

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

Priv. Doz. 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. Hamburg; Prof. Dr. Christoph
Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-
furt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,
(Univ. Leipzig); 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 (LMU München); 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

Wiss. Mit. Katharina Lienert, LMU München – **Bestimmtheit und Fehleranfälligkeit von Blankettverweisungen auf europäisches Recht im Marktmissbrauchsrecht** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2017 Nr. 190 S. 265

Dr. Gerhard Timpe, Regensburg – **Die strafrechtliche Produzentenhaftung** S. 272

Entscheidungen

BVerfG **Verletzung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung wegen Beihilfe zur Volksverhetzung**

BVerfG **Durchsuchungsbeschluss bei Steuerhinterziehung**

BGHSt **Aufklärungspflichten aus Ingerenz beim Betrug**

BGHSt **Anordnung des Verfalls bei Ordnungswidrigkeiten durch einen internationalen Transport**

BGHR **Wiederaufnahme der Klage auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel und Beweisverwertungsverbote**

BGH **Grundsätze der Mengen- und Kettenverbreitung bei Volksverhetzung**

BGH **Kein zweites Negativattest während der Hauptverhandlung**

BGH **Schätzung im Steuerstrafrecht auf Grund der Richtsatzsammlung**

Die Ausgabe umfasst 123 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

Priv.-Doz. 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. Hamburg); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Leipzig); 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 (LMU München); 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

18. Jahrgang, Juni 2017, Ausgabe

6

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

480. BVerfG 1 BvR 1384/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. März 2017 (OLG Bamberg / LG Würzburg / AG Würzburg)

Verletzung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung wegen Beihilfe zur Volksverhetzung (Meinungsfreiheit und Schutz von Tatsachenbehauptungen; allgemeine Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit; Ausnahme bei meinungsbeschränkenden Gesetzen gegen die propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; Wechselwirkungslehre; Auslegung mehrdeutiger Äußerungen; Berücksichtigung des Gesamtkontexts der Äußerung; erhöhte verfassungsgerichtliche Kontrolldichte).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 3 Var. 2 StGB; § 27 StGB

1. Der Satz „So seltsam es klingen mag, aber seit 1944 ist kein einziger Jude nach Auschwitz verschleppt worden“ kann nicht allein dahingehend verstanden werden, dass im gesamten Verlauf des Jahres 1944 kein Mensch jüdischen Glaubens durch das nationalsozialistische Unrechtsregime in das Konzentrationslager Auschwitz verschleppt worden sei. Ebenfalls möglich ist die Deutung, dass eine Verschleppung letztmalig im Jahr 1944 stattfand. Eine auf die erstgenannte Interpretation gestützte strafgerichtliche Verurteilung wegen der öffentlichen Verbreitung des Satzes verletzt daher die Meinungsfrei-

heit des Betroffenen, wenn die Gerichte nicht darlegen, weshalb der Äußerung bei verständiger Würdigung gerade der zu einer Verurteilung führende Bedeutungsgehalt zukommt.

2. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst auch Tatsachenbehauptungen, soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen und nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind. Die Trennung tatsächlicher und wertender Bestandteile einer Aussage ist im Einzelfall nur zulässig, soweit dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Im Zweifel ist eine Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung anzusehen.

3. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit unterliegt den Schranken, die sich aus den allgemeinen Gesetzen ergeben, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sondern dem Schutz eines ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen. Eine Ausnahme vom Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze hat das Bundesverfassungsgericht für Vorschriften anerkannt, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen.

4. Bei der Auslegung und Anwendung meinungsbeschränkender Gesetze haben die Fachgerichte den wertsetzenden Gehalt des Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat zu berücksichtigen. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

5. Die Feststellung, ob eine Äußerung den Schutz der Meinungsfreiheit genießt, setzt voraus, dass die Äußerung in ihrem Sinngehalt zutreffend erfasst worden ist. Daher verstößt die Verurteilung wegen einer Äußerung schon dann gegen Art. 5 Abs. 1 GG, wenn diese den Sinn, den das Gericht ihr beigemessen hat, nicht besitzt oder wenn bei mehrdeutigen Äußerungen die zur Verurteilung führende Deutung zugrunde gelegt worden ist, ohne dass andere, ebenfalls mögliche Deutungen mit überzeugenden Gründen ausgeschlossen worden sind. Dabei haben die Gerichte ausgehend vom Wortlaut der Äußerung auch deren Kontext und die sonstigen Begleitumstände zu beachten.

6. Einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen stehen insoweit nicht diejenigen Umstände entgegen, die bei sonstigen Tatsachenfeststellungen regelmäßig zu einer Bindung an die Feststellungen der Fachgerichte führen.

481. BVerfG 1 BvR 1438/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 13. März 2017 (OLG Rostock / AG Grevesmühlen)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (Bezugnahme auf eine öffentlich zugängliche diffamierende Abbildung in einem Internetbeitrag; zu eigen gemachter Abbildungsinhalt; fehlende spezi-

fisch politische Aussage der Abbildung; verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz; Überwiegen der persönlichen Ehre).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

Macht sich ein im Internet unter der Überschrift „Jamel ehrt die Helden des Nordens“ veröffentlichter Beitrag den Inhalt eines im öffentlichen Raum aufgestellten Schildes zu eigen, auf dem ein vor Ort lebendes, für sein Engagement gegen Rechtsextremismus ausgezeichnetes Ehepaar als Karikatur abgebildet und ohne spezifische politische Aussage als „dumm“ und „dreist“ bezeichnet wird, so verletzt eine darauf gestützte Verurteilung des Beitragsverfassers wegen Beleidigung nicht das Grundrecht der Meinungsfreiheit, wenn das Tatgericht nach der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung zu dem Ergebnis kommt, dass die Belange der persönlichen Ehre der Abgebildeten überwiegen.

485. BVerfG 2 BvR 2551/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Bochum / AG Bochum)

Durchsuchung bei einer Vermögensverwaltungsgesellschaft wegen des Verdachts der Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Begrenzungsfunktion des Durchsuchungsbeschlusses; hinreichende Bestimmtheit in Bezug auf den Tatzeitraum; erforderliche Angaben; Beschränkung auf nichtverjährte Straftaten).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 103 StPO; § 105 StPO

1. Um den mit einer Durchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen messbar und kontrollierbar zu gestalten, muss der Durchsuchungsbeschluss den Tatvorwurf und die konkreten Beweismittel so beschreiben, dass der äußere Rahmen für die Durchsuchung abgesteckt wird. Der Richter muss die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist.

2. Der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG erstreckt sich auch auf juristische Personen des Privatrechts, soweit deren Büro- und Geschäftsräume betroffen sind.

3. Ein Durchsuchungsbeschluss genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn er keine ausreichend konkreten Angaben zum Tatzeitraum enthält. Dies ist der Fall, wenn in dem Beschluss lediglich ausgeführt ist, es beständen Anhaltspunkte für eine „über Jahre hinweg“ betriebene Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch mehrere Mitarbeiter einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, von denen einer im Jahre 2006 zu der Gesellschaft gewechselt habe.

4. Selbst wenn einem Durchsuchungsbeschluss stets eine Beschränkung auf nichtverjährte Straftaten immanent sein sollte, so genügt dies für eine ausreichende Konkretisierung des Tatzeitraumes jedenfalls nur dann, wenn der Beschluss die erforderlichen Angaben enthält, um für jeden Tatverdächtigen und dessen Tatbeitrag den nichtverjährten Zeitraum zu bestimmen.

482. BVerfG 1 BvR 3156/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 26. März 2017

Vorratsdatenspeicherungsgesetz (erneuter erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; auch angesichts der Entscheidung des EuGH im Verfahren „Tele2 Sverige“ keine Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen im Eilverfahren; Bezugnahme auf bereits vorgenommene Folgenabwägung).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100g StPO; § 101a StPO; § 101b StPO; § 113a TKG; § 113b TKG

Eine Aussetzung der durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten (Vorratsdatenspeicherungsgesetz) neu geschaffenen strafprozessualen Vorschriften im Wege einer einstweiligen Anordnung kommt auch nach dem Urteil des EuGH vom 21. Dezember 2016 – Rs. C-203/15, „Tele2 Sverige“ – nicht in Betracht. Insoweit ist nach wie vor auf der Grundlage einer Folgenabwägung zu entscheiden (Bezugnahme auf BVerfG, Beschlüsse vom 8. Juni 2016 – 1 BvQ 42/15 und 1 BvR 229/16 – [= HRRS 2017 Nr. 409 und Nr. 410]).

483. BVerfG 2 BvR 1016/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. April 2017 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Beschwer eines Strafgefangenen durch eine strafvollzugsrechtliche Entscheidung (bloße Anordnung einer Neubescheidung auf einen Verpflichtungsantrag; Willkürverbot; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz; Verletzung bei Verneinung der Beschwer durch das Rechtebeschwerdegericht).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 116 StVollzG; Art. 37 BayStVollzG

Das Rechtsbeschwerdegericht legt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 116 StVollzG in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise aus, wenn es eine Beschwer des Strafgefangenen verneint, obwohl die Strafvollstreckungskammer auf dessen vollzugsrechtlichen Verpflichtungsantrag – gerichtet auf die Genehmigung monatlicher Ausführungen – lediglich eine Neubescheidung angeordnet hat und damit hinter dem Antragsbegehren zurückgeblieben ist.

484. BVerfG 2 BvR 2190/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Februar 2017 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)

Auferlegung einer Missbrauchsgebühr (Vorenthalten verfahrensrelevanter Informationen im Vortrag zur Verfassungsbeschwerde; Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Finanzierung islamistischer Terroristen; Verwendung eines von einem salafistisch geprägten Verein gespendeten Krankenwagens als Anschlagsmittel in Syrien; grob unsachlicher Vorwurf „rassistischer Diskriminierung“ gegen die Ermittlungsbehörden).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 89a StGB

Die Verfassungsbeschwerde des Vorstands eines nach eigenen Angaben salafistisch geprägten Vereins gegen Ermittlungsmaßnahmen wegen des Verdachts der Finanzierung islamistischer Terroristen rechtfertigt die Verhängung einer Missbrauchsgebühr, wenn die Beschwerdeschrift verschweigt, dass Verfahrensgegenstand nicht nur die Verbringung eines von dem Verein mit Spendenmitteln erworbenen Krankenwagens nach Syrien war, sondern dass der umgebaute Krankenwagen dort als Anschlagsmittel verwendet wurde. Grob unsachlich und diffamierend ist es in diesem Zusammenhang, wenn der Beschwerdeführer gegen die Ermittlungsbehörden den Vorwurf „rassistischer Diskriminierung“ erhebt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH**I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil****556. BGH 3 StR 455/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Aurich)**

Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft bei der (gefährlichen) Körperverletzung (Willensrichtung des Beteiligten; wertende Gesamtbetrachtung; weitergehende Förderung des Erfolges durch eigenes Handeln; bloßes Einverständnis; Billigung einer bereits verwirklichten Tat; Demonstration physischer Präsenz).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Wer mit mehreren Beteiligten in eine Wohnung hineinstürmt, um dort eine körperliche Auseinandersetzung mit dem Wohnungsinhaber zu suchen, ist nicht ohne weiteres

Mittäter einer von einem der Beteiligten begangenen – zum Zeitpunkt des Hineinstürmens bereits vollendeten – Körperverletzung. Die Demonstration einer erheblichen physischen Präsenz und zahlenmäßigen Überlegenheit genügt hierfür ebenso wenig wie das bloße Einverständnis mit Gewalthandlungen und die Billigung einer bereits verwirklichten Tat. Eine etwaige sukzessive Zurechnung setzt vielmehr voraus, dass der Hinzutretende in der Vorstellung handelt, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch sein eigenes Handeln weiter zu fördern.

562. BGH 3 StR 517/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Kleve)

Keine sukzessive Mittäterschaft bei bereits beendeten Körperverletzungshandlungen; Strafrahmenwahl beim Versuch (Fehlen wesentlicher versuchsbezogener Umstände zur Begründung der Strafrahmenwahl; minder schwerer Fall).

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 23 StGB; § 49 StGB

Fasst ein Beteiligter den Entschluss zur mittäterschaftlichen Mitwirkung an körperlichen Misshandlungen erst zu einem Zeitpunkt nach Beginn des Geschehens, so ist eine Zurechnung im Wege der sog. sukzessiven Mittäterschaft hinsichtlich solcher Verletzungshandlungen ausgeschlossen, die zu diesem Zeitpunkt bereits beendet sind.

589. BGH 5 StR 433/16 – Urteil vom 25. April 2017 (LG Berlin)

Sukzessive Mittäterschaft beim besonders schweren Raub (Kenntnis und Billigung des bisherigen Geschehens; Erstreckung des Einverständnisses auf die Gesamttat; Billigung der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; kein Teilrücktritt bei vollständiger Verwirklichung des qualifizierenden Umstands; Beweiswürdigung; Rückschluss auf Billigung aus den äußeren Umständen; keine Unterstellung fernliegender Geschehensabläufe).

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

Die Feststellung der Billigung eines Mittäterexzesses bei sukzessiver Mittäterschaft erfolgt, sofern der Angeklagte dies bestreitet, nach allgemeinen Grundsätzen vor allem durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen. Es ist dabei weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen – selbst bei nicht widerlegbaren, aber durch nichts gestützten Angaben des Angeklagten – keine Anhaltspunkte bestehen.

521. BGH 2 StR 395/16 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Limburg)

Wohnungseinbruchdiebstahl (keine Beihilfe nach Beendigung).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Eine Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Wohnungseinbruchdiebstahls scheidet aus, wenn seine Tatbeiträge sich darin erschöpfen, nach Beendigung eines Wohnungseinbruchdiebstahls geeignetes Werkzeug zum Aufbruch eines zuvor durch die beiden Haupttäter entwendeten Tresors zur Verfügung zu stellen, die Haupttäter zum Ablageort des Tresors zu begleiten, um „gegebenenfalls“ bei dessen Öffnung behilflich zu sein, und den Tresor zu entsorgen.

522. BGH 2 StR 435/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Rostock)

Räuberische Erpressung (Beihilfe: Feststellung des Gehilfenvorsatzes).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 und 2 StGB; § 255 StGB

1. Alleine seine Beihilfe zu lange andauernden Misshandlungen und einer Freiheitsberaubung führt nicht ohne weiteres dazu, dass dem Angeklagten auch eine Förde-

rung eines überraschend in einem engeren Teil des Tatzeitraums begangenen Erpressungsversuchs zugerechnet werden kann. Dabei kann es sich um einen „Exzess des Täters“ handeln.

2. Dass der Angeklagte die Nötigung des Geschädigten zum Anerkennen einer vom Haupttäter erfundenen Forderung objektiv gefördert und sich sein – zumindest bedingter – Vorsatz auf jene Haupttat und seine eigene Beihilfehandlung erstreckt hat, ist nicht durch die Feststellung belegt, „auch diese Handlung registrierte der Angeklagte und duldete sie stillschweigend“.

576. BGH 5 StR 106/17 – Urteil vom 25. April 2017 (LG Braunschweig)

Voraussetzungen einer aktiven Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch den Wohnungsinhaber (Kenntnis und Billigung; strafloses Unterlassen; fehlende Garantenstellung; aktive Inbesitznahme).

§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 13 StGB

Für den Wohnungsinhaber erfüllt allein die Kenntnis und Billigung einer Lagerung, Aufbereitung oder des Vertriebs von Betäubungsmitteln in seiner Wohnung durch einen Mitbewohner noch nicht die Voraussetzung strafbarer Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, da ihm damit hinsichtlich dieses Handeltreibens im Falle einer fehlenden Garantenstellung ein lediglich strafloses Unterlassen zur Last gelegt wird. Anders verhält es sich, wenn der Wohnungsinhaber den Betäubungsmittelhandel eines Dritten aktiv unterstützt, indem er ihm etwa die Wohnung in Kenntnis des beabsichtigten Handeltreibens überlässt oder die Betäubungsmittel für den Täter in Besitz nimmt und verwahrt.

534. BGH 4 StR 59/17 – Beschluss vom 13. April 2017 (LG Bielefeld)

Konkurrenzen (gefährliche Körperverletzung und schwere Körperverletzung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Annahme von Tateinheit zwischen gefährlicher Körperverletzung gemäß und schwerer Körperverletzung steht nicht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, die insoweit von Gesetzeskonkurrenz ausgeht.

560. BGH 3 StR 505/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Bad Kreuznach)

Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse nach dem individuellen Tatbeitrag des Beteiligten (Förderung von in Tatmehrheit stehenden Taten durch eine einheitliche Beihilfehandlung).

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Die Frage der Handlungseinheit oder -mehrheit ist nach dem individuellen Tatbeitrag eines jeden Beteiligten zu beurteilen. Das gilt auch für Gehilfen im Sinne des § 27 StGB. Wer daher durch dieselbe Beihilfehandlung mehrere – sei es auch ggf. untereinander in Tatmehrheit stehende – Taten fördert, ist stets wegen tateinheitlich begangener Beihilfe zu diesen unterschiedlichen Taten zu bestrafen.

569. BGH 5 StR 22/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Berlin)

Verhältnis von Feststellung der verminderten Einsichtsfähigkeit und tatsächlich fehlender Unrechtseinsicht.
§ 21 StGB

Nimmt das Tatgericht eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit des Täters an, so muss es darüber befinden, ob diese zum Fehlen der Unrechtseinsicht geführt

oder ob der Täter gleichwohl das Unrecht der Tat eingesehen hat. Hat dagegen der Angeklagte ungeachtet seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns zum Tatzeitpunkt tatsächlich eingesehen, so ist seine Schuld nicht gemindert und § 21 StGB nicht anwendbar.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

513. BGH 1 StR 466/16 – Beschluss vom 8. März 2017 (LG Würzburg)

BGHSt; Betrug (Täuschung durch Unterlassen: Aufklärungspflicht, Garantenstellung, Zumutbarkeit der Aufdeckung früherer Straftaten, keine „Umwälzung“ von Tatbestandsmerkmalen, Ingerenz und Erklärungsdelikt; Vermögensschaden: Berechnung bei Kommanditgesellschaften, Fälle des sog. blind poolings); Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: kein Widerspruch mit Aufklärungspflicht).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

1. Vorangegangenes gefährliches Tun (Ingerenz) kann eine Aufklärungspflicht nicht nur bei Vorverhalten mit objektivem Täuschungscharakter begründen. Werden durch das Vorverhalten diejenigen vermögensrelevanten Umstände verändert, deren Fortbestehen Grundlage weiterer Vermögensverfügungen des Getäuschten ist, kann dies ebenfalls eine Aufklärungspflicht begründen, die bei Nichterfüllung zu einer Täuschung durch Unterlassen führt. (BGHSt)

2. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Schädigung des Vermögens einer Kommanditgesellschaft lediglich zu einem strafatbestandsmäßigen Vermögensnachteil führen, wenn sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter „berührt“. Es bedarf hinsichtlich des Vermögensschadens aber dann keiner näheren Feststellungen zu der Anzahl der jeweils betroffenen Gesellschafter und dem Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung an den Gesellschaftsvermögen, wenn für alle zur Verurteilung führenden Fälle ausgeschlossen ist, dass die jeweils nicht wertentsprechend ausgeglichenen Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen sich nicht auch nachteilig auf die Vermögen der Gesellschafter ausgewirkt haben, weil nach dem Anlagekonzept der betroffenen Fondsgesellschaften der Wert der Beteiligung daran von der Höhe des Gesellschaftsvermögens abhing. (Bearbeiter)

3. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen entweder als Täter oder als Teilnehmer kommt für alle Personen in Frage, die eine Pflicht zur Aufklärung anderer über vermögensrelevante Tatsachen haben. Unabhängig

vom Entstehungsgrund muss die Pflicht stets darauf gerichtet sein, unrichtigen oder unvollständigen Vorstellungen des Getäuschten über Tatsachen, die zu einer Vermögensschädigung führen können, durch aktive Aufklärung entgegenzuwirken. (Bearbeiter)

4. Ein besonderes Vertrauensverhältnis, aus dem eine solche Aufklärungspflicht resultiert, kann zwischen an Fondsgesellschaften beteiligten Anlegern und den Gesellschaften bestehen, wenn diese auf dem Konzept des sog. blind pools beruhen. Dabei ist Anlegern weder bei Eingehen der Beteiligung noch während der Zeiträume der Erbringung der Anlagebeiträge bekannt, in welcher konkreten Weise die Anlagemittel durch die jeweils für die Fondsgesellschaften handelnden Personen eingesetzt werden. (Bearbeiter)

5. Den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der hier fraglichen Formen wohnt auch ein Beratungselement inne, bei dem der einzelne Anleger den Sachverstand der das Anlageprojekt auflegenden und verwaltenden (natürlichen) Personen in Anspruch nimmt. (Bearbeiter)

6. Die Vertretungsorgane von Fondsgesellschaften oder die Vertretungsorgane der die Gesellschaft vertretenden juristischen Person sind darum in eigener Person aufklärungspflichtig. Als natürliche Personen stehen sie zwar in keiner unmittelbaren (gesellschafts)vertraglichen Beziehung zu den Anlegern der Fondsgesellschaften. Ihre Garantenstellung und ihre daraus folgende Aufklärungspflicht gegenüber den Anlegern findet ihre Grundlage aber in der tatsächlichen Übernahme der Stellung als Vertretungsorgan der Fondsgesellschaften selbst. Der Heranziehung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB bedarf es nicht. Die Vorschrift ist auf unechte Unterlassungsdelikte nicht anwendbar. (Bearbeiter)

7. Diese Aufklärungspflicht steht nicht in Widerspruch zu den Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes, wenn die Angeklagten aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung gegenüber den Vermögen der Anleger als an den Gesellschaften Beteiligte ohnehin betreuungspflichtig sind. (Bearbeiter)

8. Ist mit der Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung die Gefahr der Aufdeckung eigener Straftaten des Garanten verbunden, steht dies der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens gerade wegen des eigenen rechtswidrigen Verhaltens im Vorfeld regelmäßig nicht entgegen. Im Rahmen der insoweit erforderlichen Abwägung können hier die Interessen der zahlreichen Anleger, nicht weiter „wertlose“ Einzahlungen in die Fondsgesellschaften zu leisten, höher gewichtet werden als die Interessen der Angeklagten daran, sich nicht der Gefahr eigener Strafverfolgung auszusetzen. Ob anderes zu gelten hätte, wenn die rechtlich gebotene Handlung während eines laufenden Strafverfahrens notwendig mit einem Geständnis einherginge, bedarf hier keiner Entscheidung. (Bearbeiter)

490. BGH 1 StR 540/16 – Beschluss vom 8. März 2017 (LG Würzburg)

Betrug durch Unterlassen (erforderliche vermögensbezogene Aufklärungspflicht: Informationspflicht des Geschäftsführers einer Fondsgesellschaft über Vermögensentnahmen gegenüber seinen Anlegern, hier: bei laufenden Einzahlungen der Anleger in sog. „blind pools“, erforderliche Aufklärung über strafbar Handlungen); Untreue (Vermögensnachteil: Berechnung, relevanter Zeitpunkt der pflichtwidrigen Handlung; erforderliche Feststellungen zu Nachteilen der Gesellschafter bei Untreue zu Lasten einer KG).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

1. Jedenfalls bei nach dem Konzept des sog. blind pools angelegten Fondsgesellschaften, bei denen den Anlegern weder bei Eingehen der Beteiligung noch während der Zeiträume der Erbringung der Anlagebeiträge bekannt ist, in welcher konkreten Weise die Anlagemittel durch die jeweils für die Fondsgesellschaften handelnden Personen eingesetzt werden, besteht eine in den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen gründende Aufklärungspflicht für die Geschäftsführer der Fondsgesellschaft über den erfolgten Entzug von Gesellschaftsvermögen gegenüber den Anlegern der Gesellschaft. Soweit die Anleger laufend Zahlungen in den Fond leisten, besteht die Aufklärungspflicht auch während des gesamten Zeitraums der gesellschaftsvertraglichen Bindung der Anleger als an den Fondsgesellschaften Beteiligte und nicht nur im Zeitpunkt der Anlageentscheidung.

2. Unabhängig vom Entstehungsgrund muss die die Strafbarkeit nach §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB begründende Pflicht zur Aufklärung eines Dritten über vermögensrelevante Umstände Pflicht stets darauf gerichtet sein, unrichtigen oder unvollständigen Vorstellungen des Getäuschten über Tatsachen, die zu einer Vermögensschädigung führen können, durch aktive Aufklärung entgegenzuwirken.

3. Die Entscheidung, ob ein bestimmtes, den strafrechtlich missbilligten Erfolg abwendendes Verhalten zumutbar ist, muss grundsätzlich von dem dazu berufenen Tatrichter im Rahmen einer wertenden Gesamtwürdigung des Einzelfalles getroffen werden, in die einerseits die widerstreitenden Interessen der Beteiligten und andererseits die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut einzube-

ziehen sind (vgl. BGHSt 43, 381, 398 f.). Ist mit der Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung die Gefahr der Aufdeckung eigener Straftaten des Garanten verbunden, steht dies der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens gerade wegen des eigenen rechtswidrigen Verhaltens im Vorfeld regelmäßig nicht entgegen (vgl. BGHSt 11, 353, 355 f.). Auch aus dem Verfassungsrecht lässt sich nicht ableiten, dass Selbstbegünstigung als Ausfluss persönlicher Freiheit stets straflos oder darüber hinausgehend sogar erlaubt sein müsse (vgl. BVerfGE 16, 191, 194). Ebenso wenig schließt das Verfassungsrecht aus, Selbstbegünstigungshandlungen unter Strafe zu stellen, wenn durch diese strafrechtlich geschützte Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden (vgl. BVerfGE 16, 191, 194; BGHSt 60, 198, 204 f. Rn. 35 f.).

4. Bei Untreue zu Lasten einer Kommanditgesellschaft sind nähere Feststellungen zu der Anzahl der jeweils betroffenen Gesellschafter und dem Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung an den Gesellschaftsvermögen weder für den Schuldspruch noch für den strafzumessungsrelevanten Schuldumfang ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn ausgeschlossen ist, dass die jeweils nicht wertentsprechend ausgeglichenen Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen sich nicht auch nachteilig auf die Vermögen der Gesellschafter ausgewirkt haben und der Gesamtumfang der den betroffenen Anlegern zugefügten Vermögensnachteile mit der Höhe des Nachteils für die fragliche Fondsgesellschaft übereinstimmt.

543. BGH 3 StR 144/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Grundsätze der Mengen- und Kettenverbreitung bei Volksverhetzung und Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (Tätigkeitsdelikt; kein Verbreitungserfolg; Auf-den-Weg-bringen der Schrift; Vorsatz im Zeitpunkt der ersten Übergabe; Zugänglichmachen an einen größeren Personenkreis).

§ 90a StGB; § 130 StGB

1. Eine Schrift verbreitet i.S.d. §§ 90a, 130 StGB, wer sie ihrer Substanz nach einem größeren Personenkreis zugänglich macht, wobei dieser nach Zahl und Individualität unbestimmt oder jedenfalls so groß sein muss, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist. Eines Verbreitungserfolgs in dem Sinne, dass ein größerer Personenkreis tatsächlich von der Schrift Kenntnis genommen haben muss oder diese zumindest erlangt hat, bedarf es dabei nicht, da es sich um Tätigkeitsdelikte handelt. Verbreiten ist daher die Verbreitungstätigkeit an sich, also auch schon das Auf-den-Weg-bringen der Schrift als erster Verbreitungsakt.

2. Für die sog. „Mengen- und Kettenverbreitung“ gelten insofern die folgenden Grundsätze:

a) Bei der Mengenverbreitung ist ein vollendetes Verbreiten bereits dann anzunehmen, wenn der Täter das erste Exemplar einer Mehrzahl von ihm zur Verbreitung bestimmter Schriften an einen einzelnen Bezieher abgegeben hat.

b) In der Fallgruppe der Kettenverbreitung ist das Tatbestandsmerkmal mit der Weitergabe der Schrift an einen

einzelnen Empfänger schon dann erfüllt, wenn diese seitens des Täters mit dem Willen geschieht, dass der Empfänger die Schrift durch körperliche Weitergabe einem größeren Personenkreis zugänglich machen werde, oder wenn der Täter mit der Weitergabe an eine größere, nicht mehr zu kontrollierende Zahl von Personen rechnet.

c) In beiden Fallkonstellationen muss zur Tatvollendung nicht objektiv gesichert sein, dass es zu weiteren Überlassungen der Schrift an eine oder mehrere Personen kommen wird. Soweit darauf abgestellt wird, es müsse feststehen, dass der Empfänger seinerseits die Schrift an Dritte weiterreichen werde, ist dies so zu verstehen, dass damit der im Zeitpunkt der (ersten) Übergabe der Schrift erforderliche Vorsatz des Täters im Hinblick auf den weiteren Kausalverlauf präzisiert wird.

511. BGH 4 StR 592/16 – Urteil vom 27. April 2017 (LG Essen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Voraussetzungen); Rücktritt vom Versuch (Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs); Kognitionspflicht des Gerichts.

§ 316a StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 264 StPO

1. Nach § 316a Abs. 1 StGB macht sich wegen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer strafbar, wer zur Begehung eines Raubes, eines räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung einen Angriff auf Leib oder Leben oder die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs oder eines Mitfahrers verübt und dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt. Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne dieser Bestimmung ist, wer das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Bringt ein Kraftfahrer sein Fahrzeug nicht verkehrsbedingt zum Stehen, bleibt er solange Führer des Kraftfahrzeugs, wie er sich noch im Fahrzeug aufhält und mit dessen Betrieb oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Dies ist regelmäßig erst dann nicht mehr der Fall, wenn er sein Fahrzeug zum Halten gebracht und den Motor ausgestellt hat (vgl. BGHSt 50, 169, 171).

2. Die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs werden ausgenutzt, wenn der Fahrzeugführer im Zeitpunkt des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zu einem Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann (st. Rspr.). Dies kann auch bei einem nicht verkehrsbedingten Halt der Fall sein, wenn verkehrsspezifische Umstände vorliegen, die zu einer Beeinträchtigung der Abwehrmöglichkeiten des angegriffenen Fahrzeugführers geführt haben (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 185, 186).

524. BGH 2 StR 573/15 – Urteil vom 22. Februar 2017 (LG Gera)

Betrug (Täuschung: konkludente Täuschung durch Übersendung von Rechnungen, mehraktiges Geschehen; Irrtum: Feststellungen des Tatrichters); Verbot-

sirrtum (Vermeidbarkeit bei anwaltlichem Rat); Tatumehrheit (Deliktsserien).

§ 17 Satz 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. In der Geltendmachung einer Forderung, auf die kein Anspruch besteht, kann eine schlüssige Täuschung über Tatsachen liegen. Voraussetzung dafür ist, dass die Erklärung über die Äußerung einer Rechtsauffassung hinausgeht, die als Werturteil nicht Gegenstand einer Täuschung sein kann, und zugleich einen greifbaren, dem Beweis zugänglichen „Tatsachenkern“ enthält. Dies ist der Fall, wenn mit dem Einfordern der Leistung ein Bezug zu einer unzutreffenden Tatsachenbasis hergestellt oder das Vorliegen eines den Anspruch begründenden Sachverhalts behauptet wird.

2. Wann der Rechtsverkehr der Geltendmachung einer Forderung schlüssig zugleich die Behauptung bestimmter anspruchsbegründender Tatsachen beimisst, ist Tatfrage (vgl. BGH NStZ 2015, 591, 593).

3. Die Übersendung von Rechnungen geht über die Äußerung einer bloßen Rechtsauffassung über das Bestehen eines Anspruchs hinaus, wenn das einzelne Rechnungsschreiben nicht als isolierte Erklärung betrachtet, sondern im Zusammenhang mit einem mehraktigen Geschehensablauf gesehen werden muss.

4. Mit der Formulierung „die Rechnung bezieht sich auf Ihren Vertrag, den sie mit unserem Außendienstmitarbeiter geschlossen haben“ nimmt der Angeklagte auf ein mehraktige Geschehen und die zum Abschluss des Vertrags führende Haustürsituation Bezug und täuscht dadurch konkludent über die Tatsache, dass sich Außendienstmitarbeiter und Kunde im Rahmen des Vertragsabschlusses auch darüber geeinigt haben, die „Beratung“ sei im Falle des Widerrufs des Vertrags vergütungspflichtig.

5. Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Wendet der Täter sich bei einem zufälligen Zusammentreffen an einen Rechtsanwalt und erhält auf eine spontane Nachfrage hin – also regelrecht zwischen „Tür und Angel“ – eine mündliche Auskunft ohne vertiefte Prüfung und als kostenlose Freundschaftsleistung, darf er nicht auf deren Richtigkeit vertrauen.

6. Ob ein betrugsrelevanter Irrtum gegeben ist, ist vom Tatrichter unter Ausschöpfung aller Beweismittel festzustellen. Regelmäßig ist es deshalb erforderlich, die irrende Person zu ermitteln und in der Hauptverhandlung über die tatrelevante Vorstellung zu vernehmen. Ausnahme kann in Fällen eines normativ geprägten Vorstellungsbildes des Verfügenden die Vernehmung weniger Zeugen genügen. Belegen deren Angaben das Vorliegen eines Irrtums in den sie betreffenden Fällen, kann auf die Erregung eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden geschlossen werden. Nicht ausreichend ist es, wenn die Strafkammer ihre Überzeugung lediglich auf Plausibilitätserwägungen stützt.

487. BGH 1 StR 362/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Augsburg)

Entziehung Minderjähriger (Begriff des Entziehens: faktische Beeinträchtigung des Rechts zur Personensorge, erforderliche Dauer: umfassende Gesamtbetrachtung im Einzelfall, konkrete Gefährlichkeit für das Kind); Berufsverbot (Missbrauch des Berufs oder Gewerbes oder grobe Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten: berufstypischer Zusammenhang der Tat, hier: Arzt und Medikamentenmissbrauch); Schuldunfähigkeit (Pädophilie als andere schwere seelische Abartigkeit und erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit).

§ 235 Abs. 1 StGB; § 1631 BGB; § 70 Abs. 1 StGB; § 20 StGB

1. Ein Entziehen im Sinne des § 235 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter den wesentlichen Inhalt des Rechts auf Personensorge, nämlich Pflege, Erziehung und Aufenthaltsbestimmung (§ 1631 BGB) durch räumliche Trennung von gewisser Dauer beeinträchtigt. Den Eltern „entzogen“ ist ein Minderjähriger dabei schon dann, wenn das Recht zur Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung durch räumliche Trennung für eine gewisse, nicht ganz vorübergehende Dauer so beeinträchtigt wird, dass es nicht ausgeübt werden kann (vgl. BGHSt 1, 199, 200).

2. Zur Erfüllung des Tatbestands reicht jede Handlung aus, durch welche die Sorgeberechtigten faktisch gehindert werden, ihr Obhutsrecht zu verwirklichen. Ein Entziehen kann selbst dann gegeben sein, wenn der Sorgeberechtigte sein Obhutsrecht im Tatzeitpunkt tatsächlich nicht ausübt. Auch muss die Tat nicht im Herrschaftsbereich des Berechtigten seinen Ausgang nehmen; sie kann vielmehr auch an einem Kind begangen werden, das unbeaufsichtigt auf der Straße spielt (vgl. BGHSt 16, 58, 61 f).

3. Wann die Dauer einer Entziehung so erheblich ist, dass sie dem Tatbestand unterfällt, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und des Zwecks der Strafvorschrift zu entscheiden, also Tatfrage (vgl. BGHSt 10, 376, 378). Maßgeblich sind dafür auch das Alter des Kindes, seine Schutz- und Zuwendungsbedürftigkeit sowie Aufsichtserfordernisse und die Intensität des Eingriffs. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann daher bei einem vierjährigen Kind auch bereits eine Dauer von zehn Minuten für ein Entziehen genügen (BGHSt 16, 58).

4. Für die Beurteilung im Einzelfall, ob das Sorgerecht durch die Trennung erheblich beeinträchtigt worden ist, ist auch von Bedeutung, ob der Minderjährige durch die Tat Nachteile erlitten hat, insbesondere, ob er in körperlicher oder geistiger Hinsicht gefährdet worden ist. Lässt sich feststellen, dass es schon in kurzen Zeiträumen zu konkreten Gefahren für das körperliche oder geistige Wohl des Kindes gekommen ist, können auch kleinere Zeiteinheiten genügen.

5. Ein Missbrauch von Beruf oder Gewerbe im Sinne des § 70 StGB liegt nur dann vor, wenn der Täter unter bewusster Missachtung der ihm gerade durch seinen Beruf oder sein Gewerbe gestellten Aufgaben seine Tätigkeit ausnutzt, um einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen. Dazu genügt ein bloß äußerer Zusammenhang in dem Sinne, dass der Beruf dem Täter

lediglich die Möglichkeit gibt, Straftaten zu begehen, nicht. Die strafbare Handlung muss vielmehr Ausfluss der jeweiligen Berufs- oder Gewerbetätigkeit sein und einen berufstypischen Zusammenhang erkennen lassen (st. Rspr.); sie muss symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters im Beruf erscheinen.

6. Eine Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten im Sinne des § 70 StGB liegt nur dann vor, wenn der Täter bei Tatbegehung gegen eine der speziellen Pflichten, die ihm bei der Ausübung seines Berufs oder Gewerbes auferlegt sind, verstößt. Auch dafür bedarf es eines berufstypischen Zusammenhangs der Tat zu der beruflichen Tätigkeit. Hierfür genügt es nicht, dass der Täter zur Betäubung der Opfer Medikamente eingesetzt hat, auf die er möglicherweise als Arzt Zugriff hat (vgl. BGH StV 2008, 80).

7. Ein abweichendes Sexualverhalten, etwa in Form einer Pädophilie, kann nicht ohne weiteres einer schweren Persönlichkeitsstörung gleichgesetzt und dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit i.S.v. §§ 20 StGB zugeordnet werden (st. Rspr.). Eine festgestellte Pädophilie kann aber im Einzelfall eine schwere andere seelische Abartigkeit und eine hierdurch erheblich beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit begründen, wenn Sexualpraktiken zu einer eingeschlifften Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz der devianten Handlungen, Ausbau des Raffinements und gedankliche Einengung des Täters auf diese Praktik auszeichnen. Ob die sexuelle Devianz in Form einer Pädophilie einen Ausprägungsgrad erreicht, der dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit zugeordnet werden kann, ist aufgrund einer Gesamtschau der Täterpersönlichkeit und seiner Taten zu beurteilen. Dabei kommt es darauf an, ob die sexuellen Neigungen die Persönlichkeit des Täters so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufzubringen vermag (vgl. BGH RuP 2010, 226 f.).

509. BGH 4 StR 472/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Kaiserslautern)

Betrug (Vermögensschaden: Berechnung bei Anlagebetrug).

§ 263 Abs. 1 StGB

Übergibt der Getäuschte dem Täter später zurückzuzahlende Gelder, damit dieser davon Aktien kauft und Spekulationsgeschäfte vornimmt, an deren Ertrag der Getäuschte teilhaben soll, liegt ein Vermögensschaden in voller Höhe vor, wenn der Täter von Anfang an keine Anlage tätigen und das Geld nicht zurückzahlen will. Hat er lediglich die Absicht, die zugesagten Anlagegeschäfte nicht vorzunehmen und das Geld bei fortbestehender Rückzahlungsbereitschaft anderweitig zu verwenden, kommt es darauf an, ob und inwieweit der Rückzahlungsanspruch dadurch entwertet wird. Ein eventueller Minderwert ist dabei nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beurteilen und der Vermögensschaden unter Berücksichtigung banküblicher Bewertungsansätze konkret festzustellen und zu beziffern (vgl. BVerfGE 130, 1, 47).

506. BGH 2 StR 656/13 – Urteil vom 22. März 2017 (LG Köln)

Mord aus niedrigen Beweggründen (Voraussetzungen: Tötung aus Wut, Ärger, Hass oder Rache); Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (kein umfassendes Verwertungsverbot: zulässige Vernehmung der richterlichen Verhörsperson; keine Belehrung über Reichweite des Verwertungsverbots erforderlich).

§ 211 StGB; § 252 StPO

1. Beweggründe sind im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und – in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag – als verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (vgl. BGHSt 47, 128, 130).

2. Bei einer Tötung aus Wut, Ärger, Hass oder Rache kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (st. Rspr.).

3. In subjektiver Hinsicht muss hinzukommen, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewusstsein aufgenommen hat und, soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen in Betracht kommen, diese gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern kann. Dies ist nicht der Fall, wenn der Täter außer Stande ist, sich von seinen gefühlsmäßigen und triebhaften Regungen freizumachen.

4. Nach der Entscheidung des Großen Senats vom 15. Juli 2016 (GSSt 1/16) enthält § 252 StPO kein umfassendes Verwertungsverbot, das die Vernehmung eines Richters über den Inhalt der Aussage eines Zeugen ausschließt, den der Richter in dem die konkrete Tat betreffenden Ermittlungsverfahren vor der Hauptverhandlung vernommen hat. Die Einführung und Verwertung des Inhalts der Bekundungen des (Angaben in der Hauptverhandlung verweigernden) Zeugen erfordert lediglich, dass der Richter ihn über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO belehrt hat; einer weitergehenden (qualifizierten) Belehrung auch über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren bedarf es hierfür nicht.

499. BGH 2 StR 370/16 – Beschluss vom 14. März 2017 (LG Erfurt)

Verdeckungsmord (erforderliche Verdeckung einer anderen Tat: erforderliche Zäsur zwischen vorheriger Tat handlung und Tötungshandlung mit Verdeckungsabsicht).

§ 211 StGB

1. Zwar steht der Annahme eines Verdeckungsmordes grundsätzlich nicht entgegen, dass sich bereits die zu verdeckende Vortat gegen Leib und Leben des Opfers richtet (vgl. BGHSt 35, 116). Um eine andere – zu verde-

ckende – Straftat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB handelt es sich jedoch dann nicht, wenn der Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begeht. Will der Täter im Zuge der Tatausführung den Tötungserfolg zusätzlich herbeiführen, um seine vorherigen Tathandlungen zu verdecken, ist daher für die Annahme eines Verdeckungsmordes dann kein Raum, wenn der Täter bereits von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer gehandelt hat. In diesem Fall macht allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat (st. Rspr.).

2. Anders ist die Rechtslage nur dann zu beurteilen, wenn zwischen einer vorsätzlichen Tötungshandlung und einer mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen weiteren Tötungshandlung eine deutliche Zäsur liegt (vgl. NStZ 2003, 259 Rn. 16). In den Fällen, in denen ein äußerlich ununterbrochenes Handeln zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz beginnt und dann mit Tötungsvorsatz weitergeführt wird, liegt die erforderliche Zäsur schon in diesem Vorsatzwechsel selbst (vgl. BGH NJW 2016, 179 Rn. 16).

570. BGH 5 StR 50/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Potsdam)

Geladene Schreckschusspistole als Waffe (nach vorne austretender Explosionsdruck).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Eine geladene Schreckschusspistole unterfällt nur dann dem Waffenbegriff des § 250 StGB, wenn feststeht, dass beim Abfeuern der Explosionsdruck nach vorne aus dem Lauf austritt und die Waffe deshalb nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Dies ist bei Schreckschusswaffen nicht selbstverständlich.

564. BGH 3 StR 529/16 – Beschluss vom 9. März 2017 (LG Hildesheim)

Gewerbsmäßigkeit als besonders schwerer Fall (Diebstahl; Betrug; Erpressung; Wiederholungsabsicht in Bezug auf das jeweilige Delikt; spontaner Tatentschluss).

§ 242 StGB; § 243 StGB; § 253 StGB; § 263 StGB

Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit setzt voraus, dass sich die Wiederholungsabsicht gerade auf dasjenige Delikt beziehen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert oder als besonders schwerer Fall einzustufen ist.

498. BGH 2 StR 345/16 – Beschluss vom 11. April 2017 (LG Kassel)

Unterlassene Hilfeleistung (Straftat als Unglücksfall; Darstellung der Tatbestandsmerkmale im Urteil).

§ 323c StGB

Auch eine Straftat kann für das Opfer ein Unglücksfall im Sinne des § 323c StGB sein, sofern das Risiko erheblicher Verletzung besteht. Die Feststellungen müssen indes auch in diesem Fall aufzeigen, welche Hilfeleistung für die Angeklagte möglich und zumutbar gewesen wäre. Allein der Umstand, dass die Angeklagte Mieterin der Wohnung gewesen ist, in der die Straftaten (hier; Miss-

handlungen) jeweils stattgefunden haben, besagt für sich genommen noch nichts.

537. BGH 4 StR 581/16 – Beschluss vom 13. April 2017 (LG Darmstadt)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Verdichtung zur konkreten Gefahr; Wertgrenze zur Sache von bedeutendem Wert; Konkurrenzen).

§ 315b Abs. 1 StGB

1. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr liegt erst dann vor, wenn durch eine der genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat.

2. Dabei liegt die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert bei mindestens 750 €, wobei die Gefährdung des vom Täter geführten Fahrzeugs außer Betracht zu bleiben hat.

3. Stehen versuchter Totschlag und gefährliche Körperverletzung jeweils in Tateinheit mit einem rechtsfehlerhaft angenommenen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr, ist die Aufhebung des Urteils auf diese Delikte zu erstrecken.

554. BGH 3 StR 422/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Koblenz)

Wegnahmebegriff beim Raub (Gewahrsam, Sachherrschaft; Fesselung des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers; Ausdruck der neuen Sachherrschaft).

§ 249 StGB

Werden dem gefesselten Opfer in Anwesenheit mehrerer Tatbeteiligter Gegenstände aus seinen Jackentaschen entnommen und anschließend offen (hier: auf der Motorhaube eines Autos) ausgebreitet, so ist in der Regel bereits zu diesem Zeitpunkt die Wegnahme i.S.d. § 249 StGB vollendet, da der Gefesselte keine Sachherrschaft mehr über die Gegenstände ausüben kann. Sofern die Beteiligten erst zu einem späteren Zeitpunkt die Zueignungsabsicht hinsichtlich der Gegenstände bilden, scheidet ein Raub insoweit aus, da dieser das Bestehen von Zueignungsabsicht im Wegnahmezeitpunkt erfordert.

526. BGH 2 StR 78/17 – Beschluss vom 29. März 2017 (LG Frankfurt am Main)

Räuberischer Diebstahl (besonders schwerer Fall); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Nachholung der Anordnung; kein Verbot der Schlechterstellung).

§ 64 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 252 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO

1. Verwirklicht der Angeklagte neben dem Grundtatbestand des räuberischen Diebstahls auch die Voraussetzungen des schweren Raubes unter Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, ist die Verwirklichung dieses Qualifikationsmerkmals im Schuldspruch durch die Bezeichnung der Tat als besonders schwerer räuberischer Diebstahl zum Ausdruck zu bringen.

2. Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, hindert eine Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht, wenn der Angeklagte deren Nichtanwendung durch das Tatgericht nicht vom Rechtsmittelantritt ausgenommen hat.

495. BGH 2 StR 188/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Neubrandenburg)

Gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftliche Begehung; Voraussetzungen, Erhöhung der Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 261 StPO

Für eine gemeinschaftliche Begehung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB wird weder Eigenhändigkeit noch Mittäterschaft vorausgesetzt; ausreichend ist vielmehr schon das gemeinsame Wirken eines Täters und eines Gehilfen bei der Begehung einer Körperverletzung (vgl. BGHSt 47, 383, 386). Vorausgesetzt ist eine Beteiligung, durch die sich die Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation erhöht.

558. BGH 3 StR 488/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Wuppertal)

Kein Raub bei bloßem Ausnutzen der Angst des Opfers vor erneuter Gewaltausübung (hilflose Lage; konkludente Drohung; bestimmtes Verhalten; hilflose Lage).

§ 249 StGB

Es genügt zur Bejahung des § 249 StGB, wenn die zunächst zu anderen Zwecken begonnene Gewaltausübung beim Fassen des Wegnahmevorsatzes fortgesetzt wird. Jedoch enthält das bloße Ausnutzen der Angst des Opfers vor erneuter Gewaltausübung für sich genommen noch keine Drohung. Erforderlich hierfür ist, dass der Täter die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht. Das bloße Ausnutzen der Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers mag sich als das Ausnutzen einer hilflosen Lage darstellen, die vom Gesetzgeber indes ausschließlich in § 177 Abs. 5 StGB neben Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zu einem selbstständigen tatbestandlichen Nötigungsmittel erhoben wurde.

539. BGH 4 StR 609/16 – Beschluss vom 27. April 2017 (LG Bochum)

Diebstahl (Zueignungsabsicht hinsichtlich des Inhaltes geschlossener Behältnisse; fehlgeschlagener Versuch).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB

1. Will sich der Täter nicht das Behältnis, sondern in der Hoffnung auf möglichst große Beute allein dessen vermuteten Inhalt aneignen, fehlt es hinsichtlich des Behältnisses am Zueignungswillen zum Zeitpunkt der Wegnahme.

2. Hat der Angeklagte hinsichtlich des tatsächlichen Inhalts keine Zueignungsabsicht, liegt insoweit lediglich ein – aus Sicht des Täters fehlgeschlagener – Versuch des Diebstahls vor.

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

519. BGH 2 StR 9/17 – Beschluss vom 27. April 2017 (LG Frankfurt am Main)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Berücksichtigung der Erledigung einer Sperrfrist infolge Zeitablaufs; entscheidungserheblicher Zeitpunkt); Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Beschwer des Angeklagten durch Beginn der Sperrfrist).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 69a Abs. 5 Satz 1 StGB

1. Wenn bei einer Gesamtstrafenbildung ein Urteil einzubeziehen ist, das unter anderem auf Entziehung der Fahrerlaubnis und Anordnung einer Sperrfrist erkannt hat, ist zu prüfen, ob sich die Sperrfrist infolge Zeitablaufs erledigt hat.

2. Sollte sich die Sperrfrist infolge des Zeitablaufs erledigt haben, so ist lediglich die Entziehung der Fahrerlaubnis, nicht aber die Sperrfrist aufrechtzuerhalten. Bei Zurückverweisung einer Sache durch das Revisionsgericht kommt es aber auf die Sachlage zum Zeitpunkt des ersten tatrichterlichen Urteils an; eine nach Erlass des ersten tatrichterlichen Urteils eingetretene Erledigung einer Strafe steht ihrer Einbeziehung im Sinne des nicht entgegen; dies hat entsprechend für eine nach Erlass des ersten tatrichterlichen Urteils eingetretene Erledigung der Maßregel zu gelten.

3. Der Angeklagte kann durch die Anordnung einer neuen Sperrfrist beschwert sein, obwohl das Tatgericht bei Verhängung einer Sperre das Verbot der reformatio in peius berücksichtigt. Denn der Nachteil, der dem Angeklagten aus dieser Entscheidung erwachsen ist, kann darin liegen, dass eine Sperre mit der Rechtskraft des Urteils beginnt, während der Lauf der neu festzusetzenden einheitlichen Sperrfrist schon mit der Rechtskraft der früheren Entscheidung beginnt.

514. BGH 1 StR 576/16 – Urteil vom 9. Mai 2017 (LG München I)

Täter-Opfer-Ausgleich (Wiedergutmachung und ernsthafter Wiedergutmachungswille).

§ 46a Nr. 1 StGB

1. Ein Täter-Opfer-Ausgleich setzt voraus, dass der Täter in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder dieses Ziel jedenfalls ernsthaft erstrebt hat. Dies erfordert grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer, bei dem das Bemühen des Täters Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein und das Opfer die Leistung des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptieren muss. Die Wiedergutmachung muss auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet sein.

2. Ein Angeklagter kann im Rahmen seines Geständnisses die Verantwortung für die Tat uneingeschränkt übernehmen, selbst wenn er keine konkrete Erinnerung an das unmittelbare Tatgeschehen hat.

3. Die Zahlung eines Geldbetrages, der zwar objektiv nicht hoch genug ist, um ihn als überwiegende Wiedergutmachung des immateriellen Schadens anzusehen, kann dennoch als ernsthaftes Erstreben einer Wiedergutmachung bewertet werden, wenn der Betrag gemessen an den finanziellen Möglichkeiten des Angeklagten eine ganz erhebliche Leistung darstellt, die den Wiedergutmachungswillen belegt.

492. BGH 1 StR 621/16 – Urteil vom 5. April 2017 (LG Aschaffenburg)

Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten: erforderliche Gesamtbetrachtung, zeitliche Verteilung der Straftaten).

§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB

Von besonderer Bedeutung für die Annahme eines Hangs im Sinne von § 66 StGB ist die zeitliche Verteilung der Straftaten, wobei längere straffreie Zeiträume zwar im Grundsatz, aber nicht zwingend gegen einen Hang sprechen. Dessen Annahme bedarf in derartigen Fällen besonders eingehender Begründung.

510. BGH 4 StR 574/16 – Beschluss vom 30. März 2017 (LG Halle)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorrang vor der Zurückstellung der Vollstreckung der erkannten Freiheitsstrafe wegen Behandlung einer Betäubungsmittelabhängigkeit).

§ 64 StGB; § 35 Abs. 1 BtMG

Die Unterbringung nach § 64 StGB geht der Zurückstellung der Vollstreckung der erkannten Gesamtfreiheitsstrafe gemäß § 35 BtMG vor; von der Anordnung der Unterbringung darf daher nicht abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist (st. Rspr.).

595. BGH 5 StR 572/16 – Urteil vom 26. April 2017 (LG Leipzig)

Sicherungsverwahrung (Unerheblichkeit der Ursache für die Annahme eines Hanges; Gefährlichkeitsprognose; Vergangenheitsbetrachtung; Erheblichkeit der Taten; Raubdelikte; Weitergeltungsanordnung; keine strikte Verhältnismäßigkeit nach neuem Recht).

§ 66 StGB

Mit der Schaffung des § 66c StGB durch das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I 2425) wurde verfassungsrechtlichen Bedenken

(vgl. BVerfG HRRS 2011 Nr. 488) Rechnung getragen, die sich ausdrücklich auf die Ausgestaltung der Unterbringung der Sicherungsverwahrung und den vorhergehenden Strafvollzug, nicht aber auf die formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 66 StGB bezogen. Damit ist der Grund für eine über den Geset-

zeswortlaut hinausgehende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Sicherungsverwahrung entfallen. Nach Inkrafttreten des genannten Gesetzes bestehen gegen die Gültigkeit und die Verfassungsmäßigkeit von § 66 Abs. 1 StGB aus Sicht des Senats keine Bedenken mehr.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

544. BGH 3 StR 230/16 – Beschluss vom 1. Dezember 2016 (LG Hannover)

BGHR; Wiederaufnahme der Klage auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel (Nova; Überprüfung des zweiten Eröffnungsbeschlusses durch das Revisionsgericht; Beurteilungsgrundlage; zum Zeitpunkt der Eröffnung vorliegender Akteninhalt; Berücksichtigung eines Beweisverwertungsverbots unabhängig vom Verwertungswiderspruch; Umfang der Bindung des Revisionsgerichts bei der Prüfung der besonderen Prozessvoraussetzungen).

§ 136a StPO; § 211 StPO

1. Ob die Klage im Sinne des § 211 StPO auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel (sog. Nova) wiederaufgenommen werden durfte, überprüft das Revisionsgericht als besondere Prozessvoraussetzung auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens vorliegenden Akteninhalts. (BGHR)

2. Bestand bei Eröffnung hiernach bezüglich der Nova ein Beweisverwertungsverbot, so ist dies im Revisionsverfahren ebenso wie im Eröffnungs- und Hauptverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen; eines Verwertungswiderspruchs des Angeklagten bedarf es nicht. (BGHR)

3. Allein die Entgegennahme von belastenden Informationen durch die Ermittlungsbehörden, die ein Zeuge durch Täuschung des Beschuldigten erlangt hat, führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Eine Pflicht, dies zu unterbinden, trifft die Ermittlungsbehörden grundsätzlich nicht. (BGHR)

4. Gemäß der den Senat bindenden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BVerfG HRRS 2005 Nr. 133) ist § 210 Abs. 1 StPO dahin einschränkend auszulegen, dass in dessen Anwendungsbereich der Fall der Eröffnung des Hauptverfahrens bei vorausgegangener rechtskräftiger Nichteröffnung nach § 211 StPO nicht einbezogen ist. Vielmehr ist der Eröffnungsbeschluss in dem Zweitverfahren mit der einfachen Beschwerde anfechtbar, um die verfassungsrechtlich gebotene zeitnahe justizförmige Überprüfung der Nova zu gewährleisten. Im Revisionsverfahren steht § 336 S. 2 StPO deshalb einer Überprüfung des erneuten Eröffnungsbeschlusses nicht entgegen. (Bearbeiter)

5. Bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts im Rahmen der Eröffnungsentscheidung sind mögliche Beweisverwertungsverbote zu berücksichtigen, weil für die Verurteilungswahrscheinlichkeit nicht nur der materielle Verdachtsgrad, sondern auch die tatsächliche Beweisbarkeitsprognose gegeben sein muss. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass Verwertungsverbote bereits durch den jeweiligen Gesetzesverstoß, nicht erst durch ein Untätigbleiben in der Hauptverhandlung begründet werden und bei der Eröffnungsentscheidung unabhängig von einer Beanstandung durch den Angeschuldigten von Amts wegen zu beachten sind. (Bearbeiter)

591. BGH 5 StR 493/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Bremen)

Transparenz und Mitteilungspflichten bei verständigungsbezogenen Gesprächen (kein zweites „Negativattest“ während der Hauptverhandlung; Anforderungen an den Vortrag des Revisionsführers; unverbindliches verfahrensförderndes Gespräch; Hinweis auf Geständnis); Prüfung der Härtefallvorschrift beim Verfall nur bei vorhandenen Anzeichen erforderlich.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 73c StGB

1. Nur zu Beginn der Hauptverhandlung ist die Auskunft nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO gegebenenfalls auch darüber zu erteilen, dass *keine* derartigen Gespräche stattgefunden haben (sog. „Negativattest“). Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung ist erneut eine Mitteilung zu machen, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben (§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO). Daraus folgt, dass eine weitere Mitteilung lediglich dann erfolgen muss, sobald verständigungsbezogene Gespräche stattgefunden haben.

2. Um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob verständigungsbezogene – und damit eine Unterrichtungspflicht auslösende – Gespräche stattgefunden haben, muss der Revisionsführer Tatsachen zum Inhalt der Erörterungen vortragen. Erforderlich ist die bestimmte Behauptung von Tatsachen, die eine Überprüfung dahin gestatten, ob dabei ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in einen Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht wurden,

damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Strafverurteilung nahelag und somit die Mitteilungspflicht ausgelöst wurde.

3. Gegenstand eines – die Mitteilungspflicht nicht begründenden – unverbindlichen sonstigen verfahrensfördernden Gesprächs kann insbesondere der in einem Rechtsgespräch erteilte Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses sein.

503. BGH 2 StR 454/16 – Urteil vom 12. April 2017 (LG Stralsund)

Verwertungsverbot für aus dem Bundeszentralregister getilgte Vorverurteilungen (Anwendbarkeit bei der Anordnung von Maßregeln; Ausnahmen); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit: Unbeachtlichkeit weiterer Behandlungsmöglichkeiten)

§ 51 Abs. 1 BZRG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG; § 63 StGB; § 62 StGB

1. Das Verwertungsverbot gemäß § 51 Abs. 1 BZRG gilt prinzipiell auch bei der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung. Nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG darf eine frühere Tat abweichend von § 51 Abs. 1 BZRG bei der Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB berücksichtigt werden, wenn in einem neuen Strafverfahren ein Gutachten über den Geisteszustand des Betroffenen zu erstatten ist und die Umstände der früheren Tat dafür von Bedeutung sind.

2. Die Anordnung der Unterbringung wird grundsätzlich nicht durch die Möglichkeit minder einschneidender Maßnahmen außerhalb des Bereichs der strafrechtlichen Maßregeln gehindert. Bei den freiheitsentziehenden Maßregeln gilt das Subsidiaritätsprinzip nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein für die Frage der Vollstreckung (vgl. BGH NStZ 2009, 260, 261).

3. Daher ist es für die Entscheidung über die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus unerheblich, ob die von dem Angeklagten ausgehende Gefahr für die Allgemeinheit durch eine konsequente medizinische Behandlung abgewendet werden könnte. Auch die Überwachung der Medikation oder die Bestellung eines Betreuers, eines Bewährungshelfers sowie die Erteilung von Bewährungsaufgaben und Weisungen, die allein die Aussetzung der Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe betreffen, sind insoweit ohne Belang. Solche Maßnahmen erlangen erst für die Frage Bedeutung, ob die Vollziehung der Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

573. BGH 5 StR 73/17 – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Dresden)

Verständigungsbezogene Belehrungspflicht (Zeitpunkt der Belehrung; Nachholung; qualifizierte Belehrung; Bedeutung der Belehrungspflicht; Fairness).

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO

Mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens ist eine Verständigung regelmäßig nur dann zu vereinbaren, wenn der Angeklagte vor ihrem Zustandekommen über deren

nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht belehrt worden ist. Die Heilung einer fehlenden Belehrung erfordert eine rechtsfehlerfreie Wiederholung des von dem Verfahrensfehler betroffenen Verfahrensschnitts. Das erfordert einen ausdrücklichen Hinweis auf den Fehler und auf die daraus folgende gänzliche Unverbindlichkeit der Zustimmung des Angeklagten sowie eine Nachholung der versäumten Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO und die erneute Einholung einer nunmehr verbindlichen Zustimmungserklärung.

528. BGH 2 StR 595/16 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Bonn)

Urteilsgründe (widersprüchliche Darstellung strafbaren Verhaltens); Untersuchungsgrundsatz (Erforschung des Sachverhalts bei Geständnis).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO

1. Eine Verurteilung wird von den Feststellungen nicht getragen, wenn die Darstellung des strafbaren Verhaltens widersprüchlich ist und deshalb unklar bleibt, welche Tatsachen das Gericht aufgrund der Hauptverhandlung für erwiesen hält und welchen Sachverhalt es seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt hat.

2. Die aus dem Schuldprinzip folgende Verpflichtung der Strafgerichte, von Amts wegen den wahren Sachverhalt zu erforschen, gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte geständig gezeigt hat.

502. BGH 2 StR 409/16 – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Aachen)

Anklageschrift (erforderliche Konkretisierung der verfahrensgegenständlichen Tat: Angaben zur Tatzeit und Tatort); tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussagegegen-Aussage-Konstellationen: Darstellung im Urteil).

§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 264 StPO

Die Anklageschrift hat die Aufgabe, den Verfahrensgegenstand zu kennzeichnen (vgl. BGHSt 40, 44, 45). § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO nennt Tatzeit und Tatort als Konkretisierungsmerkmale; jedoch stehen diese Merkmale nicht allein. Andere Umstände, insbesondere Einzelheiten der Tatbegehung, dienen ebenfalls der Tatkonkretisierung. Tatzeit und Tatort als Umgrenzungsmerkmale können dadurch ergänzt oder ersetzt werden. Ihr Fehlen oder ihre Unbestimmtheit ist nicht schon für sich genommen ein wesentlicher Anklagemangel. Maßgeblich ist vielmehr, ob der historische Geschehensablauf mit der Gesamtheit der mitgeteilten Umgrenzungsmerkmale noch ausreichend gekennzeichnet ist.

590. BGH 5 StR 445/16 – Urteil vom 26. April 2017 (LG Saarbrücken)

Pflicht zur erschöpfenden Würdigung des Verfahrensstoffs (Ausschöpfungsgebot; Erkennbarkeit aus den Urteilsgründen; freisprechendes Urteil; kein stillschweigendes Übergehen relevanter Beweistatsachen; umfassende Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

Aus dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) folgt mit dem Ausschöpfungsgebot

die Verpflichtung des erkennenden Gerichts, den gesamten beigebrachten Verfahrensstoff erschöpfend zu würdigen. In den schriftlichen Urteilsgründen muss es dies – auch bei freisprechenden Urteilen – erkennen lassen. Umstände, die geeignet sind, die gerichtliche Entscheidung wesentlich zu beeinflussen, dürfen nicht stillschweigend übergangen werden, sondern müssen in eine umfassende Gesamtwürdigung einbezogen werden.

592. BGH 5 StR 493/16 – Beschluss vom 10. April 2017

Keine Erstreckung des Akteneinsichtsrecht auf das „Senatsheft“.
§ 147 StPO

Das sog. „Senatsheft“ stellt eine rein interne Arbeitsgrundlage dar. Abgesehen von Notizen, Bearbeitungshinweisen und Ähnlichem von Senatsmitgliedern, auf die sich ein Akteneinsichtsrecht ohnehin nicht beziehen kann, befinden sich im „Senatsheft“ ausschließlich Vorgänge, die im Original oder in Ablichtung auch in den Sachakten enthalten sind oder die zu den Sachakten gelangen. Ein Bedürfnis für ein gesondertes Akteneinsichtsrecht besteht deshalb nicht (vgl. bereits BGH HRRS 2014 Nr. 268).

550. BGH 3 StR 71/17 – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Oldenburg)

Abladung nicht präsenter Zeugen kein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung.
§ 338 Nr. 5 StPO; § 245 StPO

Das in der Hauptverhandlung erklärte Einverständnis mit der Abladung nicht präsenter Zeugen entfaltet keine Rechtswirkungen, die denjenigen einer Erklärung im Sinne des § 245 Abs. 1 StPO vergleichbar und damit im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO als wesentlicher Teil der Hauptverhandlung anzusehen sind.

541. BGH 4 StR 645/16 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Bielefeld)

Recht des letzten Wortes (Äußerung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter; relativer Revisionsgrund).
§ 67 Abs. 1 JGG; § 258 Abs. 2 und 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern ist in allen Fällen Gelegenheit zur Äußerung zu geben, in denen der noch nicht volljährige Angeklagte ein Recht darauf hat. Wird dem am Schluss der Beweisaufnahme anwesenden gesetzlichen Vertreter nicht von Amts wegen das letzte Wort erteilt, liegt darin ein Verstoß gegen das Recht des letzten Wortes.

2. Ein Verstoß gegen das Recht des letzten Wortes ist nicht als absoluter Revisionsgrund ausgestaltet. Er führt deshalb nur insoweit zur Aufhebung eines Urteils, als dieses auf dem Fehler beruht. Dabei reicht die bloße Möglichkeit eines Beruhens aus. An einer solchen Möglichkeit fehlt es, wenn nach den Umständen des Einzelfalls mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass sich die Entscheidungsgrundlage bei einer dem Gesetz

entsprechenden Verfahrensweise verändert hätte und das Urteil deshalb anders ausgefallen wäre.

516. BGH 1 StR 91/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Traunstein)

Voraussetzungen der Einziehung (Einziehung nur in Strafverfahren gegen Eigentümer).
§ 74 Abs. 1 und 2 Nr. 1 StGB

Ob eine Einziehung nur in dem Strafverfahren angeordnet werden kann, das gegen den tatbeteiligten Eigentümer geführt wird und inwieweit dies auf Revision des von der Einziehung nicht betroffenen Angeklagten der revisionsrechtlichen Prüfung unterliegt, bedarf im Hinblick auf die Verfahrensbeschränkung keiner Entscheidung.

578. BGH 5 StR 81/17 (alt: 5 StR 367/15) – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Potsdam)

Umfang der Bindungswirkung nach Aufhebung eines Urteils im Strafausspruch (Feststellungen; Schuldfrage; doppelrelevante Umstände; Zugehörigkeit der Feststellungen zur verminderten Schuldfähigkeit zum Rechtsfolgenausspruch).
§ 353 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

1. Hebt das Revisionsgericht ein Urteil in Anwendung des § 353 Abs. 2 StPO im Strafausspruch mit den (zugehörigen) Feststellungen auf, so bezieht sich diese Aufhebung auf solche Umstände tatrichterlicher Sachverhaltsfeststellung, die ausschließlich die Straffrage betreffen. Feststellungen, die ausschließlich die Schuldfrage betreffen, und solche, die als doppelrelevante Umstände zugleich für Schuld- und Straffrage von Bedeutung sind, bleiben aufrechterhalten und sind für das weitere Verfahren bindend.

2. Zum Rechtsfolgenausspruch zählen jedoch die Feststellungen zur Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten. Daher bezieht sich die Aufhebung des Strafausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen auch auf die Feststellungen und die Entscheidung des früheren Tatgerichts zur Frage einer verminderten Schuldfähigkeit des Täters im Sinne von § 21 StGB.

540. BGH 4 StR 615/16 – Beschluss vom 11. April 2017 (LG Essen)

Aufhebung des Urteils (deklaratorische Aufhebung).
§ 353 Abs. 1 StPO

Für eine deklaratorische Aufhebung eines „zweiten Urteils“ ist kein Raum, wenn sich aus dem im Hauptverhandlungsprotokoll dokumentierten Verfahrensablauf ergibt, dass die Strafkammer nicht zwei unterschiedliche Urteile erlassen, sondern ein und dasselbe Urteil lediglich zweimal verkündet hat.

567. BGH 3 StR 546/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Wuppertal)

Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen (hier fehlender Adhäsionsantrag) bei vertikaler und horizontaler Teilrechtskraft.
§ 337 StPO; § 344 StPO; § 352 StPO; § 404 StPO; § 406 StPO

1. Wenn im Verfahren wegen einer oder mehrerer Taten nur einzelne Bestandteile des Urteils, etwa der Strafausspruch, angefochten werden (sog. horizontale Teilrechtskraft), sind Verfahrensvoraussetzungen stets zu prüfen; denn sie betreffen unmittelbar auch die angefochtenen Bestandteile. Wenn im Verfahren wegen mehrerer Taten das Rechtsmittel auf die Verurteilung wegen einzelner Taten beschränkt wird (sog. vertikale Teilrechtskraft), ist danach zu differenzieren, ob die Einzelstrafen, gegen die sich die Revision wendet, mit den rechtskräftigen Einzelstrafen auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen waren.

2. In dem zweiten (Regel-)Fall ist durch die Beschränkung des Rechtsmittels auch hinsichtlich der von ihm ausgenommenen Taten insoweit keine Rechtskraft eingetreten, als die Gesamtstrafe in Frage steht, so dass Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen sind. Hatte das Tatgericht eine solche Gesamtstrafe indes nicht zu bilden, wirkt sich das Fehlen einer Verfahrensvoraussetzung, soweit Rechtskraft eingetreten ist, nicht mehr aus. Das Fehlen der Verfahrensvoraussetzung einer wirksamen Adhäsionsantragstellung ist daher nicht mehr zu prüfen, wenn die Adhäsionsentscheidung in Rechtskraft erwachsen ist.

553. BGH 3 StR 404/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Verden)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Behauptung weiterer Straftaten; Auswirkungen auf die Glaubhaftigkeit der Aussage der Belastungszeugin; Erörterungsbedürftigkeit).

§ 261 StPO

Es ist im Rahmen einer sachlich-rechtlich fehlerfreien Beweiswürdigung generell erforderlich, dass das Tatgericht alle Umstände, die geeignet sind, seine Entscheidung zu beeinflussen, erkennt und in seine Überlegungen miteinbezieht. Das ist aber insbesondere dann unabdingbar, wenn der Tatrichter seine Feststellungen zum Tatkerngeschehen allein auf die Angaben des (vermeintlichen) Tatopfers stützt und daher seine Urteilsfindung maßgeblich von der Beantwortung der Frage abhängt, ob diesem zu glauben ist oder nicht. Hat der einzige Belastungszeuge zudem weitere Straftaten behauptet, von denen sich das Gericht nicht zu überzeugen vermag, so bedarf die Auswirkung auf die Glaubhaftigkeit der weiteren Aussagen näherer Erörterung.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

508. BGH 4 StR 299/16 – Beschluss vom 10. April 2017 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Anordnung des Verfalls bei Ordnungswidrigkeiten (Erlangtes bei einem nur teilweise gegen deutsches Rechts verstoßenden Vorgang: hier: internationaler Transport bei teilweisem Verstoß gegen das Sonntagsfahrverbot, erforderliche Kausalbeziehung zwischen bußgeldbewehrter Handlung und erlangtem Vorteil, keine Begrenzung durch Territorialprinzip und mögliche weitere Abschöpfung in anderen Staaten; Erlangtes bei repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt).

§ 29a OWiG; § 30 Abs. 3 StVO; § 5 OWiG; § 7 OWiG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Bei einem unter Verstoß gegen deutsche Straßenverkehrsvorschriften durchgeführten internationalen Transport kann – bei Vorliegen der sonstigen hierfür erforderlichen Voraussetzungen nach § 29a OWiG – der Verfall in Höhe des gesamten Transportlohns angeordnet werden. (BGHSt)

2. Nach § 29a OWiG kann der Verfall eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden, die dem Wert des Erlangten entspricht. Maßgeblich ist daher die Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes des Vorteils, welcher dem Täter infolge der mit Geldbuße bedrohten Handlung zugeflossen ist. Dabei muss – entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift („dadurch“) – eine unmittelbare Kau-

salbeziehung zwischen bußgeldbewehrter Handlung und erlangtem Vorteil bestehen; die hieran anknüpfende Abschöpfung hat spiegelbildlich dem Vermögensvorteil zu entsprechen, welcher aus der Begehung der mit Bußgeld bedrohten Handlung gezogen wurde. Bei einem internationalen Transport wird eine solche unmittelbare Kausalbeziehung zwischen der mit Bußgeld bedrohten Handlung und dem wirtschaftlichen Vorteil des gesamten Transportlohns nicht dadurch in Frage gestellt, dass nur auf einem Teilstück der Transportstrecke gegen Straßenverkehrsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland verstoßen wird. (Bearbeiter)

3. Zwar stellt nicht der (Gesamt-)Transport als solcher die mit Bußgeld bedrohte Handlung im Sinne von § 29a OWiG dar, sondern Anknüpfungspunkt des Verfalls ist nur der jeweilige Verstoß gegen deutsche Straßenverkehrsvorschriften. Dies steht der unmittelbaren Kausalbeziehung zwischen einem entsprechenden Verstoß und der Erlangung des gesamten Transportlohns jedoch nicht entgegen. Vielmehr besteht eine Ursächlichkeit auch dann, wenn mehrere Handlungen einen Erfolg erst durch ihr Zusammenwirken – kumulativ – herbeiführen. Ist daher die Begehung der Verkehrsordnungswidrigkeit *conditio sine qua non* für den entstandenen Vermögensvorteil, wurde dieser aus der mit Bußgeld bedrohten Handlung „gezogen“ und kann demnach abgeschöpft werden. Eine spiegelbildliche Entsprechung muss gerade nicht zwischen bußgeldbewehrter Handlung und Vermö-

gensvorteil bestehen, sondern nur zwischen dem gezogenen Vermögensvorteil und dem abgeschöpften Betrag. (Bearbeiter)

4. Die Anordnung des Verfalls für den gesamten Transportlohn verstößt nicht gegen das Territorialitätsprinzip nach § 5 OWiG. Diese Vorschrift eröffnet in Verbindung mit § 7 OWiG lediglich in räumlicher Hinsicht den Anwendungsbereich des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, hat jedoch keine materielle Aussagekraft über die Bestimmung des Erlangten im Rahmen des Verfalls nach § 29a OWiG. Die Vorschrift des § 5 OWiG ist vielmehr dem materiellen Recht vorgeschaltet. (Bearbeiter)

5. Ebenso wenig ist die bloße Möglichkeit einer mehrfachen Abschöpfung des Transportlohns in verschiedenen Ländern geeignet, den Begriff des Erlangten nach § 29a OWiG inhaltlich zu bestimmen oder den Anwendungsbereich der Vorschrift materiell zu begrenzen. Sollte eine mehrfache Abschöpfung in Rede stehen, kann diesem Umstand jedenfalls unter Opportunitätsgesichtspunkten im Rahmen des nach § 29a OWiG ausübenden Ermessens Rechnung getragen werden. (Bearbeiter)

6. Bei einem Verstoß gegen ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt kommen die ersparten Kosten des Genehmigungsverfahrens grundsätzlich nicht als erlangtes Etwas in Betracht, da das bußgeldbewehrte Verhalten ohne tatsächlich erteilte Genehmigung nicht nur formell, sondern materiell rechtswidrig ist und die hypothetische Ermessensausübung der Verwaltungsbehörde nicht im Bußgeldverfahren ersetzt werden kann. (Bearbeiter)

489. BGH 1 StR 505/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Stade)

Steuerhinterziehung (Berechnung des Steuerschadens: Möglichkeit der pauschalen Schätzung auf Grundlage der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen, Darstellung im Urteil).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Im Strafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn zwar feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, die tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss sind (st. Rspr.).

2. Ist eine konkrete Berechnung der Umsätze und Gewinne nicht möglich und kommen ausgehend von der vorhandenen Tatsachenbasis andere Schätzungsmethoden nicht in Betracht, darf das Tatgericht die Besteuerungsgrundlagen gestützt auf die Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen pauschal schätzen (vgl. BGH NZWiSt 2016, 354). Da es sich bei der Anwendung der Richtsätze aber um ein eher grobes Schätzungsverfahren handelt, müssen auch bei dieser Schätzungsmethode die festgestellten Umstände des Einzelfalls in den Blick genommen werden.

3. Deshalb muss sich das Tatgericht bei der Beweiswürdigung zum Rohgewinnaufschlagsatz zwar einerseits nicht zugunsten eines Angeklagten an den unteren Werten der in der Richtsatzsammlung genannten Spannen orientieren, wenn sich Anhaltspunkte für eine positivere

Ertragslage ergeben (vgl. BGH NStZ 2014, 337). Soweit Zweifel verbleiben, darf das Tatgericht aber andererseits auch nicht ohne Weiteres einen als wahrscheinlich angesehenen Wert aus der Richtsatzsammlung zugrunde legen, sondern muss einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang feststellen (vgl. BGH NStZ 2016, 728). Auch bei Zugrundelegung des Mittelsatzes aus der amtlichen Richtsatzsammlung muss das Tatgericht daher in den Urteilsgründen ausführen, aufgrund welcher Anknüpfungstatsachen es davon überzeugt ist, dass es sich um einen Betrieb handelt, bei dem jedenfalls dieser Mittelsatz erreicht ist.

4. Wenn der Tatrichter seine Überzeugung aufgrund eigener Schätzung bildet, muss er in diesem Fall in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen, dass keine konkretere und damit genauere Schätzungsmethode zur Verfügung steht als die pauschale Heranziehung der Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen (vgl. BGH NStZ 2016, 728).

520. BGH 2 StR 375/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG Frankfurt am Main)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der Beitragssätze zur Sozialversicherung; Feststellungen zur Berechnung eines fiktiven Bruttoarbeitsentgelts); Verbot der Schlechterstellung (Kompensationsentscheidung).

§ 266a Abs. 1 und 2 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Bei Straftaten des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach müssen für jeden Fälligkeitszeitpunkt die Höhe der zu zahlenden Arbeitsentgelte und des Beitragssatzes der jeweils zuständigen Krankenkasse angegeben werden, weil sich die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkasse sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung errechnet.

2. War ein Teil der Arbeitnehmer mit einem geringeren als dem tatsächlich gezahlten Lohn gemeldet und ist deshalb – anders als bei vollständig illegalen Beschäftigungsverhältnissen – davon auszugehen, dass die Arbeitnehmer dem Angeklagten ihre Lohnsteuerkarte vorgelegt haben, muss die Strafkammer angeben, welche Lohnsteuerklassen sie bei der Berechnung des fiktiven Bruttoarbeitsentgelts jeweils zugrunde gelegt hat.

3. Nach der Aufhebung einer Kompensationsentscheidung hat der neue Tatrichter das Verschlechterungsverbot zu beachten.

531. BGH 4 StR 252/16 – Beschluss vom 11. April 2017 (LG Paderborn)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Veruntreuung: rechtliche Pflicht zur Abführung, tatbestandlicher Schutzzumfang).

§ 266a Abs. 3 StGB

1. Die Strafvorschrift des Veruntreuens von Arbeitsentgelt, mit welcher der Gesetzgeber treuwidrige Verhaltensweisen des Arbeitgebers im Grenzbereich von Betrug und Untreue erfassen, stellt das heimliche Nichtabführen

von einbehaltenen Teilen des dem Arbeitnehmer zustehenden Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber unter Strafe. Erforderlich ist eine den Arbeitgeber treffende rechtliche Verpflichtung zur Abführung von Entgeltteilen des Arbeitnehmers an Dritte, die sich neben gesetzlichen Regelungen auch aus vertraglichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben kann.

2. Tatbestandlich geschützt sind ausschließlich Bestandteile des dem Arbeitnehmer zustehenden Entgelts. Zahlungen, die der Arbeitgeber aufgrund einer eigenen, wenn auch im Interesse der Arbeitnehmer bestehenden Beitragsverpflichtung zu erbringen hat, unterfallen der Strafnorm dagegen nicht.

3. Ob sich die seitens des Arbeitgebers unterbliebene Erbringung vertraglich vereinbarter Leistungen zur Altersvorsorge als Nichterfüllung einer eigenen Beitragsverpflichtung des Arbeitgebers oder als Nichtabführung einbehaltener Entgeltteile des Arbeitnehmers darstellt, beurteilt sich nach dem – gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt der für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen einzel- und tarifvertraglich getroffenen Vereinbarungen.

486. BGH 1 StR 19/17 – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen der Waffe durch einen Gehilfen grundsätzlich nicht ausreichend); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei einem Heranwachsenden (erforderliche Erörterung der Voraussetzungen wegen der Einspurigkeit des Jugendstrafrechts); Mittäterschaft (Voraussetzungen).

§ 40 Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 5 Abs. 3 JGG; § 105 Abs. 1 JGG; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 25 Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegen die Voraussetzungen der Qualifikation aus § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG grundsätzlich nicht vor, wenn lediglich eine als Gehilfe am Grunddelikt strafbar beteiligte Person während des Tatzeitraums eine Schusswaffe oder einen sonstigen Gegenstand mit sich führt, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist. Ausreichend ist allerdings das Mitsichführen eines von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erfassten Gegenstandes durch einen Mittäter des betäubungsmittelrechtlichen Grunddelikts, wenn sich der gemeinsame Tatentschluss auf den Qualifikationstatbestand bezieht (vgl. BGHSt 48, 189, 192 ff.).

2. Wird aus Anlass der Straftat eines Jugendlichen oder Heranwachsenden dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet, so wird gemäß § 5 Abs. 3 JGG – bei Heranwachsenden in Verbindung mit § 105 Abs. 1 JGG – von Jugendstrafe abgesehen, wenn die Maßregelanordnung eine solche Ahndung entbehrlich macht. Die spezifisch jugendstrafrechtliche Regelung ermöglicht es nach dem Verständnis des Bundesgerichtshofs, die im allgemeinen Strafrecht vorgesehene Kumulation von Strafe und freiheitsentziehender Maßregel zu vermeiden und dem Gedanken der Einspurigkeit im Jugendstrafrecht Rechnung zu tragen (vgl. BGHSt 39, 92, 95). Angesichts dessen ist das Tatgericht grundsätz-

lich gehalten, auch bei einem nach Jugendstrafrecht zu beurteilenden Heranwachsenden die Voraussetzungen von § 5 Abs. 3 JGG zu erörtern (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 354 mwN).

496. BGH 2 StR 23/16 – Urteil vom 15. März 2017 (LG Frankfurt a. M.)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Täterschaft des Empfängers der Betäubungsmittel im Inland).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es nicht erforderlich, dass der Täter der Einfuhr von Betäubungsmitteln diese eigenhändig ins Inland verbringt, vielmehr kann auch derjenige, der die Betäubungsmittel nicht selbst nach Deutschland transportiert, (Mit-)Täter der Einfuhr des unmittelbar handelnden Täters sein. Auch der im Inland aufhältige Empfänger von Betäubungsmitteln aus dem Ausland kann wegen täterschaftlicher Einfuhr von Betäubungsmitteln strafbar sein, wenn er sie durch Dritte über die Grenze bringen lässt und dabei mit Täterwillen die Tatbestandsverwirklichung fördernde Beiträge leistet. Hat der Empfänger hingegen keinen Einfluss auf den Einfuhrvorgang und wartet nur darauf, dass der Lieferant ihm die eingeführten Betäubungsmittel bringt, kann er sich zwar im Hinblick auf die Bestellung des Rauschgifts wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln strafbar machen; die bloße Bereitschaft zur Entgegennahme der eingeführten Betäubungsmittel begründet aber weder die Stellung als Mittäter noch als Gehilfe der Einfuhr.

491. BGH 1 StR 587/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Augsburg)

Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe (erforderlicher Aufklärungserfolg); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berausende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; Voraussetzungen).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB

Es steht der Anwendbarkeit von § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG nicht entgegen, wenn der durch die Angaben des Angeklagten – zur Überzeugung des Tatrichters der Sache nach zutreffend – Belastete bisher noch nicht ergriffen werden konnte (vgl. BGH NStZ 2003, 162 f.). Ein Aufklärungserfolg setzt nicht die Verurteilung oder Festnahme des von dem Täter Belasteten voraus, sondern ist schon dann anzunehmen, wenn zur Überzeugung des Gerichts durch seine Angaben, insbesondere eine für Fahndungsmaßnahmen ausreichende Bezeichnung der von ihm belasteten Person, die Voraussetzungen für die erfolgreiche Durchführung eines Strafverfahrens im Falle der Ergreifung geschaffen wurden (vgl. BGH StV 2000, 318).

555. BGH 3 StR 427/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Duisburg)

Konkurrenzverhältnisse im Betäubungsmittelstrafrecht (gleichzeitiger Besitz zum Handel oder zum Eigenkonsum bestimmter Betäubungsmittelmengen; nicht geringe Menge; Aufbewahrung an verschiedenen Orten; Tateinheit; Verklammerung; Erwerb; Besitz; bandenmäßiges Handeltreiben).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 52 StGB

Allein der gleichzeitige Besitz zum Handel bestimmter Betäubungsmittelmengen aus verschiedenen Liefervorgängen ist nicht geeignet, Tateinheit zwischen den selbständigen Taten des Handeltreibens zu begründen. Jedoch stellt der gleichzeitige Besitz verschiedener, zum Eigenkonsum bestimmter Betäubungsmittelmengen nur einen Verstoß gegen das BtMG dar, selbst wenn verschiedene Rauschgiftmengen separat an unterschiedlichen Orten aufbewahrt werden. Der Erwerb der Betäubungsmittel geht in diesen Fällen in dem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auf.

557. BGH 3 StR 487/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Krefeld)

Keine Bewertungseinheit bei verschiedenen Betäubungsmittelmengen allein aufgrund von gleichzeitigem Besitz (ein und derselbe Güterumsatz; einheitlicher Erwerbsvorgang; Vereinigung zu einheitlichem Verkaufsvorrat; Tateinheit bei lediglich gleichzeitigem Verkauf; nicht geringe Menge; Zusammenrechnen von Wirkstoffgehalten).

§ 29 BtMG; § 52 StGB

Allein der gleichzeitige Besitz verschiedener zum Handel treiben bestimmter Mengen Betäubungsmittel aus verschiedenen Liefervorgängen vermag eine Bewertungseinheit nicht zu begründen. Werden Teilmengen aus zwei verschiedenen, zu unterschiedlichen Zeitpunkten erworbenen Rauschgiftmengen gleichzeitig verkauft, liegt aufgrund der teilweisen Identität der tatbestandlichen Ausführungshandlung Tateinheit im Sinne des § 52 StGB vor.

548. BGH 3 StR 5/17 – Urteil vom 6. April 2017 (LG Verden)

Beteiligung und Konkurrenzen beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beifahrer auf einer Kurierfahrt als Gehilfe; täterschaftsbegründender Gestaltungswille; Handlungsspielräume; Bewertungseinheit); Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Strafverfolgung trotz rechtskräftiger Verurteilung (Eignung zur Begründung eines Anfangsverdachts; enger Zusammenhang zwischen bereits abgeurteilten und möglichen anderen Straftaten; drohende Belastung durch Dritte; Schutzzweck der Selbstbelastungsfreiheit).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 55 StPO

1. Die Gefahr einer Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO setzt voraus, dass ein Zeuge Tatsachen bekunden müsste, die geeignet sind, unmittelbar oder auch nur mittelbar den Anfangsverdacht einer von ihm selbst oder von einem Angehörigen (§ 52 Abs. 1 StPO) begangenen Straftat zu begründen oder einen bereits bestehenden Verdacht zu bestärken. Bloße Vermutungen ohne Tatsachengrundlage oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen für die Annahme einer solchen Verfolgungsgefahr nicht aus.

2. Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO besteht grundsätzlich dann nicht mehr, wenn gegen den Zeugen hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, sodass die Strafklage verbraucht ist, oder wenn die Straftat verjährt oder aus anderen Gründen zweifelsfrei ausgeschlossen wäre, dass er für diese noch verfolgt werden könnte.

3. Eine Verfolgungsgefahr ist selbst bei Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung aber dann nicht auszuschließen, wenn zwischen der abgeurteilten Tat und anderen Straftaten, deretwegen der Zeuge noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu der abgeurteilten Tat die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringt. Sofern die Aussage lediglich die Gefahr begründet, dass andere Personen zu einer weitergehenden Belastung veranlasst werden könnten, ist jedoch der Schutzzweck der Selbstbelastungsfreiheit nicht berührt.

4. Wer lediglich als Beifahrer auf einer Kurierfahrt anwesend ist und anschließend die transportierten Betäubungsmittelpäckchen säubert und neu verpackt, verfügt regelmäßig nicht über täterschaftsbegründende Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Vorgangs des Handeltreibens und kommt insofern allenfalls als Teilnehmer (hier: als Gehilfe) der entsprechenden Straftat in Betracht.

493. BGH 1 StR 76/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erforderlichen erzieherischen Einwirkung).

§ 18 Abs. 2 JGG

Auch bei einer wegen der Schwere der Schuld verhängten Jugendstrafe ist gemäß § 18 Abs. 2 JGG die Höhe der Strafe so zu bemessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist. Die Bemessung der Jugendstrafe erfordert von der Jugendkammer, das Gewicht des Tatumrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abzuwägen. Die Urteilsgründe müssen daher in jedem Fall erkennen lassen, dass dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt worden ist (st. Rspr.). Allerdings kommt bei Angeklagten, die zum Zeitpunkt der Verurteilung seit Jahren erwachsen sind, dem Erziehungsgedanken bei der Bestimmung von Art und Dauer einer Sanktion nur noch ein geringes Gewicht zu (vgl. BGH NStZ 2016, 101 f.).

Bestimmtheit und Fehleranfälligkeit von Blankettverweisungen auf europäisches Recht im Marktmissbrauchsrecht

Zugleich Anmerkung zu BGH 5 StR 532/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Hamburg) = HRRS 2017 Nr. 190

Von Wiss. Mit. Katharina Lienert, LL.B., LMU München*

I. Einleitung

Mit dem am 10.1.2017 ergangenen und für die Veröffentlichung in der offiziellen Entscheidungssammlung vorgesehenen Beschluss bestätigt der Fünfte Strafsenat die Verurteilung des Revisionsführers wegen leichtfertigen Marktmissbrauchs und zieht damit einen vorläufigen Schlussstrich unter die Frage des Bestehens einer Ahnungslücke im Bereich des Insider- und Marktmissbrauchsrechts¹ – vorbehaltlich einer Klärung durch das Bundesverfassungsgericht oder den EuGH. Darüber hinaus bejaht er generell die Frage der Bestimmtheit der Tatbestände der Marktmanipulation und des Insiderhandels nach dem 1. FiMaNoG² und widmet sich insofern der Zulässigkeit von Verweisen auf Unionsrecht, einer Grundfrage europäischen Strafrechts, die angesichts der Annexkompetenz in Art. 83 Abs. 2 AEUV in Zukunft immer mehr an Bedeutung erlangen wird³.

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Frank Saliger) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ S. *Rothenfußer* Börsen-Zeitung, Ausgabe 128 v. 7.7.2016, S. 13; *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347; *Rothenfußer/Jäger* NJW 2016, 2689; *Lorenz/Zierden* HRRS 2016, 443; *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801; *Rossi* ZIP 2016, 2437; *Gaede* wistra 2017, 41; „Prozess wegen Insiderhandels gegen Christoph Boehringer“, DAZ.online v. 27.9.2016, abrufbar unter <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/09/27/prozess-wegen-insiderhandels-gegen-christoph-h-boehringer> (zuletzt abgerufen am 26.4.2017).

² Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) v. 30.6.2016, BGBl. I 2016, 1514 v. 1.7.2016.

³ Vgl. zur inhaltlichen Verbindung zwischen Kompetenzverteilung und Verweisungen auf Europarecht *Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 9 Rn. 58; *Rossi*, ZIP 2016, 2437; *Hoven* NSTz 2016, 377, 378.

II. Überblick

Das deutsche Marktmissbrauchsstraf- und -ordnungs-widrigkeitenrecht ist mittels Blankettvorschriften ausgestaltet. Seit dem 1. FiMaNoG⁴ verweisen die Straf- und Bußgeldtatbestände nicht mehr auf die – nunmehr aufgehobenen – Verbotstatbestände des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), sondern direkt auf die Marktmissbrauchsverordnung Nr. 596/2014 (EU)⁵ (MAR). Durch die Neuregelung sollten bezüglich des Inhalts der ausfüllenden Regeln nur in einzelnen Aspekten Änderungen eintreten.⁶ Alle für den vorliegenden Fall relevanten Bußgeld- und Straftatbestände – leichtfertige und vorsätzliche informationsgestützte Marktmanipulation sowie Insiderhandel – finden insofern auch nach neuer Rechtslage ihre Entsprechung.⁷ Schon wenige Tage nach dem Inkrafttreten des 1. FiMaNoG am 2.7.2016⁸ wies jedoch *Rothenfußer* auf eine Abweichung zwischen dem Zeitpunkt dieses Inkrafttretens und dem der unmittelbaren Anwendbarkeit der MAR am 3.7.2016 hin,⁹ der die

⁴ Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) v. 30.6.2016, BGBl. I 2016, 1514 v. 1.7.2016.

⁵ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. EU L 173 v. 12.6.2014, S. 1 ff.

⁶ Zur Neuregelung insgesamt s. *Dolff/Teigelack* BB 2016, 387; *Poelzig* NZG 2016, 528; *dies.* NZG 2016, 492; *Renz/Leibold* CCZ 2016, 157; *de Schmidt* RdF 2016, 4; *Szesny* DB 2016, 1420; *Graßl* DB 2015, 2066; *Seibt/Wollenschläger* AG 2014, 593; *Kert* NZWiSt 2013, 252; *Kiesewetter/Parmentier* BB 2013, 2371; *Schorck/Reichling* StraFo 2012, 125 ff.; *Teigelack* BB 2012, 1361; *Walla* BB 2012, 1358; *Koch/Veil* WM 2011, 2297.

⁷ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 5.

⁸ Art. 17 Abs. 1 1. FiMaNoG.

⁹ Art. 39 Abs. 2 MAR.

denkbar weitreichendste Änderung zur Folge hätte haben können: „An einem Tag“ habe der neue Verweis ins Leere geführt, während die alten Vorschriften schon aufgehoben waren, weshalb das gem. § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG anwendbare mildere Recht nicht etwa das neue Recht, sondern die zwischenzeitlich eingetretene Strafflosigkeit sei.¹⁰ Durch die Anwendung des *lex mitior*-Grundsatzes sei es daher für alle Altfälle zur Strafflosigkeit – einer „Generalamnestie im Kapitalmarktstrafrecht“ – gekommen.¹¹ Der BGH tritt dieser Argumentation entgegen und stellt fest, dass mangels Leerlaufens schon keine Ahnungslücke entstanden ist.

III. Leerlaufen der Verweisung?

1. Zeitpunkt der Anwendbarkeit der MAR

Aus deutscher Perspektive war zunächst klärungsbedürftig, ab wann die MAR anwendbar war.¹² Art. 39 Abs. 1 ordnet nämlich an, dass die Verordnung am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft tritt, was am 2.7.2014, also lange vor dem Inkrafttreten des 1. FiMaNoG gewesen wäre.¹³ Allerdings bestimmt Art. 39 Abs. 2 MAR, dass die Verordnung zum größten Teil erst ab dem 3.7.2016 „Geltung beanspruchte“. Der BGH stellt fest, dass die Anwendbarkeit – anders als in Deutschland, wo Inkrafttreten und Anwendbarkeit regelmäßig zusammenfallen und die Begriffe häufig synonym verwendet werden¹⁴ – erst zum späteren Zeitpunkt, dem der Anordnung der Geltung, eingetreten war. Dieses Auseinanderfallen von Inkrafttreten und Anwendbarkeit sei der speziellen Struktur der Europäischen Union und ihrer Rechtsetzung geschuldet, die nach dem Inkrafttreten, durch das die Verordnung Teil der Rechtsordnung und für die Mitgliedstaaten verbindlich wird, einen Zeitraum für Umsetzungsmaßnahmen der Organe der EU und der Mitgliedstaaten notwendig macht, bevor die Verordnung auch unmittelbar gegenüber den Bürgern ihre Wirkung entfalten kann.¹⁵ Die MAR war daher am 2.7.2016 tatsächlich nicht anwendbar.

2. Möglichkeit einer Verweisung auf noch nicht geltendes Recht

Nach dem BGH hat dies jedoch nicht das Leerlaufen der Vorschriften des WpHG zur Folge. Vielmehr habe der Gesetzgeber durch die Inbezugnahme der MAR die zur Ausfüllung notwendigen Vorschriften in das WpHG einbezogen und dadurch ihre vorzeitige Anwendbarkeit als

nationales Recht angeordnet.¹⁶ Dass der deutsche Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt auf die Sanktionierung des Marktmissbrauchs verzichten wollte, dürfte wohl der einzige Punkt sein, in dem sich alle an der Diskussion Beteiligten einig sind. Ob diese Zielsetzung ausreichte, um eine vorzeitige Anwendbarkeit herbeizuführen, und ob ihre Anordnung überhaupt zulässig war, war in der Literatur jedoch umstritten.¹⁷

Der BGH bejaht dies. Er stellt darauf ab, dass die Technik der Blankettverweisungen allein der sprachlichen Vereinfachung der Gesetzgebung dient, indem auf eine Wiederholung des Wortlauts der einbezogenen Vorschrift in der Blankettvorschrift verzichtet wird.¹⁸ Vor dem Hintergrund dieser Prämisse ist es konsequent, eine Inbezugnahme auch auf nicht geltendes Recht zu ermöglichen.¹⁹ Denn dieses Ziel kann auch dann erreicht werden, wenn die ausfüllende Vorschrift nicht mehr oder noch nicht anwendbar ist, da der Wortlaut der ausfüllenden Norm als solcher von der Geltung nicht abhängt.

Der BGH bejaht die Zulässigkeit auch im Blick auf das Europarecht. Gerade diese war im Schrifttum mit dem Argument bezweifelt worden, dass der nationale Gesetzgeber kein Recht habe, über den Zeitpunkt der Anwendbarkeit europarechtlicher Normen zu entscheiden.²⁰ Die Normen der MAR könnten durch die Bezugnahme im WpHG nicht ihren Charakter als Europarecht verlieren.²¹ Strafvorschriften, die aus deutschen Blanketten und europäischen Verordnungen als Bezugsnormen bestehen, stellen vielmehr gemischte oder „janusköpfige“ Normen dar.²² Im innerdeutschen Kontext ist es allerdings anerkannt, dass die Normen, auf die Bezug genommen wird, regelmäßig zu einem Teil der Blankettnorm werden und als solcher auch deren Rechtsnatur haben.²³ Da die MAR am 2.7.2016 noch nicht anwendbar war und daher zu diesem Zeitpunkt noch keinen Anwendungsvorrang beanspruchen konnte,²⁴ spricht (noch) nichts dagegen, auf die nationalen Grundsätze abzustellen. Der deutsche Gesetzgeber traf daher keine Entscheidung über die Geltung von Europarecht, sondern von nationalem Recht. Es war daher allein entscheidend, ob der Inhalt der Regelung europarechtskonform ist. Die Neuregelung entsprach den zu dem Zeitpunkt noch geltenden europäischen Vorgaben über die Marktmissbrauchsrichtlinie, so

¹⁰ *Rothenfußer* Börsen-Zeitung, Ausgabe 128 v. 7.7.2016, S. 13.

¹¹ *Rothenfußer* Börsen-Zeitung, Ausgabe 128 v. 7.7.2016, S. 13.

¹² S. dazu schon *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2440.

¹³ Vgl. BaFin, „Keine Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktrecht“, Pressemitteilung v. 8.7.2016, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahnungsluecke.html (zuletzt abgerufen am 26.4.2017).

¹⁴ Krit. zur mangelnden Differenzierung *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2439 f.

¹⁵ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 7. S.a. *Saxinger* EuZW 2009, 449, 451 f.

¹⁶ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 8. So schon *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347; *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801. Generell zu Verweisen auf noch nicht geltende Normen s. *Guckelberger* ZG 2004, 62, 68 f. mwN.

¹⁷ *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347; *Rotenfußer/Jäger* NJW 2016, 2689; *Lorenz/Zierden* HRRS 2016, 443; *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801; *Rossi* ZIP 2016, 2437.

¹⁸ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 9. BVerfGE 47, 285, 312.

¹⁹ Vgl. *Guckelberger* ZG 2004, 62, 67 f.

²⁰ *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2442; *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 210.

²¹ *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2442.

²² *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2439, *Satzger*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschell-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 23.

²³ BVerfGE 26, 338, 368; BVerfGE 47, 285, 309 f.; sog. „Inkorporation“, *Guckelberger* ZG 2004, 62, 64; *Haratsch* EuR 2000, 42, 45 f.; *Cornelius* NZWiSt 2014, 173, 174.

²⁴ Vgl. *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801, 1806; *Gaede* wistra 2017, 41, 43; a.A. *Lorenz/Zierden* HRRS 2016, 443, 447; *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2441.

dass ein Verstoß unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt.²⁵ Auch die MAR selbst steht inhaltlich nicht entgegen:²⁶ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die MAR ab Erlass eine Vorwirkung entfaltete, die Regelungen durch die nationalen Gesetzgeber verbietet.²⁷ Es wäre jedoch naheliegender, eine solche wie bei Richtlinien auf Regelungen zu beschränken, die die Erreichung der Ziele des neuen Rechtsakts gefährden.²⁸ Die vorzeitige Anwendung führt jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung, sondern zu der Umsetzung der Ziele. In Bezug auf Richtlinien ist insofern anerkannt, dass Umsetzungsdaten grundsätzlich Mindestdaten sind,²⁹ wobei der BGH bei der Marktmissbrauchs-Strafrechtsrichtlinie (CRIM-MAD)³⁰ darauf abstellt, dass diese in Kenntnis schon bestehender strafrechtlicher Sanktionen ergangen ist.³¹ Es besteht kein Grund, warum für die MAR etwas anderes gelten sollte, auch wenn die Konstellation einer vorzeitigen Geltungsanordnung mangels Umsetzungsverpflichtung bei Verordnungen ungewöhnlich ist. Wenn eine statische Verweisung nichts anderes als eine rein redaktionelle Vereinfachung zur Vermeidung der Wiederholung darstellt und eine dem noch nicht geltenden Europarecht wortgleiche Norm zulässig wäre,³² wäre es ein bloßer Formalismus, die Anordnung einer vorzeitigen Anwendbarkeit mittels statischer Verweisung für unzulässig zu halten.

3. Anordnung der vorzeitigen Anwendbarkeit durch Verweisung

Es stellte sich allerdings die Frage, ob der Gesetzgeber eine solche Anordnung überhaupt getroffen hat, d.h. ob sich der Gesetzgeber des Mechanismus', also dessen bewusst sein musste und war, dass die Anwendbarkeit der MAR gerade nicht aus Europarecht, sondern vorzeitig durch seine eigene Anordnung erfolgte. Es war nämlich in Literatur und Praxis umstritten, ob die Anordnung des Inkrafttretens des 1. FiMaNoG am 2.7.2016 statt am 3.7.2016 ein Versehen³³ darstellte oder ob der Gesetzgeber eine bewusste Entscheidung zur Ausnutzung der „Bestandsschutzklausel“ in Art. 30 Abs. 1 UAbs. 1 MAR

getroffen hat.³⁴ Diese Frage wurde nicht nur unterschiedlich beantwortet, es wurden aus den Antworten auch gegensätzliche Konsequenzen gezogen. Einige Autoren gehen von einer bewussten und zulässigen Entscheidung aus und bemängeln nur die fehlende Transparenz im Entscheidungsprozess.³⁵ Andere nehmen ein Versehen an und schließen daraus, dass die – grundsätzlich zulässige – Anordnung nicht erfolgt ist.³⁶ Teilweise wurde eine Auslegung zugunsten des Willens des deutschen Gesetzgebers auch nur dann für zulässig erachtet, wenn es sich bei der Abweichung um ein Versehen – einen Redaktionsfehler – handelte.³⁷ Wurde die Anordnung einer vorzeitigen Anwendbarkeit durch Verweisung für europarechtswidrig und damit unzulässig erklärt und eine Ausnahme vom *lex mitior*-Grundsatz als Verstoß gegen den Wortlaut abgelehnt, kam es nicht auf den Grund für den Fehler des Gesetzgebers an.³⁸

Der BGH stellt fest, dass die Beantwortung der Frage „unerheblich“ sei, solange die klare Zielvorstellung des Gesetzgebers zu erkennen ist, die Sanktionierung aufrechtzuerhalten.³⁹ Dass er keine wörtliche Anordnung verlangt, sondern darauf abstellt, ob sich ein dementsprechender Wille des Gesetzgebers durch Auslegung der verweisenden Normen ermitteln lässt, entspricht den allgemeinen Grundsätzen. Der Auslegung des BGH steht auch nicht unbedingt der Wortlaut der Vorschrift der §§ 38, 39 WpHG entgegen, die einen Verstoß gegen die MAR verlangen.⁴⁰ Hier führt der BGH aus, dass diese Formulierung eine reine sprachliche Vereinfachung ist, mit dem die Bezeichnung der Verordnung „vor die Klammer gezogen“ wird, um eine Mehrfachnennung der vollen Bezeichnung zu vermeiden, das Abstellen auf einen Verstoß also nicht denklogisch die Geltung der in Bezug genommenen Vorschriften verlangt.⁴¹ Zu bedenken ist allerdings, dass die Bezugnahme auf eine nicht gel-

²⁵ Klöhn/Büttner ZIP 2016, 1801, 1806 f.

²⁶ Klöhn/Büttner ZIP 2016, 1801, 1806; a.A. Lorenz/Zierden HRRS 2016, 443, 447.

²⁷ Vgl. Rossi ZIP 2016, 2437, 2442; Saxinger EuZW 2009, 450 ff.

²⁸ Vgl. Hofmann, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 16 Rn. 7 ff.; EuGH, EuZW 1998, 167 – Inter-Environnement Wallonie; EuGH, EuZW 2004, 279 – Brennerautobahn; EuGH EuZW 2006, 17 – Mangold.

²⁹ Hofmann, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 16 Rn. 7; Marly, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Rn. 5.

³⁰ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation, ABl. 2014 L 173 v. 2.6.2014, S. 179 ff.

³¹ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 25; Klöhn/Büttner ZIP 2016, 1801, 1806.

³² Vgl. Rossi ZIP 2016, 2437, 2442; Klöhn/Büttner ZIP 2016, 1801, 1806.

³³ Darauf deutet die Gesetzgebungsgeschichte hin, s. Bergmann/Vogt wistra 2016, 347; Brand/Hotz NZG 2017, 238, 239; s.a. Rossi ZIP 2016, 2437, 2438.

³⁴ BaFin, „Keine Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktrecht“, Pressemitteilung v. 8.7.2016, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndungsluecke.html (zuletzt abgerufen am 26.4.2017). Dem hat sich mittlerweile der deutsche Gesetzgeber in der Begründung zum Regierungsentwurf des 2. FiMaNoG – offenbar unter dem Einfluss der vorliegenden Entscheidung – angeschlossen (RegE 2. FiMaNoG, BT-Drs. 18/10936, S. 219). Einer nachträglichen – wohl auch ergebnisorientierten – Äußerung kann jedoch nicht die gleiche Bedeutung beigemessen werden wie den Materien zu dem konkreten Gesetz. Zustimmend auch Klöhn/Büttner ZIP 2016, 1801, 1804.

³⁵ Klöhn/Büttner ZIP 2016, 1801; s.a. Bergmann/Vogt wistra 2016, 347, 348 f., die eine Bezugnahme für grundsätzlich möglich, aber teilweise für zu unbestimmt halten.

³⁶ Rotenfußer/Jäger NJW 2016, 2689; Lorenz/Zierden HRRS 2016, 443, 444 f.; Gaede wistra 2017, 41, 43.

³⁷ Sorgenfrei/Saliger in Park, Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 6.1 Rn. 331 gehen insofern wohl davon aus, dass das Leerlaufen selbst bei einer bewussten Entscheidung für das vorzeitige Inkrafttreten eine nicht gewollte Nebenfolge gewesen wäre.

³⁸ Rossi ZIP 2016, 2437, 2438; Bülte/Müller NZG 2017, 205, 207.

³⁹ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 10. Krit. Brand/Hotz NZG 2017, 238, 239.

⁴⁰ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 11.

⁴¹ A.A. Rothenfußer/Jäger NJW 2016, 2689, 2691 f.; Bülte/Müller NZG 2017, 205, 208 f.; Gaede wistra 2017, 41, 43.

tende Norm einen Ausnahmefall darstellt.⁴² Insofern muss der Wille des Gesetzgebers, nicht geltendes Recht in Bezug zu nehmen und ihm damit Geltung zu verleihen, deutlich zu Tage treten.⁴³ Dies wird aber – vor allem in Fällen längerer zeitlicher Abweichungen – nur zu bejahen sein, wenn der Gesetzgeber dessen Anwendung gerade als nationales Recht bewusst wollte und dies transparent dargestellt hat. Man könnte den vorliegenden Fall insofern wegen der Kürze der Zeitspanne des Auseinanderfallens zwar als Sonderfall ansehen. Es wäre allerdings naheliegender gewesen, von einem Versehen des Gesetzgebers auszugehen und das vorliegende Ergebnis daran anknüpfend mittels einer korrigierenden Auslegung zu erzielen, nach der das 1. FiMaNoG erst am 3.7.2016 in Kraft getreten ist.⁴⁴

4. Reichweite der Anordnung und Bestimmtheit der Vorschrift

Die Verweisung muss zudem allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Bei einem Verweis auf Normen des Europarechts bedarf zunächst der Kompetenzaspekt des Bestimmtheitsgebots der Erörterung:⁴⁵ Der deutsche Gesetzgeber muss die wesentlichen Entscheidungen bezüglich der Strafbarkeit treffen,⁴⁶ weshalb bei Verweisen auf Normen, die von einem anderen Normgeber stammen, besondere Anforderungen bestehen. Im Ergebnis überzeugend bejaht der BGH die Einhaltung dieses Grundsatzes, indem er den Verweis als statischen Verweis einstuft.⁴⁷ Er begründet die Einordnung als statischen Verweis damit, dass in §§ 38, 39 WpHG nur auf die Verordnung verwiesen wird, nicht aber wie in § 1 Abs. 1 Nr. 6 lit. e WpHG – Zuständigkeit der BaFin für die Ausführung der MAR – auf die Verordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung.⁴⁸ Er reiht sich damit in die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein, nach der statische Verweise generell als weniger problematisch angesehen werden, da der Inhalt der Norm schon zum Zeitpunkt des Erlasses feststeht und der Gesetzgeber genau weiß, worauf er verweist, den Inhalt sich also zu Eigen macht.⁴⁹

Zunächst ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der BGH stillschweigend auf das deutsche Verfassungsrecht abstellt, ohne zu erörtern, an welchem Maßstab Umsetzungsrecht zu messen ist. Mit der Kompetenz zum Erlass von Vorschriften verschiebt sich auch der Maßstab der

Beurteilung: Das deutsche Verfassungsrecht ist nur innerhalb eines Umsetzungsspielraums maßgeblich, die bindenden europäischen Vorgaben werden am europäischen Primärrecht gemessen.⁵⁰ Auch das Unionsrecht kennt den Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 49 Abs. 1 S. 1 GrCh.⁵¹ Besonderheiten, die der Struktur der Union als Mehrebenensystem geschuldet sind, das Verweise auf europäische Verordnungen geradezu vorzeichnet, dürften allerdings vom EuGH naturgemäß als weniger problematisch eingestuft werden.⁵² Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der BGH ausdrücklich auf die Frage eingegangen wäre, da sich das vorliegende Urteil erstmals mit durch die EU bindend vorgegebenem Strafrecht beschäftigt, sich der Fall also insofern vom Sachverhalt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Rindfleischetikettierungsgesetz⁵³ nicht unerheblich unterscheidet – dort hatte das EU-Recht nur die Schaffung effektiver Durchsetzungsmechanismen gefordert. Im Ergebnis ist ihm jedoch zuzustimmen. Sowohl die MAR (für verwaltungsrechtliche Sanktionen) als auch die CRIM-MAD machen nur Mindestvorgaben im Hinblick auf die Rechtsfolgen, vor allem die Höhe der Sanktionen, so dass für den deutschen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume bestanden.⁵⁴ Diese erstreckten sich – zumindest für den Straftatbestand – auch auf die Wahl zwischen unterschiedlichen Verweisungstechniken und der Bildung eigener strafrechtlicher Begriffe, da selbst die CRIM-MAD nicht direkt auf die MAR verweist.⁵⁵

Unter dem Kompetenzaspekt war daneben in die Frage der Bestimmtheit einzubeziehen, dass die alltäglichen Anpassungen bei Verordnungen zunehmend schon auf europäischer Ebene durch delegierte Rechtsakte vorgenommen werden, also auch bei statischem Verweis auf die MAR ein dynamisches Element vorliegt. Diese Frage bezieht sich zwar nicht auf die konkret entscheidungserheblichen Vorschriften des Insiderhandels und der informationsgestützten Marktmanipulation, da diese direkt in der MAR geregelt sind, sondern wird erst für die anderen Varianten der Marktmanipulation – die handelsgestützte und die sonstige Manipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a, b MAR – relevant, bei denen gem. Art. 12 Abs. 5 MAR die Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte zur Präzisierung und Anpassung der Indikatoren zum Vorliegen einer Marktmanipulation an die aktuellen Entwicklungen ermächtigt wird.⁵⁶ Trotzdem geht der BGH andeutungsweise auf die Frage ein, indem er darauf hin-

⁴² Vgl. BayObLGSt 1992, 121, 124; OLG Hamburg NZV 2007, 372; OLG Stuttgart NJW 1990, 657; OLG Koblenz NStZ 1989, 188; *Cornelius* NZWiSt 2014, 173, 176.

⁴³ Vgl. *Rotenfuß/Jäger* NJW 2016, 2689, 2691.

⁴⁴ *Sorgenfrei/Saliger* in: Park, Kapitalmarktrecht, Kap. 6.1 Rn. 1; *Brand/Hotz* NZG 2017, 238, 239 sprechen zu Recht von einer „reichlich konstruierten“ Herleitung.

⁴⁵ Zur doppelten Funktion des Bestimmtheitsgebots s. statt aller Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, 78. EL 09/2016, Art. 103 Abs. 2 Rn. 178 ff.

⁴⁶ Zur Anwendung dieses Maßstabes auf Verweise auf Europarecht, BVerfG, NJW 2016, 3648.

⁴⁷ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 16; so schon *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801, 1807; *Rothenfuß/Jäger* NJW 2016, 2689, 2691; a.A. *Poelzig* NZG 2016, 528, 537.

⁴⁸ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 16; *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801, 1805.

⁴⁹ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 17.

⁵⁰ S. etwa BVerfG NJW 2016, 3648, 3649.

⁵¹ Zur Bestimmtheit der europäischen Vorgaben s. *Schröder* HRRS 2016, 253, 258 ff. S. allgemein *Gärditz* in: Böse, Europäisches Strafrecht (2013), § 6 Rn. 52ff.

⁵² Aus Sicht des Europarechts würde es sich in **inhaltlich-materieller Weise** um eine sog. Binnen- bzw. **Eigenverweisung**, also eine Verweisung innerhalb des Rechts desselben Gesetzgebers handeln. Eigenverweisungen werden auf deutscher Ebene im Hinblick auf die Kompetenz als unproblematisch gesehen, vgl. *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, 78. Aufl. (2016), Art. 103 Abs. 2 GG, Rn. 207 f.; S. zu den Begriffen *Guckelberger* ZG 2004, 62, 68 f. BVerfG, NJW 2016, 3648.

⁵³ Zur Harmonisierungsniveau s. *Seibt/Wollenschläger* AG 2014, 593, 595; *Veil/Koch* WM 2011, 2297, 2298; *Bator* BKR 2016, 1, 4; *Teigelack* BB 2012, 1361, 1365.

⁵⁴ Vgl. *Bator* BKR 2016, 1, 5 ff. zu verschiedenen Umsetzungsvorschlägen.

⁵⁵ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 21.

weist, dass diese Kompetenzen „lediglich die Erstellung oder Präzisierung von für die Normauslegung erheblichen Indikatoren, nicht aber die Bestimmung von Tatbestandsmerkmalen selbst“ betreffen.⁵⁷ Er stellt also darauf ab, dass die Verordnung, die sich der deutsche Gesetzgeber mittels Verweisung zu Eigen gemacht hat, die wesentlichen Entscheidungen bezüglich der Sanktionierung selbst trifft, da die Beschreibungen der Tathandlungen der Art. 12 Abs. 1 lit. a, b MAR schon innerhalb der Verordnung, nämlich im Anhang, durch Listen von Indikatoren näher bestimmt werden. Diese Listen fanden sich vorher fast wörtlich in der durch die MaKonV umgesetzten EU-Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG, wurden aber – im Hinblick auf die Bestimmtheit des nunmehr unmittelbar anwendbaren aufsichtsrechtlichen europäischen Marktmissbrauchsregimes begrüßenswert – aus dem delegierten Recht direkt in die Verordnung integriert.⁵⁸

Mindestens ebenso problematisch wird die geschilderte Blankettstruktur des Marktmissbrauchsrechts im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit für den Adressaten gesehen, die nicht nur generell, sondern insbesondere seit der Neuregelung wegen der Kombination mehrstufiger Verweisungsketten mit unbestimmten Rechtsbegriffen teilweise scharfer Kritik ausgesetzt ist.⁵⁹ Der BGH bejaht die Bestimmtheit auch unter diesem Aspekt, wobei er maßgeblich auf die Komplexität der tatsächlichen Lebensumstände im Kapitalmarktrecht und die Fachkenntnisse der Adressatenkreise abstellt.⁶⁰ Im Hinblick auf die Verweisungsstruktur stellt er fest, dass es ausreicht, wenn die verweisende Norm die ausfüllende Vorschrift genau bezeichnet, diese problemlos zugänglich ist und ihrerseits den inhaltlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots entspricht. Unter diesen Voraussetzungen seien auch Weiterverweisungen zulässig.

Die Entscheidung fügt sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung ein: Schon nach alter Rechtslage hatte der BGH die verschiedenen Varianten der Marktmanipulation für ausreichend bestimmt erklärt;⁶¹ die unbestimmten Rechtsbegriffe sind durch Literatur und Rechtsprechung weitgehend erschlossen. Dem BGH ist auch zuzugeben, dass die jeweils nächste Norm in der Kette – wie bisher – klar bezeichnet ist und zumindest von Fachleuten gefunden und verstanden werden kann, wenn diese bewusst nach ihrer Auslegung suchen. Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen, die gerade nicht fordern, dass schon die Strafnorm selbst die wesentlichen Entscheidungen enthält, ist die Bejahung der Vorhersehbarkeit durch den BGH daher konsequent. Trotzdem sollte sich der Gesetzgeber bewusst sein, dass sich die Auslegung immer mehr zu einer Art Schnitzeljagd ent-

lang der Verweisungsketten entwickelt⁶² und der Tatbestand zunehmend an Appellfunktion verliert.

Volle Zustimmung verdient der BGH dagegen, wenn er begründet, dass sich im vorliegenden Fall aus dem abweichenden Zeitpunkt des Inkrafttretens keine zusätzlichen Probleme bezüglich der Vorhersehbarkeit ergeben. Alle Vorschriften der MAR waren schon seit Jahren veröffentlicht und für die Adressaten problemlos zugänglich.⁶³ Weiterhin sei der Verweisung klar durch Auslegung zu entnehmen, dass die Reichweite der Anordnung alle Vorschriften umfassen soll, die für eine sinnvolle Anwendung der Vorschrift notwendig sind, also auch alle Begriffsbestimmungen und die Regelungen zum Anwendungsbereich der Verordnung – wobei diese, auch wenn sie noch nicht durch Anordnung in die vorzeitige Geltung einbezogen worden wären, ohnehin im Wege der Auslegung hätten herangezogen werden können.⁶⁴ Damit stellt sich der BGH zu Recht gegen den Teil der Literatur, der die nicht ausdrücklich schon im WpHG genannten Vorschriften von der vorzeitigen Anwendbarkeit ausgeschlossen sah, weil diese die Geltung der Weiterverweisungen etwa in dem in § 39 Abs. 3 d Nr. 2 WpHG für die Marktmanipulation in Bezug genommenen Art. 15 MAR voraussetzte.⁶⁵

IV. Ausnahme vom *lex mitior*-Grundsatz?

Mittlerweile hat der Gesetzgeber selbst auf die in Rede stehende Angelegenheit reagiert und mit dem Regierungsentwurf des 2. FiMaNoG in § 51 WpHG-E eine Regelung vorgesehen, die generell die Anwendbarkeit des Tatzeitrechts für Verstöße gem. §§ 38, 39 WpHG anordnet.⁶⁶ Schon vorher war in der Literatur die Frage erörtert worden, ob eine Ausnahme vom bzw. der Ausschluss der Anwendung des *lex mitior*-Grundsatzes im Wege der Auslegung oder durch ausdrückliche Anordnung verfassungsrechtlich und europarechtlich zulässig wäre.⁶⁷ Die Konsequenz der vorliegenden Entscheidung des BGH ist, dass der *lex mitior*-Grundsatz mangels Bestehens einer Lücke schon gar nicht zur Strafflosigkeit als mildestem Recht führen konnte. Insofern käme es auf die in der Literatur diskutierte Frage gar nicht an. Die Gesetzesbegründung führt insofern auch aus, dass die neue Regelung der Herstellung von Rechtssicherheit, also der Klarstellung dient, dass eine Strafbarkeits- bzw. Ahndbarkeitslücke durch das vorzeitige Inkrafttreten nicht eintreten sollte.⁶⁸

Der Wortlaut der Vorschrift ist indessen weiter: Die Anwendung des Tatzeitrechts schließt die Anwendung des *lex mitior*-Grundsatzes umfassend aus, also auch dort, wo

⁵⁷ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 21.

⁵⁸ Ausführlich *Sorgenfrei/Saliger* in: Park, Kapitalmarktrecht, Kap. 6.1 Rn. 1.

⁵⁹ *Hammen* ZIS 2014, 303; *Sorgenfrei/Saliger* in: Park, Kapitalmarktrecht, Kap. 6.1 Rn. 29.

⁶⁰ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 22.

⁶¹ BGH, NJW 2016, 3459; BGH NJW 2014, 1399; BGH, NZG 2011, 1075; BGHSt 48, 373 = BGH, NJW 2004, 302.

⁶² Vgl. die – bewusst – polemische Darstellung bei *Hammen* ZIS 2014, 303.

⁶³ *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347, 348. Generell zu Verweisen auf noch nicht geltende Normen *Guckelberger* ZG 2004, 62, 68 f. mwN.

⁶⁴ BGH HRRS 2017 Nr. 190, Rn. 20.

⁶⁵ *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347, 350 f.

⁶⁶ RegE 2. FiMaNoG, BT-Drs. 18/10936, S. 10.

⁶⁷ Dagegen *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2443 ff.; *Rothenfußler/Jäger* NJW 2016, 2689, 2693 ff.; *Gaede* wistra 2017, 41, 46 ff.; dafür *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347, 351 f.; *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 211 ff.

⁶⁸ RegE 2. FiMaNoG, BT-Drs. 18/10936, S. 219.

die Neuregelung inhaltlich zu mildernden Strafen führt, ob durch den deutschen Gesetzgeber gewollt oder ungewollt. Insofern könnte der von *Rothenfußer* für den Hinweis auf die vermeintliche Ahndungslücke wohl strategisch gewählte Zeitpunkt nach Inkrafttreten des 1. FiMaNoG, der eine Korrektur schon im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens verhinderte,⁶⁹ zu einer Erweiterung der Strafbarkeit führen und damit nach hinten losgegangen sein. Die diskutierte Frage bleibt daher weiter aktuell und könnte – sollte die Regelung in Kraft treten – zur Herbeiführung einer Klärung durch das Bundesverfassungsgericht oder den EuGH führen. Inhaltlich ist die Regelung schon angesichts ihrer Pauschalität bedenklich⁷⁰ – unabhängig von der grundsätzlichen europarechtlichen Zulässigkeit einer Ausnahme vom *lex mitior*-Grundsatz. Im Endeffekt sollte die Frage also nicht lauten, ob die Regelung insgesamt zulässig ist, sondern ob sie noch mit Blick auf die Gesetzesbegründung verfassungs- bzw. europarechtskonform auf den einzelnen Anwendungsfall reduziert werden kann oder ob sie insgesamt für verfassungswidrig bzw. unanwendbar erklärt werden muss.

V. Offene Probleme

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen. Es ist allerdings zu bedenken, dass seine Auslegung sehr ergebnisorientiert erfolgt. Die Auslegung durch die Gerichte darf keinesfalls dazu dienen, routinemäßig eine der Komplexität und dem rasenden Tempo neuer Gesetzgebung geschuldete unsaubere Gesetzgebung bzw. mangelnde Kenntnisse des Gesetzgebers auszugleichen. Es kann nicht allein auf das gesetzgeberische Ziel ankommen, der Gesetzgeber muss selbst dazu fähig sein, einen gangbaren gesetzgebungstechnischen Weg zu finden, mit dem er sein Ziel umsetzen kann.⁷¹ Die Entscheidung des BGH steht insofern beispielhaft für eine der zentralen Herausforderungen des deutschen Gesetzgebers der Gegenwart, die auch und gerade für das europäische Kapitalmarktsrecht charakteristisch ist.⁷² In diesem

Zusammenhang nimmt der BGH erstmals zur Bestimmtheit von Strafrecht Stellung, das in Umsetzung einer auf Grundlage des Art. 82 Abs. 2 AEUV beruhenden europäischen Richtlinie erlassen wurde.

Die Entscheidung regt vor allem zu einer Erörterung der Frage an, ob die begriffliche Einteilung der Verweisungen in statisch und dynamisch der jetzigen Rechtslage noch gerecht wird und ob die pauschale Bevorzugung statischer Verweise langfristig im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben praktikabel ist.⁷³ Hier ist zum einen einzu- beziehen, dass die Einstufung als statische Verweisung immer mehr nur den Schein einer Kontrolle durch den deutschen Gesetzgeber bewirkt, wenn der Gesetzgeber durch das Europarecht, wie jetzt durch die Marktmissbrauchs-Strafrechtrichtlinie, nicht mehr wie bisher nur zur effektiven Durchsetzung, sondern auch zur Schaffung von Strafrecht gezwungen ist. Die Anwendung des deutschen Verfassungsrechts geht insofern davon aus, dass dem deutschen Gesetzgeber überhaupt die Entscheidungskompetenz bezüglich der Strafbewehrung zusteht, die allerdings gem. Art. 83 Abs. 2 AEUV in einigen Fällen der europäischen Union zugewiesen wurde. Durch das Leerlaufen eines Verweises kann es zunehmend⁷⁴ auch zu Verstößen gegen die Umsetzungsverpflichtung kommen.⁷⁵ Der nationale Gesetzgeber ist zwar prinzipiell nur dazu verpflichtet, zum jeweiligen Zeitpunkt eine Strafbarkeit zu gewährleisten, nicht aber zu einer automatischen Anpassung an neue Vorgaben. Allerdings kann aus der Umsetzungsverpflichtung zusammen mit der Treuepflicht der Mitgliedstaaten auch verlangt werden, dass der Mitgliedstaat kein Verfahren wählt, dass ein Leerlaufen der Vorschriften nahezu vorzeichnet: Die Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung muss praktisch gewährleistet, nicht nur theoretisch denkbar sein.

Dabei ist zu bedenken, dass auch durch das Leerlaufen einer so verstandenen statischen Verweisung die Bestimmung über die Strafbarkeit im Endeffekt von den Entscheidungen eines anderen Hoheitsträgers abhängt,⁷⁶ selbst wenn dem deutschen Gesetzgeber insofern „nur“ die Entscheidung für die Entkriminalisierung entzogen wird. Vor dem Hintergrund der vorliegenden Entscheidung, die statische Verweisungen als sprachliche Vereinfachung sieht und Verweisungen auf nicht geltendes Recht erlaubt, wäre daher zu fragen, ob dem Gesetzgeber die Möglichkeit zustünde, ausdrücklich anzuordnen, dass der Verweis auch bei Änderung der europäischen Vorschriften bestehen und das dann außer Kraft getretene Europarecht bis zur Anpassung des Verweises als nationales Recht gültig bleibt.⁷⁷ Der Vorteil einer solchen

⁶⁹ Vgl. *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801, 1803.

⁷⁰ Vgl. auch *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 207, die einen Ausschluss nur für Altfälle für zulässig erachten, da sich während der eintägigen Lücke insofern kein Vertrauen gebildet hat.

⁷¹ Vgl. *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2447; *Gaede* wistra 2017, 41, 49.

⁷² *Rossi* ZIP 2016, 2437, *Bülte/Müller* NZG 2017, 205; vgl. a. *Schröder* HRRS 2016, 253, 257 ff. Zu Fehlern in der Gesetzgebung s.a. *Saliger/v. Saucken/Graf* ZRP 2016, 54. Auch im Referentenentwurf zum 2. FiMaNoG (Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte [Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG] v. 30.9.2016) fanden sich verschiedene Verweisungsfehler (s. etwa Stellungnahme Nr. 69/12 des Deutschen Anwaltvereins zum 2. FiMaNoG v. 27.10.2016, S. 4, abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-69-16-2-finanzmarkt-novellierungsg> [zuletzt abgerufen am 26.4.2017]), selbst wenn diese – wenn auch zum Teil schlicht wegen der Wahl einer anderen Gesetzessystematik bzw. Nummerierung – im Regierungsentwurf korrigiert werden konnten: So etwa verwies die Strafvorschrift zur Marktmanipulation in § 108 Abs. 1 WpHG-RefE 2. FiMaNoG auf § 109 Abs. 16 Nr. 2 WpHG-RefE 2. FiMaNoG, obwohl sich der Bußgeldtatbestand der Marktmanipulation in § 109 Abs. 15 Nr. 2 WpHG-RefE 2. FiMaNoG findet.

⁷³ Vgl. zur europarechtlichen Vorzugswürdigkeit dynamischer Blankette *Klindt* DVBl. 1998, 373.

⁷⁴ *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2444 und *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347, 351 weisen zu Recht darauf hin, dass die Straflosigkeit von Altfällen nicht gegen Europarecht verstößt, da das Europarecht bisher keine strafrechtlichen Sanktionen vorsah, sondern lediglich das Entfallen der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndbarkeit. Bei späteren Änderungen läge jedoch ein Verstoß auch gegen die CRIM-MAD vor.

⁷⁵ *Heger* in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (2013), § 5 Rn. 70.

⁷⁶ Vgl. BVerfG, NJW 1978, 1475, 1477.

⁷⁷ Vgl. *Guckelberger* ZG 2004, 62, 67 f.; *Cornelius* NZWiSt 2014, 173, 175 f. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich von der Entscheidung des BVerfG NVwZ-RR 1992, 521, wo das

Auslegung, die die statische Verweisung erstmals wirklich statisch im natürlichen Wortsinn – also unbeweglich⁷⁸ und damit unabhängig von Änderungen von außen – machen würde, ist das Entfallen der erheblichen Konsequenzen der Straflosigkeit, die aus der Verbindung der Komplexität der Rechtslage, der Möglichkeit des Leerlaufens und der Anwendung des mildesten Rechts für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht klar wider den gesetzgeberischen Willen entstehen. Das alte Recht hat dabei nur den Rang nationalen Rechts⁷⁹ und würde bei Konflikten mit dem neuen Europarecht aufgrund des Anwendungsvorrangs unanwendbar, so dass ein ungelöster inhaltlicher Widerspruch praktisch nicht auftreten kann. Langfristig könnte es zwar zu Problemen mit der Vorhersehbarkeit der Vorschrift kommen, wenn etwa die alten Vorschriften nicht mehr zugänglich sind.⁸⁰ Wie der BGH auch im vorliegenden Fall darstellt, entbindet die Möglichkeit der Verweisung auf außer Kraft getretenes Recht jedoch nicht von der Einhaltung allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundsätze. Die Vorhersehbarkeit muss daher in jedem Einzelfall gewährleistet sein. Dies hieße auch, dass der Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht zur kontinuierlichen Anpassung entbunden wird.

Trotzdem ist zu bedenken, dass derartige Verweisungen, unabhängig davon, ob statisch oder dynamisch, den strafrechtlichen Vorschriften einen Teil ihrer Appellfunktion nehmen. Das Kapitalmarktstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht droht zu einer Ansammlung von sich über Seiten erstreckenden „seelenlosen“ Verweisungskatalogen zu werden,⁸¹ die beispielhaft im § 109 WpHG-RefE 2.FiMaNoG zu beobachten war und – im neuen § 39 WpHG-RefE (2. FiMaNoG) – auch teilweise noch ist. Es wäre begrüßenswert, wenn der deutsche Gesetzgeber wieder in eine eigene Begriffsbildung im Strafrecht investieren würde, so dass sich jeder Bürger schon auf den

nicht mehr geltende Europarecht zu einem Zeitpunkt in Bezug genommen wurde, als es schon außer Kraft war.

⁷⁸ Vgl. die Definition im Duden: „keine Bewegung, Entwicklung aufweisend“, <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/statisch> (zuletzt abgerufen am 26.4.2017).

⁷⁹ Vgl. Guckelberger ZG 2004, 62, 68; Ossenbühl DVBl 1967, 401, 402 zu Verweisen des Landesgesetzgebers auf Bundesrecht.

⁸⁰ Vgl. Guckelberger ZG 2004, 62, 68.

⁸¹ Hammen ZIS 2014, 303, 304 spricht schon in Bezug auf die alte Rechtslage von „endlosen Zahlenkolonnen“.

ersten Blick zumindest eine Vorstellung von dem Regelungsgegenstand und Inhalt einer Vorschrift machen kann.⁸² Schon allein die Nennung desselben bietet eine wichtige Orientierung. So hat etwa die Umschreibung der Tathandlung des § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG als das Begehen einer Marktmanipulation entgegen Art. 15 MAR einen höheren symbolischen Wert als die der Strafvorschrift in § 38 Abs. 1 WpHG, obwohl Straftatbestände eigentlich strengere Anforderungen als Ordnungswidrigkeiten erfüllen müssen. Hier findet sich lediglich die Beschreibung „eines vorsätzlichen Verstoßes gegen § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG“ unter der nichtssagenden Überschrift „Strafvorschriften“. Das Wort „Marktmanipulation“ wird nicht einmal genannt. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass die räumliche Nähe und Verbindung zwischen inhaltlicher Materie und Strafvorschriften, die Blankettvorschriften im Nebenstrafrecht bisher „leichter nachvollziehbar“ machte als im Kernstrafrecht,⁸³ durch die Verlagerung der Gesetzgebungszuständigkeiten auf die europäische Union verloren geht. Insofern sollte überdacht werden, ob im Gegenzug auch die für das Nebenstrafrecht typische Zusammenfassung aller Strafvorschriften bzw. Ordnungswidrigkeiten in jeweils einem immer weiter anschwellenden Paragraphen – hier sei nur auf die 27 Absätze, bis zu 137 Nummern und bis zu 17 Buchstaben im § 109 WpHG-RefE hingewiesen – abgeschafft werden kann. Es wäre empfehlenswert, die Straftaten und Ordnungswidrigkeiten aufzuspalten und nach inhaltlichen Gesichtspunkten zu ordnen, also etwa den bisherigen § 38 Abs. 1 WpHG als einen eigenen Paragraphen mit der Überschrift „Marktmanipulation“ zu gestalten. Dass dies kein Allheilmittel sein kann und dass die Verweisungsketten zur Klärung der Details – entweder durch ausdrückliche Verweisungen auf das Europarecht oder durch eine europarechtskonforme Auslegung – dadurch nicht beseitigt werden, soll nicht bezweifelt werden.

⁸² Für einen Überblick über verschiedene Lösungsvorschläge s. Petzsche NZWiSt 2015, 210, 215 ff.; Heger in: Böse, Europäisches Strafrecht, 2013, § 5 Rn. 58 ff.

⁸³ Für das ebenfalls akzessorisch ausgestaltete Umweltstrafrecht Kemme, Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstrafatbeständen des StGB, 2007, S. 35; LK-Steindorf, Vor § 324 Rn. 1, MüKO-StGB/Schmitz, Vor §§ 324 ff. Rn. 1.

Die strafrechtliche Produzentenhaftung

Von Dr. Gerhard Timpe, Regensburg

I. Die Lederspray Entscheidung (BGHSt 37, 106)

In der Lederspray-Entscheidung¹ waren die Geschäftsführer einer Produktionsgesellschaft und zweier Vertriebsgesellschaften angeklagt, die eine Lederspray hergestellt und vertrieben hatten. Seit Herbst 1981 gingen bei der Firmenleitung Meldungen über Gesundheitsschäden ein, die beim Gebrauch der Ledersprays aufgetreten waren. Die Geschäftsleitung² bemühte sich daraufhin, die Schadensursachen ausfindig zu machen, hatte damit aber keinen Erfolg. Nachdem noch weitere Schadensmeldungen eingegangen waren, kam es zu einer Sitzung der Geschäftsleitung der Produktionsgesellschaft. Auf dieser Sitzung wurde beschlossen, keinen Rückruf der Sprays einzuleiten, sondern nur die Warnhinweise auf den Spraydosen zu überarbeiten. Die Geschäftsführer der Vertriebsgesellschaften schlossen sich diesem Votum der Geschäftsleitung der Produktionsgesellschaft an. Der BGH unterschied zwischen den Schadensfällen, „in denen das jeweils schadensursächliche Lederspray zu dem für den Schuldvorwurf maßgeblichen Zeitpunkt (der Sitzung der Geschäftsleitung der Produktionsgesellschaft) zwar schon in den Handel gelangt war, den Verbraucher aber noch nicht erreicht hatte“ und den Schadensfällen, die der Geschäftsleitung erst nach der Sondersitzung der Geschäftsleitung zur Kenntnis gelangt waren, und verurteilte die Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung hinsichtlich der vor der Sondersitzung eingetretenen Schadensfälle, im Übrigen aber wegen gefährlicher Körperverletzung. „Denn Produktion und Vertrieb von Erzeugnissen durch eine im Rahmen des Gesellschaftszwecks tätige GmbH sind ihren Geschäftsführern als eigenes Handeln ... zuzurechnen.“³

Schadensverläufe desorientieren, solange sie nicht erklärt sind, weil sie die normative „Wirklichkeit einer Gesellschaft ins Zwielflicht rücken“⁴. Die Erklärung des Verlaufs geschieht durch Zurechnung, entweder zum Fehlverhalten des Täters, zum Fehlverhalten eines Dritten (auch des Opfers selbst) oder als vom Opfer zu tragendes Unglück⁵. Der BGH⁶ hält zwar daran fest, dass die Kausalität der Angelpunkt strafrechtlicher Zurechnung sei, führt zur Kausalität der Ledersprays für Gesundheitsschäden bei Verbrauchern aber aus, dass für die Feststellung des Ursachenzusammenhangs nicht die exakte Identifizierung der toxischen Inhaltsstoffe erforderlich sei, wenn nur „alle anderen in Betracht kommenden Schadensursachen aufgrund einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung ausgeschlossen werden können“. Der BGH wendet also auch in Produkthaftungsfällen die *conditio sine qua non*-Formel an, versteht sie in diesem Kontext aber nicht als Mittel zur Feststellung von Kausalität⁷, sondern als Zu-

¹ BGHSt 37, 106 ff.

² Hersteller eines Produkts kann eine natürliche Person sein. Ist der Hersteller keine natürliche, sondern eine juristische Person, also z.B. eine GmbH, folgt die „strafrechtliche Pflichtenbestimmung ... der wirklichen arbeitsteiligen Organisation“, Kühlen in: Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, 1. Kap. Rn. 32. Erst wenn das Unternehmen in einer Krisensituation gerät, die nur durch ein ressortübergreifendes Handeln zu bereinigen sind, wie z.B. durch die Erteilung von Warnhinweisen oder der Anordnung eines Rückrufs, setzt sich der Grundsatz der Gesamtverantwortung und der Allzuständigkeit der Geschäftsleitung gegenüber dem Ressortprinzip durch. Die Geschäftsführer sind dann gemeinsam, also als Kollektiv, für die Erfüllung der Pflichten des Unternehmens zuständig, BGHSt 37, 106 ff. Rz. 51; ebenso Böse wistra 2005, 41 ff., 43; Schünemann, in: Breuer u.a., Hrsg., Umweltschutz und technische Sicherheit in Unternehmen, 1994, 137 ff., 157 ff.; ders. BGH FG Bd. IV, 2000, 621 ff., 637; Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 217; Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 111 f.; Meier NJW 1992, 3193 ff., 3195.

³ BGHSt 37, 106 ff. Rz. 33; vgl. dazu Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 156 f.; Rotsch, wistra 1999, 321 ff., 325.

⁴ Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. (2008), S.109.

⁵ Vgl. dazu Jakobs ARSp-Beiheft 74 (2000); 57 ff., 65.

⁶ BGHSt 37, 106 ff. Rz. 30; vgl. zum Verfahren des Alternativenausschlusses auch BGHSt 41, 206 ff. Rz. 40 ff. (Holzschutzmittel); zustimmend Kühlen NStZ 1990, 566 ff., 567; Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 121 ff.; Tiedemann Hirsch FS, 1999, 765 ff., 768 f.; Vogel Lorenz FS, 2001, 65 ff., 68, 72 f.; kritisch aber Samson StV 1991, 182 ff.; Reus, Das Recht der Risikogesellschaft, 2010, S. 109 ff.; Schulz, in: Lüderssen, Hrsg.; Aufgeklärte Kriminalpolitik, Bd. III, 1999, 43 fff.; ders., in: Lübbe, Hrsg., Kausalität und Zurechnung, 1994, 41 ff., 63, der daran festhält, dass das „Tatbestandsmerkmal der Kausalität“ ein „Blankett“ sei, das „die bekannten empirischen Kausalgesetze“ integriere; kritisch auch Puppe JR 1992, 30 ff., 31; dies. JZ 1994, 1147 ff., 1150..

⁷ Die *conditio sine qua non*-Formel kann schon deshalb kein Mittel zur Feststellung der Kausalität sein, weil das Resultat, das sich aus dem Wegdenken der Bedingung ergibt, nur ermittelt werden kann, wenn vorab schon bekannt ist, ob die Bedingung kausal ist; vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 7/8; Frisch Gössel FS, 2002, 51 ff., 55 f.; Hoyer, GA 1996, 160 ff., 162 f.; Puppe ZStW 92, 1986, 862 ff., 875 ff.; dies. JZ 1994, 1147 ff., 1148; Schulz, in: Lübbe, Hrsg., Kausalität und Zurechnung, 1994, 41 ff., 55..

rechnungsregel⁸, deren normative Leistung in der Sicherung von Zurechnung zum Hersteller eine möglicherweise fehlerhaften Produkts besteht, wenn sich naturwissenschaftliche Gewissheit nicht erreichen lässt. Als Zurechnungsregel interpretiert verwehrt die *conditio sine qua non*-Formel dem Hersteller des Produkts sich zu seiner Entlastung darauf zu berufen, dass möglicherweise Ersatzursachen vorhanden waren, der Geschädigte etwa Raucher oder Allergiker gewesen ist, wenn die Gefahr besteht, dass Zurechnung verloren geht, wenn der Hersteller nicht als allein relevante Konfliktursache herausgestellt wird, weil kein Gefährdungsdelikt⁹ vorhanden ist, auf das als Auffangtatbestand zurückgegriffen werden könnte, und der Konflikt auch nicht dem Opfer zugerechnet oder als Unglück erklärt werden kann, weil die Ledersprays nicht zufällig in den Verkehr gelangt sind. Damit gibt der BGH jedoch die „vorrechtliche Prägung des Kausalbegriffs“¹⁰ auf und etabliert eine prozedurale¹¹, an der „präventiven Funktion“¹² des Strafrechts ausgerichtete Methode zur Feststellung der Kausalität, für die das kommunikativ relevante Urteil der Verständigen dann hinreichend¹³, wenn naturwissenschaftliche Gewissheit nicht zu erreichen ist.

Da Gesellschaften anderen Regeln folgen als die Natur, ist die Kausalität seit der „Lederspray-Entscheidung“ nicht mehr der Angelpunkt der Zurechnung, und sie kann das auch gar nicht sein, weil sie bei Unterlassungen nicht recht passt und es bei psychisch vermittelten Verläufen, wie z.B. der Anstiftung und der mittelbaren Täterschaft, an deterministischen Kausalgesetzen fehlt, und deshalb eine „Kausalerklärung nach strikten Gesetzen“ gerade nicht möglich ist¹⁴. Vor allem aber verfehlt die naturgesetzliche Aufarbeitung des Geschehens die Ebene, auf der Strafrecht stattfindet, scil. die Ebene der Gesellschaft. Werden Störung und Strafe auf einer Ebene definiert, so ist der eine, durch ein fehlerhaftes Produkt hervorgerufene Schädigung der Gesundheit des Konsumenten keine Störung wie z.B. der Biss eines Hundes, sondern die Gesundheitsschädigung ist wegen der kommunikativen Bedeutung des Verhaltens des Herstellers als Normwiderrspruch eine soziale Störung, der widersprochen werden muss, weil anderenfalls die Normgeltung Schaden nehmen würde.. Stehen Störung und Strafe

aber dergestalt in einem Sinnzusammenhang auf gleicher Ebene, dass die Störung der kommunikativ relevante Widerspruch des Herstellers gegen Sorgfaltsnormen bei der Herstellung und dem Vertrieb von Produkten ist und die Strafe die Gegenrede gegen den Widerspruch des Herstellers, muss auch bei der gesellschaftlichen Aufarbeitung des Geschehens die Zuständigkeit für den Verlauf normativ und nicht naturgesetzlich bestimmt werden. Nicht der der Kunde ist dann für den Verlauf zuständig, weil er das Produkt gekauft hat, sondern der Hersteller, der es in Verkehr gebracht hat, obwohl beide (Kunde und Hersteller) naturgesetzlich zum Entstehen des Schadens beigetragen haben. So wie bei der Anstiftung und der mittelbaren Täterschaft das Schaffen guter Gründe für die Tat¹⁵ ein funktionales Äquivalent „striktter Gesetze“ ist, tritt bei der Produkthaftung an die Stelle deterministischer Kausalgesetze das in einem geordneten Verfahren gewonnene, am präventiv Notwendigen ausgerichtete kommunikativ relevante Urteil der Verständigen. Mit der Lederspray-Entscheidung erkennt der BGH damit aber an, dass auch die Kausalität ein durch die gesellschaftlich konstruierten Regeln der Zurechnung bestimmter Begriff ist, und es deshalb im Hinblick auf die strafrechtliche Haftung keinen Unterschied macht, ob ein Schadensverlauf dem Produzenten gefährlicher Produkte nach Naturgesetzen¹⁶ oder nach denen objektiver Zurechenbarkeit zugeordnet wird.

II. Der Haftungsgrund

1. Verkehrssicherheit

Bringt ein Unternehmer wissentlich fehlerhafte Produkte¹⁷ in den Verkehr, verstößt er gegen eine Verbotsnorm¹⁸,

⁸ Vgl. dazu *Frisch Gössel* FS, 2002, 51 ff.

⁹ Auf § 314 Abs. 1 Nr. 2 geht die Entscheidung BGHSt 37, 106 ff. nicht ein; vgl. zu § 314 Abs. 1 Nr. 2 *Horn* NJW 1986, 153 ff.; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 165 ff.; *Holtermann*, Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung, 2007, S. 70 ff.

¹⁰ *Frisch Gössel* FS, 2002, 51 ff., 59.

¹¹ Vgl. zur „Prozedur“ *Hilgendorf* Lenckner FS, 1998, 699 ff., 700; *Hoyer* GA 1996, 160 ff., 165, 168 ff., der selbst den „deterministischen“ durch einen „probalistischen Kausalbegriff“ ersetzen will.

¹² *Hoyer* GA 1996, 160 ff., 178.

¹³ Vgl. nur *Kuhlen* NStZ 1990, 566, der meint, dass der Hersteller eines Produkts dann von dessen Ursächlichkeit für den Schadensfall ausgehen müsse, wenn sich Schadensmeldungen häufen und „keine andere Erklärung für diese Schädigungen ersichtlich (sei), als die Produktverwendung“; ähnlich *Volk* NStZ 1996, 105 ff., 109: „Lehre vom plausiblen Zusammenhang“.

¹⁴ *Puppe* ZStW 95, 1983, 287 ff., 293 ff.; *dies*. *Spinellis* FS, 2001, 915 ff., 944.

¹⁵ Anders *Hilgendorf* Lenckner FS, 1998, 699 ff., der nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen entscheiden will.

¹⁶ Die naturgesetzlich-kausale Zuordnung eines Schadensverlaufs zu einer Person hat die Aufgabe zu verhindern, dass es demjenigen, dem zugeordnet wird, gelingt, Protest gegen die Zuordnung zu organisieren. Anders als bei den schwachen, im „Schoß der Gesellschaft ausgebrüteten“ (*Jakobs* Tolksdorf FS, 2014, 281 ff., 282) Regeln objektiver Zurechenbarkeit ist der Protest gegen die naturgesetzlich valide Zuordnung des Schadensverlaufs zu einer Person kommunikativ schon deshalb unmaßgeblich, weil die nach Naturgesetzen geordnete Welt der Erscheinungen kein tauglicher Adressat des Protestes ist. Derjenige, dem zugeordnet worden ist, wird auch deshalb keine Verbündeten finden, weil Naturgesetze unverrückbar gelten und der Protest gegen ihre Geltung daher auf einen Mangel an Kompetenz beim zweckrationalen Umgang mit einer „entzauberten Welt“ (*Max Weber*, in: *Winkelmann* [Hrsg.] *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* von Max Weber, 3. Aufl., [1988], S. 582 ff., 594) der Moderne verweist, also einer Welt, die keine sinnvollen, durch personales Verhalten beeinflussbare Naturverläufe mehr kennt. .

¹⁷ „Produktfehler“ ist die abkürzende Bezeichnung für einen Sorgfaltsverstoß bei der Konstruktion oder Herstellung von Produkten sowie bei der Instruktion von Verbrauchern über typische Produktgefahren. Bei „Ausreißern“ manifestiert sich im Produkt kein Sorgfaltsverstoß, weil auch bei Beachtung aller Sorgfaltspflichten gelegentliche Fehler nicht zu vermeiden sind, vgl. auch BGHSt 37, 106 ff. Rz. 41; *Schmid* Keller FS, 1989, 647 ff., 655.

¹⁸ Vgl. *Otto* Hirsch FS, 1999, 291 f.; *Schall*, in: *Schünemann*, Hrsg., *Deutsche Wiedervereinigung* Bd. III, Unterneh-

wenn Verbraucher deshalb zu Schaden kommen, weil er sich entweder hinsichtlich der Konstruktion und der Herstellung des Produkts oder der Instruktion der Verbraucher über Produktgefahren nicht sorgfaltsgemäß verhalten hat¹⁹. Da es bei der Herstellung und dem Vertrieb von Produkten Sorgfaltspflichten „als solche“ nicht gibt, ist bei der Produkthaftung nur das Regelungsziel vorgegeben, keine fehlerhaft konstruierten oder hergestellten Produkte in den Verkehr zu bringen und Verbraucher über Produktgefahren ausreichend zu instruieren. Es ist aber jedem Produzenten selbst überlassen, sein Verhalten kontextabhängig so einzurichten, dass das Regelungsziel erreicht wird. Die den Normadressaten abverlangte Selbststeuerung garantiert dabei einmal, dass sein der jeweiligen Situation umso besser angepasst ist, je abstrakter die Norm ausfällt. Denn die Konkretisierung der Norm durch den Normadressaten mit Blick auf eine konkrete Situation führt zu einer höheren Differenzierung des Verhaltens, als sie bei einer Vorab-Festlegung durch die detaillierte Beschreibung einzelner Sorgfaltspflichten erreicht werden kann. So bedeutet Sorgfalt bei der Konstruktion oder Herstellung von Produkten nicht nur den Verzicht auf leicht brechenden, minderwertigen Kunststoff bei der Herstellung der Sitze eines Pkw, die Verwendung fehlerhaft konstruierter Batterien, die Schmorbrände in Mobiltelefonen (Galaxy 07) auslösen, oder die Beimischung gesundheitsgefährdender Substanzen zur Innenverkleidung eines Autos, sondern auch der Einbau eines Airbags, die bereits bei leichten Erschütterungen ausgelöst wird, und anderes mehr, was sich ex ante nicht vollständig aufzählen lässt. Wird nur das Regelungsziel vorgegeben, kann der Normadressat sein Verhalten solange frei bestimmen, wie er es nicht aus den Augen verliert. Die dem Produzenten massenhaft hergestellter und vertriebener Produkte abverlangte Selbststeuerung bringt aber nicht nur den Vorteil einer höheren Differenzierung. Das Erfordernis einer situationsadäquaten Konkretisierung der Sorgfaltspflichten hat auch zur Folge, dass jeder Pflichtige über ein größeres Arsenal an Verhaltensmöglichkeiten verfügen kann, als das bei einer Vorab-Festlegung der Sorgfaltspflichten möglich wäre²⁰,

weil er sein Verhalten solange frei bestimmen kann, wie er das Regelungsziel im Auge behält, für die Schadlosigkeit seiner Organisationen zu sorgen..

An der Objektivierung mangelnder Sorgfalt bei der Konstruktion oder Herstellung eines Produkts in einem Produktfehler fehlt es bei einem Fehlgebrauch des Produkts²¹, für dessen Folgen den Hersteller dann nicht eintreten muss, wenn er die Verwender des Produkts auch über typische oder zumindest naheliegende Missbrauchsgefahren hinreichend informiert hat. Wer z.B. Sportwagen herstellt und vertreibt haftet auch dann nicht für die Folgen, wenn Käufer die Wagen zu einem privaten Autorennen, verwendet, bei dem Passanten zu Schaden kommen, obwohl diese Art der Verwendung des Produkts mit einer statisch signifikanten Wahrscheinlichkeit zu erwarten war und der Hersteller dies auch wusste²². Denn bei Alltagsgeschäften hat nicht der Hersteller, sondern der Käufer zu garantieren, dass die Leistung nicht deliktisch verwendet wird (trennende Arbeitsteilung, Regressverbot²³). Das gilt auch dann, wenn der Verwender selbst der Geschädigte ist. Ein Hersteller von Klebstoff muss zwar damit rechnen, dass einige seiner Kunden den Klebstoff erhitzen und die dabei entstehenden Dämpfe „schnüffeln“ werden, um sich in einen Rauschzustand zu versetzen. Er haftete aber nicht wegen fahrlässiger Tötung (§ 222), wenn der Erwerber des Produkts deshalb an einer Lungenkrankheit verstirbt, der Hersteller aber ausdrücklich vor den Gefahren eines (naheliegenden) Missbrauchs des Produkts gewarnt hat²⁴ (Handeln auf eigene Gefahr). Wer Möbel herstellt muss dafür sorgen, dass bei der Herstellung keine Verbraucher schädigenden Materialien verwendet werden. Benutzt er standardisierte fremde Leistungen, wie z.B. Farben oder Lacke eines bestimmten Herstellers, darf er (wenn keine besonderen Anzeichen vorhanden sind) darauf vertrauen, dass sie den vorgeschriebenen Sicherheitsstandards genügen (Vertrauensgrundsatz²⁵). Die Begrenzung der Reichweite der Sorgfaltspflichten des Herstellers durch den Vertrauensgrundsatz endet erst, wenn die Mangelhaftigkeit der Leistung des Zulieferers (aus welchem Grund auch immer, z.B. durch Beschwerden von Kunden oder Stichproben) offensichtlich ist. Der Möbelhersteller muss bewährte Produkte von Zulieferern deshalb zwar stichprobenartig untersuchen, haftet also nicht, wenn Verbraucher zu Schaden kommen, weil zugelieferte Materialien mangelhaft waren, stichprobenartige Untersu-

menskriminalität, 1996, S. 108, die Unvermeidbarkeit des Schadensverlauf der strafrechtlichen Zurechnung aber eine Grenze setzt. Denn Unvermeidbares ist keine Sinnsetzung, sondern sinnleere Natur, weil die Welt insoweit nicht als machbar begriffen wird.

¹⁹ Vgl. zu den Sorgfaltspflichten des Produzenten massenhaft hergestellter und vertriebener Produkte *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 146; *Kuhlen*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, 1. Kap. Rn. 28; *ders.*, Fragen der strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 93 ff., 99 ff., 104 ff., der die Maßfigur des „besonnenen und gewissenhaften Verkehrsteilnehmers“ nicht normativ (und deshalb zirkulär), aber auch nicht deskriptiv bestimmen will, sondern so, dass sie einen „Bezug zum wirklichen Verhalten der Angehörigen bestimmter Verkehrskreise“ wahre und deshalb „einige (der) Angehörigen (des jeweiligen Verkehrskreises) als dem Modell entsprechend, d.h. als gewissenhaft und besonnen anzusehen sind“. Aber nur das, was der konkret Handelnde bei unterstellt dominanter Rechtstreue als gefährlich beurteilt, kann er auch vermeiden; vgl. dazu *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 34 ff.

²⁰ Vgl. zur situationsadäquaten Konkretisierung von Sorgfaltspflichten durch Selbststeuerung auch *Bosch*, Organisa-

tionsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 358; *Többens*, NSTZ 199, 1 ff., 4.

²¹ Vgl. zur bestimmungswidrigen Verwendung bei an sich harmlosen Produkten *Schmid Keller* FS, 1989, 647 ff., 654 f.

²² *Anders Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 26 Rn. 221 ff., der meint, dass der Verkäufer sich bei einem Verhalten mit „deliktischem Sinnbezug an dem Delikt beteilige; kritisch dazu *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 258 ff.

²³ Vgl. zum Regressverbot als rollenorientierter Abgrenzung von Verantwortungsbereichen in einer rechtlich dezentral organisierten Gesellschaft *Jakobs Lampe* FS, 2003, 561 ff. 565 f.; *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 29 ff.; *ders.*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 28 ff.; vgl. auch *Otto Hirsch* FS, 1999, 291 ff., 303.

²⁴ Vgl. zur Instruktionspflicht des Herstellers *Kuhlen*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, 1. Kap. Rn. 36 f.

²⁵ Vgl. dazu *Timpe* StraFo 2016, 7 ff.; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 130 ff.

chungen die Mängel aber nicht zu Tage gefördert haben. Forscht er aber intensiver nach, weil z.B. Reklamationen von Kunden gehäuft aufgetreten sind, und entdeckt er dabei einen toxischen Stoff, entfällt das Vertrauen auch dann, wenn er zu Nachforschungen (noch) nicht verpflichtet war.

Sind fehlerhafte Produkte bereits hergestellt, aber noch nicht ausgeliefert, ordnet der Hersteller aber weder die Erstellung noch die Verbesserung bereits vorhandener der Warnhinweise²⁶ an und verfügt er auch keinen Vertriebsstopp²⁷ (Verkehrssicherungspflicht²⁸), sondern lässt den Dingen ihren Lauf, missachtet er eine Gebotsnorm., die sich auf den gleichen Haftungsgrund zurückführen lässt, wie das Verbot, fehlerhafte Produkte in den Verkehr zu bringen. Der Grundzustand der freiheitlichen Gesellschaften der Moderne ist derjenige gegenseitiger Nichtbeeinflussung. Niemand muss einem in Not Geratenen ohne besonderen Rechtsgrund helfen, jeder muss aber für den verkehrssicheren Zustand seines eigenen Organisationskreises sorgen. Die normtheoretische Konsequenz aus diesem Gesellschaftsmodell hat bereits Feuerbach²⁹ gezogen und die „ursprünglichen Verbindlichkeiten der Bürger ... auf Unterlassungen“ beschränkt. Anders als Feuerbach meint, ist ein Zustand gegenseitiger Nichtbeeinflussung durch Verbote allein aber nicht zu gewährleisten, weil Tun und Unterlassen in sozialen und technischen Systemen in aller Regel durch geringfügige Organisationsänderungen vertauschbar sind³⁰. Ob z.B. eine Arbeiter am Fließband eines Herstellers von Automobilen verpflichtet ist, einen Schweißroboter einzuschalten, wenn das Werkstück sich in einer bestimmten Position befindet (ein Gebot) oder ihn unter sonst gleichen Umständen nicht abschalten darf (ein Verbot), richtet sich Grad und Richtung der Automatisierung der Fertigung, ist für die Folgen des Verhaltens des Arbeiters aber ebenso ohne Bedeutung, wie für den Haftungsgrund, weil die Fahrzeuge unabhängig davon einen Herstellungsfehler aufweisen, ob der Arbeiter den Schweißroboter garantiertwidrig erst gar nicht eingeschaltet (ein Unterlassen) oder aber abgeschaltet hat (ein Tun). Hängt es aber vom zufälligen (und deshalb manipulierbaren) Zustand der Organisation des Unternehmens ab, ob mit identischen Folgen getan oder unterlassen wird, muss auch der Haftungsgrund für Tun und Unterlassen in Organisationszu-

ständigkeit derselbe sein³¹. Der Produzent (oder wer für ihn handelt) verletzt jeweils negative Pflichten, wenn er nicht dafür sorgt, dass der von ihm beanspruchte Bereich (sein Organisationskreis) nicht in einen verkehrsun sicheren Zustand gerät, dies aber nicht aus Solidarität mit den Kunden des Unternehmens, sondern als Synallagma der von ihm beanspruchten Freiheit, sein Unternehmen von öffentlicher Kontrolle frei organisieren und führen zu dürfen³². Sichert der Unternehmer seinen Organisationskreis nicht, wenn er in einen verkehrsun sicheren Zustand zu geraten droht, begeht er also ein Unterlassungsdelikt, wenn Verbraucher zu Schaden kommen.

2. Ingerenz

Ist das Unternehmen in einen verkehrsun sicheren Zustand geraten, sind gefahrenträchtige Produkte also bereits ausgeliefert worden, oder hat der Schadensverlauf den Organisationskreis der Kunden sogar schon erreicht³³, soll der Verursacher der Gefahr nur dann verpflichtet sein, Schäden bei den Kunden abzuwenden, wenn das Vorverhalten pflichtwidrig³⁴ gewesen sei und der Vorhandelnde deshalb „im sozialen Leben eine Schutzfunktion“ ausübe, „kraft derer ... ihm die maßgebliche Entscheidung über den Eintritt der drohenden Rechtsgutsverletzung obliegt“³⁵. Das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens ergebe sich einmal aus „dem unser ganzes Strafrecht tragenden Verantwor-

³¹ Vgl. *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, 36

³² Vgl. auch die Formulierung in § 903 BGB, wonach es dem Eigentümer nicht nur frei stehe, mit ihm gehörenden Sachen nach seinem Belieben zu verfahren, sondern er auch „andere von jeder Einwirkung (auf die Sache) ausschließen“ dürfe.

³³ Anders *Kuhlen* Eser FS, 2005, 359 ff., 364, der die Pflicht des Herstellers zum Rückruf fehlerhafter Produkte nicht auf die Ingerenz stützen will. Für die „Annahme einer Garantienstellung“ sei vielmehr von „konstitutiver Bedeutung“, dass die Verpflichtung des Hersteller zur Schadensabwehr „konkurrenzlos effektiv und damit im Interesse des Rechtsgüterschutzes präventiv geboten“ sei. Der ökonomischen Ansatz *Kuhlen*s, dass derjenige zur Rettung verpflichtet sei, bei dem die Rettung die geringsten Kosten verursacht, ist als allgemeine Regel in einer freiheitlichen Gesellschaft aber nicht durchzuhalten, sondern passt nur für eine Gesellschaft, deren oberstes Anliegen die Optimierung von Vermögenswerten, aber nicht der Freiheit ist.

³⁴ *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 157 ff.; *ders.* JR 1974, 160 ff.; *ders.* JR 1987, 162 ff.; *ders.*, in: SK StGB, 1997, § 13 Rdn. 39 f.; *Schmid Keller* FS, 1989, 647 ff., 656; *Samson* StV 1991, 182 ff., 184; *Vogel Lorenz* FS, 2001, 65 ff., 75 f.; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 15 Rdn. 65; *Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 11 Rdn. 16, 33 ff.; *Wohlens*, in: NK StGB, 4. Aufl., 2013, § 13 Rdn. 43, 45.

³⁵ *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 153

²⁶ Vgl. dazu *Kuhlen*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, I. Kap. Rn. 39.

²⁷ Oder die fehlerhaften Produkte sind zwar schon ausgeliefert, befinden sich aber noch im Lager der Vertriebsgesellschaften. Auch dann ist der verkehrssicherungspflichtige Hersteller der Produkte zu Sicherungsmaßnahmen bis hin zum Rückruf der Produkte verpflichtet.

²⁸ Vgl. dazu *Jakobs* BGH FG Bd. IV, 2000, 29 ff.; *ders.*, Die strafrechtlichen Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 34 ff.; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 135: „Ausprägung des »neminem laede«-Prinzips“; *Otto Hirsch* FS, 1999, 291 ff., 296 f.; *Böse wistra* 2005, 41 ff., 44, der die „Garantenpflicht des Herstellers“ damit begründet, dass er eine „Gefahrenquelle eröffnet (habe) und diese aufgrund seines Informationsvorsprungs“ auch beherrsche.

²⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, § 24

³⁰ Vgl. dazu *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974, S. 140 ff.

tungsprinzip³⁶ und zum anderen aus dem „Vertrauensgrundsatz“³⁷.

Daran ist richtig, dass der Verursacher einer Gefahr, der rechtswidrig in den Organisationskreis eines anderen eindringt, verpflichtet ist, diese Usurpation fremder Freiheit wieder rückgängig zu machen, weil die nachteiligen Veränderungen im Organisationskreis des Gefährdeten sein Werk sind. Der Verursacher einer Gefahr kann von den Folgen seines Verhaltens aber auch dann nicht distanziert werden, wenn er in einer risikobewusst³⁸ gewordenen und technisch saturierten Gesellschaft ein Sonderrisiko³⁹ in Anspruch genommen hat, das die Welt zu seinem (des Gefahrverursachers) Vorteil gefährlicher gemacht hat, als sie ohne das Verhalten gewesen wäre⁴⁰. Der BGH⁴¹ hat in der Lederspray-Entscheidung zwar daran festgehalten, dass das „gefahr begründende Vorverhalten ... objektiv pflichtwidrig“ sein müsse, die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens aber daraus hergeleitet, dass die Unternehmensleitung durch die Auslieferung des Produkts „Gefahren (geschaffen habe) aus denen sich im weiteren Fortgang körperliche Schäden für Dritte entwickelt“ hätten. „Die objektive Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens setzt nicht voraus, dass der Handelnde bereits damit seine Sorgfaltspflicht verletzt, sich also fahrlässig verhalten hat. ... Insoweit genügt die rechtliche Missbilligung des Gefährdungserfolges. ... Demgemäß begründet die Schaffung einer Gefahrenlage die zur Schadensabwendung verpflichtende Garantenstellung auch dann, wenn darin noch keine Sorgfaltswidrigkeit liegt“. Da sich aber nur derjenige unerlaubt verhält, der subjektiv erkennbar ein Risiko objektiv unerlaubter Größe schafft⁴², ist rechtlich für die „Schaffung einer Gefahrenlage“ nicht die Ursächlichkeit der Auslieferung der Produkte für die Schädigung von Konsumenten maßgeblich, sondern

hinzukommen muss, dass das Verhalten der Unternehmensleitung bereits zum Zeitpunkt seiner Vornahme wegen seiner schon zu diesem Zeitpunkt erkennbaren Gefährlichkeit als rechtswidrig anzusehen ist, weil andernfalls jedes erfolgskausale Verhalten eine Garantspflicht aus Ingerenz auslösen würde. Dieses Rechtswidrigkeitsurteil ließ sich in der Ledersprayentscheidung aber gerade nicht fällen⁴³, weil der Hersteller alle Sorgfaltsanforderungen beachtet hatte und sich erst Jahre nach der Produkteinführung bei massenhafter Anwendung der Sprays ein bislang verborgener Mangel herausgestellt hat. Der Sache nach behandelt also auch der BGH das In-Verkehr-Bringen eines Produkts also als ein Sonderrisiko, dessen Weiterungen der Produzent auch dann vorbeugen muss, wenn die Auslieferung der Produkte rechtmäßig erfolgt ist.

3. Herrschaft als Haftungsgrund?

Das ist nicht unbestritten. Nach der insbesondere von Schönemann⁴⁴ vertretenen Gegenansicht könne eine Bestrafung des Unterlassenden aus dem Begehungstatbestand nur erfolgen, wenn die Stellung des Unterlassungstäters zu dem rechtsgutsverletzenden Geschehen in den für die Erfolgszurechnung maßgebenden Aspekten mit derjenigen des Begehentäters vergleichbar sei. Wie beim Begehen die „Herrschaft über die Körperbewegung“ als „unmittelbarer Erfolgsgrund“ die Zurechnung zur Person begründe, so müsse die beim begehungsgleichen Unterlassen erforderliche Herrschaft eine „aktuelle (sein), die entweder durch eine eigene Körperbewegung oder aber durch eine schon vorher existierende Beherrschung des sozialen Feldes (Gefahrenquelle bzw. hilfloses Rechtsobjekt)“ vermittelt werde. Die „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ sei ein Typus, der in zwei Formen existiere, einmal als „Herrschaft über die wesentliche Erfolgsursache“ und zum anderen als Herrschaft über die konstitutionelle oder potentielle Hilflosigkeit des Opfers.

³⁶ Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 153

³⁷ Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 167

³⁸ Vgl. dazu Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 29 ff.,

³⁹ Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 39/42; ders. BGH FG Bd. IV, 2000, 29 ff., 43 ff.; vgl. auch Otto Hirsch FS, 1999, 291 ff., 307 f.; Freund JuS 1990, 213 ff.; Kuhlen NStZ 1990, 566 ff., 568; Beulke/Bachmann JuS 1992, 737 ff., 740; Hoyer GA 1996, 160 ff. 175 ff., merkt ergänzend an, dass „rechtmäßiges Vorverhalten“ dann genüge, wenn die Pflicht aus Ingerenz als „Korrelat für die gezogenen Vorteile“ erscheine; es entspreche einer „gerechten Lastenverteilung, zur Bewältigung der eingegangenen Risiken primär diejenigen heranzuziehen, denen der damit verbundene Nutzen ... tatsächlich zugeflossen ist“.

⁴⁰ Prototyp der Inanspruchnahme eines Sonderrisikos ist das Autofahren. Das Autofahren gehört zwar zur erlaubten Gestalt der Gesellschaft. Trotzdem muss der Autofahrer einem von ihm überfahrenen Fußgänger auch dann helfen, wenn der Fußgänger leichtsinnig auf die Fahrbahn getreten ist, weil das Betriebsrisiko des Autos den Leichtsinns des Fußgängers überwiegt; vgl. auch Otto Hirsch FS, 1999, 291 ff., 307 f., der als Indizien für ein Sonderrisiko die „Gefährdungshaftung und die Pflichtversicherung“, wie z.B. beim Autofahren, nennt

⁴¹ BGHSt 37, 106 ff. Rz. 39 ff., 42.

⁴² Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 9/5; ders. Hirsch FS, 1999, 45 ff., 53 ff.

⁴³ Ebenso Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 29/45; ders. BGH FG Bd. IV, 2000, 29 ff., 43 f.; Samson StV 1991, 182 ff., 184; Beulke/Bachmann JuS 1992, 737 ff., 739; Otto Hirsch FS, 1999, 291 ff., 304; Schönemann BGH FG Bd. IV, 621 ff., 637 f.; Böse wistra 2005, 41 ff., 42; Kuhlen NStZ 1990, 566 ff., 567 f.; ders., in: Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, 1. Kap. Rn. 37 f.; ders. Eser FS, 2005, 359 ff., 361; Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 138 ff.; Brammsen GA 1993, 97 ff., 107 ff., 108, der ergänzend anmerkt, dass mit dem „Gefährschaffungselement ... nicht zwischen erlaubten und unerlaubten ... Handlungen unterschieden werden kann“, weil es auch folgenreiche erlaubt riskante Verhaltensweisen gebe; Vogel Lorenz FS, 2001, 65 ff., 75 f.

⁴⁴ Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 235 ff.; ders., Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 84 ff.; ders. wistra 1982, 41 ff., 44 ff.; ders. GA 1974, 231 ff.; ders., In: Breuer u.a. Hrsg., Umweltschutz und technische Sicherheit in Unternehmen, 1994, 137 ff., 150 f., 164 ff.; ders. in Gimbernat u.a., Hrsg., Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 49 ff.; ders. BGH FG Bd. IV, 2000, 621 ff.; ders. Amelung FS, 2009, 303 ff.; ders. GA 2016, 301 ff.; ablehnend auch Lampe ZStW 72, 1960, 93 ff., 106; Langer Lange FS, 1976, 243 ff.; Oehler JuS 1961, 154; Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, 1986, S. 385 ff.

An beidem fehle es aber bei der Ingerenz. Wer Rechtsgüter anderer Personen in Gefahr bringe, hafte nicht für die Weiterungen, weil er zum Zeitpunkt der Unterlassung zwar potenzielle, aber keine aktuelle „Herrschaft über den Grund des Erfolg“ habe. Der Vorhandelnde beherrsche die „wesentlich Erfolgsursache“ nicht, weil er durch die Vorhandlung „den Kausalverlauf aus seinem Herrschaftsbereich entlassen (habe). Gerade deswegen steht er dem weiteren Geschehen ontologisch wie jeder andere gegenüber“⁴⁵. Eine „strafrechtlich sanktionierte Rückrufpflicht für gefährliche Produkte (existiere deshalb) nicht“⁴⁶, da die „eigenverantwortliche Handlung eines über die Risiken aufgeklärten Konsumenten nicht mehr dem Produzenten zugerechnet“ werden könne⁴⁷. Aus der „Übernahme einer Obhut über die Hilflosigkeit des Rechtsguts“ könne sich nur bei „Markenware“⁴⁸ eine Pflicht zur „Warnung“ der Verbraucher ergeben⁴⁹, nicht aber zum Rückruf. Wer sich keine „viel teurere Markenware“ leisten kann, weil er z.B. arbeitslos oder aus anderen Gründen bedürftig ist, wird strafrechtlich also nicht geschützt? Gibt es Konsumenten erster und zweiter Klasse? Schönemann verkennt, dass es Markenware nicht gibt, weil Verbraucher sich darauf verlassen, dass die Hersteller ihre Produkte beobachten und bei Gefahrenzeichen warnen, sondern Verbraucher zahlen für Markenware ein „zusätzliches Entgelt“, weil sie im Wettbewerb dadurch Nachteile vermeiden wollen, dass sie ihren Status durch Markenware unterstreichen: Die Funktion von Markenware besteht deshalb darin, Konsumenten ohne Geschmack mit Geschmack zu versorgen, aber nicht in der Gewährleistung kognitiver (Güter)Sicherheit. Wer Markenware erwirbt kann bei seiner Selbstdarstellung nichts falsch machen, wird wegen seines Konsumverhaltens also nicht geschnitten, weil sein Konsum dem

Geist der Zeit entspricht, an den er sich durch den Erwerb von Markenware flexibel anpasst.

Mit der (tatsächlichen⁵⁰) „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ ist der Pflichtengrund der unechten Unterlassungsdelikte schon deshalb kaum zutreffend benannt, weil es sich bei Unterlassungstaten nicht um natürliche Vorgänge handelt. Das unechte Unterlassen ist zumindest insoweit ein gesellschaftlich bestimmtes Geschehen, als es sich bei einer Garantenstellung um kein Produkt der Natur handelt, sondern um eine gesellschaftliche Institution, wie z.B. das Eltern-Kind-Verhältnis, die Ehe oder das besondere Vertrauen. Da aber auch beim unechten Unterlassen Faktum und Wertung getrennt bleiben müssen, aus einem Vermeidenkönnen also kein Vermeidensollen folgt, muss die „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ auch als rechtlich maßgeblicher Haftungsgrund ausgewiesen werden. Das ist bisher aber nicht gelungen. Denn an der Zuständigkeit des Täters für den Erfolgseintritt kann es beim Tun trotz „Herrschaft über die Körperbewegung“ fehlen, weil auch der Begehenstäter Garant⁵¹ für die Vermeidung des Erfolges sein muss. Wer in einer Gesellschaft, die strafrechtlich garantiert, dass die Organisationskreise verschiedener Personen getrennt bleiben, darauf vertraut, dass andere Personen sich solidarisch verhalten, hat keinen Grund zur Enttäuschung wenn die anderen Personen rettende Verläufe abbrechen, die von deren Organisationskreisen ausgehen, und seine Güter deshalb zu Schaden kommen, ihm die Fortdauer des Verlaufs aber nicht garantiert ist. Weiß der Eigentümer eines Obstgarten z.B., dass ein Landstreicher sich mit den Äpfeln aus seinem Garten versorgt, darf auch dann einen Zaun um den Garten errichten, wenn der Landstreicher deshalb Not leidet. Baut der Eigentümer des Gartens einen Zaun, fehlt es nicht an der „für die Rechtsgutsverletzung kausale(n) Handlung ..., die ... die aktuelle Beherrschung des zur Rechtsgutsverletzung führenden Geschehens vermittelt“⁵². Er verhält sich aber nicht garantiewidrig, weil er dem Landstreicher den Zugang zu dessen Nahrungsquelle abschneiden darf, ihm also nichts nimmt, was ihm (dem Landstreicher) garantiert ist. In einer freiheitlichen Gesellschaft ist es dem Eigentümer zwar nicht gestattet, in den Bereich einzugreifen, der dem Landstreicher als sein Organisationskreis zusteht, darf ihn außerhalb von Rechtfertigungslagen also nicht z.B. mit Schlägen vertreiben, muss ihm

⁴⁵ Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 316; vgl. auch *ders.* GA 1974, 235 ff.; kritisch aber *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 147: „inhaltsleere Tautologie“; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 349 ff.; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 193 f.

⁴⁶ Schönemann *wistra* 1982, 41 ff., 44 f.; ebenso *Schmid Keller* FS, 1989, 647 ff., 656; anders aber *Brammsen* GA 1996, 97 ff., 112 ff., der meint, dass es sich bei der „Produktrückrufpflicht“ um einen „Unterfall“ der „Überwachungsgarantenpflichten“ handele, die er aber nicht an „die Aktualität faktischer (Sach)Herrschaftsbeziehungen“ binden, sondern „rechtliche Einfluss- bzw. Verfügungsverhältnisse“ genügen lassen will; ähnlich *Ransiek* ZGR 1992, 214 ff., 216. Nach dem Verkauf der Ware hat der Verkäufer gegenüber dem Käufer aber weder tatsächlich noch rechtliche „Verfügungsbefugnisse“, weil nicht der Verkäufer vom Käufer Rückgabe verlangen kann, sondern nur der Käufer vom Verkäufer Rücknahme, §§ 323, 346 BGB. Vgl. auch *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 140 f., der die „Monopolstellung (des Herstellers) über die Gefahrensteuerung herausstellt; vgl. auch *Vogel Lorenz* FS, 2001, 65 ff., 76. Wer also als Einziger (oder am Effizientesten und am Kostengünstigsten) helfen kann ist auch verpflichtet zu helfen? Aus Monopolstellungen ergeben sich per se keine Garantenpflichten; kritisch auch *Otto Hirsch* FS, 1999, 291 ff., 298 f.

⁴⁷ Schönemann *Amelung* FS, 2009, 303 ff., 318.

⁴⁸ Schönemann BGH FG Bd. IV, 2000, 621 ff., 640 f.; *ders.* *Amelung* FS, 2009, 303 ff., 317; *ders.* GA 2016, 301 ff., 307.

⁴⁹ Schönemann BGH FG Bd. IV, 2000, 621 ff., 638; *ders.* *Amelung* FS, 2009, 303 ff., 317 f.

⁵⁰ Auch Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten 1971, 351, hält es für „töricht“, leugnen zu wollen, dass bei der Anwendung der Herrschaftsrichtlinie „kein normativer durch Werturteile auszufüllender Restbestand“ übrig bleibe

⁵¹ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 7/51 ff., 7/56; *ders.* *Kaufmann* GS (1989), S. 271 ff., 285, woran es wegen der Verkehrssicherungspflicht für den eigenen Körper zwar selten fehle, aber doch nicht immer. So müsse z.B. der zuständige Arzt ein organersetzendes Gerät abstellen (ein Tun), wenn die Behandlung vom Patienten (mutmaßlich) nicht mehr gewollt werde; anders *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 373 f.

⁵² Schönemann, in *Gimbernat* u.a., Hrsg., Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 49 ff, 53, der verkennt, dass es um die gesellschaftliche, nicht um die kausalgesetzliche Aufarbeitung des Geschehens geht, und dass ein Verhalten je nach seinem sozialen Kontext deshalb einmal „verletzen“ bedeuten kann, ein anderes Mal aber nicht.

aber ohne „besonderen Rechtsgrund“⁵³ auch nicht solidarisch helfen, also auf ein allgemein erlaubtes (sozialadäquates) Verhalten verzichten, weil dies dem Landstreicher nutzt. Der gesellschaftliche Zusammenhang, und nicht die „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ ist auch bei den Pflichten maßgebend, die nicht auf einem Organisationsverhalten des Verpflichteten beruhen, sondern die der Person nach dem Status, den sie in einer Institution, zu der es gegenwärtig keine Organisationsalternative gibt⁵⁴, innehat, zugeschrieben werden. Bei institutionell begründeten Pflichten kann die Zuständigkeit des Unterlassenden für die Erfolgsvermeidung auch ohne aktuelle Herrschaft gegeben sein, wie z.B. beim Eltern-Kind-Verhältnis. Eltern, die ihr Kind unversorgt lassen, organisieren nichts, sind nicht verkehrssicherungspflichtig und haben auch nichts übernommen, was ihre „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ begründen könnte. Wenn sie trotzdem für den Tod des Kindes einstehen müssen, kann der Grund dafür nicht die Begehensähnlichkeit des äußeren Geschehens sein, sondern nur ihre Zugehörigkeit zur Institution Eltern-Kind-Verhältnis, die Herrschaft weder voraussetzt noch begründet, aber für die rechtliche Verfassung der Gesellschaft von gleicher elementarer Bedeutung ist, wie das Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung. Die Institution „Elternschaft“ verdichtet die Beziehung der zur Fürsorge für ihre Kinder verpflichteten Eltern über Nur-Negatives hinaus zu einer bereichsweise gemeinsamen Welt. Eltern sind deshalb aufgrund institutioneller Verbundenheit auch dann für das Wohlergehen ihrer Kinder verantwortlich, wenn sie außer Haus sind und ihnen deshalb die aktuelle Herrschaft über die Schadensanfälligkeit ihrer Kinder fehlt. Denn bei den Garantstellungen kraft institutioneller Zuständigkeit bestimmt nicht die „Herrschaft über die Anfälligkeit des Opfers“ den Umfang der Pflichten des Unterlassenden, sondern ihm werden seine Pflichten aufgrund des Status zugeordnet, die er in der Institution innehat, wie z.B. die Pflicht der Eltern zu umfassender Sorge für ihre Kinder. Bei den unechten Unterlassungsdelikten ist (wie auch beim Begehen) rechtlich maßgeblicher Haftungsgrund also nicht die Herrschaft über den Erfolgsgrund, sondern (bei den Garantstellungen kraft institutioneller Zuständigkeit) das Unterlassen des in Funktion-Setzens einer bestandsnotwendigen Institution, wie z.B. des Eltern-Kind-Verhältnisses durch tätige Zuwendung zum Destinatär der Pflicht.

III. Inhalt der Pflichten aus Ingerenz

Hat der Schadensverlauf den Organisationkreis des Produzenten verlassen und denjenigen des Opfers schon erreicht, geht es also nicht mehr nur um den Schutz Außenstehender vor den Außenwirkungen eines Organisationskreises, sondern um die Revokation einer bereits geschehenen Einwirkung oder die Rettung eines bereits in Gefahr geratenen Gutes, können dafür der Verursacher

⁵³ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, § 24.

⁵⁴ Und die für den Bestand einer Gesellschaft deshalb von gleicher elementarer Bedeutung ist, wie das Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung; vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 81 ff.

der Gefahr zuständig sein, aber auch das Opfer, dessen Organisationskreis anfällig gestaltet war⁵⁵, oder dritte Personen, wie z.B. die zuständigen Aufsichtsbehörden. Der Hersteller eines fehlerhaften (falsch konstruierten oder mit einem Herstellungsmangel behafteten) Produkts, der durch das Inverkehrbringen dieses Produkts eine Gefahr in einen fremden Organisationskreis getragen hat, muss die Gefahr neutralisieren, also z.B. Verbraucher vor Produktgefahren warnen⁵⁶ und sie über den sicheren Umgang mit dem Produkt instruieren, oder die Gefahrenquelle durch Veranlassung eines Rückrufs aus dem Organisationskreis des Verwenders entfernen, wenn sie sich auszuwirken droht⁵⁷. Ergibt die Produktbeobachtung⁵⁸ z.B., dass eine Serie der von einem Autokonzern hergestellten Pkw mit defekten Bremsen ausgeliefert wurde, muss der Hersteller nicht nur einen Verkaufsstopp verhängen, sondern auch die Verbraucher zur Stilllegung der Fahrzeuge auffordern, die Fahrzeuge dieser Serie erworben haben. Beachten Verbraucher die Warnungen nicht, handeln sie auf eigene Gefahr. Für die Folgen ist dann nicht der Hersteller verantwortlich, sondern die Verbraucher, die den Selbstschutz nicht geleistet haben, den jeder Vernünftige geleistet hätte⁵⁹. Setzen Verbraucher sich über Warnungen des Herstellers hinweg und kommen deshalb Dritte zu Schaden, haftet zwar der Verbraucher für die Schadensfolge, aber nicht der Hersteller, wenn die Warnung hinreichend deutlich ausgefallen ist. Denn der Hersteller durfte dann darauf vertrauen, dass verständige Verbraucher die Warnung ernst nehmen (Vertrauensgrundsatz). Anlass zu Misstrauen hat der Hersteller nur, wenn nach einer von ihm ausgesproche-

⁵⁵ Torkelt z.B. ein angetrunkener Fußgänger auf eine dicht befahrene Straße und wird dort von einem Autofahrer angefahren, der sich innerhalb des erlaubten Risikos gehalten hat, überwiegt die Obliegenheitsverletzung des Fußgängers die Betriebsgefahr des Autos. Der Autofahrer ist dann nicht rettungspflichtig, sondern nur nach § 323c zur Hilfe verpflichtet.

⁵⁶ Vgl. dazu Böse wistra 2005, 41 ff., 42. Die Pflicht zur Warnung vor Produktgefahren kann auch Produkte anderer Hersteller zum Gegenstand haben, wenn deren Produkte bestimmungsgemäß oder auch nur typischerweise mit dem Produkt des Herstellers verbunden werden;

⁵⁷ Zum Rückruf seiner Produkte ist der Hersteller nur verpflichtet, wenn Warnungen nicht ausreichen, insbesondere also dann, wenn sie auf Adressaten treffen, die im Hinblick auf die Gefahreinschätzung entweder inkompetent oder ignorant sind, der Warnung also möglicherweise auch aus Mutwillen nicht nachkommen. Rückrufaktionen können also begünstigen unvernünftiges (leichtsinniges) Verhalten begünstigen und deshalb in einer Wirtschaftsordnung dysfunktional wirken, die auf dem Leitbild des informierten, rational entscheidenden Verbrauchers aufbaut, der schon im Eigeninteresse Warnungen ernst nimmt, das Produkt also stilllegt, und sein Äquivalenzinteresse vertragsrechtlich liquidiert.

⁵⁸ Der Hersteller erfüllt seine Produktbeobachtungspflicht, wenn er bei ihm eingehende oder z.B. aus den Medien bekannt gewordene Schadensmeldungen sammelt und umgehend an die zuständigen Abteilungen des Unternehmens weiterleitet, die dann dafür sorgen müssen, dass die Meldungen von sachkundigen Mitarbeitern analysiert und ausgewertet werden; vgl. zur Produktbeobachtung Tiedemann Hirsch FS, 1999, 765 ff., 770 ff.

⁵⁹ Vgl. auch Otto Hirsch FS, 1999, 291 ff., 310: „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“.

nen Warnung weiter Schadensmeldungen bei ihm eingehen.

Hat der Gefährdete (wie z.B. in der Lederspray-Entscheidung) zwar kein Recht von dem gefährdenden Verhalten verschont zu bleiben (die Auslieferung des Produkts war rechtmäßig), wohl aber vor dessen Konsequenzen geschützt zu werden, und reichen Warnungen nicht aus, um Schadensrisiken zu bannen, muss er die Gefahrenquelle revozieren damit es erst gar nicht zu Schadensfällen kommt⁶⁰. Die strafrechtliche Produkthaftung kann deshalb zwar garantieren, dass Weiterungen des gefährdenden Verhaltens vermieden werden, indem sie dem Verursacher der Gefahr die Pflicht auferlegt, die Gefahrenquelle zu neutralisieren, also z.B. einen mit defekten Bremsen hergestellten Pkw aus dem Organisationskreis des Käufers zu entfernen oder die Entfernung mittels eines Rückrufs zu organisieren. Neutralisiert der Verpflichtete die Gefahrenquelle zurechenbar nicht und kommt es deshalb zu Weiterungen, versagen also z.B. die Bremsen auf einer abschüssigen Straße und wird der Fahrer deshalb verletzt⁶¹, sind dem Hersteller die Folgen seiner Pflichtverletzung zurechenbar. Da „Thatsachen (aber) unerbittlich“⁶² sind, kann die strafrechtliche Produkthaftung bereits Geschehenes nicht ungeschehen machen, also keine Wunden heilen und auch keine fehlerhaften Sachen reparieren, sondern nur darauf bestehen, dass die Norm trotz der Äußerung des Täters gilt, an das Sinnangebot des Täters also nicht deliktisch angeschlossen werden soll. Die infolge des Vorverhaltens im Organisationskreis des Gefährdeten bereits eingetretenen nachteiligen Veränderungen sind für die Bestimmung der Pflichten des Vorhandelnden daher ohne Bedeutung⁶³; denn der Gefährdete kann nur beanspruchen, von den Weiterungen des Schadensverlaufs verschont zu werden, ihm ist aber nicht die Wiederherstellung eines bereits geschädigten Guts garantiert. Die Wiederherstellung eines bereits geschädigten Guts kann der Geschädigte nur auf dem Weg der Naturalrestitution (§ 249 BGB) verlangen, also nur durch zivilrechtlich zu leistenden Schadenersatz⁶⁴ (§ 823 BGB), aber nicht mit strafrechtli-

chem Nachdruck, weil Ingerenz und Schadenersatz verschiedene Ordnungsmodelle mit jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen und Folgen sind⁶⁵, der Schutz vor vermeidbaren Weiterungen eines zurechenbar in Gang gesetzten Schadensverlaufs bei der Ingerenz und die Wiederherstellung eines geschädigten Guts beim Schadenersatz. Oder anders gesagt: Die Ingerenz hat keinen, auf die Wiedergutmachung eines vom Vorhandelnden bereits angerichteten Schadens gerichteten positiven Inhalt⁶⁶, sondern verlängert⁶⁷, nur das jedem garantierte Recht, nicht gefährdet zu werden, ist also (ebenso wie die Verkehrspflichten) nur-negativ auf Sicherung, aber nicht auf Wiederherstellung gerichtet.

Überlagert der Organisationskreis des Vorhandelnden den Organisationskreis eines anderen dergestalt, dass der Inhaber des anderen Organisationskreises tatsächlich oder rechtlich gehindert ist, seine Eigentümerrechte nach seiner Willkür zu gebrauchen, ist Inhalt der Pflichten aus Ingerenz nur die Beendigung dieser Usurpation fremder Freiheit. So ist z.B. der Schütze eines Balles, der bei einem Fußballspiel durch einen Fehlschuss versehentlich eine Fensterscheibe zertrümmert, zwar verpflichtet, den Ball aus dem Wohnzimmer des Anliegers des Fußballplatzes zu entfernen. Denn außerhalb von Rechtfertigungslagen⁶⁸ ist die Entfernung des Balls durch den Wohnungseigentümer gegen den Willen des Schützen solange als verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) unerlaubt ist, wie der Schütze das Eigentum an dem Ball für sich reklamiert. Steht dem Schützen im Organisationskreis des Wohnungseigentümers aber eine „Schutzenklave“ zu, überlagert er also mit seinem, durch das Selbsthilfeverbot geschützten Eigentumsrecht den Organisationskreis des Wohnungseigentümers, der durch die Lage des Balls in der Ausübung seiner Eigentümerrechte eingeschränkt ist, weil er die rechtlich garantierte Position des Schützen respektieren muss. Mangels eines Selbsthilferechts muss der Wohnungseigentümer die Überlagerung seines Organisationskreises durch den Organisationskreis des Schützen dulden, kann aber die Entfernung des Balls verlangen, weil nur der Schütze, aber nicht der Wohnungseigentümer rechtlich in der Lage ist, die Überlagerung der Organisationskreise rückgängig zu machen (Pflicht aus Ingerenz⁶⁹). Der Schütze

⁶⁰ Vgl. zu Rückufanordnungen der zuständigen Aufsichtsbehörde §§ 4, 8 Abs. 4 Satz 2 Nr. 7 GPSG.

⁶¹ Versagen die Bremsen auf einer abschüssigen Straße und wird der Fahrer verletzt, muss der Hersteller des fehlerhaften Pkw den Fahrer zwar aus dem Auto befreien, seine Wunden versorgen und ihn in das nächste Krankenhaus bringen lassen, wenn anders dessen Tod nicht vermieden werden kann. Er muss aber nicht das beschädigte Auto reparieren lassen. Zur Reparatur des Autos ist er nur zivilrechtlich verpflichtet.

⁶² *Osenbrügge* Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, Bd. I, 1857, S. 37 f.

⁶³ Wer ein Sonderrisiko in Anspruch nimmt, also z.B. beim ordnungsgemäßen Autofahren einen Unfall verursacht, haftet zwar nicht für den Schaden, den er beim Unfallopfer angerichtet hat. Er muss die von ihm geschlagene Wunde aber verbinden, um Weiterungen zu verhindern. Drohen keine Weiterungen, muss sich der Autofahrer deshalb auch nicht um das Unfallopfer kümmern, also nicht etwa die bei dem Unfall zerrissenen Hose des Opfers flicken.

⁶⁴ Vgl. zum Verhältnis von Ingerenz und Schadenersatz auch *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 135, 151; *Kuhlen Eser* FS, 2005, 359 ff., 369, der darauf hinweist, dass zwar „die Strafhaftung mit einem sozialetischen Vorwurf verbunden“ sei,

die „Deliktshaftung gem. § 823 Abs. 1“ BGB aber gerade nicht.

⁶⁵ Vgl. dazu auch *Otto Hirsch* FS, 1999, 291 ff., 293 f.

⁶⁶ Für den durch die Vorhandlung angerichteten Schaden haftet der Vorhandelnde nach den allgemeinen Regeln, also nur, wenn er ihn durch ein Verhalten außerhalb des erlaubten Risikos herbeigeführt hat.

⁶⁷ Der Grund der Verlängerung ist das Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung. Wer sich die Freiheit herausnimmt, andere zu gefährden, muss sich um die Sicherheit der Güter des Gefährdeten kümmern. Die Ingerenz verbindet das gefahrschaffende Vorverhalten also mit der unterlassenen Rettung zu einem Geschehen, das als Stellungnahme zu den Rechten des Gefährdeten deliktischen Sinn aufweist. .

⁶⁸ Die Entfernung des Balls wird zwar häufig dem mutmaßlichen Willen des Geschädigten entsprechen, aber doch nicht immer

⁶⁹ Entfernt oder sichert der Schütze den Ball nicht, und kommt der Wohnungseigentümer deshalb zu Fall, haftet der Schütze wegen Körperverletzung (§ 223), weil der Schütze für sein Eigentum sicherungspflichtig ist.

ist aber auch dann nicht bei ansonsten drohender Strafe der Sachbeschädigung (§ § 303) verpflichtet, für die Reparatur des Fensters zu sorgen, wenn gerade ein Unwetter aufzieht und deshalb die Möbel des Geschädigten zu verderben drohen. Droht ein Unwetter, muss der Schütze nicht nur den Ball als Gefahrenquelle im Organisationskreis der Gefährdeten absichern und (mit Zustimmung des Wohnungseigentümers) entfernen, sondern auch die Möbel zur Seite rücken oder abdecken, damit sie keinen Schaden nehmen, sofern der Wohnungseigentümer einwilligt. Denn die Haftung wegen eines vorangegangenen gefährdenden Tuns ist keine Haftung aus Schadenersatz, sondern unterscheidet sich vom Schadenersatz gerade dadurch, dass sie (anders als der Schadenersatz) nicht darauf gerichtet ist, den Zustand herzustellen, der sich ohne das schädigende Verhalten eingestellt hätte. Nochmals beispielhaft: Da der aus Ingerenz Verpflichtete keinen Schadenersatz schuldet, sondern nur zur Neutralisierung einer von ihm zurechenbar geschaffenen Gefahrenquelle verpflichtet ist, begeht der Hersteller einen Autos deshalb zwar durch Unterlassen eine Sachbeschädigung (§ 303), wenn wegen der defekten Bremsen des mit einem Herstellungsfehler ausgelieferten PKW vorhersehbar Bremsflüssigkeit austritt und den Boden der Garage eines Verbrauchers kontaminiert und der Verbraucher deshalb tatsächlich gehindert ist, seine Garage zu nutzen⁷⁰. Droht Bremsflüssigkeit auszutreten, muss der Hersteller zwar das fehlerhafte Auto entfernen und er muss auch die kontaminierte Stelle sichern, wenn bereits Bremsflüssigkeit ausgetreten ist, damit niemand zu Schaden kommt. Er muss aber nicht bei ansonsten drohender Strafe der Sachbeschädigung (§§ 13, 303) den kontaminierten Boden abtragen, durch neuen ersetzen und den Garagenboden wieder in den Zustand zurück versetzen, in dem er sich vor dem schädigenden Ereignis befunden hat. Denn würde der Produzent nicht nur für das Austreten der Bremsflüssigkeit haften, sondern auch für die Beseitigung der Folgen des Austretens, so ginge es nicht mehr um eine Haftung für die Weiterungen eines vorausgegangenen gefährdenden Tuns (der Auslieferung des fehlerhaft hergestellten Kraftwagens), sondern um Wiedergutmachung, also um eine Haftung auf Schadenersatz, weil es zwar Aufgabe des Schadenersatzes ist, tatsächlich vorhandene Einschränkungen der Nutzbarkeit eines Guts zu beseitigen, aber nicht der Ingerenz⁷¹.

⁷⁰ Die Usurpation fremder Freiheit liegt in der Auslieferung des fehlerhaften Produkts. Das fehlerhafte Produkt geht zwar in das Eigentum des Käufers über, so dass er mit dem Produkt nach seinem Belieben verfahren kann. Will er das Produkt aber nicht behalten, sondern dem Verkäufer zurückgeben (§§ 323, 346 BGB), und sein Äquivalenzinteresse vertragsrechtlich liquidieren, muss er es bis zur Rückgabe aber im Interesse des Verkäufers sorgfältig verwahren, wenn er keine Rechtsnachteile erleiden will. Die Obliegenheit zu sorgfältiger Verwahrung schränkt den Käufer in der Ausübung seiner Freiheitsrechte ein, weil er die Integrität des fehlerhaften Produkts respektieren muss, da die Rückabwicklung des Geschäfts scheiterte, wenn er es auf die ihm günstigste Weise entsorgen würde

⁷¹ Wie der Hersteller die Neutralisierung der Gefahrenquelle organisiert ist ihm überlassen, solange nur kein Restrisiko verbleibt; vgl. auch Otto Hirsch FS, 1999, 291 ff., 310, der auf die „konkreten Umstände“ verweist; Kuhlen Eser FS, 2005, 359 ff., 361 ff. Er kann deshalb z.B. vor den Gefahren

Zu den Weiterungen eines gefährdenden Verhaltens⁷² können auch Einbußen rechtlich garantierter Freiheit gehören, also der Freiheiten, die auf Rechten beruhen, deren Bestand der Gezwungene nötigenfalls durch die Inanspruchnahme von Notrechten verteidigen darf. Zu nahezu jedem gefahrschaffenden Vorverhalten müsste also eine Nötigung hinzutreten⁷³, weil schon das bloße Vorhandensein einer Gefahrenquelle im Organisationskreis des Gefährdeten ein Hindernis der Freiheit ist, auf das sich der Gefährdete notgedrungen einstellen, also z.B. das mit defekten Bremsen ausgelieferte Fahrzeug nicht nutzen wird, wenn er anderenfalls um sein Leben fürchten muss. Die präventiv sinnlose mehrfache Bestrafung eines jeden Vorhandelnden sowohl wegen der nicht abgewendeten Folgen seines Verhaltens als auch wegen der Nötigungseffekte dieses Verhaltens, lässt sich nur vermeiden, wenn bei Einbußen rechtlich garantierter Freiheit danach unterschieden wird, ob der Gefährdete aufgrund des Vorverhaltens tatsächlich oder rechtlich gehindert war, seine Freiheit nach seiner Willkür zu gebrauchen. Ist der Käufer des mit fehlerhaften Bremsen ausgestatteten Fahrzeugs bei einem Unfall zu Schaden gekommen, so ist der Hersteller zwar verpflichtet, den Verunglückten zu bergen (oder die Bergung zu veranlassen), seine Wunden zu verbinden und ihn in das nächste Krankenhaus zu schaffen, wenn Lebensgefahr droht (Pflicht aus Ingerenz). Er muss aber nicht dafür sorgen, dass das beschädigte Auto repariert oder die blutverschmierte Kleidung des Unfallopfers gereinigt wird, und er muss dem Verunglückten auch dann nicht bei Strafe der Nötigung (§ 240) die Mittel zur Verfügung stellen, die für die Beschaffung eines Ersatzwagens erforderlich sind, wenn der Geschädigte anderenfalls einen für sein berufliches Fortkommen wichtigen Termin versäumt. Auch der dem Verletzten drohende Freiheitsverlust ist zwar eine der Weiterungen des gefährdenden Verhaltens. Da das Recht aber bei der Ausgestaltung des Schutzes

des Produkts öffentlichkeitswirksam waren, oder einen Rückruf anordnen, wenn Warnungen nicht ausreichen. Er kann das fehlerhafte Produkt aber auch reparieren oder nachrüsten lassen oder auf seine Kosten gegen ein anderes Produkt gleicher Art austauschen. Da die Lieferung eines fehlerhaften Produkts nur das Äquivalenzinteresse des Erwerbers beeinträchtigt, aber nicht sein Integritätsinteresse, kann der Erwerber vom Hersteller mit strafrechtlichem Nachdruck keine Maßnahmen verlangen die dem Ausgleich seines Äquivalenzinteresses dienen, wie z.B. Austausch, Reparatur oder Nachrüstung, sondern nur vertragsrechtlich, §§ 434, 437, 439 BGB; vgl. auch BGH NJW 2009, 1080 ff. mit Anm. Wagner JZ 2009, 908 ff.; vgl. auch Schünemann BGH FG Bd. IV, 2000, 621 ff., 638; anders wohl Kuhlen Eser FS, 2005, 359 ff.; 361; ders. in: Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, 1. Kap. Rn. 42, der meint, dass der Hersteller zu bestimmten „Rückrufmaßnahmen“ verpflichtet sei, „soweit nur diese den vom Produkt ausgehenden Gefahren für Leib und Leben der Verwender oder Dritten effektiv begegnen“.

⁷² Zu Spätfolgen eines schädigenden Ereignisses vgl. Knauer GA 1998, 429 ff.; Gomez Rivero GA 2001, 283 ff.; Schlehofer NJW 1989, 2017 ff., 2025, der meint, dass der Erfolg „derselben Zeitdimension angehören (müsse) wie die Tathandlung“. Daran ist richtig, dass typische Folgen des Vorverhaltens über dieses Verhalten abgerechnet werden können; anders aber Kuhlen Eser FS, 2005, 359 ff., 371, der auf die Strafzumessung verweist.

⁷³ Vgl. Jakobs, Nötigung, 2015, S. 36 ff.

der dem Gefährdeten als Entfaltungsmittel garantierten Rechte⁷⁴ (Leben, Leib, Eigentum, Freiheit) die mit ihrer Gefährdung oder Schädigung verbundenen Nötigungseffekte bereits mitbedacht wurden⁷⁵, können die als Folge des Vorverhaltens eingetretenen Freiheitsverluste jedenfalls dann über das Vorverhalten abgerechnet werden, wenn sie eine typische Folge gerade dieses Vorverhaltens sind. Ist der Gefährdete aber nicht nur tatsächlich am Gebrauch seiner Freiheit gehindert, weil das Vorverhalten ihm als Entfaltungsmittel garantierte Rechte in Gefahr gebracht oder geschädigt hat, und er deshalb (so er sich vernünftig verhält) einen Arzt oder ein Krankenhaus aufsuchen wird, sondern rechtlich, muss der dann über den Gefährdungserfolg des Vorverhaltens nicht abrechenbare Nötigungseffekt dem Gefährdenden gesondert als Nötigung zugerechnet werden. Fährt ein Autofahrer z.B. er mit defekten Bremsen in eine enge Kurve ein und wird er aus der Kurve getragen, weil die Bremsen versagen, so dass das Auto die Außenwand eines neben der Straße stehenden Hauses durchbricht und erst im Wohnzimmer zum Stehen kommt, nötigt der Fahrer den Hauseigentümer zum Unterlassen der Benutzung des Wohnzimmers, wenn er nicht unverzüglich dafür sorgt, dass das Auto entfernt wird. Der beim Hauseigentümer entstandene Freiheitsverlust kann nicht als typische Folge des gefährdenden Verhaltens abgerechnet werden, weil der Hauseigentümer nicht nur tatsächlich, sondern rechtlich gehindert ist, sein Eigentum nach seiner Willkür zu nutzen. Denn dem Hauseigentümer steht es rechtlich nicht frei, mit dem in seinem Wohnzimmer stehenden Auto nach seinem Belieben zu verfahren, weil das Auto im Eigentum des Fahrers steht und die Entfer-

⁷⁴ Garantiert sind Rechte, die ihr Inhaber nötigenfalls durch die Inanspruchnahme von Notrechten (§ 32) verteidigen darf. Dazu gehören Forderungsrechte nicht, weil bei Forderungsrechten nur die Stellung als Inhaber garantiert ist, während sie im Übrigen nur in den dafür vorgesehenen Verfahren geschützt sind.

⁷⁵ Die rechtliche Aufarbeitung des mit der Gefährdung garantierter Rechte typischerweise verbundenen Nötigungseffekts leistet der zivilrechtliche Schadenersatzanspruch, der dem Gefährdeten einen Ausgleich für den ihm entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) und (unter engen Voraussetzungen) eine Kompensation seines Nutzungsausfallschadens (§ 249 BGB) gewährt.

nung des Autos gegen den Willen des Eigentümers⁷⁶ deshalb als verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) unerlaubt wäre⁷⁷. Der Nötigungseffekt des Vorverhaltens muss deshalb gesondert als Nötigung abgerechnet werden, wenn die Neutralisierung der Gefahrenquelle einen Eingriff in fremde Rechte erfordern würde, der Gezwungene aber rechtlich gebunden ist, den Eingriff solange zu dulden, wie der Vorhandelnde sein Recht nicht aufgibt (§ 959 BGB).

IV. Grenzen der Pflichten aus Ingerenz

Auch bei der Ingerenz setzt die Mindestsolidarität (§ 323c) den Pflichten des Vorhandelnden Grenzen. Der Hersteller eines fehlerhaften Produkts muss also mehr aufopfern, als er rettet, weil er dem drohenden Schaden nähersteht, als der Gefährdete. Auf die mit einem Rückruf verbundenen Kosten kann der Hersteller deshalb erst verweisen, wenn diese im Hinblick auf das gerettete Gut unverhältnismäßig hoch ausfallen. Ein Hersteller von Tiernahrung muss sein Produkt z.B. also auch dann zurückerufen, wenn der Rückruf den Bestand seines Unternehmens gefährdet, wenn der Wert der durch das Produkt gefährdeten Tiere geringer, aber nicht unverhältnismäßig geringer ist, als seine Aufwendungen. Bei Gütern von höchstem Wert, Leib, Leben und Freiheit, hat die Pflichtengrenze allerdings keine Bedeutung⁷⁸.

⁷⁶ Der Hersteller des mit defekten Bremsen ausgelieferten Autos kann vom Eigentümer Zustimmung zu Entfernung des Autos aus dem Wohnzimmer des Geschädigten verlangen, weil der Eigentümer (auch im Interesse des Herstellers) verpflichtet ist, für die Minderung des Schadens zu sorgen, § 254 BGB

⁷⁷ Anders aber, wenn der Fahrer das Eigentum an seinem Auto derelinquiert (§ 959 BGB) und der Hauseigentümer deshalb mit dem Fahrzeug nach seinem Belieben verfahren kann. Dann kann der Hauseigentümer nicht mehr die Entfernung des Autos verlangen, sondern nur noch schuldrechtlich die Kosten der Entfernung liquidieren, §§ 823, 249 BGB.

⁷⁸ Vgl. auch *Kuhlen* Eser FS, 2005, 359 ff., 366 ff., der nach Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Maßnahme fragt und „noch vertretbare Maßnahmen“ genügen lässt.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

479. BVerfG 1 BvR 141/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 26. März 2017

Vorratsdatenspeicherungsgesetz (erneuter erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; auch angesichts der Entscheidung des EuGH im Verfahren „Tele2 Sverige“ keine Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen im Eilverfahren; Bezugnahme auf bereits vorgenommene Folgenabwägung).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100g StPO; § 101a StPO; § 101b StPO; § 113a TKG; § 113b TKG

480. BVerfG 1 BvR 1384/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. März 2017 (OLG Bamberg / LG Würzburg / AG Würzburg)

Verletzung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung wegen Beihilfe zur Volksverhetzung (Meinungsfreiheit und Schutz von Tatsachenbehauptungen; allgemeine Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit; Ausnahme bei meinungsbeschränkenden Gesetzen gegen die propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; Wechselwirkungslehre; Auslegung mehrdeutiger Äußerungen; Berücksichtigung des Gesamtkontexts der Äußerung; erhöhte verfassungsgerichtliche Kontrolldichte).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 3 Var. 2 StGB; § 27 StGB

481. BVerfG 1 BvR 1438/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 13. März 2017 (OLG Rostock / AG Grevesmühlen)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (Bezugnahme auf eine öffentlich zugängliche diffamierende Abbildung in einem Internetbeitrag; zu

eigen gemachter Abbildungsinhalt; fehlende spezifisch politische Aussage der Abbildung; verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz; Überwiegen der persönlichen Ehre).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

482. BVerfG 1 BvR 3156/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 26. März 2017

Vorratsdatenspeicherungsgesetz (erneuter erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; auch angesichts der Entscheidung des EuGH im Verfahren „Tele2 Sverige“ keine Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen im Eilverfahren; Bezugnahme auf bereits vorgenommene Folgenabwägung).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100g StPO; § 101a StPO; § 101b StPO; § 113a TKG; § 113b TKG

483. BVerfG 2 BvR 1016/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. April 2017 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Beschwer eines Strafgefangenen durch eine strafvollzugsrechtliche Entscheidung (bloße Anordnung einer Neubestimmung auf einen Verpflichtungsantrag; Willkürverbot; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz; Verletzung bei Verneinung der Beschwer durch das Rechtebeschwerdegericht).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 116 StVollzG; Art. 37 BayStVollzG

484. BVerfG 2 BvR 2190/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Februar 2017 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)

Auferlegung einer Missbrauchsgebühr (Vorenthalten verfahrensrelevanter Informationen im Vortrag zur Verfassungsbeschwerde; Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Finanzierung islamistischer Terroristen; Verwendung eines von einem salafistisch geprägten Verein gespendeten Krankenwagens als Anschlagsmittel in Syrien; grob unsachlicher Vorwurf „rassistischer Diskriminierung“ gegen die Ermittlungsbehörden).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 89a StGB

485. BVerfG 2 BvR 2551/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Bochum / AG Bochum)

Durchsuchung bei einer Vermögensverwaltungsgesellschaft wegen des Verdachts der Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Begrenzungsfunktion des Durchsuchungsbeschlusses; hinreichende Bestimmtheit in Bezug auf den Tatzeitraum; erforderliche Angaben; Beschränkung auf nichtverjährte Straftaten).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 103 StPO; § 105 StPO

486. BGH 1 StR 19/17 – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Bewaffnetes Handelstreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen der Waffe durch einen Gehilfen grundsätzlich nicht ausreichend); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei einem Heranwachsenden (erforderliche Erörterung der Voraussetzungen wegen der Einspurigkeit des Jugendstrafrechts); Mittäterschaft (Voraussetzungen).

§ 40 Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 5 Abs. 3 JGG; § 105 Abs. 1 JGG; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 25 Abs. 1 StGB

487. BGH 1 StR 362/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Augsburg)

Entziehung Minderjähriger (Begriff des Entziehens: faktische Beeinträchtigung des Rechts zur Personensorge, erforderliche Dauer: umfassende Gesamtbetrachtung im Einzelfall, konkrete Gefährlichkeit für das Kind); Berufsverbot (Missbrauch des Berufs oder Gewerbes oder grobe Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten: berufstypischer Zusammenhang der Tat, hier: Arzt und Medikamentenmissbrauch); Schuldunfähigkeit (Pädophilie als andere schwere seelische Abartigkeit und erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit).

§ 235 Abs. 1 StGB; § 1631 BGB; § 70 Abs. 1 StGB; § 20 StGB

488. BGH 1 StR 451/16 – Beschluss vom 23. März 2017 (LG Frankfurt (Oder))

Besonders schwere Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Täterschaft: erforderliche steuerrechtliche Aufklärungspflicht, Verhältnis von Mittäterschaft und bandenmäßiger Begehung).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 AO; § 25 Abs. 2 StGB

489. BGH 1 StR 505/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Stade)

Steuerhinterziehung (Berechnung des Steuerschadens: Möglichkeit der pauschalen Schätzung auf Grundlage der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen, Darstellung im Urteil).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

490. BGH 1 StR 540/16 – Beschluss vom 8. März 2017 (LG Würzburg)

Betrug durch Unterlassen (erforderliche vermögensbezogene Aufklärungspflicht: Informationspflicht des Geschäftsführers einer Fondsgesellschaft über Vermögensentnahmen gegenüber seinen Anlegern, hier: bei laufenden Einzahlungen der Anleger in sog. „blind pools“, erforderliche Aufklärung über strafbar Handlungen); Untreue (Vermögensnachteil: Berechnung, relevanter Zeitpunkt der pflichtwidrigen Handlung; erforderliche Feststellungen zu Nachteilen der Gesellschafter bei Untreue zu Lasten einer KG).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

491. BGH 1 StR 587/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Augsburg)

Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe (erforderlicher Aufklärungserfolg); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB

492. BGH 1 StR 621/16 – Urteil vom 5. April 2017 (LG Aschaffenburg)

Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten: erforderliche Gesamtbetrachtung, zeitliche Verteilung der Straftaten).

§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB

493. BGH 1 StR 76/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erforderlichen erzieherischen Einwirkung).

§ 18 Abs. 2 JGG

494. BGH 1 StR 622/16 – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Koblenz)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilungspflicht; regelmäßiges Beruhen auf einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 StPO

495. BGH 2 StR 188/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Neubrandenburg)

Gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftliche Begehung: Voraussetzungen, Erhöhung der Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 261 StPO

496. BGH 2 StR 23/16 – Urteil vom 15. März 2017 (LG Frankfurt a. M.)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Täterschaft des Empfängers der Betäubungsmittel im Inland).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

497. BGH 2 StR 323/16 – Urteil vom 11. Januar 2017 (LG Frankfurt a. M.)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Abweichen von einem Sachverständigengutachten: Darstellung im Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

498. BGH 2 StR 345/16 – Beschluss vom 11. April 2017 (LG Kassel)

Unterlassene Hilfeleistung (Straftat als Unglücksfall; Darstellung der Tatbestandsmerkmale im Urteil).
§ 323c StGB

499. BGH 2 StR 370/16 – Beschluss vom 14. März 2017 (LG Erfurt)

Verdeckungsmord (erforderliche Verdeckung einer anderen Tat: erforderliche Zäsur zwischen vorheriger Tathandlung und Tötungshandlung mit Verdeckungsabsicht).
§ 211 StGB

500. BGH 2 StR 47/17 – Urteil vom 26. April 2017 (LG Mühlhausen)

Strafzumessung (Annahme eines minderschweren Falls: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 46 StGB; § 56 StGB

501. BGH 2 StR 76/16 – Urteil vom 1. Februar 2017 (LG Aachen)

Mittäterschaft (erforderliche Abgrenzung zur Beihilfe im Urteil: keine automatische Mittäterschaft bei Beteiligung an Bandendelikt).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

502. BGH 2 StR 409/16 – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Aachen)

Anklageschrift (erforderliche Konkretisierung der verfahrensgegenständlichen Tat: Angaben zur Tatzeit und Tatort); tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: Darstellung im Urteil).
§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 264 StPO

503. BGH 2 StR 454/16 – Urteil vom 12. April 2017 (LG Stralsund)

Verwertungsverbot für aus dem Bundeszentralregister getilgte Vorverurteilungen (Anwendbarkeit bei der Anordnung von Maßregeln; Ausnahmen); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit: Unbeachtlichkeit weiterer Behandlungsmöglichkeiten).
§ 51 Abs. 1 BZRG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG; § 63 StGB; § 62 StGB

504. BGH 2 StR 463/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Frankfurt a. M.)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung aller Beweise: Glaubhaftigkeit einer belastenden Aussage).
§ 261 StPO

505. BGH 2 StR 557/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Frankfurt a. M.)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

506. BGH 2 StR 656/13 – Urteil vom 22. März 2017 (LG Köln)

Mord aus niedrigen Beweggründen (Voraussetzungen: Tötung aus Wut, Ärger, Hass oder Rache); Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht (kein umfassendes Verwertungsverbot: zulässige Vernehmung der richterlichen Verhörsperson; keine Belehrung über Reichweite des Verwertungsverbots erforderlich).
§ 211 StGB; § 252 StPO

507. BGH 4 StR 11/17 – Beschluss vom 16. März 2017 (LG Freiburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StGB

508. BGH 4 StR 299/16 – Beschluss vom 10. April 2017 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Anordnung des Verfalls bei Ordnungswidrigkeiten (Erlangtes bei einem nur teilweise gegen deutsches Rechts verstoßenden Vorgang: hier: internationaler Transport bei teilweisem Verstoß gegen das Sonntagsfahrverbot, erforderliche Kausalbeziehung zwischen bußgeldbewehrter Handlung und erlangtem Vorteil, keine Begrenzung durch Territorialprinzip und mögliche weitere Abschöpfung in anderen Staaten; Erlangtes bei repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt).
§ 29a OWiG; § 30 Abs. 3 StVO; § 5 OWiG; § 7 OWiG; Art. 103 Abs. 2 GG

509. BGH 4 StR 472/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Kaiserslautern)

Betrug (Vermögensschaden: Berechnung bei Anlagebetrug).
§ 263 Abs. 1 StGB

510. BGH 4 StR 574/16 – Beschluss vom 30. März 2017 (LG Halle)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorrang vor der Zurückstellung der Vollstreckung der erkannten Freiheitsstrafe wegen Behandlung einer Betäubungsmittelabhängigkeit).
§ 64 StGB; § 35 Abs. 1 BtMG

511. BGH 4 StR 592/16 – Urteil vom 27. April 2017 (LG Essen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Voraussetzungen); Rücktritt vom Versuch (Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs); Kognitionspflicht des Gerichts.
§ 316a StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 264 StPO

512. BGH 1 StR 399/16 – Beschluss vom 28. April 2017 (LG München I)

Zurückweisung des Antrages als unstatthaft.
Vor § 1 StPO

513. BGH 1 StR 466/16 – Beschluss vom 8. März 2017 (LG Würzburg)

BGHSt; Betrug (Täuschung durch Unterlassen: Aufklärungspflicht, Garantenstellung, Zumutbarkeit der Aufdeckung früherer Straftaten, keine „Umwälzung“ von Tatbestandsmerkmalen, Ingerenz und Erklärungsdelikt; Vermögensschaden: Berechnung bei Kommanditgesellschaften, Fälle des sog. blind poolings); Untreue (Vermö-

gensbetreuungspflicht: kein Widerspruch mit Aufklärungspflicht).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

514. BGH 1 StR 576/16 – Urteil vom 9. Mai 2017 (LG München I)

Täter-Opfer-Ausgleich (Wiedergutmachung und ernsthafter Wiedergutmachungswille).

§ 46a Nr. 1 StGB

515. BGH 1 StR 88/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Nürnberg/Fürth)

Verwerfung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts als unbegründet.

§ 346 Abs. 2 StPO

516. BGH 1 StR 91/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Traunstein)

Voraussetzungen der Einziehung (Einziehung nur in Strafverfahren gegen Eigentümer).

§ 74 Abs. 1 und 2 Nr. 1 StGB

517. BGH 2 StR 30/17 – Beschluss vom 4. Mai 2017 (LG Gera)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

518. BGH 2 StR 5/17 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

519. BGH 2 StR 9/17 – Beschluss vom 27. April 2017 (LG Frankfurt am Main)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Berücksichtigung der Erledigung einer Sperrfrist infolge Zeitablaufs; entscheidungserheblicher Zeitpunkt); Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Beschwer des Angeklagten durch Beginn der Sperrfrist).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 69a Abs. 5 Satz 1 StG

520. BGH 2 StR 375/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG Frankfurt am Main)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der Beitragssätze zur Sozialversicherung; Feststellungen zur Berechnung eines fiktiven Bruttoarbeitsentgelts); Verbot der Schlechterstellung (Kompensationsentscheidung).

§ 266a Abs. 1 und 2 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

521. BGH 2 StR 395/16 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Limburg)

Wohnungseinbruchdiebstahl (keine Beihilfe nach Beendigung).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

522. BGH 2 StR 435/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Rostock)

Räuberische Erpressung (Beihilfe: Feststellung des Gehilfenvorsatzes).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 und 2 StGB; § 255 StGB

523. BGH 2 StR 439/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Köln)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Ausgleich gescheiterter Gesamtstrafenbildung bei Strafzumessung; Durchführung in der Hauptverhandlung).

§ 55 StGB; 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

524. BGH 2 StR 573/15 – Urteil vom 22. Februar 2017 (LG Gera)

Betrug (Täuschung: konkludente Täuschung durch Übersendung von Rechnungen, mehraktiges Geschehen; Irrtum: Feststellungen des Tatrichters); Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit bei anwaltlichem Rat); Tatmehrheit (Deliktsserien).

§ 17 Satz 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

525. BGH 2 StR 59/17 – Beschluss vom 23. März 2017 (LG Köln)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Unerheblichkeit der Bezeichnung der Entscheidung für zulässigen Rechtsweg).

§ 460 StPO; § 462 Abs. 3 StPO

Handelt es sich der Sache nach bei der getroffenen Entscheidung um einen Beschluss nach § 460 StPO, gegen den das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist, ist ohne Bedeutung, dass sich die nach mündlicher Verhandlung ergangene Entscheidung selbst als Urteil bezeichnet.

526. BGH 2 StR 78/17 – Beschluss vom 29. März 2017 (LG Frankfurt am Main)

Räuberischer Diebstahl (besonders schwerer Fall); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Nachholung der Anordnung; kein Verbot der Schlechterstellung).

§ 64 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 252 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO

527. BGH 2 StR 80/17 – Beschluss vom 27. April 2017 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

528. BGH 2 StR 595/16 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Bonn)

Urteilsgründe (widersprüchliche Darstellung strafbaren Verhaltens); Untersuchungsgrundsatz (Erforschung des Sachverhalts bei Geständnis).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO

529. BGH 4 StR 100/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Arnsberg)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 2 StPO

530. BGH 4 StR 129/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

531. BGH 4 StR 252/16 – Beschluss vom 11. April 2017 (LG Paderborn)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Veruntreuung; rechtliche Pflicht zur Abführung, tatbestandlicher Schutzzumfang).

§ 266a Abs. 3 StGB

532. BGH 4 StR 26/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

533. BGH 4 StR 34/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

534. BGH 4 StR 59/17 – Beschluss vom 13. April 2017 (LG Bielefeld)

Konkurrenzen (gefährliche Körperverletzung und schwere Körperverletzung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB

535. BGH 4 StR 85/17 – Beschluss vom 12. April 2017 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

536. BGH 4 StR 518/16 – Beschluss vom 11. Mai 2017 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

537. BGH 4 StR 581/16 – Beschluss vom 13. April 2017 (LG Darmstadt)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Verdichtung zur konkreten Gefahr; Wertgrenze zur Sache von bedeutendem Wert; Konkurrenzen).

§ 315b Abs. 1 StGB

538. BGH 4 StR 609/16 – Beschluss vom 27. April 2017 (LG Bochum)

Verwerfung der Aufklärungsrüge als unzulässig.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

539. BGH 4 StR 609/16 – Beschluss vom 27. April 2017 (LG Bochum)

Diebstahl (Zueignungsabsicht hinsichtlich des Inhaltes geschlossener Behältnisse; fehlgeschlagener Versuch).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB

540. BGH 4 StR 615/16 – Beschluss vom 11. April 2017 (LG Essen)

Aufhebung des Urteils (deklaratorische Aufhebung).

§ 353 Abs. 1 StPO

541. BGH 4 StR 645/16 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Bielefeld)

Recht des letzten Wortes (Äußerung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter; relativer Revisionsgrund).

§ 67 Abs. 1 JGG; § 258 Abs. 2 und 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

542. BGH 4 StR 645/16 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

543. BGH 3 StR 144/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Grundsätze der Mengen- und Kettenverbreitung bei Volksverhetzung und Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (Tätigkeitsdelikt; kein Verbreitungserfolg; Auf-den-Weg-bringen der Schrift; Vorsatz im Zeitpunkt der ersten Übergabe; Zugänglichmachen an einen größeren Personenkreis).

§ 90a StGB; § 130 StGB

544. BGH 3 StR 230/16 – Beschluss vom 1. Dezember 2016 (LG Hannover)

BGHR; Wiederaufnahme der Klage auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel (Nova; Überprüfung des zweiten Eröffnungsbeschlusses durch das Revisionsgericht; Beurteilungsgrundlage; zum Zeitpunkt der Eröffnung vorliegender Akteninhalt; Berücksichtigung eines Beweisverwertungsverbots unabhängig vom Verwertungswiderspruch; Umfang der Bindung des Revisionsgerichts bei der Prüfung der besonderen Prozessvoraussetzungen).

§ 136a StPO; § 211 StPO

545. BGH 3 StR 33/17 – Beschluss vom 9. März 2017 (LG Krefeld)

Unzulässigkeit der Revision nach wirksamem Rechtsmittelverzicht.

§ 302 StPO

546. BGH 3 StR 4/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Hildesheim)

Einbeziehung rechtskräftiger Entscheidungen bei der Verhängung der Jugendstrafe.

§ 31 Abs. 2 Satz 1 JGG

547. BGH 3 StR 47/17 – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Oldenburg)

Fehlende Angaben zum Vollstreckungsstand einer früheren Verurteilung bei der Verhängung der Jugendstrafe.

§ 31 JGG

548. BGH 3 StR 5/17 – Urteil vom 6. April 2017 (LG Verden)

Beteiligung und Konkurrenzen beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beifahrer auf einer Kurierfahrt als Gehilfe; täterschaftsbegründender Gestaltungswille; Handlungsspielräume; Bewertungseinheit); Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Strafverfolgung trotz rechtskräftiger Verurteilung (Eignung zur Begründung eines Anfangsverdachts; enger Zusammenhang zwischen bereits abgeurteilter und möglichen anderen Straftaten; drohende Belastung durch Dritte; Schutzzweck der Selbstbelastungsfreiheit).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 55 StPO

549. BGH 3 StR 53/17 – Beschluss vom 9. März 2017 (LG Düsseldorf)

Kein Widerruf des wirksamen Rechtsmittelverzichts (Erforderlichkeit substantiierten Vortrags bei Berufung auf Unwirksamkeit; Unzulässigkeit der Revision nach wirksamem Verzicht).

§ 302 StPO

550. BGH 3 StR 71/17 – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Oldenburg)

Abladung nicht präsen-ter Zeugen kein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung.

§ 338 Nr. 5 StPO; § 245 StPO

551. BGH 3 StR 230/16 – Beschluss vom 1. Dezember 2016 (LG Hannover)

Revision des Nebenklägers (erstrebte Feststellung der besonderen Schwere der Schuld bei Verurteilung wegen Mordes kein zulässiges Anfechtungsziel).

§ 400 StPO

552. BGH 3 StR 389/16 – Beschluss vom 6. April 2017 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Anhörungsrüge nach Revisionsentscheidung im Beschlussverfahren.

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

553. BGH 3 StR 404/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Verden)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Behauptung weiterer Straftaten; Auswirkungen auf die Glaubhaftigkeit der Aussage der Belastungszeugin; Erörterungsbedürftigkeit).

§ 261 StPO

554. BGH 3 StR 422/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Koblenz)

Wegnahmebegriff beim Raub (Gewahrsam, Sachherrschaft; Fesselung des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers; Ausdruck der neuen Sachherrschaft).

§ 249 StGB

555. BGH 3 StR 427/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Duisburg)

Konkurrenzverhältnisse im Betäubungsmittelstrafrecht (gleichzeitiger Besitz zum Handel oder zum Eigenkonsum bestimmter Betäubungsmittelmengen; nicht geringe Menge; Aufbewahrung an verschiedenen Orten; Tateinheit; Verklammerung; Erwerb; Besitz; bandenmäßiges Handeltreiben).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 52 StGB

556. BGH 3 StR 455/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Aurich)

Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft bei der (gefährlichen) Körperverletzung (Willensrichtung des Beteiligten; wertende Gesamtbetrachtung; weitergehende Förderung des Erfolges durch eigenes Handeln; bloßes Einverständnis; Billigung einer bereits verwirklichten Tat; Demonstration physischer Präsenz).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

557. BGH 3 StR 487/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Krefeld)

Keine Bewertungseinheit bei verschiedenen Betäubungsmittelmengen allein aufgrund von gleichzeitigem Besitz (ein und derselbe Güterumsatz; einheitlicher Erwerbsvorgang; Vereinigung zu einheitlichem Verkaufsvorrat; Tateinheit bei lediglich gleichzeitigem Verkauf; nicht geringe Menge; Zusammenrechnen von Wirkstoffgehalten).

§ 29 BtMG; § 52 StGB

558. BGH 3 StR 488/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Wuppertal)

Kein Raub bei bloßem Ausnutzen der Angst des Opfers vor erneuter Gewaltanwendung (hilflose Lage; konkludente Drohung; bestimmtes Verhalten; hilflose Lage).

§ 249 StGB

559. BGH 3 StR 497/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; fehlende Mitteilung des Vollstreckungsstandes).

§ 55 StGB

560. BGH 3 StR 505/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Bad Kreuznach)

Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse nach dem individuellen Tatbeitrag des Beteiligten (Förderung von in Tatmehrheit stehenden Taten durch eine einheitliche Beihilfehandlung).

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

561. BGH 3 StR 516/16 – Beschluss vom 4. April 2017 (LG Verden)

Strafrahmenwahl bei Zusammentreffen von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypem Milderungsgrund (hier: Beihilfe); Verschlechterungsverbot bei Änderung des Schuldspruchs.

§ 27 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

562. BGH 3 StR 517/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Kleve)

Keine sukzessive Mittäterschaft bei bereits beendeten Körperverletzungshandlungen; Strafrahmenwahl beim Versuch (Fehlen wesentlicher versuchsbezogener Umstände zur Begründung der Strafrahmenwahl; minder schwerer Fall).

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 23 StGB; § 49 StGB

563. BGH 3 StR 521/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (fehlende eindeutige Unterscheidung zwischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei diagnostizierter bipolarer Störung; erheblicher wirtschaftlicher Schaden).

§ 63 StGB

564. BGH 3 StR 529/16 – Beschluss vom 9. März 2017 (LG Hildesheim)

Gewerbsmäßigkeit als besonders schwerer Fall (Diebstahl; Betrug; Erpressung; Wiederholungsabsicht in Bezug auf das jeweilige Delikt; spontaner Tatentschluss).

§ 242 StGB; § 243 StGB; § 253 StGB; § 263 StGB

565. BGH 3 StR 532/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Koblenz)

Lückenhafte Beweiswürdigung zur Möglichkeit der Fortsetzung einer nicht abgeschlossenen Tötungshandlung; Rücktritt; fehlgeschlagener Versuch (mangelnder Beleg der Voraussetzungen: mangelnder Rücktrittshorizont).

§ 261 StPO; § 24 StGB

566. BGH 3 StR 545/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Hannover)

Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts (keine Unwirksamkeit allein aufgrund von emotionaler Aufgewühltheit bei Erklärung; Beratungsmöglichkeit mit dem Verteidiger).
§ 302 StPO

567. BGH 3 StR 546/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Wuppertal)

Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen (hier fehlender Adhäsionsantrag) bei vertikaler und horizontaler Teilrechtskraft.
§ 337 StPO; § 344 StPO; § 352 StPO; § 404 StPO; § 406 StPO

568. BGH 3 StR 557/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (LG Krefeld)

Rechtsfehlerhafte Einziehungsanordnung (Einziehung von Betäubungsmitteln nur bei Zuordnung zu den angeklagten Taten).
§ 74 StGB; § 33 Abs. 2 Satz 1 BtMG

569. BGH 5 StR 22/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Berlin)

Verhältnis von Feststellung der verminderten Einsichtsfähigkeit und tatsächlich fehlender Unrechtseinsicht.
§ 21 StGB

570. BGH 5 StR 50/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Potsdam)

Geladene Schreckschusspistole als Waffe (nach vorne austretender Explosionsdruck).
§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

571. BGH 5 StR 61/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Göttingen)

Rechtsfehlerhafte Feststellung der nicht geringen Menge beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bestimmung eines zum Eigenkonsum bestimmten Anteils; Erwerb in mehreren Akten).
§ 29 BtMG

572. BGH 5 StR 68/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Kiel)

Erforderlichkeit des Teilfreispruchs bei nicht ausgeschöpfter Anklage.
§ 260 StPO

573. BGH 5 StR 73/17 – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Dresden)

Verständigungsbezogene Belehrungspflicht (Zeitpunkt der Belehrung; Nachholung; qualifizierte Belehrung; Bedeutung der Belehrungspflicht; Fairness).
§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO

574. BGH 5 StR 8/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Potsdam)

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

575. BGH 5 StR 104/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Cottbus)

Teileinstellung.
§ 154 Abs. 2 StPO

576. BGH 5 StR 106/17 – Urteil vom 25. April 2017 (LG Braunschweig)

Voraussetzungen einer aktiven Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch den Wohnungsinhaber (Kenntnis und Billigung; strafloses Unterlassen; fehlende Garantenstellung; aktive Inbesitznahme).
§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 13 StGB

577. BGH 5 StR 78/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Symptomtat; verminderte Schuldfähigkeit; tatsächlich fehlende Unrechtseinsicht erforderlich; negative Gefährlichkeitsprognose; Gesamtwürdigung).
§ 63 StGB

578. BGH 5 StR 81/17 (alt: 5 StR 367/15) – Beschluss vom 21. März 2017 (LG Potsdam)

Umfang der Bindungswirkung nach Aufhebung eines Urteils im Strafausspruch (Feststellungen; Schuldfrage; doppelrelevante Umstände; Zugehörigkeit der Feststellungen zur verminderten Schuldfähigkeit zum Rechtsfolgenausspruch).
§ 353 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

579. BGH 5 StR 86/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Chemnitz)

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in einem „Altfall“ (strikte Verhältnismäßigkeit; hochgradige Gefahr der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualdelikte; Gesamtwürdigung; Wahrscheinlichkeit und Schwere drohender Straftaten; psychische Störung).
§ 66b StGB; § 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e MRK; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

580. BGH 5 StR 87/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Dresden)

Charakter von Methamphetamin („Crystal“) als „harte Droge“ strafschärfend zu berücksichtigen.
§ 29 BtMG; § 46 StGB

581. BGH 5 StR 90/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Frankfurt)

Schwere Körperverletzung gegenüber einem knapp neun Monate alten Kind.
§ 226 StGB

582. BGH 5 StR 95/17 – Beschluss vom 25. April 2017

Ablehnung des Antrags auf Prozesskostenhilfe für den Nebenkläger (gesonderte Gewährung für jede Instanz).
§ 397a StPO, § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO

583. BGH 5 StR 111/17 – Beschluss vom 5. April 2017 (LG Chemnitz)

Verminderte Schuldfähigkeit keine Voraussetzung der Unterbringungsanordnung.
§ 21 StGB; § 64 StGB

584. BGH 5 StR 119/17 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Berlin)

Keine selbständige Einziehung im Sicherungsverfahren.

§ 74 StGB; § 76a StGB; § 413 StPO; § 440 StPO

585. BGH 5 StR 124/17 – Beschluss vom 25. April 2017 (LG Saarbrücken)

Korrektur des Schuldspruchs.
§ 354 StPO

586. BGH 5 StR 133/17 – Beschluss vom 11. Mai 2017 (LG Neuruppin)

Fehlende genaue Angabe der Einziehungsgegenstände; rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Härtefallklausel beim Verfall.
§ 74 StGB; § 73c StGB

587. BGH 5 StR 175/17 – Beschluss vom 11. Mai 2017 (LG Hamburg)

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

588. BGH 5 StR 425/16 – Beschluss vom 9. November 2016 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer günstigen Legalprognose bei Versagung der Aussetzung zur Bewährung.
§ 56 StGB

589. BGH 5 StR 433/16 – Urteil vom 25. April 2017 (LG Berlin)

Sukzessive Mittäterschaft beim besonders schweren Raub (Kenntnis und Billigung des bisherigen Geschehens; Erstreckung des Einverständnisses auf die Gesamttat; Billigung der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; kein Teilrücktritt bei vollständiger Verwirklichung des qualifizierenden Umstands; Beweiswürdigung; Rückschluss auf Billigung aus den äußeren Umständen; keine Unterstellung fernliegender Geschehensabläufe).
§ 249 StGB; § 250 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

590. BGH 5 StR 445/16 – Urteil vom 26. April 2017 (LG Saarbrücken)

Pflicht zur erschöpfenden Würdigung des Verfahrensstoffs (Ausschöpfungsgebot; Erkennbarkeit aus den Urteilsgründen; freisprechendes Urteil; kein stillschweigendes Übergehen relevanter Beweistatsachen; umfassende Gesamtwürdigung).
§ 261 StPO

591. BGH 5 StR 493/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Bremen)

Transparenz und Mitteilungspflichten bei verständigungsbezogenen Gesprächen (kein zweites „Negativtest“ während der Hauptverhandlung; Anforderungen an den Vortrag des Revisionsführers; unverbindliches verfahrensförderndes Gespräch; Hinweis auf Geständnis); Prüfung der Härtefallvorschrift beim Verfall nur bei vorhandenen Anzeichen erforderlich.
§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 73c StGB

592. BGH 5 StR 493/16 – Beschluss vom 10. April 2017

Keine Erstreckung des Akteneinsichtsrecht auf das „Senatsheft“.
§ 147 StPO

593. BGH 5 StR 511/16 – Urteil vom 21. März 2017 (LG Leipzig)

Lückenhafte Beweiswürdigung (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; Zweifel an der Tatbeteiligung; Gesamtabwägung der be- und entlastenden Umstände; Ur § 261 StPO

594. BGH 5 StR 558/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Görlitz)

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

595. BGH 5 StR 572/16 – Urteil vom 26. April 2017 (LG Leipzig)

Sicherungsverwahrung (Unerheblichkeit der Ursache für die Annahme eines Hanges; Gefährlichkeitsprognose; Vergangenheitsbetrachtung; Erheblichkeit der Taten; Raubdelikte; Weitergeltungsanordnung; keine strikte Verhältnismäßigkeit nach neuem Recht).
§ 66 StGB

596. BGH 5 StR 581/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Göttingen)

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

597. BGH 5 StR 583/16 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Göttingen)

Unzulässigkeit des Befangenheitsantrags bei völlig ungeeigneter Begründung (Beteiligung an Vorentscheidung kein Befangenheitsgrund).
§ 26a StPO

598. BGH 5 StR 615/16 – Beschluss vom 26. April 2017 (LG Berlin)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

599. BGH StB 6/17 – Beschluss vom 6. April 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Fortdauer der Untersuchungshaft (Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Fluchtgefahr).
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 120 StPO

600. BGH StB 8/17 – Beschluss vom 27. April 2017 (OLG Stuttgart)

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Ablehnung der Bestellung eines anwaltlichen Beistands für den Nebenkläger.
§ 304 Abs. 4 S. 2 StPO; § 397a StPO; § 404 StPO

601. BGH StB 9/17 – Beschluss vom 19. April 2017

Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Mord; Heimtücke trotz berufs- oder rollenbedingtem Misstrauen bei einem Angriff auf Soldaten; tateinheitliche Gewalt über Kriegswaffe; Grenzen der Rechtfertigung durch geheimdienstliche Tätigkeit).
§ 112 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 211 StGB; § 22a Abs. 1 Nr. 6 KWKG