsmaßnahmen bei der Resozialisierung der Vorrang vor der Arbeit zukommen soll, liegt die Annahme nahe, dass die Arbeit nach wie vor ein gewichtiges Resozialisierungsmittel darstellt.

3. Arbeit im Strafvollzug ist als Resozialisierungsmittel nur dann wirksam, wenn sie eine angemessene Anerkennung findet. Dies gilt gleichermaßen für eine dem Gefangenen zugewiesene Pflichtarbeit wie für eine freiwillig übernommene Tätigkeit.

4. Eine ausschließlich monetäre Vergütung dürfte mit dem Resozialisierungsgebot kaum vereinbar sein. Vielmehr wird gerade die Gewährung von Freistellung in Abhängigkeit zur geleisteten Arbeit dem Resozialisierungsgebot gerecht.

5. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, den Umfang der monetären wie auch der nicht monetären Leistungen einer ständigen Überprüfung auf seine Angemessenheit zu unterziehen.

**177. BVerfG 1 BvR 2449/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart)**

Akteneinsichtsrecht für den Verletzten einer Straftat (Versagung von Einsicht in die Akten eines Ermittlungsverfahrens gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden einer Aktiengesellschaft wegen des Verdachts der Marktmanipulation; zivilrechtliche Schadensersatzklage eines Hedgefonds; Recht auf ein faires Verfahren als prozessuales „Auffanggrundrecht“; Einsicht in die Strafakten allenfalls bei strukturell begründeter Beweisnot im Zivilprozess; Verletzteneigenschaft im Strafrecht; Willkürverbot; Schutzzweck der Strafnorm; keine drittschützende Wirkung des Verbots der Marktmanipulation).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 406e StPO; § 20a WpHG

1. Das Recht auf ein faires Verfahren erfordert die Gewährung von Einsicht in die Akten eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens für den Kläger eines parallelen Zivilverfahrens allenfalls dann, wenn dieser eine strukturell begründete Beweisnot von solchem Gewicht darlegt, dass sie nur durch die begehrte Akteneinsicht behoben werden kann und die deshalb einen verfassungsunmittelbaren Informationsbeschaffungsanspruch gegenüber dem Strafgericht begründen kann.

2. Es liegt im fachgerichtlichen Wertungsrahmen und ist daher nicht willkürlich, zur Bestimmung der Ver-

letzteneigenschaft i. S. d. § 406e StPO auf den Schutzzweck der jeweiligen Strafnorm zurückzugreifen und im Falle des Verbots der Marktmanipulation (§ 20a WpHG)

eine drittschützende Wirkung zugunsten eines Hedgefonds zu verneinen, der wegen mutmaßlicher Marktmanipulationen zivilrechtlich Schadensersatz fordert.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

#### 226. BGH 2 StR 115/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Rostock)

Verminderte Schuldunfähigkeit (verminderte Einseh- oder Steuerungsfähigkeit aufgrund von Alkoholkonsum: tatrichterliche Gesamtwürdigung, Blutalkoholwert als Indiz).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

1. Eine Blutalkoholkonzentration von mehr als drei Promille, die hier bei beiden Angeklagten durch den Rückrechnungsansatz des Sachverständigen in Betracht kommt, legt die Annahme einer erheblichen Herabsetzung des Hemmungsvermögens zur Tatzeit nahe. Auch wenn davon auszugehen ist, dass es keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz darüber gibt, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden muss (vgl. BGHSt 43, 66, 72 ff), ist der im Einzelfall festzustellende Wert doch immerhin ein gewichtiges Beweisanzeichen für eine erhebliche alkoholische Beeinflussung.

2. Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass die Wirkungen einer Alkoholaufnahme individuell verschieden sind. Der Blutalkoholgehalt zeigt nämlich immerhin die wirksam aufgenommene Alkoholmenge an. Je höher dieser Wert ist, umso näher liegt die Annahme einer zumindest erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit.

3. Bei einer starken Alkoholisierung lässt sich eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit nur ausschließen, wenn gewichtige Anzeichen dafür sprechen, dass das Hemmungsvermögen des Täters zur Tatzeit erhalten geblieben war (vgl. BGH NJW 2015, 3525, 3526).

4. Erforderlich ist stets eine Gesamtwürdigung der feststellbaren Alkoholaufnahme einerseits und der psychodiagnostischen Kriterien andererseits (vgl. BGH NStZ 2015, 634). Dabei sind allerdings nur solche Umstände zu berücksichtigen, die aussagekräftige Hinweise darauf geben können, ob das Hemmungsvermögen des Täters bei der Begehung der Tat erhalten geblieben ist oder nicht. Die Tatsache, dass sich besonders trinkgewohnte Personen trotz erheblicher Alkoholisierung äußerlich unauffällig verhalten können, deutet an, dass manche

Umstände aus dem äußeren Geschehensablauf ohne Aussagekraft dafür sind, ob das Hemmungsvermögen des Täters bei der Begehung der Tat erheblich eingeschränkt war oder nicht (vgl. BGH NJW 2015, 3525, 3526).

5. Der Blutalkoholgehalt ist zwar kein allein maßgebliches, aber doch im Einzelfall gewichtiges Beweisanzeichen (vgl. BGHSt 57, 247, 252). Es darf deshalb, soweit Feststellungen möglich sind, nicht offen gelassen werden.

#### 243. BGH 2 StR 419/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015 (LG Aachen)

Beihilfe (psychische Beihilfe durch Tun: Vermittlung eines Gefühls der Sicherheit: Abgrenzung zur Beihilfe durch Unterlassen).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB

Beihilfe durch positives Tun setzt einen durch eine bestimmte Handlung erbrachten Tatbeitrag des Gehilfen voraus (vgl. BGH StV 1982, 516). Dies gilt in den besonders problematischen Fällen der bloßen Vermittlung eines „Gefühls der Sicherheit“ erst recht. Allein das Wissen um die Begehung der Haupttat genügt den Anforderungen an eine Beihilfe durch aktives Tun daher nicht. Auch Handlungen, die erkennbar nicht erforderlich oder nutzlos für das Gelingen der Tat sind, reichen nicht aus, um daraus eine Beihilfe zu entnehmen. Ist der Schwerpunkt seines Verhaltens aber in einem Unterlassen zu sehen, das mangels Garantenstellung im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB nicht strafbar ist, so darf dieses Ergebnis nicht dadurch umgangen werden, dass das Verhalten in eine nicht näher konkretisierbare und feststellbare psychische Beihilfe durch aktives Tun umgedeutet wird.

#### 245. BGH 2 StR 468/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015 (LG Fulda)

Beihilfe zur räuberischen Erpressung (Anforderungen an Beihilfevorsatz: vorgestellter Unrechtsgehalt, kein ausreichender Vorsatz bei vorgestelltem Wohnungseinbruchsdiebstahl).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB; § 244 Abs. 1 StGB

1. Zwar ist für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe allein eine andere rechtliche Einordnung der Haupttat unschädlich, sofern die vorgestellte Haupttat in ihrem Unrechtsgehalt

von der tatsächlich begangenen nicht gänzlich abweicht (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 177). Demgegenüber können einem Gehilfen aber nicht ohne weiteres qualifizierende Merkmale zugerechnet werden.

2. Dies muss auch für eine über einen Wohnungseinbruch hinausgehende räuberische Erpressung gelten, da schon die Straferwartung des § 249 Abs. 1 StGB (ein Jahr bis 15 Jahre) den gegenüber dem § 244 Abs. 1 StGB (sechs Monate bis zehn Jahre) erhöhten Unrechtsgehalts der räuberischen Erpressung anzeigt.

#### **256. BGH 4 StR 84/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Berlin)**

Eventualvorsatz (Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit; Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung; Gesamtbetrachtung, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Totschlag.

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 212 Abs. 1 StGB

1. Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit unterscheiden sich darin, dass der bewusst fahrlässig Handelnde mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden ist und deshalb auf ihren Nichteintritt vertraut, während der bedingt vorsätzlich Handelnde mit dem Eintreten des schädlichen Erfolgs in der Weise einverstanden ist, dass er ihn billigend in Kauf nimmt oder dass er sich wenigstens mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (vgl. BGH NStZ 2008, 451).

2. Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung sowie seine Motivation und die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (vgl. BGH NStZ 2008, 93 f.). Diese Gesamtschau ist insbesondere dann notwendig, wenn der Tatrichter allein oder im Wesentlichen aus äußeren Umständen auf die innere Einstellung eines Angeklagten zur Tat schließen muss (vgl. BGH NJW 2006, 386 f.). Sie ist lückenhaft, wenn der Tatrichter sich mit wesentlichen, den Angeklagten belastenden Umständen nicht auseinandersetzt, die für die subjektive Tatseite bedeutsam sind (vgl. BGH NZWiSt 2012, 71 f.).

3. Ein mit bedingten Tötungsvorsatz handelnder Täter muss kein Tötungsmotiv haben, sondern kann auch einem anderen Handlungsantrieb nachgehen (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 172 f.). Selbst ein unerwünschter Erfolg steht dessen billigender Inkaufnahme nicht entgegensteht (vgl. BGH NStZ 2015, 460).

#### **194. BGH 3 StR 439/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Koblenz)**

Mittäterschaft beim schweren Raub und bei der gefährlichen Körperverletzung (wertende Gesamtbetrachtung; eigener Tatbeitrag; Mitwirkung am Kerngeschehen; Tatherrschaft; Wille zur Tatherrschaft; Interesse

am Taterfolg; Ausspähen des Tatortes; Fluchtfahrzeug; Beifahrer).

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

Beschränkt sich die Beteiligung an einer Raubtat auf die Mitwirkung beim Ausspähen des Tatortes sowie auf die passive Begleitung des (Haupt-)Täters auf dem Beifahrersitz des für die Fahrt zum Tatort gebrauchten Kfz, begründet das regelmäßig keine (Mit-)Täterschaft. Ein gemeinsamer Tatentschluss sowie das Interesse am Gelingen der Überfälle vermag daran nichts zu ändern. Anders kann sich die Lage darstellen, wenn der Beteiligte absprachegemäß auf dem Fahrersitz fluchtbereit auf den Haupttäter wartet und nach der Durchführung der Tat das Fluchtfahrzeug fährt.

#### **259. BGH 4 StR 262/15 – Beschluss vom 22. Oktober 2015 (LG Chemnitz)**

Totschlag (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Voraussetzungen; Verhältnis mehrerer Tötungshandlungen gegenüber mehreren Personen: Tatmehrheit); Rücktritt vom Versuch (Fehl Schlag des Versuchs).

§ 212 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen und deren Verletzung einer additiven Betrachtungsweise, wie sie etwa der natürlichen Handlungseinheit zugrunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen (vgl. BGH NStZ 2006, 284). Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs, etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden oder bei einem gegen eine aus der Sicht des Täters nicht individualisierte Personenmehrheit gerichteten Angriff willkürlich und gekünstelt erschiene (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 82).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Annahme eines besonders schweren Falles des Totschlages im Sinne des § 212 Abs. 2 StGB voraus, dass das in der Tat zum Ausdruck kommende Verschulden des Täters außergewöhnlich groß ist. Es muss ebenso schwer wiegen wie das eines Mörders. Hierfür genügt nicht schon die bloße Nähe der die Tat kennzeichnenden Umstände zu einem gesetzlichen Mordmerkmal. Es müssen vielmehr schulderhöhende Momente hinzutreten, die besonders gewichtig sind (vgl. BGH NJW 1982, 2264, 2265).

3. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält, wobei es auf die Tätersicht nach

Abschluss der letzten Ausführungshandlung ankommt. Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt oder hat er eine entsprechende subjektive Vorstellung dahin, dass es zur Herbeiführung des Erfolges eines erneuten Ansetzens

bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor (st. Rspr.).

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**255. BGH 4 StR 72/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Dessau-Roßlau)**

Raub mit Todesfolge (mittäterschaftliche Begehung: erforderlicher Vorsatz der Mittäter, Leichtfertigkeit bezüglich Todesfolge, sukzessive Mittäterschaft; Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Todesfolge); Schmerzensgeldanspruch im Adhäsionsverfahren (Anspruch gegen Mittäter bei unterschiedlich gewichtigen Tatbeiträgen).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 251 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 18 StGB; § 403 StPO; § 251 BGB; § 830 BGB

1. Eine Verurteilung wegen einer Straftat nach § 251 StGB setzt vorsätzliches Handeln voraus; nur hinsichtlich der schweren Folge genügt Leichtfertigkeit (§ 18 StGB). Hat bei einem Raub mit Todesfolge lediglich einer von mehreren Tatbeteiligten den qualifizierenden Erfolg verursacht, so sind die anderen gemäß § 251 StGB nur strafbar, wenn sich ihr zumindest bedingter Vorsatz auf die Gewaltanwendungen erstreckt, durch welche der qualifizierende Erfolg herbeigeführt worden ist, und wenn ihnen in Bezug auf die Todesfolge wenigstens Leichtfertigkeit vorzuwerfen ist (vgl. BGH NStZ 2008, 280). Ein Beteiligter haftet gemäß § 251 StGB als Mittäter nur für Folgen derjenigen Handlungen des den Tod des Opfers unmittelbar herbeiführenden Täters, die er in seine Vorstellungen von dem Tatgeschehen einbezogen hatte (vgl. BGH NStZ 2010, 81).

2. Zwar ist es für eine gemeinschaftliche Tatbegehung nicht erforderlich, dass jeder der Mittäter eigenhändig an der zum Tode führenden Verletzungshandlung teilnimmt. Auch begründet nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan bzw. den Vorstellungen des Mittäters die Annahme eines Exzesses. Die dem Opfer zugefügten Körperverletzungen dürfen jedoch nicht von wesentlich anderer Art und Beschaffenheit sein, als der Mittäter es wollte und sich vorstellte (vgl. BGH NStZ 2010, 81 f.).

3. Sukzessive Mittäterschaft kommt in Betracht, wenn ein Täter in Kenntnis und mit Billigung des bisher Geschehenen – selbst bei Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan in wesentlichen Punkten – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung eintritt. Sein Einverständnis bezieht sich dann auf die Gesamttat mit der Folge, dass ihm die gesamte Tat zugerechnet werden kann.

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann im Hinblick auf die deutlich erhöhte Strafdrohung in § 251 StGB von einer leichtfertigen Todesverursachung „durch die Tat“ nur dann ausgegangen werden, wenn nicht nur der Ursachenzusammenhang im Sinne der Bedingungstheorie gegeben ist, sondern sich im Tod des Opfers tatbestandsspezifische Risiken verwirklichen, die typischerweise mit dem Grundtatbestand einhergehen (vgl. BGHSt 33, 322).

5. Der für § 251 StGB erforderliche qualifikationsspezifische Zusammenhang ist jedoch nicht nur gegeben, wenn der Täter durch eine Nötigungshandlung, die der Ermöglichung der Wegnahme dient, den Tod des Opfers herbeiführt. Bei einer auf den Zweck der Vorschrift des § 251 StGB abstellenden Betrachtungsweise ist der besondere Zusammenhang auch dann gegeben, wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung zwar nicht mehr in finaler Verknüpfung mit der Wegnahme steht, sie mit dem Raubgeschehen aber derart eng verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der konkreten Raubtat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht (vgl. BGH NJW 1998, 3361 für den Versuch des § 251 StGB). Demzufolge kann der Tatbestand des § 251 StGB auch dann gegeben sein, wenn der Täter die zum Tode führende Gewalt nicht mehr zur Ermöglichung der Wegnahme, sondern zur Flucht oder Beutesicherung anwendet, sofern sich in der schweren Folge noch die spezifische Gefahr des Raubes realisiert, und der Raub bzw. die räuberische Erpressung noch nicht beendet war (vgl. BGHSt 38, 295, 298).

6. Zwar haften Mittäter oder Gehilfen einer unerlaubten Handlung gemäß § 830 BGB auch hinsichtlich des im Wege des Adhäsionsverfahrens geltend gemachten Schmerzensgeldes regelmäßig in voller Höhe und nicht nur ihrem Tatbeitrag entsprechend. Eine Differenzierung bei der Höhe des Schmerzensgeldes kommt aber in Betracht, wenn die unterschiedlichen Tatbeiträge eine unterschiedliche Bemessung unter Berücksichtigung der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes nahe legen.

**235. BGH 2 StR 275/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015 (LG Aachen)**

Mord (Ermöglichungsabsicht: tateinheitlich begangener Schwangerschaftsabbruch).

§ 211 StGB; § 218 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

Der 2. Strafsenat hält an seiner Rechtsprechung nicht fest, wonach der Täter nicht mit Ermöglichungsabsicht handelt, der das von ihm schwangere Opfer tötet, um die Geburt des Kindes zu verhindern.

**275. BGH 4 StR 532/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Mönchengladbach)**

Betrug (vollendeter Betrug durch Tanken an Selbstbedienungstankstelle: tatsächliche Täuschung des Kassenspersonals); vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs (Vorsatzinhalt); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 263 Abs. 1 StGB; § 315c Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 64 StGB

1. Bei einem Tanken an einer Selbstbedienungstankstelle setzt die Annahme eines vollendeten Betrugs voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen seiner Zahlungsbereitschaft bei dem Kassenspersonal einen entsprechenden Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis

mit dem Tankvorgang) führt. Mangels Irrtumserregung liegt jedoch kein vollendeter Betrug vor, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenspersonal überhaupt nicht bemerkt wird. In einem solchen Fall ist vielmehr regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betrugs auszugehen, wenn das Bestreben des Täters von Anfang an darauf gerichtet war, das Benzin unter Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten (vgl. BGH NJW 1983, 2827).

2. Die vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c Abs. 1 StGB setzt – anders als § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB – hinsichtlich aller Tatumstände zumindest bedingten Vorsatz verlangt. Der Vorsatz des Täters muss deshalb nicht nur die Fahrunsicherheit, sondern auch die konkrete Gefahr umfassen. Der Täter muss insoweit die Umstände kennen, die den Gefahrerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als nahe liegende Möglichkeit erscheinen lassen und sich mit dem Eintritt dieser Gefahrenlage zumindest abfinden (vgl. BGH zfs 2014, 713).

Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**253. BGH 4 StR 227/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (OLG Hamm)**

BGHSt; Vorlageverfahren; Verhängung von Nebenfolgen bei tatmehrheitlich begangenen Ordnungswidrigkeiten (Verhängung eines Fahrverbots; Geltung des Asperationsprinzips).

§ 20 OWiG; § 54 Abs. 1, Abs. 1 Satz 1 StGB; § 25 StVG; § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG; § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG

Wird über zwei Ordnungswidrigkeiten, die in Tatmehrheit stehen und jeweils mit einem Fahrverbot als Nebenfolge geahndet werden können, gleichzeitig entschieden, so ist nur ein einheitliches Fahrverbot zu verhängen. (BGHSt)

**189. BGH 3 StR 342/15 – Beschluss vom 29. Oktober 2015**

Anfrageverfahren; Berücksichtigung des zeitlichen Abstands zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes.

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 46 StGB; § 176 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass dem zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung bei Taten des sexuellen Missbrauchs eines Kindes die gleiche Bedeutung zukommt wie bei anderen Straftaten. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an (gegebenenfalls) entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

2. Nach Auffassung des Senats führt die gegenteilige Ansicht (vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 311) zu einer in sachlich nicht gerechtfertigten Vermischung von Gesichtspunkten der Strafzumessung mit solchen der Verjährung. Die Regelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB führt nicht dazu, dass die in den §§ 46 ff. StGB geregelten und von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Strafzumessungskriterien sowie deren Gewichtung modifiziert würden.

**214. BGH 1 StR 414/15 – Urteil vom 12. Januar 2016 (LG Braunschweig)**

Strafzumessung (Berücksichtigung des Verlusts der Arbeitsstelle; Bemessung einer Gesamtstrafe; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Aussetzung einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr zur Bewährung (Vorliegen besonderer Umstände: Gesamtwürdigung; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 56 Abs. 1, 2 StGB

1. Zu der dem Tatrichter aufgegebenen, lediglich der beschriebenen eingeschränkten Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegenden Strafzumessung gehört auch die Bewertung, ob ein einzelner Umstand zumessungserheblich ist und welche Bewertungsrichtung ihm gegeben wird (vgl. BGHSt (GS) 34, 345, 350). Auch die Bestimmung der Bewertungsrichtung eines vom Tatrichter als zumessungserheblich betrachteten Umstands prüft das Revisionsgericht lediglich auf Vertretbarkeit.



2. Besondere Umstände im Sinne des sind Milderungsgründe von besonderem Gewicht, die eine Strafaussetzung trotz des Unrechts und Schuldgehalts, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, als nicht unangebracht erscheinen lassen. Dazu können auch solche gehören, die schon für die Prognose nach § 56 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen waren. Wenn auch einzelne durchschnittliche Milderungsgründe eine Aussetzung nicht rechtfertigen, verlangt § 56 Abs. 2 StGB jedoch keine „ganz außergewöhnlichen“ Umstände. Vielmehr können dessen Voraussetzungen sich auch aus dem Zusammentreffen durchschnittlicher Milderungsgründe ergeben. Bei der Prüfung ist eine Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten vorzunehmen. Dabei sind die wesentlichen Umstände nachprüfbar darzulegen. Die ganz maßgeblich auf dem in der Hauptverhandlung gewonnenen persönlichen Eindruck beruhende Entscheidung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Tatgerichts (st. Rspr.).

### **236. BGH 2 StR 307/15 – Urteil vom 23. Dezember 2015 (LG Kassel)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen der Strafmilderung; Erstreben einer Wiedergutmachung ausreichend; kein vollständiges Einräumen des Tatverdachts erforderlich; kommunikativer Prozess zwischen Angeklagtem und Geschädigtem; Anforderungen an die Darstellung im Urteil); Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit)

§ 46a Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Dass aufgrund der Vermögenslage der Angeklagten auf absehbare Zeit nicht mit einer auch nur (teilweisen) Zahlung von Schmerzensgeld zu rechnen ist, steht der Anwendbarkeit des § 46a Nr. 1 StGB nicht grundsätzlich entgegen. Im Rahmen des § 46a Nr. 1 StGB genügt – anders als bei § 46a Nr. 2 StGB – das ernsthafte Erstreben einer Wiedergutmachung; ein Wiedergutmachungserfolg wird deshalb nicht vorausgesetzt (vgl. BGH NJW 2001, 2557).

2. Soweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangt, dass das Verhalten des Täters sich als Ausdruck der Übernahme von Verantwortung darstellt (vgl. BGH NJW 2001, 2557), steht dem nicht entgegen, dass der Angeklagte den Tatvorwurf nicht vollumfänglich eingräumt hat. Soweit ein Angeklagter lediglich einzelne Umstände der Tatbegehung beschönigt, steht dies einer Anwendung des § 46a Nr. 1 StGB nicht entgegen (vgl. vgl. BGH NSTz 2003, 199, 200).

3. Regelmäßig sind für eine Annahme des § 46a Nr. 1 StGB aber auch tatrichterliche Feststellungen dazu erforderlich, wie sich das Opfer zu den Anstrengungen des Täters gestellt hat. Für die Anwendung des § 46a Nr. 1 StGB bedarf es grundsätzlich zwar keines persönlichen Kontakts zwischen dem Angeklagten und dem Geschädigten (vgl. BGH NJW 2001, 2557). Der kommunikative Prozess kann auch über die jeweiligen Rechtsanwälte erfolgen. Die schlichte Behauptung, es habe ein kommunikativer Prozess stattgefunden, genügt regelmäßig allerdings nicht. Es müssen insbesondere Feststellungen dazu getroffen werden, wie sich der Tatgeschädigte zu den

Ausgleichsbemühungen der Angeklagten verhalten haben, insbesondere dazu, ob die Geschädigten die (zugesagten) Leistungen als „friedensstiftenden Ausgleich“ akzeptiert haben (vgl. BGH NSTz 2006, 275, 276).

### **202. BGH 5 StR 387/15 – Urteil vom 27. Januar 2016 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung beim schweren Raub (erhöhte Vorwerfbarkeit aufgrund Begehung mehrerer Taten; Berücksichtigung des Seriencharakters schon bei Bemessung der Einzelstrafe; Rückschluss auf innere Einstellung; polizeiliche Observation der Tat nicht ohne Weiteres zu Gunsten des Täters zu berücksichtigen; den Durchschnitt sonstiger Fälle weit übersteigende Brutalität und Menschenverachtung über einen längeren Zeitraum hinweg).

§ 46 StGB; § 250 StGB

Die Begehung mehrerer (schwerer) Straftaten – hier: Raubdelikte – kann Schlüsse auf die innere Einstellung des Täters gegenüber den geschützten Rechtsgütern zulassen und damit eine erhöhte Vorwerfbarkeit anzeigen. Sind die Taten Ausdruck einer besonders rechtsfeindlichen Einstellung und verbrecherischen Energie, so kann es erforderlich sein, die Häufung von Straftaten bereits bei der Bemessung der Einzelstrafen erschwerend zu berücksichtigen.

### **269. BGH 4 StR 481/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Kaiserslautern)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil: psychische Störung als Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit).

§ 63 StGB, § 20 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die unterzubringende Person bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund einer nicht nur vorübergehenden psychischen Störung schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war. Hierzu hat der Tatrichter festzustellen, welche psychische Störung unter welches Eingangsmerkmal des § 20 StGB zu subsumieren ist und wie sich diese Störung in der jeweiligen konkreten Tatsituation auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (st. Rspr.).

2. Die Mitteilung der von einem Sachverständigen vorgenommenen Diagnose und der Symptome der festgestellten Störung(en) allein vermag indes das Vorliegen eines Eingangsmerkmals des § 20 StGB nicht zu belegen (st. Rspr.).

### **237. BGH 2 StR 317/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Strafzumessung (Darstellung im Urteil bei ungewöhnlich hoher Strafe).

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

Gemäß § 46 Abs. 2 StGB hat das Tatgericht die Umstände gegeneinander abzuwägen, die für oder gegen den Täter sprechen. Eine ungewöhnlich hohe Strafe bedarf dementsprechend einer besonderen Rechtfertigung in den Ur-

teilsgründen, die die Abweichung vom Üblichen vor dem Hintergrund der Besonderheiten des jeweiligen Falles verständlich macht (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 5 mwN).

**221. BGH 1 StR 557/15 – Beschluss vom 20. Januar 2016 (LG Mosbach)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von berufsrechtlichen Sanktionen).

§ 46 StGB; § 114 Abs. 1 BRAO

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Umstand, dass einem Angeklagten zusätzlich zu der strafgerichtlichen Verurteilung auch anwaltsrechtliche Sanktionen nach § 114 Abs. 1 BRAO drohen, bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen (vgl. BGH StV 2010, 479).

**224. BGH 1 StR 615/15 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Absehen von der Anordnung des Verfalls (Nichtmehr-vorhandensein des Erlangten im Vermögen des Betroffenen: Voraussetzungen).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

Die Ausübung des dem Tatrichter eingeräumten Ermessens, nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB von der Anordnung des Verfalls abzusehen, erfordert aber neben der Feststellung des aus der Straftat Erlangten, vor allem auch die Ermittlung des Wertes des noch vorhandenen Vermögens, um diese Werte einander gegenüber stellen zu können. Deshalb scheidet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB von vorneherein aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem „verfallbaren“ Betrag zurück bleibt (vgl. BGHSt 51, 65).

**274. BGH 4 StR 521/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Halle)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose: Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten).

§ 56 StGB

Auch im Rahmen des § 56 StGB ist dem Angeklagten ein die Grenzen des Zulässigen nicht überschreitendes Verteidigungsverhalten, insbesondere fehlende Reue oder Unrechtseinsicht, nicht anzulasten (st. Rspr.).

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**258. BGH 4 StR 252/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Zweibrücken)**

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Voraussetzungen: erhebliche Stimulierung des Täters durch polizeiliche Vertrauensperson, völkerrechtskonforme Bestimmung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK

1. Der Bundesgerichtshof nimmt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation an, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGH, NStZ 2016, 52, 54 f., Rn. 24). Ein in diesem Sinne tatprovokierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist (vgl. BGH NStZ 2016, 52, 54 f., Rn. 24).

2. Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne,

handelt es sich nicht um eine Tatprovokation. Ebenso fehlt es an einer Provokation, wenn die Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt (vgl. BGHSt 45, 321, 338).

3. In der Judikatur des Bundesgerichtshofes sind die Kriterien, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte an eine Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzende Tatprovokation stellt, berücksichtigt (vgl. BGH NStZ 2015, 541, 544, Rn. 29).

**198. BGH 3 StR 482/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Rostock)**

Besorgnis der Befangenheit (öffentlich zugänglicher privater Facebook Account des Vorsitzenden; innere Haltung; Zusammenhang mit konkretem Strafverfahren; Befürchtung des Fehlens der gebotenen Neutralität).

§ 24 Abs. 2 StPO

Veröffentlicht ein Vorsitzender auf einer für jeden Verfahrensbeteiligten zugänglichen öffentlichen Facebook-Seite ein privates Foto, auf dem er ein T-Shirt mit der Aufschrift „Wir geben Ihrer Zukunft ein Zuhause: JVA“ trägt, begründet das jedenfalls dann die Besorgnis der Befangenheit, wenn auf derselben Seite auch ein Hinweis auf die berufliche Tätigkeit des Richters zu finden ist. Dies lässt besorgen, der Vorsitzende beurteile die von ihm zu

bearbeitenden Strafverfahren nicht objektiv, sondern habe Spaß an der Verhängung hoher Strafen und mache sich über die Angeklagten lustig. Unter diesen Umständen bedarf es keines engeren Zusammenhanges mit dem konkreten Strafverfahren, um bei dem Angeklagten die berechtigte Befürchtung zu begründen, dem Vorsitzenden mangle es an der gebotenen Neutralität.

**210. BGH 1 StR 169/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Augsburg)**

Ablehnung eines Richters wegen des Verdachts der Befangenheit (Vorbefassung mit dem Verfahrensgegenstand: Rechtsfehler in vorherigen Entscheidungen); Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Zeitpunkt der Mitteilung; Wiedergabe des wesentlichen Inhalts: keine Mitteilung darüber erforderlich, von wem Initiative zu Gesprächen ausging; kein Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung über Gespräche alleine mit Mitangeklagten).

§ 24 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Knüpft die Besorgnis der Befangenheit an eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vorbefassung der abgelehnten Richter an, ist jenseits gesetzlicher Ausschließungsgründe dieser Umstand als solcher regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, wenn und soweit nicht besondere Umstände hinzutreten (st. Rspr.).

2. Dies gilt nicht nur für die Vorbefassung mit Zwischenentscheidungen im selben Verfahren, etwa die Mitwirkung am Eröffnungsbeschluss oder an Haftentscheidungen, sondern auch für die Befassung eines erkennenden Richters in Verfahren gegen andere Beteiligte derselben Tat (st. Rspr.).

3. Zu der Vorbefassung in dem vorstehenden Sinne hinzutretende besondere Umstände können etwa dann gegeben sein, wenn frühere Entscheidungen, an denen der jetzt abgelehnte Richter mitgewirkt hat, unnötige oder sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalten oder sich der betroffene Richter bei oder in Verbindung mit einer Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat (vgl. BGH NStZ 2015, 46).

4. Dabei können Rechtsfehler in Entscheidungen bei Vorbefassung mit dem Verfahrensgegenstand für sich genommen eine Ablehnung der mitwirkenden Richter grundsätzlich nicht begründen (vgl. BGH NStZ 2010, 342); etwas Anderes gilt jedoch, wenn die von den abgelehnten Richtern getroffene Entscheidung bzw. die darin zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung sich als rechtlich völlig abwegig erweist oder gar als willkürlich erscheint (vgl. BGHSt 48, 4, 8). Besondere Umstände können aber auch dann gegeben sein, wenn sich aus der Art und Weise der Begründung von Zwischenentscheidungen die Besorgnis der Befangenheit ergibt.

5. Zwar wird es im Hinblick auf die mit § 243 Abs. 4 StPO verfolgten Zwecke in den Konstellationen des Satzes 1 regelmäßig angezeigt sein, möglichst umgehend

nach der Verlesung des Anklagesatzes über vor Beginn der Hauptverhandlung geführte Gespräche gemäß §§ 202a, 212 StPO zu informieren (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 379 f.). Maßgeblich ist jedoch, dem Angeklagten um der Gewährleistung einer informierten Entscheidung über sein Einlassungsverhalten und der Öffentlichkeit um der Gewährleistung der von ihr ausgehenden Kontrollfunktion willen die gebotene Information über vor der Hauptverhandlung erfolgte verständigungsbezogene Gespräche vor der durch § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO vorgeschriebenen Belehrung zu verschaffen.

6. Eine Information darüber, auf wessen Initiative vor der Hauptverhandlung geführte, auf eine mögliche Verständigung bezogene Gespräche zustande gekommen sind, gebietet § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht; es handelt sich dabei nicht um einen zum „wesentlichen Inhalt“ gehörenden Umstand (vgl. NStZ 2015, 293 f.).

7. Durch die unzureichende Erfüllung von Transparenz- und Mitteilungspflichten von Verständigungsgesprächen, die allein Mitangeklagte betroffen haben, können die daran nicht beteiligten Angeklagten selbst bei einem einheitlichen Verfahren regelmäßig nicht in eigenen Rechten betroffen sein (vgl. BVerfG NStZ 2014, 528 f.).

**200. BGH 3 StR 490/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (OLG Düsseldorf)**

Unzulässige Änderung des Geschäftsverteilungsplans durch wiederholte Einzelzuweisungen (gesetzlicher Richter; abstrakt-generelle Vorgaben; „scheibchenweise“ Einzelzuweisung; Änderung des Geschäftsverteilungsplans im laufenden Geschäftsjahr; Eignung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs; erkennbare dauerhafte Überlastung; anhängige Verfahren; Gesamtkonzept zum Belastungsausgleich; Beschleunigungsgebot; Haftsache; Besetzungsrüge); keine Präklusion der Besetzungsrüge (Anforderungen an den Revisionsvortrag; Vorlage des Geschäftsplanes in der Tatsacheninstanz regelmäßig entbehrlich).

§ 21e Abs. 3 Satz 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 338 Nr. 1 lit. b StPO; § 222b Abs. 1 StPO

1. Das Gebot, den zur Entscheidung berufenen Richter so eindeutig wie möglich im Voraus zu bestimmen, schließt eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans im laufenden Geschäftsjahr nicht grundsätzlich aus. In Ausnahmefällen kann sogar eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans zulässig sein, die ausschließlich bereits anhängige Verfahren überträgt, wenn nur so dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot insbesondere in Haftsachen angemessen Rechnung getragen werden kann und die Eignung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs gegeben ist (näher bereits BGH HRRS 2015 Nr. 716).

2. Werden neu eingehende Verfahren im Wege der „scheibchenweisen“ Einzelzuweisung im laufenden Geschäftsjahr je nach konkreter, momentaner Belastungssituation einem bestimmten Senat zugewiesen, ist die vor dem Hintergrund des Postulats des gesetzlichen Richters regelmäßig kein rechtlich tragfähiges Konzept zur Verteilung der anfallenden Geschäfte. Denn eine solche Vorge-

hensweise ist nicht geeignet, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen.

**185. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Beruhensprüfung bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (Kausalität; keine Ergänzung um normative Gesichtspunkte; verspätete Mitteilung; kein Anspruch der Öffentlichkeit auf unverzügliche Mitteilung; Transparenz; Art und Schwere des Verstoßes; „Sanktionsschere“); Rüge nicht ordnungsgemäßer Verteidigung (Anforderungen an den Revisionsvortrag; Pflichtverteidiger; Ablehnung des Entpflichtungsantrags; nachhaltige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses); Zulässigkeit der Rüge einer Ablehnung des Beweisantrags wegen Prozessverschleppung.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; Art. 6 EMRK

1. Ein Urteil beruht auf einem Rechtsfehler, wenn es ohne diesen möglicherweise anders ausgefallen wäre. An einer solchen Möglichkeit fehlt es, wenn ein ursächlicher Zusammenhang mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann bzw. rein theoretischer Natur ist. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dieser bereits vom Reichsgericht begründeten Auslegung des § 337 StPO nicht entgegensteht und die maßgebend auf die Kausalität abstellende Beruhensprüfung auch bei Verletzung von § 243 Abs. 4 StPO nicht um normative Gesichtspunkte zu ergänzen ist (BGH HRRS 2015 Nr. 1125).

2. Das Schutzgut der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit ist regelmäßig nicht verletzt, wenn über ein Gespräch zwar verspätet, aber ausreichend detailliert unterrichtet wird. Zwar ist die Mitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO in der Regel unverzüglich zu machen; dies betrifft indes lediglich die Unterrichtung des Angeklagten, da die Mitteilung auf sein Prozessverhalten entscheidenden Einfluss haben kann. Die Öffentlichkeit hat hingegen keinen Anspruch auf eine rechtzeitige Unterrichtung.

**209. BGH StB 15/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015**

Umgrenzungsfunktion der Anklage (unzureichende individualisierende Angaben beim Tötungsdelikt); Konkurrenzverhältnis zwischen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung und im Zuge dessen verwirklichten anderen Straftaten; teilweise Eröffnung des Hauptverfahrens.

§ 200 StPO; § 207 StPO; § 264 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Nennt die Anklage bzgl. eines Tötungsdeliktes lediglich eine ungefähre zeitliche Einordnung der Tat (hier: zwischen dem 13. Oktober 2013 und dem 25. Januar 2014) und als Tatort geographisch ein Land (hier: „Syrien“), so wird damit regelmäßig der Umgrenzungsfunktion der Anklage nicht hinreichend Rechnung getragen. Es fehlt an individualisierenden Merkmalen, mit denen sich

das angeklagte Delikt von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden ließe.

2. Der Senat hat seine bisherige Rechtsprechung, wonach alle mitgliederschaftlichen Beteiligungsakte an einer kriminellen (oder terroristischen) Vereinigung zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst werden, aufgegeben. Vielmehr unterbleibt eine tateinheitliche Verknüpfung solcher Handlungen, die zwar der Zwecksetzung der Vereinigung oder sonst deren Interessen dienen, aber auch den Tatbestand einer anderen Strafvorschrift erfüllen (näher BGH HRRS 2016 Nr. 110).

**188. BGH 3 StR 322/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Trier)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung des eine Indiztatsache betreffenden Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit (antizipierte Beweiswürdigung; Einstellen in das bisherige Beweisergebnis; nähere Darlegung im Ablehnungsbeschluss; konkrete Erwägungen mögliche Schlussfolgerung; inhaltsleere Aussage).

§ 244 StPO

1. Es ist dem Tatgericht grundsätzlich nicht verwehrt, Indiz- oder Hilfstatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn es aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung – gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelsatzes – in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde.

2. In dem den Antrag ablehnenden Beschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Denn dieser hat zum einen den Antragsteller sowie die weiteren Prozessbeteiligten so weit über die Auffassung des Gerichts zu unterrichten, dass diese sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und gegebenenfalls noch in der Hauptverhandlung das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen können; zum anderen muss er dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist und ob die Feststellungen und Erwägungen des Ablehnungsbeschlusses mit denjenigen des Urteils übereinstimmen.

3. Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die inhaltsleere Aussage gestützt wird, die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache lasse keinen zwingenden, sondern lediglich einen möglichen Schluss zu, den das Gericht nicht ziehen wolle.

**233. BGH 2 StR 4/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Bonn)**

Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung: Ausschluss eines alternativen Geschehens, hier: „Mord ohne Leiche“).

§ 261 StPO

1. Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter sämtliche 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 voneinander bewertet, sondern sie müssen in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt werden.

2. Werden diese Grundsätze beachtet, kann der Tatrichter seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten auch dann gewinnen, wenn ein auf das Kerngeschehen der Tat bezogenes Beweismittel fehlt und die Überführung des Angeklagten darauf beruht, dass alle konkret in Frage kommenden Alternativen ausgeschlossen werden (vgl. BGH StraFo 2012, 466).

3. Dieses methodische Vorgehen ist allerdings nur dann eine tragfähige Grundlage für die Verurteilung wegen eines Tötungsverbrechens, wenn alle relevanten Alternativen mit einer den Mindestanforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung genügenden Weise abgelehnt werden, wobei ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit genügt, das vernünftige und nicht auf bloß denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt (vgl. BGH StraFo 2012, 466).

4. Die zur richterlichen Überzeugung erforderliche persönliche Gewissheit setzt zudem ausreichende objektive Grundlagen voraus. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer nachvollziehbaren Tatsachengrundlage beruht, und dass sich die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht als bloße Vermutung erweist, die nicht mehr als einen – wenn auch schwerwiegenden – Verdacht zu begründen vermag (vgl. BGH NStZ 1981, 33).

**271. BGH 4 StR 484/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Essen)**

Urteilsgründe (Umgang mit Sachverständigengutachten: Wahrscheinlichkeitsberechnungen aufgrund molekulargenetischer Vergleichsuntersuchungen).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 81h StPO

1. Das Tatgericht hat in den Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind.

2. Für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung ist danach erforderlich, dass der Tatrichter mitteilt, wie viele Systeme unter-

sucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, inwieweit dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war (vgl. BGH NJW 2014, 2454).

**192. BGH 3 StR 386/15 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Oldenburg)**

Fehlende Belehrung über die Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung; Beruhen.

§ 257c Abs. 4, 5 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Der Angeklagte ist über die in § 257c Abs. 4 StPO geregelte Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung zu belehren, um sicherzustellen, dass er vor dem Eingehen einer Verständigung vollumfänglich über Tragweite und Risiken seiner Mitwirkung informiert ist. Fehlt eine solche Belehrung, beruht das Urteil regelmäßig auf diesem Fehler, wenn die Verurteilung auf die geständige Einlassung gestützt wird. Dass der Angeklagte möglicherweise auch aufgrund anderer Beweismittel hätte überführt werden können, führt insoweit zu keiner anderen Beurteilung der Beruhensfrage.

**196. BGH 3 StR 462/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Koblenz)**

Keine Prüfung oder Bewertung der Gründe für das Aussageverhalten des verweigerungsberechtigten Zeugen; sachlich-rechtliche Grenzen der Revisibilität der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 261 StPO

Der unbefangene Gebrauch des Schweigerechts eines verweigerungsberechtigten Zeugen wäre nicht gewährleistet, wenn dieser die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Aussageverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der nur anfänglichen Zeugnisverweigerung dem Angeklagten nachteilige Schlüsse gezogen werden. Einer Würdigung zugänglich ist allein das nur teilweise Schweigen des Zeugen zur Sache.

**190. BGH 3 StR 344/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Lüneburg)**

Keine Bewertung oder Prüfung der Gründe für das Aussageverhalten des Angeklagten (Schweigerecht).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

Der unbefangene Gebrauch des Schweigerechts des Angeklagten, das notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens ist, wäre nicht gewährleistet, wenn der Angeklagte die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Aussageverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der anfänglichen Aussageverweigerung – und damit auch nicht aus dem Zeitpunkt, zu dem sich der Angeklagte erstmals einlässt – nachteilige Schlüsse gezogen werden.

**279. BGH 4 StR 561/15 – Beschluss vom 3. Februar 2016 (LG Siegen)**

Verbotene Vernehmungsmethoden (revisionsrechtliche Rügbarkeit: kein Widerspruch gegen Verwertung erforderlich, Widerspruchslösung).

§ 136a Abs. 1, Abs. 3 StPO

Die Verfahrensrüge, eine Aussage sei durch verbotene Vernehmungsmethoden zustande gekommen (§ 136a Abs. 1 StPO), kann auch dann zulässig erhoben werden, wenn der Angeklagte der Verwertung der Aussage in der Hauptverhandlung nicht widersprochen hat.

**234. BGH 2 StR 258/15 – Urteil vom 2. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch (ausnahmsweise Untrennbarkeit von Schuld- und Strafausspruch); Strafzumessung (Berücksichtigung weiterer Taten des Angeklagten).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 46 StGB

1. Schuld- und Strafausspruch sind zwar in der Regel trennbar. Ausnahmsweise ist eine Trennbarkeit aber dann zu verneinen, wenn die Schuldfeststellungen eine Überprüfung des Strafausspruchs nicht ermöglichen.

2. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn Umstände vorliegen, aus denen sich eine Verknüpfung der Erörterungen zur Schuld- und Straffrage ergibt, wenn also vom Landgericht strafmildernd gewertete und deshalb von der Revision angegriffene Umstände, tatsächlich (auch) den Schuldspruch betreffen.

3. Eine Trennbarkeit ist aber auch dann zu verneinen, wenn unklar bleibt, ob sich der Angeklagte überhaupt strafbar gemacht hat, denn derartige Feststellungen können nicht Grundlage eines Strafausspruchs sein (st. Rspr.).

4. Demgegenüber lässt zwar allein die fehlerhafte Rechtsanwendung beim Schuldspruch eine Revisionsbeschränkung noch nicht notwendigerweise unwirksam werden (vgl. BGH NStZ 1996, 352, 353). Eine Trennbarkeit zwischen Schuld- und Strafausspruch ist aber dann zu verneinen, wenn die Feststellungen zum Schuldspruch so weitgehende Lücken aufweisen, dass sich Art und Umfang der Schuld nicht in dem zur Überprüfung des Strafausspruchs notwendigen Maße bestimmen lassen (vgl. BGH NStZ 1994, 130). Eine Revisionsbeschränkung ist daher auch unwirksam, wenn die Tatsachenfeststellungen unklar, lückenhaft, widersprüchlich oder so dürftig sind, dass sie den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat nicht erkennen lassen und keine taugliche Grundlage für die Beurteilung der Rechtsfolgenentscheidung.

5. Zwar hat der Tatrichter gemäß § 46 Abs. 2 StGB bei der Strafzumessung die für und gegen den Täter sprechenden Umstände gegeneinander abzuwägen und dabei namentlich auch sein Vorleben zu berücksichtigen. Insofern ist er bei der Feststellung und Bewertung von Strafzumessungstatsachen durch den Anklagegrundsatz nicht beschränkt und kann daher auch strafbare Handlungen ermitteln und würdigen, die nicht Gegenstand der Anklage bzw. nach § 154 StPO eingestellt worden sind, soweit diese für die Persönlichkeit eines Angeklagten bedeutsam sein können und Rückschlüsse auf dessen

Tatschuld gestatten. Allerdings müssen solche Taten – wie jeder andere für die Strafzumessung erhebliche Umstand – prozessordnungsgemäß und damit hinreichend bestimmt festgestellt werden und zur Überzeugung des Tatrichters feststehen (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 207).

**215. BGH 1 StR 419/15 – Beschluss vom 2. Februar 2016**

Erstattung der notwendigen Auslagen des Nebenklägers (Verurteilung wegen einer den Nebenkläger betreffenden Tat: Voraussetzungen).

§ 472 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 264 StPO

Eine den Nebenkläger betreffende Tat liegt immer vor, wenn sie sich auf denselben geschichtlichen Vorgang im Sinne des § 264 StPO bezieht, welcher der Nebenklage zu Grunde liegt, und wenn sie sich gegen den Nebenkläger als Träger eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts richtet. Dies setzt keinen Schuldspruch wegen eines nebenklagefähigen Delikts voraus. Die abgeurteilte Tat betrifft den Nebenkläger auch dann, wenn ihr ein Vorgang (i.S.v. StPO § 264) zugrunde liegt, der zum Anschluss berechtigte, und wenn die Verurteilung auf einer Norm beruht, die ein dem Nebenkläger zustehendes Recht unmittelbar schützt (vgl. BGHSt 38, 93).

**182. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Beruhensprüfung bei Verstoß gegen Mitteilungspflichten (verständigungsbezogenes Gespräch; Kausalität; keine Ergänzung um normative Gesichtspunkte; keine Verletzung der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit trotz verspäteter Unterrichtung; Recht auf ein faires Strafverfahren).

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; Art. 6 EMRK

1. Die maßgeblich auf die Kausalität abstellende Beruhensprüfung im Sinne des § 337 Abs. 1 StPO ist entgegen der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch bei Verletzung von § 243 Abs. 4 StPO nicht um normative Gesichtspunkte zu ergänzen.

2. Das Schutzgut der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit wird nicht verletzt, wenn der Vorsitzende über ein verständigungsbezogenes Gespräch nicht unverzüglich, sondern nur verspätet ausreichend detailliert unterrichtet.

**184. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Beruhensprüfung bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (Kausalität; keine Ergänzung um normative Gesichtspunkte; verspätete und formelhafte Mitteilung; Transparenzgebot; Beurteilung Art und Schwere des Verstoßes bei nicht beabsichtigter Verständigung)

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 202a StPO; § 212 StPO

Ein Urteil beruht auf einem Rechtsfehler, wenn es ohne diesen möglicherweise anders ausgefallen wäre. An einer solchen Möglichkeit fehlt es, wenn ein ursächlicher Zusammenhang mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann

bzw. rein theoretischer Natur ist. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dieser bereits vom Reichsgericht begründeten Auslegung des § 337 StPO nicht entgegensteht und die maßgebend auf die Kausalität abstellende Beruhensprüfung auch bei Verletzung von § 243 Abs. 4 StPO nicht um normative Gesichtspunkte zu ergänzen ist (BGH HRRS 2015 Nr. 1125).

**272. BGH 4 StR 491/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Halle)**

Rücknahme eines Rechtsmittels (Verhandlungs- und prozessualen Handlungsfähigkeit des Angeklagten).  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Ein Angeklagter muss bei Abgabe einer Rechtsmittelrücknahmeerklärung in der Lage sein, seine Interessen vernünftig wahrzunehmen und bei hinreichender Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung die Bedeutung seiner Erklärung zu erkennen. Dies wird allein durch eine Geschäfts- oder Schuldunfähigkeit des Angeklagten nicht notwendig ausgeschlossen. Vielmehr ist von einer Unwirksamkeit der Rücknahmeerklärung erst auszugehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Rechtsmittelführer nicht dazu in der Lage war, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Erklärung zu erfassen.

2. Verbleiben Zweifel an seiner prozessualen Handlungsfähigkeit des Angeklagten, geht dies zu seinen Lasten (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 341).

**262. BGH 4 StR 361/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Frankenthal)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung in einem freisprechenden Urteil: Gesamtwürdigung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Die revisionsrechtliche Prüfung der Beweiswürdigung beschränkt sich allein darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn sie widersprüchlich, unklar oder

lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr). Rechtsfehlerhaft ist es regelmäßig auch, wenn sich der Tatrichter bei seiner Beweiswürdigung darauf beschränkt, die einzelnen Belastungsindizien gesondert zu erörtern und auf ihren Beweiswert zu prüfen, ohne eine Gesamtabwägung aller für und gegen die Täterschaft sprechenden Umstände vorzunehmen.

2. Allerdings können und müssen die Gründe auch eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweiserheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalls ab; dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweisumstände erübrigt. Insbesondere wenn das Tatgericht auf Freispruch erkennt, obwohl nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss es jedoch in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung die ersichtlich möglicherweise wesentlichen gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in einer Gesamtwürdigung betrachten (vgl. BGH wistra 2007, 18, 19).

**270. BGH 4 StR 483/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015 (LG Paderborn)**

Begründung der Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle (erforderliche inhaltliche Beteiligung des Urkundsbeamten).  
§ 345 Abs. 2 StPO

Wird die Revision zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle begründet, muss sich der Urkundsbeamte an der Anfertigung der Begründung gestaltend beteiligen und die Verantwortung für ihren Inhalt übernehmen. Daran fehlt es, wenn der Rechtspfleger als bloße Schreibkraft des Angeklagten tätig wird und vom Angeklagten vorgegebene Rügen ungeprüft übernimmt. Auch bei einem Juristen als Angeklagtem darf der Urkundsbeamte nicht als bloße Schreibkraft tätig werden.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**212. BGH 1 StR 373/15 – Urteil vom 27. Oktober 2015 (LG Mannheim)**

BGHSt; Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall (Steuerverkürzung im großen Ausmaß: einheitliche Wertgrenze von 50.000 Euro, keine Differenzierung nach Gefährdung des Steueranspruchs oder dem Eintritt des Vermögensschadens beim Staat, keine Differenzierung nach der Art der Herbeiführung; Vorliegen eines besonders schweren Fall bei Erfüllung des Regelbeispiels: Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzel-

falls; Konkurrenzen bei Abgabe unterschiedlicher Steuererklärung; ausnahmsweise Tateinheit bei einheitlicher Erklärung); Umsatzsteuerhinterziehung („Strohmann“ als leistender Unternehmer und Steuerschuldner).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Abs. 4 AO; § 52 StGB; § 13a UStG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG

1. Ein großes Ausmaß im Sinne von § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO liegt bei jeder Steuerhinterziehung über 50.000 Euro vor (Fortentwicklung von BGHSt 53, 71). (BGHSt)

2. Der Senat hält nicht an seiner Rechtsprechung fest, wonach die Wertgrenze für eine Steuerverkürzung im großen Ausmaß bei 100.000 Euro liegt, wenn der Steuerpflichtige zwar eine Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) begeht, indem er eine unvollständige Steuererklärung abgibt, er dabei aber lediglich steuerpflichtige Einkünfte oder Umsätze verschweigt und allein dadurch eine Gefährdung des Steueranspruchs herbeiführt. (Bearbeiter)

3. Steuerhinterziehung und Betrug sind nicht uneingeschränkt vergleichbar (dazu näher BGHSt 58, 50, 54 ff. Rn. 12-18), weil die Steuerhinterziehung gegenüber dem Betrugstatbestand „strukturelle Unterschiede“ aufweist. § 370 Abs. 4 Satz 1 AO fordert für eine Steuerverkürzung lediglich eine nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig erfolgte Steuerfestsetzung, nicht aber den Eintritt eines Vermögensverlusts beim Fiskus. Das Gesetz unterscheidet damit in § 370 AO nicht zwischen der Gefährdung des Steueranspruchs und dem Eintritt des Vermögensschadens beim Staat. Vor diesem Hintergrund zwischen Gefährdungsschaden und eingetretenem Schaden zu differenzieren, ist deshalb nicht gerechtfertigt. Steht aber die Gefährdung des Steueranspruchs dem beim Fiskus eingetretenen Schaden bei der Tatbestandserfüllung qualitativ gleich, ist die Verdoppelung des Schwellenwerts bei dem sog. Gefährdungsschaden nicht zu begründen. (Bearbeiter)

4. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ ist erfolgsbezogen, weil es an der Höhe der verkürzten Steuer betragsmäßig anknüpft. Aus dem erfolgsbezogenen würde ein handlungsbezogenes Merkmal, wenn der das Regelbeispiel begründende, typischerweise erhöhte Unrechts- und Schuldgehalt nicht mehr aus dem Umfang des Taterfolgs, sondern aus der Art seiner Herbeiführung hergeleitet wird. Die Unterscheidung nach der Art und Weise der Hinterziehung von Steuern ist mit dem auf den Taterfolg abstellenden Regelbeispiel schon von seinem Wortlaut her nicht ohne Weiteres vereinbar. Die Art seines manipulativen Verhaltens findet ihren Platz bei der Gesamtwürdigung im Rahmen der Prüfung, ob die „Indizwirkung“ des Regelbeispiels entkräftet wird oder umgekehrt bei Nichterreichen der Wertgrenze ein unbenannter besonders schwerer Fall anzunehmen ist. (Bearbeiter)

5. Für den Tatrichter verbleibt auch bei einer einheitlichen Wertgrenze von 50.000 Euro ausreichend Spielraum, um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Hierzu hat der Senat in seiner Grundsatzentscheidung bereits angemerkt (BGHSt 53, 71, 88), dass die Bejahung bzw. Verneinung des Regelbeispiels in einem ersten Prüfungsschritt bei der Strafrahmenwahl bedeutet, dass – wie bei sonstigen Regelbeispielen auch – in einem zweiten Schritt zu prüfen ist, ob die Besonderheiten des Einzelfalls die Indizwirkung des Regelbeispiels entkräften. In diesem Zusammenhang spielen die vorgenannten handlungsbezogenen Gesichtspunkte eine entscheidende Rolle. In ihrem Licht hat der Tatrichter zu beurteilen, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels durchgreifen kann. (Bearbeiter)

6. Bei Bejahung eines Regelbeispiels verbleibt die Möglichkeit, innerhalb des Strafrahmens die konkrete Einzelstrafe wegen des Eintritts eines bloßen Gefährdungs-

schadens niedriger oder wegen eines Steuerverlusts höher anzusetzen; auch Geständnis, lange Verfahrensdauer, Nachzahlung der verkürzten Steuern, Steuerhinterziehungen, die sich erst nach Anwendung des Kompensationsverbots ergeben, der Aufbau besonderer unternehmerischer Strukturen, um den steuerunehrlichen Handel zu betreiben, raffinierte Manipulationen und Relation von Geschäftsvolumen und Steuerschaden, können als Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt werden. (Bearbeiter)

7. Auch ein Strohmännchen, der nach außen im eigenen Namen auftritt, im Verhältnis zum Hintermann jedoch auf dessen Rechnung handelt, kann leistender Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes sein. Vorgeschobene Strohmännchengeschäfte zwischen einem Strohmännchen und dem Leistungsempfänger sind hingegen dann umsatzsteuerrechtlich unbeachtlich, wenn sie nur zum Schein (vgl. § 41 Abs. 2 AO) abgeschlossen sind, mithin die Vertragsparteien – der Strohmännchen und der Leistungsempfänger – einverständlich oder stillschweigend davon ausgehen, dass die Rechtswirkungen des Geschäfts gerade nicht zwischen ihnen, sondern zwischen dem Leistungsempfänger und dem „Hintermann“ eintreten sollen (vgl. BGH NStZ 2015, 283, 285). (Bearbeiter)

#### **248. BGH 2 StR 525/13 – Urteil vom 23. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

BGHSt; Verfassungskonformität von Blankettstrafgesetzen mit Rückverweisklausel (Anforderungen des Bestimmtheitsgebots und des Demokratieprinzips); gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind (Verfassungsmäßigkeit; Begriff des Tabakerzeugnis; Begriff des oralen Gebrauchs); Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen; unerlaubtes Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Verfassungsmäßigkeit; Begriff des Arzneimittel: gesundheitsfördernde Wirkung); Verbotsirrtum (bedingtes Unrechtsbewusstsein); Normauslegung (Dokumentationen des Gesetzgebungsprozess als Auslegungshilfen).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 3 Abs. 1 VTabakG; § 20 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 VTabakG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 VTabakG; § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG; § 2 Abs. 1 AMG; § 95 Abs. 1 AMG; § 17 StGB

1. Nikotinhaltige Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten sind keine Arzneimittel, soweit sie nicht zur Raucherwöhnung bestimmt sind. Es handelt sich um Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind und dem Anwendungsbereich des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG unterliegen. Diese Strafnorm genügt dem Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht, auch soweit sie auf eine Rechtsverordnung mit Rückverweisklausel Bezug nimmt. (BGHSt)

2. Die Strafdrohung gegen das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind und gegen das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. (Bearbeiter)



3. Dem Gesetzgeber ist es nicht untersagt, in einem Blankettstrafgesetz die Beschreibung des Straftatbestandes durch Verweisung auf eine Regelung im gleichen Gesetz oder in Normen eines anderen rechtssetzenden Organs zu ersetzen (vgl. BVerfGE 14, 245, 252). Dabei sind Gesetze im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG auch Rechtsverordnungen, welche im Rahmen von Ermächtigungen ergangen sind, die den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG genügen (vgl. BVerfGE 51, 60, 73). Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen allerdings im Blankettstrafgesetz selbst oder in einer in Bezug genommenen gesetzlichen Regelung desselben parlamentarischen Gesetzgebers hinreichend deutlich umschrieben sein (vgl. BGHSt 59, 11, 15 f.). Verweist der Gesetzgeber im Rahmen einer Verweisungskette auch auf Rechtsverordnungen, muss er dafür Sorge tragen, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus dem Gesetz heraus voraussehbar sind. Dem Ordnungsgeber darf nur eine gewisse Spezifizierung des Tatbestandes überlassen werden (vgl. BVerfGE 37, 201, 209). (Bearbeiter)

4. Danach führt die Verweisung eines Blankettstrafgesetzes auf eine Rechtsverordnung mit Rückverweisungsvorbehalt nicht zur Verfassungswidrigkeit der Strafnorm. Der zusätzliche Schutz des Normadressaten kann nicht dahin verstanden werden, dass die Beschreibung strafbaren Handelns der Exekutive überlassen werde. (Bearbeiter)

5. Die Strafdrohung gegen gewerbsmäßiges Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, oder gegen Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen verstößt ebenso nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG. (Bearbeiter)

6. Die Strafdrohung gegen gewerbsmäßiges Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, oder gegen Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen ist schließlich auch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Eine unterschiedliche Behandlung solcher Tabakerzeugnissen gegenüber Tabakerzeugnissen, die zum Gebrauch durch Rauchen oder Kauen bestimmt sind, ist wegen ihrer Anziehungskraft auf Jugendliche und noch ungenügender Qualitätskontrolle beim Inverkehrbringen solcher Stoffe gerechtfertigt. (Bearbeiter)

7. § 3 Abs. 1 VTabakG setzt nicht voraus, dass die Tabakerzeugnisse im Sinne dieses Gesetzes selbst ganz oder teilweise aus Rohtabak bestehen. Erfasst werden nach dem Wortlaut des Gesetzes vielmehr auch Weiterverarbeitungsprodukte, die „unter Verwendung von Rohtabak“ hergestellt wurden. (Bearbeiter)

8. Weder Wortlaut, der Zweck der Norm noch der Wille des Gesetzgebers erfordern auch bei richtlinienkonformer Auslegung des § 3 VTabakG, dass der Begriff des Tabakerzeugnisses zum anderweitigen oralen Gebrauch auf Tabakprodukte zu beschränken ist, welche, wie Snustabak, in der Mundhöhle gehalten werden. (Bearbeiter)

9. Unter den Begriff des Präsentationsarzneimittels fallen nur solche Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die zur Anwendung im oder am menschlichen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung, Linderung oder Verhütung menschlicher Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG). Ein Erzeugnis erfüllt diese Merkmale, wenn es entweder ausdrücklich als Mittel mit solchen Eigenschaften bezeichnet oder empfohlen wird oder wenn sonst bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher, gegebenenfalls auch nur schlüssig, jedoch mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass das Produkt in Anbetracht seiner Aufmachung solche Eigenschaften haben müsse. (Bearbeiter)

10. Arzneimittel sind Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die zur Heilung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten bestimmt sind oder sich dazu eignen, physiologische Funktionen zu beeinflussen oder eine medizinische Diagnose zu ermöglichen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a AMG). Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung werden davon Stoffe nicht erfasst, deren Wirkungen sich auf eine Beeinflussung der physiologischen Funktionen des menschlichen Körpers beschränken, ohne dass sie geeignet wären, der Gesundheit unmittelbar oder mittelbar zuträglich zu sein. Deshalb können Erzeugnisse, die ausschließlich zu Entspannungs- oder Rauschzwecken konsumiert werden und zum Teil auch gesundheitsschädlich wirken, nicht als Funktionsarzneimittel eingestuft werden. (Bearbeiter)

11. Die genaue rechtliche Einordnung der Strafbarkeit seines Verhaltens braucht der Täter nicht zu kennen, damit ihm ein Unrechtsbewusstsein vorgehalten werden kann (vgl. BGHSt 52, 227, 239 f.). Es genügt das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche gesetzlichen Bestimmungen (vgl. BGHSt 58, 15, 28). (Bearbeiter)

12. Bei einem Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein weiß der Täter jedenfalls, dass ein Teil der vertretenen Rechtsauffassungen zur Annahme der Rechtswidrigkeit seiner Handlung führt. Er kann sich dann nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine zum anderen Teil vertretene Rechtsauffassung dies ablehnt. (Bearbeiter)

13. Der Wille des Gesetzgebers kann zwar im Einzelfall aus den Materialien eines Gesetzgebungsverfahrens entnommen und unter bestimmten Umständen zur Auslegung eines Gesetzes herangezogen werden. Das gilt aber nicht in gleicher Weise für eine nachträgliche Bemerkung eines einzelnen an der Gesetzgebung beteiligten Organs. (Bearbeiter)

#### **251. BGH 2 ARs 434/14 – Beschluss vom 23. Dezember 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren zum unerlaubtem Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Begriff des Funktionsarzneimittels: gesundheitsfördernde Wirkung); unerlaubtes Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen (Kräutermischung).

§ 132 Abs. 1 GVG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG; § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 52 VTabakG

Der Senat stimmt mit dem 5. Strafsenat darin überein, dass der Begriff des Funktionsarzneimittels auch voraussetzt, dass das Mittel – unbeschadet eventueller gesundheitsschädlicher Nebenfolgen – jedenfalls unter anderem auch eine positive Wirkung auf die Gesundheit hat oder haben soll.

### **281. BGH 5 StR 510/13 – Beschluss vom 19. Februar 2014 (LG Hamburg)**

Betrug (Schaden bei Risikogeschäften: wirtschaftliche Bestimmung, Darstellung im Urteil; subjektiver Schadenseinschlag: Voraussetzungen).

§ 263 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Inwieweit die Grundsätze des subjektiven Schadeneinschlags angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 126, 170), wonach normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen, in Teilen einer Korrektur bedarf, muss der Senat hier nicht entscheiden.

2. Bei Bestehen eines der Leistung entsprechenden objektiven Gegenwertes des seitens des Getäuschten erlangten Anlagegegenstands kann nur dann aufgrund des subjektiven Schadeneinschlags gleichwohl ein Vermögensschaden eintreten, wenn der objektive Wert des Erlangten für den Erwerber nicht realisierbar ist, weil es ihm unmöglich (oder unzumutbar) ist, diesen in Geld umzusetzen, und ihm der erworbene Anlagegegenstand auch keinen vermögensmäßig beachtlichen Gebrauchsvorteil verschafft. Soweit das Erlangte hingegen einen für jedermann realisierbaren Geldwert aufweist, scheidet danach ein Vermögensschaden unabhängig von Aspekten des persönlichen Schadeneinschlags in jedem Fall aus.

3. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB tritt 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, vgl. BGHSt 53, 199, 201). Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Vertrages verleitet (Eingehungsbetrug), sind bei der für die Schadensfeststellung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen. Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein Negativsaldo zu seinem Nachteil ergibt (vgl. BGHSt 16, 220, 221).

4. Ist der Getäuschte ein Risikogeschäft eingegangen, kommt es für die Bestimmung des Schadens maßgeblich auf die täuschungs- und irrumsbedingte Verlustgefahr an. Ein nur drohender, ungewisser Vermögensabfluss stellt erst dann einen Schaden dar, wenn der wirtschaftliche Wert des gefährdeten Vermögens bereits gesunken ist (vgl. BGHSt 53, 199, 202 f.). Dies ist der Fall, wenn der Geldwert des seitens des Getäuschten erworbenen Anspruchs infolge der Verlustgefahr geringer ist als derjenige der eingegangenen Verpflichtung. Dieser Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter wirtschaftli-

cher Betrachtungsweise zu bestimmen und entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 126, 170, 229;) konkret festzustellen sowie gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern (vgl. BGH wistra 2013, 20).

5. Dazu ist das zum Verfügungszeitpunkt bestehende Verlustrisiko anhand des vorhandenen Unternehmensvermögens und der in Anbetracht der Pläne des Täters zu prognostizierenden Unternehmensentwicklung mit sachverständiger Hilfe nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen darzulegen (vgl. BVerfGE 126, 170, 224, 230 f.).

### **217. BGH 1 StR 465/14 – Urteil vom 28. Oktober 2015 (LG München I)**

Steuerhinterziehung (Anforderungen an die Darstellung der hinterzogenen Steuern im Urteil); Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Beihilfeperspektive: Strafzumessung: Höhe der Steuern, deren Hinterziehung durch die Beihilfehandlung tatsächlich gefördert wurde); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 StPO; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

1. Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) reicht es regelmäßig nicht aus, dass die den Straftatbestand ausfüllende steuerrechtliche Norm bezeichnet und die Summe der verkürzten Steuern in den Urteilsgründen mitgeteilt wird. Vielmehr müssen die Urteilsgründe gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO für jede Steuerart und jeden Besteuerungszeitraum unter Gesichtspunkten so klare Feststellungen treffen, dass sowohl die dem Schuldspruch zugrunde liegenden steuerrechtlichen Gesichtspunkte als auch die Berechnung der verkürzten Steuern der Höhe nach erkennbar werden (st. Rspr.). Dazu gehören jedenfalls diejenigen Tatsachen, die den staatlichen Steueranspruch begründen, und diejenigen Tatsachen, die für die Höhe der geschuldeten und der verkürzten Steuern von Bedeutung sind (vgl. BGH wistra 2015, 476).

2. Die auf den festgestellten Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und daher Aufgabe des Tatgerichts (vgl. BGH NSz 2001, 200 f.), die für das Revisionsgericht nachvollziehbar sein muss. Den der Berechnungsdarstellung zukommenden Aufgaben kann nicht durch Bezugnahmen auf Betriebsprüfungsberichte, Steuererklärungen o.ä. entsprochen werden.

3. Bei Beihilfe zur Steuerhinterziehung ist für die Bemessung der Strafe des Gehilfen das im Gewicht seines Tatbeitrages zum Ausdruck kommende Maß seiner Schuld maßgeblich; dabei ist auch zu berücksichtigen, inwieweit Umfang und Folgen der Haupttat ihm zuzurechnen sind (vgl. BGH wistra 2000, 463 mwN). Denn die Strafe jedes einzelnen Tatbeteiligten einer Steuerhinterziehung bestimmt sich – wie auch sonst – nach dem Maß seiner individuellen Schuld. Hieraus folgt, dass sich im Falle der Verurteilung wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung aus

dem Urteil auch ergeben muss, in welcher Höhe die eingetretene Steuerverkürzung vom Gehilfen gefördert wurde. Hat der Haupttäter unabhängig vom Gehilfenbeitrag weitere Steuern verkürzt, muss sich das Urteil auch zum Ausmaß dieser Verkürzung verhalten, wenn diese beim Gehilfen strafscharfend gewertet werden soll (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 311, 312).

**219. BGH 1 StR 530/15 – Beschluss vom 20. Januar 2016 (LG Krefeld)**

Hinterziehung von Tabaksteuer durch Einfuhr auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Verhältnis zu einer Steuerhehlerei der Tabakwaren im EU-Ausland: Tatmehrheit).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 21 Abs. 1 TabStG; § 374 Abs. 1 AO; § 53 StGB

Verschafft sich ein Täter in einem anderen Mitgliedsstaat Tabakwaren, hinsichtlich deren bei der Einfuhr in das Zollgebiet der Europäischen Union Einfuhrabgaben hinterzogen wurden, und führt er diese Tabakwaren nach Deutschland ein, stehen die durch Unterlassen begangene Hinterziehung deutscher Tabaksteuer und die zuvor im Ausland durch aktives Tun begangene Steuerhehlerei im Verhältnis der Tatmehrheit nach § 53 StGB (vgl. BGH NStZ 2009, 159)

**228. BGH 2 StR 172/15 – Urteil vom 5. August 2015 (LG Fulda)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitgebers; Strafzumessung: Bestimmung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge, Lohnzahlung aufgrund Schwarzgeldabrede als Nettoarbeitsentgelt).

§ 266a Abs. 1, 2 StGB; § 46 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV

1. Arbeitgeber im Sinne des § 266a StGB ist derjenige, dem gegenüber der Arbeitnehmer zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet ist und zu dem er in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 246, 247). Das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu bestimmen, die einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen sind. In diese Gesamtbetrachtung sind insbesondere die Frage des Bestehens eines umfassenden Weisungsrechts, das Inhalt, Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit umfasst, die Gestaltung des Entgelts und seine Berechnung, Art und Ausmaß der Einbindung in den Betriebsablauf des Ar-

beitgeberbetriebes sowie die Festlegung des täglichen Beginns und des Endes der konkreten Tätigkeit einzustellen. Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in dem genannten Sinne kann insbesondere das Vorliegen eines umfassenden Weisungsrechts, die Bestimmung der Arbeitszeiten und die Bezahlung nach festen Entgeltsätzen sowie der Umstand sprechen, dass der Arbeitnehmer kein unternehmerisches Risiko trägt.

2. Der Schuldumfang bei Straftaten der Beitragsvorenthaltung gemäß § 266a Abs. 1 und 2 StGB im Rahmen von illegalen, aber versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen bestimmt sich nach dem nach sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben zu ermittelnden Bruttoentgelt und der hieran anknüpfenden Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge (vgl. BGHSt 53, 71, 75). Vorenthalten im Sinne des § 266a StGB sind die nach den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften tatsächlich geschuldeten Beiträge.

3. Nach der in § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV enthaltenen Fiktion gilt in Fällen, in denen im Rahmen eines illegalen Beschäftigungsverhältnisses, also einem Beschäftigungsverhältnis, in dem zentrale arbeitgeberbezogene Pflichten des Sozialversicherungsrechts bedingt vorsätzlich verletzt und Steuern sowie Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt werden, ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart. Die Lohnzahlung aufgrund einer „Schwarzlohnabrede“ entspricht mithin bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise dem Nettoarbeitsentgelt eines legalen Beschäftigungsverhältnisses (vgl. BGHSt 53, 71, 77).

**227. BGH 2 StR 165/15 – Urteil vom 25. November 2015 (LG Rostock)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln unter Mitführen einer Schusswaffe (Voraussetzungen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 StGB

Ein Mitsichführen von Waffen beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln liegt vor, wenn der Täter eine Schusswaffe bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Der Wille des Täters, die Waffe im Fall eines Übergriffs Dritter im Zusammenhang mit dem Drogenhandel oder des Zugriffs von Ermittlungsbeamten tatsächlich einzusetzen, ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr das Bewusstsein der Verfügbarkeit der Waffe.

# Die verschleierte Zeugin in der Hauptverhandlung

Von Prof. Dr. Nina Nestler, Universität Bayreuth\*

## I. Einführung

Spätestens seit November 2015 ist die politische Debatte um ein sog. Verschleierungsverbot<sup>1</sup> in Deutschland (von Neuem<sup>2</sup>) entbrannt.<sup>3</sup> Auslöser war unter anderem die Gerichtsverhandlung in einer scheinbar unbedeutenden Sache am AG München. Der Vorsitzende hatte eine Zeugin aufgefordert, ihr „Gesicht zu zeigen. Die Muslima weigert sich – religiöse Gründe. Der Richter knickt ein.“<sup>4</sup> Kann der Vorsitzende darauf bestehen, dass die Zeugin ihren Vollgesichtsschleier<sup>5</sup> ablegt, und sein Anliegen notfalls zwangsweise durchsetzen?

\* Für wertvolle Hinweise zum islamischen Recht danke ich Herrn Dr. Christoph Zehetgruber, wissenschaftlicher Assistent und Habilitand an der Universität Bayreuth.

<sup>1</sup> Im Gegensatz zu Verschleierung verlangt der Begriff der Vermummung (i.S.d. § 17a Abs. 2 Nr. 1 VersG) nach ganz h.M. nicht nur eine Eignung zur Verhinderung der Identitätsfeststellung, sondern auch eine dahingehende Absicht; vgl. Erbs/Kohlhaas/Wache 205. Aufl. (2015), § 17a VersG Rn. 7; MüKo/Altenhain/Tölle 2. Aufl. (2013), § 27 VersG Rn. 23. Die Aufmachung muss aus der Sicht eines unabhängigen Dritten eindeutig den Zweck haben, die Identifizierung zu vereiteln.

<sup>2</sup> Soweit ersichtlich wurde die Debatte in Deutschland mit der Einführung des Verbots in Frankreich zum ersten Mal aufgegriffen, vgl. etwa <http://www.welt.de/politik/ausland/article7419075/Koch-Mehrin-will-europaweites-Burka-Verbot.html> (Stand aller URLs: 29.2.2016).

<sup>3</sup> Bspw. fordern neuerdings CDU und vor allem CSU wieder ein Verschleierungsverbot, vgl. <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/burka-und-niqab-die-csu-will-die-vollverschleierung-verbieten/12620450.html>; <http://www.n-tv.de/politik/CSUfordert-Verbot-von-Burka-und-Niqab-article16400541.html>. Vollverschleierungsverbote existieren bspw. in Belgien und Frankreich. Siehe auch EGMR NJW 2014, 2925, 2932: Es gebe „unter den Mitgliedstaaten des Europarats keine gemeinsame Auffassung über das Tragen des Gesichtsschleiers in der Öffentlichkeit ... Anders, als ein Drittbeteiligter meint, gibt es in der Tat keinen europäischen Konsens gegen ein Verbot. ... Das Tragen des Gesichtsschleiers in der Öffentlichkeit ist oder war aber Gegenstand der Diskussion in mehreren europäischen Ländern“.

<sup>4</sup> So titelt etwa die BILD-Zeitung: <http://www.bild.de/regional/muenchen/kommentar/zum-burka-prozess-4344-0178.bild.html>.

<sup>5</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf die Vollverschleierung, die das Gesicht der Zeugin vollständig verhüllt (insbesondere Burka und Niqab). Ausdrücklich ausgenommen sind Teilverschleierungsformen wie bspw. Hidschab oder Al-Amira.

Diese Frage stellt sich im Strafprozess nicht aus ideologischen oder religiösen, sondern aus verfahrens- und verfassungsrechtlichen Gründen. Darauf, ob eine Vollverschleierung bspw. durch die Burka „nicht in unser Weltbild“ passt<sup>6</sup>, kommt es hierbei also nicht an. Maßgeblich sind vielmehr allein diejenigen Verfahrensgrundsätze und -garantien, die unser strafprozessuales Verfahren gegenüber dem Angeklagten zu einem rechtsstaatlichen Verfahren machen. Dieser Beitrag nimmt sich daher in erster Linie Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz, das Legalitätsprinzip, aber auch den Grundsatz des fairen Verfahrens zum Ausgangspunkt.

## II. Vollverschleierung und Verfahren der Zeugenvernehmung

### 1. Pflicht zum „Erscheinen“ vor Gericht, § 48 Abs. 1 S. 1 StPO

Gem. § 48 Abs. 1 S. 1 StPO haben Zeugen die Pflicht, zu dem zu ihrer Vernehmung bestimmten Termin vor Gericht zu „erscheinen“. Die Vorschrift konkretisiert damit eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht<sup>7</sup> und dient zugleich der Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes insofern, als das Erscheinen Grundvoraussetzung für die Erhebung der Beweise durch das Gericht selbst ebenso wie für die Wahrung des Vorrangs des Personalbeweises ist.<sup>8</sup> Aus diesen Gründen kann jene Pflicht im Strafverfahren<sup>9</sup> notfalls sogar mit Zwang durchgesetzt werden, vgl. § 51 StPO.

Fraglich ist, ob die Anwesenheit einer mit Burka verschleierten Zeugin als Erscheinen i.d.S. gelten kann. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird synonym hierfür meist der Ausdruck „sich sehen lassen“ verwendet. Der Duden umschreibt die Bedeutung des Terminus mit „sichtbar,

<sup>6</sup> So die WELT: <http://www.welt.de/politik/deutschland/article147964671/Vollverschleierung-passt-nicht-in-unser-Weltbild.html>.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1979, 32; Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. (2014), § 26 Rn. 11; Volk/Engländer Grundkurs StPO, 8. Aufl. (2013), § 21 Rn. 5.

<sup>8</sup> Zum (aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz folgenden) Vorrang des Personalbeweises siehe bereits BGH NJW 1954, 1415; BGH NJW 1961, 327; Meyer-Göfner/Schmitt 59. Aufl. (2015), § 250 StPO Rn. 2.

<sup>9</sup> Vgl. aber für das Verfahren vor den Zivilgerichten § 386 Abs. 3 ZPO.

wahrnehmbar werden“ und „sich zeigen“.<sup>10</sup> Schon dies legt ein unverschleiertes Auftreten nahe.

Dass tatsächlich mehr zu fordern ist, als die bloße körperliche Anwesenheit, liegt im Vergleich mit anderen Regelungen nicht allzu fern. So gilt bspw. für den Angeklagten im Rahmen des § 230 StPO, dass er nicht nur körperlich präsent und verhandlungsfähig sein, sondern darüber hinaus seine Anwesenheit auch zu erkennen geben muss.<sup>11</sup> Zu erkennen gibt sich aber nur, wer sich offenbart oder beweist.<sup>12</sup>

Auch der Wortlaut des § 48 Abs. 1 S. 1 StPO im Übrigen legt eine solche Deutung nahe, da die Norm von „ihrer“ Vernehmung spricht, d.h. der Vernehmung keiner anderen als der geladenen Zeugen. Das wiederum setzt die Erkennbarkeit für das Gericht voraus, dass es sich um die richtigen Personen handelt. Selbst der zeugnisverweigerungsrechtliche Zeuge ist verpflichtet, einer solchen Ladung Folge zu leisten, sofern er nicht vorab durch richterliche Entscheidung von der Erscheinenspflicht entbunden worden ist.<sup>13</sup> Um eine Preisgabe seiner Identität kommt der Zeuge für das Erscheinen i.S.d. § 48 Abs. 1 StPO also nicht herum.

§ 48 Abs. 1 StPO trifft jedoch keine Bestimmung darüber, auf welche Weise dies zu geschehen hat. Bei einem weiten Begriffsverständnis kann es hierfür sogar ausreichen, dass sich der Betreffende auf Nachfrage schlicht meldet. Abgesehen davon statuiert § 48 Abs. 1 StPO allein keine weitere Mitwirkungs- oder Duldungspflicht. Gegen eine Überspannung der Anforderungen an das Erscheinen lässt sich zudem einwenden, dass es dem Zeugen nach § 58 Abs. 2 StPO nur in bestimmten Fällen abverlangt werden kann, eine Gegenüberstellung zu dulden.<sup>14</sup> Dies bedarf einer gesonderten Anordnung und wird nicht bereits von der Ladung mit umfasst.<sup>15</sup> In der Lit. herrscht daher auch die Auffassung vor, dass der Zeuge aus § 48 Abs. 1 StPO nicht verpflichtet ist, bestimmte Kleidung anzulegen.<sup>16</sup> Für das Erscheinen i.d.S. wird es deshalb ausreichen, wenn der betreffende Zeuge anwesend ist, dies dem Gericht anzeigt und auf Verlangen seine Identität – gleich auf welche Art und Weise – bestätigt. Die Verschleierung abzulegen, verlangt das Erscheinen gem. § 48 Abs. 1 StPO demgegenüber nicht zwingend.

<sup>10</sup> So die Bedeutungserläuterung bei Duden Online, <http://www.duden.de/rechtschreibung/erscheinen>.

<sup>11</sup> KK-StPO/Gmel, 7. Aufl. (2013), § 230 StPO Rn. 3; LR/Becker, 26. Aufl. (2009), § 230 StPO Rn. 7; SSW/Grube, 2. Aufl. (2014), § 230 StPO Rn. 6.

<sup>12</sup> Vgl. Duden Online, <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/sich%20zu%20erkennen%20zu%20geben>.

<sup>13</sup> KK-StPO/Senge (Fn. 11), § 48 StPO Rn. 2.

<sup>14</sup> KMR/Neubeck, 59. Aufl. (2010), Vor § 48 StPO Rn. 10, SK-StPO/Rogall, 5. Aufl. (2014), Vor § 48 StPO Rn. 140 (Nebenpflicht).

<sup>15</sup> LG Hamburg MDR 1985, 72; BeckOK-StPO/Huber, 23. Ed. (2015), § 58 StPO Rn. 6; wohl auch SK/Rogall (Fn. 14), Vor § 48 Rn. 140.

<sup>16</sup> LR/Ignor/Bertheau, 26. Aufl. (2008), Vor § 48 StPO Rn. 17, 26 (in der Voraufgabe noch: „zwecks Identifizierung anzulegen“).

## 2. Identifikationspflicht, § 68 StPO

### a) Grundsätzliches Identifikationserfordernis, § 68 Abs. 1 S. 1 StPO

Gem. § 68 Abs. 1 StPO beginnt die Vernehmung des Zeugen damit, dass dieser über Vornamen, Nachnamen, Geburtsnamen, Alter, Beruf und Wohnort befragt wird. Diese Feststellung der Personalien muss „sorgfältig“<sup>17</sup> erfolgen, da die – als bloße Ordnungsvorschrift zu verstehende<sup>18</sup> – Norm nicht nur Personenverwechslungen verhindern, sondern darüber hinaus auch eine belastbare Grundlage für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen sowie der Glaubhaftigkeit der Aussage schaffen soll.<sup>19</sup> Eine Personenkontrolle bleibt unabdingbar zur Verhinderung von Verwechslungen, lässt sich jedoch ohne Mitwirkung des zu Identifizierenden kaum effektiv durchführen. Ähnlich wie § 48 Abs. 1 S. 1 StPO konkretisiert § 68 Abs. 1 StPO damit zwar den Unmittelbarkeitsgrundsatz. Letztgenannte Vorschrift geht jedoch insofern weiter, als sie über das Erscheinen hinaus ein aktives Tätigwerden des Zeugen zur Beförderung der Identitätsfeststellung fordert.

Nun ist fraglich, wie weit diese durch § 68 Abs. 1 StPO begründete Mitwirkungspflicht reicht. Die Regelung verlangt dem Zeugen ab, die zur Feststellung seiner Identität notwendigen Angaben zu machen bzw. diese auf Nachfrage zumindest verbal zu bestätigen. Nicht ausreichend ist demgegenüber die bloße Vorlage des Personalausweises.<sup>20</sup> Zu der nach § 68 Abs. 1 StPO erforderlichen Mitwirkung gehört es aber auch, Maßnahmen zu unterlassen oder zu beseitigen, die eine Verifizierung der Personenangaben durch das Gericht ausschließen oder wesentlich erschweren.<sup>21</sup> Verschleierungen, die eine Feststellung der Identität gem. § 68 Abs. 1 StPO verhindern, müssen daher zumindest gegenüber dem Gericht und für die Dauer der Identitätsfeststellung abgenommen werden. Nichts anderes gilt schließlich für sonstige Verhüllungen oder Masken, die den Zeugen unkenntlich machen.

Zwar enthält auch hier das Gesetz keine weiteren Hinweise darauf, ob nicht auch andere Methoden als der Lichtbildabgleich zur Identitätsfeststellung zulässig sind. Eine mögliche Alternative bestünde etwa darin, die Iden-

<sup>17</sup> BeckOK-StPO/Monka (Fn. 15), § 68 StPO Rn. 1.

<sup>18</sup> KK-StPO/Senge (Fn. 11), § 68 StPO Rn. 1.

<sup>19</sup> BeckOK-StPO/Monka (Fn. 15), § 68 StPO Rn. 1; Pfeiffer, 5. Aufl. (2005), § 69 StPO Rn. 1; siehe dazu auch BGH NJW 1986, 1999.

<sup>20</sup> Ähnlich gilt auch für den Betroffenen im OWi-Verfahren, dass die bloße Vorlage des Personalausweises gerade nicht genügt. Dies folgt aus der sich auf § 71 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 243 Abs. 2 S. 1 StPO stützenden Mitwirkungspflicht, auf deren Grundlage sich das Gericht zumindest anhand eines Vergleichs des amtlichen Lichtbildes mit der erschienenen Person davon zu überzeugen hat, dass der zum Termin geladene Betroffene auch wirklich selbst anwesend ist; so OLG Hamm NStZ-RR 2008, 87.

<sup>21</sup> Den Tatbestand des § 111 OWiG kann sogar ein bloßes Unterlassen erfüllen, vgl. KK-OWiG/Rogall, 4. Aufl. (2014), § 111 OWiG Rn. 52 sowie BeckOK-OWiG/Bock, 9. Aufl. (2015), § 111 OWiG Rn. 28.

tität anhand des Fingerabdrucks zu bestätigen.<sup>22</sup> Falls solche Daten aber nicht zur Verfügung stehen oder die technischen Möglichkeiten vor Ort begrenzt sind, kommt derartiges schon aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht.<sup>23</sup> Ein Ausweichen auf andere Maßnahmen zur Identitätsfeststellung verhinderte zudem, dass die notwendige Grundlage für die spätere Glaubhaftigkeitsbeurteilung geschaffen werden kann<sup>24</sup>, und muss schon deswegen ausscheiden – jedenfalls sofern man § 68 StPO diese Funktion zugestehen will. Es bleibt also bei der Sichtkontrolle.

**b) Einschränkungen und Ausnahmen gem. § 68 Abs. 2, Abs. 3 StPO**

Möglicherweise lässt § 68 Abs. 2, Abs. 3 StPO Ausnahmen zugunsten der mit einer Burka verschleierten Zeugin zu. Dies erscheint jedoch bereits prima facie schief: Die Ausnahmeregelungen gestatten dem Zeugen, (Teile

der) Personalangaben nicht zu machen. Im Fall der vollverschleierten Zeugin geht es jedoch nicht um die Offenbarung der Identität an sich, sondern lediglich um die visuelle Überprüfung der (mündlich) bereits preisgegebenen Information.<sup>25</sup>

Tatsächlich bestätigt eine differenziertere Analyse der Vorschriften, dass diese keine Ausnahmen zugunsten eines Vollgesichtsschleiers erlauben. Gem. § 68 Abs. 2 StPO soll es einem Zeugen gewährt werden, statt des Wohnorts seinen Geschäfts- oder Dienstort anzugeben, wenn ein begründeter Anlass zu der Besorgnis besteht, dass durch diese Angabe Rechtsgüter entweder der Zeugin selbst oder einer anderen Person gefährdet würden. Denkbar wäre allenfalls ein Vorgehen nach § 68 Abs. 2 StPO analog zum Schutz der Religionsausübungsfreiheit der Zeugin, Art. 4 Abs. 2 GG.<sup>26</sup> Bislang herrscht in der Rspr. allerdings die Auffassung vor, dass § 68 Abs. 2 StPO einer Ausdehnung auf andere Personalangaben als diejenige des Wohnorts im Wege einer Analogie nicht zugänglich ist.<sup>27</sup> § 68 StPO will die Identifikation des Zeugen gewährleisten. Je mehr der in § 68 Abs. 1 StPO genannten Parameter der Zeuge nicht nennt, desto größer ist das Risiko einer Personenverwechslung. Vorliegend geht es aber nicht lediglich um das Verschweigen einzelner Personalangaben, sondern sogar um das völlige Nichtoffenbaren des äußeren Erscheinungsbilds u.a. zum Zweck der Identifikation. Dass diesbezüglich eine Analogie zu § 68 Abs. 2 StPO dem Sinn der Regelung völlig zuwiderliefe, liegt auf der Hand.

Auch § 68 Abs. 3 StPO hilft der Zeugin nicht. Nach dieser Vorschrift kann einem Zeugen gestattet werden, Angaben zur Person nicht zu machen, wenn begründeter Anlass zu der Besorgnis besteht, dass durch Offenbarung der Identität bzw. des Wohn- oder Aufenthaltsorts Leben, Leib oder Freiheit des Zeugen oder einer anderen Person gefährdet wird. Im vorliegenden Fall geht es nun nicht aber um Leben oder körperliche Unversehrtheit der Zeugin<sup>28</sup>, sondern um ihre Religionsausübungsfreiheit. Dabei ist schon zweifelhaft, ob Freiheit i.S.d. § 68 Abs. 3 StPO nicht lediglich die körperliche Fortbewegungsfreiheit und gerade nicht die Freiheit der Willensentschließung meint.<sup>29</sup> Gestützt wird diese Deutung auf das Argument, ein weiteres Verständnis verbiete insbesondere das Symmetrieerfordernis im Hinblick auf die anderen genannten Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit.<sup>30</sup>

Aber selbst wenn man die Freiheit der Religionsausübung in den Schutzbereich des § 68 Abs. 3 StPO einbeziehen wollte, so hilft die Rechtsfolge der mit Burka verschleierten Zeugin nicht. Gestattet werden kann lediglich, Angaben zur Person nicht oder nur über eine frühere Identität zu machen. Nicht verzichtet werden darf –

<sup>22</sup> Bei einer Weigerung des Zeugen zur Personalienangabe soll die „Identität des Zeugen ... in diesem Fall mit Hilfe seiner Ausweispapiere oder durch Zeugenvernehmung festzustellen“ sein, so KMR/Neubeck (Fn. 14), § 68 StPO Rn. 2. Dies ist bei der vollverschleierten Zeugin allerdings nicht hilfreich, da nach wie vor das Gesicht unkenntlich ist und etwaig gemachte Angaben somit nicht verifiziert werden können. Denkbar ist vorliegend bspw. die Prüfung der Identität durch eine weibliche Justizangehörige in einem Nebenraum, was anschließend wiederum durch deren entsprechendes Zeugnis vor Gericht bestätigt werden müsste.

<sup>23</sup> Artkämper (Die „gestörte“ Hauptverhandlung, 4. Aufl. 2013), S. 175 weist zu Recht darauf hin, dass man mit der Problematik schon bei Betreten des Gerichtsgebäudes rechnen muss (verschärfte Zugangskontrollen z.B. in Bayern). Nichts anderes gilt letztlich etwa auch bei einem Grenzübertritt, bei dem die Vollverschleierung (ggf. in einem Nebenraum) auf der Grundlage von Art. 7 des Schengener Grenzkodex ebenfalls abgelegt werden muss. Vgl. auch Bader NJW 2007, 2965 zum Fall einer auf Grund ihrer Bekleidung nicht mehr erkennbaren Schöffin, selbst wenn ein Ganzkörpererschleier aus religiösen Gründen getragen wird. Der Vorsitzende soll hier einschreiten müssen, da sonst nicht mehr überprüft werden kann, ob es sich um den gesetzlichen Richter handelt. Eine solche Kleidung würde Baders Auffassung nach auch den Grundsatz der Öffentlichkeit verletzen. Für den vorliegenden Fall einer vollverschleierten Zeugin wird eine (anders als bei Richtern und Schöffen jedenfalls nicht evidente) Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes aus Raumgründen hier nicht näher betrachtet – zumal ein als Abhilfe denkbarer Ausschluss der Öffentlichkeit der Zeugin wenig nützt, wenn nach wie vor die Verfahrensbeteiligten anwesend bleiben, vgl. §§ 171a ff GVG. Die wesentliche Bedeutung des in § 169 GVG normierten Grundsatzes liegt darin, das öffentliche Vertrauen in die Rspr. zu festigen, die Verantwortung der Rechtspflegeorgane zu heben und der Möglichkeit vorzubeugen, dass sachfremde Umstände auf Gericht und Urteil Einfluss gewinnen, so Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht (Fn. 7), § 47 Rn. 1: „Unberührtheit des Richterspruchs von sachfremden Einflüssen“. Die Öffentlichkeit einer Hauptverhandlung setzt daher voraus, dass grds. jede Person die Möglichkeit hat, von ihrer Durchführung Kenntnis zu erlangen sowie an dieser als Zuhörer und Zuschauer teilzunehmen; vgl. BGH NStZ 1982, 476; BGH NStZ 1989, 1741; BVerfG NJW 2002, 814; LR/Wickern, 26. Aufl. (2010), Vor § 169 GVG Rn. 8, § 169 Rn. 19. Jedenfalls dies wäre im Fall der vollverschleierten Zeugin gewährt.

<sup>24</sup> Siehe zu Glaubhaftigkeitsbeurteilung und Beweiswürdigung unten Abschn. III. 2. b.

<sup>25</sup> Vgl. Fn. 22.

<sup>26</sup> Eingehend dazu unten Abschn. III. 3.

<sup>27</sup> BGHSt 32, 128; KK-StPO/Senge (Fn. 11), § 68 StPO Rn. 7; HK/Habetha, 5. Aufl. (2013), § 68 StPO Rn. 5; SK-StPO/Rogall (Fn. 14), § 68 StPO Rn. 20.

<sup>28</sup> Siehe aber zu etwaigen Repressalien Abschn. II. 3. a (1).

<sup>29</sup> So etwa SK-StPO/Rogall (Fn. 14), § 68 StPO Rn. 37; Zacharias Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 272; a.A. Böttcher FS Schüler-Springorum, S. 549.

<sup>30</sup> SK-StPO/Rogall (Fn. 14), § 68 StPO Rn. 37.

wiederrum bereits zur Vermeidung von Personenverwechslungen – auf die Identitätsfeststellung an sich. Das Gericht muss also zumindest optisch die Möglichkeit haben, sich darüber zu vergewissern, welche Person als Zeuge im Zeugenstand sitzt. Durch § 68 Abs. 3 StPO nicht ausgeschlossen wird letztlich auch ein lediglich optischer Abgleich mit einem etwaig vom Zeugen vorhandenen Lichtbild, ohne dass dazu weitere Angaben gemacht werden. Just aus diesem Grund gestattet nach z.T. vertretener Ansicht § 68 Abs. 3 StPO allein auch nicht die Vernehmung eines optisch und akustisch abgeschirmten Zeugen.<sup>31</sup>

Dieser beschränkten Reichweite des § 68 Abs. 2, Abs. 3 StPO liegt insgesamt folgende Überlegung zugrunde: § 68 StPO will in erster Linie Identität und Personalien des Zeugen sicherstellen, um Personenverwechslungen auszuschließen. Die Norm bezweckt damit insbesondere keine Einschränkungen hinsichtlich der Beweiswürdigung. Das folgt bereits aus der Stellung des § 68 StPO eben gerade nicht im Abschnitt über die Beweisaufnahme, sondern lediglich bei den allgemeinen Vorschriften und ohne unmittelbaren systematischen Zusammenhang mit §§ 244, 261 StPO. Allein aus § 68 Abs. 2, Abs. 3 StPO die Zulässigkeit der Vernehmung von Zeugen hinter Schattenswänden oder in verschleierter Gestalt zu folgern, würde Ratio und Regelungsgehalt der Vorschrift auf eine von ihr nicht erfasste Materie überdehnen.<sup>32</sup>

### 3. Audio-visuelle Vernehmung, § 247a StPO

Besteht die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, wenn er in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden vernommen wird, so kann das Gericht gem. § 247a Abs. 1 S. 1 StPO anordnen, dass der Zeuge sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. Daher bleibt zu klären, ob der Vorsitzende auf Grundlage von § 247a StPO (ggf. analog) das Tragen des Vollgesichtsschleiers hinnehmen muss. Nun entspricht die Zeugin in Burka sicher nicht der Situation, die der Gesetzgeber bei Schaffung des § 247a StPO vor Augen hatte.<sup>33</sup> Der historische

Hintergrund ebenso wie die Ratio der Norm stehen daher zumindest prima facie ihrer Ausdehnung auf den vorliegenden Fall entgegen. Dies bestätigt ein genauerer Blick in die Voraussetzungen des § 247a StPO.

#### a) § 247a Abs. 1 S. 1, 1 Hs. StPO

##### aa) Ablegen der Verschleierung als „schwerwiegender Nachteil“?

Gem. § 247a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. StPO muss die Anordnung der audiovisuellen Vernehmung zum Schutz des Zeugen erforderlich sein, weil „die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für sein Wohl“ besteht. Fraglich ist zunächst bereits, ob die Beeinträchtigung der Freiheit der Religionsausübung als Nachteil i.S.d. Vorschrift ausreicht. Als relevant gilt hierbei jeder Nachteil, solange er nur auf der Vernehmung im Gerichtssaal beruht, insofern grds. auch die Beeinträchtigung der Freiheit der Religionsausübung. Die entscheidende Hürde besteht nun darin, dass der Nachteil „schwerwiegend“ sein, also über die typischerweise mit der Vernehmung verbundenen vorübergehenden seelischen und ggf. körperlichen Belastungen hinausreichen muss.<sup>34</sup> Der Maßstab ist dabei objektiv<sup>35</sup> und die Vorschrift bleibt als Ausnahmeregelung eng auszulegen<sup>36</sup>. Zum Teil werden hierunter daher in erster Linie gesundheitliche Nachteile gefasst<sup>37</sup>, nicht aber ideologische.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn es sich bei der Vollverschleierung um ein zentrales religiöses Gebot handelt, für dessen Verletzung durch die religiösen Vorschriften bspw. gravierende Sanktionen vorgesehen sind. Da das Tragen jedenfalls des Vollgesichtsschleiers etwa im Islam aber keine sanktionsbewehrte Pflicht<sup>38</sup>, sondern schulen- und herkunftslandabhängig erwünscht, gefor-

<sup>31</sup> Die früher vorherrschende Auffassung, § 68 Abs. 3 StPO stehe der Vernehmung eines optisch oder akustisch abgeschirmten Zeugen entgegen und der Zeuge müsse vielmehr körperlich anwesend und sichtbar sein (Pfeiffer Fn. 19, § 68 StPO Rn. 3 unter Verweis auf BGHSt 32, 115, 124; ferner dazu Kühne StPO, 8. Aufl. 2015, Rn. 922), gilt seit Einführung des § 247a StPO als überholt (Meyer-Goßner/Schmitt Fn. 8, § 68 StPO Rn. 18). Für die Zulässigkeit einer solchen Vernehmung bereits Weigend (Gutachten 62. DJT, 42, 132) und der 3. Strafsenat des BGH (NJW 2003, 74). Der Anfrageschluss ist jedoch gescheitert, BGH StV 2003, 5. Stellungnahmen finden sich bei BGH NStZ 2005, 43 oder BGH StV 2007, 228 = HRRS 2004 Nr. 827. Richtigerweise bleibt § 247a StPO hier die lex specialis, die § 68 Abs. 3 StPO in den einschlägigen Fällen vorgeht. Maßgeblich sind für optische und akustische Abschirmung dem entsprechend auch allein die Voraussetzungen des § 247a StPO (siehe Abschn. II. 3).

<sup>32</sup> Vgl. zur Ratio dieser bloßen Ordnungsvorschrift, Personenverwechslungen auszuschließen, bereits RGSt 40, 157.

<sup>33</sup> § 247a StPO wurde durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes vom 30.4.1998 (BGBl. 1998/I, S. 820) in die StPO eingefügt. Hauptanlie-

gen dieses Gesetzes war die Verbesserung des Zeugenschutzes, wobei die Regelung dabei nur auf bestimmte besonders schutzbedürftige Zeugen, insbesondere auf Kinder und Jugendliche sowie auf Opfer in Verfahren wegen Sexualdelikten anwendbar sein sollte und sich das sog. Mainzer Modell zum Vorbild nahm. Siehe BT-Drs. 13/3128, S. 3 sowie umfassend dazu SK-StPO/Frister, 4. Aufl. (2012), § 247a StPO Rn. 3 f.

<sup>34</sup> LR/Becker (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 6.

<sup>35</sup> Diemer NJW 1999, 1667, 1669; KMR/Lesch (Fn. 14), § 247a StPO Rn. 26; LR/Becker (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 8; SK-StPO/Frister (Fn. 33), § 247a StPO Rn. 26.

<sup>36</sup> SSW/Tsambikakis (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 7; KMR/Lesch (Fn. 14), § 247a StPO Rn. 9.

<sup>37</sup> KMR/Lesch (Fn. 14), § 247a StPO Rn. 17; siehe auch BT-Drs. 13/7165, S. 4.

<sup>38</sup> Britz ZRP 2011, 26. Zur Einteilung des menschlichen Verhaltens im islamischen Recht Zehetgruber Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung, 2010, S. 63 f. Das Tragen eines Schleiers wird dabei i.d.R. nicht als sanktionsbewehrtes Gebot („al-wagib“) zu verstehen sein, sondern eher ein empfohlenes Verhalten („al-mandub“) darstellen. Gefolgert wird die „Empfehlung“ zur Verschleierung u.a. aus dem Koran, Sure 24:31 und/oder Sure 33:59 (hier zitiert in der Übersetzung von Max Henning), wobei allein aus dem Wortlaut die konkrete Art der Verschleierung noch nicht vorgegeben ist. Vgl. auch Wielandt Die Vorschrift des Kopftuchtragens für die muslimische Frau: Grundlagen und aktueller innerislamischer Diskussionsstand, unifr.ch/theo/downloads/wielandtkopftuch.pdf (Stand 3.9.2014).

dert<sup>39</sup> oder gar verboten ist, lässt sich diese Frage auch nicht pauschal beantworten. Von Bedeutung kann dabei auch sein, ob die betreffende Zeugin ein etwaiges Gebot zum Tragen der Verschleierung aus für sich gewonnener, religiöser Überzeugung heraus befolgt, oder ob sie schlicht Repressalien durch Dritte fürchtet.<sup>40</sup> Im Grundsatz bleibt es indes dabei, dass § 247a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. StPO keine Grundlage für das Tragen der Vollverschleierung bietet.

**bb) Resultieren des Nachteils aus der Vernehmung „in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden“**

§ 247a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. StPO scheidet aber bereits aus einem anderen Grund aus. Der die audiovisuelle Vernehmung gestattende Nachteil muss gem. § 247a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. StPO aus der Vernehmung „in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden“ resultieren. Daraus zeigt sich deutlich, dass die Vorschrift den vorliegenden Fall ihrer Ratio nach nicht regeln will. Das Merkmal verlangt zwar keine Auslösung der Gefahr gerade dadurch, dass der Zeuge dem Angeklagten unmittelbar gegenüber tritt; sie kann vielmehr auch von anderen Verfahrensbeteiligten oder der im Sitzungssaal herrschenden Atmosphäre ausgehen.<sup>41</sup> Jedoch genügen Belastungen, die mit jeder Vernehmung verbunden sind und nicht spezifisch aus der Anwesenheit der anderen Verfahrensbeteiligten resultieren, i.d.R. nicht.<sup>42</sup> Gerade dies ist aber für den Vollgesichtsschleier der Fall. Der für die Zeugin bestehende Nachteil folgt nicht aus der Anwesenheit gerade der anderen Verfahrensbeteiligten oder der im Sitzungssaal herrschenden Atmosphäre, sondern aus dem Abnehmen des Schleiers im Beisein (beliebiger) Dritter schlechthin – selbst ohne, dass ein anderer Verfahrensbeteiligter anwesend wäre und sogar außerhalb des Gerichtssaals. Die Verfahrensbeteiligten erscheinen damit aus Sicht der mit vollverschleierten Zeugin als aleatorisch austauschbare Personen und der von der Norm geforderte Konnex zwischen Nachteil und Strafverfahren besteht gerade nicht.

<sup>39</sup> So bspw. im Iran, auch dort allerdings nicht als Vollgesichtsschleier, sondern „nur“ als Bedeckung von Haaren und Körperkonturen; vgl. dazu jüngst <http://www.welt.de/politik/ausland/article145014785/Bu-ssgeld-fuer-Autofahrerinnen-ohne-Kopftuch.html>. Das iranische Recht muss dabei allerdings als Sonderfall begriffen werden, da dort nach der Revolution 1979 klassische Inhalte des muslimischen Rechts in staatliche Gesetze übernommen wurden; vgl. *Zehetgruber* (Fn. 38), S. 245 f.

<sup>40</sup> Nur sofern im Einzelfall tatsächlich die dringende Gefahr eines solchen schweren Nachteils durch drohende Repressalien bestünde, dürfte man tatbestandlich überhaupt über eine Analogie nachdenken. Auch für diesen Fall bleibt eine Analogie allerdings höchst zweifelhaft: Auf eine Sanktionierung, die Dritte auf das Ablegen der Vollverschleierung androhen, damit zu reagieren, den Schleier zu dulden, bedeutet im Ergebnis, dieser im Lichte des Art. 3 GG fragwürdigen Ideologie nachzugeben. Dies ist jedoch nicht Thema des vorliegenden Beitrags, der sich auf die – aus Sicht der Zeugin und nicht etwa der Repressalien androhenden Dritten – religiös motivierte Vollverschleierung konzentriert.

<sup>41</sup> Vgl. LG Waldshut-Tiengen BeckRS 2014, 07909.

<sup>42</sup> *Diemer* NJW 1999, 1667, 1669.

**b) § 247a Abs. 1 S. 1, 2. Hs. StPO i.V.m. § 251 Abs. 2 StPO**

Nach §§ 247a Abs. 1 S. 1, 2. Hs., 251 Abs. 2 StPO kommt die audiovisuelle Vernehmung auch dann in Betracht, wenn dem Erscheinen des Zeugen Hindernisse entgegenstehen. Erscheinen (vgl. § 48 Abs. 1 StPO, siehe oben) setzt für die Zeugin allerdings nicht voraus, dass sie ihren Vollgesichtsschleier ablegen muss. Die Voraussetzungen der §§ 247a Abs. 1 S. 1, 2. Hs., 251 Abs. 2 StPO liegen somit ebenfalls nicht vor.

**c) Rechtsfolge optischer und akustischer Abschirmung?**

**aa) Audiovisuelle Vernehmung**

Selbst wenn man nun die Voraussetzungen des § 247a Abs. 1 S. 1 (1. Hs.) StPO bejahen wollte, bleibt darüber hinaus höchst fraglich, ob die im Rahmen dieser Vorschrift vorgesehene Rechtsfolge der Zeugin überhaupt weiterhilft. Ihrem Regelungsinhalt nach betrifft die Norm lediglich die audiovisuelle Vernehmung, d.h. eine Vernehmung, während der sich der Zeuge an einem anderen Ort als im Gerichtssaal befindet. Eine akustische und/oder optische Abschirmung folgt jedoch grds. nicht aus dem Vorgehen nach § 247a Abs. 1 StPO.

§ 247a Abs. 1 StPO soll zum Schutz des Zeugen eine räumliche Trennung von Gerichtssaal und Verfahrensbeteiligten ermöglichen. Der Inbegriff der Hauptverhandlung i.S.d. § 261 StPO bleibt von § 247a StPO jedoch unberührt. Er erstreckt sich somit auf alle Details in Bezug auf den betreffenden Zeugen – auch auf sein Erscheinungsbild.<sup>43</sup> Denn die mit § 247a StPO verbundene räumliche Trennung soll nicht die verfahrensmäßigen Rechte der Verfahrensbeteiligten, insbesondere nicht des Angeklagten schmälern. Das setzt voraus, dass nicht nur der Vorsitzende, sondern auch die anderen Verfahrensbeteiligten den Zeugen hören und auch sehen können.<sup>44</sup> Sein Gesamtverhalten, einschließlich von Gestik und Mimik muss von allen verfolgt und beurteilt werden können.<sup>45</sup> Zweck des § 247a StPO ist es gerade nicht, insoweit Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz zu beschneiden. Zum Schutz des Zeugen wird also lediglich auf dessen körperliche Anwesenheit verzichtet, nicht aber auf seine Aussage und deren (vollständige) Beurteilung an sich.

**bb) Akustische und optische Abschirmung**

Denkbar wäre eine akustische und/oder optische Abschirmung nur, wenn § 247a StPO einer Analogie in Bezug auf das Tragen eines Vollgesichtsschleiers zugänglich ist. Die Vernehmung eines Zeugen unter optischer und akustischer Abschirmung soll nach inzwischen wohl h.M. unter den Voraussetzungen des § 247a Abs. 1 S. 1

<sup>43</sup> *LR/Becker* (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 2; *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 8), § 247a StPO Rn. 10; *SK-StPO/Frister* (Fn. 33), § 247a StPO Rn. 6; *Rieß* NJW 1998, 3240, 3242.

<sup>44</sup> *HK/Julius* (Fn. 27), § 247a StPO Rn. 11; *KMR/Lesch* (Fn. 14), § 247a StPO Rn. 6; *LR/Becker* (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 19; *SK-StPO/Frister* (Fn. 33), § 247a StPO Rn. 52.

<sup>45</sup> *KK-StPO/Diemer* (Fn. 11) § 247a StPO Rn. 17; *KMR/Lesch* (Fn. 14), § 247a StPO Rn. 6; *LR/Becker* (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 19; *Schlothauer* StV 1999, 47, 50.



StPO *zulässig und geboten sein*, wenn nur so eine Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung erreicht werden kann, etwa weil die Verwaltungsbehörde den Zeugen aus Schutzgründen nur unter diesen Voraussetzungen freigibt und sie nach § 244 Abs. 2 StPO, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK sowie dem Prinzip des bestmöglichen Beweises zur Aufklärung der Straftat unter größtmöglicher Berücksichtigung der Verteidigungsinteressen unerlässlich ist.<sup>46</sup> Dieser Auffassung folgt inzwischen auch der 1. Senat des BGH in ständiger Rspr.<sup>47</sup>

Einer Übertragung dieses Ansatzes auf den Fall einer verschleierten Zeugin stehen allerdings grundlegende Bedenken entgegen. Bereits im Ausgangspunkt der Interessenlagen erscheinen die Sachverhalte nämlich nicht vergleichbar. So ist das der Verhandlung vorangegangene Verhalten des verdeckten Ermittlers oder V-Mannes, der mit seiner Aussage zur Verurteilung des Angeklagten beitragen soll, dem Staat zurechenbar.<sup>48</sup> Im Gegenzug bleibt es in staatlicher Verantwortung, diejenigen, die in seinem Namen auf Seiten der Strafverfolger tätig werden, zu schützen – auch vor den mit einer Zeugenaussage verbundenen Risiken. An jener Zurechenbarkeit fehlt es jedoch im Fall der Verschleierung ebenso wie in Konstellationen, in denen der Zeuge bspw. aus Scham, Angst vor dem Täter oder um schwerste Entstellungen zu verbergen, sein Gesicht verhüllt.

§ 247a StPO folgt mit der Ermöglichung der audiovisuellen Zeugenvernehmung zwei Grundgedanken. Während § 247a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. StPO dem Zeugenschutz dient und im Gegenzug die Qualität des Beweismittels reduziert, fokussiert § 247a Abs. 1 S. 1, 2. Hs. StPO sogar eine Erhöhung der Wahrheitsfindung hinsichtlich von Zeugen, die ansonsten vor Gericht überhaupt nicht erscheinen könnten.<sup>49</sup> Für den Fall eines verdeckten Ermittlers wird die akustische und optische Verfremdung in erster Linie darauf gestützt, dass dem Zeugen aufgrund der Sperrklärung bereits das Erscheinen vor Gericht unmöglich wäre. Der Zeuge ist damit ein unerreichbares Beweismittel i.S.d. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO. Es handelt sich folglich um eine Analogie primär zu § 247a Abs. 1 S. 1, 2. Hs. StPO.<sup>50</sup> Gerade diese Alternative greift für die

vollverschleierte Zeugin aber nicht ein; ihr Erscheinen vor Gericht ist nämlich durchaus möglich (siehe oben Abschn. II. 1.). Im Ergebnis muss eine analoge Anwendung des § 247a Abs. 1 StPO also ausscheiden.

### III. Vollverschleierung und Ordnung der Sitzung, § 176 GVG

Sitzungspolizeiliche Maßnahmen sollen die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptverhandlung sowie die Würde des Prozesses sicherstellen und darüber hinaus die Sicherheit aller anwesenden Personen ebenso wie die Rechte der Verfahrensbeteiligten gewährleisten.<sup>51</sup> Als *allgemeine Rechtsgrundlage* ermächtigt § 176 GVG den Vorsitzenden deshalb zu den nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlichen Maßnahmen.<sup>52</sup> Der Erlass von Anordnungen gem. § 176 GVG setzt eine *tatsächliche oder eine konkret zu besorgende Störung* der äußeren Ordnung des Verhandlungsverlaufs voraus. *Während der Sitzung* darf und muss dabei jedes Verhalten untersagt werden, das entweder mit dem Ansehen und der Würde des Gerichts<sup>53</sup> oder mit der Durchführung einer geordneten Hauptverhandlung nicht vereinbar ist.<sup>54</sup>

Durchgesetzt werden kann damit auch das Tragen angemessener Kleidung. So sind bspw. Rechtsanwälte verpflichtet, mit Robe aufzutreten.<sup>55</sup> Es liegt daher nicht allzu fern, für die Vollverschleierung im Zeugenstand auf § 176 GVG zurückzugreifen.<sup>56</sup>

stets in einer Form durchzuführen, die dem im Gesetz grds. vorgesehenen Verfahren am nächsten kommt. Ist die unmittelbare Vernehmung des Zeugen wegen einer Sperrklärung der Innenverwaltung nicht möglich, weil dabei der Zeuge überhaupt nicht vor Gericht erscheinen kann, lässt das Gesetz Beweissurrogate wie die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle gem. § 251 Abs. 2 StPO oder die Vernehmung der polizeilichen Führungsbeamten der Gewährsperson als Zeugen vom Hörensagen zu. Wenn aber die völlige Ersetzung der Vernehmung der unmittelbaren Wahrnehmungsperson verfahrensrechtlich möglich ist, dann müsse dies erst recht für deren Vernehmung unter optischer und akustischer Abschirmung gelten. Denn es handelt sich dann trotz der Abschirmung immer noch um eine unmittelbare Vernehmung, der ein höherer Beweiswert zukommt als den bloßen Beweissurrogaten.

<sup>46</sup> *Beulke* ZStW 2001, 709, 726 f.; *Kolz* NJW-Sonderheft f. Gerhard Schäfer, 35 ff.; LR/Becker (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 10 (krit. aber für den V-Mann im Hinblick auf die Tauglichkeit der Methode); *Walter* StraFo 2004, 224, 229 (unter der Voraussetzung „vorsichtiger“ Würdigung der Aussage); *Weider* StV 2000, 48 ff., 51 ff.; so auch schon BGHSt 31, 148 ff., 156; BGHSt 31, 290 ff., 293; BGH NStZ 1982, 42; *Herdegen* NStZ 1984, 200 ff. Zur zwischenzeitlich überholten Gegenmeinung siehe Fn. 31.

<sup>47</sup> BGHSt 51, 232 (dort Rn. 8); BGH NJW 2003, 74, 75; BGH StV 2004, 577; BGH NStZ 2006, 648.

<sup>48</sup> Vgl. etwa BGH 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 24: Verleitung zur Tat „in einer dem Staat zurechenbaren Weise“.

<sup>49</sup> SK-StPO/Frister (Fn. 33), § 247a StPO Rn. 13.

<sup>50</sup> Zur Begründung verweist die Rspr. (BGH NStZ 2003, 74, 75 f.) darauf, dass entscheidend für die Zulässigkeit einer akustischen und optischen Abschirmung des Zeugen ist, ob diese Art der Vernehmung mit den Grundsätzen des Verfahrensrechts und den Wertvorstellungen unserer Rechtsordnung im Einklang steht. Bereits hieran („Wertvorstellungen unserer Rechtsordnung“ mit Blick auf Art. 3 GG) könnte man für die Vernehmung der vollverschleierten Zeugin zweifeln. Weiter heißt es, die Beweisaufnahme ist

<sup>51</sup> BVerfG NStZ 1995, 40; BVerfG NJW 1996, 310; BVerfG NJW 2007, 56; BGH NStZ 1998, 364; OLG Stuttgart NJW 2011, 2899; a.A. SK-StPO/Velten, 4. Aufl. (2013), Vor § 169 GVG Rn. 38 ff., § 176 GVG Rn. 6 ff.).

<sup>52</sup> BeckOK-StPO/Allgayer (Fn. 15), § 176 GVG Rn. 4.

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2007, 56.

<sup>54</sup> BeckOK-StPO/Allgayer (Fn. 15), § 176 GVG Rn. 8; *Pfeiffer* (Fn. 19), § 176 GVG Rn. 5 („äußerer Verlauf“ der Sitzung als Schutzposition des § 176 GVG); siehe auch MüKo-ZPO/Zimmermann, 3. Aufl. (2008), § 176 GVG Rn. 8.

<sup>55</sup> BVerfGE 34, 138; BVerfG NJW 1970, 851; BGHSt 27, 34; ausführlich zu Bekleidungsangaben LG Mannheim NJW 2009, 1094.

<sup>56</sup> So auch *Artkämper* (Fn. 23), S. 169 ff. (insb. 175). Ähnlich für ein (das Gesicht vollständig erkennbar lassendes) Kopftuch: Unzulässig bei einer Schöffin (LG Dortmund NJW 2007, 3013 ff.), ggf. aber zulässig bei einer Zuhörerin, sofern darin keine Missachtungskundgabe gegenüber dem Gericht zum Ausdruck kommt (BVerfG NJW 2007, 56 f.).

## 1. Tragen des Vollgesichtsschleiers als ungebührliches Verhalten?

Fraglich ist, ob die Burka keine angemessene Kleidung darstellt und ihr Tragen deshalb auf Grundlage von § 176 GVG untersagt werden kann. Kleidung oder Teile der Kleidung gelten als unangemessen, wenn sie Ausdruck eines ungebührlichen Verhaltens gegenüber dem Gericht sind.<sup>57</sup> Gemeinhin wird es zwar als Unhöflichkeit begriffen, in geschlossenen Räumen Kopfbedeckungen zu tragen; diese Sichtweise bleibt im Rahmen des § 176 GVG allerdings zu pauschal. Vielmehr muss im Tragen der Kopfbedeckung gerade gegenüber dem Gericht (oder ggf. anderen Verfahrensbeteiligten) eine Kundgabe von Missachtung liegen.<sup>58</sup> Sicher nicht verlangt werden kann daher (undifferenziert) das Ablegen jeder Art von Kopfbedeckung.<sup>59</sup> Dies gilt auch für die Vollverschleierung. Wird der Vollgesichtsschleier ausschließlich aus religiösen Gründen getragen, so genügt dies nicht per se als Grundlage für die Anordnung, ihn abzulegen.<sup>60</sup> Ein ungebührliches Verhalten liegt jedoch sehr wohl vor, falls die Verschleierung (zugleich) mangelnden Respekt und fehlende Akzeptanz gegenüber dem konkreten Spruchkörper bzw. der Justiz insgesamt zum Ausdruck bringt oder sie gar gezielt zu dem Zweck getragen wird, die Beweisaufnahme zu konterkarieren.<sup>61</sup>

## 2. Vollverschleierung als Störung von Beweisaufnahme und Beweiswürdigung

Möglicherweise bedeutet das Tragen des Vollgesichtsschleiers eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung von

<sup>57</sup> OLG München NJW 2006, 3079, 3080 (Nichteinhaltung der Kleidungsordnung als Provokation gegenüber dem Gericht); Gross NJW 2014, 3140 f. („Die Würde des Rechts und der Rechtsprechung sollen eine Atmosphäre der Formlichkeit, strenger Führung und Orientierung durch ein Dickicht, aber auch des Verstehens entstehen lassen, der sich keiner der Beteiligten entziehen darf. Das beginnt mit Kleidung und Robe und endet mit Haltung und Rede. Der Gerichtssaal ist kein Freizeitpark. Freizeitkleidung ist daher fehl am Platz ... Die Ernsthaftigkeit des Geschehens wird dadurch augenfällig gemacht“).

<sup>58</sup> BVerfG NJW 2007, 56 f.: Nicht in jedem Aufbehalten von Hüten oder Kopftüchern in geschlossenen Räumen liege zwangsläufig eine Missachtungskundgebung gegenüber anderen anwesenden Personen und damit ein „ungebührliches“ Verhalten. Vgl. auch Bader NJW 2007, 2965: grds. keine Kleiderordnung für Schöffen, bzgl. Schöffin mit Kopftuch.

<sup>59</sup> BVerfG NJW 2007, 56.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 2007, 56, 57: Eine Ungebühr liege nicht vor, „wenn das Aufbehalten eines Hutes oder Kopftuchs lediglich aus religiösen Gründen erfolgt und auszuschließen ist, dass mit ihm zugleich Missachtung gegenüber der Richterbank oder anderen Anwesenden ausgedrückt werden soll und solange der Zuhörer als Person identifizierbar bleibt“. In diese Richtung auch OGH JBL 2009, 527, 534 (zu § 234 öStPO, i.E. Missachtung des Gerichts durch Vollverschleierung der Angeklagten bejaht).

<sup>61</sup> Erhebliches Missbrauchspotential ist hier ohne Zweifel vorhanden. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich aus Raumgründen aber primär auf den rechtlich problematischeren Fall einer in erster Linie rein religiös motivierten Verschleierung.

Beweisaufnahme sowie Beweiswürdigung und dadurch eine Störung des ordnungsgemäßen Sitzungsablaufs. Hierfür gibt es primär zwei Angriffspunkte: Einerseits das Fragerecht des Angeklagten, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, andererseits den Grundsatz der freien Würdigung der aus dem Inbegriff der Verhandlung gewonnenen Beweise durch das Gericht, § 261 StPO.

### a) Beeinträchtigung des Fragerechts des Angeklagten, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

#### aa) Fragerecht

In Betracht kommt, dass der Vorsitzende die Anordnung zum Ablegen des Vollgesichtsschleiers erteilen muss, wenn die Grundsätze eines fairen Verfahrens dadurch beeinträchtigt sind, etwa weil der Angeklagte so sein Fragerecht nicht wahrzunehmen vermag. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährt das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen; der Angeklagte soll dadurch die Möglichkeit zu einer Konfrontation (i.w.S.) mit dem Zeugen haben.<sup>62</sup> Dabei gelten grds. auch anonyme Zeugen, deren Aussagen etwa über ihre Verhørsbeamte in den Prozess eingeführt werden, als Zeugen i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, so dass sich das Fragerecht ebenso auf sie erstreckt.<sup>63</sup> Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist damit eine Ausprägung des Prinzips der Waffengleichheit im Strafverfahren und soll dem Beschuldigten für das besonders wichtige Beweismittel des (Belastungs- und Entlastungs-)Zeugen die gleichen Befugnisse wie der Staatsanwaltschaft gewähren.<sup>64</sup> Bereits dieser Ausgangspunkt gibt Anlass zur Skepsis: Wenn auch der staatsanwaltliche Sitzungsvertreter die Zeugin nicht unverschleiert befragen darf, dann scheint doch das von Art. 6 Abs. 3 EMRK geforderte Kräftegleichgewicht zu bestehen. Es folgt allein aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK also kein generelles Vermummungs- oder Verschleierungsverbot für Zeugen.

Ob ein Verstoß gegen die Konvention vorliegt, bestimmt sich vielmehr danach, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung fair gewesen ist.<sup>65</sup> Bei Belastungszeugen muss der Beschuldigte dabei angemessene und geeignete Gelegen-

<sup>62</sup> Siehe Esser Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 643.

<sup>63</sup> BGH NStZ 1993, 292; BGHSt 46, 93, 97; BeckOK-StPO/Valerius (Fn. 15), Art. 6 EMRK Rn. 47; Cornelius NStZ 2008, 244, 247; Meyer-Ladewig EMRK, 3. Aufl. (2011), Art. 6 EMRK Rn. 241 f.; SK-StPO/Frister (Fn. 33), § 247a StPO Rn. 22.

<sup>64</sup> BeckOK-StPO/Valerius (Fn. 15), Art. 6 EMRK Rn. 47; LR/Esser, 26. Aufl. (2012), Art. 6 MRK Rn. 759. Zum Fragerecht der Verteidigung Gaede StV 2012, 51, 54 ff. sowie umfassend monografisch Gaede Fairness als Teilhabe, 2007, S. 274 ff.

<sup>65</sup> EGMR NJW 1992, 3088, 3089; EGMR NJW 1999, 3545; EGMR NJW 2006, 3117, 3122; EGMR NStZ 2007, 103, 104 = HRRS 2006 Nr. 674; BVerfG NJW 2010, 925, 926 = HRRS 2009 Nr. 1114; BGH NStZ 2004, 505, 506; BeckOK-StPO/Valerius (Fn. 15), Art. 6 EMRK Rn. 48 (unter Nennung vorstehender Entscheidungen); KK-StPO/Schädlér/Jakobs (Fn. 11), Art. 6 MRK Rn. 31; Meyer-Ladewig EMRK (Fn. 63), Art. 6 EMRK Rn. 96; ferner Beulke Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), § 7 IV 7 Rn. 124.

heit haben, an ihn Fragen zu stellen.<sup>66</sup> Das Fragerecht soll gewährleisten, dass Beweispersonen nicht einseitig, sondern auch nach den für die Verteidigung relevanten Gesichtspunkten befragt werden. Dem Beschuldigten muss es möglich sein, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu erschüttern und den Wahrheitsgehalt seiner Aussage zu hinterfragen.<sup>67</sup> Dies wiederum legt es nahe, in der Vollverschleierung eines Belastungszeugen einen Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens zu sehen. Dass man den Zeugen nicht sehen kann, erschwert es, seine Glaubwürdigkeit zu erschüttern oder zu stützen (siehe dazu Abschn. III. 2. b).

**bb) Konfrontationsrecht**

Das Fragerecht unterliegt jedoch Grenzen und beinhaltet insbesondere kein Konfrontationsrecht des Angeklagten i.S.e. Gegenüberstellung.<sup>68</sup> Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK steht einem Vorgehen also nicht entgegen, bei dem etwa zum Schutz des Zeugen dessen Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung oder im Wege einer audiovisuellen Übertragung an einem anderen Ort erfolgt.<sup>69</sup>

Bei anonymen Belastungszeugen (z.B. V-Personen) reicht es jedoch nicht aus, dass Beschuldigter und Verteidiger lediglich über eine akustische Übertragung die richterliche Vernehmung des Zeugen in einem Nebenraum verfolgen und Fragen stellen können. Eine Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK genügende Zeugenbefragung setzt hier vielmehr eine unmittelbare Konfrontation voraus, die es der Verteidigung ermöglicht, die Reaktion des Zeugen auf direkte Fragen zu beobachten und seine Glaubwürdigkeit zu überprüfen.<sup>70</sup> Eine Beeinträchtigung von Frage- und Konfrontationsrechts liegt demnach grds. vor.<sup>71</sup>

**b) Beeinträchtigung der Beweiswürdigung, § 261 StPO**

Denkbar ist ferner, dass die Vollverschleierung eine unzulässige Beeinträchtigung der Beweiswürdigung bedeutet. Der Zeugenbeweis ist eines der wichtigsten Beweismittel, das die Strafprozessordnung zur Wahrheitserforschung zur Verfügung stellt.<sup>72</sup> Anders als bei den Mitteln des Sachbeweises und weitaus stärker als beim Sachver-

ständigenbeweis hängt die Bedeutung des Zeugenbeweises von Persönlichkeit, Lebenslauf, Charakter und Beweggründen des Zeugen ab.<sup>73</sup> Wahrheitsgehalt und Glaubhaftigkeit einer Aussage zu beurteilen, ist daher diffizil:

Bewusste Falschaussagen erkennt man anhand von Glaubhaftigkeitskriterien. Dabei geht es lediglich um eine tat- und aussagebezogene Glaubhaftigkeit, nicht aber um die persönlichkeitsbezogene Glaubwürdigkeit des aussagenden Zeugen an sich.<sup>74</sup> Die Beurteilung der Aussage erfolgt dabei anhand einer kriterienorientierten Aussageanalyse, der Aussagekompetenz des Zeugen, der Entstehungsgeschichte der Aussage oder möglichen Suggestionseffekten.<sup>75</sup> Hierbei existieren verhaltensorientierte und inhaltsorientierte Ansätze zur Beurteilung des Wahrheitsgehalts einer Aussage. Während die inhaltsorientierten ihrem Namen entsprechend auf Inhaltsmerkmale und Qualität der Zeugenaussage abstellen, identifizieren verhaltensorientierte Ansätze nonverbale Verhaltensweisen als Symptome für Lügen.<sup>76</sup> Glaubhaftigkeitsmerkmale (sog. Realkennzeichen)<sup>77</sup> kommen in Aussagen

<sup>66</sup> EGMR NJW 2013, 3225, 3226; BGH NStZ 2004, 505, 506; BGH NStZ 2005, 224, 225; *Beulke* Strafprozessrecht (Fn. 65), § 7 IV 7 Rn. 124; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht (Fn. 7), § 44 Rn. 20; *Volk/Engländer* (Fn. 7), § 20 Rn. 15.  
<sup>67</sup> BeckOK-StPO/*Valerius* (Fn. 15), Art. 6 EMRK Rn. 49; LR/*Esser* (Fn. 64), Art. 6 MRK Rn. 773.  
<sup>68</sup> BGHSt 46, 93, 96; LR/*Esser* (Fn. 64), Art. 6 MRK Rn. 773; a.A. *Walther* GA 2003, 204, 214 ff.  
<sup>69</sup> BeckOK-StPO/*Valerius* (Fn. 15), Art. 6 EMRK Rn. 51; LR/*Esser* (Fn. 64) Art. 6 MRK Rn. 794; abl. *Gaede* JR 2006, 292, 296 (zu EGMR NStZ 2007, 103, 104), sofern die keiner Konfrontation unterliegende Aussage das einzige Beweismittel darstellt.  
<sup>70</sup> EGMR StV 1990, 481, 482; EGMR NJW 1992, 3088, 3089.  
<sup>71</sup> Siehe zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 4 Abs. 2 GG unten Abschn. III. 3.  
<sup>72</sup> *Brause* NStZ 2007, 505: der Zeugenbeweis sei für die „Überzeugungsbildung der Gerichte entscheidend. Das ist vom Gesetz so vorgesehen und erscheint ... zur Ermittlung der Wahrheit unverzichtbar“; krit. aber MAH-Strafverteidigung/*Krause* 2. Aufl. (2014), § 7 Rn. 200: Zeuge als „schwaches Beweismittel“.

<sup>73</sup> Vgl. zu dieser besonderen Natur des Zeugenbeweises schon RGSt 47, 100, 104 f. (wenn auch in anderem Zusammenhang): „Der Zeuge hat in der Regel über Vorgänge zu berichten, die abgeschlossen in der Vergangenheit liegen. Er gibt aber nicht die Vorgänge selbst wieder, sondern nur die Wahrnehmungen, die er über sie gemacht hat. Hierbei kommt es ganz wesentlich auf das Auffassungsvermögen, das Urteil und die Gedächtnisstärke des Zeugen an, sowie auf seine Fähigkeit, streng sachlich zu berichten, auf seine persönliche Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit u. dgl. Das Ergebnis der Wahrnehmungen und ihre Wiedergabe sind m.a.W. regelmäßig durchaus persönlicher Art. Ein Zeuge kann daher in der Regel nicht durch einen anderen Zeugen und zumeist auch nicht durch ein anderes Beweismittel beliebig ersetzt werden, ist in diesem Sinne vielmehr unersetzbar.“; so zitiert von BGHSt 32, 115 ff. (Rn. 28). Siehe ferner KK-StPO/*Ott* (Fn. 11), § 261 StPO Rn. 29.  
<sup>74</sup> *Alkan-Mewes* Kriminalistik 2010, 377; *Arntzen* Psychologie der Zeugenaussage, 2011, S. 115; *Fiedler* Die Überprüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, in: Stein (Hrsg.), Grundlagen der Polizeipsychologie, 2003, S. 182; *Ludewig/Tavor/Baumer* AJP 2011, 1418; *Nack* StV 1994, 555 f.; *Steller* Psychologische Diagnostik, in: Kröber/Steller (Hrsg.), Psychologische Begutachtung im Strafverfahren, 2000, S. 7; *Steller/Volbert* Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in: Steller/Volbert (Hrsg.), Psychologie im Strafverfahren, 1997, S. 15; *Volbert* Standards der psychologischen Glaubhaftigkeitsdiagnostik, in: Kröber/Steller (Hrsg.), Psychologische Begutachtung im Strafverfahren, 2000, S. 113.  
<sup>75</sup> BeckOK-StPO/*Eschelbach* (Fn. 15), § 261 StPO Rn. 55; MAH/*Jansen* 1. Aufl. (2006), § 34 Rn. 3; MAH/*Köhnken* (Fn. 72), § 61 Rn. 20 ff.; vgl. auch *Ludewig/Tavor/Baumer* AJP 2011, 1431 sowie *Steller* (Fn. 74), S. 8 f. (insbesondere zu kindlichen Opferzeugen).  
<sup>76</sup> *Volbert* (Fn. 74), S. 115: Etablierter sei der inhaltsanalytische Ansatz, weshalb für den verhaltensanalytischen Ansatz im vorliegenden Beitrag auch nur von „potentiellen Indikatoren“ einer Falschaussage gesprochen wird.  
<sup>77</sup> *Kirchhoff* MDR 2010, 792; *Ludewig/Tavor/Baumer* AJP 2011, 1421, 1424 f.; *Schoreit* StV 2004, 285; *Volbert* (Fn. 74), S. 115; krit. *Greuel et al.* Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage, 1998, S. 9; vgl. auch BGHSt 45, 164 (171: „Realkennzeichen“) sowie BGH NStZ 1997, 355 (356: „Realitätskriterien“).

über tatsächlich Erlebtes häufiger und ausgeprägter vor, als in Aussagen über Nichterlebtes.<sup>78</sup>

Von der Justiz üblicherweise herangezogene Merkmale sind z.B. die logische Konsistenz und der quantitative Detailreichtum einer Aussage.<sup>79</sup> Als aussagepsychologisch belegt gelten daneben aber noch weitere Merkmale wie etwa eine ungeordnet sprunghafte Darstellung, das Vorhandensein raumzeitlicher Verknüpfungen, Interaktionsschilderung und Wiedergabe von Gesprächen, Schilderung von Komplikationen im Handlungsablauf, Beschreibung ausgefallener oder nebensächlicher Einzelheiten, indirekt bezogene Handlungselemente, Beschreibung eigener psychischer Vorgänge, Eingeständnis von Erinnerungslücken, Einwände gegen die Richtigkeit der eigenen Aussage, Selbstbelastungen, Entlastung des Angeschuldigten oder deliktsspezifische Aussageelemente.<sup>80</sup>

Elementar bleiben indes auch bestimmte körperliche Symptome und/oder Verhaltensauffälligkeiten.<sup>81</sup> Von bestimmten Symptomen kann nur dann auf einen dem zugrunde liegenden Zustand geschlossen werden, wenn sie dafür hinreichend deutlich und spezifisch auftreten. Spezifität bezeichnet dabei die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Symptom als Begleiterscheinung oder Folge eines bestimmten Sachverhaltes vorkommt.<sup>82</sup> So besteht zwischen nonverbalen (Gestik, Mimik) sowie paraverbalen (Stottern, Satzabbrüche) Verhaltensweisen und Falschaussagen ein enger Zusammenhang.<sup>83</sup> Zwar ist dieser Konnex i.d.R. zu inkonsistent, um die Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage allein darauf stützen zu können.<sup>84</sup> Gleichwohl ist er ein ganz wesentlicher und zentraler Teil der Aussagebewertung und erster Indikator für deren Wahrheitsgehalt.

Im Fall einer vollverschleierten Zeugin gibt es für das Gericht jedoch nicht die geringste Möglichkeit, sich im Rahmen der persönlichen Befragung einen Eindruck von dieser Person zu verschaffen<sup>85</sup>; eine Auswertung verhaltensorientierter Glaubhaftigkeitsmerkmale scheidet so-

mit vollständig aus. Dies bedeutet wiederum eine beachtliche Einschränkung des Grundsatzes, dass die Beweismwürdigung aus dem Inbegriff der Verhandlung zu erfolgen hat, § 261 StPO.<sup>86</sup>

### 3. Einschränkung des Ordnungsrechts durch Art. 4 (Abs. 2) GG

Fraglich ist nun, ob sowohl die Einschränkung des Fragerechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK als auch die Behinderung der umfassenden Würdigung der aus dem Inbegriff der Verhandlung gewonnenen Beweise unter Verweis auf Art. 4 GG hinzunehmen ist. Betroffen ist dabei nur die Freiheit der Religionsausübung, Art. 4 Abs. 2 GG; das mit Abs. 1 des Grundrechts geschützte sog. forum internum kann schon begrifflich nicht mit anderen Schutzpositionen kollidieren.<sup>87</sup>

#### a) Art. 136 Abs. 1 WRV/Kollidierendes Verfassungsrecht

Art. 4 Abs. 2 GG ist seinem Wortlaut nach nur auf den ersten Blick ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV stellt die Ausübung der Religionsfreiheit unter den Vorbehalt der „bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten“. Daraus leitet ein großer Teil der Lit. einen einfachen Gesetzesvorbehalt auch für Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ab.<sup>88</sup> In diesem Fall ließe sich bereits die als allgemeine staatsbürgerliche Pflicht begriffene Zeugenpflicht aus §§ 68 Abs. 1, 261 StPO, § 176 GVG als tragfähige Grundlage für das unverschleierte Erscheinen vor Gericht heranziehen. Die verfahrensmäßigen Rechte des Angeklagten, insbesondere aus Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 lit. d EMRK, sind hierbei ebenso zu berücksichtigen.

<sup>78</sup> MAH/Jansen (Fn. 75), § 34 Rn. 14 mit Verweis auf BGHSt 45, 164; vgl. zur sog. Undeutsch-Hypothese Steller/Volbert Die Begutachtung der Glaubhaftigkeit, in Foerster et. al. (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 2009, S. 819.

<sup>79</sup> Ludewig/Tavor/Baumer AJP 2011, 1422; Volbert (Fn. 74), S. 115 f.

<sup>80</sup> MAH/Jansen (Fn. 75), § 34 Rn. 14, bezugnehmend auf Steller/Köhnken Criteria-based statement analysis, in: Raskin (Hrsg.), Psychological methods in criminal investigation and evidence, 1989, S. 217.

<sup>81</sup> So z.B. Bange/Deegener Sexueller Mißbrauch an Kindern, 1996.

<sup>82</sup> MAH/Köhnken (Fn. 72), § 61 Rn. 12.

<sup>83</sup> MAH/Köhnken (Fn. 72), § 61 Rn. 37; zum Zusammenhang von Täuschungen und bestimmten nonverbalen und paraverbalen Verhaltensweisen auch Köhnken Glaubwürdigkeit, 1990 passim; Vrij Detecting lies and deceit: The psychology of lying and the implications for professional practice, 2000 passim.

<sup>84</sup> MAH/Köhnken (Fn. 72), § 61 Rn. 37; vgl. auch Ludewig/Tavor/Baumer AJP 2011, 1421, 1422.

<sup>85</sup> So auch SG Frankfurt v. 31.10.2013 – S 15 AL 385/11 („Eine Befragung der [vollverschleierten] Klägerin, um einen persönlichen Eindruck von ihr zu erhalten ..., war nicht möglich“).

<sup>86</sup> Aus diesem Grund existiert in Österreich die Regelung des § 162 S. 3 öStPO, wonach es dem Zeugen nicht gestattet werden darf, sein Gesicht derart zu verhüllen, dass sein Mienenspiel nicht soweit wahrgenommen werden kann, als dies für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage unerlässlich ist. Vgl. zu dieser Vorschrift Fabrizy öStPO, 2011, § 162 Rn. 3. In den meisten Staaten, in denen eine solche Vollverschleierung üblich ist, stellt sich diese Frage der Würdigung einer Zeuginnaussage in dieser Form nicht. So sieht das klassische islamische Strafrecht vor, dass (unstr. zumindest für bestimmte Delikte) die Aussage eines Mannes doppelt so viel „zählt“, wie die Aussage einer Frau, von der h.M. abgeleitet aus dem Koran, Sure 2:282; vgl. dazu Zehetgruber (Fn. 38), S. 82, dort Fn. 395 mit zahlreichen Nachweisen zu dieser Meinung. Für den Iran (siehe dazu Fn. 39) gilt daher etwa gem. Art. 74 IranStGB, dass bei bestimmten Sexualdelikten eine Überführung des Täters nur durch die Aussagen von vier männlichen Augenzeugen möglich ist. Im Grundsatz „zählt“ die Zeugenaussage einer Frau im iranischen Strafrecht halb so viel, wie die Aussage eines Mannes.

<sup>87</sup> Maunz/Dürig/Herzog, 74. EL (2015), Art. 4 GG Rn. 111.

<sup>88</sup> Heckel Religionsfreiheit in: Heckel Gesammelte Schriften Bd IV, 1997, 647, 755 ff.; Heckel AöR 2009, 309, 377 f.; Kästner JZ 1998, 975, 981 f.; BonnerKomm/Kästner 175. Akt. (2015) Art. 140 GG Rn. 218 ff.; Kästner ZevKR 60/2015, 1, 18 ff.; Muckel Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung 1997, 224 ff.; BerlinerKomm/Muckel 49. Akt. (2016), Art. 140 GG/Art. 136 WRV Rn. 11 ff.; Muckel in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa IV, 2011, § 96 Rn 94 ff.; ferner BVerwGE 112, 227, 231 f.

Aber selbst wenn man jener Auffassung nicht folgen will<sup>89</sup>, steht für diesen Fall kollidierendes Verfassungsrecht als Schranke im Raum, nämlich die Bindung der Rspr. an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG. Das Rechtsstaatsprinzip, das die Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. *Es verlangt darüber hinaus aber auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die – in den Worten des BVerfG – der „Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann“<sup>90</sup>. Denn der „Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden“<sup>91</sup>.* Das Prinzip der Einheit der Verfassung gebietet es hier, einen schonenden Ausgleich beider Verfassungsgüter im Wege *praktischer Konkordanz* herzustellen. Danach sind Eingriffe in die Religionsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt, soweit sie – wie hier – der Verwirklichung eines damit kollidierenden Verfassungsbelangs dienen und sich darüber hinaus in einer qualifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung als geeignet, erforderlich und angemessen erweisen.<sup>92</sup>

### b) Erforderlichkeit des Eingriffs

Die Aufforderung stellt einen Eingriff in die Religionsausübungsfreiheit auch dann dar, wenn man eine auf religiöser Überzeugung beruhende Pflicht zur Vollverschleierung verneint.<sup>93</sup> Es kommt nach Auffassung des BVerfG auch nicht darauf an, dass der genaue Inhalt der Bekleidungs Vorschriften für Frauen unter islamischen Gelehrten durchaus umstritten ist.<sup>94</sup>

Das Ablegen des Vollgesichtsschleiers ist tauglich, sowohl das Fragerecht des Angeklagten als auch die Beweiswürdigung durch das Gericht zu ermöglichen. Als erforderlich gilt ein Eingriff, wenn kein milderes, ebenso effektives Mittel zur Verfügung steht.<sup>95</sup> Zu denken ist hier wiederum an eine Vernehmung, bei der die Zeugin optisch und akustisch abgeschirmt bleibt. In diesem Fall verringert sich allerdings der Beweiswert des Beweismittels.<sup>96</sup> Beim Zeugen handelt es sich um einen Personalsbeweis, dem vor anderen Beweismitteln wie bspw. der Verlesung von Vernehmungsprotokollen aufgrund seines höheren Beweiswerts mit Blick auf Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz der Vorrang eingeräumt ist.<sup>97</sup>

<sup>89</sup> So bspw. *Borowski* Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes 2006, S. 499 ff.; *Dreier/Morlok*, 3. Aufl. (2013), Art. 4 GG Rn. 124; *Maurer ZevKR* 49. Band, 2004, 311; *Unruh Religionsverfassungsrecht*, 2015, § 4 Rn. 131. In diese Richtung auch BVerfGE 33, 23, 30 f.; BVerfGE 102, 370, 387; BVerfGE 108, 282, 297, 311; BVerfG NJW 2015, 1359 Rn. 98.

<sup>90</sup> BVerfG NJW 2009, 1469, 1474.

<sup>91</sup> BVerfG NJW 2009, 1469, 1474.

<sup>92</sup> BeckOK-GG/*Germann* 27. Aufl. (2015), Art. 4 Rn. 48; *Hofmann GG* 2014, Art. 4 Rn. 13; *Dreier/Morlok* (Fn. 89) GG Art. 4 Rn. 159, 160; *Borowski* (Fn. 89), S. 546 ff.

<sup>93</sup> VG Freiburg v. 29.10.2015 – 6 K 2929/14, Rn. 31.

<sup>94</sup> BVerfG NJW 2015, 1359, 1361 (Rn. 89).

<sup>95</sup> *Maunz/Dürig/Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG Rn. 113.

<sup>96</sup> Vgl. nur BGH NStZ 2003, 274, 276; KK-StPO/*Diemer* (Fn. 11), § 247a StPO Rn. 14. Siehe auch oben Abschn. II. 3.

<sup>97</sup> BeckOK-StPO/*Ganter* (Fn. 15), § 250 StPO Rn. 1.

Ein milderes aber ebenso effektives Mittel steht demnach nicht zur Verfügung.

In diesem Punkt unterscheidet – wie bereits dargestellt – sich die vorliegende Konstellation von Sachverhalten, in denen der BGH bei einer Vernehmung verdeckter Ermittler optische und akustische Abschirmungen zulassen will. Denn in diesen Fällen ist der Zeuge ein unerreichbares Beweismittel und die betreffende Aussage lässt sich deshalb überhaupt nicht oder nur als verlesenes Protokoll mit noch geringerem Beweiswert in das Verfahren einbringen; der verdeckte Ermittler könnte ohne Abschirmung vor Gericht bereits nicht erscheinen.<sup>98</sup> Erscheinen kann die vollverschleierte Zeugin aber sehr wohl.<sup>99</sup> Auch dieser fundamentale Unterschied schließt die optische und akustische Abschirmung für den vorliegenden Fall als milderes aber gleich effektives Mittel aus.

### c) Angemessenheit des Eingriffs

Das Verbot muss darüber hinaus auch verhältnismäßig i.e.S. sein. Für die Interessenabwägung ist dabei zunächst auf Seiten der Religionsausübungsfreiheit zu berücksichtigen, dass es ein bindendes Gebot oder gar eine Pflicht zur (Voll-)Verschleierung im Islam grds. nicht gibt.<sup>100</sup> In Anbetracht dessen wird der Eingriff jedenfalls nicht im unmittelbaren Kernbereich des Art. 4 Abs. 2 GG anzusiedeln sein.<sup>101</sup> Demgegenüber stehen auf der anderen Seite gerade die denkbar zentralsten Aspekte des Strafverfahrens in Rede: Ohne Fragerecht des Angeklagten und ohne umfassende Beweiswürdigung durch das Ge-

<sup>98</sup> Vgl. BGH NStZ 2003, 274; BGHSt 51, 232; dazu auch *Valerius GA* 2005, 459; *Walter StraFo* 2004, 224. *Ambos* (Internationales Strafrecht, 2014, § 10 Rn. 39 a.E.) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nicht ausreichend lediglich die Formulierung *schriftlicher Fragen ist*, die dann vom Vernehmungsbeamten gestellt werden. Dasselbe gilt für die nur *akustische Übertragung* der (richterlichen) Vernehmung in einen anderen Raum, von dem aus der Beschuldigte und sein Verteidiger Fragen stellen können. Ein visuelles Element bleibt also auch bei der abgeschirmten Vernehmung für Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zentral; siehe *Schuster StV* 2007, 507, 509 (zu BGH v. 19.7.2006 – 1 StR 87/06, Audiovisuelle Vernehmung eines Verdeckten Ermittlers unter Verfremdung der Bild- und Tonübertragung).

<sup>99</sup> Siehe Abschn. II. 1.

<sup>100</sup> Siehe Fn. 38. Nach z.T. vertretener Auffassung sollen zudem Völker, die die Sitte, dass Frauen einen „gilbab“ (Schleier) tragen, traditionell nicht kennen, von den entsprechenden Maßgaben im Koran auch nicht betroffen sein (so vertreten bspw. von Muhammad Tahir Ibn Asur, zitiert nach *Wielandt* Die Vorschrift des Kopftuchtragens für die muslimische Frau: Grundlagen und aktueller innerislamischer Diskussionsstand, [unifr.ch/theo/downloads/wielandtkopftuch.pdf](http://unifr.ch/theo/downloads/wielandtkopftuch.pdf)). Freilich wäre hierbei dann wieder höchst fraglich und zweifelhaft, ob „Volk“ i.d.S. etwa mit deutscher Staatsbürgerschaft gleichgesetzt werden kann.

<sup>101</sup> Sogar weitergehend wohl *Hochhuth* NJW 2014, 2935 (Eingriff möglicherweise gar zu verneinen). Das BVerfG (bspw. NJW 1972, 1183) legt allerdings einen weiten Schutzbereich zugrunde: Sofern der Einzelne von religiöser Verbindlichkeit ausgeht, habe der Staat keine Befugnis, die religiöse Erforderlichkeit eines solchen (ernsthaften) Verhaltens in Frage zu stellen.

richt bleibt vom Strafprozess nur eine leere Hülle übrig, die mit Nichten rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt.

Eine Parallele lässt sich für die Abwägung bspw. zur Rechtslage in Bezug auf die Passpflicht ziehen. Hier gelten solche Eingriffe in die Religionsausübungsfreiheit mit Verweis auf die Pass- und Ausweispflicht als gerechtfertigt, auf deren Grundlage die ihnen unterliegenden Bürger ein *Passbild* von sich anfertigen lassen und sich mit diesem Bild ausweisen müssen.<sup>102</sup> Soweit der dazu erwartete Verzicht auf eine Kopfbedeckung in die religiös motivierte Kleidung eingreift, heißt es, der Ausschluss einer Kopfbedeckung müsse freilich auf das für die Funktion des Passbilds unbedingt erforderliche Maß beschränkt werden.<sup>103</sup> Eine Kopfbedeckung, die nur die „ohnehin veränderliche Haartracht“ verbirgt, sei davon also nicht betroffen – sehr wohl aber eine Form der Vollverschleierung, die das gesamte Gesicht unkenntlich macht.<sup>104</sup> Diese Grundsätze müssen freilich auch im Strafverfahren gelten.

Wichtige Anhaltspunkte für den Interessenausgleich liefert auch die Rechtslage bei der Vereidigung einer Aussage, bei welcher der Eid entweder mit religiöser Beteuerungsformel oder aber ohne eine solche gesprochen werden kann, § 64 Abs. 1 bis Abs. 3 StPO. Eine Pflicht, den Eid mit dem Zusatz einer religiösen Beteuerung zu sprechen, ließe sich mit Blick auf die negative Religionsfreiheit nicht rechtfertigen<sup>105</sup>, weil die Glaubhaftigkeit der Aussage aus strafprozessualer Sicht durch den Rekurs auf Gott (oder eine andere höhere Macht) in keinster Weise gesteigert wird. Maßgeblich ist einzig und allein die formal hervorgehobene Beteuerung der Wahrhaftigkeit („Ich schwöre es“).<sup>106</sup> So liegen die Interessen im Fall der Vollverschleierung aber gerade nicht: Entscheidend für die Beweiswürdigung ist hier, dass sich das Gericht im Rahmen der persönlichen Befragung einen Eindruck von der Person des Zeugen verschaffen kann. Wie aufgezeigt (Abschn. III. 2. b) verhindert die Verschleierung dies aber vollends. Sind bei einer persönlichen Befragung durch das erkennende Gericht nicht einmal das Gesicht und insbesondere die Augen der Zeugin erkennbar, bleibt jede den Anforderungen des § 261 StPO genügende Auswertung der Zeugenaussage ausgeschlossen.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> EGMR DÖV 2009, 168; VGH München NVwZ 2000, 952.  
<sup>103</sup> § 5 PassV in der Fassung vom 19.10.2007, dazu Anlage 8 PassV in der Fassung vom 19.10.2007 unter der Kategorie Kopfbedeckung: „Kopfbedeckungen sind grundsätzlich nicht erlaubt. Ausnahmen sind insbesondere aus religiösen Gründen zulässig. In diesem Fall gilt: das Gesicht muss von der unteren Kinnkante bis zur Stirn erkennbar sein. Es dürfen keine Schatten auf dem Gesicht entstehen.“; zur Ganzkörperverschleierung allgemein Sachs/Kokott 7. Aufl. (2014) GG Art. 4 Rn. 69a.  
<sup>104</sup> VG Wiesbaden NVwZ 1985, 137 f. sah es im Fall einer Muslimin mit Kopftuch als maßgeblich an, dass die Gesichtszüge einschließlich der relevanten biometrischen Merkmale sichtbar sind; vgl. auch VG Berlin NVwZ 1990, 100 (Christin mit Kopfbedeckung).  
<sup>105</sup> Maunz/Dürig/Korioth (Fn. 87), Art. 136 WRV Rn. 127; Magoldt/Klein/Stark/Stark 7. Aufl. (2016), Art. 4 GG Rn. 25.  
<sup>106</sup> BVerfGE 33, 23, 32 f.  
<sup>107</sup> Vgl. dazu auch der Wortlaut der Entscheidung des EGMR NJW 2014, 2925 („Barriere, die gegenüber anderen durch einen das Gesicht verbergenden Schleier errichtet wird“).

Das gilt auch dann, wenn die Aussage der betreffenden Zeugin für das Verfahren nicht von zentraler Bedeutung zu sein scheint, sie also keine „Hauptbelastungszeugin“ ist. Dies beruht auf dem Umstand, dass der Bedeutung Gehalt einer Aussage überhaupt nicht feststeht, solange diese durch den Zeugen nicht vorgebracht und durch das Gericht nicht gewürdigt wurde. Ein Beweismittel, dem bereits von vorne herein keine Bedeutung zukommt, darf nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO abgelehnt werden – geschieht dies nicht, hat die Beweisaufnahme in ordnungsgemäßer Form stattzufinden. Eine „abgespeckte Sparversion“ der Vernehmung für „unwichtige Zeugen“ kennt die Strafprozessordnung nicht.

#### IV. Ergebnis

Im Ergebnis wird man also den Grundsatz formulieren können, dass die Anweisung an die Zeugin, den Vollgesichtsschleier während der Zeugenaussage abzulegen, nicht nur grds. zulässig, sondern verfahrensrechtlich sogar geboten ist und auf § 176 GVG gestützt werden kann. Dieses Ergebnis steht zumindest prozessual völlig außer Frage: Von den persönlichen religiösen, weltanschaulichen, ideologischen oder gar politischen Neigungen eines einzelnen Zeugen darf der Aufklärungsumfang im Strafverfahren nicht abhängen. Metaphorisch gesprochen würde sonst wohl gelten: den Vorhang zu und alle Fragen offen.<sup>108</sup> Das Störgefühl, das die gesellschaftliche Debatte so befeuert hat, konnte diese Untersuchung auch – und in erster Linie dies ist aus juristischer Perspektive interessant – dogmatisch fundieren.

Der Zeugin ein Ablegen des Vollgesichtsschleiers abzuverlangen birgt freilich ein nicht geringes Risiko, dass sich im einschlägigen Personenkreis eine justizielle Subkultur herausbildet. Unabhängig von der Religiosität oder Glaubensrichtung, darf und muss sich in Deutschland aber jeder an die Gerichte wenden und vor ihnen aussagen. Ein Rechtsschutzdefizit wirkte hierbei für eine gelungene Integration geradezu fatal. Hilfreich wäre es gerade deshalb, wenn sich die Akzeptanz in Bezug auf das hiesige Strafverfahren befördern ließe. Hierzu aufgerufen ist jedoch die Gesellschaft insgesamt. Eine etwaige intergrierende Funktion der Justiz darf dabei nicht um den Preis rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze vorangetrieben werden. Deren Beschneidung jedenfalls ist nicht der Ariadnefaden aus diesem Konflikt. Sicher kann man sich dabei auf den Standpunkt zurückziehen, die Frage der Koraninterpretation zu entscheiden, könne nicht Sache eines säkularen Staates sein.<sup>109</sup> Sache des Staates ist und bleibt es aber ganz unzweifelhaft, eine ordnungsgemäße und rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechende Strafrechtspflege zu gewährleisten. Von dieser Verpflichtung entbindet auch die Achtung der Freiheit der Religionsausübung nicht.

<sup>108</sup> Pointiert zum Burka-Verbot aus öffentlich-rechtlicher Perspektive Barczak DÖV 2011, 54 ff. („Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist“).  
<sup>109</sup> Wielandt Die Vorschrift des Kopftuchtragens für die muslimische Frau: Grundlagen und aktueller innerislamischer Diskussionsstand, unifr.ch/theo/downloads/wielandtkopftuch.pdf.

# Schenkungssteuerhinterziehung bei Nichtanzeige und Nichtangabe von Vorschenkungen gem. §§ 30, 31 ErbStG

Anmerkung zum Beschluss des BGH, 1 StR 405/14, Beschluss vom 10.02.2015 = HRRS 2015 Nr. 635

Von Prof. Dr. Petra Wittig, LMU München

## I. Einleitung

Die Entscheidung befasst sich mit Fragen der Schenkungssteuerhinterziehung in einer Konstellation, in der der Beschenkte es zunächst unterlässt, Vorschenkungen gem. § 30 Erbschaftsteuergesetz („ErbStG“) anzuzeigen, und in einer nachfolgenden Schenkungssteuererklärung gem. § 31 ErbStG die Vorschenkungen nicht zutreffend erklärt. Hierbei nimmt der BGH auch Stellung zu Konkurrenzfragen, zur Verfolgungsverjährung und zum Nemo-tenetur-Grundsatz, die über den konkreten Fall hinaus Bedeutung haben. Insgesamt führt auch diese Entscheidung des 1. Strafsenats zu einer Ausweitung der Strafbarkeit in Steuerstrafsachen.

Nach Ansicht des BGH liegt bereits in der Nichtanzeige der Vorschenkungen gem. § 30 ErbStG eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO (Rn. 20 f.). Soweit in der späteren Schenkungssteuererklärung wahrheitswidrig angegeben wird, dass der Erklärende vom Schenker keine weiteren Schenkungen erhalten hat, erfüllt dies – so der BGH – den Tatbestand der Steuerhinterziehung durch aktives Tun gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und zwar sowohl hinsichtlich der Schenkung, auf die sich die Erklärung bezieht, als auch hinsichtlich der Vorschenkungen (Rn. 23 ff.). Eine sich aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz ergebende Unzumutbarkeit normgemäßen Verhalten liege nicht vor, da durch vollständige und richtige Angaben bzgl. der Vorschenkungen in der Schenkungssteuererklärung gleichzeitig die Voraussetzungen einer strafbefreienden Selbstanzeige gem. § 371 AO erfüllt seien bzw. bei einem Sperrgrund ein Verwendungsverbot vorliege (Rn. 22). Die tatbestandsmäßige Steuerhinterziehung aufgrund der unrichtigen Angaben zu den Vorschenkungen in der Steuererklärung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO sieht der BGH auf der Konkurrenzebene als mitbestrafte und damit an sich straflose Nachtat zu der durch die unterlassene Anzeige begangene Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Vortat) gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO (Rn. 28 ff.) an. Die Straflosigkeit soll allerdings nach allgemeinen Grundsätzen entfallen,

wenn die Vortat – z.B. wegen Verjährung – nicht mehr verfolgbar ist (Rn. 31).

Diese voraussetzungsreiche Argumentation soll im Folgenden im Einzelnen vertieft dargestellt und auch kritisch hinterfragt werden.

## II. Rechtliche Fragestellungen

### 1. Die Ausgestaltung des Schenkungssteuersystems

Das Besteuerungssystem der Schenkungssteuer ist wie das der Erbschaftsteuer zweistufig ausgestaltet<sup>1</sup>: Auf der ersten Stufe regeln §§ 30 Abs. 1 und 2, 33, 34 ErbStG; §§ 1-11 ErbStDV, dass die dort Genannten der Erbschaft-/Schenkungssteuerstelle einen der Erbschaftsteuer unterliegenden Erwerb, hier eine Schenkung unter Lebenden (§§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 1 ErbStG), binnen einer Frist von drei Monaten nach erlangter Kenntnis von dem Anfall des Erwerbs dem zuständigen Finanzamt schriftlich anzuzeigen haben. Diese Anzeige soll dem Erbschaftsteuerfinanzamt ermöglichen zu prüfen, ob und wen es gem. § 31 ErbStG im Einzelfall zu einer Steuererklärung aufzufordern hat.<sup>2</sup> Eine allgemeine gesetzliche Steuerklärungspflicht besteht (anders als bei laufend veranlagten Steuern) nicht; erklärungspflichtig ist nur, wer vom Finanzamt zu einer Erklärung aufgefordert wird (§ 31 ErbStG, § 149 AO). Auf der zweiten Stufe müssen die gem. § 31 ErbStG zur Abgabe einer entsprechenden Erbschaft- bzw. Schenkungssteuererklärung Aufgeforderten innerhalb von einem Monat eine Steuererklärung abgeben. Bei der Berechnung der Steuer sind die persönlichen Freibeträge zu berücksichtigen (§ 16 ErbStG); der Steuersatz bestimmt sich nach der progressiv ansteigenden Tabelle des § 19 Abs. 1 ErbStG. Sofern (wie im vorliegenden Fall) mehrere Erwerbsvorgänge vorliegen, betrach-

<sup>1</sup> Rolletschke, Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 156.

<sup>2</sup> Wannemacher/Seipl, Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 1052.

tet das Erbschaftsteuer-/Schenkungssteuerrecht jeden Erwerbsvorgang grundsätzlich als selbstständig. Allerdings regelt § 14 ErbStG, dass für die Berechnung der Steuer des Letzterwerbs die Zuwendungen innerhalb der letzten zehn Jahre zusammengerechnet werden.

In Anbetracht dieser zweistufigen Ausgestaltung des Schenkungssteuersystems stellen sich im Hinblick auf eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung folgende Fragen: Ist bereits die pflichtwidrige Nichtanzeige von Vorschenkungen entgegen § 30 ErbStG eine strafbare Steuerhinterziehung? Liegt bei einem neuerlichen Erwerb bei Verschweigen von Vorschenkungen in einer Schenkungssteuererklärung gem. § 31 ErbStG auch hinsichtlich der Vorschenkungen eine erneute Steuerhinterziehung vor oder werden nur Steuern im Hinblick auf den letzten Erwerb hinterzogen? Wenn eine erneute Steuerhinterziehung auch bezüglich des Vorerwerbs vorliegt, wie verhält sich diese erneute Steuerhinterziehung auf der Konkurrenzenebene zu der vorhergegangenen Steuerhinterziehung durch Nichtanzeige der Vorschenkungen? Letztlich stellt sich die Frage, ob eine Erklärungspflicht hinsichtlich bisher verschwiegener Vorschenkungen in einer aktuellen Schenkungssteuererklärung gegen das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung verstößt, wenn dadurch die (möglicherweise strafrechtlich bereits verjährte) vorangegangene Steuerhinterziehung durch Unterlassen offenbart wird.

## 2. Steuerhinterziehung durch Nichtanzeige von Schenkungen gem. § 30 ErbStG

Dass bereits eine entgegen § 30 Abs. 1 und 2 ErbStG pflichtwidrig unterlassene Anzeige von Schenkungen den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt, wenn ein steuerbarer Erwerb gem. § 1 ErbStG vorliegt, entspricht der Rechtsprechung des BGH und der h.L.<sup>3</sup> Dem ist zuzustimmen, denn in der Tat lässt der vorsätzlich handelnde Täter das Finanzamt pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis und verkürzt dadurch (zumindest auf Zeit) Steuern gem. § 370 Abs. 4 AO. Auch wenn die Anzeige letztlich eine formlose Vorstufe zur Steuererklärung ist, handelt es sich nicht um eine bloße Vorbereitung zur Steuerhinterziehung.<sup>4</sup> An die Feststellung des objektiven und subjektiven Tatbestandes sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere ist das Vorliegen eines entsprechenden Steuerhinterziehungsvorsatzes im Hinblick auf die Komplexität des Schenkungssteuerrechts besonders sorgfältig zu prüfen.<sup>5</sup> Im konkreten Fall unterlagen die Vorschenkungen als Schenkungen unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) der Steuer, die unterlassene Anzeige war kausal für die Steuerverkürzung. Auch am Vorsatz dürften hier im

<sup>3</sup> BGHSt 56, 298 = HRRS 2015 Nr. 635; *Rolletschke*, Steuerstrafrecht, 4.Aufl. 2012, Rn. 157; *ders.* wistra 2001, 287, 289; *Joecks*, in: *Joecks/Jäger/Randt*, Steuerstrafrecht, 8.Aufl. 2015, § 370 AO Rn. 337.

<sup>4</sup> *Jülicher*, in: *Troll/Gebel/Jülicher*, Erbschaftsteuergesetz, 49. EL 2015, § 30 Rn. 51.

<sup>5</sup> Siehe nur *Wannemacher/Seipl*, Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 1027, die auch auf die Erforderlichkeit einer sorgfältigen Feststellung der Kausalität der Nichtanzeige für die unterlassene Festsetzung hinweisen.

Hinblick auf die vorgenommenen Verschleierungshandlungen kaum Zweifel bestehen.

Für die Beendigung der Steuerhinterziehung ist auf den Zeitpunkt der fiktiven Veranlagung abzustellen. Da es sich bei der Schenkungssteuer um eine Veranlagungssteuer handelt, ist die Steuerhinterziehung zu dem Zeitpunkt beendet, zu dem die Veranlagung spätestens stattgefunden hätte, wenn der Angeklagte seiner Anzeigepflicht gem. § 30 Abs. 1 ErbStG rechtzeitig nachgekommen wäre. Da für die Schenkungssteuer – anders als bei anderen Veranlagungssteuern – mangels kontinuierlichen abschnittsbezogenen Veranlagungsverfahrens kein allgemeiner Veranlagungsschluss festgestellt werden kann, ist für den Verjährungsbeginn nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ maßgeblich, wann die Veranlagung der Schenkungssteuer dem Steuerpflichtigen bei pflichtgemäßer Erfüllung der Anzeigepflicht frühestens bekannt gegeben worden wäre.<sup>6</sup> Dies ist nach dem BGH einen Monat nach Ablauf der gesetzlichen dreimonatigen Anzeigefrist, also vier Monate nach Kenntnis des Anfalls des steuerbaren Erwerbs der Fall.<sup>7</sup> Hierbei wird eine fiktive Bearbeitungszeit von einem Monat zugrunde gelegt (vgl. § 31 Abs 1 S. 2 ErbStG). Nach vier Monaten ab Kenntnis von dem steuerpflichtigen Erwerb beginnt die strafrechtliche Verfolgungsverjährung, die nach den allgemeinen Verjährungsregeln gem. §§ 78, 78a StGB im Regelfall fünf Jahre, in besonders schweren Fällen zehn Jahre beträgt.

## 3. Steuerhinterziehung durch unrichtige Angaben hinsichtlich der Vorschenkungen

Gibt ein Beschenkter wie im konkreten Fall in einer Schenkungssteuererklärung wahrheitswidrig an, von dem Schenker keine weiteren Schenkungen oder (teil-)unentgeltliche Zuwendungen erhalten zu haben, ist fraglich, ob eine Steuerhinterziehung nur bezüglich des (Neu-)Erwerbs, für den die aktuelle Schenkungssteuererklärung abgegeben wird, oder zudem eine (neuerliche) Steuerhinterziehung hinsichtlich der Vorerwerbe vorliegt. Dies ist insbesondere dann praktisch relevant, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Vorerwerbe zwar bereits die steuerstrafrechtliche Verfolgungsverjährung, aber noch nicht die steuerliche Festsetzungsverjährung eingetreten ist.

### a) Steuerhinterziehung hinsichtlich des Letzterwerbs

Dass durch die Angabe, keine Vorschenkungen erhalten zu haben, eine Steuerhinterziehung hinsichtlich der Besteuerung der erklärten (letzten) Schenkung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO vorliegt, ist unproblematisch. Es handelt sich um unrichtige Angaben, wenn der oder die Beschenkte etwa – wie im zugrundeliegenden Sachverhalt – wahrheitswidrig in der Schenkungssteuererklärung angibt, keine weiteren Schenkungen erhalten zu haben, und um unvollständige Angaben, wenn die vom Schenker erhaltenen Vorschenkungen nicht im Einzelnen erklärt wer-

<sup>6</sup> BGHSt 56, 298 = HRRS 2015 Nr. 635; *Jülicher*, in: *Troll/Gebel/Jülicher*, Erbschaftsteuergesetz, 49.EL 2015, § 30 AO Rn. 53.

<sup>7</sup> BGHSt 56, 298 = HRRS 2015 Nr. 635; a.A. *Wannemacher/Seipl*, Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 1078.



den. Auch liegt ein Taterfolg – nämlich eine Steuerverkürzung gem. § 370 Abs. 4 S. 1 HS. 1 AO – vor, wonach Steuern namentlich dann verkürzt sind, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Denn aufgrund der unrichtigen Angabe wird die Steuer auf den Neuerwerb zu niedrig festgesetzt, da es für die Höhe des Steuersatzes (§ 19 ErbStG) und die Berücksichtigung möglicher Freibeträge (§ 16 ErbStG) für diesen Erwerb auf die Vorerwerbe ankommt. Dies ergibt sich wie bereits erwähnt aus § 14 Abs. 1 S. 1 ErbStG, wonach mehrere innerhalb von 10 Jahren von derselben Person anfallenden Erwerbe zusammengerechnet werden.

**b) Steuerhinterziehung auch hinsichtlich der Vorerwerbe?**

Nicht entschieden hat der BGH bisher, ob durch die unrichtige bzw. unvollständige Angabe in der Schenkungsteuererklärung, keine Vorschenkungen erhalten zu haben, auch die Steuer für diese, schon bei ihrem Erwerb pflichtwidrig nicht angezeigten Vorerwerbe erneut durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) hinterzogen wird. In der zu besprechenden Entscheidung bejaht der BGH diese Frage. Hierbei stützt er sich im Wesentlichen auf folgende Argumente: Es liege eine neue tatbestandliche Handlung vor (nämlich die unrichtigen bzw. unvollständigen steuerlich erheblichen Angaben bzgl. der Vorschenkungen in der Schenkungsteuererklärung), die zu einem neuen Taterfolg (einer erneuten Steuerverkürzung) führe (Rn. 27). Die Angaben seien steuerlich erheblich, weil die Angaben über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Vorschenkungen stets Grundlage für die Überprüfung der ordnungsgemäßen Besteuerung sämtlicher Schenkungen der vorangegangenen zehn Jahre seien (Rn. 13, 18). Dies ergebe sich aus den gesetzlichen Besonderheiten der Besteuerung von Schenkungen in § 14 ErbStG. Dieser sei nicht nur für die Berechnung der Schenkungsteuer auf den Letzterwerb maßgeblich. Stelle das Finanzamt jedoch bei der Besteuerung des Letzterwerbs noch nicht versteuerte Vorschenkungen fest, habe es diese durch einen besonderen Steuerbescheid nachzuholen, sofern nicht eine steuerliche Verjährung (§§ 169, 170 Abs. 5 Nr. 2 AO) eingetreten sei. Damit seien die unrichtigen Angaben in der aktuellen Schenkungsteuererklärung steuerrechtlich sowohl für die Besteuerung des Letzterwerbs als auch für die Besteuerung der Vorerwerbe der letzten zehn Jahre von Bedeutung.

Bei zutreffender Angabe des Vorhandenseins von Vorschenkungen hätte das Finanzamt alsbald durch Erlass entsprechender Steuerbescheide die Besteuerung der Vorerwerbe nachgeholt (Rn. 26). Diese Möglichkeit werde dem Finanzamt genommen. Durch die unterbliebene Festsetzung der Besteuerung der Vorerwerbe seien Steuern im Sinne des § 370 Abs. 4 S. 1 HS. 1 AO verkürzt.

Allerdings sei diese Steuerhinterziehung durch Unterlassen eine mitbestrafte und damit konsumierte Nachtat gegenüber der vorangegangenen Steuerhinterziehung durch Unterlassen, soweit der Täter wegen noch nicht (steuerstrafrechtlich) verjährter Taten der Hinterziehung von Schenkungsteuer bezogen auf die einzelnen Vortaten noch verfolgt werden kann (Rn. 28). Eine mitbestrafte

Nachtat sei eine selbständige, den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende rechtswidrige und schuldhaft Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position sichert, ausnutzt oder verwertet (Rn. 29). Sie bleibe straflos, „wenn dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren – funktionalen Zusammenhangs mit der Vortat kein eigener Unrechtsgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, diese neben der Haupttat selbständig zu bestrafen“ (Rn. 29). Allerdings entfalle die Straflosigkeit der Nachtat, wenn die Vortat z.B. wegen Verfolgungsverjährung strafrechtlich nicht mehr verfolgbar sei (Rn. 31).

**c) Bedenken hinsichtlich des Vorliegens einer Steuerhinterziehung in Bezug auf die Vorschenkungen**

Gegen die Annahme einer erneuten Steuerhinterziehung durch aktives Tun hinsichtlich der Vorschenkungen gibt es jedoch ernsthafte Bedenken:

Die Annahme, § 14 ErbStG solle dem Finanzamt ermöglichen, sämtliche Schenkungen innerhalb der letzten zehn Jahre zu überprüfen, entspricht nicht Sinn und Zweck der Steuerberechnungsvorschrift des § 14 ErbStG.<sup>8</sup> § 14 ErbStG regelt – wie auch der BGH bestätigt – seiner Funktion nach nur die Berechnung der Steuer für den Letzterwerb und dient nicht der Ermittlung einer Gesamtsteuer für sämtliche Erwerbe innerhalb eines zehnjährigen Zeitraums (Rn. 17). Die Zielsetzung des § 14 ErbStG ist es, zu „verhindern, dass durch die Aufteilung einer beabsichtigten Zuwendung in mehrere zeitlich folgende Teilübertragungen durch Mehrfachgewährung der persönlichen Freibeträge und durch Vermeidung der Steuerprogression Steuervorteile erlangt werden“<sup>9</sup> und „dass mehrere Teilerwerbe gegenüber einem einheitlichen Erwerb steuerlich begünstigt werden“<sup>10</sup>. § 14 ErbStG nimmt somit den einzelnen Erwerben nicht den Charakter selbstständiger steuerpflichtiger Vorgänge und führt auch nicht zu einer nachträglichen Besteuerung der Vorerwerbe, sondern verändert nur die Progression für den letzten Erwerb.<sup>11</sup> Dass bei einer zutreffenden Steuerklärung hinsichtlich des Letzterwerbs die Steuer für frühere nicht angezeigte Schenkungen festgesetzt werden kann, ist allenfalls eine mittelbare Folge dieser Erklärung. Die Pflicht, Vorschenkungen anzugeben, dient lediglich dazu, die Steuer auf den Letzterwerb richtig zu berechnen, sie ist also ein Teil der Erklärungspflicht hinsichtlich des Letzterwerbs. Die formale Berechnungsvorschrift des § 14 ErbStG kann damit nicht als Argument zur Begründung der Strafbarkeit in Bezug auf die Vorschenkungen herangezogen werden.

Die Konstruktion des BGH führt im Ergebnis auch zu Wertungswidersprüchen hinsichtlich der steuerstrafrechtlichen Verjährung. Denn sie ermöglicht auch hinsichtlich von Vorerwerben eine strafrechtliche Verfolgung als Steuerhinterziehung durch aktives Tun, obwohl ggf. die Nichtanzeige der Vorschenkungen entgegen § 30 ErbStG als Steuerhinterziehung durch Unterlassen steu-

<sup>8</sup> *Esskandar/Bick* ErbStB 2015, 299.

<sup>9</sup> BFH DStR 2009, 1142, 1143 m.w.N.

<sup>10</sup> BFH BStBl. II 99, 25.

<sup>11</sup> BFH DStR 2009, 1142 m.w.N.

erstrafrechtlich bereits verjährt ist (siehe zur Berechnung der strafrechtlichen Verjährungsfrist vorstehend).<sup>12</sup> Auf diese Weise wird die Strafverfolgungsverjährung de facto unterlaufen. Die unrichtigen Angaben bzgl. der Vorschenkungen erfolgten, um die Entdeckung früherer Steuerverkürzungen zu verhindern. Dogmatisch könnte daher ein sog. „fortdauerndes Unterlassen“<sup>13</sup> durch Tun<sup>14</sup> vorliegen, da der Täter durch die Angabe, keine Vorschenkungen erhalten zu haben, lediglich an dem bisherigen Verschweigen früherer Schenkungen festhält. Dies kann auch nicht dadurch infrage gestellt werden, dass durch die formale Vorgabe des Steuerbogens der Steuerpflichtige, der an seinem Unterlassen festhalten möchte, zu einem aktiven Ankreuzen veranlasst wird. Nach der Unrechtsstruktur stellt die Angabe, keine Vorschenkungen erhalten zu haben, vielmehr eine straflose Selbstbegünstigung dar.<sup>15</sup> Ist die frühere Steuerhinterziehung durch Unterlassen bereits strafrechtlich verjährt, kann ein Festhalten an dem Unterlassen – wenn auch durch positives Tun – nicht zu einer Durchbrechung der Verjährung führen. Andernfalls könnten die Verjährungsfristen durch die Finanzbehörden beliebig ausgehebelt werden, indem sie den Steuerpflichtigen nach Ablauf der strafrechtlichen Verjährungsfrist aber vor Ablauf der Festsetzungsfrist zu einer erneuten Mitwirkung auffordern, bei der sich dieser aktiv zu bereits verjährten Steuerhinterziehungen erklären muss.<sup>16</sup> Das Problem würde sich nur dann nicht stellen, wenn man entgegen der st. Rspr.<sup>17</sup> davon ausgeht, dass eine mitbestrafte Nachtat wegen ihres Selbstbegünstigungscharakters keiner eigenen Verjährung unterliegt.<sup>18</sup>

Dem Vorwurf eines Wertungswiderspruchs hält der BGH entgegen, dass der Umstand, dass die Verfolgung bereits strafrechtlich verjährter Taten durch das nachfolgende aktive Tun wieder möglich wird, „Folge einer neuen tatbestandlichen Handlung ist, die zu einem neuen Taterfolg führt und für die deshalb die Verfolgungsverjährung eigenständig zu prüfen ist“ (Rn. 27). Die Tatbestandsmäßigkeit einer solchen neuen Tat scheidet erst aus, wenn für die Schenkungssteuer bereits die steuerliche Festsetzungsverjährung (§§ 169 ff. AO) eingetreten sei (Rn. 27). Während die Strafverfolgungsverjährung vielfach nach fünf Jahren eintritt, beträgt die Festsetzungsfrist für vorsätzlich verkürzte Steuern gemäß § 169 Abs. 2 S. 2 AO zehn Jahre.

Der Hinweis des BGH, dass materiell-rechtlich eine neue Tathandlung und ein neuer Taterfolg vorliegen, ist demgegenüber ein rein formales Argument.<sup>19</sup> Zum einen ist bereits fraglich, ob nicht vielmehr ein fortdauerndes Unterlassen durch Tun (s.o.) vorliegt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die fehlerhaften Angaben bzgl. der Vorschenkungen allein durch die Pflicht zur Abgabe einer

Steuererklärung hinsichtlich der Nachschenkung bedingt sind. Da die strafrechtliche Verjährung bzgl. der Steuerhinterziehung bei den Vorschenkungen bereits eingetreten ist, hat der Täter insoweit keine strafrechtliche Verfolgung mehr zu befürchten und muss sich deshalb auch nicht zu einer Selbstanzeige veranlasst sehen. Werden zu seinen Gunsten jedoch weitere anzeigepflichtige Schenkungen vorgenommen, sieht sich der Betroffene vor folgende Wahl gestellt: Entweder er entscheidet sich für eine Rückkehr in die Legalität und gibt seine Vorerwerbe in der neuen Steuererklärung richtig an. Infolgedessen kommt es zwangsläufig zu einer Nachfestsetzung der bisher nicht beglichene Schenkungssteuer. Will der Betroffene seine bisherigen Schenkungen jedoch weiterhin geheim halten, was rechtsethisch vorwerfbar, aber wegen eingetretener Verjährung strafrechtlich nicht mehr verfolgbar ist, wird er auch in einer späteren Steuererklärung seine Vorschenkungen nicht angeben. Im schlimmsten Falle sieht er sich gar dazu veranlasst, für die Nachschenkungen wiederum keine Steuererklärung abzugeben. Gibt er eine Steuererklärung mit falschen Angaben bzgl. der Vorerwerbe ab, muss er eine doppelte Strafbarkeit bzgl. der alten und der neuen Schenkungen befürchten. Gleichermaßen verhält es sich jedoch bei gänzlichem Unterlassen einer Steuererklärung für den Letzterwerb, wenn auch diesbezüglich die Strafbarkeit in Bezug auf die gänzlich verschwiegene Nachschenkung höher zu gewichten ist. Um hinsichtlich der bereits verjährten Steuerhinterziehungen weiterhin straffrei zu bleiben, müsste der Täter daher hoffen, keine weiteren Schenkungen mehr zu erhalten, die ihn zur Abgabe einer Steuererklärung verpflichten. Die Begründung der Strafbarkeit für ein Verhalten, dessen Entstehungsgrund in der Vergangenheit liegt, kann jedoch nicht davon abhängig gemacht werden, dass später weitere Schenkungen vorgenommen werden, die den Täter zu einer wahrheitsgemäßen Deklaration auch der früheren Schenkungen verpflichten.

Die Annahme einer erneuten Tathandlung und damit Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung mit Neubeginn der Verjährung muss auch deshalb abgelehnt werden, da die Falschangabe bzgl. der Vorschenkungen nicht nur bei der Begründung der Strafbarkeit, sondern gleichermaßen bei der Strafzumessung hinsichtlich des Letzterwerbs Berücksichtigung finden und damit das darin liegende Unrecht ausreichend kompensiert werden kann.<sup>20</sup> Der Umfang der Steuerverkürzung hinsichtlich des Letzterwerbs ist umso größer, je höher die in den letzten 10 Jahren erfolgten Vorschenkungen waren, da die Zahl und Höhe der Vorschenkungen maßgeblichen Einfluss auf den Steuersatz und den Freibetrag für die Nachschenkung haben. Durch die fehlende Berücksichtigung dieser Vorschenkungen kann es bei der Festsetzung der Steuer für den Letzterwerb zu einer Steuerhinterziehung großen Ausmaßes i.S.d. § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO kommen.<sup>21</sup> Das in der fehlenden Deklaration der Vorschenkungen gegenüber dem Finanzamt liegende Unrecht ist aufgrund der strafrechtlichen Verjährung der Vortaten auch noch nicht konsumiert und kann daher im Rahmen des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO herangezogen werden. Insoweit muss die Argumentation des BGH zum Verhältnis zwischen Konkurrenz und Verjährung übertragen werden

<sup>12</sup> Grötsch NStZ 2016, 38.

<sup>13</sup> Vgl. Wulf, in: MüKo StGB, 2.Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 44.

<sup>14</sup> Zur Figur des „Unterlassens durch Tun“ s. Roxin, Strafrecht AT II (2003), § 31 Rn. 99 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Wulf, in: MüKo StGB, 2.Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 44.

<sup>16</sup> Wulf, in: MüKo StGB, 2.Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 30.

<sup>17</sup> Siehe nur BGHSt 38, 366; BGH NStZ 2009, 106 m.w.N.

<sup>18</sup> Schneider wistra 2001, 408; Wulf, in: MüKo StGB, 2.Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 30.

<sup>19</sup> Joecks, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8.Aufl. 2015, § 370 AO Rn. 338; Himmelreich, SteuK 2015, 287.

<sup>20</sup> So auch Beyer BB 2015, 3040, 3041.

<sup>21</sup> Berchner NZWiSt 2015, 290, 295.

(s.o.). Durch die Berücksichtigung der Vorschenkungen auf der Ebene der Strafzumessung im Rahmen des Letzterwerbs wird dem Unrecht der Falschangabe bzgl. der Vorschenkungen ausreichend Rechnung getragen. Der Ahndung als besonders schwerem Fall kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass die Regelwirkung widerlegt ist, wenn mangels Ablaufs der Festsetzungsverjährungsfrist eine erneute Festsetzung der Steuer hinsichtlich der Vorschenkungen noch möglich wäre.<sup>22</sup> Zwar wird durch die rückwirkende Steuerfestsetzung der Schaden (mit Ausnahme des Verspätungsschadens) für den Staat und damit das Erfolgsunrecht ausgeglichen. Auf strafrechtlicher Ebene bleibt jedoch das in der fehlenden Deklaration liegende Handlungsunrecht unberücksichtigt.

Insofern ist die Lösung vorzugswürdig, die zwar im Hinblick auf § 14 ErbStG eine zutreffende Erklärung der Vorschenkungen fordert, diese aber entgegen der Ansicht des BGH nur begrenzt für die erneute, nun erklärte letzte Schenkung berücksichtigt.<sup>23</sup> Verkürzt ist somit lediglich die Steuer hinsichtlich des Letzterwerbs, nicht aber hinsichtlich der Vorerwerbe (die lediglich für Steuersatz und Freibeträge maßgeblich sind).<sup>24</sup>

#### 4. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens (Nemo-tenetur-Grundsatz)

Folgt man dem BGH, kann der Schenkungssteuerpflichtige eine Strafbarkeit wegen Schenkungssteuerhinterziehung sowohl hinsichtlich des Vorerwerbs als auch hinsichtlich des Letzterwerbs nur durch Offenbarung der bisher pflichtwidrig nicht angezeigten Vorschenkungen vermeiden (auch wenn diese schon verjährt waren). Damit stellt sich die Frage, ob diese Erklärungspflicht einen Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung, den Nemo-tenetur-Grundsatz, darstellt.

Der BGH verweist hier darauf, dass bei einer zutreffenden Schenkungssteuererklärung, durch die bisher verschwiegene Vorerwerbe bekannt werden, unter den Voraussetzungen des § 371 AO eine strafbefreiende Selbstanzeige bezüglich der durch unterlassene Anzeige der Vorschenkungen begangenen Steuerstraftaten vorliegt (Rn. 22). Sofern eine solche wegen eines Sperrgrundes im Sinne von § 371 Abs. 2 AO nicht in Betracht komme, bestehe ein strafrechtliches Verwertungsverbot (Rn. 22). Diese Argumentation greift jedoch nicht für den Fall, dass eine Bestrafung wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen in Bezug auf die Vorschenkungen wegen eingetretener Verfolgungsverjährung nicht mehr in Betracht kommt. In einer solchen Konstellation kann die Deklaration von Vorschenkungen dem Täter nicht als Selbstanzeige zugutekommen, da eine solche nur für den noch nicht strafrechtlich verjährten Zeitraum relevant

<sup>22</sup> Berchner NZWiSt 2015, 290, 295.

<sup>23</sup> Joecks, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 370 AO Rn. 338.

<sup>24</sup> So auch Hilgers-Klautsch, in: Kohlmann, Steuerstrafrecht, Rn.1517.1.

werden kann.<sup>25</sup> Vielmehr bleibt der Täter hier gänzlich straffrei.

Ist die Steuerhinterziehung bzgl. der Vorschenkungen noch nicht verjährt, kann eine wirksame Selbstanzeige vorliegen. Dies ändert jedoch nichts an dem grundsätzlichen Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz. Die Rechtskonstruktion des BGH verkennt die verfassungsrechtliche Bedeutung der aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Selbstbelastungsfreiheit. Allein die Möglichkeit, dass die selbstbelastende Aussage eine Selbstanzeige darstellen kann und für den Fall eines Sperrgrundes einem Verwertungsverbot unterliegt, vermag den ursprünglichen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit nicht rückwirkend zu beseitigen. Dies muss umso mehr gelten, als Beweisverwertungsverbote nach der Rechtsprechung umfassenden Einschränkungen unterliegen. Hinzu kommt, dass in der deutschen Rechtsordnung die „fruit of the poisonous tree – doctrine“ und damit eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten abgelehnt wird, weshalb der Inhalt der selbstbelastenden Aussage grundsätzlich als Spurenansatz für weitere Ermittlungen verwendet werden kann.<sup>26</sup> Zwar kann nach dem sog. Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 56, 37) der Täter ohne Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG zur Selbstbezeichnung gezwungen werden, soweit dies zur Befriedigung von Informationsinteressen Dritter erforderlich ist und zugunsten des Täters ein Verwertungsverbot greift. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Konstellation auch auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann, bei dem nicht die Informationsinteressen Dritter, sondern allein staatliche Interessen in Rede stehen.<sup>27</sup>

### III. Zusammenfassung

Die vom BGH angenommene Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung durch Tun bzgl. der Vorschenkungen ist rechtsdogmatisch zweifelhaft. Insbesondere kann § 14 ErbStG nicht zur Begründung der Strafbarkeit herangezogen werden, da dies dem telos der Norm zuwiderläuft. Darüber hinaus wird durch die Konstruktion des BGH die strafrechtliche Verjährung unterlaufen, indem ein bereits verjährtes fortdauerndes Unterlassen erneut unter Strafe gestellt wird. Die Strafbarkeit hinsichtlich der Vorschenkungen muss auch deshalb abgelehnt werden, da deren Unrecht bereits in der Strafzumessung in Bezug auf die Nachschenkung berücksichtigt und damit ausreichend kompensiert werden kann. Schließlich vermag auch die Annahme einer wirksamen Selbstanzeige oder eines Beweisverwertungsverbots den Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz nicht zu beseitigen.

<sup>25</sup> Jülicher, in: Troll/Gebeler/Jülicher, Erbschaftsteuergesetz, 49.EL 2015, § 30 AO Rn. 54.

<sup>26</sup> Statt aller: Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), Strafprozessordnung, Einl. Rn. 57; dies kritisieren bezogen auf den vorliegenden Fall auch *Ruhmannseder* NJW 2015, 2357, 2358; *Beyer* BB 2015, 3040, 3041.

<sup>27</sup> Vgl. *Joecks*, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 370 AO Rn. 239.

# Zugang zum staatlichen Wissen

## Ermittlungspflichten im NSU-Komplex

Von Maximilian Pichl, Frankfurt a. M.\*

### I. Einleitung

Über 250 Verhandlungstage haben im Prozess zur Mordserie des „Nationalsozialistischen Untergrunds“ (kurz: NSU) mittlerweile stattgefunden. Der Prozess<sup>1</sup> gegen die Hauptangeklagte Beate Zschäpe, sowie gegen die aufgrund von Beihilfe zum Mord und Unterstützung einer terroristischen Vereinigung angeklagten Tatverdächtigen Ralf Wohlleben, Holger G., Carsten S. und André E., soll klären, wer zwischen 1998 und 2011 für die Ermordung von zehn Menschen – darunter neun mit migrantischem Hintergrund<sup>2</sup> – sowie für drei Sprengstoffattentate und zahlreiche Banküberfälle verantwortlich ist. Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem NSU-Komplex ist bislang defizitär. Abgesehen von einigen wenigen Beiträgen aus der Rechtswissenschaft<sup>3</sup>, wird der NSU-Komplex vorrangig durch die Sozialwissenschaft<sup>4</sup> und journalistische Recherchen aufgearbeitet.<sup>5</sup>

Neben der strafrechtlichen Schuldfrage von Beate Zschäpe u.a. ist im Rahmen des NSU-Prozess immer wieder durch Beweisanträge der Nebenklage und Verteidigung die Rolle der Sicherheitsbehörden thematisiert worden. Im Fokus steht hierbei das V-Leute-System des Verfassungsschutzes und anderer Geheimdienste. Über 40 V-Leute verschiedener Ämter sollen sich im Umfeld des NSU befunden haben. Ob sie genauere Informationen

über den Verbleib und die Aktivitäten des NSU gehabt und dies den Ämtern mitgeteilt haben, ist weiterhin fraglich. Die Aufklärung dieses Sachverhalts gestaltet sich schwierig, da durch den Verfassungsschutz Aktenbestände vernichtet wurden, beispielsweise am 11.11.2011 die Beschaffungs- und Werbungsakten zu sieben V-Leuten der „Operation Rennsteig“<sup>6</sup>. Die Akten konnten mittlerweile teilweise rekonstruiert werden, liegen dem Prozess jedoch nicht vor.

Der NSU-Komplex gibt beispielhaft Anlass zur Frage, ob in einem Strafprozess gegen Privatpersonen, bei dem ungeklärt ist inwieweit staatliche Stellen (Teil-)Wissen über die Mordhandlungen oder die Täter hatten, entsprechende Akten zur Klärung des staatlichen Wissensbestandes aus den Geheimdiensten beizuziehen und den Prozessbeteiligten zur Einsichtnahme vorzulegen sind. Der Münchner Senat hat Beweisanträge der Nebenklage zur Beiziehung von Akten aus dem Verfassungsschutz im Februar 2016 abgelehnt.<sup>7</sup> Doch zu beachten ist hierbei die umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der effektive staatliche Ermittlungspflichten in Mordfällen begründet hat, die auch die Mitwisserschaft von staatlichen Informanten im Umfeld von Tätern zum Gegenstand hatten.<sup>8</sup> Spricht die StPO von Aufklärungs- bzw. Sachaufklärungspflichten, hat der EGMR den Begriff Ermittlungspflichten geprägt, der sich nicht auf die Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft beschränkt. Vielmehr geht es hierbei um eine völkerrechtliche Ausformung der Sachaufklärung, die ebenfalls Legislative und Judikative bindet. Neben dem NSU-Prozess sind die Ermittlungspflichten daher auch für die parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in den Ländern und im Bund relevant.

Der folgende Beitrag skizziert zunächst, welche Erkenntnisse aktuell die Annahme für möglich erscheinen lassen, dass die Geheimdienste über V-Leute Informationen über die NSU-Mordserie erhalten haben könnten, die dann z.T. vernichtet wurden (II.) Anschließend wird die Recht-

\* Maximilian Pichl, promoviert am Institut für Öffentliches Recht der Goethe-Universität Frankfurt am Main zur NSU-Mordserie. Gedankt sei Leon Steinbacher für wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> OLG München, laufendes Strafverfahren: 6 St 3/12.

<sup>2</sup> Die Opfer der Mordserie heißen *Enver Simsek* (2000 in Nürnberg), *Abdurrahim Özüdogru* (2001 in Nürnberg), *Süleyman Tasköprü* (2001 in Hamburg), *Habil Kilic* (2001 in München), *Mehmet Turgut* (2004 in Rostock), *Ismail Yasar* (2005 in Nürnberg), *Theodoros Boulgarides* (2005 in München), *Mehmet Kubasik* (2006 in Dortmund), *Halit Yozgat* (2006 in Kassel) und *Michèle Kiesewetter* (2007 in Heilbronn).

<sup>3</sup> Bspw. *Alwart* JZ 2014, 1091ff.; *Gusy* ZRP 2012, 230ff.; *Pichl* Kritische Justiz 2015, S. 275ff.

<sup>4</sup> Nur beispielhaft: *Zimmermann/Wamper/Friedrich* (Hrsg.), *Der NSU in bester Gesellschaft. Zwischen Neonazismus, Rassismus und Staat*, 2015; *Schmincke/Siri* (Hrsg.), *NSU-Terror. Ermittlungen am rechten Rand*, 2013.

<sup>5</sup> Auch hier nur Beispiele: *Aust/Laabs*, *Heimatschutz. Der Staat und die Mordserie des NSU*, 2014; *Gensing*, *Terror von rechts: Die Nazi-Morde und das Versagen der Politik*, 2012.

<sup>6</sup> Vgl. Bericht der Beobachtungsgruppe NSU-Watch v. 03.08.2015; *Ramelsberger*, Streit um die „Konfetti“-Akten, *Süddeutsche Zeitung*, 17.09.2015.

<sup>7</sup> Beschluss vom 26. Verhandlungstag am 17.02.2016.

<sup>8</sup> Auch die Nebenklage im NSU-Prozess hat Bezüge auf diese Rechtsprechung in einem Beweisantrag hergestellt, vgl. <http://www.nsu-nebenklage.de/wp-content/uploads/2015/08/2015.08.03.-Beweisantrag.pdf>.

sprechung des EGMR zu staatlichen Ermittlungspflichten im Hinblick auf Konventionsverstöße gegen Art. 2 (Recht auf Leben) und 13 (Recht auf wirksame Beschwerde) EMRK rekonstruiert (III.) Abschließend wird erörtert, inwieweit die Rechtsprechung auf den NSU-Komplex anwendbar ist und ob hieraus Aufklärungspflichten begründet werden, die über die nationalen Sachaufklärungspflichten hinausgehen und die Beiziehung von entsprechenden Akten bewirken könnten (IV.).

## II. Das Wissen des Verfassungsschutzes um die Mordserie

Zwischen 1997 und 2003 lief die von verschiedenen Ämtern der Sicherheitsbehörden (darunter Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), LfV Thüringen und Bayern, Militärischer Abschirmdienst) betriebene „Operation Rennsteig.“ Durch sie wurden acht Personen im Umfeld des Thüringer Heimatschutzes (THS) angeworben, einer rechtsradikalen, militanten Organisation, in der die späteren mutmaßlichen NSU-Mitglieder Uwe Böhnhardt, Uwe Mundlos und Beate Zschäpe politisch sozialisiert wurden.<sup>9</sup> Am 11. November 2011, kurz nach der Selbstenttarnung des NSU, wurden im BfV Akten zu sieben V-Leuten geschreddert, die im Rahmen der „Operation Rennsteig“ angeworben worden waren oder werden sollten.<sup>10</sup> Der Verfassungsschutz berief sich zunächst auf datenschutzrechtliche Aspekte als Begründung für die Vernichtung, die nicht im Zusammenhang mit dem NSU stehen würden. Dagegen wandte der damalige Bundesdatenschutzbeauftragte Peter Schaar ein, dass § 13 Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG, alte Fassung) keine Vernichtung oder Löschung, sondern vielmehr eine Sperrung für personenbezogene Daten in Papierakten vorsehe.<sup>11</sup> Entsprechend änderte sich die Erzählung und es hieß jetzt, der, die Vernichtung anordnende Beamte, hätte sich wegen Arbeitsüberlastung vorschriftswidrig verhalten. Er habe nur verhindern wollen, dass die Akten ihm immer wieder vorgelegt würden, und sie deshalb vernichten lassen, er hätte sie vorher auf relevante Informationen kontrolliert<sup>12</sup>. Als Konsequenz aus der Affäre trat der damalige Verfassungsschutzpräsident Heinz Fromm am 31. Juli 2012 von seinem Amt zurück. Zur Untersuchung wurde ein Sonderermittler eingesetzt, der damalige Unterabteilungsleiter des Verfassungsschutzes im Bundesinnenministerium, der jedoch keinen Zusam-

menhang zwischen der Enttarnung des NSU und der Vernichtung der Akten feststellen konnte<sup>13</sup>.

Die Akten konnten zwischenzeitlich teilweise rekonstruiert werden, da sie in anderen Abteilungen des Verfassungsschutzes weiterhin vorhanden waren. Die Relevanz der Akten für den NSU-Komplex lässt sich anhand des V-Manns „Tarif“ darstellen. Dieser wurde erst im Oktober 2013 enttarnt und gab in seiner Vernehmung durch die Bundesanwaltschaft an, dem BfV bereits 1998 wichtige Hinweise über den NSU weitergegeben zu haben, denen jedoch nicht nachgegangen wurde.<sup>14</sup> Da die weiteren sechs V-Leute ebenfalls auf den THS und damit die politische Unterstützerstruktur des NSU angesetzt waren, ist nicht auszuschließen, dass durch die Einsicht in die Akten mögliches Wissen der Ämter über die Mordserie rekonstruiert werden könnte. Insgesamt sollen im erweiterten NSU-Umfeld über 40 V-Leute platziert gewesen sein. Hierzu gehören V-Leute des Verfassungsschutzes wie Tino Brandt, Carsten S. oder Marcel D., die alle ihrem jeweiligen Verfassungsschutzamt noch nach dem Untertauchen über das Trio berichtet haben.

## III. EGMR-Rechtsprechung: Staatliche Ermittlungspflichten bei Mordserien

Die Rechtsprechung des EGMR hat in den letzten Jahren zur Herausbildung staatlicher Ermittlungspflichten beigetragen, die sich auch auf das nationale Strafprozessrecht auswirken.<sup>15</sup> Im Folgenden werden nur die für den NSU-Komplex relevanten Urteile aus dieser Rechtsprechungslinie rekonstruiert.

Fraglich ist, ob sich aus der Rechtsprechung des EGMR Pflichten ableiten lassen, Akten des Verfassungsschutzes oder von Strafverfolgungsbehörden beiziehen zu lassen, sofern Anhaltspunkte vorliegen, die eine wie auch immer geartete Nähe der Sicherheitsbehörden zu den Angeklagten oder deren Verstrickung in die Taten nicht ausschließen lassen.

Anträge auf Aktenbeiziehung sind stets dann Beweismittelanträge i.S.d. § 244 Abs. 2 StPO, wenn die Antragssteller eine gesamte Akte, also eine „Urkundensammlung“, beiziehen wollen. Um einen Beweisantrag handelt es sich nur dann, wenn die Beiziehung und Verlesung einzelner Dokumente einer Akte versehen mit einer konkreten Beweisbehauptung zu deren Inhalt beantragt ist. Beweismittelanträge hat das Gericht im Rahmen seiner Sachaufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO zu bescheiden. Diese Pflicht reicht so weit wie die aus dem gesamten Prozessstoff bekanntgewordenen Tatsachen zum Gebrauch von Beweismitteln drängen oder ihn nahe legen.<sup>16</sup> Dementsprechend müssen Be-

<sup>9</sup> Förster CILIP 101-102, 59ff. (60).

<sup>10</sup> Eine Ausnahme stellt nur der V-Mann „Tarif“ dar, der nicht im Rahmen der „Operation Rennsteig“ angeworben wurde, aber auch in Thüringen zur relevanten Zeit vom BfV geführt wurde.

<sup>11</sup> Schaar zitiert nach Kleffner, NSU: Rassismus, Staatsversagen und die schwierige Suche nach der Wahrheit, in: Schmincke/Siri (Fn. 4), 38.

<sup>12</sup> Bundesministerium des Innern, Bericht des Sonderbeauftragten des Bundesministers des Innern Aufklärung der Aktenvernichtungen im Bundesamt für Verfassungsschutz im Zusammenhang mit der „Operation Rennsteig“ sowie weiterer Aktenvernichtungen nach dem 4. November 2011, 2012, S. 5; <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/CD14600/Dokumente/Dokument%2011.pdf>

<sup>13</sup> Ebd. S. 4 ff.

<sup>14</sup> Vgl. das Dossier bei NSU-Watch: <http://www.nsu-watch.info/2014/10/im-zentrum-der-aktion-konfetti-michael-dolsperg-alias-v-mann-tarif/>.

<sup>15</sup> Vgl. EGMR, *Camekan v. Türkei*, Entscheidung vom 28.01.2014, Application No. 54241/08; Karpentein/Mayer/Schübel-Pfister, EMRK-Kommentar, Art. 2, 2. Auflage 2015, Rn. 42.

<sup>16</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 244 Rn 12.

weisanträge eine gewisse Konkretheit aufweisen und dem Gericht darlegen, warum sie für die Sachaufklärung und die möglicherweise strafrechtliche Verurteilung relevant sind.

Bei Mordserien, in denen staatliche Akteure mutmaßlich mitwissend sind, ergibt sich das Problem, dass die Prozessbeteiligten keinen direkten Zugang zu den das Geschehen betreffenden Akten haben – um einen konkreten Beweisantrag zu formulieren, müsste ohne Kenntnis der Akten bereits im Vorhinein feststehen, was gesucht wird. Es ist fraglich, ob diese strafprozessrechtliche Paradoxie mit der EGMR-Rechtsprechung vereinbar ist.

## 1. Prozessuale Voraussetzungen

Die Rechtsprechung zur staatlichen Ermittlungspflicht hat der EGMR insbesondere aus Art. 2 und Art. 13 EMRK abgeleitet. Danach enthalten die materiellen Konventionsrechte verfahrensrechtliche Garantien.<sup>17</sup> Die besondere Bedeutung von Art. 2 ergibt sich aus der vom EGMR ausgeformten Schutzpflichtdimension, die sich in der Anerkennung staatlicher Ermittlungspflichten bei verdächtigen Todesfällen niederschlägt.<sup>18</sup> Bezüglich der Voraussetzungen staatlicher Ermittlungspflichten, gibt es zwischen den materiellen Konventionsrechten und Art. 13 EMRK jedoch keine wesentlichen Unterschiede.<sup>19</sup>

Prozessual war längere Zeit umstritten, ob eine Verletzung der verfahrensrechtlichen Garantien der Konventionsrechte durch Familienangehörige des Getöteten oder sonstige nahestehende Personen geltend gemacht werden kann.<sup>20</sup> In der jüngeren Rechtsprechung geht der EGMR wie selbstverständlich davon aus, dass Angehörige und sonstige nahestehende Personen über den Tod hinaus ein berechtigtes Interesse an einem Urteil über die Verletzung von Konventionsrechten haben können.<sup>21</sup> Dabei dürfte für den EGMR zentral gewesen sein, dass die Etablierung nachträglicher Schutzpflichten keine reine „Einzelfallgerechtigkeit“ betreffen, sondern vor allem die „Sicherung des demokratischen Rechtsstaats.“<sup>22</sup>

Zur Sicherung der verfahrensrechtlichen Garantien setzt der EGMR eine „hierarchische und institutionelle Unabhängigkeit“ bei den Ermittlungen voraus,<sup>23</sup> d.h., dass insbesondere staatliche Stellen nicht gegen sich selbst ermitteln dürfen.<sup>24</sup> Die Angehörigen von Opfern müssen

ausreichend beteiligt sind.<sup>25</sup> Sie müssen bspw. Zugang zu Verfahrensakten haben.<sup>26</sup> In Fällen, bei denen verdeckte staatliche Ermittler in das Tatgeschehen involviert sind, muss die Justiz zudem gewährleisten, dass keine staatliche Tatprovokation vorliegt, um eine Verletzung des „fair trial“ Grundsatzes aus Art. 6 zu widerlegen.<sup>27</sup>

Aus der Rechtsprechung ergeben sich auch Anforderungen an Mordfälle, die bereits durch Strafverfahren verhandelt wurden und längere Zeit zurückliegen: Diesbezüglich hat der EGMR in der Entscheidung *Brecknell* klargestellt, dass effektive staatliche Ermittlungspflichten auch dann bestehen, wenn in einem bereits abgeschlossenen Verfahren neue Beweise ans Licht kommen.<sup>28</sup> Nach Ansicht des EGMR müssen staatliche Behörden sensibel mit allen Informationen umgehen, die das Potential haben könnten, die Feststellungen früherer Untersuchungen zu unterminieren.<sup>29</sup> Abgesehen vom laufenden NSU-Prozess, ist dies u.a. auch für die Ermittlungen rund um das Oktoberfestattentat in München vom 26. September 1980 relevant. Gingen die Sicherheitsbehörden 35 Jahre lang von der Annahme aus, es habe sich bei dem Terroranschlag mit 13 Toten um die singuläre Tat des Neonazis Gundolf Köhler gehandelt, haben neuere Erkenntnisse die These erhärtet, dass es weitere Mittäter am Tatort gab, woraufhin der GBA die Ermittlungen erneut aufnehmen musste.<sup>30</sup>

## 2. Anwendungsfelder staatlicher Ermittlungspflichten

Die Rechtsprechungslinie des EGMR entfaltet sich in Fallkonstellationen, in denen, wie *Altermann* resümiert, die „Aufklärung des Sachverhalts nahezu ausschließlich durch staatliche Stellen möglich ist, weil es an unabhängigen Zeugen fehlt und sich das in Frage kommende Beweismaterial in staatlichem Besitz befindet.“<sup>31</sup>

Ausgelöst wurde die Rechtsprechung insbesondere durch den Nordirlandkonflikt und durch die Auseinandersetzungen zwischen türkischen Sicherheitskräften und der Arbeitspartei Kurdistans (PKK).<sup>32</sup> Eine der ersten zentralen Entscheidungen in der Sache *McCann* u.a. v. *United Kingdom*<sup>33</sup> betraf einen geplanten IRA-Autobomben-

rensdimensionen materieller Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention, Frankfurt am Main 2005, 104.

<sup>25</sup> *EGMR Ögur v. Türkei*, Entscheidung vom 14.12.2000, Application No. 22676/93, Rn. 93.

<sup>26</sup> *Ebd.*, Rn. 92.

<sup>27</sup> *EGMR Ramanauskas v. Litauen*, Entscheidung vom 5. Februar 2008, Application No. 74420/01, Rn. 70.

<sup>28</sup> *Chevalier-Watts*, EJIL 2010, 714.

<sup>29</sup> *EGMR Brecknell v. The United Kingdom*, Entscheidung vom 27. November 2007, Application No. 32457/04, Rn. 70.

<sup>30</sup> Vgl. *Chaussy*, Oktoberfest. Das Attentat, 2015.

<sup>31</sup> *Altermann*, Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2006, 114.

<sup>32</sup> Zu den Verstrickungen britischer Sicherheitsbehörden in den Terrorismus während des Nordirlandkonflikts, vgl. *Punch*, State Violence, Collusion and the Troubles: Counter Insurgency, Government Deviance and Northern Ireland, London 2012.

<sup>33</sup> *EGMR McCann* u.a. v. *United Kingdom*, Entscheidung vom 27. September 1995, Application No. 18984/91.

<sup>17</sup> *Karpenstein/Mayer/Schübel-Pfister*, (Fn. 15), Rn. 2.

<sup>18</sup> *Ebd.*, Rn. 3.

<sup>19</sup> *Karpenstein/Mayer/Breuer*, EMRK-Kommentar, Art. 13 Rn. 39, 2. Auflage 2015.

<sup>20</sup> Der EGMR hatte in einem Urteil zur Sterbehilfe zunächst die Rechte aus Art. 2, 3, 5, 8, 9 und 14 für unübertragbar erachtet, vgl. *EGMR Sanles Sanles v. Spanien*, Entscheidung vom 26. Oktober 2000, Application No. 48335/99.

<sup>21</sup> *Karpenstein/Mayer/Schübel-Pfister*, (Fn. 15), Rn. 46.

<sup>22</sup> *Ebd.*, Rn. 33.

<sup>23</sup> *Ebd.*, Rn. 43; *EGMR Hugh Jordan v. The United Kingdom*, Entscheidung vom 04. Mai 2001, Application No. 24746/94, Rn. 106; *EGMR, Ertak v. Türkei*, Entscheidung vom 09. Mai 2000, Application No. 20764/92.

<sup>24</sup> Vgl. *EGMR Ramsahai* u.a. v. *Niederlande*, Entscheidung vom 10. November 2005, Application No. 52391/99 – der Fall betraf eine unzulässige Ermittlung von tödlicher Polizeigewalt durch die eigene Polizeibehörde; *Möller*, Verfah-

anschlag in Gibraltar, bei dem drei IRA-Männer durch die britische Antiterror-Einheit getötet wurden. Nachträglich stellte sich heraus, dass die drei Männer unbewaffnet waren und das fragliche Auto keine Bombe enthielt. Der EGMR bejahte grundsätzlich das Erfordernis effektiver Ermittlungen durch Strafverfolgungsbehörden, wenn eine Person durch Gewaltanwendung zu Tode kommt – wobei dieses Erfordernis im McCann-Fall nicht verletzt gewesen sei.<sup>34</sup> Eine effektive Untersuchung müsse ebenfalls ermitteln, ob staatliche Stellen an der Tötung beteiligt sind.<sup>35</sup> Offen hielt der EGMR jedoch in dieser Entscheidung die genauen Voraussetzungen und den Umfang der erforderlichen Ermittlungen.<sup>36</sup>

Im Fall Gülec v. Türkei hat der EGMR eine erste Präzisierung vorgenommen. Demnach sind Ermittlungen nicht effektiv, wenn wichtige Zeugen nicht vernommen werden, die im Rahmen einer Rekonstruktion der Tat Aufschluss über den Tathergang geben können.<sup>37</sup> Auch Angehörige – in diesem Fall der Vater des Verstorbenen – müssten an dem Ermittlungsverfahren beteiligt werden.

Die McCann-Entscheidung betraf einen Fall, in dem erwiesen war, dass staatliche Akteure die Tötung der Betroffenen herbeigeführt hatten. Davon zu unterscheiden sind Fälle, bei denen die Zurechenbarkeit der Tötung nicht klar ist. Hierzu erging zunächst die Entscheidung Ergi v. Türkei, die eine Auseinandersetzung zwischen Kämpfern der PKK und türkischen Sicherheitskräften zum Gegenstand hatte. In deren Verlauf wurde eine Frau getötet, wobei jedoch unklar war, ob sie durch eine Kugel der Sicherheitskräfte oder durch die PKK gestorben ist. Der EGMR stellte in seinem Urteil fest, dass Art. 2 EMRK den Staat nicht nur verpflichtet im Nachhinein effektive Ermittlungen durchzuführen, sondern eine Konventionsverletzung auch möglich ist, wenn keine hinreichenden Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz des Lebens von Zivilpersonen getroffen wurden.<sup>38</sup> Die Ermittlungen durch Staatsanwälte dürften sich nicht auf Polizeiberichte beschränken, sondern erfordern eigenständige Ermittlungen, im Übrigen unabhängig von Beschwerden durch Angehörige von Opfern.<sup>39</sup> Altermann stellt zudem in der Kommentierung des Urteils fest: „Ein Teilbereich des Erfordernisses tatsächlicher Unabhängigkeit verlangt also, dass eine staatliche Ermittlungsinstanz die Ermittlungen einer anderen Ermittlungsinstanz nicht ohne eigene Nachforschungen unhinterfragt übernimmt. Auch dürfen die Behörden nicht von vornherein ausschließen, dass die Tötung möglicherweise durch staatliche Stellen erfolgt ist.“<sup>40</sup>

Die staatliche Zurechenbarkeit der Tat war auch im Fall unklar, der der Entscheidung Tanrikulu v. Türkei zugrun-

de lag.<sup>41</sup> Dennoch erklärte der EGMR, dass die Verletzung von Ermittlungspflichten auch dann in Frage komme, wenn nicht hinreichend erwiesen ist, dass die Tötung dem Staat zurechenbar ist, eine staatliche Beteiligung aber möglich erscheint.<sup>42</sup>

In der Folge äußerte sich der EGMR zur Frage des Zugangs von Opfern zu Ermittlungsakten. Der Fall Kelly v. United Kingdom<sup>43</sup> betraf erneut eine Auseinandersetzung im Nordirland-Konflikt, bei der neun Personen während einer Operation in Loughgall getötet wurden. Während des Verfahrens wurde den Angehörigen der Opfer kein Zugang zu den Zeugenaussagen der Tat gestattet. Zwar stellte der Gerichtshof fest, dass sich aus Art. 2 EMRK kein allgemeines Recht auf Einsicht in Polizei- und Ermittlungsakten ergebe. Jedoch betraf diese Feststellung laufende Ermittlungen. Der EGMR rügte aber, dass im späteren Verfahrensverlauf die Angehörigen nicht über den Stand des Verfahrens und eine Begründung über die Nicht-Einleitung von Ermittlungen informiert worden seien.

Im Urteil Yasar v. Türkei<sup>44</sup> erstreckte der Gerichtshof die Verpflichtung zu effektiven Ermittlungen auf alle Todesfälle, bei denen eine staatliche Beteiligung ungeklärt war und damit auf alle gewaltsamen Tötungen, unabhängig von der materiellen staatlichen Verantwortlichkeit.<sup>45</sup> Der EGMR bemängelte in dem Fall zudem, dass die türkischen Behörden eine staatliche Beteiligung von vornherein ausgeschlossen hätten.<sup>46</sup> Geprüft werden muss in jedem Fall, ob Sicherheitsbehörden Kenntnis von dem Mordfall hatten oder sogar an diesem beteiligt waren.

Rassistische Gewalt war Gegenstand des Verfahrens Natchova u.a. v. Bulgarien.<sup>47</sup> Der Fall behandelte die Ermordung zweier junger Männer, die der Roma-Minderheit in Bulgarien angehörten, und fahnenflüchtig waren. Sie wurden bei einem Zugriff der Militärpolizei erschossen, wobei einer der Offiziere rassistische Kommentare während der Schießerei äußerte. Zusätzlich zu seinen bisherigen Ausführungen betreffend staatliche Ermittlungspflichten, gewichtete der EGMR in diesem Fall insbesondere die rassistischen Implikationen der Tat. Bei Fällen in denen der Verdacht besteht, dass rassistische Gründe zu einer Gewalttat geführt haben, müssten die Ermittlungen mit besonderem Nachdruck und Unvoreingenommenheit geführt werden, um die Ächtung von rassistischem und ethnischem Hass sicherzustellen.<sup>48</sup> Die staatlichen Ermittlungsbehörden unterliegen in derlei Fällen einer besonderen Verpflichtung, alle Maßnahmen einzuleiten, die nötig sind, damit rassistische Motive beachtet werden: “Failing to do so and

<sup>34</sup> Dafür erachtete der EGMR das Gebot effektiver Ermittlungen im Mordfall des nordirischen Anwalts Pat Finucane für erwiesen an, EGMR, *Finucane v. United Kingdom*, Entscheidung vom 01. Juli 2003, Application No. 29178/95.

<sup>35</sup> Ebd., Rn. 161; *Möller*, (Fn. 24), 102.

<sup>36</sup> Ebd., Rn. 162.

<sup>37</sup> EGMR, *Gülec v. Türkei*, Entscheidung vom 27. Juli 1998, Application No. 54/1997/838/1044.

<sup>38</sup> EGMR, *Ergi v. Türkei*, Entscheidung vom 28. Juli 1998, Application No. 23818/94, Rn. 86.

<sup>39</sup> Ebd., Rn. 83; *Möller*, (Fn. 24), 108.

<sup>40</sup> *Altermann*, (Fn. 31), S. 27.

<sup>41</sup> EGMR, *Tanrikulu v. Türkei*, Entscheidung vom 8. Juli 1999, Application No. 23763/94.

<sup>42</sup> Ebd., Rn. 110.; *Altermann*, (Fn. 31), S. 38.

<sup>43</sup> EGMR, *Kelly u.a. v. United Kingdom*, Entscheidung vom 04. August 2001, Application No. 30054/96.

<sup>44</sup> EGMR *Yasa v. Türkei*, Entscheidung vom 2. September 1998, Application No. 22495/93.

<sup>45</sup> *Karpenstein/Mayer/Schübel-Pfister*, (Fn. 15), Rn., 41.

<sup>46</sup> EGMR *Yasa v. Türkei*, (Fn. 44), Rn. 105.

<sup>47</sup> EGMR, *Natchova and others v. Bulgarien*, Entscheidung vom 26. Februar 2004, Application No. 43577/98, 43579/98.

<sup>48</sup> Ebd., Rn. 157.

treating racially induced violence and brutality on an equal footing with cases that have no racist overtones would be to turn a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights.“<sup>49</sup>

Dementsprechend verpflichtet der EGMR staatliche Behörden zu effektiven Ermittlungen insbesondere in Fällen, bei denen rassistische Motive eine Rolle spielen könnten. Im betreffenden Fall seien die Ermittlungen unzureichend gewesen, da die Rolle des Rassismus ausgeblendet worden sei.

Durch die Rechtsprechung sind staatliche Organe ebenfalls zum präventiven Schutz des Lebens verpflichtet. Hierfür stehen die Entscheidungen in den Rechtssachen Kilic<sup>50</sup> und Dink.<sup>51</sup> In beiden Fällen handelte es sich um die Ermordung von Journalisten. Im ersten Fall erbat der Journalist Kemal Kilic um staatlichen Schutz vor nachweislichen Todesdrohungen. Der türkische Staat reagierte nicht und Kilic wurde am 18. Februar 1993 vor dem Bürogebäude seines Arbeitgebers von unbekanntem Tätern erschossen. Der EGMR entschied, dass an den Staat zwar keine unverhältnismäßigen Anforderungen betreffend des Schutzes seiner Zivilbevölkerung gestellt werden dürfen. Eine staatliche Schutzpflicht entstehe aber dann, wenn die Behörden gewusst haben oder hätten wissen können, dass eine reale Gefahr für ein Individuum bestehe und keine entsprechenden Schutzmaßnahmen erlassen worden seien.<sup>52</sup> Im vorliegenden Fall hätten die Behörden zudem Informationen der Angehörigen über die mutmaßliche Beteiligung von Sicherheitskräften an der Tat nicht angemessen gewürdigt.

Bei der Ermordung des armenischen Journalisten Hrant Dink kam eine weitere Besonderheit hinzu. Die Anwälte der Familie erbrachten Beweise, dass türkische Sicherheitsbehörden möglicherweise in die Ermordung verwickelt waren. Der EGMR sah es als erwiesen an, dass die türkischen Sicherheitskräfte erstens allgemein über die feindlichen Einstellungen gegenüber Dink innerhalb der ultra-nationalistischen Szene informiert gewesen seien und zweitens Kenntnisse über ein mögliches Attentat und die dahinter stehenden Täter gehabt hätten. Indem die Türkei Dink keinen staatlichen Schutz gewährt hat, habe sie Art. 2 EMRK verletzt.<sup>53</sup> Anfang Dezember 2015 wurde der Fall vor türkischen Gerichten neu aufgerollt. Beschuldigt werden nun 26 Personen, darunter ehemalige Polizisten und Geheimdienstmitarbeiter, an der Ermordung Dinks mitgewirkt und ihre Pflichten vernachlässigt zu haben.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Ebd., Rn. 158.

<sup>50</sup> EGMR Kilic v. Türkei, Entscheidung vom 28. März 2000, Application No. 22492/93.

<sup>51</sup> EGMR Dink v. Türkei, Entscheidung vom 14. September 2010, Application No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09.

<sup>52</sup> EGMR, Kilic v. Türkei, Rn. 63.

<sup>53</sup> Leach, The principles which can be drawn from the case-law of the European Court of Human Rights relating to the protection and safety of journalists and journalism, MCM (2013) 012, Rn. 25.

<sup>54</sup> Vgl. Anadolu Agency vom 09. Dezember 2015.

### 3. Zwischenfazit

Aus den vorgestellten Entscheidungen des EGMR ergeben sich folgende Voraussetzungen bzw. Pflichten, die nationale Strafverfolgungsbehörden, Gerichte und parlamentarische Kommissionen bzw. Untersuchungsausschüsse bei der Sachaufklärung zu beachten haben:

- das grundsätzliche Erfordernis effektiver Ermittlungen durch alle staatlichen Gewalten bei Mordfällen, in denen ein Mitwissen oder die Beteiligung von staatlichen Sicherheitsbehörden nicht auszuschließen ist,
- in prozessualer Hinsicht, die ausreichende Beteiligung der Angehörigen des Opfers oder sonstiger nahestehender Personen, bspw. durch Akteneinsicht,
- hierarchische und tatsächlich unabhängige behördliche Stellen, die die Ermittlungen übernehmen,
- i.S.d. effektiven Ermittlungspflicht muss geprüft werden, ob staatliche Stellen von dem Mord im Vorhinein Kenntnis hatten oder in den Mord direkt bzw. mittelbar involviert waren, insbesondere darf eine mögliche staatliche Beteiligung nicht komplett ausgeschlossen werden,
- die Anforderungen an staatliche Ermittlungspflichten sind besonders bei Mordfällen hoch zu gewichten, in denen rassistische Motive der Tat zu Grunde lagen.

Diese Ermittlungspflichten sind deshalb als gewichtig einzustufen, da erst durch effektive Ermittlungen auszuschließen ist, ob durch Unterlassen staatlicher Schutzpflichten oder durch direkte Beteiligungen eine Konventionsverletzung nach Art. 2 EMRK vorliegt.

### 4. Anwendung auf den NSU-Komplex

Fraglich ist hinsichtlich des NSU-Komplexes (siehe Punkt II.): Genügen die bisherigen Sachverhaltsaufklärungen den vom EGMR aufgestellten staatlichen Ermittlungspflichten? Und führt die Rechtsprechung dazu, dass Akten zu V-Leuten aus dem Verfassungsschutz und anderen Geheimdiensten in den Prozess beigezogen werden können, selbst wenn die Prozessbeteiligten im Vorhinein ein Mitwissen staatlicher Stellen – aufgrund fehlender Akteneinsicht – nicht konkret darlegen können?

Im Unterschied zu den rekonstruierten EGMR-Fällen wurden in der NSU-Mordserie auf mehreren Ebenen Ermittlungen aufgenommen. Neben der Einsetzung staatlicher Kommissionen<sup>55</sup>, wurden in mittlerweile sechs Bundesländern sowie im Bund parlamentarische Untersuchungsausschüsse eingesetzt und in München

<sup>55</sup> Beispielsweise die sogenannte „Schäfer-Kommission“, die das Verhalten der Thüringer Behörden und der Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung des NSU zu bewerten hatte, Abschlussbericht vorgelegt am 14. Mai 2012 in Erfurt.



wird in dem Strafverfahren gegen Zschäpe u.a. verhandelt. Die Bundesrepublik Deutschland ist damit dem Erfordernis nachgekommen, überhaupt Ermittlungen in der NSU-Mordserie aufzunehmen. Jedoch spricht die Neueinsetzung von fortführenden Untersuchungsausschüssen im Bund, Sachsen und in Thüringen dafür, dass die parlamentarischen Gremien viele Komplexe für nicht hinreichend aufgeklärt erachten. Im Abschlussbericht des thüringischen Untersuchungsausschusses heißt es hierzu: „Die Häufung falscher oder nicht getroffener Entscheidungen und die Nichtbeachtung einfacher Standards [durch die Sicherheitsbehörden, M.P.] lassen aber auch den Verdacht gezielter Sabotage und des bewussten Hintertreibens eines Auffindens der Flüchtigen [des NSU-Trios, M.P.] zu.“<sup>56</sup> In diesem Zusammenhang ist für die Sachaufklärung im Münchner Prozess relevant, dass den Untersuchungsausschüssen bis heute Akten zum NSU-Komplex nicht zugänglich sind oder wie bei der „Operation Rennsteig“ sogar Akten durch den Verfassungsschutz vernichtet wurden. Die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des EGMR auf den NSU-Komplex betrifft daher nicht die Frage, ob staatliche Ermittlungen durchgeführt werden, sondern wie und unter welchen Voraussetzungen.

Prozessual ermöglicht die EGMR-Rechtsprechung eine Beteiligung der Opfer bzw. ihrer Angehörigen und unter bestimmten Umständen auch den Zugang zu relevanten Akten. Im deutschen Strafprozessrecht wird dem Anspruch der Opfer bzw. der Angehörigen auf Vertretung und Beteiligung am Verfahren durch das Institut der Nebenklage gem. §§ 395 ff. StPO entsprochen.

Eine Untersuchung der Vernichtung von V-Mann-Akten hat zwar durch den eingesetzten Sonderbeauftragten, einem Unterabteilungsleiter des Verfassungsschutzes im Bundesinnenministerium, stattgefunden. Mit dem Erfordernis einer hierarchischen und institutionellen Unabhängigkeit ist damit jedoch die Voraussetzung einer effektiven Ermittlung i.S.d. EGMR-Rechtsprechung nicht erfüllt. Denn der Verfassungsschutz ist eine dem Bundesinnenministerium nachgeordnete Behörde und wird durch dieses im laufenden Betrieb durch die Dienst- und Fachaufsicht kontrolliert (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG). Der Sonderermittler war Teil der selben Verwaltungshierarchie. Damit ist ein Ermittler aus dem Innenministerium keine vom Verfassungsschutz unabhängige Behörde. In anderen Komplexen der NSU-Mordserie wurden von den Behörden unabhängige Kommissionen einberufen, bspw. die Schäfer-Kommission bezüglich des Verhaltens der thüringischen Sicherheitsbehörden<sup>57</sup> oder unabhängige Sonderermittler ernannt, wie der ehemalige Bundestagsabgeordnete Jerzy Montag (B90/Die Grünen), der im Auftrag des Parlamentarischen Kontrollgremiums des Bundestags die Tätigkeit und den Tod des V-Mannes „Corelli“ untersucht hat.<sup>58</sup> Die bereits erfolgten Ermittlungen durch den Unterabteilungsleiter, stehen damit

<sup>56</sup> Thüringer Landtag, Drucksache 5/8080, Rn. 2426.

<sup>57</sup> Siehe Fn. 55.

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6545; der V-Mann „Corelli“ lieferte dem Verfassungsschutz bereits 2005 eine CD mit Hinweisen über den NSU, die durch den Verfassungsschutz nicht ausgewertet wurden. Nach Ansicht des Sonderermittlers Montag habe das Amt „grob fahrlässig“ gehandelt.

weiterer Sachaufklärung zu den V-Mann-Tätigkeiten in der „Operation Rennsteig“ nicht entgegen.

Bei der NSU-Mordserie kommt hinzu, dass der EGMR bei rassistisch motivierten Mordfällen eine zusätzliche Bedeutung staatlicher Ermittlungspflichten annimmt. Hierdurch wird die Nichtbeziehung von Verfassungsschutzakten in den Prozess einem hohen Begründungsaufwand ausgesetzt und das Erfordernis effektiver staatlicher Ermittlung zusätzlich notwendig.

Fraglich ist, ob die Akten konkreter V-Leute mit Bezug zum Trio oder dessen Taten oder vernichtete Akten von V-Leuten aus dem Umfeld des Trios im Prozess beizuziehen sind. Im Sinne effektiver Ermittlungen muss geklärt werden, inwieweit die Sicherheitsbehörden bei Mordfällen involviert gewesen sind oder von den Taten gewusst haben könnten. Dieser Umstand ist auch in einem Strafverfahren gegen „zivile“ Angeklagte, die also nicht selber Angehörige von Sicherheitsbehörden sind, für die Tat- und Schuldfrage dieser Personen relevant. Die Duldung oder die Provokation der Taten oder gar staatliche Tatbeiträge wirken sich auf die Schuld der Angeklagten aus. Indem der Verfassungsschutz mehrere V-Personen im direkten Umfeld des Unterstützernetzwerks des NSU installiert hatte, ist nicht auszuschließen, dass Informationen über den Verbleib der Täter oder sogar über etwaige Mordpläne an den Verfassungsschutz weitergeleitet wurden. Im Sinne der EGMR-Rechtsprechung müssen zudem relevante Zeugen befragt werden. Erst durch die Sichtung der Akten ist es dem Gericht, der Nebenklage, der Verteidigung und dem GBA möglich zu erfahren, ob V-Leute des Verfassungsschutzes entsprechende Hinweise gegeben haben. Da keiner der Verfahrensbeteiligten ein direktes Akteneinsichtsrecht beim BfV hat, ist Einsicht nur über den Weg der Beiziehung im Strafverfahren möglich. Etwaige Verletzungen der Persönlichkeitsrechte der betroffenen V-Personen können durch Schwufungen oder Einstufungen in eine Geheimhaltungsstufe<sup>59</sup> durch das BfV vermieden werden. Bei einem überwiegenden Teil der V-Leute sind deren Namen der Öffentlichkeit mittlerweile ohnehin bekannt, sodass die Beiziehung der Akten nicht zu ihrer Enttarnung führen würde. Dies trifft beispielsweise auf die V-Person „Tarif“ zu.

Die Beiziehung von Akten ist weiterhin geboten, um eine mögliche Konventionsverletzung der Sicherheitsbehörden auszuschließen oder festzustellen. Bei Hinweisen auf mögliche Mordattentate hätten entsprechende Schutzvorkehrungen durch die Sicherheitsbehörden erfolgen müssen. Insofern ist es relevant, ab wann und was die Sicherheitsbehörden über den NSU gewusst haben. Etwaige Erkenntnisse aus dem Münchner Prozess könnten im Rahmen eines Amtshaftungsverfahrens genutzt werden.

Insgesamt spricht die Anwendung der Rechtsprechung des EGMR dafür, dass Akten zu V-Leuten des Verfassungsschutzes mit möglichem Bezug zum NSU-Komplex beizuziehen sind. Beweisanträge von Verfahrensbeteilig-

<sup>59</sup> Vgl. Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen – Verschlusssachenanweisung (VS-Anweisung – VS)

ten, die unkonkret gehalten sind, stehen dem nicht entgegen. Vielmehr ergibt sich aus dem Umstand, dass die Prozessbeteiligten keine Einsicht in die Akten haben, um auf deren Grundlage Beweisanträge zu stellen, gerade der konventionsrechtliche Anspruch auf effektive Ermittlungspflichten bzw. Sachaufklärung. Zwar ermöglicht auch die Rechtsprechung des EGMR keinen Anspruch auf Beiziehung von Akten, die nicht verfahrensrelevant sind, d.h. nicht in irgendeiner Weise auf die Angeklagten bezogen sind. Aber nach dem EGMR sind mögliche Verstrickungen der Sicherheitsbehörden in Mordfällen stets verfahrensrelevant. Gerade die rassistischen Motive in der Mordserie führen zu einer hohen Gewichtung der staatlichen Ermittlungspflichten. Zudem erfolgte bislang keine unabhängige Untersuchung der V-Leute Akten. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen steht dem nicht entgegen, solange sich die Sachaufklärung aus Konventionsrecht zwingend ergibt.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Daimagüler/Pyka, ZRP 2014, 144.

## V. Fazit

Die Rechtsprechung des EGMR zu staatlichen Ermittlungspflichten hat eine Konventionsdogmatik staatlicher Schutzpflichten begründet, die spezifische Auswirkungen auf die nationale Sachverhaltsaufklärung haben und effektive Ermittlungen notwendig machen. Gerade in einem der bedeutendsten deutschen Strafrechtsprozesse der Nachkriegsgeschichte – neben den NS-Prozessen und den RAF-Strafprozessen – sollten die völkerrechtlichen Anforderungen erfüllt werden. Mögliche Konventionsverletzungen des Staates im laufenden Strafverfahren gegen Zschäpe u.a. sind aufzuklären, da sie sich auf die Schuldfrage der Angeklagten auswirken können. Die gerade erst neu aufgerollten Ermittlungen zum Münchner Oktoberfestattentat zeigen, dass Aufklärung einen langen Atem braucht, aber noch effektiver ist, wenn frühzeitig in alle Richtungen ermittelt wird.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Die Bevorzugung von Ärzten bei der Feststellung von Tötungsvorsatz

Von Jessica Krüger, Bucerius Law School, Hamburg

Der Tötungsvorsatz von Ärzten war ursprünglich Gegenstand einer eher theoretischen Diskussion zum *dolus eventualis*<sup>1</sup> und stand in der Rechtsprechungspraxis bislang nur selten zur Debatte. Die Gerichte haben in den letzten Jahren jedoch durch zahlreiche teils heftig kritisierte Urteile<sup>2</sup> dafür gesorgt, dass insbesondere der Vorwurf, Ärzten bei der Bestimmung des Vorsatzes „eine gewisse Sonderbehandlung“<sup>3</sup> zukommen zu lassen, wieder in den Fokus der Vorsatzdebatte gerückt ist. Nicht zuletzt steht durch die zu erwartenden Entscheidungen zur Strafbarkeit von Ärzten bei der Manipulation der Zuteilungsreihenfolge von Spendenorganen zu erwarten, dass die Diskussion weiter an Aktualität und Relevanz gewinnen wird.<sup>4</sup> Ob Ärzte bei der Vorsatzfeststellung von

Literatur und Rechtsprechung tatsächlich bevorzugt behandelt werden, soll hier zweischrittig untersucht werden: Zunächst wird die Debatte um den Tötungsvorsatz bei einer besonders riskanten Operation in den Blick genommen, um anschließend die neueren Urteile der Rechtsprechung zu analysieren.

## I. Der Ursprung der Bevorzugung: Das Problem der gefährlichen Operation

Die ursprüngliche Diskussion um den Tötungsvorsatz des Arztes war eher theoretischer Natur und eng verknüpft mit der Debatte darüber, ob der *dolus eventualis* ein voluntatives Element benötigt oder nicht. Die dabei als Argument für das voluntative Element<sup>5</sup> herangezogene Konstellation ist folgende: Ein Arzt führt eine medizinisch indizierte Operation durch, die jedoch mit so großen Risiken behaftet ist, dass er auf ein Überleben des Patienten nicht mehr ernsthaft vertrauen kann. Tatsächlich weiß ein Arzt um das Risiko einer solchen Operation, nimmt dieses jedoch in Kauf, um das Leben des Patienten doch noch zu retten oder zu verlängern. Dass sich

<sup>1</sup> Siehe zu dieser Diskussion u.a. Bockelmann, Strafrecht des Arztes (1968), S. 71 ff.; Blei, Strafrecht, 18. Aufl. (1983), S. 116; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 10. Aufl. (2009), § 8 IV Rn. 29; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, 8. Aufl. (1992), § 22 IV Rn. 40; Schmidhäuser GA 1957, 305, 308; m.w.N. NK-Puppe, 14. Erg. Lfg. (2003), § 15 Rn. 124.

<sup>2</sup> BGH NStZ 2004, 35; BGH NJW 2011, 2895 = HRRS 2011 Nr. 978 („Berliner Schönheitschirurgen-Fall“); AG Limburg, Urt. v. 25.03.2011 (Fall „Céline“); OLG Braunschweig, NStZ 2013, 593; LG Ellwangen, Urt. v. 18.07.2007.

<sup>3</sup> Rissing-van Saan NStZ 2014, 233, 244.

<sup>4</sup> Bisher ergangene Rechtsprechung OLG Braunschweig, NStZ 2013, 593; teilw. krit. dazu Schroth NStZ 2013, 437;

Böse ZJS 2014, 117; Rissing-van Saan NStZ 2014, 233; Kudlich NJW 2013, 917; Fateh-Moghadam, MedR 2014, 665; Bültte StV 2013, 753.

<sup>5</sup> Vgl. u.a. Blei, a.a.O. (Fn. 1), S. 116.

ein Arzt aber mit jeder einigermaßen riskanten Operation strafbar machen soll – denn selbst bei einer gelungenen Operation stünde immer noch ein Tötungsversuch im Raum – ist ein Ergebnis, dass sinnvollerweise nicht akzeptiert werden kann. Lösungen dieses Problems werden auf Ebene des Vorsatzes, der objektiven Zurechenbarkeit und der Rechtfertigung diskutiert, wobei insbesondere die Vorsatzlösungen höchst umstritten sind.

Die Diskussion um die richtige Vorsatzform findet mittlerweile auf anderer Ebene und mit anderen Beispielfällen statt, sodass diese konkrete Situation in der Vorsatzdebatte heutzutage kaum mehr Beachtung findet. Eine genaue Betrachtung der Lösungsansätze, die die Literatur für dieses Vorsatzproblem entwickelt hat, ist dennoch aufschlussreich, bestimmen sie doch immer noch die Grundzüge der heutigen Debatte über den Tötungsvorsatz von Ärzten.

## 1. Ablehnung von Vorsatz

*Bockelmann* löst das Problem der besonders riskanten Operation durch eine „Modifikation des Vorsatzbegriffs [...], die es gestattet, in solchem Fall den Vorsatz zu verneinen“, mit der Begründung, die Rechtsordnung verlange nicht, eine solche Operation zu unterlassen.<sup>6</sup> Andere verneinen den Vorsatz, weil der Arzt den Erfolgseintritt nicht gebilligt habe, das Tatmotiv an sich billigenwert sei<sup>7</sup>, oder weil die Absicht, ein Rechtsgut zu retten, den bedingten Vorsatz der Verletzung verdränge.<sup>8</sup>

Die konsequente Anwendung der Billigungstheorie der Rechtsprechung<sup>9</sup> müsste jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass der Arzt mit Tötungsvorsatz gehandelt hat.<sup>10</sup> Der Arzt erkennt die Risiken der Operation und entscheidet sich – um das Leben des Patienten zu retten – dafür, eben dieses zu riskieren. Er billigt den Tod des Patienten, um ihn zu verhindern.<sup>11</sup> Dass dies keine leichte Entscheidung ist und auch das Überwinden einer gewissen Hemmschwelle erfordert, verdeutlicht *Schmidhäuser* anschaulich in seinem Beispiel von Ärzten, die die gefährliche Operation eines Angehörigen oftmals einem anderen Arzt übertragen, „weil sie den notwendigerweise in Kauf zu nehmenden Tod des Patienten für ihre Person eben nicht in Kauf nehmen wollen“.<sup>12</sup> Es ist kaum vorstellbar, dass ein Arzt eine lebensgefährliche Operation unternimmt, ohne sich zuvor mit dem möglichen Tod des Patienten abgefunden zu haben – sollte der Patient näm-

lich tatsächlich versterben, würde dies ansonsten schwere Auswirkungen auf die psychische Verfassung des operierenden Arztes haben. Erinnert sei außerdem nochmals daran, dass ein Billigen im Rechtssinne keinesfalls eine positive Einstellung des Arztes gegenüber dem Tod des Patienten erfordert.<sup>13</sup>

Die Behauptung, der behandelnde Arzt hätte den Erfolg nicht – wenigstens im Rechtssinne – gebilligt, kann somit nicht überzeugen. Auch die anderen Ansätze, die eine „Verdrängung“ des Vorsatzes durch die „gute Absicht“ annehmen, sind lebensfremd. Wie eine „Verdrängung“ des Tötungsvorsatzes durch die Rettungsabsicht im Kopf eines behandelnden Arztes vor sich gehen soll, bleibt schleierhaft.<sup>14</sup> Diese Unterstellung des Verdrängens ist in Wahrheit nicht mehr als ein Versuch, den Vorsatz mit Verweis auf die guten Absichten des Arztes zu verneinen, der jedoch in der Realität der Gedankenvorgänge eines Arztes kaum Bestand haben kann.<sup>15</sup> Ebenso kann das „billigenswerte Motiv“ des Arztes nicht bei der Vorsatzbestimmung Beachtung finden, sondern allenfalls auf Rechtfertigungsebene relevant werden.

Auch eine so drastische Lösung wie die Modifikation des Vorsatzbegriffs, die *Bockelmann* vorschlägt, mag zwar dem Gerechtigkeitsgefühl Genüge tun, ist aber lediglich das Ergebnis einer Gesamtwertung dessen, was die Rechtsordnung möglicherweise als strafwürdig oder nicht strafwürdig ansieht.<sup>16</sup> Eine solche Wertung der Rechtsordnung ist allerdings auf der subjektiven Tatbestands-ebene fehl am Platze. Sie ist vielmehr das Ergebnis einer vollständigen Prüfung von Tatbestand, Rechtfertigung und Schuld.<sup>17</sup> Dies alles bereits bei der Vorsatzfeststellung zu berücksichtigen, würde dieser vom Gesetzgeber gewollten Dogmatik zuwiderlaufen, ohne Not eine einheitliche Rechtsprechung zum Vorsatz unmöglich machen und letztlich eine Berufsgruppe besonders privilegieren.

<sup>6</sup> *Bockelmann*, a.a.O. (Fn. 1), S. 71.

<sup>7</sup> Vgl. *LK-Vogel*, 12. Aufl. (2006), § 15 Rn. 132; wohl auch *Schroth* NStZ 2013, 437, 442.

<sup>8</sup> Vgl. *LK-Schroeder*, 11. Aufl. (2003), § 16 Rn. 94; *Schroth* NStZ 2013, 437, 442; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Fn. 1), § 8 IV Rn. 29; *Maurach/Zipf*, a.a.O. (Fn. 1), § 22 IV Rn. 40.

<sup>9</sup> Vgl. dazu u.a. *BGH* NStZ 2011, 699 = *HRRS* 2011 Nr. 375: Vorsatz, wenn der „Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet“.

<sup>10</sup> So auch *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 8. Abschn. Rn. 24.e Strafrecht8ahr. Auflagetenen Sorgfalt agierten Strafbarkeit vollkommen unerheblich. tionieren soll, bleibt schleierhaft. Viele

<sup>11</sup> So auch *Bockelmann*, a.a.O. (Fn. 1), S. 70.

<sup>12</sup> *Schmidhäuser* GA 1957, 305, 308.

<sup>13</sup> Vgl. das Musterbeispiel *BGHSt* 7, 363 („Lederriemenfall“); näher dazu unten II. 1. b).

<sup>14</sup> Dieser Ansatz erinnert vielmehr an eine Umkehrung der umstrittenen Lehre von der normativen Vorsatzzurechnung, der bisher ausschließlich vorsatzausweitende Funktion zukommen sollte, so u.a. *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), Rn. 4; dieser zu Recht kritisch gegenüberstehend *Matt/Renzikowski/Gaede* (2013), § 15 Rn. 18, 23; ausführlich *ders.* ZStW 121 (2009), 239.

<sup>15</sup> Umso erstaunlicher ist das Wiederaufgreifen dieses Gedankenkonstrukts durch *Schroth* NStZ 2013, 437, 442, der den Tötungsvorsatz des Arztes bei der Manipulation von Organvergabeverfahren ablehnt, einerseits, weil dieser durch die Sorge um den eigenen Patienten verdrängt werde, andererseits, weil er ein Billigen des Tötungserfolgs aufgrund der Sorge um den eigenen Patienten ablehnt. Anders zu Recht *OLG Braunschweig* NStZ 2013, 593; näher dazu unten II. 2. c).

<sup>16</sup> „Das Recht wertet das Verhalten dessen, der in auswegloser Situation wagt, was allein noch helfen kann, nicht als vorsätzliche [...] Tötung“, *Bockelmann*, a.a.O. (Fn.1), S. 102, wobei diese Wertung an ein Gelingen der Operation geknüpft wird.

<sup>17</sup> Zum dreistufigen Verbrechensbegriff m.w.N. *Matt/Renzikowski/Renzikowski*, vor § 13 Rn. 1: Straftat als „tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung“.

## 2. Die Vorzugswürdigkeit alternativer Lösungsansätze

Vorzugswürdig erscheinen daher Ansätze, die eine Strafbarkeit aufgrund anderer Kriterien ablehnen, etwa durch Rechtfertigung<sup>18</sup> oder Verneinung der objektiven Zurechenbarkeit<sup>19</sup>: So kann eine solche Operation durch eine (mutmaßliche) Einwilligung gedeckt sein.<sup>20</sup> Einer solchen Einwilligung steht auch § 228 StGB mit der Schranke des § 216 StGB nicht entgegen. Zwar ist die Grenze der Sittenwidrigkeit grundsätzlich nach dem Grad der Lebensgefahr zu bestimmen<sup>21</sup>, die in einem solchen Fall erheblich wäre, jedoch kann ausnahmsweise durch einen „positiv-kompensierenden Zweck“<sup>22</sup> wie der Lebenserhaltung die Sittenwidrigkeit verneint werden.<sup>23</sup> Vogel bringt mit der Risikoverringerungslehre auch Aspekte der objektiven Zurechenbarkeit ins Spiel, die eine Strafbarkeit schon am objektiven Tatbestand scheitern lassen würden.<sup>24</sup> Im Ergebnis gelangt man zum Wegfall des Unrechts, ob nun der Vorsatz abgelehnt, die objektive Zurechnung ausgeschlossen oder eine rechtfertigende Einwilligung angenommen wird. Eine Verneinung des Vorsatzes auf dogmatisch zweifelhaften Wegen ist also keinesfalls notwendig, um ein unerwünschtes Ergebnis zu verhindern. Wie der Arzt zum Patienten und dessen Überlebenschancen steht, ist folglich für dessen Strafbarkeit vollkommen unerheblich, solange er mit der gebotenen Sorgfalt agiert.<sup>25</sup> Die intensiv geführte Diskussion um den Vorsatz des Arztes zeigt jedoch, dass es offenbar mit dem Gerechtigkeitsgefühl vieler nicht zu vereinbaren ist, dass ein Arzt mit Tötungsvorsatz handeln kann, sodass auf dogmatisch zweifelhafte Weise versucht wird, diesen abzulehnen.

## II. Aktuelle Rechtsprechungstendenzen zum Tötungsvorsatz des Arztes

Diese Tendenz lässt sich auch in der neueren Rechtsprechung und deren Rezeption beobachten. Besonders deutlich zeigt sich dies, vergleicht man die Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz bei Ärzten mit anderen Fallgruppen von Tötungsdelikten des BGH. Allgemein erfordert der bedingte Vorsatz nach der heutigen Rechtsprechung des BGH sowohl ein Wissens- als auch ein Wollenselement. Der Täter muss die Tatbestandsverwirklichung als möglich und nicht ganz fernliegend erkennen und diese billigend in Kauf nehmen oder sich wenigstens um seines

unmittelbaren Zieles willen mit ihr abfinden.<sup>26</sup> Bewusste Fahrlässigkeit dagegen erfordert, dass der Handelnde, obwohl er die Tatbestandsverwirklichung als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt hat, ernsthaft und nicht bloß vage darauf vertraut, dass die Tatbestandsverwirklichung ausbleibt.<sup>27</sup> Um dem Tatrichter die Feststellung von Vorsatz zu erleichtern und die immer noch sehr abstrakte Vertrauens-Formel greifbar zu machen, hat der BGH einen umfangreichen Katalog von Indizien und Fallgruppen gebildet. Aus der Persönlichkeit des Täters, seiner Interessenlage, der Tatbegehung und anderen Umständen werden Rückschlüsse gezogen, die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung für oder gegen Vorsatz sprechen.<sup>28</sup> Die Schwierigkeit der Vorsatzfeststellung basiert in der Praxis somit nicht auf theoretischen Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern auf dem Nachweis von ausreichenden Indizien und deren Gewichtung, aus denen entsprechende Rückschlüsse gezogen werden können.<sup>29</sup> Gerade für Tötungsdelikte existiert eine umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung, die zahlreiche (teils heftig umstrittene) Anhaltspunkte für die Vorsatzbestimmung hervorgebracht hat.<sup>30</sup> Hat sich die Diskussion um die besonders riskante Operation noch um die richtige materielle Bestimmung von Vorsatz gedreht, muss bei einer Analyse der Rechtsprechung nunmehr auf die richtige Würdigung der einzelnen Indizien für die Vorsatzbestimmung abgestellt werden.

## 1. Überblick über die Rechtsprechungspraxis zu Tötungsdelikten im Allgemeinen

### a) Wissens- und Wollenselement

Grundsätzlich sind bei der Vorsatzfeststellung kognitives und voluntatives Element jeweils für sich festzustellen. In Ausnahmefällen – anzuführen sind hier besonders gefährliche Gewalttaten – kann vom vorliegenden Wissensselement auf das Wollenselement und somit auf bedingten Tötungsvorsatz geschlossen werden, wenn der Täter die Gefährlichkeit der Handlung erkennt und diese dennoch fortsetzt.<sup>31</sup> Ausschlaggebend ist dabei der Grad der Gefahr für das Opfer: „Ein Vertrauen des Täters auf das Ausbleiben des tödlichen Erfolges [wird] dann zu verneinen sein, wenn der von ihm vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe kommen wird, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhin-

<sup>18</sup> So NK-Puppe, § 15 Rn. 124; Jakobs a.a.O. (Fn.10), 8. Abschn. Rn. 24, der den Eingriff durch das überwiegende Interesse der Erhaltung des Lebens gerechtfertigt sieht.

<sup>19</sup> LK-Vogel, § 15 Rn. 132.

<sup>20</sup> So Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 38.

<sup>21</sup> Mit zahlreichen weiteren Nachweisen BGH NStZ 2013, 342, 342 f. = HRRS 2013 Nr. 342.

<sup>22</sup> BGHSt 49, 166, 171 = HRRS 2004 Nr. 624.

<sup>23</sup> Renzikowski HRRS 2009, 347, 354.

<sup>24</sup> Vgl. LK-Vogel, § 15 Rn. 132; ausführlich zur Risikoverringerungslehre m.w.N. Rengier, AT, 7. Aufl. (2015), § 13 Rn. 56 ff.

<sup>25</sup> NK-Puppe, § 15 Rn. 125; bei Missachtung der *lex artis* kann jedoch unter Umständen die Einwilligung und damit die Rechtfertigung entfallen, u.a. BGH NJW 2011, 1088 = BGH HRRS 2011 Nr. 284, Rn. 10 ff.

<sup>26</sup> BGH 2 StR 312/15 = HRRS 2016 Nr. 156; BGH NStZ 2016, 25; m.w.N. BGH NStZ 2011, 699 = HRRS 2011 Nr. 375.

<sup>27</sup> BGH NStZ 2008, 421 = HRRS 2007 Nr. 1063; näher dazu m.w.N. LK-Vogel, § 15 Rn. 287.

<sup>28</sup> Ausführlich BGH NStZ 2011, 699 = HRRS 2011 Nr. 375; BGH NStZ 2008, 93 = HRRS 2007 Nr. 1063; Übersicht zu weiteren für die Gesamtabwägung relevanten Indizien in MüKo-Schneider, § 212 Rn. 12; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Neumann, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, § 212 Rn. 13; LK-Vogel, § 15 Rn. 109.

<sup>29</sup> Vgl. Kudlich NJW 2011, 2856, 2857; Matt/Renzikowski/Gaede, § 15 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Neumann, § 212 Rn. 11.

<sup>30</sup> Dazu näher unten 1.

<sup>31</sup> BGH NJW 2012, 1524, 1525 = HRRS 2012 Nr. 435; BGH NStZ 2006, 98, 99 = HRRS 2005 Nr. 760; BGH NJW 1999, 2533, 2534.

dem kann“.<sup>32</sup> Es handelt sich bei diesem Merkmal um eines von besonderer Relevanz, dennoch müssen auch alle weiteren Indizien, die für oder gegen die Annahme von Vorsatz sprechen könnten, sorgfältig im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gegeneinander abgewogen werden.<sup>33</sup>

### b) Die Interessenlage bei Tatbegehung

„Billigen“ bedeutet nicht, den Erfolg für gut zu befinden. Ein „Billigen im Rechtssinne“ kann auch dann gegeben sein, wenn dem Täter der Erfolgseintritt höchst unerwünscht ist.<sup>34</sup> Als typische Fallgruppe sind hier Täter zu nennen, die ihre Opfer lediglich bestrafen und diesen einen „Denkzettel verpassen“ wollen, wofür das Überleben des Opfers denklogische Voraussetzung ist. Der BGH führt hierzu aus: „Allenfalls hochgradig interessenwidrige Tatfolgen widerstreiten der Annahme einer Billigung des Erfolges durch einen in der Steuerungsfähigkeit beeinträchtigten, ohnehin überaus unüberlegt handelnden Täter“, da ein mit *dolus eventualis* handelnder Täter kein Tötungsmotiv habe.<sup>35</sup> Hochgradig interessenwidrige Tatfolgen liegen unter anderem dann vor, wenn eine Verknüpfung zwischen den eigenen Rechtsgütern und denen des Opfers existiert. Das Schulbuchbeispiel für eine engere Verknüpfung der Rechtsgüter des Opfers mit denen des Täters sind die so genannten Überholer-Fälle: Ein Autofahrer überholt an einer unübersichtlichen Stelle, wissend, dass dieses Verhalten sowohl für ihn als auch für entgegenkommende Autofahrer lebensgefährlich sein kann. Hier wird der Vorsatz einhellig verneint; hätte der Fahrer den Erfolg gebilligt, hätte er seinen eigenen Tod in Kauf nehmen müssen.<sup>36</sup>

### c) Die Hemmschwellentheorie

Das wohl am heftigsten umstrittene Indiz gegen einen Tötungsvorsatz ist die so genannte „Hemmschwellentheorie“ des BGH: „Angesichts der hohen Hemmschwellen gegenüber einer Tötung ist [...] immer 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“.<sup>37</sup> Die Hemmschwellentheorie unterstellt, dass ein Mensch vor der Tötung eines anderen Menschen instinktiv zurückschreckt. Diese „Theorie“ setzt die Anforderungen für die Annahme von Vorsatz höher und sollte die Gerichte dazu anhalten, das voluntative Element des bedingten Vorsatzes sorgfältig zu prüfen und zu begründen.<sup>38</sup> Im Laufe der Zeit verkam die Hemmschwellentheorie jedoch zu

<sup>32</sup> BGH, NStZ 2009, 91, 91 = HRRS 2008 Nr. 710.

<sup>33</sup> BGH NStZ-RR 2012, 369 = HRRS 2012 Nr. 893; m.w.N. BGH NStZ 2011, 338 = HRRS 2011 Nr. 287.

<sup>34</sup> Begründet in BGHSt 7 363 (Lederrücken-Fall); m.w.N. MüKo-Schneider, § 212 Rn. 7; LK-Vogel, § 15 Rn. 107.

<sup>35</sup> BGH NStZ-RR 2006, 317, 318 = HRRS 2006 Nr. 127.

<sup>36</sup> Vgl. Roxin, a.a.O. (Fn. 20), § 12 Rn. 23; MüKo-Schneider, § 212 Rn. 59.

<sup>37</sup> U.a. BGH, NStZ 2011, 338, 339 = HRRS 2011 Nr. 287; BGH NStZ 2010, 571f = HRRS 2010 Nr. 174.; BGH NStZ-RR 2001, 369 f. dem Motiveig gen gerufen hatte. t auf die Bewertung von anderweitigen Motiven, die die angeklagten Ärzte zu einem vorsätzlichen

<sup>38</sup> Vgl. LK-Vogel, § 15 Rn. 111; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Neumann, § 212 Rn. 18, 20.

einer leeren Formel, die die Tatgerichte teilweise zu einer pauschalen Ablehnung von Tötungsvorsatz verleitete, sodass sich der BGH mittlerweile von seiner eigenen Theorie distanziert hat und der Hemmschwelle allein kein gesondertes Gewicht in der Gesamtabwägung mehr beimisst.<sup>39</sup>

Bei Unterlassungsdelikten hat der BGH von vornherein andere Maßstäbe angesetzt. Paradebeispiel ist der Autofahrer, der einen Verkehrsunfall verursacht hat und somit nach den Grundsätzen der Ingerenz für die Rettung anderer Unfallbeteiligter einstehen müsste, stattdessen jedoch ohne Hilfe zu holen den Unfallort verlässt. In der Praxis liegt die Schwierigkeit in diesen Fällen zumeist auf der Feststellung des kognitiven Elements, das davon abhängt, wie der Täter den Gesundheitszustand seines Opfers eingeschätzt hat. Hat der Täter erkannt, dass sein Opfer in Lebensgefahr schwebt und lässt er es dennoch ohne Hilfe zu holen zurück, so steht Tötungsvorsatz im Raum, der nur unter hohem Begründungsaufwand abgelehnt werden kann: „In Fällen des Unterlassens bestehen [...] generell keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen vor einem Tötungsvorsatz wie bei positivem Tun. Vor allem bei unterlassener Hilfeleistung nach schuldhaftem Vorverhalten greift dieses psychologische Moment wegen der typischen gegenläufigen Selbstschutzmotive nicht Platz. Für diese Fälle kommt eine bedingt vorsätzliche Tötung durch Unterlassen auch dann in Betracht, wenn dem Täter der Eintritt des Todes an sich unerwünscht ist, er ihn aber, um unerkannt bleiben und Unfallflucht begehen zu können, gleichwohl in dem Sinne gebilligt hat, daß er sich damit bewußt abgefunden hat“<sup>40</sup>. Bei ingerentem Vorverhalten werden die Maßstäbe für den Begründungsaufwand, den das Gericht zur Feststellung von Vorsatz betreiben muss, folglich stark abgesenkt.<sup>41</sup>

### d) Aids-Rechtsprechung

Eine besondere Fallgruppe in der BGH-Rechtsprechung bildet der ungeschützte Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten mit einem darüber nicht aufgeklärten Partner. Der BGH bejaht in solchen Fällen zwar den Körperverletzungsvorsatz, lehnt Tötungsvorsatz jedoch ab. Begründet hat er diese viel kritisierten Entscheidungen mit der Hoffnung des Täters, dass ein Heilmittel gefunden werde, bevor die Krankheit ausbricht.<sup>42</sup>

## 2. Rechtsprechungspraxis zum Tötungsvorsatz von Ärzten

Im Zusammenhang mit Tötungsdelikten treten Ärzte hauptsächlich im Bereich der Sterbehilfe strafrechtlich in Erscheinung, wobei dort nicht die hier behandelte Vorsatzproblematik virulent wird. Geht es um Fälle, in de-

<sup>39</sup> Vgl. BGH NJW 2012, 1524 = HRRS 2012 Nr. 435; Leitmeier NJW 2012, 2850, 285; Matt/Renzikowski/Gaede, § 15 Rn. 26.

<sup>40</sup> BGH NJW 1992, 583, 584.

<sup>41</sup> Kritisch dazu MüKo-Schneider, § 212 Rn. 20; Matt/Renzikowski/Safferling, § 212 Rn. 63.

<sup>42</sup> Vgl. BGHSt 36, 1; zu Recht kritisch m.w.N. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, § 224 Rn. 36 f.

nen Ärzte lebensgefährliche Kunstfehler begehen, wird oftmals nur eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Raum stehen.<sup>43</sup> Die Prämisse des BGH, dass die Annahme einer nicht am Wohl des Patienten orientierten Behandlung, auch bei grob fehlerhaftem Verhalten, häufig fernliegt<sup>44</sup> hat zusätzlich dazu geführt, dass sich die Gerichte mit der Annahme von Tötungsvorsatz bei Medizinern deutlich zurückhalten.

Lediglich im Fall eines Arztes hat der BGH das Landgericht auf das Vorliegen von Tötungsvorsatz aufmerksam gemacht, sodass dieser letztlich wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt wurde. Der angeklagte Chirurg rief bei plötzlich auftretenden, schweren inneren Blutungen nach einer Operation zunächst keinen Krankenwagen, weil er sich im Streit mit der zuständigen Rettungsleitstelle befand, und behandelte seine Patientin stattdessen unter grobem Verstoß gegen die *lex artis* lediglich mit kreislaufstabilisierenden Medikamenten. Als er schließlich einige Stunden später einen Krankenwagen von einer anderen, 50 km entfernten Rettungsleitstelle anforderte, gab er den Rettungssanitätern keinen Arztbrief mit, obwohl dies für die Weiterbehandlung der Patientin unbedingt erforderlich gewesen wäre. Die Patientin verstarb in Folge ihrer inneren Blutungen.<sup>45</sup>

In einem ähnlich gelagerten Fall verneinte der BGH jedoch den Vorsatz des angeklagten Arztes, der eine Schönheitsoperation ohne die gebotene Hinzuziehung eines Anästhesisten durchgeführt hatte, bei der die Patientin aufgrund der riskanten Narkosemittel einen Herz-Kreislauf-Stillstand erlitt. Der Angeklagte behandelte die Patientin anschließend unter groben Verstößen gegen die *lex artis*, rief viel zu spät einen Krankenwagen ohne die erforderliche intensivmedizinische Ausrüstung, verschwieg den Herzstillstand gegenüber den Rettungssanitätern und weigerte sich, Krankenunterlagen herauszugeben oder in irgendeiner Weise mit dem behandelnden Krankenhaus zu kooperieren. Der angeklagte Chirurg wurde lediglich wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt.<sup>46</sup>

Eine weitere Konstellation, in denen die Spezifika des bedingten Vorsatzes relevant werden, sind Manipulationen von Organvergabeverfahren, in denen ein Arzt falsche Patientendaten in ein Verteilsystem eingibt, um so für seinen Patienten einen höheren Listenplatz und damit bessere Chancen auf ein Spenderorgan zu erreichen. Neben Fragen der objektiven Zurechenbarkeit, der Kausalität und zahlreichen anderen Problemen des objektiven Tatbestands<sup>47</sup> steht in solchen Konstellationen auch die Feststellung von *dolus eventualis* im Mittelpunkt.

<sup>43</sup> Roxin/Schroth/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. (2010), S. 128 f.; Kudlich NJW 2011 2856, 2858.

<sup>44</sup> Zuerst erwähnt in BGH NStZ 2004, 35; angedeutet auch in BGH NJW 2011, 2895 = HRRS 2011 Nr. 978.

<sup>45</sup> BGH NStZ 2004, 35.

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2895 = HRRS 2011 Nr. 978.

<sup>47</sup> Siehe dazu Schroth NStZ 2013, 437, 443 f.; Böse ZJS 2014, 117, 119 ff.; Rissing-van Saan NStZ 2014, 233, 243 f.; Kudlich NJW 2013, 917, 918 ff.; Fateh-Moghadam MedR 2014, 665, 665 f.; Bülte StV 2013, 753, 753 ff.

### a) Wissens- und Wollenselement

Wenn der Täter die Gefährlichkeit seines Handelns erkennt und trotzdem handelt, ist nur ausnahmsweise kein Tötungsvorsatz gegeben. Gerade Ärzte sind aufgrund ihrer Ausbildung grundsätzlich in der Lage, zu erkennen, wie es um den Gesundheitszustand des Patienten bestellt ist. So hat das Landgericht sowohl im Berliner Schönheitschirurgen-Fall als auch im Fall des wegen vorsätzlicher Tötung verurteilten Arztes festgestellt, dass den Mediziner jeweils der äußerst bedenkliche Gesundheitszustand ihrer Patienten bewusst war, und beide auch wussten, dass ihre Rettungsbemühungen, so sie denn erfolgten, völlig unzureichend waren.

Kudlich weist zu Recht darauf hin, dass in den hier diskutierten Fällen die objektive Gefährlichkeit der Handlung<sup>48</sup> „durchaus beachtlich“, die Kenntnis der Ärzte davon „vergleichsweise hoch“ und die Zeit für eine reflektierte Entscheidung „vergleichsweise lang“ ist.<sup>49</sup> In beiden Fällen wäre es ohne ein Eingreifen des Arztes nur ein glücklicher Zufall gewesen, wenn der Patient überlebt hätte, wie sich nicht zuletzt am Tod beider Patienten bestätigt hat. Überträgt man den vom BGH selbst gesetzten Maßstab von Gewalttaten auf die hier vorliegenden Sachverhalte, wären also besondere Feststellungen zur voluntativen Seite des Vorsatzes auf den ersten Blick gar nicht mehr vonnöten. Auch dass in den diskutierten Fällen – im Gegensatz beispielsweise zum Zustechen mit einem Messer – nicht nur das aktive Handeln im Vordergrund steht, sondern vor allem das Unterlassen der gebotenen Rettungshandlung,<sup>50</sup> ist einer Vergleichbarkeit nur bedingt abträglich.<sup>51</sup> Eine Auseinandersetzung mit diesem besonders wichtigen Indiz im Rahmen einer Gesamtabwägung ist jedoch in den einschlägigen Fällen bislang nicht erfolgt.

### b) Interessenlage bei Tatbegehung

Für einen Mediziner, der seinen Patienten bedingt vorsätzlich sterben lässt und deswegen verurteilt wird, steht nicht nur die Freiheit auf dem Spiel, sondern auch die Approbation sowie seine gesamte wirtschaftliche und soziale Existenz. Vergleicht man diese Situation mit den klassischen „Denkzettel-Fällen“, muss man dennoch einen erheblichen Unterschied in der Interessenlage der beiden Tätergruppen anerkennen. Stirbt das Opfer desjenigen, der es eigentlich nur bestrafen möchte, sind die Folgen für den Täter bei weitem nicht so gravierend: Stirbt das Opfer, hat es dennoch eine „Bestrafung“ erfahren. Zudem gehen für den Täter mit dem Tod des Opfers keine vergleichbaren persönlichen Risiken einher. Allerdings liegt auch eine so enge Verknüpfung zwischen den Rechtsgütern des Opfers und des Täters wie in den Überholer-Fällen in den hier dargestellten Fällen nicht vor – Verlust von Reputation und wirtschaftliche Einbußen sind kaum mit dem Verlust des eigenen Lebens zu vergleichen.

<sup>48</sup> Bei genauerer Betrachtung wohl eher die Gefährlichkeit des Unterlassens der gebotenen Hilfeleistung, s.u. Fn. 50.

<sup>49</sup> Kudlich NJW 2011, 2856, 2857.

<sup>50</sup> Siehe zu diesem Problem Kudlich NJW 2011, 2856, 2857 f.; Sternberg-Lieben/Reichmann MedR 2012, 97, 99 f.

<sup>51</sup> BGH NJW 1992, 583, 583 f.

Allein aus der Verknüpfung der Rechtsgüter von Ärzten und Patienten ergibt sich demnach kein zwingender Rückschluss auf den Vorsatz. Für die Feststellung von Vorsatz legten BGH und Tatgerichte daher besonderen Wert auf die Bewertung von anderweitigen Motiven, die die angeklagten Ärzte zu einem vorsätzlichen Handeln motiviert haben könnten: In BGH NStZ 2004, 35 war es entscheidend, dass der Chirurg aus sachfremden, egoistischen Motiven keinen Krankenwagen gerufen hatte. Bei der Manipulation von Vergabeverfahren zur Organzuteilung maß das OLG Braunschweig dem Motiv des Arztes – Sorge um seine Patienten – sogar vorsatzbegründende Bedeutung zu.<sup>52</sup> Diese Merkmale sind jedoch einzelfall-spezifisch und kaum verallgemeinerbar.

### c) Hemmschwelle und Heilungswille

Der BGH erweitert die Hemmschwellentheorie in seiner Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz bei Ärzten um den „Heilungswillen“, den er jedem Mediziner, der eine Behandlung übernimmt, grundsätzlich unterstellt: „Die Annahme, dass die Art und Weise der Behandlung eines Patienten durch einen Arzt nicht am Wohl des Patienten orientiert war, [wird] auch bei medizinisch grob fehlerhaftem Verhalten des Arztes häufig fernliegen“<sup>53</sup>. Die Literatur hat sich dem weitgehend angeschlossen.<sup>54</sup> Indem der BGH jedoch besondere Umstände fordert, um überhaupt zu *erörtern*, ob vorsätzliches Handeln gegeben ist, werden die Anforderungen an die Vorsatzfeststellung im Vergleich zur Hemmschwellentheorie nochmals höher gesetzt.

Die Unterstellung des Heilungswillens führt dazu, dass nicht einmal mehr plausibel dargelegt werden muss, dass der angeklagte Mediziner überhaupt mit Heilungswillen gehandelt hat – was bei der konsequenten Weigerung, die zur Rettung der Patientin dringend notwendige Verlegung auf die Intensivstation zu veranlassen und ordnungsgemäß durchzuführen, allerdings nicht so leicht sein dürfte.

Entscheidend muss auch hier nach dem Zeitpunkt differenziert werden, zu dem der Arzt mit Heilungswillen gehandelt hat. Reicht es als Rechtfertigung für die höheren Maßstäbe an die Vorsatzfeststellung bei Ärzten aus, wenn Heilungswille bei Beginn der ursprünglichen Operation vorliegt oder muss nicht vielmehr auf den Zeitpunkt der tatbestandmäßigen Handlung (bzw. des Unterlassens) abgestellt werden? Ein unterstellter Heilungswille bei Übernahme der Operation mag noch

einleuchten. Zwar stellt sich auch – gerade bei Schönheitsoperationen und sogar noch virulenter bei der Vornahme von medizinisch nicht indizierten Operationen – die Frage, ob nicht der Arzt ein vornehmlich monetäres Interesse an einer Operation hat und das Wohl der Patienten nur so weit im Vordergrund steht, wie es dem wirtschaftlichen Interesse des Arztes dient. Trotzdem dürfte es zu diesem Zeitpunkt nicht besonders abwegig sein, einem Arzt Heilungswillen zu unterstellen. Selbst wenn man dies noch akzeptiert, kann es jedoch kaum einleuchten, warum ein Heilungswille nach Eintritt der lebensbedrohenden Ausnahmesituation *unterstellt* werden kann. Vielmehr hat sich die Situation – und damit unter Umständen auch die Interessenlage des Arztes – drastisch geändert. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass das Gericht nach Auswertung der Tatumstände zu dem Ergebnis gelangen kann, dass der betroffene Mediziner zum Besten des Patienten handeln wollte. Die „Heilungswillentheorie“ des BGH führt jedoch durch die Umkehrung der Begründungsführung dazu, dass dieses eigentlich begründungsbedürftige Ergebnis ohne Begründung von vornherein als gegeben akzeptiert wird.

Aufschlussreich ist auch ein Vergleich mit den Maßstäben, die an die Hemmschwelle bei Unterlassungsdelikten angelegt werden. Der übliche Begründungsaufwand, der betrieben werden muss, um bei sicherer Erkenntnis des Gesundheitszustands des Opfers den Vorsatz abzulehnen,<sup>55</sup> entfällt bei Ärzten völlig unter Hinweis auf den Heilungswillen. Dabei scheint es nicht unbedingt fernliegend, die Begründung für die niedriger angesetzte Hemmschwelle von den Unfallflucht-Fällen auf Ärzte zu übertragen: Die typischen Selbstschutzmotive, die den Täter zur Flucht bewegen und eine niedrigere Hemmschwelle begründen sollen, können in der Form auch bei einem Arzt in Erscheinung treten, der begangene Fehler vertuschen möchte. Auch wenn der BGH – zu Recht – darauf hingewiesen hat, dass im Berliner Schönheitschirurgen-Fall die vom Arzt durchgeführten Vertuschungshandlungen unsinnig waren, da auch sie die Entdeckung seines Fehlers nur unter sehr unwahrscheinlichen Umständen verhindert hätten,<sup>56</sup> kann dies kaum Rückschlüsse auf den Vorsatz des Täters zulassen. Denn der Erfolg von Verdeckungshandlungen ist grundsätzlich nicht Maßstab für bedingten Tötungsvorsatz.<sup>57</sup>

Zudem ist nicht ersichtlich, warum dem Heilungswillen, selbst wenn er vorliegt, überhaupt Indizwirkung für oder wider Vorsatz zukommen kann. Versteht man Heilungswillen dahingehend, dass der Arzt bei medizinischer Indikation mit dem Willen operiert, den Patienten zu heilen, und dabei die erforderlichen Sorgfaltsstandards einhält, entspricht dies der oben behandelten Konstellation der besonders gefährlichen Operation. Wie bereits dargelegt, handelt der operierende Arzt mit Tötungsvorsatz, und dabei zugleich mit Heilungswillen. Heilungswille und Tötungsvorsatz können also nebeneinander vorliegen, was eine Indizwirkung des Heilungswillens in die eine oder andere Richtung ausschließt, wenn sich

<sup>52</sup> Dazu kritisch unten c).

<sup>53</sup> BGH, NStZ 2004, 35, 36. Dies stellt – entgegen der Auffassung *Schroths*, Gerechtigkeitswissenschaft. Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Phillips (2005), S. 467, 473 – nicht die Regel auf, dass Vorsatz nur fernliegt, wenn und soweit sich die Behandlung durch den Arzt am Wohle des Patienten orientiert. Die Behandlung zum Wohle des Patienten ist gerade die Regel selbst und nicht die Bedingung derselben!

<sup>54</sup> Vgl. *Sternberg-Lieben/Reichmann* MedR 2012, 97, 99; *Kudlich* NJW 2011 2856, 2857; *Kraatz* NStZ-RR, 2012, 1, 3, der dies mit dem Hippokratischen Eid begründet; *Rosenau*, Festschrift für Schönemann (2004), S. 689, 702; *Roxin/Schroth/Schroth*, a.a.O. (Fn. 43), S. 128 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 53), S. 467, 472.

<sup>55</sup> BGH NJW 1992, 583; *MüKo-Schneider*, § 212 Rn. 20; *Matt/Renzikowski/Safferling*, § 212 Rn. 63.

<sup>56</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2895 = HRRS 2011 Nr. 978.

<sup>57</sup> So auch *Kudlich* NJW 2011, 2856, 2858.

Heilungswille und Tötungsvorsatz auf den selben Patienten richten.

Bereits jetzt offenbart sich die gefährliche Tendenz, dass Gerichte eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung unter floskelhaften Hinweisen auf die BGH-Rechtsprechung ablehnen. Das AG Limburg beispielsweise führt in seinem Urteil zum Fall „Céline“ – die Patientin starb an einer Narkose, weil der Aufwachraum maschinell und personell unzureichend ausgestattet war – folgendes aus: „Es liegt ein hohes Maß an Pflichtwidrigkeit vor, das das Gericht nur deshalb nicht als bedingt vorsätzlich ansehen kann, weil es sich aufgrund der obergerichtlichen Rechtsprechung wegen der besonderen Anforderungen an die Hemmschwelle bei ärztlichem Fehlverhalten daran gehindert sieht“.<sup>58</sup>

Sinnvoll scheint die Einbeziehung des Heilungswillens jedoch als Motiv, das für das Vorliegen von bedingtem Vorsatz streiten kann. In diese Richtung argumentiert das OLG Braunschweig,<sup>59</sup> das den Willen zur Rettung der eigenen Patienten als „vorsatzbegründendes Element“<sup>60</sup> bezeichnet. In der Tat stellt der Heilungswille in diesem Fall ein nachvollziehbares Motiv für die Manipulation des Organvergabesystems und damit die (versuchte) Tötung anderer Patienten dar. Es ist durchaus nahelegend, dass einem Arzt das Leben der eigenen Patienten, die er zu heilen versucht, mehr am Herzen liegt, als das von anonymen, unbekanntem Menschen.<sup>61</sup> Die Kritik der Literatur an dieser Entscheidung überzeugt nicht: Wie das OLG Braunschweig zu Recht betont hat, kann sich die Indizwirkung des Heilungswillens gegen den Vorsatz – selbst wenn man ihm Indizwirkung zusprechen könnte – nur auf eigene, und nicht auf fremde Patienten beziehen.<sup>62</sup> Wer betont, dass Ärzte „generell [...] nicht Leben zerstören“<sup>63</sup> wollen, und den Heilungswillen damit auch auf dem Arzt unbekanntem Patienten ausweitet,<sup>64</sup> muss diesen Grundsatz konsequenterweise auch auf Körperverletzungs- und Tötungsdelikte außerhalb des Behandlungsraums anwenden, was letztlich zu vollkommen absurden Ergebnissen führen würde. Das Argument, der mögliche Schaden anderer Patienten würde in der Vorstellung des Arztes, der nur am Wohl seines Patienten orientiert ist, verdrängt werden,<sup>65</sup> erinnert stark an die Diskussion um die besonders riskante Operation, und hat sich zu Recht schon damals nicht durchgesetzt. Auch das Verneinen des kognitiven Elements des Vorsatzes

<sup>58</sup> AG Limburg, Urt. v. 25.03.2011; kritisch dazu *Neelmeier* ArztR 2011, 256, der Tötungsvorsatz selbst unter Berücksichtigung des Heilungswillens annimmt.

<sup>59</sup> Das OLG Braunschweig geht dabei – unnötigerweise – gleichzeitig von einer durch den Heilungswillen des Arztes erhöhten Hemmschwelle aus, dazu krit. *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 242.

<sup>60</sup> OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595.

<sup>61</sup> Der entscheidende Unterschied zur oben diskutierten Konstellation liegt darin, dass sich Heilungswille und Tötungsvorsatz auf verschiedene Personen beziehen.

<sup>62</sup> OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595; zustimmend *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 242; *Böse* ZJS 2014, 117, 119.

<sup>63</sup> *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 54), S. 689, 702.

<sup>64</sup> So *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 54), S. 689, 702; *Schroth* NStZ 2013, 437, 442 f.

<sup>65</sup> *Schroth* NStZ 2013, 437, 442.

durch *Schroth*<sup>66</sup> kann nicht überzeugen: Der Mediziner hat falsche Daten in das Verteilsystem eingegeben, um seine lebensgefährlich erkrankten Patienten zu retten. Dann muss er jedoch damit rechnen, dass sich andere Patienten, die auch auf ein Organ warten, in einer ähnlich gefährlichen gesundheitlichen Situation befinden.<sup>67</sup> Als Indiz für das Vorliegen von Vorsatz ist der Heilungswille des Arztes in solchen Konstellationen mithin geeignet. Die formelhafte Verwendung der „Heilungswillentheorie“ in der aktuellen Rechtsprechung geht jedoch fehl und verleitet zu pauschaler Ablehnung von Tötungsvorsatz auch in Extremfällen ärztlichen Versagens.

### d) Aids-Fälle

Die Entscheidungen zu den Aids-Fällen weisen auch gewisse Parallelen zu Rechtsprechung aus dem Medizinbereich auf. In beiden Fallgruppen wurde durch den Täter bewusst ein unkontrollierbares Risiko – einmal der Infektion, einmal eines tödlichen Verlaufs einer Operation – gesetzt, das sich jedoch mit nur geringer Wahrscheinlichkeit realisiert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des LG Ellwangen, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Ein Mädchen starb an der Folge eines bakteriell verunreinigten Narkosemittels. Der Anästhesist verwendete dieses Narkosemittel wiederholt aus angebrochenen Flaschen, was – wie der Angeklagte wusste – gegen die ausdrücklichen Warnhinweise des Herstellers verstieß und zum Tod des Patienten führen konnte.<sup>68</sup> Indem der Anästhesist bereits angebrochene Flaschen des Narkosemittels verwendete, brachte er also seine Patienten durch die Injektion bewusst in Lebensgefahr. Das LG Ellwangen wertete das Vorgehen des Arztes als Körperverletzung mit Todesfolge, ohne Vorsatz überhaupt anzusprechen. Auch im Fall „Céline“<sup>69</sup>, hatten sich die Ärzte bewusst über die ärztlichen Standards hinweggesetzt und wurden wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt.

Die Sachverhalte ähneln sich sehr stark. In beiden Fällen setzten sich die Täter über ausdrückliche Warnhinweise hinweg, obwohl sie wussten, dass ihr Verhalten zum Tode des anderen führen konnte. Die Wahrscheinlichkeit des Todesintritts war jeweils gering, jedoch nicht vernachlässigenswert. Das Risiko der Übertragung des HI-Virus in den Aids-Fällen war nicht kontrollierbar, wohingegen die Anästhesisten jeweils durch ihre medizinischen Fähigkeiten das Risiko in gewissen Grenzen halten konnten (oder dies zumindest glaubten). Auch handelten alle Täter aufgrund eines eingeschliften Verhaltens, also aus Gewohnheit. Ein solches Verhalten begründet regelmäßig Körperverletzungsvorsatz, was bei vorhersehbarer und mit der Körperverletzung verknüpfter Todesfolge eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge zur Folge hat.

Aufgrund der Vergleichbarkeit der Fälle erscheint es in jedem Fall vertretbar, dass der BGH und die Tatgerichte

<sup>66</sup> *Schroth* NStZ 2013, 437, 442.

<sup>67</sup> So auch *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 241 f. Eine Übersicht zur Funktionsweise des Organverteilsystems m.w.N. bei *Schroth* NStZ 2013, 437, 438 ff.

<sup>68</sup> Vgl. LG Ellwangen, Urt. v. 18.07.2007.

<sup>69</sup> Vgl. AG Limburg, Urt. v. 25.03.2011.



hier einheitlich auf Körperverletzung und Körperverletzung mit Todesfolge erkennen, und keinen Tötungsvorsatz annehmen.<sup>70</sup>

### 3. Gesamtbetrachtung: Vertretbare Ergebnisse bei falscher Würdigung der Indizien durch die Rechtsprechung

Bei den Ärzten handelt es sich um eine besondere Fallgruppe, innerhalb derer sich einzelne Fälle – Extremfälle ärztlichen Versagens – in ihren Details erheblich unterscheiden.

Dennoch kann man eine systematische Bevorzugung bei der Feststellung von Tötungsvorsatz bei Ärzten auf der Ebene der Beweiswürdigung finden. Zum einen stellt der Heilungswille eine außerordentliche Privilegierung dar. Diese tritt besonders virulent zu Tage, wenn man sie an der Aussage des BGH misst, dass ein Unterlassungstäter normalerweise „keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen“<sup>71</sup> überwinden muss. Der BGH gibt keine ausreichende Begründung, warum dieser Grundsatz bei Ärzten nicht gilt. Der Heilungswille, der den behandelten Ärzten unterstellt wird, muss nicht begründet werden, obwohl dies in einigen Fällen durchaus einer Begründung bedürfte. Wer einen Patienten operiert, obwohl dies nicht medizinisch indiziert ist, hat möglicherweise seine eigenen Interessen bereits zu diesem Zeitpunkt über das Wohl des Patienten gestellt, dem es ohne eine Operation vielleicht besser gehen würde. Abgesehen von diesen Erwägungen kann dem Heilungswillen kaum vorsatzindizierende Wirkung zukommen, da sich Heilungswille und Tötungsvorsatz nicht notwendigerweise ausschließen. Außerdem ist zu kritisieren, dass das sonst so stark gewichtete Indiz der besonderen Gefährlichkeit der Handlung in der Gesamtbetrachtung bei Ärzten nicht als vorsatzindizierend einget.

Vergleicht man jedoch die *Ergebnisse* der Rechtsprechungspraxis, hat sich diese Herangehensweise auf Ebene der Beweiswürdigung bisher nur in einem Fall als fatal erwiesen. Die meisten Fälle ärztlichen Versagens sind tatsächlich dem Bereich der Fahrlässigkeit zuzuordnen. Kritische Vergleiche von Fällen, in denen auf Körperverletzung mit Todesfolge entschieden wurde, erweisen sich mit Blick auf Entscheidungen des BGH zu ähnlich gelagerten Fallgruppen der BGH-Rechtsprechung als ver-

<sup>70</sup> Auch wenn dies in der Literatur gefordert wird, u.a. von Neelmeier ArztR 2011, 256, 263.

<sup>71</sup> BGH NJW 1992, 583, 584.

gleichbar in Sachverhalt und Ergebnis. Als Fehlentscheidung sticht vor allem die Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge im Fall des Berliner Schönheitschirurgen heraus. Wer sich weigert, zur Rettung seines Patienten rechtzeitig Hilfe anzufordern und den Patienten in ohnehin bereits lebensbedrohlicher Verfassung noch zusätzlich gefährdet, indem er sich jeglicher Kooperation mit den behandelnden Ärzten verweigert, handelt nicht mehr fahrlässig, sondern vorsätzlich.

### III. Fazit

Die gleiche Bevorzugung von Ärzten, die die Literatur zu zweifelhaften Ergebnissen auf der materiellen Ebene des Vorsatzes geführt hat und die sich zu Recht nicht durchgesetzt hat, zeigt sich nun in Ansätzen wieder in der neueren Rechtsprechung auf Ebene der Beweiswürdigung.<sup>72</sup> Zwar wird nicht mehr auf der materiellen Ebene am Tötungsvorsatz von Ärzten gezweifelt, doch führt die Art und Weise der Indizienabwägung unter Einbeziehung von Kriterien wie dem Heilungswillen unter gleichzeitiger Missachtung des Indizes der besonderen Gefährlichkeit teilweise zu einem ebenso verzerrten Ergebnis.

Insbesondere das von der Rechtsprechung bemühte Indiz des Heilungswillens ist zu kritisieren. Die Gerichte müssen nicht begründen, dass der behandelnde Arzt mit Heilungswillen gehandelt hat, sondern unterstellen dies selbst in abwegigen Situationen. Zudem ist der Heilungswille als Indiz gegen den Tötungsvorsatz nicht aussagekräftig, da Heilungswille auch neben Tötungsvorsatz vorliegen kann. Das Ergebnis dieser zweifelhaften Rechtsprechung sind erhebliche Hürden für die Feststellung von Vorsatz durch die Tatgerichte. Als sinnvoll hat sich der Heilungswille bisher lediglich in seiner vorsatzbegründenden Funktion im Zusammenhang mit der Manipulation von Organverteilungssystemen erwiesen.

Auch wenn die Rechtsprechung bis auf wenige Ausnahmen zu vertretbaren Ergebnissen gelangt ist, kann die Beweiswürdigung in der bisherigen Form keinen Bestand haben. Eine Bevorzugung von Ärzten, auch wenn sie auf der Ebene der Indizienabwägung subtiler scheint als auf materieller Ebene, ist nicht gerechtfertigt.

<sup>72</sup> Dass die eigentlich längst entschiedene Diskussion das Vorstellungsbild vom Tötungsvorsatz des Arztes auch heute noch teilweise bestimmt, zeigt insbesondere das Aufgreifen ähnlicher Argumente durch Rosenau, a.a.O. (Fn. 54), S. 689, 702 und Schroth NStZ 2013, 437, 442.

# Foreign Corrupt Practices Act: Der Begriff der „Behörde“ und die damit einhergehende Ausdehnung der Strafbarkeit

## Zugleich Besprechung von United States v. Esquenazi

Von Hagen Weiss, Los Angeles

Der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) ist seit 1977 eines der wichtigsten Instrumentarien des Korruptionsstrafrechts des Department of Justice (US-DOJ) und der Securities Exchange Commission (US-SEC). Ziel des Gesetzes ist die Verhinderung der Bestechung ausländischer Amtsträger durch Unternehmen oder Individuen, die sich hierdurch einen unerlaubten Vorteil im Geschäftsleben verschaffen könnten.<sup>1</sup> Auftrieb erhält die Strafverfolgung immer wieder durch Bestechungsskandale mit enormen Ausmaßen. Genannt sei an dieser Stelle nur der Siemens-Skandal um „schwarze Kassen“.<sup>2</sup> Die Ermittlungen des US-DOJ und der US-SEC nahmen vor allem im vergangenen Jahrzehnt dramatisch zu.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund wiegt besonders schwer, dass die Definition eines der Schlüsselbegriffe des Gesetzestextes von Anfang an im Unklaren lag: der bestochene Amtsträger muss einer Behörde angehören, um strafbarkeitsbegründend zu wirken.<sup>4</sup> In *United States v. Esquenazi* hatte sich dem US Court of Appeals for the 11th Circuit eine Gelegenheit geboten diesen Begriff mit Inhalt zu füllen. Das Berufungsgericht<sup>5</sup> nahm sich des Falles an und dehn-

te ein ohnehin schon vages Tatbestandsmerkmal noch weiter aus.<sup>6</sup>

### I. United States v. Esquenazi

Joel Esquenazi und Carlos Rodriguez waren gemeinschaftliche Eigentümer des Unternehmens Terra Telecommunications Corp., ein in Florida ansässiger Telekommunikationsdienstleister, der Freiminuten von ausländischen Anbietern in deren Heimatländern ankauft und diese wiederum an Konsumenten in den USA weiterverkauft. Einer der Hauptgeschäftspartner von Terra war Telecommunications D’Haiti, S.A.M. Diese Firma hält seit ihrer Gründung 1968 ein Monopol auf Telekommunikationsdienstleistungen von der haitianischen Regierung. Auch werden der Generaldirektor sowie weitere Vorstandsmitglieder von Teleco jeweils durch Erlass des haitianischen Präsidenten ernannt und die haitianische Staatsbank hält 97 Prozent der Anteile an Teleco. Bis zum Jahr 2001 hatte Terra Schulden in Höhe von circa \$400.000,00 bei Teleco angehäuft. Einen Mittelsmann nutzend, arrangierte Joel Esquenazi mit dem Direktor für Internationale Angelegenheiten bei Teleco, dass die Rechnungen für bereits gekaufte Gesprächsminuten reduziert werden sollten. Im Gegenzug erhielt der Direktor 15 Prozent von dem so erzielten Gewinnvolumen der Terra Corporation. Gegen die Zahlung von Geldern in Höhe von über \$800.000,00 wurden so die Schuldenlast und Rechnungen in Höhe von über zwei Millionen US-Dollar gesenkt und Terra weiterhin Umsatz zugeführt. Eine Federal Grand Jury befand Esquenazi und Rodriguez 2011 wegen Verstößen gegen den FCPA, Verschwörung<sup>7</sup>, und Geldwäsche schuldig. Im weiteren Verlauf wurde Rodriguez zu sieben und Esquenazi zu 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.

\* 752 F.3d 912 (11th Cir. 2014).

\*\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Murchison & Cumming, LLP, Los Angeles.

<sup>1</sup> U.S.C. Section 78dd-2(a)(1). In der Bundesrepublik wäre eine Beurteilung dieser Konstellationen etwa gem. §§331ff. iVm. §3ff StGB ggf. iVm §§1ff. IntBestG denkbar.

<sup>2</sup> Weitere-Ermittlungen richteten sich unter anderem gegen KBR/Haliburton, BAE Systems, und Total S.A.

<sup>3</sup> Und sind auch auf deutsche Unternehmen ausweitbar, falls diese an einer nationalen Wertpapierbörse gelistet sind, Tochterunternehmen einer US-amerikanischen Muttergesellschaft sind oder – wiederum ein weit gefasster Anwendungsbereich – die inkriminierende Handlung von US-Gebieten aus gefördert wird, 15 U.S.C. § 78dd-3(a).

<sup>4</sup> Insbesondere problematisch im Zusammenhang mit der „void for vagueness doctrine“ (Fn. 20, 21); siehe hierzu auch Esquenazi, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 929.

<sup>5</sup> Berufungsgerichte nehmen im Instanzenzug eine besondere Rolle ein: Aufgrund der sehr geringen Fallzahlen, die durch den US-Supreme Court entschieden werden, tragen ihre Entscheidungen nicht zuletzt seit dem sog. *Evarts Act* maßgeblich zur Ausbildung einer gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung bei.

<sup>6</sup> Der US-Supreme Court nahm im weiteren Verlauf des Verfahrens den writ of certiorari der beiden Angeklagten nicht zur Entscheidung an; 135 S.Ct.293 (2014).

<sup>7</sup> „Conspiracy“ wird im US-(Bundes-)Recht als separates Delikt geahndet, zusätzlich zu dem Vergehen oder Verbrechen, das durch die mittäterschaftliche Begehung begangen werden soll.

## II. Der Foreign Corrupt Practices Act: Bestechungstatbestand

In der hier interessierenden Konstellation pönalisiert der FCP in 15 U.S.C. § 78 dd-1(a)(1)(B)<sup>8</sup> „(...) einen ausländischen Amtsträger (...) zu veranlassen, seinen Einfluss bei einer ausländischen Regierung oder einer Behörde derselben zu benutzen, um eine jegliche Handlung oder Entscheidung einer derartigen Regierung oder Behörde zu beeinflussen, mit dem Zweck, (...) dabei zu helfen, Geschäftsabschlüsse für irgendeine oder mit irgendeiner Person herbeizuführen oder zu sichern bzw. anderen Personen Geschäftsabschlüsse zukommen zu lassen.“

## III. Der Begriff „Behörde“

### 1. Definition

Im hier vorliegenden Urteil definiert das Berufungsgericht eine Behörde als „eine Einheit, die von der Regierung eines ausländischen Staates kontrolliert wird und eine Tätigkeit ausübt, die der kontrollierende Staat als seine eigene behandelt.“<sup>9</sup> Entscheidend sind für das Gericht also sowohl ein Kontrollelement als auch ein Funktionsmerkmal. Eine Behörde wird durch das Gericht auch nicht als tatsächlicher Teil des Staates verstanden. Es wird nicht verlangt, dass die Behörde in den Staatsaufbau integriert ist.<sup>10</sup> Vielmehr lässt das Urteil es genügen, dass eine Behörde „auf Geheiß“ des Staates handelt.

### 2. Kriterien

Folgende Faktoren werden durch das Gericht in Betracht gezogen, um eine Einordnung als „Behörde“ vorzunehmen: Für das Kontrollelement ist neben der Bezeichnung des Unternehmens ausschlaggebend, ob die staatliche Seite Anteilseigner des Unternehmens ist, die Geldmittel des Unternehmens als seine eigenen behandelt und es gegebenenfalls finanziell unterstützt oder bei Personalentscheidungen mitbestimmt. Das Funktionsmerkmal betreffend soll erwogen werden, ob ein Monopol des Unternehmens besteht, große Teile der Öffentlichkeit versorgt werden, es von staatlicher Seite bezuschusst wird und ob die Einrichtung als dem Staat zugehörig empfunden und eingeschätzt wird.

## IV. Konsequenzen

Die durch das Urteil entwickelten Kriterien zur Bestimmung der Funktions- und Kontrollmerkmale tragen wenig zur Klarstellung bei. Sie sind derart schwammig formuliert, dass sie mit so gut wie allen erdenklichen Fakten aufgeladen werden können und in jede Richtung argumentiert werden kann. Fügt man diese Unklarheit

nun in den Zusammenhang mit dem umstrittenen Begriff „Foreign Official“ ein, so wird die Verwirrung noch größer.<sup>11</sup> Hierbei sei jedoch angemerkt, dass sich der 11th Circuit Court mit seiner Herangehensweise – der Anhäufung möglicher Kriterien – in guter Gesellschaft befindet: Auch der U.S. District Court for the Central District of California benutzte in zwei weiteren Fällen<sup>12</sup> in 2011 die gleiche Methode der Kriteriensammlung. Es handelt sich um eine verbreitete Art der Rechtsfindung und gibt einer überbordenden Faktensuche den Vorzug vor rechtstechnischen Argumenten.

## 1. Einfluss kultureller Faktoren

Auch hat das Gericht übersehen, dass durchaus ein kultureller Faktor eine Rolle spielen kann. Geschäftspraktiken können im eigenen Rechtskreis als noch so anstößig oder kriminell erscheinen, wenn sie doch nach der rechtlichen Einordnung im Ausland als legal eingestuft werden. Wo die Grenze zum unerlaubten Geschäftsabschluss verläuft, ist schwer einzuordnen. Im US-amerikanischen Recht ist eine sogenannte „cultural defense“ anerkannt.<sup>13</sup> Diesen Gesichtspunkt völlig außer Acht zu lassen überzeugt nicht: Er hätte in die Reihe der Kriterien aufgenommen werden können und zur Klärung des Behördenbegriffs mithilfe der Auffassungen des Ursprungslandes der Behörde beitragen können. Dieses Argument gewinnt auch dahingehend an Bedeutung, als dass ausländische Wertvorstellungen und Auffassungen für den US-Supreme Court durchaus eine Rolle spielen können.<sup>14</sup> So hat das höchste US-Gericht in *Roper v. Simmons*<sup>15</sup> die Hinrichtung von Tätern, die zur Zeit der Tatbegehung noch nicht volljährig waren, auch wegen der überwältigenden internationalen Ablehnung dieser Konstellation gegenüber abgelehnt. In *Atkins v. Virginia*<sup>16</sup> wurde die Todesstrafe an geistig behinderten Tätern für verfassungswidrig erklärt – unter anderem unter Berücksichtigung eines „amicus briefs“ der Europäischen Union, die der Hinrichtung äußerst ablehnend gegenüberstand. Die Übertragung dieses Gedankenganges vom Kapitalstrafrecht auf das Wirtschaftsstrafrecht wäre naheliegend, da der FCPA gerade darauf gemünzt ist internationale Kontexte zu erfassen und zu bewerten.

<sup>11</sup> 15 U.S.C. § 78dd-2(h)(2)A. Im übrigen hat selbst der durch das US-DOJ und US-SEC herausgegebene Leitfadens „A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act 2012“ bisher wenig Klarheit gebracht.

<sup>12</sup> *United States v. Carson*, No. SACR 9-00077-JVS, 2011 WL 5101701, *United States v. Aguilar*, 783 F. Supp. 2d, 1108 (2011).

<sup>13</sup> Instrukтив zur sogenannten „cultural defense“: *Chiu*, *California Law Review* 1994, Volume 82, Issue 4, *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism*, 1ff.

<sup>14</sup> Für eine Gesamtdarstellung siehe *Delahunty/Yoo*, *Against Foreign Law*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol 29, 291 (2011ff.) – wenngleich dieser Methodik ablehnend gegenüber stehend, dies., *Against Foreign Law*, 291 (2011).

<sup>15</sup> 125 S. Ct. 1183 (2005).

<sup>16</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>8</sup> Für den Volltext siehe: <http://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>; Auslassungen durch den Verfasser.

<sup>9</sup> Siehe Esquenazi, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 925.

<sup>10</sup> Esquenazi, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 921: Es wird nicht vorausgesetzt, dass es sich bei der Behörde um einen „actual part“ des Staates handelt.

## 2. Verteidigungsstrategien

Jedoch sei angemerkt, dass vielleicht hier gerade ein Schlüssel zu einer erfolgreichen Verteidigung liegt: Die faktenschwangere Auslegung des Behördenbegriffs lädt geradezu dazu ein, in einem Prozess mit entsprechenden Fakten dagegen zu halten. Es obliegt dem Angeklagten dann durch seinerseits vorgelegte Daten und Fakten ein Gegengewicht zur Argumentation der Anklage zu schaffen. Dies könnte zum einen mithilfe von Experten auf dem jeweiligen Gebiet geschehen.<sup>17</sup> Im Rahmen einer „FCPA compliance defense“<sup>18</sup> könnte dann zum anderen Feuer mit Feuer bekämpft werden.<sup>19</sup>

## 3. US-amerikanisches Bestimmtheitsgebot – „void for vagueness“

Eine weitere Folge ist die Frage, ob der FCPA mit dieser Begriffsauslegung die Grenze zur void for vagueness doctrine<sup>20</sup> überschritten hat. Voraussetzung hierfür wäre, dass ein Statut so weit gefasst ist, dass ein verständiges Individuum den Sinngehalt der Norm nicht mehr erfassen kann. Anders gewandt: nicht determiniert werden kann was verboten ist.<sup>21</sup> Ist dies der Fall, verletzt ein solches Gesetz und eine darauf beruhende Strafverfolgung die Garantien des fünften bzw. vierzehnten Zusatzartikels der US-Verfassung.<sup>22</sup> Dass eine derart unklare Begriffsdefinition durch ein Gericht möglich ist, ist ein Beleg dafür, dass dem Gesetzestext eine substantielle Unklarheit innewohnt. Vorliegend generiert der Behördenbegriff Situationen, in denen prinzipiell jede Geschäftspraktik inkriminierend wirken kann. Wenn durch die Faktenschwämme nicht einmal die Position des Gegenübers eingeschätzt werden kann, kann nicht eingeschätzt werden, ob ein Individuum und seine Handlungen nun im Bereich der FCPA-Strafbarkeit operieren. Jedoch sei angemerkt, dass die Rechtsprechung hier dazu

<sup>17</sup> Die Fachrichtungen dieser Experten können dabei das gesamte Spektrum von sozio-ökonomischen bis hin zur steuerlichen Behandlung abdecken.

<sup>18</sup> Ungeklärt ist bisher, ob dieses Rechtsinstrument überhaupt anerkannt wird. Bejaht man dies, so geht die hM in der Literatur von einem Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund aus, *Koehler*, Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense, 610 (618). *Wisconsin Law Review* 609; *Podgor*, A New Corporate World Mandates a “Good Faith” Affirmative Defense, 44 AM. CRIM. L. REV. 1537, 1539, 1542 (2007). Die MM ordnet sie als Tatbestandsmerkmal ein, *Lucian E. Dervan*, Re-Evaluating Corporate Criminal Liability: The DOJ’s Internal Moral Culpability Standard for Corporate Criminal Liability, *Stetson Law Review* 2011, Vol 41, 7 (8ff.).

<sup>19</sup> Das US-DOJ erkennt diesen Punkt ebenfalls und will ihn durch eine Vorverlagerung neutralisieren: FCPA-Compliance werde bereits bei der Entscheidung berücksichtigt, ob überhaupt ein Strafverfahren eingeleitet werden solle, siehe hierzu *Koehler*, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, S. 346 (346).

<sup>20</sup> *Kolender v. Lawson*, 461 U. S. 352, 357.

<sup>21</sup> *Connally, et. al. v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926), *United States v. Duran*, 596 F.3d 1283 (11th Cir. Feb. 16, 2010).

<sup>22</sup> Abhängig davon ob staatliche Behörden auf bundesstaatlicher (5th Amendment) oder einzelstaatlicher Grundlage handeln (14th Amendment).

tendiert, Normen verfassungskonform auszulegen und dies auch bei empfindlichen Strafandrohungen durchsetzt.<sup>23</sup>

Erschwert wird die Einschätzung durch die angrenzende Thematik der Ausnahme „routinemäßiger Regierungsmaßnahmen“, auch „facilitation payments“ genannt.<sup>24</sup> Danach liegt kein FCPA –Verstoß vor, wenn die Zahlung einer beschleunigenden oder fördernden Zahlung für eine routinemäßige Handlung an die Verwaltung/Regierung vorgenommen wird. Die Kriterien hierzu sind jedoch ähnlich unklar wie der hier interessierende Behördenbegriff.<sup>25</sup> Anerkannt werden unter anderem Handlungen, die nicht im Ermessen eines Beamten liegen oder von Funktionsträgern der unteren oder mittleren Führungsebene vorgenommen werden.<sup>26</sup>

## V. Fazit: Vergebene Chance und Perpetuierung der Unklarheit

Die Tatsachengerichte werden sich kaum in der Lage oder gar bemüht fühlen die durch den 11th Circuit Court aufgestellten Grundsätze anzuwenden. Dieses wird die bisherige Situation nicht verbessern. Unklare Begrifflichkeiten, gepaart mit einer aggressiven Strafverfolgung durch US-DOJ and US-SEC, werden nicht in Gerichtsentscheidungen enden. Unternehmen werden im Wissen um die Untiefen der juristischen Argumentation und schwammigen Begründung den einfacheren Weg eines settlements und/oder plea deals wählen. Dies wiederum wird zu einer Art Teufelskreis führen, da so den Tatsachen- und Instanzgerichten aus Mangel an tatsächlich stattfindenden Strafprozessen die Möglichkeit genommen wird, Entscheidungen zu treffen. Es scheint unwahrscheinlich, dass die Beteiligten den Weg durch die Instanzen beschreiten und den Berufungsgerichten die Chance einräumen weiter zu präzisieren. Sollte es doch zu einer Tatsachenverhandlung kommen, so wird diese Entscheidung den Anwendungsbereich der Beweisaufnahme und des zulässigen Beweismaterials verändern. Vorgerichtlich wird Unternehmen nichts anderes übrig bleiben, als die Verortung im staatlichen und wirtschaftlichen Gefüge des ausländischen Geschäftspartners sehr genau zu prüfen und im Zweifel von geschäftsfördernden Maßnahmen Abstand zu nehmen oder zumindest das Compliance-Management System entsprechend anzupassen. Als letzte Möglichkeit bliebe noch die Ausnahme für „routinemäßiges Regierungsverhalten“ – ein weiteres strafrechtliches Minenfeld, verhangen mit dem Nebel unklarer Begrifflichkeiten.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> *Skilling v. United States*, S.Ct. 1896 (2010), 1 (7).

<sup>24</sup> U.S.C. Section 78dd-1(b) (2012).

<sup>25</sup> Zum aktuellen Stand siehe *Shoda/Sullivan*, *The California International Law Journal*, Vol. 23, No. 1, Summer 2015, 2015, *Attacking Corruption at its Source: The DOJ’s Recent Efforts to Prosecute Bribe-Taking Foreign Officials*; *United States v. Duperval*, 777 F.3d 1324 (11th Cir. 2015).

<sup>26</sup> *United States v. Kay*, 359 F.3d 738, at 747, 750-51 (5th Cir. 2004).

<sup>27</sup> Was wiederum die Problematik der „Facilitation Payments“ gem. 78 dd-1(b) U.S.C. aufwerfen würde, siehe hierzu auch Fn. 23.

## Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Rechtsprechung

## 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.

**177. BVerfG 1 BvR 2449/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart)**

Akteneinsichtsrecht für den Verletzten einer Straftat (Versagung von Einsicht in die Akten eines Ermittlungsverfahrens gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden einer Aktiengesellschaft wegen des Verdachts der Marktmanipulation; zivilrechtliche Schadensersatzklage eines Hedgefonds; Recht auf ein faires Verfahren als prozessuales „Auffanggrundrecht“; Einsicht in die Strafakten allenfalls bei strukturell begründeter Beweisnot im Zivilprozess; Verletzteneigenschaft im Strafrecht; Willkürverbot; Schutzzweck der Strafnorm; keine drittsschützende Wirkung des Verbots der Marktmanipulation).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 406e StPO; § 20a WpHG

**178. BVerfG 2 BvR 1017/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (OLG Koblenz / LG Koblenz)**

Vergütung von Strafgefangenen (Arbeit im Strafvollzug als gewichtiges Resozialisierungsmittel; angemessene Anerkennung durch Vergütung; Neuregelung des Resozialisierungskonzepts im Landesjustizvollzugsgesetz Rheinland-Pfalz; ersatzloser Wegfall der nicht monetären Vergütungskomponente verfassungsrechtlich zweifelhaft; Überprüfungspflicht des Gesetzgebers).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1; Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG; § 37 StVollzG; § 43 StVollzG; § 200 StVollzG, § 18 Abs. 1 SGB IV; § 65 Abs. 1 Nr. 3 LJVollzG RP

**179. BVerfG 2 BvR 1361/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Januar 2016 (LG München I / AG München)**

Durchsuchung zur Auffindung des Banners einer Fan-Gruppierung eines Fußballvereins (Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Raubes gegen Mitglieder einer gegnerischen „Ultra-Gruppierung“; Durchsuchung beim Kopf der Gruppierung als unverdächtigem Dritten; besondere Anforderungen an den Auffindeverdacht; konkrete Tatsachen und bloße Vermutungen).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 103 StPO; § 105 Abs. 1 StPO

**180. BVerfG 2 BvR 1860/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Januar 2016 (OLG Düsseldorf)**

Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Belgien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl; Vertrauensschutz bei maßgeblichem Inlandsbezug; Abwägung im Einzelfall bei Handlung im Inland und Erfolgseintritt im Ausland; Abwägungsausfall); Anordnung und Fortdauer der Auslieferungshaft (Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeit; Zulässigkeit auch vor abschließender Klärung der Auslieferungsvoraussetzungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 16 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb; § 80 Abs. 1 IRG; § 15 IRG; § 9 Abs. 2 StGB

**181. BVerfG 2 BvR 2961/12, 2 BvR 2484/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Januar 2016 (OLG Oldenburg)**

Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung (Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; prognostische Gesamtwürdigung; richterliche Pflicht zur Sachaufklärung; vertretbares Restrisiko; Leugnen der Tat begründet keine Negativprognose; fehlende Tataufarbeitung als Prognosemerkmal; fehlende Basis für die Gefährlichkeitsbeurteilung; persönliche Anhörung des Verurteilten im Beschwerdeverfahren); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzinteresse nach Entlassung aus der Strafhaft).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 57 Abs. 1 StGB

**182. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Beruhensprüfung bei Verstoß gegen Mitteilungspflichten (verständigungsbezogenes Gespräch; Kausalität; keine Ergänzung um normative Gesichtspunkte; keine Verletzung der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit trotz verspäteter Unterrichtung; Recht auf ein faires Strafverfahren).

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; Art. 6 EMRK

**183. BGH 3 StR 163/15 – Urteil vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Unzulässigkeit der Revision wegen unterbliebenen Feststellungen zum Absehen vom Verfall wegen entgegenstehender Ansprüche Dritter (unklare und widersprüchliche Angaben; Revisionsbegründungsfrist; Angriffsrichtung; Nebenbeteiligte).

§ 344 StPO; § 345 StPO; § 111i Abs. 2 StPO

**184. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Beruhensprüfung bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (Kausa-

lität; keine Ergänzung um normative Gesichtspunkte; verspätete und formelhafte Mitteilung; Transparenzgebot; Beurteilung Art und Schwere des Verstoßes bei nicht beabsichtigter Verständigung)

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 202a StPO; § 212 StPO

**185. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Beruhensprüfung bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen (Kausalität; keine Ergänzung um normative Gesichtspunkte; verspätete Mitteilung; kein Anspruch der Öffentlichkeit auf unverzügliche Mitteilung; Transparenz; Art und Schwere des Verstoßes; „Sanktionsschere“); Rüge nicht ordnungsgemäßer Verteidigung (Anforderungen an den Revisionsvortrag; Pflichtverteidiger; Ablehnung des Entpflichtungsantrags; nachhaltige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses); Zulässigkeit der Rüge einer Ablehnung des Beweisantrags wegen Prozessverschleppung.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; Art. 6 EMRK

**186. BGH 3 StR 288/15 – Beschluss vom 29. Oktober 2015 (LG Krefeld)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung hinsichtlich der Falschheit eines Alibis aufgrund bloßer Vermutung); kein Rückschluss auf fehlende Glaubwürdigkeit eines verweigerungsberechtigten Zeugen aufgrund dessen Aussageverhalten.

§ 261 StPO; § 52 StPO

**187. BGH 3 StR 298/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Hannover)**

Keine Herleitung der Unglaubwürdigkeit des verweigerungsberechtigten Zeugen aufgrund dessen zulässigen Aussageverhalten.

§ 52 StPO

**188. BGH 3 StR 322/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Trier)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung des eine Indiztatsache betreffenden Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit (antizipierte Beweiswürdigung; Einstellen in das bisherige Beweisergebnis; nähere Darlegung im Ablehnungsbeschluss; konkrete Erwägungen mögliche Schlussfolgerung; inhaltsleere Aussage).

§ 244 StPO

**189. BGH 3 StR 342/15 – Beschluss vom 29. Oktober 2015**

Anfrageverfahren; Berücksichtigung des zeitlichen Abstands zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes.

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 46 StGB; § 176 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

**190. BGH 3 StR 344/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Lüneburg)**

Keine Bewertung oder Prüfung der Gründe für das Aussageverhalten des Angeklagten (Schweigerecht).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

**191. BGH 3 StR 384/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Bad Kreuznach)**

Rechtsfehlerhafte Anwendung des Zweifelssatzes bei Bestimmung des Wirkstoffgehalts im Betäubungsmittelstrafrecht; Beweiswürdigung („szenetypische Stückelung“ von Geldscheinen nicht ohne Weiteres als Indiz für Herkunft aus Drogengeschäften).

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 261 StPO

**192. BGH 3 StR 386/15 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Oldenburg)**

Fehlende Belehrung über die Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung; Beruhen. § 257c Abs. 4, 5 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**193. BGH 3 StR 430/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Düsseldorf)**

Keine ausreichenden Feststellungen zur subjektiven Tatseite beim Betrug (Eventualvorsatz; Schädigungsvorsatz); rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung; Anrechnung von im Ausland erlittener Freiheitsentziehung (Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs; Aufnahme in die Urteilsformel).

§ 263 StGB; § 15 StGB; § 55 StGB; § 51 StPO

**194. BGH 3 StR 439/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Koblenz)**

Mittäterschaft beim schweren Raub und bei der gefährlichen Körperverletzung (wertende Gesamtbetrachtung; eigener Tatbeitrag; Mitwirkung am Kerngeschehen; Tatherrschaft; Wille zur Tatherrschaft; Interesse am Taterfolg; Ausspähen des Tatortes; Fluchtfahrzeug; Beifahrer).

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

**195. BGH 3 StR 461/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Mönchengladbach)**

Änderung des Schuldspruchs nach Teileinstellung.

§ 154 StPO; § 260 StPO

**196. BGH 3 StR 462/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Koblenz)**

Keine Prüfung oder Bewertung der Gründe für das Aussageverhalten des verweigerungsberechtigten Zeugen; sachlich-rechtliche Grenzen der Revisibilität der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 261 StPO

**197. BGH 3 StR 478/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Stade)**

Unterscheidung von Abgabe und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; keine Nennung von Regelbeispielen in der Urteilsformel; kein Ermessen des Tatrichters bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Gesamtstrafenbildung.

§ 29 BtMG; § 260 StPO; § 55 StGB

**198. BGH 3 StR 482/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Rostock)**

Besorgnis der Befangenheit (öffentlich zugänglicher privater Facebook Account des Vorsitzenden; innere Haltung; Zusammenhang mit konkretem Strafverfahren; Befürchtung des Fehlens der gebotenen Neutralität).

§ 24 Abs. 2 StPO

**199. BGH 3 StR 489/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Mönchengladbach)**

Missachtung der innerprozessualen Bindungswirkung der aufrechterhaltenen Feststellungen nach der Zurückweisung bei der erneuten Gesamtstrafenbildung

§ 354 StPO; § 55 StGB

**200. BGH 3 StR 490/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (OLG Düsseldorf)**

Unzulässige Änderung des Geschäftsverteilungsplans durch wiederholte Einzelzuweisungen (gesetzlicher Richter; abstrakt-generelle Vorgaben; „schiebchenweise“ Einzelzuweisung; Änderung des Geschäftsverteilungsplans im laufenden Geschäftsjahr; Eignung zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs; erkennbare dauerhafte Überlastung; anhängige Verfahren; Gesamtkonzept zum Belastungsausgleich; Beschleunigungsgebot; Haftsache; Besetzungsrüge); keine Präklusion der Besetzungsrüge (Anforderungen an den Revisionsvortrag; Vorlage des Geschäftsplanes in der Tatsacheninstanz regelmäßig entbehrlich).

§ 21e Abs. 3 Satz 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 338 Nr. 1 lit. b StPO; § 222b Abs. 1 StPO

**201. BGH 3 StR 506/15 – Beschluss vom 26. Januar 2016 (LG Krefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**202. BGH 5 StR 387/15 – Urteil vom 27. Januar 2016 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung beim schweren Raub (erhöhte Vorwerfbarkeit aufgrund Begehung mehrerer Taten; Berücksichtigung des Seriencharakters schon bei Bemessung der Einzelstrafe; Rückschluss auf innere Einstellung; polizeiliche Observation der Tat nicht ohne Weiteres zu Gunsten des Täters zu berücksichtigen; den Durchschnitt sonstiger Fälle weit übersteigende Brutalität und Menschenverachtung über einen längeren Zeitraum hinweg).

§ 46 StGB; § 250 StGB

**203. BGH 5 StR 497/15 – Beschluss vom 27. Januar 2016 (LG Dresden)**

Tateinheit zwischen Fahren ohne Fahrerlaubnis und bewaffnetem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verkaufsfahrt).

§ 21 Abs. 1 StVG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

**204. BGH 5 StR 521/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Dresden)**

Unmöglichkeit der revisionsgerichtlichen Überprüfung einer Verfallsentscheidung bei fehlenden Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen.

§ 73 StGB; § 73c StGB

**205. BGH 5 StR 532/15 – Beschluss vom 28. Januar 2016 (LG Chemnitz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**206. BGH 5 StR 545/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016**

Verwerfung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 Abs. 2 StPO

**207. BGH 5 StR 587/15 – Beschluss vom 26. Januar 2016 (LG Göttingen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**208. BGH AK 1/16 – Beschluss vom 28. Januar 2016**

Dringender Tatverdacht der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland („PKK“); Fluchtgefahr; Schwermriminalität; Verhältnismäßigkeit Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate.

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

**209. BGH StB 15/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015**

Umgrenzungsfunktion der Anklage (unzureichende individualisierende Angaben beim Tötungsdelikt); Konkurrenzverhältnis zwischen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung und im Zuge dessen verwirklichten anderen Straftaten; teilweise Eröffnung des Hauptverfahrens.

§ 200 StPO; § 207 StPO; § 264 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**210. BGH 1 StR 169/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Augsburg)**

Ablehnung eines Richters wegen des Verdachts der Befangenheit (Vorbefassung mit dem Verfahrensgegenstand: Rechtsfehler in vorherigen Entscheidungen); Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Zeitpunkt der Mitteilung; Wiedergabe des wesentlichen Inhalts: keine Mitteilung darüber erforderlich, von wem Initiative zu Gesprächen ausging; kein Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung über Gespräche alleine mit Mitangeklagten).

§ 24 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**211. BGH 1 StR 292/15 – Urteil vom 2. Dezember 2015 (LG Landshut)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung bei Vielzahl von Beweisen).

§ 261 StPO

**212. BGH 1 StR 373/15 – Urteil vom 27. Oktober 2015 (LG Mannheim)**

BGHSt; Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall (Steuerverkürzung im großen Ausmaß: einheitliche Wertgrenze von 50.000 Euro, keine Differenzierung nach Gefährdung des Steueranspruchs oder dem Eintritt des Vermögensschadens beim Staat, keine Differenzierung nach der Art der Herbeiführung; Vorliegen eines besonders schweren Fall bei Erfüllung des Regelbeispiels: Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls; Konkurrenzen bei Abgabe unterschiedlicher Steuererklärung: ausnahmsweise Tateinheit bei einheitlicher Erklärung); Umsatzsteuerhinterziehung („Strohmann“ als leistender Unternehmer und Steuerschuldner).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Abs. 4 AO; § 52 StGB; § 13a UStG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG

**213. BGH 1 StR 406/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Stade)**

Gründungstäuschung.

§ 82 Abs. 1 GmbHG

**214. BGH 1 StR 414/15 – Urteil vom 12. Januar 2016 (LG Braunschweig)**

Strafzumessung (Berücksichtigung des Verlusts der Arbeitsstelle; Bemessung einer Gesamtstrafe; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Aussetzung einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr zur Bewährung (Vorliegen besonderer Umstände: Gesamtwürdigung; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 56 Abs. 1, 2 StGB

**215. BGH 1 StR 419/15 – Beschluss vom 2. Februar 2016**

Erstattung der notwendigen Auslagen des Nebenklägers (Verurteilung wegen einer den Nebenkläger betreffenden Tat: Voraussetzungen).

§ 472 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 264 StPO

**216. BGH 1 StR 434/15 – Urteil vom 21. Januar 2016 (LG Regensburg)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

**217. BGH 1 StR 465/14 – Urteil vom 28. Oktober 2015 (LG München I)**

Steuerhinterziehung (Anforderungen an die Darstellung der hinterzogenen Steuern im Urteil); Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Beihilfevorsatz: Strafzumessung: Höhe der Steuern, deren Hinterziehung durch die Beihilfehandlung tatsächlich gefördert wurde); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 StPO; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

**218. BGH 1 StR 503/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG München II)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Situation: Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

**219. BGH 1 StR 530/15 – Beschluss vom 20. Januar 2016 (LG Krefeld)**

Hinterziehung von Tabaksteuer durch Einfuhr auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Verhältnis zu einer Steuerhinterziehung der Tabakwaren im EU-Ausland: Tatmehrheit).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 21 Abs. 1 TabStG; § 374 Abs. 1 AO; § 53 StGB

**220. BGH 1 StR 533/15 – Beschluss vom 14. Januar 2016**

Gewährung von Prozesskostenhilfe im Adhäsionsverfahren.

§ 404 Abs. 5 StPO



**221. BGH 1 StR 557/15 – Beschluss vom 20. Januar 2016 (LG Mosbach)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von berufsrechtlichen Sanktionen).

§ 46 StGB; § 114 Abs. 1 BRAO

**222. BGH 1 StR 577/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Aschaffenburg)**

Minderschwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung (vorausgegangene Provokation des Geschädigten).

§ 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

**223. BGH 1 StR 581/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG München I)**

Minderschwerer Fall des Totschlags (vorhergehende Ohrfeigen als Misshandlung des Täters).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

**224. BGH 1 StR 615/15 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Absehen von der Anordnung des Verfalls (Nichtmehr-vorhandensein des Erlangten im Vermögen des Betroffenen: Voraussetzungen).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

**225. BGH 1 StR 630/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Weiden)**

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Mitteilung von Ablauf, Inhalt und Ergebnis der Gespräche; regelmäßiges Beruhen des Urteils auf fehlerhafter Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**226. BGH 2 StR 115/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Rostock)**

Verminderte Schuldunfähigkeit (verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit aufgrund von Alkoholkonsum: tatrichterliche Gesamtwürdigung, Blutalkoholwert als Indiz).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

**227. BGH 2 StR 165/15 – Urteil vom 25. November 2015 (LG Rostock)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln unter Mitführen einer Schusswaffe (Voraussetzungen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 StGB

**228. BGH 2 StR 172/15 – Urteil vom 5. August 2015 (LG Fulda)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitgebers; Strafzumessung: Bestimmung der vorenthaltenden Sozialversicherungsbeiträge, Lohnzahlung aufgrund Schwarzgeldabrede als Nettoarbeitsentgelt).

§ 266a Abs. 1, 2 StGB; § 46 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV

**229. BGH 2 StR 177/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Aachen)**

Ablehnung eines Beweisantrags (wegen Bedeutungslosigkeit: Voraussetzungen; wegen Ungeeignetheit).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

**230. BGH 2 StR 191/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Fulda)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern in kinderpornographischer Absicht

§ 176a Abs. 3 StGB

**231. BGH 2 StR 207/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015 (LG Meiningen)**

Beweisverwertungsverbot für im Bundeszentralregister bereits getilgte Verurteilungen.

§ 51 Abs. 1 BZRG

**232. BGH 2 StR 245/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Eventualvorsatz (Beweiswürdigung des Tatrichters: Tötungs- und Körperverletzungsvorsatz).

§ 16 StGB; § 261 StPO; § 212 StGB; § 223 Abs. 1 StGB

**233. BGH 2 StR 4/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Bonn)**

Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung: Ausschluss eines alternativen Geschehens, hier: „Mord ohne Leiche“).

§ 261 StPO

**234. BGH 2 StR 258/15 – Urteil vom 2. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch (ausnahmsweise Untrennbarkeit von Schuld- und Strafausspruch); Strafzumessung (Berücksichtigung weiterer Taten des Angeklagten).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 46 StGB

**235. BGH 2 StR 275/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015 (LG Aachen)**

Mord (Ermöglichungsabsicht: tateinheitlich begangener Schwangerschaftsabbruch).

§ 211 StGB; § 218 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

**236. BGH 2 StR 307/15 – Urteil vom 23. Dezember 2015 (LG Kassel)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen der Strafmilderung: Erstreben einer Wiedergutmachung ausreichend, kein vollständiges Einräumen des Tatverdachts erforderlich; kommunikativer Prozess zwischen Angeklagtem und Geschädigtem: Anforderungen an die Darstellung im Urteil); Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit)

§ 46a Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**237. BGH 2 StR 317/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

Strafzumessung (Darstellung im Urteil bei ungewöhnlich hoher Strafe).

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

**238. BGH 2 StR 338/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Erfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**239. BGH 2 StR 347/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Aachen)**

Raub (Irrtum über die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung: offene Geldforderung, Tatbestandsirrtum).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

**240. BGH 2 StR 374/15 – Beschluss vom 28. Januar 2016 (LG Aachen)**

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

**241. BGH 2 StR 403/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Meiningen)**

Minder schwerer Fall der Vergewaltigung.  
§ 177 Abs. 2 StGB a. F.

**242. BGH 2 StR 417/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016**

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer.  
§ 316a Abs. 1 StGB

**243. BGH 2 StR 419/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015 (LG Aachen)**

Beihilfe (psychische Beihilfe durch Tun: Vermittlung eines Gefühls der Sicherheit: Abgrenzung zur Beihilfe durch Unterlassen).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB

**244. BGH 2 StR 447/15 – Beschluss vom 14. Januar 2015 (LG Aachen)**

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

**245. BGH 2 StR 468/15 – Beschluss vom 22. Dezember 2015 (LG Fulda)**

Beihilfe zur räuberischen Erpressung (Anforderungen an Beihilfevorsatz: vorgestellter Unrechtsgehalt, kein ausreichender Vorsatz bei vorgestelltem Wohnungseinbruchsdiebstahl).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB; § 244 Abs. 1 StGB

**246. BGH 2 StR 475/15 – Beschluss vom 4. Dezember 2015 (LG Aachen)**

Beiordnung eines Zeugenbeistands.  
§ 68b Abs. 2 Satz 2 StPO

**247. BGH 2 StR 525/13 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Frankfurt a. M.)**

Berichtigungsbeschluss.

**248. BGH 2 StR 525/13 – Urteil vom 23. Dezember 2015 (LG Frankfurt a. M.)**

BGHSt; Verfassungskonformität von Blankettstrafgesetzen mit Rückverweisungsklausel (Anforderungen des Bestimmtheitsgebots und des Demokratieprinzips); gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind (Verfassungsmäßigkeit; Begriff des Tabakerzeugnis; Begriff des oralen Gebrauchs); Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen; unerlaubtes Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Verfassungsmäßigkeit; Begriff des Arzneimittels: gesundheitsfördernde Wirkung); Verbotstatum (bedingtes Unrechtsbewusstsein); Normauslegung (Dokumentationen des Gesetzgebungsprozess als Auslegungshilfen).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 3 Abs. 1 VTabakG; § 20 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 VTabakG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 VTabakG; § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG; § 2 Abs. 1 AMG; § 95 Abs. 1 AMG; § 17 StGB

**249. BGH 2 StR 567/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Hanau)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.  
§ 44 StPO

**250. BGH 2 ARs 357/15 (2 AR 242/15) – Beschluss vom 29. Dezember 2015 (AG Düsseldorf)**

Zuständiges Gericht für die Bewährungsaufsicht bei mehreren Verurteilungen durch unterschiedliche Gerichte.  
§ 462a Abs. 4 StPO i.V.m. § 462a Abs. 3 Satz 2 StPO

**251. BGH 2 ARs 434/14 – Beschluss vom 23. Dezember 2015 (BGH)**

Anfrageverfahren zum unerlaubtem Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Begriff des Funktionsarzneimittels: gesundheitsfördernde Wirkung); unerlaubtes Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen (Kräutermischung).  
§ 132 Abs. 1 GVG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG; § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 52 VTabakG

**252. BGH 4 StR 223/13 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Dortmund)**

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

**253. BGH 4 StR 227/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (OLG Hamm)**

BGHSt; Vorlageverfahren; Verhängung von Nebenfolgen bei tatmehrheitlich begangenen Ordnungswidrigkeiten (Verhängung eines Fahrverbots; Geltung des Asperationsprinzips).  
§ 20 OWiG; § 54 Abs. 1, Abs. 1 Satz 1 StGB; § 25 StVG; § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG; § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG

**254. BGH 4 StR 248/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Halle)**

Voraussetzungen eines Beweisantrags (Behauptung einer Beweistatsache).  
§ 244 Abs. 3 StPO

**255. BGH 4 StR 72/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Dessau-Roßlau)**

Raub mit Todesfolge (mittäterschaftliche Begehung: erforderlicher Vorsatz der Mittäter, Leichtfertigkeit bezüglich Todesfolge, sukzessive Mittäterschaft; Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Todesfolge); Schmerzensgeldanspruch im Adhäsionsverfahren (Anspruch gegen Mittäter bei unterschiedlich gewichtigen Tatbeiträgen).  
§ 249 Abs. 1 StGB; § 251 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 18 StGB; § 403 StPO; § 251 BGB; § 830 BGB

**256. BGH 4 StR 84/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Berlin)**

Eventualvorsatz (Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit; Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdi-

gung: Gesamtbetrachtung, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Totschlag.

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 212 Abs. 1 StGB

**257. BGH 4 StR 84/15 – Beschluss vom 12. Januar 2016 (LG Berlin)**

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

**258. BGH 4 StR 252/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Zweibrücken)**

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Voraussetzungen: erhebliche Stimulierung des Täters durch polizeiliche Vertrauensperson, völkerrechtskonforme Bestimmung). Art. 6 Abs. 1 EMRK

**259. BGH 4 StR 262/15 – Beschluss vom 22. Oktober 2015 (LG Chemnitz)**

Totschlag (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Voraussetzungen; Verhältnis mehrerer Tötungshandlungen gegenüber mehreren Personen: Tatmehrheit); Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs).

§ 212 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**260. BGH 4 StR 283/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Hagen)**

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

**261. BGH 4 StR 322/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Essen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Überschneidung der tatbestandlichen Handlungen bei mehreren Umsatzgeschäften: Tatmehrheit).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 53 Abs. 1 StGB

**262. BGH 4 StR 361/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Frankenthal)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung in einem freisprechenden Urteil: Gesamtwürdigung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**263. BGH 4 StR 371/15 – Beschluss vom 23. September 2015 (LG Dortmund)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: zumindest erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit bei Tatbegehung; Gefährlichkeitsprognose, Verhältnismäßigkeit).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 62 StGB

**264. BGH 4 StR 376/15 – Beschluss vom 20. Januar 2016 (LG Stendal)**

Revisionsbegründung (erforderliche Darstellung einer Geltendmachung des Zwischenrechtsbehelfs); Übertragung der Grundsätze, die für die Vorbereitung von Zeugenvernehmungen zu in amtlicher Eigenschaft gemachten Wahrnehmungen auf sachverständige Hilfspersonen der Polizei.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 238 Abs. 1 StPO; § 69 StPO

**265. BGH 4 StR 437/15 – Urteil vom 14. Januar 2016 (LG Essen)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).  
§ 54 Abs. 1 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

**266. BGH 4 StR 438/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Konstanz)**

Schwere räuberische Erpressung (kein Mitsichführen einer Waffe bei deren Funktionsunfähigkeit).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB

**267. BGH 4 StR 452/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Bielefeld)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Begründung: Angaben über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses).

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

**268. BGH 4 StR 471/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Hagen)**

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

**269. BGH 4 StR 481/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Kaiserslautern)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil: psychische Störung als Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit).

§ 63 StGB, § 20 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

**270. BGH 4 StR 483/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015 (LG Paderborn)**

Begründung der Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle (erforderliche inhaltliche Beteiligung des Urkundsbeamten).

§ 345 Abs. 2 StPO

**271. BGH 4 StR 484/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Essen)**

Urteilsgründe (Umgang mit Sachverständigengutachten: Wahrscheinlichkeitsberechnungen aufgrund molekular-genetischer Vergleichsuntersuchungen).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 81h StPO

**272. BGH 4 StR 491/15 – Beschluss vom 15. Dezember 2015 (LG Halle)**

Rücknahme eines Rechtsmittels (Verhandlungs- und prozessualen Handlungsfähigkeit des Angeklagten).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**273. BGH 4 StR 507/15 – Beschluss vom 21. Januar 2016 (LG Essen)**

Strafzumessung.

§ 46 StGB

**274. BGH 4 StR 521/15 – Beschluss vom 19. Januar 2016 (LG Halle)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose: Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten).

§ 56 StGB

**275. BGH 4 StR 532/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Mönchengladbach)**

Betrug (vollendeter Betrug durch Tanken an Selbstbedienungstankstelle: tatsächliche Täuschung des Kassenpersonals); vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs (Vorsatzinhalt); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 263 Abs. 1 StGB; § 315c Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 64 StGB

**276. BGH 4 StR 543/15 – Beschluss vom 14. Januar 2016 (LG Bielefeld)**

Ausschluss der Öffentlichkeit (Wiederherstellung der Öffentlichkeit: abschließende Beweiskraft des Protokolls).

§ 171b Abs. 1 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 274 StPO

**277. BGH 4 StR 554/15 – Beschluss vom 21. Januar (LG Siegen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**278. BGH 4 StR 555/15 – Beschluss vom 17. Dezember 2015 (LG Halle)**

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Einbruchsdiebstahl).

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB

**279. BGH 4 StR 561/15 – Beschluss vom 3. Februar 2016 (LG Siegen)**

Verbotene Vernehmungsmethoden (revisionsrechtliche Rügbarkeit: kein Widerspruch gegen Verwertung erforderlich, Widerspruchslösung).

§ 136a Abs. 1, Abs. 3 StPO

**280. BGH 4 StR 573/15 – Beschluss vom 20. Januar 2016 (LG Konstanz)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

**281. BGH 5 StR 510/13 – Beschluss vom 19. Februar 2014 (LG Hamburg)**

Betrug (Schaden bei Risikogeschäften: wirtschaftliche Bestimmung, Darstellung im Urteil; subjektiver Schadensanschlag: Voraussetzungen).

§ 263 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**282. BGH 4 StR 559/15 – Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO